

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E AUTORIA: QUESTÕES DE DIREITO DE AUTOR E DOMÍNIO PÚBLICO

Pedro de Perdigão Lana



ISBN 978-65-994368-3-3

A missão do Instituto Observatório do Direito Autoral – IODA é estimular estudos e reflexões acadêmicas sobre os Direitos Intelectuais na Sociedade Informacional, observando as oportunidades fornecidas pela tecnologia para maior inclusão social, tecnológica e cultural.

O IODA, por meio de pesquisa multidisciplinares e com parcerias institucionais, realiza estudos da Sociedade Informacional, analisando as dimensões legais, sociais, econômicas, tecnológicas e culturais da Revolução da Tecnologia da Informação e Comunicação.



IODA - INSTITUTO OBSERVATÓRIO DO DIREITO AUTORAL
R. XV de Novembro - n. 556 - cj 1308 - andar 13 - Cond. Lustoza
CEP: 80.020-310 - Curitiba - PR
Telefone: 55 (41) 99975-7250
E-mail: contato@ioda.org.br
<https://ioda.org.br/>
Prefixo Editorial: 994368

Conselho Editorial

Alexandre Libório Dias Pereira – Universidade Coimbra	Leticia Canut - Gedai/UFPR
Alexandre Ricardo Pessler – Gedai/UFPR	Liz Beatriz Sass – UFSC
Angela Kretschman – Gedai/UFPR	Luiz Gonzaga Silva Adolfo - ULBRA
Antonio Carlos Morato - USP	Manoel David Masseno – Ibeja/Portugal
Carlos A. P. de Souza – ITS/Rio	Marcelo Conrado – UFPR
Dario Moura Vicente – Univ. Lisboa/Portugal	Márcia Carla Pereira Ribeiro – UFPR
Francisco Humberto Cunha Filho – Unifor	Marcos Wachowicz – UFPR
Guilherme Coutinho Silva – Gedai/UFS	Mariana Valente – InternetLab
Guilherme P. Moreno – Univ. Valência/Espanha	Pedro Marcos Nunes Barbosa – PUC/Rio
Heloisa Gomes Medeiros – UNDB	Rodrigo Moraes - UFBA
José Augusto Fontoura Costa – USP	Rodrigo Vieira - UFERSA
José de Oliveira Ascensão – Univ. Lisboa/Portugal	Sérgio Staut Júnior – UFPR
J. P. F. Remédio Marques – Univ. Coimbra/Port.	Valentina Delich – Flacso/Argentina
Karin Grau-Kuntz – IBPI/Alemanha	Victor Gameiro Drummond – EMERJ

Capa, projeto gráfico e diagramação: Sônia Maria Borba

Revisão: Luciana Reusing, Pedro de Perdigão Lana, Bibiana Biscaia Virtuoso,
Alice de Perdigão Lana, Heloísa G. Medeiros e Marcelle Cortiano

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Bibliotecária: Maria Isabel Schiavon Kinasz, CRB9 / 626

Lana, Pedro de Perdigão
L243 Inteligência artificial e autoria: questões de direito de autor e domínio público / Pedro de Perdigão Lana – Curitiba: IODA, 2021.
195p.; 23cm
ISBN 978-65-994368-1-9 [Recurso Físico]
ISBN 978-65-994368-3-3 [Recurso Digital]

1. Inteligência artificial. 2. Direito de autor. 3. Domínio público. I. Título.

CDD 346.048 (22.ed)
CDU 347.77

CC0 1.0 Universal (CC0 1.0)
Dedicação ao Domínio Público



Pedro de Perdigão Lana

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E AUTORIA: QUESTÕES DE DIREITO DE AUTOR E DOMÍNIO PÚBLICO

Curitiba

IODA INSTITUTO OBSERVATÓRIO
DO DIREITO AUTORAL

2021

*Dedico essa obra à minha amada
família, eterno porto seguro até quando não estão perto,
e Eliz, que compartilhou comigo a
maior parte da formulação desse livro.*

*Ao Marcos, um gigante do direito
autoral cujos ombros suportam tantos da nova geração,*

*Lembro também, marcado pela
saudades, das amizades que fiz em Coimbra.*

Vocês são todos e todas fixos.

PREFÁCIO

O mestre Pedro de Perdigão Lana traz à estampa seu livro “Inteligência artificial e autoria: questões de direito de autor e domínio público”. Este livro é fruto de uma investigação séria e aprofundada que o autor realizou na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra sob minha orientação e que lhe mereceu o grau de Mestre em Direito Empresarial pela Universidade de Coimbra com assinalável distinção. O autor foi meu aluno na disciplina “Direitos de Autor” no Curso de Mestrado, tendo aí escrito um trabalho sobre direitos de autor e inteligência artificial (IA), cujo mérito valeu a sua publicação na série Estudos M & D do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Depois, o Pedro Lana desenvolveu e aprofundou o estudo da proteção das obras geradas pela IA na sua dissertação, a qual seria coroada de pleno êxito.

Nos seus estudos de direitos de autorais, Pedro Lana foi confrontado com uma problemática de grande atualidade e interesse: as obras geradas por sistemas de IA podem ser objeto de direitos de autor? Na ausência de uma resposta legal clara, Pedro Lana propõe-se dar um contributo para suprir essa lacuna ou pelo menos incerteza no plano legislativo. Para o efeito, estudou os direitos de autor nas suas dimensões históricas, comparatísticas, teoréticas e sistemáticas, percorrendo boa parte do caminho que proponho, como roteiro de peregrinação, aos alunos e pesquisadores na tese “Direitos de autor e liberdade de informação” (Almedina, 2008).

Mas, ao invés de se limitar a contemplar a obra do orientador, Pedro Lana procura afirmar um pensamento próprio, num esforço de superação do *status quo* que o leva a concluir, de forma arrojada, que a IA poderá carregar no seu ventre o ocaso do direito autoral de funda-

mentação antropocêntrica em benefício dos direitos de autor empresariais enquanto meros instrumentos de regulação do mercado dos conteúdos digitais, num processo a que o Professor Oliveira Ascensão chamou de “direito de autor sem autor e sem obra” e que, nós próprios, já havíamos rotulado, na viragem do Milénio, de “propriedade tecno-digital”.

Num tempo em que a Inteligência Artificial desafia o seu criador em termos de geração de conteúdos literários e artísticos, os princípios dos direitos autorais são questionados, ao mesmo tempo que se torna mais nítido o seu significado. Com efeito, pensamos que Pedro Lana acaba por não ceder ao canto da sereia da “morte do autor”, enquanto pessoa humana dotada de liberdade de criação literária e artística. Pelo contrário, a sua obra revela clareza nos princípios, assente numa rigorosa e cuidada análise das fontes, tanto legais como jurisprudenciais, afirmando-se tributário do modelo personalista do *droit d’auteur*, que nos parece a matriz de harmonização do direito de autor na União Europeia, como resulta de vários instrumentos adotados no domínio da proteção jurídica de programas de computador¹ e das bases de dados², direitos de aluguer e comodato³, satélite e cabo⁴, prazo de proteção⁵, sociedade da informação (Internet)⁶, direito de sequên-

¹ Diretiva 2009/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2009, relativa à proteção jurídica dos programas de computador.

² Diretiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de março de 1996, relativa à proteção jurídica das bases de dados.

³ Diretiva 2006/115/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006, relativa ao direito de aluguer, ao direito de comodato e a certos direitos conexos ao direito de autor em matéria de propriedade intelectual.

⁴ Diretiva 93/83/CEE do Conselho, de 27 de setembro de 1993, relativa à coordenação de determinadas disposições em matéria de direito de autor e direitos conexos aplicáveis à radiodifusão por satélite e à retransmissão por cabo (Diretiva «Satélite e cabo»).

⁵ Diretiva 2006/116/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006, relativa ao prazo de proteção do direito de autor e de certos direitos conexos (Diretiva «Prazo»).

⁶ Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação.

cia⁷, obras órfãs⁸, gestão coletiva e licenças multiterritoriais online⁹, aplicação efetiva (*enforcement*)¹⁰, utilizações permitidas a invisuais¹¹, e, mais recentemente, transmissões em linha dos organismos de radiodifusão e retransmissão de programas de televisão e de rádio¹², e direitos de autor no mercado único digital¹³. A estas diretivas somam-se a diretiva sobre comércio eletrónico¹⁴, que regula nomeadamente a responsabilidade dos prestadores de serviços da sociedade da informação por ilícitos praticados pelos utilizadores dos serviços, e ainda alguns regulamentos, como sejam o da portabilidade de serviços de conteúdos em linha¹⁵ e o relativo ao intercâmbio transfronteiras de obras

⁷ Diretiva 2001/84/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de setembro de 2001, relativa ao direito de sequência em benefício do autor de uma obra de arte original que seja objeto de alienações sucessivas (Diretiva «Direito de sequência»).

⁸ Diretiva 2012/28/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012, relativa a determinadas utilizações permitidas de obras órfãs.

⁹ Diretiva 2014/26/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa à gestão coletiva dos direitos de autor e direitos conexos e à concessão de licenças multiterritoriais de direitos sobre obras musicais para utilização em linha no mercado interno.

¹⁰ Diretiva 2004/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril de 2004, relativa ao respeito dos direitos de propriedade intelectual (IPRED).

¹¹ Diretiva (UE) 2017/1564 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de setembro de 2017, relativa a determinadas utilizações permitidas de determinadas obras e outro material protegidos por direito de autor e direitos conexos em benefício das pessoas cegas, com deficiência visual ou com outras dificuldades de acesso a textos impressos e que altera a Diretiva 2001/29/CE relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação.

¹² Diretiva (UE) 2019/789 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de abril de 2019, que estabelece normas sobre o exercício dos direitos de autor e direitos conexos aplicáveis a determinadas transmissões em linha dos organismos de radiodifusão e à retransmissão de programas de televisão e de rádio e que altera a Diretiva 93/83/CEE do Conselho.

¹³ Diretiva (UE) 2019/790 do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de abril de 2019 relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital e que altera as Diretivas 96/9/CE e 2001/29/CE.

¹⁴ Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2000, relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno.

¹⁵ Regulamento (UE) 2017/1128 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de junho de 2017, relativo à portabilidade transfronteiriça dos serviços de conteúdos em linha no mercado interno.

para utilização por pessoas invisuais¹⁶. À harmonização legislativa soma-se a jurisprudência do Tribunal de Justiça sobre a interpretação de conceitos utilizados nas diretivas com um sentido “autónomo” do utilizado nas legislações nacionais dos Estados-Membros. É o que sucede, por ex., com a noção de obra literária ou artística, de reprodução, de comunicação ao público ou com a interpretação das exceções ou limitações aos direitos de autor.

Este prefácio serve apenas para levantar um pouco a ponta do véu, de modo a despertar a curiosidade do leitor sobre a obra, que será, sem dúvida, uma referência para todos quantos dedicam aos seus estudos aos direitos de autor. Na Europa a Inteligência Artificial (IA) está na ordem do dia, por trazer novas oportunidades, mas também acarretar riscos significativos. A COMISSÃO EUROPEIA identificou a Inteligência Artificial como um setor crítico para a Europa, considerando, na sua Comunicação *Inteligência artificial para a Europa*, que o “aumento da capacidade computacional, a disponibilidade de dados e a evolução dos algoritmos fizeram da IA uma das *tecnologias mais estratégicas do século XXI*”¹⁷. Mais recentemente a Comissão apresentou uma proposta de regulamento que estabelece regras harmonizadas sobre IA¹⁸, distinguindo quatro tipos de risco: risco inaceitável, alto risco, risco limitado e risco mínimo.

São de risco inaceitável e por isso proibidas sistemas de IA como os que fornecem pontuação social pelo governo ou brinquedos com assistente de voz que incentivem comportamentos perigosos. Por seu turno, são de alto risco os sistemas de IA usados, por exemplo, em infraestruturas críticas, como o transporte (p.e. aeroportos), saúde (p.e.

¹⁶ Regulamento (UE) 2017/1563 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de setembro de 2017, relativo ao intercâmbio transfronteiras, entre a União e países terceiros, de cópias em formato acessível de certas obras e outro material protegido por direitos de autor e direitos conexos em benefício das pessoas cegas, com deficiência visual ou com outras dificuldades de acesso a textos impressos.

¹⁷ COM(2018) 237 final, Bruxelas, 25.4.2018, p. 3.

¹⁸ Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece regras harmonizadas em matéria de Inteligência Artificial (Regulamento Inteligência Artificial) e altera determinados atos legislativos da União - COM(2021) 206 final, Bruxelas, 21.4.2021.

cirurgias assistidas por robot), ou o controlo de fronteiras (p.e. verificação de passaportes). Estas aplicações não são proibidas, mas ficam sujeitas a requisitos prévios, designadamente a qualidade dos conjuntos de dados que processam, a rastreabilidade dos resultados, a transparência dos algoritmos, supervisão humana e alto nível de robustez e segurança. As aplicações de risco limitado ficam sujeitas apenas a obrigações específicas de transparência (por exemplo, os aplicativos de conversação devem permitir ao utilizar estar ciente de que está interagindo com uma máquina), enquanto as aplicações de risco mínimo, como videogames ou os filtros de spam, podem ser livremente comercializadas e utilizadas.

Num tempo em que se anunciam as “máquinas morais” e os “robots razoáveis”, é à Ética humana que se apela para iluminar o Direito e traçar, através das leis, a fronteira entre o lícito e o ilícito. De todo o modo, o regulamento proposto é omissivo em matéria de direitos de autor, ao contrário do que defendeu o Parlamento Europeu na sua Resolução de 20 de outubro de 2020 sobre «os direitos de propriedade intelectual para o desenvolvimento de tecnologias de inteligência artificial», advogando uma “abordagem antropocêntrica à IA que respeite os princípios éticos e os direitos humanos” (para. E), a qual autor significaria, desde logo, o respeito pelo “princípio da originalidade” ligado a uma “pessoa singular” e a noção de criação intelectual referida à “personalidade do autor” (para. 15). É também este o paradigma em que nos situamos.

Coimbra, outubro de 2021

ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA

ABREVIATURAS

ADPIC / TRIPS	Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio - <i>Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights</i>
AIPPI	Associação Internacional para a Proteção da Propriedade Intelectual
CDADC	Código dos Direitos de Autor e Direitos Conexos - Lei n. 63/85
CONTU	Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works - Comissão Nacional sobre Novos Usos Tecnológicos de Obras Protegidas por Direito de Autor
CRP	Constituição da República Portuguesa de 1976
Diretiva InfoSoc	Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação
EUA	Estados Unidos da América
Diretiva MUD	Diretiva (UE) 2019/790 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de abril de 2019, relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital
IA(s)	Inteligência(s) Artificial(is)
OAGIA(s)	Obra(s) Autonomamente Gerada(s) por Inteligência Artificial

OMPI / WIPO	Organização Mundial da Propriedade Intelectual - <i>World Intellectual Property Organization</i>
OMC / WTO	Organização Mundial do Comércio – <i>World Trade Organization</i>
PI	Propriedade Intelectual
PJBD	Protecção Jurídica das Bases de Dados – DL n. 122/2000
PJPC	Protecção Jurídica de Programas de Computador – DL n. 252/94
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TC	Tribunal Constitucional
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (ou Tratado que estabelece a Comunidade Europeia, até a reformulação pelo Tratado de Lisboa de 2007)
TJCE	Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRE	Tribunal da Relação de Évora
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TUE	Tratado da União Europeia (Tratado de Maastricht de 1992, emendado pela última vez pelo Tratado de Lisboa de 2007)
UE	União Europeia
UrhG	<i>Urheberrechtgesetz</i>

1 INTRODUÇÃO	17
2 TEORIAS DE JUSTIFICAÇÃO E EQUILÍBRIO DE INTERESSES.....	23
2.1 Razões históricas de surgimento do Direito de Autor	23
2.1.1 Matrizes históricas nacionais	23
2.1.2 Harmonização internacional e comunitária	26
2.2 Teorias de Justificação do Direito de Autor.....	31
2.2.1 Teorias de Direito Natural	33
2.2.1.1 Teorias do Trabalho.....	33
2.2.1.2 Teorias da Personalidade	35
2.2.2 Teorias Utilitaristas	36
2.2.3 Outras teorias, em particular as Culturalistas.....	38
2.3 Equilíbrio de Interesses	40
2.3.1 No Direito de Autor em geral, em especial pela vertente utilitarista	40
2.3.2 No paradigma da sociedade informacional	48
2.3.3 O equilíbrio nos direitos conexos (ou sui generis).....	51
2.4 O Domínio Público	55
2.4.1 Conceituação.....	55
2.4.2 Benefícios culturais e comerciais	58
2.4.3 Críticas	62
3 AUTORIA.....	65
3.1 O criador intelectual e o titular de direitos como autores	65
3.2 A construção do ideal de autor romântico	69
3.3 Originalidade e criatividade.....	72
3.4 O requisito de autoria humana	82
3.4.1 Na Convenção de Berna	83
3.4.2 No Direito da União Europeia	85
3.4.3 Nos ordenamentos nacionais, em especial o português	88

3.5 Regras específicas de autoria relevantes para OAGIAs	92
3.5.1 Criação parcial ou totalmente autônoma	92
3.5.2 Controle sobre o resultado final.....	93
3.5.3 Obras anônimas e presunção de paternidade	98

4 A TUTELA DAS OBRAS AUTONOMAMENTE GERADAS POR INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL (OAGIAs).. 101

4.1 Enquadramento do problema.....	101
4.1.1 Possíveis casos concretos de OAGIAs	105
4.2 Inteligência Artificial	109
4.2.1 Conceito	109
4.2.2 Funcionamento técnico.....	115
4.3 Incompatibilidades com o Direito de Autor?	119
4.3.1 Criação “tendencialmente infinita” de obras	119
4.3.2 Infrações cometidas pela Inteligência Artificial	123
4.3.3 Espírito Humano como aspecto intrínseco ao Direito de Autor	129
4.4 Respostas institucionais pelo mundo.....	132
4.4.1 Respostas nacionais	132
4.4.2 Respostas regionais e internacionais	138
4.5 Posição sobre as principais propostas de solução quanto à autoria.....	140
4.5.1 OAGIAs não genuínas (IA como mera ferramenta)	142
4.5.2 A autora (ou titular) é a própria Inteligência Artificial	143
4.5.3 O autor (ou titular) é o desenvolvedor ou o utilizador	145
4.5.3.1 A pessoa humana “por trás” da máquina é a autora	149
4.5.3.2 A pessoa humana é titular de direito conexo ou <i>sui generis</i>	152
4.5.4 Não há obra intelectual ou autoria - o caminho do Domí- nio Público	157

5 CONCLUSÃO..... 167

REFERÊNCIAS..... 175

INTRODUÇÃO

*existentialism has grown cryptic and obscene.
Growing makes this church
boring and obnoxious.*

(IA inominada)

Há pouquíssimos anos era rotineiro lermos que o Direito era resistente às novas tecnologias. Não é difícil de ver hoje que essa percepção se tornou ultrapassada, com a explosão do interesse dos juristas em pesquisar as relações possíveis entre Direito e Tecnologia. Nesse meio, o campo dos direitos intelectuais é notoriamente privilegiado para essas investigações, seja pela tutela dos novos bens tecnológicos, seja pelo vasto material produzido analisando as tensões que gradualmente foram surgindo com as regras tradicionais.

O tema dessa pesquisa mostra justamente isso. Nos últimos anos notamos múltiplas publicações sobre a melhor maneira de lidar com obras autonomamente geradas por inteligência artificial (OAGIAs), detalhando quais os principais problemas levantados. Várias perguntas que há cinco anos pareceriam ficção científica, ou que seriam hipóteses pouco relevantes para os problemas urgentes do Direito de Autor¹⁹, rapidamente passaram a ser vistas como profundamente problemáticas e objeto de inúmeras investigações.

¹⁹ Quando utilizamos “Direito de Autor” no singular, a referência é ao sistema de direitos de autor com um todo, privilegiando a denominação da tradição continental europeia, AKESTER 2019, 38.

Mas percebe-se comumente na nova onda de “juristas 5.0” um deslumbramento um tanto ingênuo com as questões tecnológicas, muitas vezes secundarizando seu próprio campo de formação. A influência da Universidade de Coimbra aparece aqui com sua perspectiva acadêmica mais tradicionalista, que poderia parecer conflituosa com estudos de novas tecnologias. Mas é justamente ela que engendrou os pontos que, espera-se, os leitores considerarão mais interessantes nesse livro.

O primeiro destes pontos é uma retomada das justificativas fundamentais de mudança legal, em busca de um equilíbrio entre a disputa dos avanços tecnológicos com o “velho Direito de Autor”. É uma visão comum entre os pesquisadores dessa área que as normas jurídicas devem se adaptar às novas tecnologias, com a criação de novas regras ou de interpretações inovadoras. É comum esquecer que essa não é uma relação unilateral, e sim dialógica, com as normas estimulando, moldando e até impedindo virtuosamente o desenvolvimento tecnológico. As regras estabelecidas devem ter sempre que possível preponderância, ao consideramos os custos tanto do processo legislativo quanto da aplicação de sistemas legais crescentemente complexos, por juízes ou por outros agentes²⁰.

Isso é importante pela tendência, nesse debate, de sugerir mudanças radicais em sistemas legais desenvolvidos e aprimorados durante décadas ou séculos por processos mais ou menos legitimados. Isso porque alterações desnecessárias ou apressadas contêm um notável potencial de resultar em incoerências com o resto do ordenamento, ou mesmo se tornarem perigosamente datadas e restritivas rapidamente, como já ocorreu tantas vezes com as legislações de Direito do Autor em resposta aos avanços da sociedade informacional²¹.

O segundo ponto, que aqui considero mais importante, é que velhos tópicos podem ser (e comumente são) reavivados pelo aparecimento de novas tecnologias. Estas podem tornar possíveis propostas que antes foram consideradas inviáveis ou simplesmente trazer à tona

²⁰ JONES 2018; KAMINSKI 2017, 589–93.

²¹ Ver, de forma ampla, WACHOWICZ 2012.

discussões que se tornaram desinteressantes, ou foram consideradas superadas, para o mercado e/ou para a academia.

Esse é o caso do domínio público da propriedade intelectual (PI), que foi novamente trazido ao centro do debate diante das transformações da era digital²². Esses avanços resultaram em diversas mudanças nos direitos de autor, como a extensão dos prazos de proteção, a facilitação de acesso a obras no ciberespaço e as medidas tecnológicas de proteção. Assim como a discussão foi reacendida pela Internet, ela novamente o é, e talvez de maneira ainda mais acentuada, pelas ferramentas de inteligência artificial, que tanto prometem e tanto geram medo.

Por fim, renova-se a discussão sobre a transformação estrutural do Direito de Autor, seja por sua caminhada gradativa do direito civil para o direito empresarial, seja pela mudança de conceitos medulares como a autoria e a originalidade. Isso trouxe aos poucos mudanças nos fundamentos dogmáticos e na própria lógica dos direitos de autor, autonomizando institutos que melhor caberiam na concorrência desleal e trazendo outros, que eram periféricos, para o centro de todo o sistema. As obras²³ produzidas por computador nos parecem ser, justamente, o ápice dessa alteração estrutural. Afinal, ela não só apresenta problemas novos como (e consideramos isso o mais importante) coloca sob os holofotes a necessidade de rediscutir alguns dos problemas mais antigos do direito de autor²⁴.

Apesar de ser minha nacionalidade e onde continuo majoritariamente atuando, este livro não tem e nem pretende ter o foco no ordenamento de direito autoral do Brasil. Para isso, recomendamos a

²² GINSBURG 2006, 636.

²³ É proposital a utilização de “obras” e não “obras intelectuais”. Embora estejamos nos referindo a conteúdos (potencialmente) tuteláveis por direitos de autor, a doutrina portuguesa nos lembra que o adjetivo “intelectual” já pressupõe a ligação com uma pessoa humana. Preferimos essa alternativa a usar termos como “resultado” ou “material”, como fazem NAVARRO 2019, 37; McCUTCHEON 2013a, 83. Essa outra escolha poderia levar o leitor a pensar que estaríamos também englobando conteúdos que não fossem originais nem em uma visão objetiva de originalidade, conforme explicaremos durante o livro.

²⁴ DIAS PEREIRA 2001a, 189–90.

pesquisa dos colegas Luca Schirru²⁵ e Lukas Ruthes Gonçalves²⁶, dois pesquisadores de ponta da área que escreveram sobre o tema, respectivamente, em sua tese de doutorado e dissertação de mestrado (essa última já publicada em formato de livro atualizado e complementado, com coautoria de Marcos Wachowicz), com quem mantive bons diálogos e uma grande amizade durante os últimos anos, em boa parte graças às construtivas divergências nas nossas conclusões sobre esse tema.

Entretanto, isso está longe de significar que o livro tem utilidade reduzida para o pesquisador e pesquisadora de propriedade intelectual do Brasil. Pelo contrário, serve como aprofundamento necessário no contexto internacional em um campo do direito que é bastante harmonizado pelo mundo, no qual mudanças legislativas comumente são debatidas de maneira global. Essa abordagem torna muito fácil entender o enquadramento do direito autoral brasileiro na influente tradição continental europeia, assim como suas diferenças e proximidades com o *copyright* da tradição anglo-saxônica.

Isso é feito tendo como ponte a perspectiva do sistema jusautoral lusitano, bastante próximo do brasileiro e com um longo histórico de trocas e contribuições entre seus juristas e legisladores. Assim, torna-se possível verdadeiramente entender como conceitos importantes, a exemplo da autoria, foram construídos no nosso sistema ordenamento, assim como até onde eles podem ir sem ser desfigurados. É por meio dessa lente que podemos buscar respostas no notável avanço das normas europeias em relação ao direito autoral na sociedade informacional, investigando toda uma gama de institutos inexistentes no Brasil.

Esse livro é uma versão reduzida e atualizada da minha dissertação de mestrado, que será publicada em domínio público pela Universidade de Coimbra. O presente texto sintetiza largamente os primeiros capítulos da dissertação, por serem argumentos menos diretamente

²⁵ SCHIRRU 2020.

²⁶ GONÇALVES 2019.

relevantes para a conclusão alcançada ao final. As seções retiradas serão aprimoradas e posteriormente publicadas em artigos ou monografias avulsas. Esperamos, assim, condensar a informação necessária ao máximo para entender este fenômeno complicado do Direito de Autor, e tornar a leitura menos cansativa.

São feitas algumas atualizações com base em textos que desconhecia à época da escrita da dissertação, ou que foram publicados depois de sua entrega. Dois documentos são particularmente importantes para essas atualizações. O primeiro é o relatório da Comissão Europeia “Tendências e Desenvolvimentos em Inteligência Artificial - Desafios ao Quadro dos Direitos de Propriedade Intelectual”, elaborado pela PIJIP. O segundo é o posicionamento do Instituto Max Planck de Inovação e Concorrência de 9 de abril de 2021 sobre o atual debate relativo à Inteligência Artificial e Propriedade Intelectual. Ambos chegaram, na grande maioria dos tópicos, às mesmas conclusões alcançadas na versão final da dissertação, possibilitando uma complementação deste texto sem maiores modificações no conteúdo principal.

Espero que o livro cumpra seu papel como um bem de cultura proporcione ao leitor e à leitora o mesmo alimento para o espírito que eu tive lendo e pesquisando para escrevê-lo, com novos questionamentos e novas elocubrações. Igualmente, mais à parte, espero que a publicação dele em CC0 também ajude no treinamento de algum algoritmo de processamento de linguagem natural por aí.

TEORIAS DE JUSTIFICAÇÃO E EQUILÍBRIO DE INTERESSES

2.1 RAZÕES HISTÓRICAS DE SURGIMENTO DO DIREITO DE AUTOR

Apesar de existirem menções históricas a direitos parecidos com os autorais na Grécia Clássica, no Império Romano e na Idade Média²⁷, para analisar os sistemas atuais parece ser proveitoso começar a apenas a partir das raízes do Direito de Autor representadas tradicionalmente pelo *copyright* britânico e o *droit d'auteur* continental, que, apesar de comumente associado à tradição francesa, engloba também o *urheberrecht* germânico, com traços muitos diferentes e igual relevância. Vale ainda lembrar rapidamente a importância da harmonização regional entre esses sistemas.

2.1.1 MATRIZES HISTÓRICAS NACIONAIS

Antes de o criador intelectual ganhar proeminência e ser possível falar de um verdadeiro Direito de Autor, existiam em diferentes países da Europa um sistema de privilégios, geralmente provenientes da realeza. Esses privilégios eram monopólios de produção de certas

²⁷ BRANCO 2011, 89; DIAS PEREIRA 2008, 49–50; DU BOIS 2018, 7.

obras ofertados aos “editores”, o que permitia ainda certo controle pelo poder que os concedia. Existe discussão se o primeiro privilégio fornecido foi o de Giovani Spira (1469) ou de Aldo Manunzio (1495), ambos pelo Senado Veneziano, com o aparecimento de institutos similares em Portugal em 1502²⁸. Os privilégios eram geralmente concedidos para editores, não para os autores, excetuando-se os casos em que eram a mesma pessoa, a exemplo do concedido pelo rei português em 1537 para Baltazar Dias²⁹. Isso se reflete na inexistência de limitações temporais relativas aos autores, importante característica dos sistemas atuais. Aldo Manunzio, por exemplo, recebeu o privilégio para publicar obras de Aristóteles. Pode-se dizer até, em oposição ao enquadramento moderno no campo do Direito Civil, que “os primórdios dos institutos são empresariais”³⁰.

Foi, no entanto, com a consolidação do poder da burguesia que observamos a transformação desses institutos em algo mais parecido com uma propriedade do autor, seja de forma abrupta, como na França, ou gradual, como no Reino Unido, menos afetado pela visão de dignificação autoralista trazida pela Revolução Francesa³¹.

Primeiro, com a formalização legal ocorrida no Estatuto da Rainha Anna, em 1709/1710. Fundamentada em uma interpretação das teorias de Locke (de *property right*) para proteção ao autor como um trabalhador intelectual e promoção de um interesse público de aprendizagem, concedia aos autores um privilégio de exploração de 14 anos, prorrogáveis por mais 14³². Há aqui uma natureza mercantil, de pro-

²⁸ FRAGOSO 2009, 47–49.

²⁹ O primeiro privilégio português, concedido em 1502, foi para Valentim Fernandes traduzir livro de Marco Polo. Cf. DIAS PEREIRA 2008, 52.

³⁰ ASCENSÃO 2008a, 16.

³¹ BRANCO 2011, 118.

³² Na prática, contudo, esses direitos eram comercializáveis e acabavam sob propriedade dos editores da companhia monopolista de imprensa *London Stationers*. Esse grupo conseguiu ainda fortalecer seu monopólio por meio do julgamento de *Millar v. Taylor* (1769) no qual se criou jurisprudencialmente um direito de autor em sentido próprio e perpétuo (*common law copyright*), mas que foi novamente limitado temporalmente em 1774, no julgamento *Donaldson v. Beckett*, no qual se determinou que o interesse público positivado no *statute law copyright* é capaz de

teção aos investidores, na forma de um puro direito de propriedade (*property right*)³³. Essa natureza foi reforçada depois por uma tradição utilitarista que defendia que essa propriedade privada deveria ser amplamente comercializável em nome do interesse da sociedade como um todo, o que encontra amparo nos argumentos filosóficos de Stuart Mill e Jeremy Bentham³⁴.

Em segundo, no início da última década do século XVIII, com a abolição de todos os privilégios na Revolução francesa e a forte defesa da propriedade liberal. Essa propriedade, que também bebia nos conceitos do direito natural, refletia, além dos valores proprietaristas, também valores personalistas (e alguns mais utilitaristas, defendidos por Condorcet), com as leis de 1791 e 1793 sendo consideradas as bases das modernas codificações de Direito de Autor³⁵, incluindo posteriormente a autonomização dos direitos morais a partir do século XIX³⁶. Pode-se ver isso na defesa feita por Chapelier daquela que seria a mais sagrada, legítima e pessoal das propriedades: a obra literária, fruto do pensamento³⁷, que representava a principal atividade de vários dos pensadores que foram figuras centrais para a Revolução Francesa³⁸.

O *urheberrecht* germânico se desenvolveu, após a fase dos privilégios do Kaiser e da Igreja, em uma mistura das duas linhas antes men-

criar limitações para o direito natural (dos autores sobre suas obras, no caso). Cf. HUANG 2009, 185–88; DIAS PEREIRA 2008, 74.

³³ DIAS PEREIRA 2008, 65–68.

³⁴ NETANEL 1993, 356–59.

³⁵ LEITE 2004, 174.

³⁶ Apesar de o conceito de direitos morais nos remeter sempre à França e o termo ter sido formulado por Morillot, as verdadeiras raízes da ideia estão nos ensinamentos de Otto Von Gierke e até no *case-law* inglês, pela lavra de Lord Mansfield no julgamento *Millar v Taylor*. As cortes francesas passaram a desenvolver a noção de direitos morais no século XIX, ocorrendo a sua positivação apenas em 1957 pelas mãos de Desbois. Cf. V. LUCAS 2011; PEELER 1999.

³⁷ Alguns anos depois, em carta datada de 28 de Maio de 1851 para o Ministro dos Negócios Estrangeiros, Almeida Garret, um dos pais do Direito de Autor em Portugal, escreveu palavras similares. Chamava essa categoria de obras, criada pela “*inteligência e pelo espírito imortal do homem*”, de a “*mais nobre, e a mais inquestionável de todas as propriedades*”. Cf. DIAS PEREIRA 2008, 51 e 63–65.

³⁸ ASCENSÃO 2008b, 87.

cionadas, com mudanças graduais³⁹. Essa construção foi impulsionada por editores, e no início os direitos do autor eram uma justificativa para esses interesses econômicos. Mas a ligação do direito natural à propriedade espiritual, sob forte influência filosófica de Hegel e Kant, se tornou mais intensa que na França. O criador intelectual assumiu o ponto de referência fundamental, e as posteriores alterações nas leis foram fortalecendo a figura do autor, construindo uma visão monista com direitos patrimoniais inalienáveis⁴⁰.

Percebe-se logo a diferença entre os sistemas⁴¹. O *copyright* é um direito mais objetivo centrado na obra e na realização de cópias, sendo um instrumento de estímulo econômico e progresso das ciências e artes, o que será exponenciado na perspectiva constitucional estadunidense. Os outros dois, comumente enquadrados como sendo da mesma tradição do *droit d'auteur* (embora isso seja impreciso, até porque o *urheberrecht* se distancia muito mais das normas britânicas que as legislações latinas, como a francesa⁴²), apresentam um caráter mais subjetivo e fazem um apelo forte à figura e importância do autor, ressaltando a dignidade da criação intelectual e o requisito da criatividade⁴³. No primeiro, o fundamento declarado é que o direito perfectibilizado surge e depende de regras legais, enquanto no segundo ele nasce de um fato, a criação da obra⁴⁴, fundado na própria natureza das coisas⁴⁵.

2.1.2 HARMONIZAÇÃO INTERNACIONAL E COMUNITÁRIA

Ainda hoje encontramos diferenças significativas entre as leis de Direito de Autor. Entretanto, elas foram muito reduzidas durante os últimos 150 anos, acelerando o ritmo da harmonização no último

³⁹ TRABUCO 2006, 118.

⁴⁰ DIAS PEREIRA 2008, 68–72.

⁴¹ Detalhando, ver a nota de rodapé n. 2 de ROCHA 2008, 735–50.

⁴² DIAS PEREIRA 2008, 240–52.

⁴³ SOUSA E SILVA 2013, 1335; ASCENSÃO 2008b, 88.

⁴⁴ Ver acórdão do STJ de 14/12/1995, rel. Almeida e Silva.

⁴⁵ VICENTE 2020, 65.

meio século, quase sempre seguindo na direção de um aumento do aspecto comercial do ramo.

No início do século XIX, a proteção de autores estrangeiros não era assegurada em vários dos sistemas autorais existentes, com a tutela transnacional se dando principalmente por acordos bilaterais. Isso levava a situações como a livre exploração de obras britânicas e francesas por editoras locais nos EUA, país que construiu parte de seu rápido desenvolvimento cultural a partir do conhecimento oriundo dessas obras estrangeiras não protegidas. Como resultado, em 1886 foi concluída a Convenção de Berna, que estabeleceu diversos requisitos mínimos de proteção. Como ela acabou não sendo adotada por muitos países, incluindo os EUA⁴⁶, foi celebrada sob a égide da UNESCO a Convenção Universal Sobre Direitos de Autor em 1952 (revista em 1971), que conseguiu maior adesão naquele momento por firmar uma abordagem minimalista mais próxima dos sistemas de *copyright*. Apesar de sua grande relevância no século XX e sua coexistência e compatibilização com a Convenção de Berna até hoje⁴⁷, essa última acabou ofuscando a primeira, em grande parte por causa da escolha da Organização Mundial do Comércio (OMC) na elaboração dos Acordo TRIPS (ou ADPIC - Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio)⁴⁸.

Nesse ínterim, os direitos de autor passaram a ser amplamente reconhecidos como direitos humanos, consoante o art. 27º, n. 2 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948, o art. 15º, n. 1, “c” do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU (parte da Carta Internacional de Direitos Humanos) de 1966 e o art. 17º, n. 2 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000⁴⁹.

⁴⁶ Os EUA aderiram apenas em 1989, após uma reforma da Convenção de Berna de 1971, na qual tiveram grande influência. Cf. ASCENSÃO 2012b, 36.

⁴⁷ ASCENSÃO 2012b, 39.

⁴⁸ VICENTE 2020, 138–46.

⁴⁹ Com mais detalhes, cf. TORREMANS 2007, 274–81. Apesar de não estar expressamente previsto na Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos já decidiu por diversas vezes que vários dos

Uma transformação importante ocorreu na segunda década do século XX, empurrando os direitos autorais do campo civil para o comercial e transformando os bens intelectuais cada vez mais em mercadorias, na visão da doutrina crítica⁵⁰. Com a consolidação de empresas da economia criativa, que passaram a ser a locomotiva da “indústria cultural”, a tutela internacional de seus interesses passou a receber muita atenção, como vemos na elaboração na Convenção de Roma de 1961⁵¹.

Esses Tratados Internacionais de Direito de Autor não tinham fortes mecanismos para garantir o cumprimento de seus dispositivos, o que era problemático perante a crescente relevância da propriedade intelectual nas relações comerciais internacionais e o desequilíbrio concorrencial resultante da disparidade normativa. A OMC tomou a dianteira, coordenando a assinatura dos ADPIC na Rodada do Uruguai do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio em 1994. A adesão ao Acordo era obrigatória para todos os membros, e ele previa que os países aderissem à maior parte (excetuando-se, notoriamente, os direitos morais) da Convenção de Berna e da Convenção de Roma. Permaneceram ainda assim lacunas para tutelar a nova realidade informática, levando à conclusão em 1996 de mais dois instrumentos: o Tratado de Direito de Autor da OMPO (WCT) e o Tratado da OMPI sobre Performances e Fonogramas (WPPT), ambos em vigor desde 2002. Para adotar globalmente uma proteção coerente sobre interpretações e execuções audiovisuais, bens culturais de elevado valor econômico, se celebrou em 2012, também no âmbito da OMPI, o Tratado de Beijing⁵².

No processo de harmonização dos direitos de autor na União Europeia, percebe-se inicialmente que os Tratados das Comunidades

institutos da PI, incluindo os direitos de autor, estão abarcados pelo direito de propriedade do artigo 1º do Protocolo adicional (n. 1) da CEDH, julgando uma larga quantia de casos relacionados à matéria. Cf. GEIGER & IZYUMENKO 2018.

⁵⁰ ASCENSÃO 2008b, 95; DIAS PEREIRA 2008, 287; TROSOW 2003.

⁵¹ Convenção Internacional para a Proteção dos Artistas Intérpretes ou Executantes, dos Produtores de Fonogramas e dos Organismos de Radiodifusão.

⁵² VICENTE 2020, 146–70.

Europeias e o Tratado de Maastricht não atribuíam explicitamente às instituições comunitárias a competência para legislar em matéria de propriedade intelectual. O direito comunitário, ao menos em sua origem, era um direito excepcional sem intuito de abarcar todas as áreas jurídicas para construir um ordenamento completo e integrado⁵³, mas sim para sanar problemas de domínios específicos que exigiriam uma coordenação transnacional. Todavia, por ser um tema crescentemente ligado ao mercado interno, a propriedade intelectual foi abarcada pelos artigos 26º, n. 1 e 2 e 114º, n. 1 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), aliados ao artigo 118º, introduzido pelo Tratado de Lisboa, que faz menção expressa a essa área jurídica. Esse último artigo, todavia, não é independente dos outros dois, pois está ligado ao contexto e justificativa do mercado interno⁵⁴, e a competência legislativa da UE na área não é discricionária, devendo seguir algumas orientações e limites vinculantes⁵⁵, para além dos princípios da subsidiariedade e proporcionalidade⁵⁶.

⁵³ ASCENSÃO 2008c, 15.

⁵⁴ Vide decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) nos processos C-274/11 e C-295/11, julgados conjuntamente em 16/04/2013.

⁵⁵ De forma geral, ver RAMALHO 2014; DIAS PEREIRA 2008, 265–71.

⁵⁶ Os princípios da subsidiariedade da proporcionalidade (artigo 5º, n. 3 e 4 do TUE) funcionam em tensão interna e externa com outros princípios, como o da identidade nacional, para equilibrar os poderes e competências da União Europeia com o dos Estados-membros. A expansão da competência comunitária levou a uma reação no “Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade” introduzido no tratado de Amsterdã. O princípio da subsidiariedade, que é jurídico apesar de seu grande alcance político, funciona como um filtro entre a atribuição da União e a possibilidade de exercer sua competência. Os Estados-membros têm preferência em atribuições não exclusivas da UE, que só poderia atuar caso se cumulem duas condições: a insuficiência da atuação estatal e a maior eficácia da intervenção comunitária. O princípio da proporcionalidade busca evitar um excesso de regulamentação e determina que haja uma apropriada justificação dos meios utilizados para atingir os objetivos comunitários, destacando-se o respeito aos direitos fundamentais. O parâmetro aqui não é a existência de alternativas menos restritivas, que é a forma usualmente encontrada nos direitos nacionais, e sim uma bitola abrangente na qual o ato normativo só será ilegal se for constatado que ele foi “manifestamente inapropriado” para os fins declarados. Mais detalhadamente, o conteúdo e a forma de ação da UE devem respeitar: i) a adequação da medida para o objetivo buscado, em uma relação causal; ii) a necessidade dela, buscando a alternativa efetiva menos restritiva; iii)

A tentativa de criar um código sistematizado de direitos de autor europeu falhou, o que não significa que a matéria não tenha sido amplamente normatizada por diplomas avulsos. Por outro lado, essa forma fragmentada, implementada majoritariamente por meio de diretivas e tendo em seu coração a Diretiva InfoSoc, permitiu a manutenção de algumas diferenças significativas entre os estados membros⁵⁷. Mais recentemente, e abarcando uma variedade de normas sem paralelos em outras leis, foi publicada a Diretiva MUD (2019/790), alvo de forte controvérsia na Europa e no mundo. Observa-se crescentemente nesse espaço uma supressão das competências nacionais e uma compressão do princípio da territorialidade⁵⁸.

Esse acervo não é facilmente enquadrado nem na concepção do *copyright* nem na do *droit d'auteur*⁵⁹. Ele é marcado por um elevado grau de rigidez, construído sobre o dogma do elevado grau de proteção⁶⁰ (que visava manter a indústria e o mercado europeu competitivos⁶¹), visível principalmente em algumas de suas características: i) uma grande amplitude dos direitos econômicos; ii) uma interpretação expansiva dos direitos do autor; iii) exceções e limites no formato de regra, com iv) interpretação restritiva e v) em um rol fechado, vi) sendo ainda subordinados à regra dos passos. Essa rigidez resulta em uma dificuldade de adaptação da legislação às mudanças tecnológicas e sociais, o que é proporcionalmente problemático à velocidade dessas mudanças e parece afetar desproporcionalmente os usuários e o público em geral⁶².

a proporcionalidade em sentido estrito, balanceando os interesses envolvidos Cf., com mais detalhes, QUADROS 2013, 121–23 e 250–54; MARTINS 2014, 285–87.

⁵⁷ SOUSA E SILVA 2013, 1358–64.

⁵⁸ DIAS PEREIRA 2008, 227–30.

⁵⁹ VICENTE 2020, 162; DIAS PEREIRA 2008, 252.

⁶⁰ Mesmo sem que existissem nos Tratados artigos que autorizassem estabelecer “níveis de proteção”. Isso efetivamente acabava por negar que as nações avaliassem as necessidades de seus próprios territórios, vide ASCENSÃO 2012b, 717.

⁶¹ SOUSA E SILVA 2013, 1334.

⁶² RENDAS 2018, 155–60.

O TJUE nos últimos anos apareceu como um ator importante no ordenamento europeu jusautorai, servindo como uma resposta provisória à lentidão intrínseca do processo legislativo comunitário, resultado da dificuldade de coordenação entre muitos interesses e estados-membros envolvidos⁶³. O Tribunal, inclusive, vem se mostrando um agente de mudanças progressistas em prol do equilíbrio de interesses, no sentido de flexibilizar as duras normas comunitárias e conseguir abarcar em algum nível as transformações tecnológicas, mudando aos poucos a sua posição histórica de agir sempre para maximizar os níveis de proteção⁶⁴.

2.2 TEORIAS DE JUSTIFICAÇÃO DO DIREITO DE AUTOR⁶⁵

Justificar a existência dos sistemas de propriedade intelectual é um desafio mais complexo do que justificar a propriedade privada comum. O direito de impedir que outros se aposses ou utilizem bens alheios é mais facilmente justificado quando o uso pleno deles depende da exclusão de terceiros. Mas esse não é o caso dos bens intelectuais, que são não-exclusivos por natureza⁶⁶. Mais ainda, os direitos de autor são vistos como ligados à liberdade de informação e menos claramente conectados com a atividade comercial.

As Teorias de Justificação não se confundem com os motivos concretos para o surgimento das leis de direitos de autor, mais diretamente explicados pelo contexto histórico e discussões legislativas. Mesmo assim, algumas delas foram invocadas e amalgamadas entre si nessas propostas históricas de leis e reformas. Influenciaram a formação de sistemas inteiros, sem ser, contudo, apresentadas de maneira consistente e bem aprofundada, pelo menos até algumas décadas atrás.

⁶³ HUGENHOLTZ 2014, 58–64.

⁶⁴ RENDAS 2018.

⁶⁵ Usaremos maiúsculas para fixar esse termo como um conceito que se refere principalmente às teorias citadas nos pontos 2.2.1. a 2.2.3. a fim de evitar confusões com teorias explicativas em sentido genérico.

⁶⁶ HETTINGER 1989, 35.

Elas começaram a ser sistematizadas mais claramente na segunda metade do século XX, com o aumento de relevância da propriedade intelectual⁶⁷. Suas bases eram as construções jurídicas já existentes em outras áreas do Direito, sob forte influência de argumentos da filosofia política. Nesses outros ramos a distinção era mais visível, o que gerou alguns obstáculos para as Teorias de Justificação sobre a propriedade intelectual (ou, mais especificamente, sobre o Direito de Autor) fornecerem respostas mais completas, e em todas elas se encontram algumas inconsistências internas, ambiguidades e lacunas⁶⁸. Assim, não servindo para separar de maneira rígida e estanque os diferentes sistemas de direito de autor, a finalidade do estudo dessas Teorias é reconhecidamente de reduzida aplicação prática imediata, e sua utilidade já chegou a ser questionada⁶⁹. Todavia, em nossa opinião, a busca de soluções para as OAGIAs é justamente um excelente exemplo de como esses estudos podem ser úteis, nos fazendo pensar se determinado tipo de proteção deve ser implementado ou reformado.

Além disso, essas Teorias ajudam a identificar quais são os pilares estruturais do Direito de Autor e a construir respostas sistematicamente coerentes para problemas específicos. Cultivam um diálogo de maior qualidade entre os participantes do processo legislativo ou da formulação e implementação de políticas públicas, com maior facilidade de fiscalização a partir de linhas de atuação e criação normativa coerentes⁷⁰.

Há poucos consensos sobre essas Teorias, talvez por seu elevado grau de abstração. A própria classificação e divisão delas é incerta, razão pela qual é até mais preciso falar de cada uma delas no plural. Escolhemos aqui como base a classificação de William Fisher⁷¹, mas

⁶⁷ MENELL 2003, 129.

⁶⁸ W. FISHER 1987, 5–8.

⁶⁹ WILKOF 2014.

⁷⁰ W. FISHER 1987, 24–28.

⁷¹ Disponível em: <http://ccb.ff6.mwp.accessdomain.com/Maps/IPTheories.html>. Acesso em: 05 maio 2020.

com algumas adaptações que parecem tornar a explicação mais didática e atualizada⁷².

2.2.1 TEORIAS DE DIREITO NATURAL

As Teorias de Direito Natural, embora tenham profundas divergências entre si, podem ser introduzidas de forma conjunta por serem comumente tratadas como uma só por tribunais e legisladores. O argumento central dessa linha é que os direitos de autor seriam algo intrínseco à pessoa criadora. Foram particularmente fortes antes do advento da sociedade informacional e da proteção jusautorais de bens informáticos, especialmente na tradição e desenvolvimento moderno dos sistemas de *droit d'auteur*⁷³.

2.2.1.1 TEORIAS DO TRABALHO

As Teorias do Trabalho encontram seus fundamentos no conceito de apropriação privada e filosofia política de John Locke, e parece ser as mais intuitivas de todas, tendo como base a ideia de que um criador de uma obra deve beneficiar-se dos resultados provenientes dela. Ao “misturar” o seu trabalho com algum bem que estivesse no espaço comum (*commons*⁷⁴) surgiria um direito natural à propriedade resultante.

⁷² Como, por exemplo, o agrupamento tanto da teoria da personalidade e do trabalho sob a rubrica do Direito Natural, o que ajuda ainda a evidenciar uma certa proximidade entre os diferentes sistemas europeus. Também escolhem essa classificação: DIAS PEREIRA 2008, 80; VICENTE 2020, 64–66; TRABUCO 2006, 156–57.; LEITE 2004, 161–77.

⁷³ GOLDSTEIN & HUGENHOLTZ 2019, 13; YANISKY-RAVID 2017, 706. Podemos encontrar menções implícitas à essas teorias como fundamentação do direito autoral no Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE, nomeação do TJUE até a entrada em vigor do Tratado de Lisboa) nos casos C-92/92 e C-326/92, e mais visivelmente no Tribunal de Primeira Instância da Comunidade Europeia T-76/89.

⁷⁴ É difícil traduzir precisamente o conceito de *commons*, que poderíamos também chamar de “espaço público” ou mesmo de “domínio público”, no sentido mais genérico do sistema proprietarista.

Essas Teorias foram ainda aprimorada nos séculos seguintes, se aproximando mais de uma “Teoria da Equidade”, focando no argumento de que as pessoas merecem parte dos frutos de determinado trabalho na proporção em que contribuíram para sua realização⁷⁵. Na propriedade intelectual, essa noção do filósofo inglês foi reforçada pelo direito alemão e francês do século XVIII, cujos juristas defendiam uma valorização dos produtos da mente em relação aos bens materiais⁷⁶. Da mesma forma, vemos em Portugal comumente (especialmente na doutrina clássica) argumentos que se encaixam nesse quadro, como a de Jorge Miranda ao afirmar que “a propriedade intelectual é sempre fruto do trabalho”⁷⁷.

As Teorias do Trabalho parece fornecer um caminho principalmente para afirmar que os direitos de propriedade intelectual devem existir⁷⁸, sem fornecer uma base para pensar a sua forma, deixando abertas questões mais específicas, como precificação, valorização da sorte ou dons naturais, a duração adequada e as limitações cabíveis⁷⁹. Mais além, está cada vez mais em conflito com os sistemas nos quais a titularidade dos direitos patrimoniais de propriedade intelectual não fica com seus criadores intelectuais, e sim com coletividades ou empresas⁸⁰ (editoras, produtoras, gravadoras, dentre outras)⁸¹.

⁷⁵ Não à toa, nas últimas formulações de Fisher para o curso CopyrightX, preferiu-se utilizar o termo “*Fairness Theory*” em vez de “*Labor Theory*”, incluindo ainda justificativas baseadas na lógica que fundamenta o instituto da Concorrência Desleal. Cf. W. FISHER 2015.

⁷⁶ LEITE 2004, 166–68.

⁷⁷ MIRANDA 2006, 23. Na doutrina internacional, temos alguns bons exemplos contemporâneos de autores que defendem essa posição, como MERGES 2012, 31 e ss.; EPSTEIN 2010; MOORE 2015.

⁷⁸ ADOLFO 2009, 21, nota de rodapé 42.

⁷⁹ LEITE 2004, 176. HETTINGER 1989, 40–43.

⁸⁰ DIAS PEREIRA 2001a, 190–209.

⁸¹ HETTINGER 1989; BREYER 2011.

2.2.1.2 TEORIAS DA PERSONALIDADE

As Teorias da Personalidade dizem que a obra merece ser tutelada por ser uma extensão expressiva da personalidade ou espírito do seu criador no mundo, com base originária na filosofia de Kant e Hegel⁸². Elas são relativamente fortes no Direito de Autor quando comparado com outros campos da propriedade intelectual⁸³, especialmente nas tradições que valorizam os direitos morais, como as continentais. Por outro lado, os diálogos e processos de harmonização dos sistemas de direito de autor fizeram com que essa linha influenciasse também o *copyright* britânico⁸⁴ (muito por influência das normas comunitárias) e o estadunidense (vide o *Visual Artist Rights Act* de 1990)⁸⁵.

Vemos manifestações concretas dessas Teorias em afirmações como a de Jorge Miranda ao apontar que a liberdade de criação artística, intelectual e científica é uma manifestação do próprio desenvolvimento da personalidade, que se depreenderia do art. 26º, n. 1 da Constituição da República Portuguesa (CRP)⁸⁶.

As Teorias da Personalidades também fornecem uma base inicial forte para justificar a própria existência dos direitos de autor, exponencialmente visível no campo dos direitos morais, mas ajudam me-

⁸² Contudo, há importantes divergências entre as perspectivas desses filósofos. Uma teoria da propriedade intelectual baseada em Kant encontra muito mais dificuldades para defender a alienabilidade dos direitos de autor do que uma baseada em Hegel, diferença cujos reflexos pode ainda hoje ser encontrados no *urheberrechtsgesetz* (UrhG) alemão e no *droit d'auteur* francês. Cf. NETANEL 1993, 354.

⁸³ DU BOIS 2018, 25.

⁸⁴ Na verdade, como já vimos, encontra-se uma incidência das teorias jusnaturalistas em *Millar v Taylor* de 1769.

⁸⁵ NETANEL 1993, 351.

⁸⁶ MIRANDA 2006, 20. No campo dos direitos de autor, a manifestação doutrinária clássica mais claramente enquadrada nessa linha parece ser a de CARVALHO 1994. Internacionalmente, se destacam as contribuições de Waldron e, sendo mais referenciada pelos doutrinadores de direito autoral, Margaret Radin. Cf. RADIN 1982. Uma visão contemporânea, com interessante reinterpretação dessa teoria para o resistente ordenamento estadunidense, pode ser encontrada em Yoo 2019.

nos na busca por detalhamentos sobre os direitos concretamente considerados. A dificuldade de utilização prática é parcialmente explicada pelos conceitos trabalhados nessas Teorias serem altamente abstratos e pouco consensuados (como a própria ideia de personalidade), mesmo entres os especialistas do direito ou da filosofia⁸⁷.

2.2.2 TEORIAS UTILITARISTAS

As Teoria Utilitaristas são a perspectiva dominante hoje na justificação da propriedade intelectual no mundo⁸⁸. O principal conceito dessa linha é a maximização da utilidade, ou seja, a busca do maior bem para o maior número de pessoas. Essas ideias, na seara da filosofia, foram sistematizadas nas palavras de Jeremy Bentham e aprofundados por Stuart Mill, embora as sementes das ideias utilitaristas para a propriedade intelectual sejam anteriores aos dois filósofos, com raízes na arguição de Adam Smith em defesa dos benefícios provenientes de monopólios limitados⁸⁹.

Esse pensamento gira em torno de uma tensão e um paradoxo: para que a sociedade possa se beneficiar, especialmente a longo prazo, é necessário que os titulares (criadores e investidores) também possam, limitadamente, excluir outros da exploração livre de suas obras/invenções. Mas essa exclusão não pode ser forte o suficiente a ponto de mais prejudicar do que beneficiar a sociedade⁹⁰. Esse arcabouço teórico passa a ser traduzido em parâmetros mais concretos por meio de diversos mecanismos, principalmente os métodos e modelos da análise econômica do direito. Argumenta-se nesse viés que a propriedade intelectual serve como uma solução para falhas de

⁸⁷ W. FISHER 1987, 22.

⁸⁸ Os instrumentos internacionais e as reformas nacionais ou regionais mais recentes fazem quase sempre menção à perspectiva utilitarista-econômica em sua justificação, sendo muito visível essa posição na legislação comunitária vigente e nos tratados no âmbito da OMPI e da OMC. Como exemplo paradigmático, cf. WIPO 2008.

⁸⁹ Conforme indicado e citado por MENELL 2003, 131–32.

⁹⁰ HETTINGER 1989, 48.

mercado⁹¹, e o bem da sociedade passa a ser avaliado por parâmetros econômicos⁹².

Essas Teorias são compostas por diversos métodos de abordagem interna e não há uma única opção que unifique satisfatoriamente as metodologias existentes ou que seja capaz de explicar todos os aspectos econômicos relevantes dentro das Teorias Utilitaristas. Afinal, o campo da propriedade intelectual é marcado pela dificuldade de se identificar e obter os dados dos fatores relevantes para alcançar comprovações empíricas de que os direitos atualmente existentes são de fato a melhor forma de estimular inovação, criatividade e coordenação social⁹³. Conforme aponta Mark Lemley, em alguns setores, como as patentes da indústria biomédica, existem indícios mais favoráveis ao sistema vigente de monopólios fortes. Mas na maioria deles os indícios são no máximo inconclusivos, e as regras adotadas de propriedade intelectual podem na verdade prejudicar os seus fins declarados⁹⁴.

Embora reconheçamos que esse recurso ao jusnaturalismo possa ser utilizado para defender direitos de exclusiva que não deveriam razoavelmente existir, concordamos com a doutrina que indica que Direito de Autor não pode ser reduzido ao funcionalismo das análises econômicas, e que há outras ferramentas próprias do método jurídico para resolver problemas complexos que apareçam, abarcando inclusive a ponderação de valores e direitos fundamentais como a saúde e a liberdade de expressão⁹⁵.

⁹¹ Há, inclusive, na doutrina aqueles que dizem que essa é a principal finalidade dos sistemas de propriedade intelectual, e não recompensar autores para incentivar a inovação ou criatividade. Fellmeth, por exemplo, faz isso dando prevalência ao caráter essencialmente negativo dos direitos intelectuais, apontando que no campo do copyright a finalidade é facilitar a produção de obras para que elas existam em número suficiente para beneficiar o público, não existindo requisitos qualitativos para sua proteção. Cf. FELLMETH 2019.

⁹² A doutrina estadunidense se destaca nessa área, valendo a pena lembrar de algumas obras paradigmáticas em BREYER 1970; LANDES & POSNER 1989; POSNER 2002. Em Portugal, é marcante a contribuição de REMÉDIO MARQUES 2005.

⁹³ W. FISHER 1987, 9–14.

⁹⁴ LEMLEY 2015a, 1331–35.

⁹⁵ DIAS PEREIRA 2008, 118–20; 2019a, 57; REMÉDIO MARQUES 2008, 57.

2.2.3 OUTRAS TEORIAS, EM PARTICULAR AS CULTURALISTAS

Além das três principais, existem diversas outras teorias para tentar justificar a existência dos direitos de autor, mas elas geralmente acabam se encaixando como um subtipo, parte ou mistura das outras teorias principais⁹⁶. Não parece muito profícuo nos aprofundar nelas. Porém, uma merece mais comentários, que são as Teorias Culturalistas/Culturais, comumente conhecida por outros nomes, como Teorias do Bem Estar Social.

Ela se assemelha às Teorias Utilitaristas na busca de um ganho social, enquanto se aproxima da Teoria da Personalidade ao entender que existe uma natureza humana e que se deve buscar o crescimento humano como um valor em si. O resultado, em nossa visão, é uma teoria formalmente utilitária, mas como uma dependência muito menor de mecanismos econômicos e com valores humanistas imbuídos, em uma perspectiva menos individualista e mais coletiva⁹⁷. As propostas dessa Teoria não se restringem aos direitos de PI e propõem uma mudança sistemática profunda⁹⁸.

Apesar da dificuldade de precisão conceitual também existir na Teoria Cultural, Portugal parece um terreno fértil para seu desenvolvimento teórico ao se observar a preocupação social com a cultura no texto constitucional, apesar de ser duvidoso se o mesmo pode ser dito da União Europeia⁹⁹.

⁹⁶ HETTINGER 1989, 47; DU BOIS 2018, 19–21.

⁹⁷ Isso não significa que explicações econômicas não sejam também relevantes e vastamente utilizadas na Teoria Culturalista, vide as contribuições da economia política e economia comportamental. Disponível em: <http://ccb.ff6.mwp.access-domain.com/Maps/IPTheories.html>. Acesso em: 05 maio 2020.

⁹⁸ W. FISHER 2016, 452–54.

⁹⁹ Embora a preocupação com a cultura europeia seja sempre declarada, na prática o tema é secundarizado quando conflita com o mercado comum. A cultura passa, no Direito de Autor, a ser interpretada como aquilo que as indústrias culturais produzem, mesmo que seja um material de baixa qualidade com finalidade quase que estritamente comercial. Ver ASCENSÃO 2008c, 21–23; 2008b, 91. Por outro lado, a base para se argumentar a obrigação das instituições comunitárias com a cultura europeia é sólida e antiga. O Estatuto do Conselho da Europa

Na CRP, Jorge Miranda identificou diversos direitos culturais, destacando os de liberdade cultural (como criação e divulgação) e de acesso aos bens de cultura¹⁰⁰. Peter Haberle também identificou em Portugal essa aproximação relativamente acentuada entre a Constituição e a cultura, mencionando o país como caso paradigmático¹⁰¹. Especificamente em relação aos direitos de autor sob a perspectiva da jurisdição constitucional, estes estão expressamente previstos no artigo 42º, n. 2, que firma ser livre a criação cultural¹⁰².

de 1949 já firmava que os Estados-membros se encontravam “indissolúvelmente vinculados aos valores morais e espirituais que constituem o patrimônio comum dos respectivos povos”. A Declaração sobre a identidade europeia de 1973 também se baseou nesse documento. O ápice da referência aos valores culturais europeus aparece no Anteprojeto da “Constituição da União Europeia” (documento Penélope), que definia a União como uma “comunidade de valores”. Tal definição foi mitigada até chegar no rol mais fechado e simples do atual artigo 2º e 3º, n. 1, do TUE, mas ainda é possível observar no texto introdutório a preocupação original com a cultura e valores europeus. Cf. QUADROS 2013, 112–13. As normas comunitárias jusautorais mais recentes também demonstram uma maior preocupação com aspectos culturais, ainda que a prioridade permaneça sendo empresarial, vide DIAS PEREIRA 2019a.

¹⁰⁰ MIRANDA 2006.

¹⁰¹ HÄBERLE 2016, 12–16.

¹⁰² Há discussão doutrinária sobre a abrangência dos dispositivos sobre os direitos de autor, mas o TC já se pronunciou extensivamente no acórdão n. 577/11 de 29/11/2011, rel. José Borges Soeiro: “*A tutela da propriedade intelectual apresenta-se, no plano da nossa Constituição, como uma tutela multifacetada. Com efeito, a propriedade intelectual é, antes de mais, propriedade privada, abrangida, portanto, no núcleo essencial do direito fundamental de propriedade, nos termos do artigo 62º, nº 1, da Constituição (...) Mas a tutela dos direitos de autor não se consome na protecção que o Estado concede à propriedade. A Constituição estabelece, no capítulo II do Título respeitante aos direitos, liberdades e garantias, sob a epígrafe “direitos, liberdades e garantias pessoais”, que a liberdade de criação cultural inclui a protecção legal dos direitos de autor: (...) Trata-se da manifestação do direito ao desenvolvimento da personalidade, autonomizado, pela revisão constitucional de 1997, no artigo 26º, nº 1. A propósito da natureza complexa da propriedade intelectual, Gomes Canotilho fala num direito de troncalidade autoral com várias irradiações: como direito unitário, como direito de personalidade, como direito humano, como direito de propriedade, como direito privado, como direito de liberdade e como direito exclusivo (...)*”. A questão já havia sido abordada sem tantos aprofundamentos pelo mesmo Tribunal, p. ex. acórdãos de n. 491/2002 (julgado em 26/11/2002) e 273/2004 (julgado em 20/4/2004), sendo reafirmada depois múltiplas vezes, consoante o acórdão mais recente de n. 435/2016 (julgado em 13/07/2016).

Neste caminho, José de Oliveira Ascensão aponta que, apesar de sua transformação comercial, o Direito de Autor ainda é (e deve ser) um Direito de Cultura por excelência, apesar de ambos não se confundirem, e sim terem uma correlação importante, com o primeiro não devendo se tornar um obstáculo ao segundo¹⁰³. Na jurisprudência, encontramos o acórdão do TRE de 10/07/2007, rel. António João Latas, afirmando que o CDADC, ao se referir à criação intelectual, “inscreve a obra protegida no campo da cultura e não, apenas, no universo das transacções económicas”. Declarações similares são encontradas em acórdãos mais recentes, como o do TRL de 09/01/2018, rel. Carla Câmara. Por fim, parece possível ver esforços por todo o mundo objetivando que essas regras voltem a ter finalidades de promoção cultural¹⁰⁴.

2.3 EQUILÍBRIO DE INTERESSES

2.3.1 NO DIREITO DE AUTOR EM GERAL, EM ESPECIAL PELA VERTENTE UTILITARISTA

Um ponto em comum entre as Teorias é a percepção de que há uma finalidade da propriedade intelectual que vai para além da figura do autor/criador/inventor. Até mesmo nos sistemas de PI de carácter mais comercial são encontradas disposições que obrigam a busca por um equilíbrio de interesses, como mostra o art. 7º do ADPIC.

Nas perspectivas personalistas vimos que o aspecto económico pode ser derogado pelos aspectos morais, e que a tutela da personalidade do autor serviria justamente como uma forma de realizar um sopesamento e defender seus interesses perante direitos fundamentais de terceiros (como o acesso à saúde ou à educação plena). Nos ensinamentos de Locke, mais visivelmente, o princípio de justiça cumpre o papel de balancear o espaço público e a propriedade privada.

¹⁰³ ASCENSÃO 1994.

¹⁰⁴ ASCENSÃO 2012a.

Apesar de estar presente em algum nível em todas, é na Teoria Utilitarista que esse delicado equilíbrio realmente aparece de maneira chamativa. Isso se dá em razão de duas características ventrais dos bens intelectuais, que é serem não rivais e não excludentes. Resumidamente, a utilização ou consumo da propriedade intelectual por uma pessoa não impede o uso de terceiros simultaneamente, diferentemente dos bens físicos em geral. Complementarmente, não há como impedir essa utilização por outras pessoas depois que a obra vai a público, a não ser por meios artificiais, como proibições legais. Isso é visto como uma falha de mercado que desestimularia a criação/invenção, exigindo uma atuação interventiva estatal contra uma liberdade geral. Como limita uma liberdade, essa intervenção deve ser solidamente justificada¹⁰⁵.

Pela grande proximidade do Direito de Autor com questões culturais e de acesso à informação, a importância do equilíbrio fica ainda mais destacada. Aqui, mais do que na propriedade industrial, vemos um princípio geral da liberdade de informação como pilar estruturante de todo o sistema¹⁰⁶, desde a vedação à proteção de ideias até a limitação contextual dos direitos exclusivos para que não dificultem o desenvolvimento tecnológico, um viés que pode inclusive ser eminentemente comercial¹⁰⁷. Por essa mesma razão devemos colocar em igual patamar as normas positivas e negativas do Direito de Autor, faces opostas e complementares da mesma moeda. Limites, exceções, esgotamento, exclusões e o domínio público devem ser lidos assim, e não como algo inibidor ou danoso às tutelas intelectuais¹⁰⁸. Como as utilizações livres são o espaço normal das obras, elas são importantes não apenas para os interesses sociais, mas também para os próprios criadores e para a economia criativa, se as potencialidades forem adequadamente exploradas¹⁰⁹.

¹⁰⁵ De forma geral, ver D. B. BARBOSA 2011b.

¹⁰⁶ VICENTE 2011, 259–60; HOEREN 2006, 25–27.

¹⁰⁷ Para outros exemplos externos aos direitos de autor, ver REMÉDIO MARQUES 2005, 219–22.

¹⁰⁸ VICENTE 2011, 256–63; TRABUCO 2006, 698.

¹⁰⁹ ASCENSÃO 2009, 110 e 121.

Nos sistemas de direitos intelectuais contemporâneos encontraremos sempre, em maior ou menor medida, um embate entre interesses e direitos dos diversos agentes envolvidos. A diferença de prioridade nesse embate é um dos mais relevantes fatores para explicar as diferenças entre os sistemas nacionais de Direito de Autor¹¹⁰. Dentre os interesses envolvidos, são mais notórios os dos autores-criadores, das empresas e do público¹¹¹. Esses três podem se misturar e conflitar entre si, subdividindo-se em várias outros, destacando-se o último por envolver marcadamente interesses sociais (indicando o interesse público em sentido estrito¹¹²) e interesses privados, como o do indivíduo agindo com propósitos eminentemente econômicos em seu próprio benefício.

Foi visível em todo o mundo, durante o século XX, uma degradação do cuidado com o interesse público, em oposição aos discursos justificatórios que buscavam um maior equilíbrio no início do século XIX. Mesmo antes das mudanças cibernéticas, tecnologias como o cinema, o rádio e a televisão já tornaram os direitos de autor muito interessantes economicamente (enquanto, paralelamente, a propriedade industrial se tornava crescentemente central no comércio internacional), com o debate passando a se focar apenas na oposição entre os vários interesses privados envolvidos¹¹³. Esse desequilíbrio foi inicialmente, no cenário europeu, notado e criticado de forma sólida pela doutrina germânica¹¹⁴.

A ponderação entre direitos fundamentais está no cerne da discussão, seja no nível de direitos humanos internacionalizados¹¹⁵, seja no nível da Constituição. Já vimos que no ordenamento português há

¹¹⁰ VICENTE 2020, 64–68.

¹¹¹ DIAS PEREIRA 2008, 127.

¹¹² Existe interesse público também na proteção de autores, ou em manter a competitividade das empresas nacionais no mercado regional ou internacional, mas a faceta que nos parece mais importante é a do acesso da sociedade em geral ao conhecimento e à informação.

¹¹³ ASCENSÃO 2002, 1119–1200.

¹¹⁴ TRABUCO 2006, 159–60.

¹¹⁵ Aprofundando, ver TORREMAN 2007, 281–89.

um direito constitucional do autor para proteger suas criações culturais no art. 42, n. 2 da CRP, encontrando ainda reforço dos direitos pessoais no art. 26º, n. 1 e no art. 62, n. 1, o que levou Canotilho a entender que as limitações ao direito fundamental do autor devem ser interpretadas restritivamente, sob a ótica do princípio da proporcionalidade¹¹⁶.

Argui-se contra tal entendimento que ele deixaria em patamar inferior os vários outros direitos fundamentais envolvidos que não são imediatamente identificáveis, como a liberdade de expressão e o acesso à informação, especialmente a partir de uma leitura dos artigos 37º, 73º e 78º da CRP. Embora esses dispositivos não devam ser arguidos genericamente contra os direitos de autor, podem-no ser quando estes últimos se empolem demasiadamente, a ponto de atingir o núcleo dos outros direitos constitucionais¹¹⁷. Ademais, defendemos uma centralidade do princípio de liberdade (de informação) para o sistema de PI, indicado pela doutrina como tendo uma dignidade hierárquica superior¹¹⁸.

Nesse sentido, o próprio Canotilho ensina que, apesar de ser problemático reconhecer limites aos direitos fundamentais não expressamente admitidos no texto constitucional, eles podem ser justificados no contexto sistemático da proteção de outros direitos¹¹⁹.

Esse equilíbrio de interesses não é uniforme para todos os sistemas nacionais ou regionais de propriedade intelectual, nem no subsistema dos direitos de autor. Quando os ditames constitucionais e legais expressamente preveem a proteção ao investimento ou ao interesse empresarial, eles devem ser levados muito mais em conta do que nas tutelas cuja teleologia é diretamente muito mais ligada à pro-

¹¹⁶ CANOTILHO 2004.

¹¹⁷ ASCENSÃO 2009, 106–11; DIAS PEREIRA 2019c, 468. Abarcando também outros direitos de propriedade intelectual, sob a ótica da liberdade de iniciativa econômica e de concorrência, ver REMÉDIO MARQUES 2005, 234.

¹¹⁸ VICENTE 2011, 264–65; ASCENSÃO 2008c, 24–26.

¹¹⁹ CANOTILHO 2003, 1277–82. Para uma análise no direito autoral brasileiro com foco na ponderação de direitos em torno do domínio público, ver BRANCO 2011, 68–75. Internacionalmente, GOLDSTEIN & HUGENHOLTZ 2019, 23–24.

teção do criador intelectual¹²⁰. Regimes diferenciados ligados ao corpo principal, como o da tutela dos programas de computador, devem ser lidos sob parâmetros diversos. Na doutrina portuguesa, como um bom exemplo, permanece viva a discussão sobre a possibilidade de se enquadrar direitos conexos como um direito fundamental ao lado dos direitos de autor¹²¹.

Realizar essa ponderação é um exercício muito complexo e difícil, inevitavelmente ligado a alguns valores e percepções subjetivas do julgador ou legislador. Mesmo se dissermos que o princípio da liberdade de informação deve prevalecer, é evidente que em muitas situações ele não pode suprimir o direito fundamental do autor em ver sua criação protegida, se não acabaria, no limite, justificando todo tipo de infração em algumas categorias de obras. A supressão total do sistema de propriedade intelectual seria uma mudança radical bastante imprevisível, que deveria antes arcar com o ônus de evidenciar seus benefícios para ser levada adiante¹²². Tal problema se agrava em um cenário globalizado no qual devemos buscar consensos que sejam menos dependentes do contexto cultural nacional ou regional, a fim de elaborar instrumentos reguladores internacionais.

A perspectiva utilitária de equilíbrio de interesses, principalmente a estadunidense que assume a forma da análise econômica dos direitos de propriedade intelectual, ganhou grande espaço no cenário internacional justamente por essa razão, buscando estabelecer critérios mais objetivos e uniformes¹²³.

¹²⁰ VICENTE 2011, 269–72.

¹²¹ TRABUCO 2006, 56, na nota de rodapé n. 34. Seguimos a posição de que eles são protegidos constitucionalmente por interpretação extensiva, mas menos intensamente que os direitos de autor, vide DIAS PEREIRA 2008, 172.

¹²² REBELLO 1973, 594–97; DIAS PEREIRA 2008, 187–88. São raros os críticos da PI que vão tão longe a ponto de sugerir sua abolição. Alguns lembram que as evidências estão longe de indicar que a abolição da PI é benéfica, como faz LEMLEY 2015a, 1344–45. Boyle reitera diversas vezes em seu livro sobre o domínio público que sua tese não guarda qualquer incompatibilidade com a existência da PI como um todo, vide BOYLE 2008.

¹²³ TRABUCO 2006, 162–63.

Cumpra lembrar, antes de prosseguir, que essa objetividade ou neutralidade muitas vezes é utilizada para ocultar finalidades, institutos ou ferramentas profundamente ideológicos e tendenciosos¹²⁴. Não obstante, o estabelecimento de parâmetros adequados é um campo de disputa aberto, no qual a doutrina crítica cumpre um papel importantíssimo. Não estamos mais em um momento no qual o público não entende ou não se interessa pela questão dos direitos de autor na Internet, como foi nas primeiras legislações sobre o tema¹²⁵, e a controvérsia da Diretiva MUD mostrou o enorme potencial de engajamento da sociedade para impedir alterações que prejudiquem o interesse público.

Assim, em um primeiro momento, a análise econômica serviu para mostrar o retorno econômico e social que a proteção dos bens intelectuais gerava não só para o titular, mas para toda a sociedade. Pretendia mostrar, especialmente, que a tutela de novas categorias de direitos ou de bens informáticos seria necessária para promover a invenção e criatividade. Só que esses mesmos instrumentos analíticos características da economia, como os avançados por Coase ou Arrow, fundamentavam também uma crítica sobre os danos e prejuízo no exagero da proteção, a partir de tópicos como um aumento exponencial dos custos de transação para novas criações. Ou seja, as partes interessadas devem sempre internalizar custos (como a busca e verificação de regularidade) das outras, mas isso pode se tornar desnecessariamente oneroso pelas dificuldades de se obter o licenciamento de vários titulares com direitos concorrentes ou mesmo para encontrá-los¹²⁶.

¹²⁴ Talvez o caso mais famoso do campo da PI é a interpretação e aplicação das normas de antitruste estadunidenses, nos quais se observou no decorrer do século XX uma mudança da finalidade política original anti-monopolista para uma versão, baseada em análises econômicas, cujo parâmetro principal era o preço final pago pelo consumidor. Essa visão, que beneficiava enormemente grandes empresas, foi alcançada com um papel ativo de *think tanks* e outras instituições libertárias, incluindo universidades, que promoviam cursos com tudo incluso (e muito luxo) a juízes e agentes reguladores. Essa permanece sendo uma prática muito comum, promovida hoje notavelmente por grandes conglomerados de tecnologia. Para uma denúncia jornalística recente, ver WAKABAYASHI 2020.

¹²⁵ BOYLE 2008, 58–60.

¹²⁶ BREYER 2011, 1640–41; TRABUCO 2006, 190–93.

Estudos empíricos nesse campo, principalmente voltados para a duração demasiadamente longa da proteção, foram amplamente desenvolvidos nos EUA, mas também por várias instituições e teóricos europeus. Pelo menos nas pesquisas desenvolvidas por acadêmicos, é majoritária a percepção de que há uma falta de evidências para sustentar um vínculo causal necessário entre o aumento/fortalecimento de direitos de propriedade intelectual e ganhos de criatividade ou inovação, constantemente sugerindo novas reformas de caráter anti-maximalista¹²⁷. No espaço digital tal percepção se aprofundou, devido à uma lógica própria de reutilização e de minimização de custos de produção e reprodução¹²⁸.

O questionamento sobre os efetivos benefícios dos subsistemas da propriedade intelectual é antigo, sendo notória a conclusão de Fritz Machlup em estudo feito para o Senado dos EUA: diante do conhecimento então disponível e da falta de assertividade nos resultados pesquisados, se já não houvesse um sistema de patentes, seria irresponsável instituí-lo, mas como ele já está implementado, seria irresponsável o abolir¹²⁹.

Em outras palavras, a supressão das falhas de mercado e ineficiências relativas aos bens de informação deveria ser feita de forma a minimizar os custos sociais de manter esse sistema, e às vezes a criação ou reforço de direitos de exclusivo não eram nem a alternativa mais eficiente nem a mais justa¹³⁰. A tutela pela PI, diante do princípio da liberdade e das teorias de justificação, não deveria resultar em uma subutilização e desperdício de informação¹³¹.

Com base nessas análises econômicas, ganharam força as sugestões de alternativas aos sistemas tradicionais de direitos intelectuais,

¹²⁷ BRANCO 2011, 59–63; LEMLEY 2015a; E. JOHNSON 2012; DE BEER 2016; BOLDRIN & LEVINE 2013; PEUKERT 2017; D. B. BARBOSA 2011b.

¹²⁸ KHAOSAENG 2019.

¹²⁹ MACHLUP 1958, 80.

¹³⁰ REMÉDIO MARQUES 2005, 203–4.

¹³¹ MENELL 2003, 133; HETTINGER 1989, 49.

como premiações, competições ou subsídios governamentais¹³². Apon-
tou-se também que, em algumas categorias de autores e obras, assim
como em certos contextos (como a criação de conteúdo na Internet),
há muitas vezes uma valorização maior de outras recompensas que
não a financeira, priorizando-se aspectos como o reconhecimento en-
tre pares e o aumento do conhecimento humano, ou mesmo razões
individuais¹³³. O grande sucesso de algumas iniciativas do movimento
de *software* livre, contrariando os críticos que acharam que elas seriam
efêmeras, ajuda a demonstrar categoricamente esse ponto¹³⁴.

Sustentar que só a PI é capaz de estimular a inovação/criatividade
seria, no limite, negar os períodos de progresso humano que antecederam
esse modelo e corroborar os pleitos pela perpetuidade desses exclusivos¹³⁵.

Por fim, o equilíbrio de interesses ocorre também no nível inter-
nacional ou intergovernamental, na disputa dos interesses socioeco-
nômicos e culturais de diferentes povos e nações. O processo de har-
monização internacional da propriedade intelectual durante o século
XX, efetivado por meio de tratados comerciais, encontrou inicialmente
várias barreiras porque as regras de elevados níveis de proteção bene-
ficiam mais os países desenvolvidos, exportadores de bens “culturais”
e com indústrias tecnológicas avançadas¹³⁶. Os países em desenvol-
vimento viam esses instrumentos com desconfiança, sob o risco de
solidificar as posições de dominação comercial no mundo¹³⁷.

¹³² Conferir um resumo das principais alternativas, com suas vantagens e desvanta-
gens, em W. FISHER 2017.

¹³³ MENELL 2003, 143–46; LEMLEY 2015b, 492–94.

¹³⁴ FHIMA 2019, 2; DIAS PEREIRA 2008, 317–20; BOYLE 2008, 187–94.

¹³⁵ ASCENSÃO 2008a, 14–15.

¹³⁶ GOLDSTEIN & HUGENHOLTZ 2019, 94–95.

¹³⁷ ASCENSÃO 2008b, 96–97; VALENTE 2020. Ainda hoje esse conflito internacional de
interesses é facilmente constatável, vide o recente pleito dos países menos desen-
volvidos membros da OMC para uma extensão do prazo de transição previsto no
artigo 66.1 do ADPIC. Cf. INFOJUSTICE EDITORS 2020.

2.3.2 NO PARADIGMA DA SOCIEDADE INFORMACIONAL¹³⁸

O advento da sociedade informacional e das novas tecnologias de informação e comunicações, com inadequações e um explosivo aumento de possibilidades, tanto de utilização legítimas quanto de infrações, levou a uma preocupação generalizada de reguladores, juízes e estudiosos da propriedade intelectual, incluindo o Direito de Autor e declarações de que aquele poderia ser o seu fim¹³⁹.

Contudo, como repetidamente notado pelos teóricos desse campo, essas afirmações se deram em diversos outros momentos históricos sem que se tornassem realidade, pois as transformações dos direitos de autor historicamente se confundem com as transformações tecnológicas, em uma relação de amor e ódio que, por vezes, é de um reforço produtivo e, por outras, é de um conflito destrutivo e empolamento¹⁴⁰.

No caso das transformações oriundas da sociedade informacional, embora o Direito de Autor tenha assumido um papel muito mais importante no cenário jurídico e se tornado presente na vida cotidiana do cidadão comum¹⁴¹, as mudanças parecem ser mais de se criticar do que elogiar, ao menos sob a ótica do interesse público¹⁴².

As (então) novas tecnologias de informação e comunicação, em especial a internet, diminuíram radicalmente (ao menos em potencial) os custos de transação e aproximaram de zero o custo margi-

¹³⁸ Opta-se pela utilização de “sociedade informacional” seguindo Manuel Castells, ao pontuar que essa designação peculiar indica uma forma específica de organização social, na qual o gerenciamento da informação assume um papel central nas relações de poder. De forma geral, ver CASTELLS 2009. Essa terminologia pode ser criticada, como faz Ascensão, porque a informação difundida nesse novo modelo está inserida numa lógica comercial e consumerista, com uma priorização de quantidade sobre qualidade. O nome “sociedade da comunicação” talvez fosse mais adequado. Cf. ASCENSÃO 2008b, 98–99.

¹³⁹ Paradigmático, dentre muitos textos similares publicados nesse período, é o artigo de NIMMER 1995.

¹⁴⁰ ASCENSÃO 2008b, 100; TRABUCO 2006, 140.

¹⁴¹ BRANCO 2011, 232.

¹⁴² DIAS PEREIRA 1999.

nal das obras digitais protegidas pelo Direito de Autor, significando que a criação, produção, distribuição e reprodução ficaram todas mais fáceis e baratas¹⁴³. Deve-se lembrar, cumulativamente, que boa parte das obras criativas podem ser digitalizadas (o que é em si um ato de reprodução), ainda que nesse processo percam algumas suas características, geralmente ligadas aos seus aspectos físicos. Nesse formato virtual, podem ainda ser desfragmentadas com facilidade¹⁴⁴.

Essa diminuição de custos foi considerada menos importante pelas empresas envolvidas, em relação aos riscos que surgiram dos mais diversos tipos de infrações de direitos de autor, pretendendo-se enquadrar como ilícitas mesmo aquelas ações que, em um primeiro momento, seriam legítimas e até enquadráveis em limites ou exceções. A resposta da indústria cultural foi violenta e extremamente expansiva, chegando a promover medidas contra largos grupos populacionais e agindo como se qualquer um fosse um “pirata” em potencial. Utilizações tradicionalmente livres no mundo analógico se tornaram atos reservados no espaço digital¹⁴⁵, novos tipos de “obras” passaram a ser protegidas e novos direitos surgiram. A doutrina crítica passou a chamar atenção sobre os efeitos negativos na criatividade, a disfuncionalidade do sistema e o despreço popular da própria ideia da proteção jusautorais¹⁴⁶.

Essas transformações também ocorreram na legislação portuguesa e comunitária, sob uma perspectiva de concorrência sobre os bens informáticos para reforçar indústrias nacionais, alavancada principalmente pela diplomacia estadunidense e seguida de perto por outras indústrias influentes, como a japonesa e as europeias¹⁴⁷.

¹⁴³ LEMLEY 2015b, 488–90.

¹⁴⁴ MENEZES LEITÃO 2018, 331 e 348; TRABUCO 2006, 141.

¹⁴⁵ Vide o caso alemão de entrega de documentos a partir de cópias parciais solicitadas às bibliotecas, ação que passou a ser infracional DIAS PEREIRA 2012, 346.

¹⁴⁶ Uma das mais famosas obras que denunciam esse movimento é a de LESSIG 2004. A doutrina portuguesa é em geral extremamente crítica dessas alterações, p. ex. ASCENSÃO 2005; DIAS PEREIRA 2011b. Em relação ao despreço popular gerado, ver GINSBURG 2005.

¹⁴⁷ ASCENSÃO 2008c, 10.

Acelerou-se a negligência com o interesse público que já se intensificava durante o século XX, pelo foco excessivo apenas nos interesses privados envolvidos na tutela jusautorai. A informação se dissociava do princípio da liberdade e se tornava um bem econômico autônomo, suscetível de apropriação¹⁴⁸. Isso resultou em um grave desequilíbrio em prol da posição dos titulares, avançado sob o dogma do “elevado nível de proteção” da União Europeia¹⁴⁹.

O prejuízo unilateral, claro, recaiu sobre os demais interesses envolvidos. Os interesses sociais perderam espaço¹⁵⁰, com seus agentes (como usuários da internet e instituições de proteção cultural) acompanhando um aumento promissor de possibilidades de acesso e reutilização pelas novas tecnologias de informação e comunicação, que eram então tolhidas por imposições legais. Observou-se uma voraz “caça às exceções”, transformando-as em algo que os julgadores ou os reguladores deveriam minimizar¹⁵¹. As novas regras protegiam até meios tecnológicos que impediam o acesso de direitos legalmente garantidos no mundo analógico¹⁵².

O avanço agressivo das instituições comunitárias sobre a competência legislativa e regulação do Direito de Autor não alcançou plenamente os objetivos a que se propunha, com resultados aquém do esperado na competitividade da indústria europeia e a constatação de alguns danos sérios ao cidadão comum e ao ambiente cultural nesse campo. Em outras palavras, foram identificados poucos ganhos relevantes, mas a um custo muito alto. Já no final da primeira década do milênio as instituições da União Europeia passaram a mencionar com

¹⁴⁸ TRABUCO 2006, 138.

¹⁴⁹ VICENTE 2011, 275.

¹⁵⁰ ASCENSÃO 2008c, 19; DIAS PEREIRA 2008, 316.

¹⁵¹ Invertendo, assim, a defesa Lord Macaulay sobre a limitação do monopólio jusautoralista perante a Câmara dos Comuns, em 1841: *“It is good that authors should be remunerated; and the least exceptionable way of remunerating them is by a monopoly. Yet monopoly is an evil. For the sake of the good we must submit to the evil; but the evil ought not to last a day longer than is necessary for the purpose of securing the good.”*. Cf. MACAULAY 1841.

¹⁵² ASCENSÃO 1999, 51–57.

maior frequência as preocupações não econômicas, embora a tradução disso em atos de efeitos práticos tenha sido tímida¹⁵³.

A reforma das legislações de Direito de Autor não é, contudo, uma batalha que se trava simplesmente com argumentos racionais e dados. É notória a influência dos *lobbies*, (empresariais, de artistas e de entidades de gestão coletivas, dentre outros), nos agentes legislativos e julgadores que levaram a novas leis e decisões vinculativas que representaram um aprofundamento grave do desequilíbrio entre os interesses legítimos envolvidos¹⁵⁴. Uma boa proposta de reforma significaria, em muitos casos, um movimento em sentido contrário, impondo uma supressão unilateral em interesses que foram antes beneficiados de forma unilateral. Por isso mesmo, o argumento do “equilíbrio de interesses” pode ser utilizado para manter uma situação desequilibrada, e deve ser suficientemente compreendido para fugir de armadilhas¹⁵⁵.

2.3.3 O EQUILÍBRIO NOS DIREITOS CONEXOS (OU *SUI GENERIS*)

Os direitos de autor não estão isolados na proteção de bens imateriais, razão pela qual é útil abordar alguns dos direitos relacionados a eles, inclusive para entender uma declaração de Ascensão de que a tutela ao investimento pelos direitos de autor seria algo anômalo¹⁵⁶.

A crítica está na extensão desmedida do nível elevado de proteção característico do Direito de Autor (e especialmente do *droit d’auteur*)¹⁵⁷, abarcando novas obras apenas marginalmente criativas, quando chegam a isso. A lista é longa, valendo citar, dentre vários, a alargada duração, a proteção automática sem formalidades, a desne-

¹⁵³ ASCENSÃO 2009. Exemplificando essa renovada preocupação cultural, ver DIAS PEREIRA 2012.

¹⁵⁴ BUCCAFUSCO & HEALD 2013, 10–12.

¹⁵⁵ MENELL 2003, 155–56.

¹⁵⁶ ASCENSÃO 2008b, 93.

¹⁵⁷ ASCENSÃO 2008c, 10.

cessidade de revelar informações valiosas para vigência da tutela e a reduzida possibilidade de limitações e exceções¹⁵⁸.

Quando os direitos de autor são separados da sua razão de ser, que é a tutela do criador intelectual, razão esta que foi levantada discursivamente em várias reformas em prol da maximização da proteção, a situação traz consigo riscos não só para a justiça e equidade entre os atores envolvidos, mas também para o bom funcionamento do mercado. Os danos não se resumem ao interesse público estritamente considerado, atingindo em cheio um ambiente concorrencial saudável que evita o surgimento de monopólios de grandes grupos empresariais¹⁵⁹.

Nas legislações contemporâneas de direitos de autor é possível notar essa tensão na finalidade do sistema de proteger não só as criações intelectuais como o seu valor comercial. Esse desejo não é em si prejudicial, e pode mesmo ser complementar ao se identificar que são fundamentos diferentes da proteção¹⁶⁰. Ao se escolher tutelar pelo Direito de Autor bens de baixo nível de criatividade (como os informáticos), isso deve ser feito de forma escalonada e diferenciada, e não numa simples aplicação extensiva das proteções tradicionais. Nessa perspectiva, é adequada a opção por menores termos de duração, exclusão de direitos morais e uma variação dos usos livres possíveis, dentre outros¹⁶¹.

Não à toa, as doutrinas europeia e portuguesa debateram em profundidade a natureza jurídica e o enquadramento sistemático dos novos direitos ou inclusão de novas obras no campo dos direitos de autor e conexos. As aproximações dessas novas tutelas com a propriedade industrial e sua lógica própria voltada à inovação¹⁶², ao lado das finalidades explícitas que priorizavam a proteção do investimento,

¹⁵⁸ Tratando de regras especiais sobre certas categorias de obras e titulares de direitos, ver VICENTE 2011, 269–74.

¹⁵⁹ ASCENSÃO 2006, 17–18. Sobre a PI em geral, REMÉDIO MARQUES 2005, 231–35.

¹⁶⁰ TRABUCO 2006, 68–72.

¹⁶¹ Tratando do cenário estadunidense, mas de forma que pode ser estendida para a União Europeia, cf. GINSBURG 1990. Em sentido similar, BRANCO 2011, 249.

¹⁶² GOLDSTEIN & HUGENHOLTZ 2019, 20–21. DIAS PEREIRA 2001b.

acabaram gerando dificuldades para explicar essas normas, que eram seguidamente enxertadas nas leis jusautorais¹⁶³.

Criaram-se regras diferenciadas ou até regimes inteiros específicos para compreender essa nova realidade, a exemplo da lei avulsa para tutelar os programas de computador. A opção dos direitos conexos (ou direitos vizinhos, ou direitos afins) também cresceu em importância, especialmente na ótica dos sistemas *de droit d'auteur* que tinham maior dificuldade em justificar a tutela de colaborações técnicas e contribuições empresariais (ou seja, a tutela do investimento¹⁶⁴), já que nos sistemas de *copyright* essas categorias de titulares podiam se beneficiar diretamente de tipos específicos de direitos de autor. Na realidade, as diferenças práticas atuais entre a escolha por classificar os direitos conexos como um quadro separado ou como direitos de autor em um sentido amplo são acima de tudo simbólicas¹⁶⁵, especialmente no âmbito da União Europeia¹⁶⁶.

Os direitos vizinhos se voltam não propriamente para as obras, e sim para as prestações/atividades ligadas às obras protegidas pelos direitos de autor propriamente ditos¹⁶⁷. Esses, inclusive, têm prevalência sobre os conexos, conforme ditam algumas legislações nacionais, a exemplo do art. 177º do CDADC¹⁶⁸. São marcados nos ordenamentos por uma menor duração e por não constituir direitos morais, com a

¹⁶³ DIAS PEREIRA 2002, 481.

¹⁶⁴ TRABUCO 2006, 64–65. Contudo, os direitos vizinhos dos intérpretes ou executantes se aproximam mais visivelmente dos direitos de autor, como aponta DIAS PEREIRA 2008, 412.

¹⁶⁵ Sá e Mello aponta como há uma distinção no ordenamento do Reino Unido entre “*authorial copyright*”, categoria próxima dos direitos de autor propriamente ditos e que refletem uma expressão formal criativa, e “*entrepreneurial copyright*”, que se aproxima dos direitos conexos e resultam de um investimento significativo. SÁ E MELLO 2016, 57–59. No entanto, essa distinção parece ser mais relevante para a doutrina do que para a prática, vide DIAS PEREIRA 2008, 246.

¹⁶⁶ ASCENSÃO 2008a, 27. Sobre os direitos conexos na legislação comunitária e portuguesa ver SOUSA E SILVA 2016.

¹⁶⁷ Nesse sentido, acórdão do STJ de 01/07/2008 (rel. Sebastião Póvoas).

¹⁶⁸ Discordamos, portanto, da interpretação de que a hierarquia é apenas moral e que há igualdade na força jurídica entre cada categoria, conforme afirma SOUSA E SILVA 2016, 361–62.

comum exceção dos direitos conexos de executantes e intérpretes (ver, igualmente, o art. 180º e 182º do CDADC).

Há ainda institutos de natureza mais anômala, cuja principiologia os afasta mais ainda dos direitos de autor estritamente considerados, apesar de serem previstos nos mesmos corpos legais, que são as normas *sui generis*. Eles também podem ser enquadrados como direitos conexos, embora se diferenciem da modalidade “clássica” (que cumpre o papel de mediar o contato entre a obra pré-existente e o público) ao proteger novos tipos de obras, não tuteláveis pelos regimes vigentes de direitos de autor¹⁶⁹. Poderiam ainda ser chamados, de forma elucidativa, de “direitos vizinhos dos direitos vizinhos”¹⁷⁰.

O termo “*sui generis*” é amplamente utilizado nos estudos jurídicos quando há alguma dificuldade de enquadramento do instituto. É por isto que, que dentro do Direito de Autor, os direitos desse agrupamento apresentam uma classificação confusa. Vide o direito *sui generis* (ou especial) do fabricante das bases de dados, que em alguns países foi incorporado mais claramente como um direito conexo, enquanto em outros, como é o caso português, foi internalizado com maior grau de autonomização¹⁷¹.

Apesar deste direito especial ser merecedor de críticas, a escolha de enquadramento fora dos liames mais estritos do direito de autor é elogiável. O maior distanciamento, mesmo em relação aos direitos vizinhos propriamente ditos, reside no fato de que não se está necessariamente tutelando prestações relativas a obras originais, e sim informações presentes em uma base de dados em razão do investimento feito pelo empresário nela¹⁷². É importante deixar claro o âmbito de cada proteção e não buscar um respaldo hipócrita nas normas jusautorais (“Invoca-se Beethoven, para tudo reverter afinal para Bill Gates”¹⁷³), inclusive para manter a coerência teleológica dos regimes aplicáveis.

¹⁶⁹ SOUSA E SILVA 2016, 363–64; MOSCON 2019, 312–13; SAIZ GARCÍA 2019, 31.

¹⁷⁰ SOUSA E SILVA 2016, 393.

¹⁷¹ DIAS PEREIRA 2002, 481–82.

¹⁷² ASCENSÃO 2008b, 93.

¹⁷³ ASCENSÃO 1999, 53.

2.4 O DOMÍNIO PÚBLICO

2.4.1 CONCEITUAÇÃO

Um dos tópicos mais afetados pelos avanços maximalistas do Direito de Autor na sociedade informacional foi o das obras em domínio público, tanto pela sua crescente dilapidação, quanto pelo enorme potencial que passaram a ter.

Embora tenha sido durante muito tempo um ponto pouco estudado da propriedade intelectual, com poucas pesquisas mais detalhadas sobre o tema durante a maior parte do século XX¹⁷⁴, no século XXI as questões relacionadas ao domínio público se tornaram alguns dos tópicos mais intensamente debatidos de direitos de autor¹⁷⁵. Afinal, quando a limitação ao acesso e reprodução era feita pela própria disponibilidade física das obras e a efetividade dos direitos de exclusivo se centrava em grandes atores como as editoras, havia menos razões para se discutir a ampliação ou redução do domínio público. O cenário muda radicalmente quando isso tudo se torna parte de atos individuais do cotidiano, e medidas tecnológicas se juntam ao Direito de Autor para limitar as possibilidades (tanto danosas quanto benéficas) da Internet¹⁷⁶.

Nesse sentido, a comercialização crescente dos direitos de autor passou a ser acompanhada por durações cada vez mais alargadas e de uma abrangência maior de obras protegidas, que na prática não tinham como principais beneficiários nem o autor nem seus sucessores, e sim a indústria de intermediários¹⁷⁷. Isso é chamado por James Boyle de “segundo movimento de cercamento”, fazendo uma comparação no campo das ideias com a apropriação privada de terras que ocorreu largamente entre os séculos XV e XIX na Inglaterra. Quando esse cercamento se dá no domínio da informação, contudo, há relativamente

¹⁷⁴ Um dos raros exemplos é o texto de LANGE 1981.

¹⁷⁵ GINSBURG 2006, 636.

¹⁷⁶ D. B. BARBOSA 2011a, 14–17; BOYLE 2008, 50–53; LESSIG 2013, 61–63.

¹⁷⁷ BRANCO 2011, 102 e 150–52; VICENTE 2020, 24.

menos benefícios e mais danos do que com propriedade tangíveis. A informatização e digitalização dos direitos de autor foi particularmente gravosa nessa redução do domínio público, jogando para as relações individuais institutos que haviam sido pensados para regular atos e relações comerciais¹⁷⁸.

Apesar de ser um conceito amplamente utilizado na doutrina, não é tão comum que legislações nacionais ou tratados internacionais de propriedade intelectual utilizem o termo “domínio público” expressamente, preferindo dizer, dentre outros exemplos, que cessou o prazo de proteção. Em uma das poucas definições legais do domínio público, no decreto francês de 13 de janeiro de 1791, determinou-se que sua natureza era de propriedade pública e sua consequência teleológica era a livre concorrência¹⁷⁹. Nas raras vezes em que há alguma definição desse tipo, as normas específicas sobre o regime são escassas. Enfim, é quase inexistente uma conceituação que tente estabelecer com precisão uma definição tanto em legislações internacionais, transnacionais ou nacionais.

Sobre sua natureza, três principais teses são avançadas: (i) as obras em domínio público estão sob titularidade do Estado; (ii) as obras estão protegidas sob uma versão atenuada do regime comum dos direitos de autor; (iii) essas obras são bens de propriedade comum, de todo o público. Segundo o ensinamento de Ascensão, em explicação que ultrapassa os liames do presente livro, concordamos com a terceira delas¹⁸⁰.

A conceituação propriamente dita pode ser dividida em um agrupamento de concepções negativas ou, de forma mais progressista e menos consolidada, de concepções positivas¹⁸¹.

O conceito mais tradicional de domínio público é aquele que assume uma forma negativa. Aqui, ele se revela essencialmente como a au-

¹⁷⁸ BOYLE 2008, 42–53. Em sentido bastante próximo, ver BENKLER 1999.

¹⁷⁹ BRANCO 2011, 93.

¹⁸⁰ ASCENSÃO 2008a, 34–35.

¹⁸¹ GUADAMUZ 2014, 7–8.

sência de proteção pelos direitos de autor. Foi historicamente apresentado como o oposto desses direitos, às vezes identificado como a morte ou ausência deste último. Dentro dessa perspectiva, as obras podem estar em domínio público tanto de forma originária como decorrente.

A primeira forma, originária, é abarcada na conceituação negativa mais extensiva e refere-se às obras que nunca foram objeto de proteção exclusiva. A segunda, decorrente, é a noção mais famosa e restritiva. São as obras que foram tuteladas por direitos de autor e deixaram de sê-lo por alguma razão, normalmente o término do prazo de proteção ou pela morte do criador sem sucessores e sem previsão legal de sucessões alternativas. Daqui vem a conhecida expressão: “certa obra caiu em domínio público”. Esse tipo de concepção negativa mais ampla pode ser inclusive exposta em listas, apontando tudo aquilo que não seria protegido por direito de autor¹⁸².

No entanto, o domínio público também pode ser definido positivamente, considerando-o mais dinâmico e como o espaço no qual estão incluídas todas as utilizações ligadas ao interesse público, como parte essencial e a própria justificativa de existência do direito autoral. O conceito passa a ser construído, em vez de pré-estabelecido, de forma dialógica e aprimorando continuamente¹⁸³, podendo mesmo se falar em uma multiplicidade de “domínios públicos”. Aqui, ressalta-se o domínio público e as utilizações livres em geral como estado natural da obra intelectual, enquanto o direito de exclusiva é a verdadeira exceção ao espaço normal de liberdade, e que por isso deveria arcar com o ônus da justificação¹⁸⁴.

Ele passa a ser um direito do público¹⁸⁵, e não simplesmente a ausência de direitos dos titulares. Há uma maior aproximação, e às vezes até uma identificação, entre o domínio público e os espaços de

¹⁸² Ver, p. ex., SAMUELSON 2003, 151; HUANG 2009, 181.

¹⁸³ FHIMA 2019, 8.

¹⁸⁴ VICENTE 2011, 259–60; ASCENSÃO 2008a, 23; BRANCO 2011, 84; DIAS PEREIRA 2019c, 469; BOYLE 2008, 38–39.

¹⁸⁵ DU BOIS 2018, 33.

utilização livre do Direito de Autor¹⁸⁶. Nas palavras de Ascensão, “o domínio público abrange todo o acervo de obras intelectuais comuns a todos e utilizáveis por todos”¹⁸⁷.

Essa não é uma concepção meramente teórica ou acadêmica, e países como o Equador adotaram-na expressamente¹⁸⁸, e a Agenda do Desenvolvimento da OMPI também defendeu uma visão protecionista do domínio público¹⁸⁹. Outra forte posição institucionalizada pode ser encontrada no Manifesto do Domínio Público de 2011¹⁹⁰, formulado no âmbito do projeto Communia (que mais tarde se tornou a Associação Internacional Communia), financiado pela Comissão Europeia de 2007-2011.

2.4.2 BENEFÍCIOS CULTURAIS E COMERCIAIS

Lembramos aqui a existência de forte questionamento na doutrina sobre o cumprimento pelos direitos de autor (e de propriedade intelectual em geral) do seu fim declarado de estímulo à inovação e criatividade. Já se apontaram, brevemente, algumas propostas alternativas ao sistema dominante vigente, como a recompensa por meio de prêmios.

Esse argumento encontra reforço ainda na desconstrução do conceito de autor romântico individualista, que será mais largamente trabalhada adiante. Afinal, a produção criativa depende de muito mais atores do que um único criador, reconhecido como o “gênio criativo”, o que é notável em uma abordagem histórica, mas também em obras

¹⁸⁶ Avançando essa posição detalhadamente, ver FHIMA 2019.

¹⁸⁷ ASCENSÃO 2008a, 19.

¹⁸⁸ Ver o Código INGENIOS do Ecuador, aprovado em 2016: “*Artículo 86.- Excepción al dominio público.- Los derechos de propiedad intelectual constituyen una excepción al dominio público para incentivar el desarrollo tecnológico, científico y artístico; y, responderán a la función y responsabilidad social de conformidad con lo establecido en la Constitución y la Ley. (...)*”

¹⁸⁹ DUSOLIER 2010, 5.

¹⁹⁰ Disponível em: <https://publicdomainmanifesto.org/>. Acesso em: 05 mar. 2020.

coletivas muito relevantes nos dias de hoje, como as audiovisuais ou programas de computador. Isso é visível na participação de muitas pessoas na cadeia de produção e divulgação de uma obra, que é quase necessária para algumas categorias artísticas.

Mais importante ainda é a percepção de que a criação não se dá a partir do nada, e sim através da incorporação, adaptação e modificação de conhecimentos anteriores, muitas vezes resgatados de forma inconsciente. A criação e a produção de conhecimentos são processos, e não atos isolados, construídos em meio a um diálogo permanente com uma rede de influências. O papel da livre utilização do domínio público é evidente nesse contexto¹⁹¹. Essa noção pode ser mais bem compreendida com a metáfora de Newton ao afirmar que, se foi capaz de ver longe, era porque estava no ombro de gigantes¹⁹².

Quanto mais essa metafórica elevação for limitada apenas aos que já têm recursos, maior prejuízo haverá para uma economia criativa com ampla possibilidade de participação, incluindo a facilidade de entrada e capacidade de crescimento. A diminuição do valor privado e econômico de obras em domínio público não implica, obviamente, em uma diminuição de seu valor social¹⁹³.

Nesse sentido, um reforço do domínio público e dos espaços de utilização livre aparece como uma possibilidade de buscar não só um ambiente cultural mais fértil como também uma maior eficiência no objetivo de estimular a criatividade e inovação por meio dos direitos de autor na era digital. Afinal, devolvendo à sociedade o que ela originalmente propiciou ao criador, “o principal efeito da entrada de determinada obra no domínio público é a possibilidade de sua utilização independentemente de autorização do autor ou do titular dos direitos autorais”¹⁹⁴.

¹⁹¹ LITMAN 1990, 1007–12.

¹⁹² GRAU-KUNTZ 2011, 8; HUANG 2009, 189–91.

¹⁹³ D. B. BARBOSA 2011a, 5–6.

¹⁹⁴ BRANCO 2011, 58.

Esse reforço se dá particularmente na criação de normas claras e precisas sobre o tema e no aparecimento de mecanismos que garantam a ampla utilização das obras em domínio público (ou dos usuários que tenham direito à utilização livre), auxiliando na solução de vários problemas de difícil análise judicial no Direito de Autor¹⁹⁵. Esse movimento estimula um ciclo virtuoso de produção e distribuição de novas obras, diminuindo custos de transação e levando a um efeito de ganhos em rede e de transbordamento (*spillover*) em prol da inovação, aprendizagem e cultura de um país¹⁹⁶.

Assim, autores de diferentes nacionalidades já apontaram os diferentes tipos de benefícios do domínio público para a sociedade como um todo. Uma das análises mais conhecidas é a de Pamela Samuelson, que elenca nove efeitos positivos: construção cumulativa de novos conhecimentos; imitação competitiva; criações a partir de outras obras; zero ou baixo custo de acesso à informação; acesso público ao patrimônio cultural; melhorias na educação; ganhos em autonomia e autoexpressão; aprimoramentos em certas funções governamentais; e melhorias para a democracia deliberativa¹⁹⁷. Esta análise é complementada por Sergio Branco, ao argumentar sobre: a preferência de alguns autores por outras motivações que não as imediatamente financeiras; o desenvolvimento de modelos produtivos de cooperação; o reconhecimento do uso público de obras como método de criação; e a existência de um interesse geral que se sobrepõe aos privados na acessibilidade pública de algumas obras¹⁹⁸.

Para além dos aspectos que são ganhos sociais e culturais, é possível falar ainda de ganhos econômicos e comerciais diretos da utilização do domínio público para a economia criativa¹⁹⁹, reiteradamente demonstrado por pesquisa empíricas e pela análise econômica do

¹⁹⁵ Defendendo esse argumento no ordenamento estadunidense, LITMAN 1990.

¹⁹⁶ LEMLEY 2015b, 491–92; ERICKSON 2016, 70.

¹⁹⁷ SAMUELSON 2006, 826–27.

¹⁹⁸ BRANCO 2011, 247.

¹⁹⁹ DUSOLIER 2010, 14–15.

direito²⁰⁰. Ao se falar no tema, rapidamente vêm à mente situações comuns como as adaptações de obras de domínio público na indústria cinematográfica²⁰¹ (ou *audiobooks* e *podcasts*) e a elaboração de traduções que concorrem entre si pela qualidade técnica e fidelidade²⁰².

De forma genérica, é possível mostrar também como qualquer empresa que trabalha com material artístico pode se beneficiar largamente das obras em domínio público, e como isso gera um efeito econômico positivo em rede. Um estudo desenvolvido em 2015 no Reino Unido mostrou que empresas que trabalham com obras audiovisuais e imagens em domínio público identificavam várias vantagens econômicas nessa escolha, que não se reduziam à economia de recursos com direitos de autor. Contudo, foram apontadas dificuldades para conseguir encontrar material de qualidade, e se certificar com elevado grau de certeza que o conteúdo estava em domínio público, especialmente para trabalhos digitais com distribuição mundial. Museus, livrarias e arquivos apareciam como entes parceiros para suprir o desconhecimento das empresas no campo da propriedade intelectual²⁰³.

Além desses exemplos mais evidentes, temos alguns benefícios comerciais que ocorrem de maneira mais indireta, como o uso de programas de computador abertos por pequenas empresas com poucos recursos. Mas não só elas, pois existem grandes conglomerados empresariais de tecnologia que ganham com a maior disponibilidade de dados (p. ex., as próprias desenvolvedoras de IA), ou as que lucram com a difusão de material como livros ou vídeos, a exemplo da Google²⁰⁴. Um bom modelo de negócios pode tornar muito menos relevante a exploração econômica da propriedade intelectual²⁰⁵. A disponibilização de conteúdos abertos de qualidade para atrair grandes públicos, obtendo remuneração por meio do recurso a *ads* (publicidade digital),

²⁰⁰ Com extensa revisão bibliográfica teórica e empírica, cf. ERICKSON 2016.

²⁰¹ EUIPO 2017.

²⁰² BRANCO 2011, 64–68.

²⁰³ ERICKSON ET AL. 2015, 24–37.

²⁰⁴ DUSOLLIER 2015, 103.

²⁰⁵ SAMUELSON 2003, 169.

é outro modelo muito comum contemporaneamente – como mostram os *youtubers* ou *influencers* das redes sociais.

As possibilidades são muitas e comumente fogem do óbvio. Merges notou que o domínio público não depende apenas do poder público para se expandir. Organizações da esfera privada, que podem ser sem fins lucrativos ou profundamente comerciais, se utilizam das possibilidades do domínio público para planejar e efetivar estratégias concorrenciais, publicitárias e de aproveitamento do engajamento dos seus consumidores²⁰⁶. De nossa parte, consideramos essas ações não só louváveis como necessárias, mas por si só insuficientes para alcançar um domínio público verdadeiramente sólido e seguro²⁰⁷. Diante da omissão do legislador, contudo, a coordenação privada pode ser a única opção de preservar o espaço comum das ideias²⁰⁸.

2.4.3 CRÍTICAS

Alguns críticos são bastante incisivos sobre os riscos e falta de reais benefícios do domínio público para o sistema dos direitos de autor. O argumento aqui parece se centrar no fato de que uma defesa muito ardorosa do domínio público levaria à erosão dos direitos dos autores e de um possível desaparecimento de toda a indústria cultural e de entretenimento que existe em torno deles²⁰⁹. Não é raro observar uma ligação entre esses argumentos e uma transposição rígida das análises econômicas pró-propriedade privada da “tragédia dos baldios” de Garret Hardin, sob o argumento que a apropriação privada de espaços e bens públicos gera um melhor e mais eficiente aproveitamento deles²¹⁰. Essa perspectiva de caráter acentuadamente negativo encontra raízes e respaldo em algumas visões (já ultrapassadas) no

²⁰⁶ MERGES 2004.

²⁰⁷ BOYLE 2008, 203–4.

²⁰⁸ LESSIG 2013.

²⁰⁹ Detalhando a posição dos defensores de um aumento do prazo do proteção, em especial que apontavam riscos de subutilização (pois obras em domínio público seriam menos divulgadas) ou de super-utilização (o que levaria à desvalorização das obras protegidas), vide BUCCAFUSCO & HEALD 2013, 12–17.

²¹⁰ REILLY 2014.

desenvolvimento do *droit d'auteur* na França, mas foi largamente derrotada com o passar das décadas²¹¹.

Inobstante, a maior parte das críticas contemporâneas não atacam os benefícios oriundos das obras que já estão em domínio público, focando-se antes em evitar sua expansão. Mesmo nessa forma atenuada, temos de delas discordar por continuarem vendo uma contraposição excludente entre direitos de autor e o domínio público, o que é uma tese com grande influência entre os reguladores e as empresas, mas com pouquíssimo respaldo na Academia²¹². Nos textos críticos ao domínio público, não encontramos um embasamento forte o suficiente para demonstrar razoavelmente os argumentos levantados. Pelo contrário, os estudos empíricos em geral corroboram que o domínio público, particularmente quando concebido positivamente, é parte essencial do corpo de estímulos criativos do Direito de Autor²¹³.

Mesmo a “tragédia dos baldios” não se encaixa bem para a propriedade intelectual, sendo mais comum se observar uma “tragédia dos anti-baldios”, com vários titulares de direitos exclusivos sobre o mesmo bem causando insegurança jurídica e elevados custos de transação, que tornam inviável a sua exploração²¹⁴.

Dessa forma, a mais importante crítica parece ser a de que ganhos para o domínio público não necessariamente se refletem em um maior acesso de obras para a população em geral ou benefícios para o interesse público. Isso seria uma romantização demasiadamente libertária desse instituto²¹⁵, que poderia prejudicar outras formas benéficas de apropriação coletiva de bens intelectuais, como a dos conhecimentos tradicionais de povos originários²¹⁶.

²¹¹ PEELER 1999, 450–52.

²¹² GUADAMUZ 2014, 9.

²¹³ EUIPO 2017; BUCCAFUSCO & HEALD 2013; ERICKSON ET AL. 2015; LEMLEY 2015a.

²¹⁴ D. B. BARBOSA 2011a, 16.

²¹⁵ CHANDER & SUNDER 2004.

²¹⁶ OKEDIJI 2019; DUSOLIER 2010, 12–13.

Afinal, ele é uma solução apenas para as barreiras decorrentes dos direitos de autor, e não uma regulação de todas as condições de acesso e uso²¹⁷. Persistem ainda dificuldades materiais, como a existência de poucos exemplares em coleções privadas e não acessíveis ao público²¹⁸, a falta de condições econômicas ou o fosso digital entre países ou grupos socioeconômicos. Podem ainda ser outros limites jurídicos, como direitos de privacidade, propriedade ou contratuais, como o único exemplar de uma obra estar em um acervo privado fechado ou a necessidade de se pagar entradas em museus. Mesmo no âmbito da propriedade intelectual podem ser encontradas potenciais limitações, como a utilização de direito de marcas para impedir o uso de imagens em domínio público, ou o uso abusivo de dispositivos tecnológicos de proteção²¹⁹. Ou, no campo da concorrência desleal, a impossibilidade de se utilizar imagens ou símbolos no domínio público para compor a identidade visual de sua empresa, produto ou serviço de modo que cause confusão no consumidor²²⁰.

Avanços do domínio público que não sejam acompanhados de outras políticas públicas podem ser pouco frutíferos²²¹, com um real risco de que sejam favorecidos apenas aqueles que já têm facilidade de busca e acesso às obras²²². Isso é exponencialmente agravado em um cenário dominado pelas empresas *Big Tech* em oligopólio, com poucos agentes exercendo forte controle sobre o fluxo e disponibilidade total de informações.

²¹⁷ D. B. BARBOSA 2011a, 24; SAMUELSON 2006, 828; DUSOLIER 2010, 8.

²¹⁸ SAMUELSON 2003, 149.

²¹⁹ Sobre o potencial de conflito com todos esses outros direitos, ver DUSOLIER 2010, 43–51.

²²⁰ BRANCO 2011, 206–7.

²²¹ Vide a existência de pagamento de valores elevados para se obter cópias de obras em domínio público dos arquivos públicos da cidade do Rio de Janeiro, descrita em BRANCO 2011, 266.

²²² D. B. BARBOSA 2011a, 25.

AUTORIA

O conceito de autoria parece ser o que gera a maior e mais interessante dificuldade teórica que as OAGIAs provocam ao Direito de Autor. Esse capítulo expõe como as definições e limites da ideia de autoria variam entre os ordenamentos nacionais, lembrando, portanto, que as conclusões a que chegamos são relativas principalmente à tradição continental europeia e, mais especificamente, às leis portuguesas, não sendo possível ignorar as diferenças legais de cada país²²³.

3.1 O CRIADOR INTELECTUAL E O TITULAR DE DIREITOS COMO AUTORES

A definição de quem pode ser autor e o que caracteriza essa qualidade ainda são tópicos pouco esclarecidos, tanto nos sistemas internacionais quanto nacionais de direitos de autor. Jane Ginsburg, em um dos estudos comparativos mais conhecidos sobre o tema, definiu autor como “a entidade humana que exerce um juízo subjetivo na composição da obra e que controla sua execução”, notando, contudo, que essa definição não exauria o conceito e nem abarcava todos os casos existentes em que alguém era classificado como autor²²⁴.

Wachowicz e Gonçalves, ao analisarem a Convenção de Berna em conjunto com o guia sobre ela da Organização Mundial de Proprie-

²²³ VIEIRA 2001, 116–18.

²²⁴ Tradução nossa. Cf. GINSBURG 2003, 1066.

dade Intelectual (OMPI), apontam como não há nela uma definição de autor, e sim uma presunção fundamental de que basta que o nome do criador venha indicado na obra para que ele seja reconhecido como tal, com possibilidade de se provar o contrário²²⁵.

Relembramos que essa é uma visão funcional/instrumental da autoria, e não uma visão ontológica. Essa última se alicerça em um princípio dogmático de quem é verdadeiramente o autor-criador, também conhecido como “princípio do criador” ou “princípio da autoria humana”, cujo maior exemplo é encontrado na legislação alemã (§7 do UrhG²²⁶). A doutrina mostra como ela também está visivelmente presente, ainda que comportando desvios, na legislação portuguesa²²⁷.

Essa separação contrapõe o criador intelectual, que é a pessoa natural e autor verdadeiro, com o titular originário de direitos, comumente uma pessoa jurídica (ou coletiva, na denominação portuguesa) que em algumas legislações são identificados na categoria única de “autor”²²⁸. Em certas categorias de obras, como nos programas de computador, essa atribuição originária é globalmente facilitada, mas é nos sistemas de *copyright*, fortemente influenciados pelo instituto do *work-for-hire*, que o sistema como um todo favorece a titularidade primeva das pessoas coletivas, aproximando mais o conceito de autor do de titular²²⁹.

Essa identificação entre os dois conceitos é também percebida, ainda que em menor medida, sistemas do *droit d’auteur*, como a própria lei portuguesa. O CDADC segue a presunção da Convenção de Berna relativa ao nome na obra em seu Artigo 27º, n. 2, mas já no n. 1, reiterando o que fixa o artigo 11º sobre titularidade, afirma que o “salvo disposição em contrário, autor é o criador intelectual da obra”. É ambíguo,

²²⁵ WACHOWICZ & GONÇALVES 2019, 28–29.

²²⁶ Detalhando a visão do princípio do criador, ver SÁ E MELLO 2016, 47–48.

²²⁷ REMÉDIO MARQUES & SERENS 2008, 225.

²²⁸ DIAS PEREIRA 2008, 436. Veremos isso com maior aprofundamento na doutrina de Dias Pereira, abaixo.

²²⁹ VICENTE 2020, 46–47; TRABUCO 2006, 52. Como dissemos antes, parece haver uma diferenciação ao menos no nível doutrinário.

portanto, se os dispositivos que tratam o titular como autor são meras exceções à regra, ou se aqueles são também autores em sentido jurídico.

Uma interpretação literal da lei significaria uma unidade entre autoria e titularidade de direitos, pois nos casos legalmente determinados seria possível que o criador intelectual não fosse o autor. Tal regime de titularidade originária para outros que não o criador intelectual é reforçado nas Proteções Jurídicas de Programas de Computador (PJPC, DL n. 252/94) e de Base de Dados (PJBD, DL n. 122/2000), criando uma presunção que facilita a apropriação pela empresa ou empregador, respectivamente, no artigo 3º, n. 2 e 3 e no artigo 5º, n. 2 e 3.

Por outro lado, os artigos específicos que tratam sobre atribuição originária (como os artigos 14º, n. 3, 19º, n. 1 e, principalmente, 32º, n. 2 do CDADC) são mais cuidadosos e fixam que o direito de autor é atribuído à entidade coletiva, sem expressamente nomeá-la como autora. Em razão disso, coube à doutrina e à jurisprudência tomar para si o papel de promover uma distinção entre o criador intelectual e o titular originário²³⁰.

Adotamos a posição de Dias Pereira de que existe um princípio de autoria (humana) supranacional na tradição romano-germânica, com diversas leis o mencionando expressamente. Não achamos, no entanto, que a motivação principal é ser um princípio ontológico motivado pelo direito natural. Nossa visão, um pouco mais refratária às perspectivas jusnaturalistas, é que esse é um princípio estruturante

²³⁰ Mencionando expressamente que autor é o criador intelectual (autor no sentido da paternidade intelectual), e não o titular, ver extensamente DIAS PEREIRA 2001a, 274–302; 2008, 436–39; CARVALHO 1994. Caminham no mesmo sentido VIEIRA 2001, 134–37; REMÉDIO MARQUES & SERENS 2008, 226–29., embora esses últimos apontem que exista um sentido legal mais abrangente.

Parecem seguir esse caminho, mas sem maior clareza nesse ponto, reconhecendo também que o sentido legal do termo é mais abrangente, AKESTER 2019, 64 e 85; TRABUCO 2006, 50–51.

Do outro lado, expressamente no sentido que o autor se refere tanto ao titular originário quanto ao criador intelectual (e por vezes até o titular secundário), ver SÁ E MELLO 2016, 52–53. Essa parece ser a posição majoritária da doutrina, com outros teóricos, ainda que criticamente, indicando que a preocupação maior da lei parece ser funcional, centrada na titularidade dos direitos de autor. Cf. ASCENSÃO 2012b, 105; MENEZES LEITÃO 2018; RENDAS & SOUSA E SILVA 2019, 97.

da maior parte dos regramentos internacionais e nacionais de direitos de autor, como veremos com mais detalhes adiante. Uma fuga desse princípio exigiria um dispositivo expresso e claro nesse sentido, pois o Direito de Autor global (e principalmente o europeu continental) é primariamente antropocêntrico²³¹. Os desvios a ele devem ser sempre interpretados como exceções necessariamente previstas em leis, sendo regras de caráter pragmático²³².

Essa disputa em relação à visão ontológica da autoria, principalmente na questão sobre a possibilidade de pessoas coletivas serem autoras, permanece importante para o sistema porque é um elemento central sobre o qual não se alcançaram elevados níveis de harmonização. No âmbito internacional, a Convenção de Berna e os outros tratados de Direitos de Autor administrados pela OMPI não abordam a questão de forma explícita (os outros tratados, inclusive, sequer abordam a questão da autoria), dando margem para regras e interpretações distintas.

Na União Europeia, a Diretiva 2004/48/CE repete a presunção de autoria da Convenção de Berna em seu art. 5º, estendendo-a aos autores de direitos conexos. As Diretivas que tratam sobre autoria (96/9/CE e 2009/24/CE) fazem uma diferenciação entre pessoa natural como autor, e pessoas coletivas como possíveis titulares. A Diretiva 2006/115/CE parece ser um pouco mais aberta, apontando de maneira genérica que será autor o “realizador principal” de obra cinematográfica, dispositivo repetido nas Diretivas 2006/116/CE e 93/83/CEE. Mas, como previsto no texto comunitário e como comprovam as legislações austríaca e alemã, essas atribuições originárias devem ser consideradas como uma exceção ao núcleo do conceito de autor, que permanece apenas com as pessoas naturais²³³.

²³¹ MICHAUX 2018, 412; COCK BUNING 2018, 527–33; DREXL ET AL. 2021, 21.

²³² HARTMANN ET AL. 2020, 77.

²³³ RAMALHO 2017a, 7. No entanto, mesmo na Alemanha e Áustria é possível obter efeitos similares à transmissão e titularidade originária para terceiros através de certas licenças. Cf. SOUSA E SILVA 2013, 1350.

Estando posto o problema e exposta a fragilidade das leis como orientação sobre que caminho deveremos tomar, cumpre desenvolvermos mais o tópico para buscar uma resposta satisfatória, aprofundando na construção do conceito de autoria e os elementos principais para que possa existir um autor (e, conseqüentemente, uma obra).

3.2 A CONSTRUÇÃO DO IDEAL DE AUTOR ROMÂNTICO

A crítica ao ideal de autor romântico tem fortes bases nas desconstruções promovidas por Foucault (“O que é um autor?”) e Barthes (“A morte do autor”)²³⁴, sendo centrada em uma alegada falsa imagem de gênios individuais sobre a qual se construíram as normas jusautorais. Essa desconstrução já foi difundida e investigada a ponto de se tornar quase um lugar comum na doutrina, pelo menos a partir da ampla discussão gerada pela famosa coletânea de 1994, intitulada *“The Construction of Authorship: Textual Appropriation in Law and Literature”* e coordenada por Peter Jaszi e Martha Woodmansee. Por isso, nos limitaremos a apontar os aspectos que serão relevantes para as conclusões sobre as OAGIAS.

Martha Woodmansee desenvolveu uma investigação histórica, seguindo a linha dos estudos de Mark Rose²³⁵, para evidenciar que o sentido que damos atualmente ao “autor”, como um criador isolado, é uma construção relativamente recente, não tendo respaldo nos processos criativos medievos ou anteriores e não sendo tão generalizada até pelo menos o século XVIII. Mesmo quando havia um único escritor, ele era reconhecido como um dos elos da corrente que resultava na publicação do livro, sendo principalmente um veículo que expressava a tradição e o divino. É a partir do final da década de 1750, com motivações e influências provenientes da consolidação do sistema capitalista, que se nota uma alteração nessa visão, dignificando o gênio criativo individual, que acabou sendo plasmada nas primeiras regras

²³⁴ Cf. ALVES 2016.

²³⁵ ROSE 1988.

do Direito de Autor moderno, principalmente na tradição continental. No entanto, os processos criativos da sociedade informacional voltaram a se aproximar de métodos mais coletivos (vide a produção de obras cinematográficas e multimídia), sem que as normas jusautorais acompanhassem essas transformações da ideia de autoria²³⁶.

Peter Jaszi avançou pontos mais eminentemente jurídicos, expondo a função ideológica do conceito construído de autoria (culturalmente, politicamente, economicamente e socialmente), que concentra em si mesmo a tensão dos equilíbrios de interesses do Direito de Autor como um todo. Procura mostrar como ele é utilizado e instrumentalizado, sendo às vezes ampliado e às vezes suprimido, para ocultar os reais interesses econômicos envolvidos nos direitos de autor, e como, em vez de ser a pedra fundante que se imaginava, gera uma severa contradição interna no núcleo jusautoralista. Aponta como o gênio isolado não existe de verdade, com toda obra sendo parcialmente “derivada” e bebendo de outras e do domínio público. Uma de suas mais importantes conclusões é de que a noção de autoria, apesar de sua reiterada manipulação por agentes detentores do poder, está tão ligada ao imaginário dos direitos intelectuais que pode ser também invocada (p. ex., com os direitos morais) como uma maneira de impedir essa mercantilização dos direitos de autor, favorecendo assim os interesses dos públicos e até, verdadeiramente, dos criadores intelectuais²³⁷.

Deve-se notar, complementarmente, que a crítica filosófica e da teoria literária ao autor romântico não necessariamente deve ser adotada pela lei, pois esta tem preocupações e finalidades diferentes. Há uma distinção entre o conceito legal de “autoria” e o filosófico/literário, o que é visível mesmo nos sistemas de *droit d’auteur*, nos quais ambos se aproximam mais visivelmente. Por fim, a penetrante crítica avançada por Jaszi e Woodmansee não parece de fato ser capaz ou mesmo ter o intuito de abalar profundamente o conceito de autoria, e sim estimular os reguladores e juízes a tomarem uma posição mais compreensiva sobre que obras devem ser abarcadas pelo sistema ju-

²³⁶ WOODMANSEE 1992; 1984.

²³⁷ JASZI 1991.

sautoral, assumindo posturas menos restritivas com modos de produção menos individualizados²³⁸.

Nesse sentido, a crítica teve frutos. Ocorreu internacionalmente uma mudança de perspectiva jusautoral, para abarcar novos tipos de autoria com a incorporação de novas obras, como se vê no esforço da OMPI em promover a tutela de conhecimento e cultura tradicionais, além de recursos genéricos, comumente sob titularidade de comunidades originárias das regiões²³⁹.

De forma mais relevante para nós, esse “ataque” ao autor romântico individual ganha um novo contexto perante as obras geradas por computador e perante a sociedade informacional em geral (com um crescente recurso às novas tecnologias nos processos criativos)²⁴⁰. O criador humano assume uma posição cada vez menor (diretamente) para alcançar o resultado final, com um exponencial aumento da participação coletiva, principalmente em tópicos como o movimento de *software* livre, e da reutilização de materiais pré-existentes na chamada “cultura remix”²⁴¹. Esse questionamento ao conceito idealizado de autor chega ao seu ápice com a autoria algorítmica, pois a concepção de um gênio individual criador é muito mais difícil de ser sustentada quando uma máquina é capaz de criar obras similares²⁴².

A crítica ao autor romântico abre portas para que uma máquina possa ser considerada autora, ou pelo menos que não é necessária uma conexão direta entre a obra e um criador intelectual humano para que exista uma “autoria”. Todavia, essa possibilidade filosófica não significa que exista um quadro normativo que permita seguir esse caminho²⁴³. Para adentrarmos no campo das permissões jurídicas, uma análise de outros conceitos ligados à autoria se torna imprescindível.

²³⁸ BENTLY 1994.

²³⁹ WIPO 2020.

²⁴⁰ Detalhadamente, CARBONI 2015.

²⁴¹ DIAS PEREIRA 2001a, 409–10; TRABUCO 2006, 141–42. Sobre a reutilização de obras e a “Cultura do Remix” no ambiente digital, ver, amplamente, LESSIG 2008.

²⁴² KAMINSKI 2017, 594.

²⁴³ GERVAIS 2020, 2083.

3.3 ORIGINALIDADE E CRIATIVIDADE

Quando o conceito de criatividade é abordado no campo de Direito de Autor, o que geralmente está sendo tratado é presença de um requisito indispensável para incidência da tutela jusautorai, a originalidade. Esse é um conceito aberto, um conceito-quadro flexível, que por vezes sequer é mencionado nas legislações e quase nunca é categoricamente definido²⁴⁴, inclusive no âmbito internacional na Convenção de Berna ou no Tratado de Direitos Autorais da OMPI²⁴⁵.

A originalidade e suas diferentes facetas podem assumir outros nomes na abordagem pela doutrina e pelas legislações. O conceito de “criatividade” é uma das alternativas mais comuns, sendo visto como uma face subjetiva da originalidade, como a marca da personalidade (ou marca pessoal) do criador na obra, expressão de sua individualidade. É característica da tradição do *droit d’auteur*. Já a face objetiva da originalidade jusautorai é menos restritiva, apontando para uma obra que não seja mera cópia, e é tradicionalmente ligada aos sistemas de *copyright* e à priorização de tutela do investimento²⁴⁶.

Esses conceitos não se confundem com uma valoração da qualidade de uma obra, ou com sua finalidade. Tanto a orientação da OMPI para interpretação da Convenção de Berna como autores clássicos dos Direitos de Autor por todo o mundo (com algumas exceções) apresentam um certo consenso no sentido de que não cabe ao Direito ou aos juizes decidirem uma análise de mérito, sobre o que seria ou não arte²⁴⁷. Ainda assim, uma valoração subjetiva mínima acaba aparecendo em muitos julgados de diferentes países, seja por uma avaliação

²⁴⁴ ROCHA 2008, 733–34.

²⁴⁵ OKEDIJI 2018, 14–15.

²⁴⁶ SOUSA E SILVA 2013, 1340–41; TRABUCO 2006, 50–55.

²⁴⁷ WACHOWICZ & GONÇALVES 2019, 25–26; ASCENSÃO 2012b, 92–93. Não obstante, investigações já evidenciaram que a prática é mais complexa que a teoria, e os tribunais dos países da União Europeia muitas vezes utilizaram critérios (qualitativos e estéticos) para além da originalidade mínima ao avaliar a proteção pelos direitos de autor, explicitamente defendendo que esse entendimento estava correto. Cf. GOMPEL & LAVIK 2013. Para os casos portugueses, ver ROCHA 2008, 767. Ressalta-se

não explícita de méritos, seja pela averiguação do próprio critério de originalidade²⁴⁸.

A originalidade também não se confunde com a novidade (objetiva), que é requisito de proteção para as invenções. No entanto, Maria Victoria Rocha e o brasileiro Denis Borges Barbosa se utilizam do termo “novidade subjetiva” para se referir à originalidade²⁴⁹. Essa “novidade subjetiva” se refere à impressão do caráter/personalidade do autor, dando à obra distintividade mesmo que ela não possa ser considerada nova no mundo²⁵⁰. Um exemplo da presença de novidade subjetiva sem novidade objetiva é quando dois pintores pintam a exata mesma paisagem, sob as mesmas condições, mas cada um com seu estilo próprio e sem ter conhecimento prévio da obra do outro.

Karin Grau-Kuntz segue essa linha, adicionando uma transformação da noção de contributo mínimo em uma “contribuição reflexivo-transformadora”, a partir de uma perspectiva culturalista com influência de doutrinadores como Ascensão e Borges Barbosa. Pontua, tanto por uma perspectiva sociológica quanto estética, que a obra é uma reflexão do seu criador que deve resultar em uma adição ao ambiente cultural na qual está inserida²⁵¹. Isso seria parte da própria natureza humana, como um ser que expressa sua individualidade no meio social por meio da comunicação²⁵².

Observamos que essas visões que ligam a originalidade à subjetividade (humana) encontram seus alicerces em uma abordagem

que esse cenário pode mudar significativamente após o julgamento do caso *Cofemel* pelo TJUE.

²⁴⁸ ASCENSÃO 2012b, 90–93.

²⁴⁹ Ascensão também faz essa distinção, mas mantendo a novidade objetiva no campo dos direitos de autor, identificando-a com a noção de “caráter distintivo”, e defendendo que esta seria necessária para a existência de obra protegida. Cf. ASCENSÃO 2012b, 99. Essa é, contudo, uma posição bastante minoritária, vide SOUSA E SILVA 2013, 1340.

²⁵⁰ BORGES BARBOSA 2009; ROCHA 2008, 788–89.

²⁵¹ Ascensão parece concordar com essa posição, reforçando a necessidade do criador ser humano. ASCENSÃO 2012b, 58.

²⁵² GRAU-KUNTZ 2011.

filosófica da figura da obra e do autor. Ensejam, ainda, uma ligação intrínseca entre a noção de autoria e a noção de obra protegida, também chamada de obra criativa²⁵³. Porém, são perspectivas que em concepções fortes perderam algum espaço nas últimas grandes alterações legais dos sistemas de direitos de autor pelo mundo, em especial aquelas voltadas às adaptações para a sociedade informacional²⁵⁴.

Em outras palavras, as visões institucionais sobre a questão foram se afastando da fundamentação filosófica que ligava necessariamente uma obra ao seu autor/criador intelectual. O Comitê Econômico e Social da União Europeia (CES/UE), em seu Parecer (93/C 19/02) sobre a proposta de diretiva relativa à proteção jurídica das bases de dados, faz um apontamento elucidativo sobre o entendimento vigente até na tradição europeia continental, de que os direitos de autor e conexos iam cada vez mais assumindo uma natureza precipuamente econômica:

2.6.3. Poderia argumentar-se que considerar o direito de se opor à extracção desleal como um dos direitos de que beneficia o titular dos direitos de autor não é conforme com o princípio filosófico segundo o qual o direito de autor protege os direitos dos autores. Contudo, a Directiva relativa à Protecção dos Programas de Computador já acolheu a noção de direito de autor enquanto direito económico, o que é importante num contexto industrial, além de que a maneira como a questão do direito de autor foi tratada na dita directiva tem sido bem aceite na Comunidade²⁵⁵

Como entender então a originalidade no caso da OAGIAs? Se ela estiver ventralmente ligada à noção de individualidade subjetiva e for vista como necessariamente humana, sequer existiria obra a ser protegida. Por outro lado, se o critério for característica da obra em si,

²⁵³ SÁ E MELLO 2016, 50.

²⁵⁴ Citando Andre Lucas, SÁ E MELLO 2016, 50.

²⁵⁵ Ressalva-se, por outro lado, o fato de que as opiniões do CES/UE são em geral pró-Indústria e de uma perspectiva maximalista no âmbito dos direitos de autor e não lidas com cautela.

ou até uma “individualidade expressiva” nas palavras de Sá e Mello²⁵⁶ (algo próximo, *mutatis mutandis*, da “novidade subjetiva” de Victoria Rocha e Borges Barbosa), abrem-se caminhos para a proteção, ainda que estreitos.

Em palavras mais diretas, para que máquinas possam criar obras tuteladas, a originalidade não pode ser vista como uma característica essencialmente humana. Isso significa que a criação não pode ser conectada à personalidade do criador intelectual por uma ligação que vá além de ter características próprias capazes de diferenciar aquela obra de qualquer outra existente naquele ambiente cultura (a exemplo de uma ligação espiritual entre obra e autor).

Para responder isso, primeiramente vale a pena reavaliar qual a bitola da originalidade no cenário legal hoje, lembrando que a aproximação dos diferentes parâmetros de originalidade foi um dos pontos medulares da harmonização entre os sistemas de Direito de Autor no mundo. Em seguida, se há alguma ligação necessária com a atuação humana estabelecida pelas legislações existentes. Por fim, como está o estado tecnológico no campo da criatividade artificial.

A originalidade subjetiva indica, como dito, a “marca da personalidade do autor”. Embora isso sugira uma concepção restritiva em um primeiro momento, limitando à proteção para obras que pudessem ser claramente identificadas como originadas em certa pessoa, na verdade ela foi historicamente entendida de forma inversa na tradição francesa e daqueles que a seguem. Era vista como uma exigência mínima que poderia se resumir à estrutura formal da obra²⁵⁷, um simples reflexo da criação pessoal, proibindo-se critérios complementares como análises quantitativas da criatividade. A doutrina e jurisprudência alemã contestaram a posição francesa ao exigir também um certo nível de altura criativa, ou seja, uma quantificação dessa individualidade, um parâmetro alto para não ser considerada banal. Porém, essa tese caracteristicamente germânica já estava perdendo força mesmo

²⁵⁶ SÁ E MELLO 2016, 55.

²⁵⁷ VICENTE 2020, 49.

antes da transformação sistemática resultante do julgamento *Infopaq* pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, explicado a seguir²⁵⁸, e hoje parece ser cada vez mais escassa e evitada.

O “direito de cópia” do Reino Unido é possivelmente o mais conhecido e acentuado exemplo da aplicação de uma originalidade objetiva, baseada nos parâmetros de “o que vale a pena ser copiado, vale a pena ser protegido” e “suor do rosto” (“*sweat of the brow*”) firmados, respectivamente, pela Alta Corte de Justiça no caso *University of London Press v. University Tutorial Press* de 1916, e pela Câmara dos Lordes em *G. A. Cramp & Sons, Ltd. v. Frank Smythson, Ltd.*, de 1944²⁵⁹. Essa bitola concede a tutela dos direitos de autor às pessoas que tenham empreendido sua habilidade, esforços e/ou recursos para criar a obra, garantindo a proteção de maneira acentuadamente ampla²⁶⁰, característica dos ordenamentos de *copyright*²⁶¹. Porém, Reino Unido já tinha indicado em variados momentos uma presença tímida do requisito de originalidade subjetiva no país, pelo menos desde as negociações da Convenção de Berna²⁶². A mudança da bitola objetiva para subjetiva se deu, de forma radical, com os julgamentos do TJUE/TJCE, que serão expostos logo adiante.

Alguns tribunais dos EUA seguiam um parâmetro similar ao britânico até o julgamento do caso *Feist Publications v. Rural Telephone Service* pela Suprema Corte em 1991. Nele, ao negar a tutela pelos direitos de autor às listas telefônicas, firmou-se que a criatividade era também requisito necessário, com base no *Copyright Act* de 1976, mas que o era em graus mínimos, sendo exigível apenas um toque de criatividade

²⁵⁸ ROCHA 2008, 748–56.

²⁵⁹ VICENTE 2020, 48–49.

²⁶⁰ ROCHA 2008, 757–61.

²⁶¹ Mas nem sempre, como mostra o Canadá, que tem um critério de originalidade em um meio-termo entre a originalidade objetiva e subjetiva, vide o julgamento pela sua Suprema Corte no caso *CCH Canadian, Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, de 2004.

²⁶² Isso não se deu de forma explícita, mas Ricketson afirma que há bons indícios de que os proponentes da Convenção de Berna e de suas reformas tinham em mente uma exigência de originalidade subjetiva mínima, que excluía o critério de simples esforço para proteção da obra. RICKETSON 1992, 10.

(“*modicum of creativity*”)²⁶³. Mais precisamente, essa decisão foi a consolidação do entendimento que já era então dominante nos tribunais estadunidenses, mas não pacífico, de que a originalidade mínima seria, na verdade, uma variação trivial²⁶⁴. Esse era um conceito que era mais restritivo que o britânico e deixava mais clara a bitola mínima de criatividade do que a visão europeia continental. Buscava identificar simplesmente a criação própria do autor, ainda que claramente pobre em relação à contribuição/adição cultural²⁶⁵.

A União Europeia, principalmente por meio de seu Tribunal de Justiça, seguiu em sentido muito próximo, por meio de um percurso diferente. Apesar de ter critérios para proteção muito abrangentes entre alguns Estados-membros, como o Reino Unido, a UE tinha também países continentais que exigiam elevados graus de criatividade, como a Alemanha, ou mesmo aqueles que permitiam uma análise de mérito estético, como a Itália. Com as transformações comerciais do Direito de Autor, foi necessário chegar a um meio termo para a Diretiva relativa aos direitos de autor sobre programas de computador de 1991, seguida da Diretiva relativa à base de dados de 1996, e reforçado pela Diretiva relativa às fotografias de 2006, que tinha como uma grande problemática a originalidade nas fotografias de câmeras automáticas. Todas elas firmaram um parâmetro mínimo de originalidade subjetiva (ou criatividade) nos termos de ser “uma criação intelectual do autor”²⁶⁶.

²⁶³ SOUSA E SILVA 2013, 1341–42; FELLMETH 2019, 63–69.

²⁶⁴ Antes mesmo do caso *Feist*, cuja bitola de originalidade foi reiterada diversas vezes depois (p. ex. *Eldred v. Ashcroft*, de 2003), a Suprema Corte já tinha afirmado que o estímulo à criatividade é uma das finalidades do copyright, vide, dentre outros, *Twentieth Century Music Corp. v. Aiken*, julgado em 1975, conforme apontado por FELLMETH 2019, 53. Vale notar que Fellmeth e parte da doutrina estadunidense critica a decisão da Corte sob o argumento que ela foi baseada em interpretações equivocadas da lei e de decisões judiciais anteriores, defendendo que uma decisão firmando a originalidade objetiva era a interpretação mais adequada.

²⁶⁵ ROCHA 2008, 761–63. Dizendo isso de forma explícita, ver o caso *Alfred Bell & Co. Ltd. v. Catalda Fine Arts, Inc. et al.*, julgado em 20/07/1951 pela Corte de Apelações do Segundo Circuito.

²⁶⁶ SOUSA E SILVA 2013, 1365–66. Essa diminuição do nível de exigência foi duramente criticada pela doutrina dos países que tradicionalmente impunham parâmetros

Era, portanto, uma bitola característica dos bens da sociedade informacional. Até que o TJCE proferiu uma decisão radicalmente inovadora no caso *Infopaq I* (C-5/08) de 2009, ao julgar uma situação de *clipping*. Nessa decisão, o Tribunal associou o critério de originalidade específico dos bens informáticos para o direito exclusivo de reprodução previsto no artigo 2º da Diretiva Infosoc (2001/29/CE). Em outras palavras, a Corte efetivamente implementou para todos os Estados-membros o requisito de uma criatividade mínima, confirmando e detalhando essa alteração jurisprudencial nos acórdãos *BSA* (C-393/09) de 2011 e *Infopaq II* (C-302/10) de 2012²⁶⁷.

Ainda, ao detalhar sobre o que consistia essa noção em julgamentos posteriores, o TJUE declarou ser necessário que o autor imprimisse seu toque pessoal na obra²⁶⁸, além de ser um requisito a presença de escolhas livres e criativas (ou seja, que não estaria apenas seguindo regras ou considerações técnicas), com a personalidade do autor refletida na obra²⁶⁹. Contudo, sempre em parâmetros mínimos, não se distanciando da conceituação de Maria Victoria Rocha que a “originalidade não é mais do que um conceito de imputação subjectiva da obra. É o que nos permite dizer que a obra é daquele autor, e não de outro. E não mais que isso”²⁷⁰. É essa visão que parece permanecer na jurisprudência portuguesa, consoante acórdão do TRL de 17/07/2018, rel. Jorge Leal.

Subsistia alguma discussão sobre a decisão do TJUE no *Infopaq* ter apenas uniformizado um padrão mínimo ou ter também limitado que outros parâmetros mais elevados fossem aplicados em obras que não programas de computador, bases de dados ou fotografias. O conflito centrava principalmente em torno do acórdão *Flos* (C-169/09) do TJUE, que parecia indicar que a “criação intelectual própria” era tam-

mais altos e que valorizavam a noção de criatividade nos direitos de autor. Cf., em relação ao direito português, ASCENSÃO 2006.

²⁶⁷ SOUSA E SILVA 2013, 1367–69.

²⁶⁸ Case C-145/10 Painer, julgado em 1/12/2011.

²⁶⁹ Case C-604/10 Football Dataco, julgado em 1/03/2012.

²⁷⁰ ROCHA 2008, 780.

bém a bitola máxima, e a decisão do Supremo Tribunal Alemão (zR 143/12), de que era apenas um piso mínimo. Contudo, em 12/09/2019, o TJUE confirmou a posição insipiente do caso *Flos* e publicou o acórdão *Cofemel* (C-683/17), mostrando que parâmetros mais exigentes do que o definido no *Infopaq* não poderiam subsistir para nenhuma categoria de obras no âmbito da União Europeia²⁷¹.

Argumentos de ausência de maiores níveis de originalidade não são uma forte opção para descaracterizar uma obra tutelável, diante do caminho que o Direito de Autor está seguindo há vários anos por todo mundo²⁷². Mas não podemos parar por aqui. Seria possível afirmar que “criatividade”, em uma acepção jurídica mais genérica, seria um requisito necessariamente humano?

A priori nos parece que não, pelo menos levando em consideração a ideia de “criatividade” como um conceito geral dentro das diferentes áreas de estudo. Se a criatividade for definida a partir de um conjunto de comportamentos ou atos que levam à uma criação objetivamente original, ela poderia ser encontrada também em máquinas, principalmente na forma de “criatividade computacional”²⁷³.

Não é fácil definir o que seria esse conceito para inteligências artificiais. As pesquisas da área de criatividade computacional apontam que, principalmente em razão dos avanços de aprendizados de máquina dos últimos anos, os computadores podem ser criativos até certo ponto. Eles acumulam enormes quantias de conhecimento e dados e, a partir deles, criam algo aparentemente novo ao fazer combinações

²⁷¹ Conferir o Comunicado de Imprensa do TJUE disponível em: <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2019-09/cp190109en.pdf>. Acesso em: 17 maio 2020.

²⁷² Também nesse sentido, WACHOWICZ & GONÇALVES 2019, 76.

²⁷³ Para aprofundamento nessa discussão de elevada complexidade, chegando em conclusões similares a do texto, recomendamos a leitura de BRIDY 2012, 9–18; PEARLMAN 2018, 9; HEDRICK 2019, 357–62; SCHAFER ET AL. 2015, 221–25; NAVARRO 2019, 30–32. Analisando a questão em diferentes áreas da ciência, e concluindo que há uma diferença filosófica e psicológica entre a criatividade humana e a artificial, mas que isso não necessariamente impactaria os parâmetros legais para o Direito de Autor, cf. SCHÖNBERGER 2018, 148–54; COCK BUNING 2018, 521–23.

e tomar decisões com elevado grau de aleatoriedade e imprevisibilidade²⁷⁴. Isso poderia fazer parecer que não há uma criação realmente nova, e sim apenas derivada de outras centenas ou milhares, sem qualquer traço de intencionalidade²⁷⁵.

Não obstante, a grande questão é que não se sabe definir precisamente o que é a criatividade humana. Afinal, remontando à crítica à noção romântica de gênio individual lembrada acima, não há como ter certeza da absoluta genuinidade da criação humana, porque sofremos o tempo todo influência das nossas experiências passadas, inclusive de forma inconsciente. Nosso próprio estilo ao criar uma obra é em parte não consciente, e talvez toda criatividade pudesse ser transformada em algoritmos se entendêssemos bem como funcionam nossos cérebros²⁷⁶. Para além disso, também aprendemos e nos inspiramos nas obras de outros que nos antecederam, em um processo contínuo e cumulativo de criação que sai, em alguma medida, do âmbito pessoal para o coletivo. Isso já era notado na jurisprudência estadunidense desde pelo menos o caso *Emerson v. Davies* de 1845, citado posteriormente pela Suprema Corte no *Campbell v. Acuff-Rose* de 1994:

Todo livro em literatura, ciência e arte, pede emprestado, e deve necessariamente emprestar, e usar muito do que era bem conhecido e usado antes. (...) Nenhum homem escreve exclusivamente a partir de seus próprios pensamentos, sem ajuda e sem instruções dos pensamentos dos outros. Os pensamentos de cada homem são, mais ou menos, uma combinação do que os homens anteriores pensaram e expressaram, embora possam ser modificados, exaltados ou melhorados por seu próprio gênio ou reflexão. Se nenhum livro pudesse ser objeto de direitos de autor sem ser também novo e original nos elementos que o compõem, não poderia haver fundamento para qualquer Direito de Autor nos tempos modernos, e deveríamos ser obrigados a ir muito longe, até a antiguidade, para encontrar uma obra com

²⁷⁴ KÖBIS & MOSSINK 2021, 2.

²⁷⁵ RAMALHO 2017a, 15; GERVAIS 2020, 2096.

²⁷⁶ GRIMMELMANN 2016b, 408–9.

tal direito. O que são todos os livros de direito moderno senão novas combinações e arranjos de materiais antigos, nos quais a habilidade e o julgamento do autor, na seleção e exposição e uso preciso desses materiais, constituem a base de sua reputação, bem como a de seu direito de autor? *[tradução nossa]*

Assim como uma inteligência artificial aprende a partir de informações oriundas de largas bases de dados informáticas, nós também aprendemos a partir das informações da realidade em que crescemos e vivemos. A realidade apreendida por nós não deixa de ser, guardando as devidas proporções, uma gigantesca e complexa “base de dados” analógica/biológica armazenada em nosso cérebro, que também é para nós em grande parte uma “caixa preta”, termo que será explicado no último capítulo, em relação à qual temos um conhecimento muito limitado²⁷⁷.

Por essa mesma razão faria pouco sentido falar que as OAGIAS seriam obras derivadas (equiparadas às originais) ou compósitas nos termos, respectivamente, dos artigos 3º e 20º do CDADC. Em primeiro, porque o que faz uma obra ser derivada é a reutilização das mesmas escolhas criativas da obra original, como vemos nos casos de traduções, que não copiam as palavras do texto traduzido, mas sim a sua essência sob uma nova expressão. Isso geralmente não vai ocorrer nas criações objetivamente originais de IAs²⁷⁸.

Mesmo assumindo que são essencialmente compostas por centenas, milhares ou milhões de fragmentos de dados pré-existent (que podem inclusive ser obras intelectuais protegidas), ou padrões criados a partir destes dados, eles aparecem de forma tão diminuta na criação nova que não é possível sequer identificá-las como uma expressão própria. Excepcionalmente, as OAGIAS poderiam ser enquadradas nas categorias citadas inclusive em relação às infrações jusautorais, caso esses fragmentos aparecessem de forma substancial e

²⁷⁷ MICHAUX 2018, 407–10. Sobre a criatividade artificial e humana, cf. WACHOWICZ & GONÇALVES 2019, 70–73.

²⁷⁸ GERVAIS 2020, 2097.

dependendo como ocorresse uma transformação ou incorporação deles na obra final²⁷⁹.

Pode-se concluir que criatividade em um sentido técnico-científico geral (ou mesmo jurídico genérico) não é necessariamente humana. Mas na sua forma de originalidade subjetiva, como bitola específica do Direito de Autor, chegaríamos à mesma resposta?

3.4 O REQUISITO DE AUTORIA HUMANA

No campo do Direito de Autor, como já vimos acima ao tratar do “princípio da autoria”, é comum afirmar que um dos requisitos para proteção é que a obra seja proveniente de criação humana, o que no direito português comumente se reflete numa referência à exigência de uma ligação com o espírito humano. Ascensão defende, inclusive, que o termo “criações intelectuais” do art. 1º do CDADC deve ser lido como “criações de espírito”, assim como ocorre na lei brasileira, o que é inclusive um elemento essencial para caracterizar o Direito de Autor como um Direito de Cultura²⁸⁰.

A questão da autoria humana tradicionalmente trouxe à tona outro tipo de discussão, que era a proteção pelos direitos de autor de obras espontaneamente geradas pela ou encontradas na natureza, em especial quando criadas por animais.

Contudo, nessas situações a resposta parece ser mais fácil (já estando de fato bastante consolidada²⁸¹). A razão essencial para essa conclusão tem um caráter geral. Na esteira dos apontamentos de Haberle, a cultura chega a estar no polo oposto da natureza, pois a noção intrínseca do primeiro conceito é ser uma criação do homem²⁸². O Supremo Tribunal de Justiça português corroborou essa definição,

²⁷⁹ Similarmente, tratando sobre a definição mais ampla de obras derivadas dos EUA, SAMUELSON 1986, 1214–17.

²⁸⁰ ASCENSÃO 2012b, 58.

²⁸¹ O’CONNELL 2018; LIU 2018; ROSATI 2017; VIEIRA 2001, 132.

²⁸² HÄBERLE 2016, 20–21.

seguindo os ensinamentos de Canotilho e Vital Moreira²⁸³. Há, principalmente no *droit d'auteur* mas também bastante visível no *copyright*, uma escolha primitiva do Direito de Autor pela proteção de bens culturais, excluindo objetos que, mesmo sendo de extraordinária beleza, não tenham origem humana.

As OAGIAs permanecem em um incerto limiar da cultura, porque elas teriam indiretamente uma origem humana, na forma de criações secundárias (ou seja, criações das criações). Mais ainda, a própria ideia por trás da inteligência artificial é simular as capacidades de uma pessoa natural, mesmo que na prática hoje se busquem habilidades sobre-humanas, atingidas por processos profundamente distintos dos biológicos observáveis em seres vivos. A questão é se essa origem indireta é capaz de preencher o requisito de autoria e obter, consequentemente, a tutela específica jusautoral.

3.4.1 NA CONVENÇÃO DE BERNA

Buscando uma resposta nas regras jurídicas positivadas, podemos começar a pavimentar nosso caminho nas normas internacionais. A maior parte dos tratados não abordam a questão para além de apontamentos funcionais, mas a Convenção de Berna nos fornece alguns indícios. Nela, não há uma definição precisa do que seria autor, porém o conjunto normativo dá vários indícios de que ele deve ser humano²⁸⁴, como a fixação de direitos morais, o tempo de proteção começar a contar a partir da morte do autor e a possibilidade de atribuição dos direitos de obras cinematográficas para pessoas não naturais ter sido claramente colocada como uma exceção à regra.

²⁸³ Ver acórdão do STJ de 29/11/2012, rel. Serra Baptista: “Deixando aberto o conceito de cultura, estar-se-á perante uma criação cultural quando ‘um acto, conduta ou o seu resultado possa ser reconhecido ou ser reconhecível como uma forma possível de criação humana. O ponto de partida para qualquer criação cultural – intelectual, artística ou científica – é sempre: (i) a dimensão de criatividade humana assente (ii) na iniciativa humana, (iii) capaz de dar forma a diferentes meios de expressão e de compreensão da realidade humana e material”.

²⁸⁴ HARTMANN ET AL. 2020, 68.

Sam Ricketson argumenta firmemente em defesa dessa interpretação, analisando os debates prévios à positivação (ou não) das diferentes categorias de obra, repudiando as perspectivas que se focam demasiadamente no valor comercial das obras e apontando que estava, já em 1992, ocorrendo uma verdadeira batalha pela “alma” do Direito de Autor, com o conceito de autoria encontrando-se em um ponto limite antes de perder o sentido²⁸⁵.

Essa conclusão sobre a existência de um princípio de autoria humana na Convenção de Berna foi corroborada por Jane Ginsburg mais de 20 anos depois, analisando explicitamente o caso das OAGIAs²⁸⁶, e por Nuno e Silva, citando Silke von Lewinski e Adolf Dietz²⁸⁷. Também é reforçada por José Alberto Vieira²⁸⁸. Sabemos, por outro lado, que isso não é uma unanimidade, existindo doutrina, principalmente no campo do *copyright*, que afirma que a Convenção de Berna é neutra sobre a possibilidade de autoria não humana²⁸⁹.

As propostas de reformas da Convenção de Berna fornecem informações valiosas para alcançar essa conclusão. Quando a OMPI propôs para o Comitê de Peritos a inclusão de uma proteção (reduzida) de obras geradas por computador, este declarou em relatório de 13 de julho de 1990 que ainda era duvidoso se elas de fato existiam, mas que, de qualquer maneira, não estariam enquadradas nas regras internacionais vigentes. Quando elas se tornassem uma realidade notória, seria necessário desenvolver regras específicas para essa proteção, mas naquele momento seria prematuro legislar sobre a questão²⁹⁰.

Por outro lado, conforme Ricketson argumenta, essa postergação inconclusiva abre o flanco do jusautoralismo antropocentrista ao mostrar que o princípio da autoria humana pode estar presente na

²⁸⁵ RICKETSON 1992.

²⁸⁶ GINSBURG 2018.

²⁸⁷ SOUSA E SILVA 2014, 30.

²⁸⁸ VIEIRA 2001, 133.

²⁸⁹ Como o exemplo clássico de MILLER 1993, 1050–52.

²⁹⁰ Conferir os itens 120-128 do relatório do Comitê em WIPO COMMITTEE OF EXPERTS ON MODEL PROVISIONS FOR LEGISLATION IN THE FIELD OF COPYRIGHT 1990, 258–59.

atual Convenção de Berna, mas não é algo absoluto e imodificável, deixando-se inclusive às legislações nacionais a opção por criar ou não regras voltadas para as obras geradas por computador²⁹¹.

3.4.2 NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA

A tradição legal romano-germânica dos países da União Europeia, mais centrada na figura do autor do que da obra, com os aspectos subjetivos tendo maior proeminência sobre os objetivos, é bem mais transparente no sentido de que a autoria deve ser humana, comumente firmando que o autor deve ser pessoa física/natural²⁹². Citam-se os exemplos da legislação da França, Alemanha, Grécia, Hungria²⁹³ e Espanha²⁹⁴. Outros países chegaram à essa conclusão pela via judicial, como a Estônia²⁹⁵, ou o consolidaram pelo mesmo caminho, como fez a *Cour de Cassation* francesa.

Essa influência majoritária se reflete na legislação comunitária. Ana Ramalho indica que a autoria humana é a conclusão mais adequada da interpretação das diretivas comunitárias, sejam elas as relativas aos programas de computador (Diretiva 2009/24/CE), às bases de dados (Diretiva 96/9/CE) ou a de aluguer, comodato e certos direitos conexos do Direito de Autor (Diretiva 2006/115/CE)²⁹⁶.

Destrinchando essas normativas, na proposta de diretiva do conselho relativa à proteção jurídica dos programas de computador (COM(88) 816 final), apresentada no início de 1989, chegou-se até a declarar, no trecho explicativo da natureza da propriedade intelectual (ponto 2.2), que “no que diz respeito ao direito de propriedade, um

²⁹¹ RICKETSON 1992, 30.

²⁹² HARTMANN ET AL. 2020, 69.

²⁹³ Os quatro primeiros países são listados em BRIDY 2016, 401.

²⁹⁴ Real Decreto Legislativo 1/1996, art. 5, n. 1.

²⁹⁵ Suprema Corte da Estônia, j. de 7/02/2012, Case No3-2-1-155-11, Herlitz PBS AG vs. Realister OÜ

²⁹⁶ RAMALHO 2017a, 7.

programa de computador, do mesmo modo que outras obras protegidas pela legislação relativa à propriedade intelectual, é o resultado de uma actividade intelectual humana criativa”.

A justificativa sobre o artigo 2º dizia que uma grande quantia de obras já era criada por meio de programas de computadores, mas que eles permaneciam sendo mero instrumento, pelo menos naquele momento. Mesmo que a contribuição humana fosse se tornando cada vez mais modesta, sempre deveria existir, em sentido amplo, um autor humano por trás de obra. A tentativa de positivar um dispositivo sobre obras geradas por computador em seu artigo 2(5), previsto na primeira versão da proposta de diretiva, foi considerada muito prematura e não aprovada no texto final²⁹⁷.

Cumulativamente, é proveitoso também avaliar criticamente os pareceres do CES/UE, Comitê que defendia com afinco a posição vigente no Reino Unido. No Parecer (89/C 329/02) sobre a proposta de diretiva relativa à proteção de programas de computador, defendeu-se no item 3.8.1 que deveria ser implementado um direito sobre as obras geradas por computador. A opinião é reiterada no item 3.6 do Parecer (93/C 19/02) sobre a proposta relativa à proteção das bases de dados. Por fim, no Parecer (96/C 97/03) sobre a Diretiva InfoSoc, novamente insistiu-se na proteção de obras geradas por computador no item 5.3.

Essa contínua recusa pelo Parlamento Europeu de implementar a proteção de obras geradas por programas de computador parece reforçar, em interpretação *a contrario*, a importância da autoria humana para o legislador comunitário.

O TJUE corrobora esse entendimento. Há alguns apontamentos explícitos, como as conclusões da Advogada-Geral Verica Trstenjak no processo *Painer* (C-145/10, apresentadas em 12/04/2011) e do Advogado-Geral Melchior Wathelet no Processo C-453/15 (apresentadas em 07/09/2016):

[Trstenjak] 121. Nos termos do artigo 6.º, primeiro período, da Directiva 93/98 ou da Directiva 2006/116, é assim apenas pro-

²⁹⁷ RAMALHO 2017a, 7–8.

tegido o resultado da criação humana, sendo que este também pode existir quando a pessoa se serve de um recurso técnico como um aparelho de fotografia.

[Wathelet] 65. Embora as licenças de emissão não tenham a mesma finalidade que um direito de propriedade intelectual (proteger uma atividade criativa humana), parece-me demonstrada a comparabilidade destas duas categorias para a análise do artigo 56.º, n.º 1, alínea a), da diretiva IVA.²⁹⁸

Nos julgamentos em sentido estrito, é possível depreender a necessidade de autoria humana, mas de forma implícita, interpretando os outros conceitos avançados. Destaca-se a atuação criativa da corte, no caso *Infopaq*²⁹⁹, ao estender a bitola da “criação intelectual própria do autor” para além das diretivas acima mencionadas, tornando-se o elemento central da análise de originalidade em todo o Direito de Autor comunitário. Julgamentos posteriores do Tribunal detalharam que isso envolveria a impressão de um toque pessoal (refletindo a personalidade do criador) na obra e a presença de escolhas livres e criativas³⁰⁰.

Apesar de ser possível, em teoria, atribuir esses traços às inteligências artificiais, a interpretação mais clara e direta atribui essas características aos seres humanos, especialmente no que tange os aspectos ligados à personalidade³⁰¹.

Por fim, o Tribunal de Justiça já decidiu no caso *Luksan* de 2012 que seria vedado à lei nacional excluir o diretor de uma obra cinematográfica da titularidade dos direitos de autor sobre ela. O TJUE se fundamentou no artigo 17 (que trata do direito de propriedade em geral e, no n.2, da propriedade intelectual) da Carta dos Direitos Fun-

²⁹⁸ Este segundo processo, de n. C-453/15, na verdade tratava de questão fiscal, com um comentário passageiro sobre PI.

²⁹⁹ Case C-05/08 *Infopaq International*, ECLI:EU:C:2009:465., julgado em 16/07/2009.

³⁰⁰ Michaux, ao contrário, entende que “escolhas livres e criativas” não são o mesmo que escolhas conscientes, e seriam possíveis para máquinas. MICHAX 2018, 410.

³⁰¹ Esse entendimento é largamente majoritário dentre os estudiosos de OAGIAs, vide os exemplos de RAMALHO 2017a, 8; IGLESIAS, SHAMUILIA, & ANDERBERG 2019, 14; DICKENSON, MORGAN, & CLARK 2017; GUADAMUZ 2017, 11–12; COCK BUNING 2018, 528.

damentais da União Europeia, reforçando a impressão de que a titularidade às pessoas coletivas é uma exceção ao princípio do criador, que estaria fortemente ligado a um direito fundamental humano³⁰².

3.4.3 NOS ORDENAMENTOS NACIONAIS, EM ESPECIAL O PORTUGUÊS

Nos âmbitos nacionais para além da União Europeia, vemos até em alguns países de *common law* indícios de que a autoria deve ser humana. Por vezes, com construções jurisprudenciais, como nos EUA³⁰³ e Costa Rica³⁰⁴ e, em outras, por determinação legal, como a Austrália³⁰⁵, a Sérvia³⁰⁶, o México³⁰⁷, o Brasil³⁰⁸ e a Comunidade Andina³⁰⁹ (que engloba Bolívia, Colômbia, Equador e Peru).

Em Portugal, há pouca margem para conclusões de uma autoria não-humana. Apesar da legislação não ser explícita, a interpretação doutrinária dada ao conceito de criação e criador intelectual remete ao espírito humano, e a jurisprudência parece seguir esse entendimento³¹⁰.

³⁰² C-277/10, julgado em 09/02/2012.

³⁰³ *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Saroni*, 111 U.S. 53, 58 (1884). Apesar de esse requisito ter sido reiterado em alguns casos, percebe-se que certos precedentes judiciais permitem alguma ambiguidade. Vide trecho do caso *Urantia Foundation v. Maahera* (114 F.3d 955), decidido pelo Nono Circuito em 1997: “The copyright laws, of course, do not expressly require “human” authorship, and considerable controversy has arisen in recent years over the copyrightability of computer-generated works”. Esse julgamento daria a entender que a solução mais adequada para o ordenamento estadunidense seria aquela avançada pelo Reino Unido. Para mais detalhes, ver comentários de CHRISTINA RHEE 1998.

³⁰⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia 0364-98, j. Nidia Durán Jiménez.

³⁰⁵ Copyright Act de 1968: Section 32, (1) e (4)

³⁰⁶ Закон о ауторском и сродним правима de 2004, art. 9 (1)

³⁰⁷ Ley Federal del Derecho de Autor de 1995, art. 12

³⁰⁸ Lei de Direitos Autorais de 1998, art. 11.

³⁰⁹ Decisión 351 de la Comunidad Andina, art. 3

³¹⁰ Ver ementa acórdão de 21/05/1992 do TRL, rel. Lopes Pinto: “III - Mas somente a obra resultante de um esforço criador da inteligência e imaginação, do espírito humano, é protegida pelos ‘direitos de autor’”. No mesmo sentido, posteriormente, cf. acórdão de 08/07/2004 do TRP, rel. Dias Cabral, acórdão de 16/01/2007 do TRL rel. Pimentel

Uma verticalização na doutrina contemporânea que analise as obras geradas por computadores/inteligências artificiais ajuda a evidenciar essa informação.

Em um dos primeiros artigos a abordar especificamente e detalhadamente os direitos de autor nas obras geradas por computador em Portugal, José Alberto Vieira defende que o ordenamento nacional (por meio dos artigos 1º e 2º, ambos no n.1, do CDADC) seguiu a Convenção de Berna ao tornar imprescindível para que exista obra protegida que a autoria fosse humana, proveniente da atividade emotiva, psicológica e espiritual. Vê, nas exceções dos art. 27º, n. 1 e 11º da lei, justamente a confirmação do princípio do criador no direito português. Em outras palavras, não haveria nem obra, nem autoria. Afirma, citando Brainbrige, que a atribuição do direito ao utilizador poderia ser conveniente, mas seria irrealista porque ele apenas fornece a informação com a qual o sistema informático trabalha, e que a atribuição aos programadores e engenheiros seria insatisfatória, já que eles não têm controle algum sobre o uso do programa. Por fim, lembra que o conceito legal de obra protegida não é caracterizado pelo valor econômico do bem, que não deverá ser abarcado como um critério para proteção³¹¹.

Ascensão tem uma longa história como um desbravador lusitano na crítica às transformações dos direitos de autor na sociedade informacional, em particular quanto à atenuação da bitola de criatividade (para se tutelar obras eminentemente técnicas) e ao afastamento da figura do autor e das preocupações culturais do centro do sistema, em prol de valores comerciais³¹². A própria noção de proteger por direitos de autor obras geradas por computador lhe soava

Marcos, e, no STJ, duas curtas menções nos acórdãos de 05/07/2012 (rel. Gabriel Catarino) e de 14/03/2019 (rel. Oliveira Abreu).

³¹¹ VIEIRA 2001, 128–37. Minha concordância com esse último ponto me leva a divergir do caminho trilhado e conclusão alcançada por WACHOWICZ & GONÇALVES 2019, 74–76.

³¹² Dentre muitos textos, consideramos que essa crítica é avançada de maneira mais direta em ASCENSÃO 2008b. e ASCENSÃO 2006., com a questão da influência da União Europeia nessa transformação estando detalhada em ASCENSÃO 2008c.

despropositada, sendo o ponto máximo da distorção do sistema autoralista³¹³. Há em seus textos uma forte defesa no sentido de que investimentos na economia criativa podem e devem ser protegidos, mas que é profundamente anômalo que essa função seja cumprida pelos direitos de autor, existindo a possibilidade alternativa de se recorrer aos direitos conexos ou, mais adequadamente, aos direitos *sui generis*³¹⁴.

Alberto de Sá e Mello reformula essa perspectiva ao criticar a defesa de um axioma da criação humana na doutrina portuguesa, pois o julga insuficiente para uma boa resposta, diante do percurso tratado por doutrina e jurisprudência de conferir proteção às obras não intelectuais. Concentra-se principalmente na percepção que o que falta nas obras geradas por computador não é simplesmente a autoria analisada avulsamente (que não se confunde com a “imputação de autoria”), e sim a própria obra intelectual, pois a presença de uma intelectualidade é sua condição de existência. Por outro lado, abrindo caminho para um entendimento contrário, reconhece que a tendência dominante dos legisladores é seguir a posição já mais consolidada no *copyright*, e por isso até obras informáticas não intelectuais já passaram a ser legalmente consideradas como se o fossem. Isso leva a uma progressiva superação da noção naturalista e filosófica de autoria, encaminhando o conceito para que seja apenas uma ficção legal cuja principal função é a atribuição de titularidade originária. As obras geradas por computador não seriam propriamente “obras sem autor”, mas sim obras sem autoria humana. Enquanto a criação intelectual permanece sendo um ato ligado ao espírito humano, pareceria possível (embora criticável) atribuir uma tutela jusautoral se existisse uma previsão legal expressa voltada para as OAGIAs, com base na bitola da “individualidade expressiva” revelada no bem tutelado³¹⁵.

Em linhas gerais, a doutrina converge para as respostas descritas acima. Dário Moura Vicente concorda com a posição de Vieira, indi-

³¹³ ASCENSÃO 2008a, 21; 2006, 6.

³¹⁴ ASCENSÃO 2008b, 92–93.

³¹⁵ SÁ E MELLO 2016, 50–61.

cando que sempre deveria haver um humano na origem da obra criada para que exista alguma proteção pelo Direito de Autor³¹⁶. Tito Rendas e Nuno Sousa e Silva afirmam que não há proteção por faltar o autor nas obras criadas por computador sem intervenção humana³¹⁷. Luís Menezes Leitão concorda com Ascensão e Sá e Mello, referenciando-os³¹⁸. Maria Victoria Rocha também pontua que a criação tutelada deve ser humana e, a partir de um resultado desejado pelo autor, há proteção³¹⁹. Patricia Akester o faz não explicitamente, ao reiterar repetidas vezes a ligação necessária dos direitos de autor com o espírito humano, nos comentários ao art. 2º do CDADC³²⁰, assim como faz Remédio Marques³²¹.

Inobstante, para conclusão desse subcapítulo, cabe evidenciar a posição de Alexandre Dias Pereira, cuja abordagem da questão é mais pragmática e propositiva, em consideração ao interesse de proteger o valor comercial das obras geradas automaticamente. Esse pragmatismo não é acrítico, observando-se, no que tange a “propriedade tecnodigital”, a sugestão por uma transformação das fronteiras ao Direito de Autor sem que sua essência seja distorcida³²², visto que os direitos de autor são, acima de tudo, um direito do trabalhador intelectual. Nesse sentido, o doutrinador lembra da grande barreira que existe contra as OAGIAs no princípio dogmático da criação humana, mas que isso poderia encontrar uma solução em direitos de propriedade intelectual *sui generis*, como o do fabricante das bases de dados, pois esses não estariam submetidos ao princípio do criador³²³. Mais recentemente, reafirmou a excepcionalidade da atribuição originária do Direito de Autor português para pessoas que não o criador, sugerindo que um direito conexo como o dos editores, existente no Reino Unido,

³¹⁶ VICENTE 2012, 252.

³¹⁷ RENDAS & SOUSA E SILVA 2019, 98.

³¹⁸ MENEZES LEITÃO 2018, 61 e 335.

³¹⁹ ROCHA 2008, 784.

³²⁰ AKESTER 2019, 41–47.

³²¹ REMÉDIO MARQUES 2017, 199.

³²² DIAS PEREIRA 2001a, 787.

³²³ DIAS PEREIRA 2001a, 405–8.

poderia ser uma solução aceitável³²⁴. Ana Ramalho também defende essa última alternativa, aliada à posição do domínio público³²⁵, e era esse entendimento adotado pelo autor desse livro ao escrever no final de 2018 sobre o tema³²⁶.

3.5 REGRAS ESPECÍFICAS DE AUTORIA RELEVANTES PARA OAGIAS

3.5.1 CRIAÇÃO PARCIAL OU TOTALMENTE AUTÔNOMA

Outro tema relevante são os casos de obras em que a autoria seria dividida entre a inteligência artificial e o criador humano, como se vê nas previsões dos artigos 16º a 20º do CDADC, destacando as obras feitas em colaboração e as obras compósitas/derivadas.

Embora alguns teóricos tenham dado maior centralidade para o tópico³²⁷, seguimos pragmaticamente a posição de José Alberto Vieira de que esse não parece ser um ponto para maiores aprofundamentos. Afinal, se for possível distinguir o que é feito pelo humano e o do que é feito pela máquina, não se observam maiores obstáculos para aplicar regras e princípios gerais do Direito de Autor para a parte que tiver origem humana e as normas vigentes das OAGIAS para a parte artificial³²⁸. A coautoria dos diferentes humanos envolvidos no processo criativo da IA é outra questão, abordada rapidamente na última seção do livro.

Caso não seja possível realizar essa distinção, parece lógico presumir que haverá, mesmo que minimamente, uma criatividade humana em toda obra, tendo a máquina sido utilizada precipuamente como

³²⁴ DIAS PEREIRA 2019b.

³²⁵ RAMALHO 2017a, 17–19.

³²⁶ LANA 2019.

³²⁷ Recomendamos, pelo notável aprofundamento, GINSBURG & BUDIARDJO 2019; CASTELS I MARQUÈS 2019.

³²⁸ VIEIRA 2001, 128–29 e 137–38; GERVAIS 2020, 2105. Detalhando os regimes, SÁ E MELLO 2016, 63 e seguintes.

uma ferramenta (ainda que altamente complexa) para gerar algo a partir dos parâmetros e orientações estabelecidas pelo verdadeiro criador.

Há alguma dificuldade na situação de certas obras coletivas, nas quais uma IA participaria como um dos agentes criativos. Não parece ser possível afastar, por exemplo, a presunção de que programas de computador escritos no âmbito de uma empresa serão obras coletivas de titularidade da entidade coletiva que tiver organizado e dirigido sua criação³²⁹, mesmo nas situações nas quais há uma colaboração entre seres humanos e uma máquina produzindo códigos. O trabalho de correção e adaptação mútua dos diferentes programadores envolvidos tornaria quase impossível fazer a distinção entre o que seria a criação isolada de cada um, mesmo se as elaboradoras de código fossem todas aplicações de inteligência artificial. Não obstante, caso essa separação se tornasse possível, incidiria o art. 19º, n. 2 do CDADC e a parte claramente gerada pela máquina deveria ser disponibilizada para uso livre, sem prejuízo direto à proteção do resto do programa³³⁰.

3.5.2 CONTROLE SOBRE O RESULTADO FINAL

Ascensão indica que o fator determinante para separar as obras que foram criadas com assistência de um computador e as que foram autonomamente geradas por computador é a existência de um controle ou previsão do resultado da obra que será tutelada, ainda que não haja ingerência nos meios pelo qual se chega nesse estado final³³¹.

Tito Renda e Nuno Sousa e Silva parecem concordar com essa ideia, afirmando que são necessárias decisões soberanas e conscientes para configurar a autoria, e que por essa razão o art. 26º do CDADC exclui os colaboradores técnicos (como auxiliares ou ajudantes) dos direitos de autor³³², resguardando a possibilidade de serem titulares

³²⁹ Leitura conjunta do art. 19º, n. 1 do CDADC com o artigo 3º, n. 2 da PJPC

³³⁰ De forma geral, SÁ E MELLO 2016, 77–81.

³³¹ ASCENSÃO 2012b, 75–76.

³³² RENDAS & SOUSA E SILVA 2019, 98.

de direitos conexos. O art. 16º, n. 2 do CDADC positiva essa lógica, ao atribuir aos intérpretes ou outros colaboradores os direitos de autor na forma de obra feita em colaboração, nos casos em que contribuem criativamente para o estado final da obra e o espaço para essa contribuição está previsto, mas não pré-definido (um improviso de um ator, por exemplo)³³³. Nessas situações, o criador originário não teve controle sobre a obra final e não pode ser considerado o único autor daquela obra.

De maneira adaptada, vemos esses apontamentos também na doutrina internacional, relacionando a intencionalidade e o controle genérico sobre o resultado com a possibilidade de o autor demonstrar a originalidade subjetiva na obra³³⁴. Bruce Boyden sugere que detalhar e desenvolver essa noção é a melhor opção para garantir proteção às OAGIAs, concedendo a titularidade à pessoa humana por trás da máquina, que teria o ônus de demonstrar que o resultado alcançado foi razoavelmente previsto ou planejado³³⁵. Essa bitola aparece como uma opção interessante para criarmos uma separação entre genuínas OAGIAs e aquelas em que a inteligência artificial pode ser considerada apenas uma ferramenta.

A necessidade de um controle maior sobre o resultado parece enfrentar algumas barreiras na transformação do Direito de Autor na sociedade informacional, com a diminuição da bitola da criatividade e o crescimento dos processos criativos coletivos. Mesmo antes dela, obras criadas acidentalmente ou em transe são amplamente consideradas como tuteláveis por direitos de autor³³⁶.

No caso das OAGIAs, seria difícil negar uma ligação mínima com as escolhas criativas humanas quando o desenvolvedor da IA é

³³³ MENEZES LEITÃO 2018, 112. Na jurisprudência, ver acórdão do TRL de 25/10/2012, rel. Luís Correia de Mendonça.

³³⁴ Analisando no contexto do *copyright*, cf. GINSBURG & BUDIARDJO 2019, 361–76; HEDRICK 2019, 362; AZZARIA 2018, 934–36. O último autor, contudo, considera a ideia pouco compatível com o direito canadense.

³³⁵ BOYDEN 2016, 391–94.

³³⁶ DIAS PEREIRA 2008, 385; HEDRICK 2019, 363.

responsável por diversas escolhas nesse processo, como (i) a definição do problema; (ii) a coleta e seleção de dados; (iii) a revisão preliminar; (iv) o particionamento de dados; (v) a escolha do melhor modelo computacional a ser utilizado para o problema; (vi) o treinamento do modelo; (vii) a execução e ajustes finais do modelo³³⁷.

Ao analisar as obras coletivas tecnológicas, observamos que elas podem ser feitas por uma multiplicidade de pessoas enquadráveis como colaboradores ou agentes técnicos. Uma empresa cria um plano de desenvolvimento de uma aplicação informática para resolver um determinado problema, e um de seus programadores (possivelmente em conjunto com seus colegas) pode ter uma ideia inovadora capaz de modificar totalmente o planejamento inicial³³⁸. Isso, por si só, não afeta os direitos patrimoniais adquiridos originariamente pela pessoa coletiva, pois o contributo dela (que permite caracterizá-la como verdadeira autora da obra) não se resume ao conjunto dos atos criativos das pessoas naturais ou da mera coordenação deles³³⁹.

Porém, essa objetivação do direito de autor não é uma marcha histórica contínua e progressiva. O TJUE deu passos importantes em sentido contrário ao harmonizar o critério da originalidade subjetiva, na forma da criação intelectual própria do autor, resgatando uma certa exigência de controle sobre a obra. Isso se deu especialmente no caso *Painer* de 2011, que se referiu à necessidade de “escolhas livres e criativas” ao lado do toque pessoal do autor. No entanto, nenhuma das decisões do Tribunal de Justiça sobre a originalidade subjetiva mencionou controle sobre o resultado, ou, em outras palavras, uma consciência sobre a obra final³⁴⁰.

Por isso, se quisermos utilizar coerentemente a noção de controle para separar as OAGIAs genuínas das que não o são, devemos in-

³³⁷ HEDRICK 2019, 337–38.

³³⁸ O papel da pessoa coletiva é dirigir as atividades de seleção, apresentação ou disposição dos contributos individuais, coordenado os esforços em prol de uma finalidade em comum REMÉDIO MARQUES & SERENS 2008, 230–33.

³³⁹ SÁ E MELLO 2016, 78–80.

³⁴⁰ MICHAUX 2018, 410 e 414.

terpretá-la sob parâmetros mínimos, seguindo a lógica jusautoralista de originalidade, visível nos padrões estabelecidos pelo TJUE. A síntese dessas posições conflitantes parece significar ser necessária uma intencionalidade ou um grau de controle sobre a expressão final da obra, mas de caráter genérico, resumida à uma noção geral do resultado final, podendo deixar espaço para características imprevistas³⁴¹. Pode-se pensar nisso, como faz Gervais, na imagem da busca por um vínculo causal da originalidade na obra específica analisada, tentando identificar se as escolhas que diretamente culminaram na obra foram humanas ou artificiais³⁴².

Esse nível de controle sobre o resultado final pode ser identificado por escolhas criativas em três diferentes etapas do processo de criação da obra: a concepção (ou preparação), a execução (ou realização) e a redação (ou finalização). Na prática, as três se intercalam e não são facilmente distinguíveis, com múltiplos ciclos de idas e voltas em cada etapa ou em um conjunto delas. Para fins didáticos, porém, a concepção é não só a fase de ter a ideia por trás da obra, mas também de escolher estilo, suporte, especificações, dentre outros. A execução é a conversão desse planejamento em rascunhos ou versões quase terminadas. Por fim, a redação é a revisão da obra, com atos como a adição de elementos finais ou reestruturação de partes inteiras do rascunho, a fim de deixá-la pronta para cumprir seu objetivo final, comumente a publicação. A contribuição da IA se dá principalmente na segunda etapa, e o grau das contribuições humanas nas outras duas se torna fundamental para decidir se há ou não uma genuína OAGIA³⁴³.

O viés da originalidade mínima indica que a contribuição humana em qualquer uma dessas etapas seria suficiente para atrair a titularidades dos direitos, desde que não meramente guiada por quesitos técnicos. Porém, para não gerar riscos de proteção das ideias, a criatividade humana não pode estar presente apenas na primeira etapa, salvo a exceção dos casos em que as escolhas humanas conformam a

³⁴¹ HARTMANN ET AL. 2020, 74–75.

³⁴² GERVAIS 2020, 2098–99.

³⁴³ HARTMANN ET AL. 2020, 79–82.

preparação de forma minuciosa. A participação da pessoa humana na obtenção do resultado final, assim como nas artes plásticas, pode ser a simples concepção do resultado em termos gerais, unida à seleção criativa de dados ou fontes dentre várias opções possíveis³⁴⁴.

Oferecendo exemplos concretos³⁴⁵: (i) simplesmente ordenar que a máquina escreva um texto sobre “cachorro feliz no amanhecer” usando a internet como base de dados não nos parece trazer nenhum elemento de originalidade³⁴⁶; (ii) agora, se pedíssemos que ela escrevesse sobre “cachorros felizes no amanhecer” a partir de um período triste dos textos de um poeta selecionado, existiria um contributo original; (iii) não seria original a seleção dessas mesmas poesias conjugada à simples ordem que a máquina criasse “um texto”; (iv) por fim, não seria criativo caso o universo de escolhas fosse reduzido pelo programador a poucas opções.

Como ficou claro a partir dos exemplos acima, será necessária uma análise casuística, assim como existe hoje em outros casos concretos sobre a originalidade em direitos de autor.

Vale ressaltar que a imprevisibilidade, requisito que (dependendo do grau constatado) pode quebrar o vínculo da autoria humana, não se confunde com a aleatoriedade. Essa última é uma espécie da primeira, sendo altamente relevante porque indica inovações em relações a padrões pré-definidos, tornando mais difícil constatar a escolha humana por trás³⁴⁷.

Podemos exemplificar a diferença com aquela que foi, discutivelmente, a primeira obra produzida por um computador registrada para fins de proteção jusautoral no mundo, a *Gaussian-Quadratic*. Após

³⁴⁴ Nossa conclusão nesse ponto parte das noções apresentadas em ROCHA 2008, 782., e, especificamente sobre as OAGIAs, SAIZ GARCÍA 2019, 20–23.

³⁴⁵ Para outros exemplos didáticos parecidos com os apresentados aqui, cf. SELVADURAI & MATULIONYTE 2020, 4.

³⁴⁶ Um exemplo mais prático são os textos relativamente complexos do Philosopher AI (disponível de forma pública na sua versão beta, em <https://philosopherai.com/>. Acesso em: 4 abr. 2020), produzidos a partir de uma ou poucas palavras digitadas pelo usuário.

³⁴⁷ HEDRICK 2019, 363–65.

ter o pedido negado duas vezes, a primeira por não ter sido produzido por uma pessoa humana e a segunda por ser uma obra randômica³⁴⁸, o requerente, Michael Noll, explicou no terceiro requerimento como ele tinha desenvolvido a programação para aquele fim específico e como o que parecia aleatório para humanos era na verdade um conjunto de instruções matemáticas muito bem definidas³⁴⁹. Era, em suas alegações, um procedimento imprevisível, mas não verdadeiramente aleatório, obtendo finalmente assim a proteção jusautorai.

3.5.3 OBRAS ANÔNIMAS E PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE

Para finalizar esse subcapítulo, é importante abordar a tutela das obras anônimas e pseudônimas previstas, respectivamente, no art. 30º e 28º do CDADC³⁵⁰. O problema aqui é mais pragmático que teórico, pois não se trata de uma especialidade em relação à hipotética atribuição (em si) dos direitos de autor, que continuariam com seu criador intelectual. Mas sua importância reside no exercício dos direitos enquanto não se revela o criador, presumindo-se que o divulgador é o legítimo representante deste, sem condições ou prazos especiais para garantir esse exercício³⁵¹.

A dificuldade no caso das OAGIAs salta aos olhos. Se, de alguma forma, os direitos dessa categoria de obras forem limitados em relação às regras gerais de direitos de autor, o que impediria que elas fossem

³⁴⁸ O *Copyright Office* dos EUA proíbe expressamente em seu compêndio de práticas o registro de obras geradas randomicamente por meios puramente mecânicos, tendo negado em 1964 um pedido de registro de uma arte em azulejo gerada por uma máquina aleatoriamente a partir de padrões geométricos (*Armstrong Cork Co. v. Kaminstein*). Cf. HEDRICK 2019, 365. Perceba-se que a referência às OAGIAs implica que o processo não é meramente mecânico e randômico, mas que há um grau de criatividade computacional nele.

³⁴⁹ NOLL 1995.

³⁵⁰ O CDADC, no Artigo 28º (identificação do autor) apenas faz menção à possibilidade de uso de pseudônimo, sem maiores detalhes, devendo ser lido em conjunto com o art. 30º, que diz expressamente “*sob nome que não revele a identidade deste*”.

³⁵¹ ASCENSÃO 2012b, 153.

divulgadas sem identificar sua real origem? Ou que essa pessoa se anunciasse como criador da obra³⁵²? A princípio, uma máquina nunca poderia revelar sua identidade e assumir a autoria da obra, e seu representante acabaria por exercer os direitos patrimoniais como se autor fosse, com o prazo de duração de 70 anos a partir da publicação ou divulgação. Como não há obrigação do autor vir a público, mesmo depois do fim do prazo, a obra poderia permanecer para sempre sem ter sua real origem descoberta.

Anteriormente, já defendemos que isso seria um motivo forte para justificar a implementação de um regime *sui generis* ou de atribuição dos direitos das OAGIAs ao programador/usuário³⁵³. Por outro lado, não parece mais ser uma solução acertada ou alinhada tanto aos princípios do Direito de Autor quanto a uma boa prática legislativa. Seguir esse caminho seria ceder ao cometimento de ilícitos, na forma de apropriação da obra alheia. Estaríamos nos curvando aos interesses daqueles dispostos a infringir uma norma que contrariasse suas vontades, tendo os recursos para tal.

Não se nega que esse é um critério importante, pois a realidade constantemente se impõe. Uma lei válida, mas ignorada pelos seus jurisdicionados, se torna ineficaz. Pode acabar sendo de fato impossível identificar uma OAGIA, se os humanos ou pessoas coletivas/jurídicas indiretamente envolvidos na sua criação não o desejarem.

Não obstante, a Internet evidenciou, por toda sua história, que várias das infrações de direitos de autor amplamente cometidas no ambiente digital foram atenuadas ou resolvidas uma combinação de ações legais, autorregulatórias e tecnológicas³⁵⁴. Esses mesmos problemas também foram inicialmente apontados como uma barreira tecnológica que a lei nunca seria plenamente capaz de lidar, pelo menos não sem causar enormes prejuízos ou para o sistema legal ou para a nova tecnologia, em razão de suas naturezas particulares³⁵⁵.

³⁵² MICHAUX 2018, 415–16.

³⁵³ LANA & GONÇALVES 2019.

³⁵⁴ Mesmo antes do início do século, ver GOLDSMITH 1999, 25–30.

³⁵⁵ D. R. JOHNSON & POST 1996, 1383–87.

O fato de que seria fácil burlar as normas vigentes não é uma justificativa suficiente para impedir que elas sejam defendidas. O que ela estimula, na verdade, é a formulação de garantias para seu cumprimento. Dispondo de ferramentas para identificar as OAGIAs que estivessem sendo omitidas como tal, a previsão de violação do direito moral do art. 198º, “a” do CDADC (e a penalidade do art. 197º) se encaixaria perfeitamente para desestimular o comportamento ilícito de fraudes que resultem na apropriação indevida de OAGIAs³⁵⁶.

³⁵⁶ Também sugere isso NORDEMANN 2019.

A TUTELA DAS OBRAS AUTONOMAMENTE GERADAS POR INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL (OAGIAS)

4.1 ENQUADRAMENTO DO PROBLEMA

Há algo realmente tão diferente na relação entre as tecnologias de inteligência artificial e autoria de obras? Afinal, a cada geração surge uma tecnologia que desafia os limites existentes dos sistemas de direitos de autor, como a internet, os filmes e o rádio doméstico, parecendo exigir um tratamento legal separado e inovador. O Direito de Autor, por outro lado, se mostrou bastante resiliente e capaz de incluir essas novas manifestações dentro de seu corpo normativo, ainda que sofrendo transformações e adições que destoassem das primeiras regras e princípios³⁵⁷.

Sob essa ótica, obras criadas por animais sem intervenção humana parecem apresentar uma problemática similar, vide o famoso caso da *selfie* da macaca Naruto, quando se contestou se animais poderiam ser titulares de direitos de autor no *copyright* estadunidense³⁵⁸,

³⁵⁷ MILLER 1993, 982. Não obstante, concordamos com a crítica com a doutrina crítica no sentido que isso por vezes resultou em distorções em relação aos seus princípios fundamentais, vide ASCENSÃO 2012b; DIAS PEREIRA 2008.

³⁵⁸ A resposta das cortes estadunidenses foi um categórico não, atribuindo o direito ao fotógrafo porque ele havia preparado toda a situação que culminou no autorretrato símio, utilizando o animal como “instrumento” O’CONNELL 2018. Esse

ou o desenvolvimento jurídico da tutela de fotografias de câmeras automáticas³⁵⁹.

A resposta à pergunta sobre existir algum elemento inovador importante não é sempre positiva. Grimmelman apontou em 2016 que não existiam razões para pensar em obras geradas por computador como um problema novo, e sim como mais um problema difícil dentre vários que existem nos sistemas de direitos de autor. Afirmou não constatar nenhuma mudança radical na natureza da obra ou do processo criativo que justificasse uma regra nova específica, indicando paralelos em dificuldades passadas dos direitos intelectuais que poderiam servir como fundamento para interpretar a questão das OAGs³⁶⁰. Outros autores seguem posição similar, como os que afirmar que não há originalidade nas obras geradas por inteligência artificial, com um processo criativo que na verdade seria sempre derivativo da criatividade humana³⁶¹.

Essas posições parecem ser uma continuidade das primeiras discussões sobre o tema, na década de 1960, que culminaram com o relatório de 1978 da CONTU. Nele, se recomendou ao Congresso dos EUA que o estado da arte da ciência computacional naquele momento não exigia alterações legais em relação às obras geradas por computadores, porque até então seria sempre possível remontar ao humano, fosse desenvolvedor ou usuário³⁶². O Comitê de Peritos da OMPI para reforma da Convenção de Berna chegou à opinião similar em 1982, ressaltando, contudo, que só haveria proteção se tivesse uma participação

caso apresenta outros problemas, incluindo sobre competência territorial. Slater, o titular da “selfie da macaca”, era um cidadão britânico e a foto foi tirada na Indonésia, sendo publicada primeiro no Reino Unido. Havia pouquíssimos pontos de conexão que justificassem a jurisdição estadunidense, e mesmo assim o caso foi julgado lá, evidenciando a força que o país tem e ativamente busca para si no cenário jusautorial global. De qualquer maneira, na União Europeia o julgamento provavelmente também seguiria no mesmo caminho que o julgamento dos EUA. Cf. GUADAMUZ 2016; ROSATI 2017.

³⁵⁹ GINSBURG & BUDIARDJO 2019, 355–60.

³⁶⁰ GRIMMELMANN 2016b.

³⁶¹ Por ex., GUDKOV 2020.

³⁶² CONTU 1978, 43–46.

criativa humana³⁶³. Como vimos no capítulo anterior, na proposta de diretiva sobre a proteção de programas de computador foi assumida uma visão similar.

Não obstante, há agora uma importante diferença. Quando utilizamos o termo OAGIA, estamos nos referindo ao conceito de obras geradas por computador em sentido estrito, ou seja, com capacidade de independência para criação na ótica jusautoral. O que a inteligência artificial contribui para essa discussão é que só a partir da explosão tecnológica nesse campo no século XXI e das tecnologias de aprendizado de máquina seria possível verdadeiramente falar em uma criação computacional autônoma, sem intencionalidade ou planejamento humano significativo para se chegar no resultado final³⁶⁴. A questão, que era hipotética, se tornou palpável, com um valor econômico significativo envolvido.

Ao passo que um programa de computador tradicional é planejado e elaborado de forma a abarcar funcionalmente todos os cenários em que será usado (não em termos de finalidade, mas de meio), alguns tipos de IA podem ser treinados para aprender com as tarefas que realiza e continuar se auto aprimorando na busca de eficiência para atingir determinado objetivo, identificando novas correlações e padrões para seguir, atingindo certa “independência” sobre as escolhas feitas e estratégias adotadas. Em outras palavras, produz resultados sem seguir necessariamente parâmetros ou formas de pensamento humanas. Isso leva a uma dificuldade ou mesmo impossibilidade de descobrir como certo resultado foi alcançado por elas, e é conhecido, de forma geral, como problema da “caixa preta”³⁶⁵.

³⁶³ BOGSCH 1986, 68.

³⁶⁴ YANISKY-RAVID 2017, 672–82.

³⁶⁵ BATHAEE 2018, 901–7; HEDRICK 2019, 366. Há quem aponte que a “caixa preta” é irrelevante para averiguar autoria, porque trata essencialmente de compreensão e explicabilidade, que não são critérios para essa designação, particularmente caso se refute a necessidade de controle sobre o resultado. Cf. GINSBURG & BUDIARDJO 2019, 405–8. Ou seja, a intencionalidade geral do autor humano ainda poderia ser identificada, mesmo que ele não soubesse explicar como a máquina chegou nesse objetivo, vide HARTMANN ET AL. 2020, 82–83.

Essa é uma preocupação para o desenvolvimento da inteligência artificial em geral, e a busca por resolvê-la guarda complicações mais profundas, que fogem das barreiras tecnológicas. Embora a tendência seja às IAs se tornarem cada vez mais explicáveis, exigências elevadas de transparência podem ser obstáculos técnicos e jurídicos muito difíceis de se ultrapassar, potencialmente causando bloqueios relevantes para o desenvolvimento tecnológico e participação de pequenos desenvolvedores³⁶⁶. A própria propriedade intelectual pode ser uma barreira, a exemplo dos segredos de negócios, assim como normas de outros ramos, como as de proteção de dados³⁶⁷.

Resumindo esses diferenciais, podemos lembrar de alguns elementos que Yanisky-Ravid identifica como importantes para discutir as OAGIAs, que podem estar parcialmente ou totalmente presentes em uma inteligência artificial, que apresentamos aqui de forma adaptada: (i) criatividade, ao ir além de meras cópias ou adaptações; (ii) autonomia e independência em relação às intervenções externas; (iii) imprevisibilidade em resultados novos; (iv) capacidade de coleta e comunicação com dados externos; (v) capacidade de aprendizado e evolução; (vi) existência de um sistema inteligente, no sentido de presença de racionalidade em “escolhas livres” em prol de melhor eficiência; (vii) funcionamento baseado em metas³⁶⁸.

Não se trata apenas de aleatoriedade ou elementos randômicos adicionados pelo programador ou utilizador, o que já era possível, em certa medida, nas obras geradas por computador clássicas. Existe uma real possibilidade de autonomia em relação ao agente humano, que pode não ter controle, compreensão ou previsão sobre o resultado alcançado pela máquina³⁶⁹. A questão principal aqui não é a existência

³⁶⁶ BATHAEE 2018, 929–30.

³⁶⁷ IGLESIAS, SHAMUILIA, & ANDERBERG 2019, 20–21.

³⁶⁸ Os dez elementos originais são apontados por YANISKY-RAVID 2017, 678–81.

³⁶⁹ Em sentido contrário, detalhando extensivamente as razões pelas quais pensa que o problema da “caixa preta” não é capaz de distanciar suficientemente o programador do *output*, ao ponto de se constatar uma autonomia entre humano e máquina, e que a tendência é de um aumento de transparência e possibilidade de prestação de contas por parte dos envolvidos, cf. HEDRICK 2019, 366–74.

de uma criatividade de máquina, e sim a inexistência de uma criatividade humana, ou pelo menos a impossibilidade de identificá-la no processo criativo³⁷⁰.

Alinhamo-nos, portanto, aos que consideram que OAGIAs trazem questões novas ou exponenciam as já existentes ao ponto de exigir uma abordagem expressa pelo legislador e/ou pelo juiz, mesmo que seja apenas para esclarecer e dar segurança jurídica ao fato de que regras já vigentes se aplicariam a este caso³⁷¹. Relembramos, ainda, que não estão abarcadas no termo OAGIAs as obras que não são objetivamente originais ou que não seriam tuteladas por pelo Direito de Autor mesmo se tivessem sido criadas por humanos, pois isso levanta todo um novo corpo de questionamentos e problemas sobre a tutela da criação de conteúdo ou dados não-criativos e não-pessoais³⁷², que fogem do que pretendemos trabalhar nessa dissertação.

4.1.1 POSSÍVEIS CASOS CONCRETOS DE OAGIAs

Durante boa parte da pesquisa nesse tema, tivemos dificuldades em decidir se realmente seria possível a criação autônoma de uma obra por uma máquina, ou se ela sempre dependeria, em alguma medida, de uma intervenção humana.

Remetendo às palavras de Vieira no seu texto de 2001 e adaptando-as ao atual contexto, é preciso distinguir o contributo humano do utilizador ao iniciar ou dar uma ordem ao programa, que pode ser algo somente físico ou técnico, de seu potencial contributo criativo. Para surgir uma OAGIA, não é necessário que a obra seja total e absolutamente automatizada, e sim que inexista a possibilidade de atribuir

³⁷⁰ McCutcheon inclusive aponta que a melhor definição para “material gerado por computador” seria apresentá-lo como material gerado por computador em circunstâncias nas quais não se encontra um autor humano identificável. Cf. McCUTCHEON 2013a, 52 e 79.

³⁷¹ Vide a análise de LAMBERT 2017; GUADAMUZ 2017.

³⁷² SAIZ GARCÍA 2019, 34–35.

razoavelmente, em termos de paternidade intelectual, a obra à pessoa humana que desencadeou a execução³⁷³.

Porém, é difícil pensar em casos categóricos nos quais a obra criada não tenha pelo menos uma contribuição mínima humana, ainda que a distinção das participações individuais seja difícil ou impraticável (o que a enquadraria como obra coletiva), que pode ocorrer tanto por meio de escolhas ou aperfeiçoamentos na etapa de planejamento, de execução e de finalização³⁷⁴.

Os exemplos mais famosos e citados nos artigos acadêmicos parecem ser pinturas, como o *The Next Rembrandt*³⁷⁵ e o *Retrato de Edward Bellamy*³⁷⁶, ou as músicas *Daddy's Car*³⁷⁷, baseadas nos *The Beatles*, e *Blue Jeans and Blue Tears*³⁷⁸, da *Eurovision*. Nesse último campo, proliferam-se as IAs compositoras (e executoras), como a *AIVA (Artificial Intelligence Virtual Artist)*³⁷⁹ e o *Jukebox*³⁸⁰, da *OpenAI*. Pode-se citar ainda o roteiro cinematográfico *Sunspring*³⁸¹. Ou, por fim, os diversos “poetas-robôs” existentes, capazes até de se passar por pessoas naturais para leitores humanos³⁸².

³⁷³ VIEIRA 2001, 122–24.

³⁷⁴ Em detalhada descrição sobre como a esmagadora maioria das obras hoje e em um futuro próximo teriam, necessariamente, um nível mínimo de criatividade humana envolvida, ver o relatório comissionado pela Comissão Europeia em 2020 sobre inteligência artificial e propriedade intelectual em HARTMANN ET AL. 2020, 77–84. Analisando a questão e concluindo que, com a tecnologia atual, nenhuma máquina realmente seria autonomamente criativa, ver GINSBURG & BUDIARDJO 2019, 402–5.

³⁷⁵ Disponível em: <https://www.nextrembrandt.com/>. Acesso em: 08 jul. 2020.

³⁷⁶ Cf., no site da agência de leilões que vendeu a obra pelo valor de U\$432,500, quantia 45 vezes maior do que a inicialmente estimada: Disponível em: <https://www.christies.com/features/A-collaboration-between-two-artists-one-human-one-a-machine-9332-1.aspx>. Acesso em: 08 jul. 2020.

³⁷⁷ Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=LSHZ_b05W7o. Acesso em: 08 jul. 2020.

³⁷⁸ Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=4MKAf6YX_7M. Acesso em: 08 jul. 2020.

³⁷⁹ Disponível em: <https://www.aiva.ai/>. Acesso em: 08 jul. 2020.

³⁸⁰ Disponível em: <https://openai.com/blog/jukebox/>. Acesso em: 08 jul. 2020.

³⁸¹ Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=LY7x2Ihjqmc>. Acesso em: 08 jul. 2020.

³⁸² KÖBIS & MOSSINK 2021.

Nesses casos, seria no mínimo ousado afirmar que há uma criação autônoma e totalmente distanciada da intervenção humana. Geralmente, inclusive, há uma intercalação entre humano e máquina no processo criativo, incluindo revisões, correções e ajustes. Só que a proteção pelo Direito de Autor abarca também obras mais simples, muito mais facilmente criáveis por IAs autonomamente. As de caráter textual, geralmente elaboradas por meio de tecnologias de Processamento de Linguagem Natural, parecem ser especialmente promissoras aqui³⁸³. Em outras palavras, a análise para separar OAGIAs de obras aparentemente criados de forma autônoma é também casuística e dependente da natureza do conteúdo, não sendo possível classificar como genuína qualquer obra criada por IA³⁸⁴.

Antes de apresentá-los, notamos que os três exemplos citados adiante parecem se enquadrar como obra equiparada à original do art. 3º, n. 1 do CDADC³⁸⁵, o primeiro explicitamente e os outros dois por se assemelharem a uma compilação. Percebemos também que é perfeitamente alegável que não há neles um mínimo de criatividade, e que seriam apenas execuções de caráter técnico. Ainda assim, pensamos que eles são didaticamente adequados para trabalhar o problema.

Em primeiro, o exemplo que mais facilmente vem à mente já foi expressamente mencionado por Dias Pereira e José Alberto Vieira na virada do milênio³⁸⁶: as traduções automatizadas³⁸⁷. Consideramos que o grande exemplo aqui é a ferramenta Deepl, capaz de traduzir documentos inteiros com poucos erros, imediatamente utilizáveis até para finalidades profissionais. A criação de obras derivadas de tradu-

³⁸³ Abordando os direitos de adaptação e reprodução nos casos de processamento de linguagem natural e aprendizado de máquina, com perspectiva de direito comparado centrado na UE, ver MARGONI 2018.

³⁸⁴ DREXL ET AL. 2021, 20.

³⁸⁵ Esse termo é de se criticar, especialmente diante do direito comparado. Não deixam de ser obras originais, tanto em um sentido subjetivo quanto objetivo, e por isso o termo mais adequado seria “obras derivadas”, como se vê em outras legislações. ASCENSÃO 2012b, 122; SOUSA E SILVA 2016, 442.

³⁸⁶ DIAS PEREIRA 2001a, 406; VIEIRA 2001, 127.

³⁸⁷ Nesse sentido, ver também HARTMANN ET AL. 2020, 83–84; GINSBURG & BUDIARDJO 2019, 441.

ção de textos originais já parecer ser uma realidade, embora, na prática, estes textos estejam sendo concedidos para as pessoas que utilizam as plataformas automatizadas, evitando qualquer disputa sobre os direitos de autor.

Em segundo, há um tipo de OAGIA que já passou por processos judiciais nos tribunais chineses, que é a reportagem e outros tipos de textos jornalísticos/informativos sobre certos fatos. A rapidez e eficiência na coleta de informações brutas por uma inteligência artificial permite a produção e publicação de relatórios precisos e atualizados sobre informações relevantes, o que é particularmente útil para matérias esportivas e para o mercado de investimento financeiro.

Por fim, nos chama atenção uma categoria que nos parece particularmente importante para a discussão teórica aqui desenvolvida, em razão de ter um maior potencial benéfico à sociedade, especialmente sob a perspectiva das Teorias Utilitaristas e Culturalistas. É aqui que a defesa de direitos de autor mais flexíveis e de um domínio público positivo que abarque as OAGIAs encontra seu principal fundamento teleológico. Referimo-nos à criação autônoma de obras de caráter científico, com a facilitação da revisão bibliográfica do estado-da-arte sobre certo tema, feita por uma inteligência artificial.

É famoso, mas não único, caso do livro *“Lithium-Ion Batteries: A Machine-Generated Summary of Current Research”*, escrito pelo programa AI Beta Writer. A editora propositalmente escolheu não revisar o texto produzido pelo programa, para deixar em evidência os erros e acertos da iniciativa. O resultado é interessante. O livro é na verdade um compilado das introduções e conclusões da bibliografia analisada e, apesar de não existir uma narrativa condutora e existirem algumas frases construídas de forma estranha, faz um bom trabalho no objetivo de expor as mensagens essenciais de cada investigação “lida” pela máquina³⁸⁸.

O potencial de economia de tempo de pesquisadores é gritante. Um compartilhamento livre do material produzido amplia os efeitos

³⁸⁸ WRITER 2019.

disso, fazendo com que esse tipo de obra criado por IAs possa se tornar uma verdadeira revolução para o desenvolvimento técnico da humanidade e como uma importante fonte de inovação.

4.2 INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

4.2.1 CONCEITO

Esse subcapítulo não busca aprofundar as discussões sobre o que é a inteligência artificial, por esta não ser mais uma temática desconhecida mesmo para os estudiosos do direito e não ser de primeira importância para o detalhamento do trabalho. Afinal, a questão central das OAGIAs é a independência em relação às pessoas humanas, sendo menos relevante os detalhes sobre como isso foi alcançado. Serão selecionadas e abordadas, para além da necessária conceituação geral, apenas as questões diretamente relacionadas com o Direito de Autor.

Não há uma definição consensual de inteligência artificial. Isso, curiosamente, parece ser um dos raríssimos consensos entre as fontes consultadas³⁸⁹, decorrendo em grande parte do fato de “inteligência” ser um conceito vago, com grandes variações mesmo nos estudos sobre humanos (psicologia, biologia, neurociência, entre outros). Necessariamente, é preciso fazer uma escolha discricionária que arrisque excluir elementos relevantes ou ser demasiadamente inclusiva. Parece-nos adequado utilizar as definições atualizadas de entidades centrais do campo da propriedade intelectual. Isso leva a buscar definições de três instituições, respectivamente na esfera nacional, regional e internacional: Portugal, União Europeia e OMPI.

Na Estratégia Nacional para Inteligência Artificial, parte do programa INCoDe.2030, Portugal utiliza uma definição bastante próxima

³⁸⁹ Inclusive em documentos institucionais, como a Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial. Disponível em: <https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/transformacaodigital/inteligencia-artificial>. Acesso em: 20 jul. 2020.

à originalmente avançada por McCarthy e seus colegas em 1955³⁹⁰, no sentido de que se trata da “área científica e o conjunto de tecnologias que utilizam programas e dispositivos físicos para imitar as facetas avançadas da inteligência humana”³⁹¹.

A OMPI não se afasta muito desta conceituação. Sua definição é um pouco mais restritiva, dando exemplos das tecnologias mais comumente relacionadas ao termo:

A IA é geralmente considerada uma disciplina da ciência da computação que visa desenvolver máquinas e sistemas que possam realizar tarefas que são vistas como exigindo inteligência humana. O aprendizado de máquina e o aprendizado profundo são dois subconjuntos da IA. Nos últimos anos, com o desenvolvimento de novas técnicas e hardware de redes neurais, a IA é geralmente percebida como sinônimo de “aprendizagem supervisionada profunda de máquinas”³⁹².

Algumas dessas tecnologias são especialmente importantes para esse trabalho, razão pela qual as definiremos conforme o glossário de um aprofundado relatório de 2019 da OMPI sobre o tema:

Aprendizado de máquina (*machine learning*): um processo de IA que utiliza algoritmos e modelos estatísticos para permitir que os computadores tomem decisões sem ter que programá-lo explicitamente para realizar a tarefa. Os algoritmos de aprendizado de máquina constroem um modelo sobre amostras de dados usados como dados de treinamento para identificar e extrair padrões dos dados e, portanto, adquirir seu próprio conhecimento.

³⁹⁰ MCCARTHY ET AL. 1955.

³⁹¹ Traduzido da seção “What’s AI?” disponível em: <https://www.incode2030.gov.pt/en/ai-portugal-2030>. Acesso em: 25 jul. 2020. Curiosamente, não existe a versão em português no próprio site, pelo menos até a data de escrita destas palavras.

³⁹² Traduzido da seção “What is Artificial Intelligence” disponível em: https://www.wipo.int/about-ip/en/artificial_intelligence/faq.html. Acesso em: 25 jul. 2020.

Aprendizado profundo (*deep learning*): uma abordagem de aprendizagem de máquina que tenta entender o mundo em termos de uma hierarquia de conceitos. A maioria dos modelos de aprendizagem profunda é implementada aumentando o número de camadas em uma rede neural.

Aprendizado supervisionado (*supervised learning*): a forma mais amplamente adotada de aprendizagem de máquinas. Na aprendizagem supervisionada, o agrupamento esperado das informações em determinadas categorias (saída) é fornecido ao computador através de exemplos de dados (entrada) que foram categorizados manualmente corretamente e formam o conjunto de dados de treinamento. Com base nestes exemplos de entrada-saída, o sistema de IA pode categorizar dados novos e não vistos nas categorias pré-definidas.

Aprendizado não supervisionado (*unsupervised learning*): um tipo de algoritmo de aprendizagem de máquina que encontra e analisa padrões ocultos ou pontos comuns em dados que não foram rotulados ou classificados. Ao contrário da aprendizagem supervisionada, o sistema não foi fornecido com um conjunto predefinido de aulas, mas sim identifica padrões e cria etiquetas/grupos nos quais classifica os dados.

Rede neural (*neural network*): um processo de aprendizagem inspirado nas estruturas neurais do cérebro. A rede é uma estrutura conectada de muitas funções (neurônios) que trabalham em conjunto para processar múltiplas entradas de dados. A rede é geralmente organizada em camadas sucessivas de funções, cada camada usando a saída da anterior como entrada³⁹³

A União Europeia, por fim, é a mais detalhada em sua definição, motivo pelo qual merece ser adotada nesse texto. Uma primeira conceituação foi avançada na Comunicação de uma IA para Europa (COM(2018) 237 final), sendo então aprimorada pelo Grupo Independente de Peritos de Alto Nível sobre Inteligência Artificial:

³⁹³ Traduzido de WIPO 2019, 146–47.

Os sistemas de inteligência artificial (IA) são sistemas de software (e eventualmente também de hardware) concebidos por seres humanos, que, tendo recebido um objetivo complexo, atuam na dimensão física ou digital percebendo o seu ambiente mediante a aquisição de dados, interpretando os dados estruturados ou não estruturados recolhidos, raciocinando sobre o conhecimento ou processando as informações resultantes desses dados e decidindo as melhores ações a adotar para atingir o objetivo estabelecido. Os sistemas de IA podem utilizar regras simbólicas ou aprender um modelo numérico, bem como adaptar o seu comportamento mediante uma análise do modo como o ambiente foi afetado pelas suas ações anteriores.

Enquanto disciplina científica, a IA inclui diversas abordagens e técnicas, tais como a aprendizagem automática (de que a aprendizagem profunda e a aprendizagem por reforço são exemplos específicos), o raciocínio automático (que inclui o planeamento, a programação, a representação do conhecimento e o raciocínio, a pesquisa e a otimização) e a robótica (que inclui o controlo, a perceção, os sensores e atuadores, bem como a integração de todas as outras técnicas em sistemas ciberfísicos)³⁹⁴.

Adicionamos a estas definições uma última, importante porque o termo “Inteligência Artificial” pode ser usado como substantivo, para se referir às máquinas/robôs, ou seja, o conjunto do suporte físico e dos programas incorporados. As três definições acima não são capazes de abranger adequadamente essa utilização linguística, mas Daniel Fagella, buscando uma conceituação mais informada, chegou à seguinte conclusão (adotada pela AIPPI³⁹⁵):

A inteligência artificial é uma entidade (ou conjunto coletivo de entidades cooperativas), capaz de receber informações do

³⁹⁴ GPAN IA 2019, 47. O caminho para chegar nesse conceito encontra-se detalhado em AI HLEG 2019.

³⁹⁵ AIPPI 2019, 2.

ambiente, interpretar e aprender com tais informações e exibir comportamentos e ações correlatas e flexíveis que ajudam a entidade a alcançar uma determinada meta ou objetivo durante um período de tempo.³⁹⁶

Isso faz com que não consideremos o uso como substantivo equivocado. Portanto, essa última definição será também utilizada nesta dissertação como sinônimo de “sistemas de IA”, “tecnologias de IA” ou “aplicações de IA”.

Após o esclarecimento sobre os termos fundamentais, outro tópico exige um detalhamento mais bem delimitado para os objetivos que buscamos. Trata-se da diferença entre IA forte e IA fraca. Já apontamos isso em artigo anterior³⁹⁷, indicando dois tipos de contraposições, que continuamos considerando hoje como as mais importantes, especialmente no intuito de analisar o Direito de Autor.

A primeira é a diferença entre um ser humano artificial (IA forte), com uma consciência e uma mente tal qual uma pessoa natural, e um ente que apenas simule essa capacidade mental, por mais parecido que seja ao mundo exterior (IA fraca). O exemplo mais famoso dessa discussão é a hipótese filosófica do “quarto chinês” de John Searle, colocado em papel pela primeira vez em 1980 no artigo “*Minds, brains, and programs*”. Nele, buscou-se demonstrar que computadores não poderiam inerentemente duplicar a mente humana por sua própria natureza essencialmente sintática, sem intencionalidade, enquanto várias características humanas dependem da capacidade semântica. Isso independeria do estado de evolução e capacidade de processamento da máquina, pois seria parte de sua própria natureza³⁹⁸.

O segundo tipo de contraposição trabalha com a ideia de uma IA estreita/restrita (*narrow*) e uma IA geral (*general*). Aqui revisamos nossa explicação anterior, pois apesar de “forte” e “fraca” serem adje-

³⁹⁶ Traduzido de FAGGELLA 2018.

³⁹⁷ LANA & FRANCO 2018, 36.

³⁹⁸ SEARLE 2002.

tivos amplamente utilizados, são imprecisos e causam confusão com o pensamento sobre a genuinidade da inteligência desenvolvido por Searle. Uma IA estreita seria aquela voltada para a realização de uma ou poucas atividades específicas, conforme já avançava Kurzweil e outros futuristas pelo menos desde a década de 80³⁹⁹, enquanto a IA geral seria capaz de realizar a maioria das atividades (ou mesmo todas) que um ser humano normal consegue fazer⁴⁰⁰.

No caso da IA forte na concepção de Searle, o problema para os direitos de autor seria menor. Os juristas modernos do Direito de Autor reconheceram suas limitações no campo da Estética e evitaram resolver questões demasiadamente difíceis, como a pergunta sobre o que é e o que não é arte. Para efeitos práticos, um robô com consciência, intencionalidade e uma mente humana poderia ser reconhecido como autor, assim que passasse a receber o *status* completo de personalidade humana em outras searas do direito⁴⁰¹. Não parece aconselhável manter a noção de “criação do espírito” imbuída de uma perspectiva religiosa em um Estado laico, razão que torna mais difícil discriminar a criação de um robô consciente e facilita uma ficção jurídica que suprima o debate sobre a necessidade de criação humana. O problema a ser resolvido, portanto, será sempre em relação às IAs fracas.

Já na diferenciação de Kurzweil, os problemas de direitos de autor se estendem tanto para a IA geral quanto para a IA estreita. Não é necessário que a IA seja geral para ser autônoma nos termos relevantes para o Direito de Autor, mas a IA estreita não pode ser demasiadamente simples, para que possa ser considerada como capaz de criações autônomas. O âmbito de excelência para nossa análise parece ser, então, as IAs gerais e estreitas fracas, desde que essas últimas tenham um elevado nível de complexidade, tendo como atividade especializada a produção de obras passíveis de proteção pelos direitos de autor.

³⁹⁹ KURZWEIL 1985.

⁴⁰⁰ O Grupo Independente de Peritos de Alto Nível da Comissão Europeia segue essa definição. Cf. AI HLEG 2019, 5.

⁴⁰¹ Descrevendo as possibilidades e dificuldades de conceder personalidades às IAs, ver PAGALLO 2018a.

O que mais importa, ao fim, é o grau de autonomia em relação ao ser humano, como se verá a seguir.

4.2.2 FUNCIONAMENTO TÉCNICO

Outra forma de definição da inteligência artificial é a partir de seus componentes ou tecnologias mais comuns. Esse é um caminho comum dos relatórios das instituições da União Europeia, como o Livro Branco sobre Inteligência Artificial, publicado em fevereiro de 2020, centrado menos na definição do termo IA e mais nos principais elementos que a compõem, nomeadamente os dados e algoritmos, ambos imateriais, que podem ainda ser incorporados em um terceiro, o *hardware* ou equipamento material⁴⁰². Wachowicz e Gonçalves, ao abordar questões de direitos autorais, apontam esses três como os componentes fundamentais da Inteligência Artificial⁴⁰³.

O equipamento material será essencialmente tutelado, no campo dos direitos intelectuais, por direitos de propriedade industrial, englobando ainda outros como os segredos de comércio. Uma pequena exceção é observada no direito *sui generis* previsto no art. 154º do novo Código de Propriedade Industrial. Apesar de sua natureza mista entre direitos de autor e propriedade industrial, a maior proximidade com essa última categoria é visível, evidenciada inclusive no art. 159º do referido Código, que aplica subsidiariamente o regime das patentes. A temática foge do escopo jusautorais da dissertação, diferentemente do que ocorreria se tivesse sido adotada a perspectiva estadunidense⁴⁰⁴.

Em relação aos outros dois componentes, são especialmente relevantes dois regimes no regime português, observáveis, *mutatis mutandis*, nas outras legislações nacionais e transnacionais.

⁴⁰² COMISSÃO EUROPEIA 2020, 16.

⁴⁰³ WACHOWICZ & GONÇALVES 2019, 52–67.

⁴⁰⁴ A contraposição aos interesses dos EUA em adotar essa sistemática foi um dos poucos momentos de forte divergência entre a União Europeia e aquele país durante os processos de harmonização internacional de PI. ASCENSÃO 2008c, 10–11.

O primeiro deles está positivado na PJPC, que regulamenta a proteção jurídica dos programas de computador, em um regime análogo ao das obras literárias⁴⁰⁵. Essa escolha legislativa apartada parece ser resultado, em grande parte, da pressão da doutrina lusitana que considerava indevida a equivalência entre a tutela literária clássica com as dos programas de computador⁴⁰⁶, de natureza muito mais técnica que artística e com muitas características de direitos de propriedade industrial⁴⁰⁷, diferenciando-se da identificação que ocorreu nos EUA por orientação da CONTU⁴⁰⁸.

Há uma diferença entre “algoritmo” e “programa de computador”. Um algoritmo “é um conjunto finito de instruções inequívocas ou não ambíguas que, quando fornecidas com valores de input de uma natureza pré-definida, produzem resultados pré-definidos que resultam na solução de um problema”⁴⁰⁹. Nesse formato, se enquadrariam como “processos” ou “métodos operacionais” e não seriam protegidos pelo Direito de Autor, vide art. 1º, n. 2 do CDADC. O programa de computador não está definido na lei, mas, na jurisprudência, há uma definição adequada no acórdão do TRL de 16/01/2014, rel. Ana Lucina Cabral: “um programa de computador consiste numa pré-listagem de instruções que precede a introdução dos dados, instruções essas que são destinadas a orientar a acção do computador relativamente ao material informativo que se pretende que seja processado”⁴¹⁰.

Há um cuidado a se tomar. Quando uma pessoa fala do algoritmo computacional, pode estar se referindo ao conjunto básico de instruções já escrito em uma linguagem de programação, o que estaria tutelado⁴¹¹. Essa linguagem de programação escrita por humanos é

⁴⁰⁵ Ver acórdão do STJ de 13/01/2010, rel. Henriques Gaspar.

⁴⁰⁶ ASCENSÃO 2012b, 77 e 474–75; ROCHA 2008, 768.

⁴⁰⁷ DIAS PEREIRA 2011a, 24.

⁴⁰⁸ CONTU 1978.

⁴⁰⁹ DIAS PEREIRA 2008, 399.

⁴¹⁰ Remédio Marques faz uma detalhada distinção entre ambos em REMÉDIO MARQUES 2016, 3–5. REMÉDIO MARQUES 2016, 41.

⁴¹¹ REMÉDIO MARQUES 2016, 41; DIAS PEREIRA 2008, 400 e 410.

em geral o código-fonte, que é convertido no código-objeto (ou código máquina), passível de leitura pelo computador⁴¹². Já o algoritmo enquanto instruções básicas não expressadas, a ideia-base de certo programa, não é tutelado, o que significa que os modelos de inteligência artificial (não sua expressão específica) também não são⁴¹³. A lacuna nesse ponto levou a uma grande controvérsia sobre a patenteabilidade dos algoritmos como “inteligência” das máquinas⁴¹⁴, tendo algum avanço no fato que o Instituto Europeu de Patentes vem emitindo patentes para invenções relacionadas a programas de computador⁴¹⁵, desde que tenham caráter técnico extra para além da interação normal entre o *software* e o *hardware*⁴¹⁶.

Em relação às bases de dados, observamos duas proteções diferentes. A primeira é a proteção jurídica da seleção ou disposição original de conteúdo (ou seja, a “arquitetura” delas) determinada no artigo 4º da PJBD. É uma proteção que recebe menor atenção prática, mas que levanta dificuldades na definição precisa dos critérios para configurar a proteção. Essa proteção jusautoral não parece ser útil, contudo, nem para a proteção das bases de dados utilizadas para os procedimentos de aprendizado de máquina⁴¹⁷.

Já o artigo 12º do mesmo diploma legal, muito mais relevante, regulamenta direito especial (*ou sui generis*) do fabricante da base de dados, tendo como motivo explícito resguardar “um investimento

⁴¹² Ver acórdão do TRL de 08/09/2015, rel. Maria do Rosário Morgado, que determinou que ambos (código fonte e código objeto) são passíveis de proteção pelos regimes dos direitos de autor, afirmando ser essa a orientação dos tratados internacionais. Inobstante, nos parece difícil encontrar uma “criação intelectual própria” ou atividade humana no resultado da tradução do código-fonte pela máquina, criando o código objeto, pois a forma desse último é submetida a quesitos técnicos necessários e feito pela própria máquina. Assim, cf. VIEIRA 2001, 125–26; DIAS PEREIRA 2008, 400.

⁴¹³ DREXL ET AL. 2021, 18.

⁴¹⁴ DIAS PEREIRA 2001b; REMÉDIO MARQUES 2016.

⁴¹⁵ DIAS PEREIRA 2019b, 31–33.

⁴¹⁶ Disponível em: https://www.epo.org/law-practice/legal-texts/html/guidelines/e/g_ii_3_6.htm. Acesso em: 28 jul. 2020.

⁴¹⁷ DREXL ET AL. 2021, 6.

substancial do ponto de vista qualitativo ou quantitativo”. Esse dispositivo, implementado na União Europeia sem ter sido depois aceito nem nos EUA, se enquadraria melhor como parte do instituto da concorrência desleal, que não é, todavia, reconhecido pelo Reino Unido. Essa pareceu ser a maior razão para a criação de uma nova regra de exploração exclusiva que foi positivada dentro de um corpo legal de direitos de autor, mas de natureza bastante afastada deles⁴¹⁸. É efetivamente um direito sobre a informação, sendo muito criticado pela doutrina por entrar em conflito direto com o princípio basilar da liberdade de ideias e com o próprio domínio público⁴¹⁹.

Note-se que esse não é um direito sobre a criação de dados não-pessoais, e o TJUE já entendeu que os investimentos feitos para esse processo criativo não devem ser contabilizados para averiguar os requisitos⁴²⁰. Mais recentemente, na Comunicação da Comissão “Construindo uma Economia de Dados Europeia” (SWD(2017) 2 final), foi proposta a criação de tal direito, incluindo os dados gerados por máquinas, sob a justificativa de fortalecer a indústria europeia e possibilitar uma melhor e mais segura mercantilização desse tipo de informação. Essa proposta foi bastante repudiada tanto pela doutrina quanto pelos próprios relatórios oficiais de consulta da União Europeia⁴²¹, mas conversas para sua implementação por todo o mundo continuam.

⁴¹⁸ ASCENSÃO 2008c, 13–14. Essa Diretiva é tão controversa que, de dentro das próprias instituições europeias, já se levantaram inúmeros pleitos para que ela fosse revogada ou reformada substancialmente. Embora a última avaliação (SWD(2018) 147 final) tenha afirmado que não é mais recomendado reformar o direito *sui generis*, é reconhecido que não há evidências de que essa nova regra teve impactos econômicos benéficos na posição concorrencial da União Europeia. A afirmação pela desnecessidade de reforma, inclusive, contraria totalmente as conclusões do estudo da JIIP e Technopolis, que é também o mais completo dos que embasaram a avaliação: R. FISHER ET AL. 2018. Apontando a importância de elaborar políticas públicas de PI com base no desastre que foi o direito especial do fabricante, ver BOYLE 2008, 207–29.

⁴¹⁹ ASCENSÃO 2008b, 104–5; DIAS PEREIRA 2008, 428–29.

⁴²⁰ IGLESIAS, SHAMULIA, & ANDERBERG 2019, 9.

⁴²¹ Para uma lista das críticas, ver HUGENHOLTZ 2017. Essa ideia também não foi bem aceita nos EUA, cf. YU 2018.

Tanto a PJBD quanto o PJPC estão focadas no estabelecimento de direitos patrimoniais, reduzindo os direitos morais para um mínimo, com reivindicação de autoria e identificação de seu nome na obra (artigo 9º da PJPC e artigo 8º da PJBD).

4.3 INCOMPATIBILIDADES COM O DIREITO DE AUTOR?

4.3.1 CRIAÇÃO “TENDENCIALMENTE INFINITA” DE OBRAS

Os problemas que surgem a partir das OAGIAs não estão apenas no campo da titularidade. Alguns dos mais relevantes são ligados ao impacto que esse tipo de obra pode ter em relação aos direitos de outras entidades e humanos⁴²².

Tendo isso em mente, um elemento central de potencial e de risco das OAGIAs é a possibilidade de se criar uma quantidade gigantesca de obras originais em um período relativamente pequeno de tempo. Para fins de análise, podemos considerá-las até “tendencialmente infinitas”⁴²³, no sentido de exaurir a possibilidade de expressões disponíveis de certos tipos de obras.

Isso tem, inegavelmente, efeitos profundos na economia criativa. Uma inundação de obras geradas artificialmente pode não ser tão problemática para as criações consideradas obras-primas, como livros, esculturas, músicas e pinturas que ultrapassam barreiras históricas. Quando vamos ao nível mais comercial de obras cuja utilidade é mais imediata, a exemplo de trilhas sonoras de jogos, reportagens jornalísticas curtas e imagens ou animações feitas para apresentações empresariais, o preço baixo passa a ser um fator muito mais preponderante. Uma grande gama de artistas tem nessas atividades a sua remuneração diária, e o aparecimento de um agente artificial capaz de produzir as mesmas obras em qualidades similares, mas em quan-

⁴²² YANISKY-RAVID 2017, 683.

⁴²³ CABAY 2019, 189.

tidades muito maiores, pode representar um desequilíbrio brutal no mercado profissional, impedindo a entrada de novos profissionais ou mesmo expulsando muitos dos já existentes⁴²⁴.

Se por um lado isso favorece os usuários, que ganham uma maior variedade de opções para as suas próprias atividades, por outro é um enorme problema concorrencial para os criadores intelectuais. Além do desemprego, que já é uma preocupação característica das novas tecnologias de inteligência artificial em outras áreas⁴²⁵, os eventuais titulares das OAGIAs ganham uma ferramenta poderosa para promover concentrações de mercado, existindo um investimento inicial alto, mas um custo de manutenção baixo para continuar produzindo obras e aumentando a oferta, sem ser acompanhado por um aumento proporcional de demanda. Em palavras mais diretas, a criatividade artificial pode acabar sufocando a criatividade humana⁴²⁶.

Não só isso, mas a maior tendência a uma quantia infinita de obras também levanta a dúvida sobre a “apropriação” do espaço comum/domínio público das ideias. Em outras palavras, um número muito grande de obras produzidas pode exaurir a quantidade de expressões possíveis de uma certa ideia em um certo meio. Embora isso pareça algo ridículo para áreas como a pintura ou o cinema, há outros campos cujas formas de expressão são por natureza finitas, limitadas a determinadas combinações de padrões, como os sons de parte dos instrumentos musicais ou compilações.

Embora isso ainda não esteja ocorrendo, alguns eventos recentes são indicativos sobre sua possibilidade. Focaremos no caso do advogado Damien Riehl, com ajuda de seu colega Noah Rubin, ambos programadores e músicos. Eles afirmaram ter conseguido expressar, por meio de uma linguagem computacional registrada em um disco rígido, todas as combinações musicais possíveis dentro de um padrão que, apesar de limitado, era uma constante em parte relevante

⁴²⁴ ZATARAIN 2017; GERVAIS 2020, 2060.

⁴²⁵ KORINEK & STIGLITZ 2017.

⁴²⁶ MICHAUX 2018, 416.

das músicas mais ouvidas no mundo⁴²⁷. Em seguida, as liberaram no domínio público com apoio das licenças adequadas. Seu objetivo era questionar o caminho litigioso que o Direito de Autor estava tomando, especialmente a noção da infração por cópia inconsciente⁴²⁸, abrindo uma eventual linha de defesa para músicos que estivessem sendo injustamente processados⁴²⁹.

Contudo, essa proposta acabou se mostrando mais como um exercício de pensamento teórico e uma crítica chamativa à cultura litigiosa de direitos de autor da indústria musical. Para além das questões técnicas, com vários comentários apontando que o plano de Rubin e Riehl abarcava um espectro muito menor de combinações do que parecia inicialmente, teóricos como Andres Guadamuz e Lawrence Lessig se mostraram bastante céticos com a iniciativa, pontuando que as melodias não podem ser reduzidas à matemática por trás delas e que o resultado real poderia levar a uma quantia de infrações de obras pré-existentes que tornaria a empreitada, na forma planejada, inviável⁴³⁰.

Se o exemplo acima de mostrou falho nos seus propósitos, por que ele deveria gerar preocupação em relação às criações tendencialmente infinitas? Justamente porque o programa de Rubin e Riehl não era uma aplicação de inteligência artificial avançada, tendo uma constituição relativamente simples, e, além da limitação computacional da parte do *software*, existia uma grande barreira em relação

⁴²⁷ Para um exemplo similar, ver o caso da suposta empresa russa Qentis que teria registrado todas as combinações de texto possíveis até 400 palavras, dentro de certos alfabetos. A empresa depois se mostrou falsa, parte de um projeto de crítica de um artista sobre os direitos de autor e conexos e a indústria do entretenimento. ZATARAIN 2017, 91–93.

⁴²⁸ Comparando o entendimento vigente sobre infrações jusautorais feitas de forma inconsciente nos EUA, Reino Unido e França, concluindo que ela é aceita pelos tribunais nos três casos, ver SUVAPAN & SIRICHIT 2019. Especificamente em relação ao plágio inconsciente na música, ver SHIGA 2016.

⁴²⁹ Para uma explicação mais detalhada, inclusive dos aspectos legais, indica-se a entrevista conduzida por Adam Neely com Rubin e Riehl. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=sJtm0MoOgiU>. Acesso em: 03 ago. 2020.

⁴³⁰ Lessig fez um breve comentário em matéria do The Atlantic sobre o caso na reportagem de MADRIGAL 2020. Guadamuz o abordou com maior detalhes em seu blog, em GUADAMUZ 2020.

ao *hardware*. A ideia que ambos tiveram poderia ser aprimorada exponencialmente por uma grande empresa de tecnologia, abarcando uma quantia muito maior de possibilidades e criando maneiras de o programa reconhecer melodias já existentes, a partir de gigantescas bases de dados musicais como o Deezer ou o Spotify, e só fixar aquelas ainda não protegidas.

Tudo o que falamos acima deve ser lido sob a ótica de que a novidade objetiva não é, geralmente, um critério aceito para incidência da tutela jusautorais. A posição minoritária sobre o requisito de novidade no direito de autor, de que não seria possível proteger a chamada “coincidência fortuita na criação” (a criação independente de obras totalmente ou parcialmente idênticas), não vingou perante a bitola mínima de originalidade no paradigma da sociedade informacional⁴³¹. Nesse momento da indústria criativa de massas, a criação fortuita de obras muito similares se tornou frequente, a exemplo da publicidade de pasta de dentes ou de animações audiovisuais simples.

Mas há um problema a mais no contexto da OAGIAs: enquanto o instituto da cópia inconsciente torna muito difícil provar que a coincidência foi de fato fortuita, para as máquinas é muito mais simples a demonstração, bastando mostrar que a obra copiada não estava nas bases de dados que alimentaram a IA.

Um risco, que admitimos ser por enquanto meramente hipotético, está na exclusão de artistas humanos da economia criativa, por medo de serem considerados infratores, enquanto as máquinas poderão ocupar esse espaço sem tantos receios. Outro risco, muito mais concreto, é a utilização de OAGIAs como uma nova forma de atuação dos “trolls de direitos autorais”⁴³², entidades que têm como modelo de negócio utilizar (às vezes de forma fraudulenta) direitos intelectuais dos quais são titulares precipuamente para ameaçar extrajudicialmente ou litigar perante tribunais, geralmente de forma massiva e buscando acordos financeiros.

⁴³¹ ROCHA 2008, 789–91.

⁴³² HARTMANN ET AL. 2020, 87.

4.3.2 INFRAÇÕES COMETIDAS PELA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Considerando que a inteligência artificial precisa ser alimentada com dados/*inputs* para aprender e gerar resultados/*outputs*, e que no caso de obras criativas essas entradas serão majoritariamente outras obras, a problemática também se estende para a infração de direitos de autor pela máquina⁴³³. Especialmente por dois fatores: a insuficiência das possibilidades existentes para usos em prol do interesse público⁴³⁴, e a atribuição de responsabilidade para reparar os danos sofridos pelo titular do direito infringido⁴³⁵.

Em uma leitura bastante crítica da construção jurisprudencial estadunidense sobre as obras literárias, Grimmelman aponta como os tribunais do país equipararam a noção de um autor romântico com a de um “leitor romântico”, indicando que a originalidade valorizada nos textos é a que resulta em um vínculo humano entre o leitor e o escritor. Esse vínculo não é percebido no caso de um programa que cria por meio da cópia de diversos textos com os quais foi alimentado, pois há uma mudança quantitativa e qualitativa. Os trechos utilizados de conteúdos pré-existentes são destituídos de seu caráter expressivo original, e são lidos em bloco e em grandes quantidades de diminutas parcelas. Não há, assim, um entendimento ou compreensão sobre a obra em si. Isso resultaria, para os tribunais dos EUA, em uma diferença de natureza entre uma leitura humana e uma leitura de máquina, estando essa última enquadrada no *fair use* em múltiplas situações nas quais, se fosse um humano praticando o mesmo ato, seria considerado uma infração⁴³⁶.

Não concordamos com Grimmelman sobre esse entendimento estar equivocado. No entanto, ele levanta uma questão impor-

⁴³³ DIAS PEREIRA 2019b, 37. Extensivamente, ver SCHAFER ET AL. 2015. Recomenda-se, por fim, a palestra no XIV Seminário Internacional de Propriedade Intelectual e Sociedade da Informação, sobre artigo então em desenvolvimento, de GUADAMUZ 2019a.

⁴³⁴ Conforme constatado em DREXL ET AL. 2021, 10–11.

⁴³⁵ GERVAIS 2020, 2086–87.

⁴³⁶ GRIMMELMANN 2016a, 658–68.

tante ao apontar que é um erro analisar a interação das máquinas com obras criativas sob a ótica das interações humanas, inclusive em um viés jurídico, pois são fundamentalmente diferentes, tanto em seu funcionamento, quanto em sua natureza⁴³⁷. Parece difícil tratar acessos e infrações tão diferentes sob as mesmas regras, mesmo em algo tão aberto como o *fair use*, sem causar distorções. Discordamos, contudo, que isso deve ser visto como uma razão para restringir o acesso das máquinas às obras, e sim como uma razão para ampliá-lo no resto do mundo.

Esse fato parece já ter sido percebido dentre os legisladores. A prospecção ou mineração de dados e textos, que deve ser interpretada em sentido amplo (para abranger também imagens, músicas e vídeos), está merecendo nos últimos anos uma atenção destacada dos reguladores e juristas.

Matthew Sag, um dos principais nomes da tese de “usos não expressivos” das máquinas adotada pelos tribunais estadunidenses, argumenta que os tribunais dos EUA estão plenamente de acordo com os princípios do *copyright* ao tratar da prospecção de dados⁴³⁸, o que é corroborado pelo fato de que jurisdições que não podem recorrer ao *fair use* passaram a criar exceções e limitações voltadas para esses usos. Seguindo a iniciativa do Reino Unido, Alemanha, França e Estônia, a União Europeia positivou no art. 3º (detalhado nos Considerandos 11-18) da Diretiva MUD a possibilidade de prospecção de textos e dados para fins de investigação e de incentivo ao patrimônio cultural⁴³⁹.

A exceção dessa Diretiva é notavelmente mais limitada que a abertura promovida no EUA e em outros países de *fair use* ou *fair dealing*. Foi por isso alvo de diversas críticas por não abarcar usos comer-

⁴³⁷ GRIMMELMANN 2016a, 674–81.

⁴³⁸ Essa posição concordaria ainda com a de Ricketson ao interpretar a Convenção de Berna, no sentido de que apenas a expressão de obras voltadas para humanos (ou, mais precisamente, passíveis de apreensão por eles) seriam merecedoras de proteção. RICKETSON 1992, 22.

⁴³⁹ SAG 2019.

ciais importantes para estimular a competitividade do desenvolvimento tecnológico europeu. No entanto, já possibilita uma maior discussão sobre a limitação dos direitos de autor na prospecção de dados por inteligências artificiais, e pode ainda eventualmente ser ampliada pelo TJUE, pois o mesmo exerceu por diversas vezes um papel inovador de flexibilização da legislação comunitária de Direito de Autor, especialmente no campo das novas tecnologias⁴⁴⁰.

Alguns teóricos sugerem outras alternativas, como o estabelecimento de um sistema de *copyright pools* ou de licenciamento compulsório no qual a IA poderia utilizar obras protegidas em seu aprendizado, mas os desenvolvedores ainda teriam que remunerar os titulares⁴⁴¹. É bastante comum também a utilização de obras publicadas sob licenças de *Creative Commons* ou outras formas de licenciamento livres, demonstrando a importância desse projeto não só para uma cultura aberta como para o próprio desenvolvimento tecnológico⁴⁴².

Para além das exceções explícitas criadas para essa finalidade, já se imaginaram outras possibilidades de interpretar outras regras pré-existentes, mas voltadas para outros institutos.

O caminho mais óbvio seria recorrer, em interpretação bastante extensiva, às regras de utilização livre, sem autorização do autor, do ordenamento português, previstas no art. 75º, do CDADC, devendo se destinar a fim exclusivamente privado, sem prejuízo para a exploração normal da obra e sem injustificado prejuízo dos interesses legítimos do autor (art. 75º, n. 4), seguindo a regra de três passos da Convenção de Berna, sob a forma mais restritiva do art. 5º da Diretiva 2001/29/CE⁴⁴³. O número 1 do art. 75º vai além de uma simples limitação ou exceção, sendo na verdade excluído do conceito técnico-jurídico de reprodução⁴⁴⁴. A disposição é voltada especificamente para as reprodu-

⁴⁴⁰ RENDAS 2018, 173–74.

⁴⁴¹ SELVADURAI & MATULIONYTE 2020, 4–7; DREXL ET AL. 2021, 9.

⁴⁴² VÉZINA & PEARSON 2021; GUADAMUZ 2019b.

⁴⁴³ Ver acórdão do TRC de 30/03/2011 (rel. Jorge Jacob).

⁴⁴⁴ ASCENSÃO 2001; TRABUCO 2006, 728–30.

ções transitórias no ambiente digital, vide os casos em que a reprodução foi feita apenas na memória RAM do computador⁴⁴⁵.

Porém uma grande barreira surge ao notar que a restrição “cujo único objectivo seja permitir uma transmissão numa rede entre terceiros por parte de um intermediário” descrita no n.1 do artigo referido não parece incluir o aprendizado de inteligências artificiais, que, em nossa visão, poderia apenas se enquadrar na figura de “uma utilização legítima de uma obra protegida”. Esse enquadramento é obstaculizado pela existência de lista de utilizações lícitas previstas no n. 2, que não parece abarcar processos de aprendizados de máquina, mesmo para fins de investigação. Ainda, constata-se, na maioria desse tipo de utilizações, um significado econômico autônomo no procedimento de aprendizado de máquina, pelo processo em si agregar valor à IA, especialmente quando feito por empresas privadas de tecnologias⁴⁴⁶.

Abre-se um parêntese para lembrar que, tratando-se de reproduções de programas de computador, há uma importante mudança de natureza. Nessas situações, diferentemente do que ocorre em outras obras do Direito de Autor, em regra a reprodução temporária é exigida para sua utilização⁴⁴⁷, constando-se então uma previsão legal específica no art. 5º da PJPC, que segue o padrão da diretiva comunitária,

⁴⁴⁵ Ver acórdão do TRC de 05/07/2006 (rel. Ataíde das Neves), e, no espaço comunitário, decisão do TJUE no processo C-360/13, julgado em 05/06/2014.

⁴⁴⁶ O inciso “o” do referido artigo, que seria uma opção, é na verdade bastante limitante. Tanto a utilização legítima quanto o significado econômico parecem vedar o enquadramento dos processos de aprendizado de máquina no art. 75, n. 1 do CDADC, mesmo sob a interpretação abrangente firmada no caso *Football Association Premier League* (C-403/08) do TJUE, de 04/10/2011). Quanto à utilização legítima/lícita, seria a “autorizada pelo titular do direito em causa ou quando não é limitada pela regulamentação aplicável”, enquanto o caráter econômico deve ser autônomo. Schönberger traça caminho parecido ao tentar buscar uma alternativa no direito comunitário à inclusão dos usos de aprendizado de máquina no *fair use*, apontando que essa seria a melhor alternativa mas ainda sim bastante dúbia. Cf. SCHÖNBERGER 2018, 163–68. Margoni é um pouco mais otimista, apontando que recorrer a essa disposição legal é possível, desde que feita com cuidado e numa análise casuística. MARGONI 2018, 12:15–18.

⁴⁴⁷ Item 30 do acórdão do TJUE no processo C-128/11, julgado em 03/07/2012.

afirmando depender da autorização do titular a “reprodução, permanente ou transitória, por qualquer processo ou forma, de todo ou de parte do programa”.

Para além das restrições de direitos de autor previstos no CDADC e na PJPC, ao se coletarem informações de bases de dados de terceiros para promover o aprendizado da máquina, é preciso tomar cuidado, tanto em Portugal quanto no cenário mais amplo da União Europeia, com o direito especial dos fabricantes⁴⁴⁸, para evitar aquilo que poderia ser considerado como uma extração do todo ou de parte substancial de uma bases de dados protegido.

Não nos referimos aqui ao direito de autor relativo às bases de dados, presente no art. 4º do DL n.º 122/2000, pois para este ser relevante seria necessário que a inteligência artificial copiasse inclusive a estrutura organizacional (ou elementos dessa organização em si) de bases de dados da qual estivesse extraindo informações para aprender, sem autorização do titular. Não parece ser esse um procedimento comum no aprendizado de máquina, presumindo-se uma maior eficiência para o aprendizado de máquina quando são utilizadas bases de dados especificamente estruturadas para esse propósito, inclusive por processos internos de otimização da própria inteligência artificial⁴⁴⁹.

A regra do artigo 12º da PJBD, que na prática protege o conteúdo e as informações presentes na base de dados, com titularidade do fabricante, é o real obstáculo, pois a extração de parcelas substanciais do conteúdo de bases de dados é algo mais comum, considerando a elevada quantia de informações necessárias para o aprendizado de máquina. Isso porque o rol de usos livres presente no art. 15º do mesmo Decreto-Lei é diverso daquele do art. 75º do CDADC, sendo muito mais enxuto e não constando a exclusão dos usos tecnológicos temporários. Por outro lado, pode haver uma pequena brecha para situações específicas no art. 15º, “b” da PJBD, que diz ser possível a utilização

⁴⁴⁸ MARGONI 2018, 12:7–8.

⁴⁴⁹ WANG ET AL. 2016; PAVLO ET AL. 2019.

“sempre que se trate de uma extracção para fins didácticos ou científicos, desde que indique a fonte e na medida em que a finalidade não comercial o justifique”.

Diante de todo esse cenário de potenciais infrações, e buscando soluções efetivas, o Japão é visto como um paradigma no tópico das exceções e limitações às potenciais infrações autorais por inteligências artificiais. A importância dessa tecnologia para a nação oriental é latente: dos 30 agentes que mais fazem solicitações de patentes, 26 são empresas, e dentre as 20 companhias do topo dessa lista, 12 são japonesas⁴⁵⁰. Não por outras razões, é no Japão que encontramos a mais abrangente exceção de direitos de autor voltada ao desenvolvimento de tecnologia no campo da IA.

Desde 2009 já se encontrava no texto legal uma previsão relacionada à prospecção de textos e dados, dispositivo criado pensando no aprendizado de máquina. Diante de críticas que essa regra era insuficiente, em 2018 os legisladores dão um passo a mais na reforma da Lei de Direitos de Autor e adicionam três novos artigos, nomeadamente o 30-4, 47-4 e 47-5. Todos partem do princípio de que, desde que a expressão dessas obras não seja perceptível à sensibilidade humana (não há aproveitamento dos sentimentos ou pensamentos imbuídos nela), a simples “leitura” automatizada não gera prejuízo aos interesses do titular. O primeiro deles permite a todos usuários analisarem e compreenderem obras protegidas por direitos de autor. O segundo permite cópias temporárias incidentais das obras, etapa necessária para o funcionamento da IA. O terceiro permite a utilização de obras protegidas para etapas de verificação de dados⁴⁵¹.

⁴⁵⁰ WIPO 2019, 61.

⁴⁵¹ Ueno 2021. Ver, complementarmente, a resposta da delegação japonesa ao questionário da OMPI sobre Direito de Autor e IA, mais especificamente no ponto 5 e seus hyperlinks. Disponível em: https://www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/en/artificial_intelligence/call_for_comments/submissions_march2020/ms_japan.pdf. Acesso em: 19 mar. 2021.

4.3.3 ESPÍRITO HUMANO COMO ASPECTO INTRÍNSECO AO DIREITO DE AUTOR

Retomamos aqui uma discussão já iniciada, concretizando o motivo pelo qual ela se torna um obstáculo. O nó teórico que nos força a pensar a tutela da OAGIA, como uma situação excepcional para o Direito de Autor, é a existência de uma obra que tem valor econômico e originalidade objetiva, no sentido de que não se trata de mera cópia, mas que pode não ser protegida. Até então poderia argumentar-se que não há nenhuma problemática nova, pois o mesmo quadro teria ocorrido antes para alguns bens informáticos, que passaram a ser protegidos em razão da bitola mínima de originalidade.

Há, no entanto, uma diferença importante. Não se trata de uma categoria absolutamente nova de obra, como as bases de dados, ou uma que guarde uma pequena similaridade com uma categoria existente, como o código dos programas de computador com as obras literárias. Pelo contrário, são categorias já absolutamente consolidadas e expressamente previstas como merecedoras de proteção⁴⁵². Chega-se à curiosa situação na qual uma obra que seria tutelada em situações comuns (criadas por humanos) não o é por lhe faltar o requisito de existir um autor, ou que passa a ser mesmo desconsiderada como obra tutelável perante as lentes do Direito de Autor, a depender da posição doutrinária adotada.

Esse entendimento abre caminho para uma outra colocação. Não entendemos o Direito de Autor como um direito natural, e sim como uma construção jurídico-social⁴⁵³. Em nossa opinião, este é inclusive um dos melhores exemplos de uma proteção que depende profunda-

⁴⁵² Especialmente em países como o Reino Unido, nos quais obras passíveis de proteção estão elencadas em uma lista exaustiva. Vide, no CDPA de 1998: §1(1): (a) *original literary, dramatic, musical or artistic works*, (b) *sound recordings, films [or broadcasts]*, and (c) *the typographical arrangement of published editions*. Em Portugal, por outro lado, a lista do art. 2º, n. 1 do CDADC é aberta e indeterminada. Cf. REMÉDIO MARQUES 2017, 200.

⁴⁵³ Até o domínio público acaba sendo socialmente construído, em decorrência das regras jusautorais, conforme afirma BRANCO 2011, 86.

mente de ficções jurídicas para existir e ter algum grau de *enforcement*. Dentro do quadro básico dos direitos de autor como direitos humanos, e das obrigações geradas por tratados internacionais, o legislador teria uma discricionariedade ampla. Analisar a situação acima descrita sob essa ótica nos levaria à conclusão de que a existência de uma obra intelectual seria em grande medida uma escolha discricionária legislativa, algo que é mais visível no modelo de autoria-estatutária do ordenamento britânico, mas menos na tradição continental⁴⁵⁴. Consequentemente, não existiriam maiores problemas em conceder direitos de autor para um OAGIA.

Essa discricionariedade é verdadeira, em nossa opinião. A imputação legal da autoria é uma inferência jurídica, que não precisa corresponder a uma concepção naturalista ou ontológica de autor na qual a obra reflete a paternidade espiritual do criador. Negar isso, hoje, acabaria por nos levar a uma difícil recusa da realidade legal atual por todo o mundo, considerando a existência da tutela jusautorais de bens informáticos que se afastam demasiadamente das obras intelectuais⁴⁵⁵.

Todavia, por mais que não se acate um fundamento jusnaturalista para o Direito de Autor contemporâneo, seria um erro ignorar que a positivação moderna desses sistemas jurídicos foi construída em grande medida ao redor dessa ideia⁴⁵⁶, principalmente na tradição continental, o que se vê no fato dos direitos de autor serem internacionalmente considerados direitos humanos⁴⁵⁷. Há impactos não apenas dogmáticos, mas também funcionais e práticos, vide a ponderação de direitos fundamentais culturais dos diferentes agentes envolvidos em uma lógica própria jurídica, que não se restringe a parâmetros econômicos⁴⁵⁸. Promover avulsamente uma alteração nacional no cerne do

⁴⁵⁴ SÁ E MELLO 2016, 60.

⁴⁵⁵ SÁ E MELLO 2016, 53–56.

⁴⁵⁶ Fazendo um apanhado histórico sobre o papel central da autoria humana no desenvolvimento do direito de autor na Europa e nos EUA, ver GERVAIS 2020, 2073–85.

⁴⁵⁷ SAIZ GARCÍA 2019, 12–14; GINSBURG 2003; COCK BUNING 2016, 319–20.

⁴⁵⁸ Consoante o art. 27º, n. 2 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, o art. 15º, n. 1, “c” do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e

conceito de autoria implicaria positivar uma lei anômala, diminuindo a harmonização internacional e regional existente, o que é grave para os custos de transação nas trocas transnacionais⁴⁵⁹.

Todavia, nada obstaría, a princípio, que haja uma coordenação internacional para incluir as OAGIAs na categoria de obras tuteladas, as caracterizando expressamente no texto normativo como obras intelectuais e criando uma ficção legal de autoria. A OMPI, como veremos no próximo capítulo, parece estar caminhando nesse sentido. Até porque, guardadas as devidas proporções, essa cooperação (por várias vezes mais imposta que voluntária) foi feita para proteger alguns dos bens característicos da sociedade informacional, com destaque ao enquadramento de programas de computador como obras literárias ou análogas a essa categoria.

Essa alteração legal internacional em relação às OAGIAs, que teria em sua base uma justificativa principalmente utilitária, tem que passar por critérios de elevada exigência para ocorrer, mais ainda nos parâmetros contemporâneos da UE, como veremos ao abordar a tese do domínio público originário. Uma mudança que parece verdadeiramente estrutural nos sistemas de Direito de Autor deveria ser evitada quando possível, buscando alternativas menos radicais e mais de acordo com as formas e funcionamentos vigentes. Por essa razão, é profícuo ver quais alternativas estariam já disponíveis e sendo aplicadas para tutelar as OAGIAs e satisfazer os interesses envolvidos.

Culturais da ONU (na Carta Internacional de Direitos Humanos) de 1966 e o art. 17º, n. 2 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000. Cf., na doutrina, TORREMANS 2007, 287; GOMPEL 2017. Somos refratários aqui à visão de Lemley ao recusar por completo as teorias jusnaturalistas de justificação no direito de autor, por ser demasiadamente centrado na tradição anglo-saxã e não levar em suficiente consideração a cultura continental europeia, vide LEMLEY 2015a, 1338–40.

⁴⁵⁹ BALDIA 2013.

4.4 RESPOSTAS INSTITUCIONAIS PELO MUNDO

4.4.1 RESPOSTAS NACIONAIS

Dentre todas as respostas nacionais concretas, a China é possivelmente a que deve ser observada com maior atenção.

Em primeiro lugar, porque é lá que estão 17 das 20 universidades que mais realizam pedidos de patentes relacionados à inteligência artificial. Das únicas quatro instituições de pesquisa públicas no rol dos 30 agentes que mais patenteiam, três são chinesas. Isso é importante porque há uma ligação direta maior com o Estado e com a pesquisa teórica, em vez de serem empresas de tecnologias multinacionais que podem trocar a sua sede de país de acordo com suas conveniências. Se estendermos a lista para os 500 maiores requerentes, várias companhias chinesas também entram na lista e o país se torna o mais presente com mais de 100 instituições no rol, o que significa quase 5 vezes a quantia de instituições listadas do segundo e terceiro lugar (EUA e Coreia do Sul)⁴⁶⁰.

Essa forte posição é ainda facilitada por políticas de coleta e tratamento de dados mais brandas, em contraposição às regulações mais protecionistas ocidentais. Afinal, a disponibilidade de dados para pesquisa é um dos elementos fundamentais do desenvolvimento de ferramentas de IA⁴⁶¹, e a China desponta no cenário internacional não só pelas regras mais flexíveis nessa área, como por ter em sua gigantesca população nacional uma profícua “fonte” de dados⁴⁶².

Em segundo, são chineses os dois mais notórios julgamentos explicitamente relacionados com a temática desta investigação. Ambos apontam em sentido contrário, o que significa que o entendimento ainda será abordado pelo menos mais uma vez até ser pacificado, naquilo que pode ser a primeira grande decisão judicial sobre OAGIAs.

⁴⁶⁰ WIPO 2019, 58–64.

⁴⁶¹ WACHOWICZ & GONÇALVES 2019, 62–63.

⁴⁶² WIPO 2019, 59.

O primeiro caso, Baidu, era sobre um relatório de informações jurídicas gerado por um programa de IA, mas aprimorado e corrigido por uma equipe humana. Desta forma, é de esse questionar se o litígio realmente envolvia uma OAGIA genuína. O que importa é que a Corte aproveitou para se expressar no sentido de que a IA não pode ser autora e nem o desenvolvedor ou usuário, por inexistir uma expressão original destes. Assim, a obra não seria protegida por direitos de autor. Ressaltou, porém, que o investimento mereceria proteção e poderia, eventualmente, ser protegido por um direito especial⁴⁶³.

O segundo caso, Dreamwriter (um programa da Tencent Technology), sobre a produção de um artigo jornalístico analisando o mercado de ações daquele momento, assemelhava-se mais a uma verdadeira OAGIA. Nele, foi decidido que a IA não poderia ser titular, mas constatando expressamente a originalidade objetiva na obra e sua criação independente. No cerne da questão, decidiu-se que o direito autoral era da empresa desenvolvedora, pois houve uma escolha criativa de fontes pelo humanos envolvidos no projeto, e que o programa cumpria uma função essencialmente técnica a partir desse *input* de criatividade. Essa conclusão se fundamentava ainda em outros fatores, como a organização e supervisão pela *Tencent* diante de um interesse/necessidade econômica própria, e a publicação no site da empresa, que consequentemente assumia a responsabilidade sobre o texto⁴⁶⁴.

Apesar da força oriental (nos referimos aqui à China, ao Japão e à Coreia do Sul) na área de inteligência artificial, os dois maiores agentes em termos de pedidos de patentes são estadunidenses: a IBM e a Microsoft⁴⁶⁵. Evidentemente, então, esse é outro país cujas opções na normatização das OAGIAs são importantes, para além da enorme influência do país nos tratados internacionais nas últimas décadas.

Os EUA não são muito receptivos à ideia de autoria artificial, embora mantenham parâmetros baixíssimos de criatividade para con-

⁴⁶³ HE 2019.

⁴⁶⁴ HE 2020.

⁴⁶⁵ WIPO 2019, 60.

figurar a existência de uma obra intelectual. A edição de 2017 do *Compendium of U.S. Copyright Office Practices*, que é visto como um manual oficial sobre a prática do sistema de direitos de autor nos EUA (embora às vezes seja contrariado por Tribunais, quando então é adaptado ao novo entendimento), é muito clara sobre a não proteção de obras que não foram gerados por humanos nas *Sections 306* (“*The Human Authorship Requirement*”) e 313.2 (“*Works That Lack Human Authorship*”). O Compêndio repete essa colocação em outras seções, em relação às obras cinematográficas (808.7) e às obras visuais em geral (906.6). Também o afirma em relação aos direitos conexos, mais especificamente sobre as performances coreográficas (805.4) e pantomimas (806.4)⁴⁶⁶.

Isso, contudo, não é o fim da discussão, pois o *case-law* não é tão claro e pode ainda mudar, assim como pode ocorrer uma intervenção legislativa, sendo notório que o *copyright* estadunidense é bastante leniente com a atribuição originária não-humana e seu embasamento utilitarista se foca, em teoria, mais no aspecto público, por uma ótica econômica, que na dignificação dos autores em si.⁴⁶⁷

Assumindo uma postura quase oposta à adotada pelos EUA, com influência similar nos sistemas de *copyright* no mundo, o Reino Unido capitaneia a posição dos países que adotaram a proteção do investimento como um parâmetro suficiente para incidir a proteção dos direitos de autor. Neste ordenamento foi criada uma curiosa exceção ao critério de originalidade/criatividade, aos olhos das outras legislações⁴⁶⁸. A lei de 1988 firmou que o *copyright* das obras geradas por computador pertence à pessoa que fez os arranjos necessários para a sua criação, sendo expressamente excluídos os direitos morais e fixado um

⁴⁶⁶ Diante disso, não podemos concordar com a opinião de Vieira, sobre uma aceitação similar nos EUA e no Reino Unido das obras geradas por computador. Cf. VIEIRA 2001, 130. Mas essa perspectiva é provavelmente muito influenciada pela doutrina estadunidense até a década de 90, que era amplamente favorável a esse tipo de atribuição, e permanece não sendo unânime o entendimento de que o caso *Burrow-Giles* e outros similares da Suprema Corte dos EUA devem ser interpretados como indicando a autoria humana, vide MILLER 1993, 1057–64.

⁴⁶⁷ KAMINSKI 2017, 597–99.

⁴⁶⁸ GUADAMUZ 2017, 9.

menor tempo de duração dos direitos patrimoniais, nos termos das *Sections* 9(3) e 178⁴⁶⁹.

Todavia, como esse dispositivo foi criado pensando em obras geradas por computador mais simples que IAs, não é uma certeza categórica que essa regra abrangerá todas as genuínas OAGIAs⁴⁷⁰. Um maior detalhamento legal parece ser necessário, o que já foi notado pelo governo britânico⁴⁷¹.

Vale notar que, em boa parte graças à influência do antigo império britânico que permanece até hoje, particularmente visível nos países que compõem o *Commonwealth*, vários outros ordenamentos nacionais seguiram posicionamentos parecidos e com textos quase idênticos, como o da África do Sul⁴⁷², de Hong Kong⁴⁷³, da Índia⁴⁷⁴, da Nova Zelândia⁴⁷⁵ e da Irlanda (que modifica um pouco a definição legal britânica⁴⁷⁶).

O escritório de propriedade intelectual da Índia, inclusive, concedeu em Agosto de 2021 o que parece ter sido o primeiro registro de direito autoral com coautoria de uma inteligência artificial (*RAGHAV Artificial Intelligence Painting App*). O outro coautor era o proprietário da IA, o advogado Ankit Sahni, que, em entrevista, mencionou a alta probabilidade do registro acabar sendo questionado nos tribunais pela ambiguidade da legislação indiana sobre o tema⁴⁷⁷.

⁴⁶⁹ Na jurisprudência, ainda que no caso concreto não se tratasse de genuína OAGIA, ver [2006] EWHC 24 (Ch) Case No: HC04C02882, julgado por Justice Kitchin em 20/01/2006.

⁴⁷⁰ BOND & BLAIR 2019.

⁴⁷¹ Vide DICKENSON, MORGAN, & CLARK 2017.

⁴⁷² Copyright Act of South Africa 1978, section 1(1) “author” (h)

⁴⁷³ Copyright Ordinance (Cap. 528) of Hong Kong 1997, sections 198; 11(3); 78(2); e 81(2)

⁴⁷⁴ Copyright Act of India 1957, section 2(d)(vi)

⁴⁷⁵ Copyright Act of New Zealand 1994, sections 2(1), 5(2), 97(2)(c), 100 (2)(b).

⁴⁷⁶ Copyright and Related Rights Act of Ireland 2000, sections 2; 21(f). A definição positivada parece ser mais ampla que a britânica: “‘computer-generated’, in relation to a work, means that the work is generated by computer in circumstances where the author of the work is not an individual;”

⁴⁷⁷ SARKAR 2021.

Contudo, nem todos os países do *Commonwealth* seguiram esse mesmo caminho. A Austrália firma no texto legal que apenas um cidadão australiano ou uma pessoa residente na Austrália poderiam ser autores. Alguém poderia argumentar que pessoa deveria ser aqui entendida em sentido amplo, abarcando também pessoas jurídicas. Mas a jurisprudência já cumpriu seu papel esclarecedor, especificamente em relação às obras geradas por computador, no caso *Acohs Pty Ltd v Ucorp Pty Ltd*. Nesse julgamento de 02/03/2012, os juízes Jacobson, Nicholas e Yates decidiram que o código fonte analisado não era obra de nenhum autor humano e nem de autoria conjunta, e por isso não podia ser considerado como uma obra literária original na acepção jusautoral.

Esse julgamento confirmou posicionamento similar de outro de 2010, o caso *Telstra Corporation Limited v Phone Directories Company Pty Ltd*, que, por sua vez, reiterava julgamento firmado em *Coogi Australia Pty Ltd v Hypersport International Pty Ltd & Ors*, cuja decisão foi proferida em 1998. Percebe-se, ainda, que as cortes australianas têm um ponto de vista mais refratário em relação à originalidade subjetiva em graus mínimos e são mais exigentes com a questão da autoria humana, sendo explicitamente afirmado no julgamento de 2010 que a simples seleção das informações presentes em uma base de dados usada pelo computador para criar uma obra não permite caracterizar a originalidade humana⁴⁷⁸.

O Supremo Tribunal Holandês proferiu decisão em sentido similar ao australiano no caso *Endstra Tapes* (LJN BC2153), de 30/05/2008, que não tratava de OAGIAs, mas firmou, utilizando os mesmos requisitos usados depois pelo TJUE, que uma criação humana e escolhas criativas humanas são necessárias para que haja proteção.

Para finalizarmos este ponto com a nação que nos é mais relevante, cumpre também apontar os indícios de respostas concretas em Portugal. Não há no país uma lei, precedente ou ato oficial com uma solução explícita, mas há um indicativo do caminho que será seguido

⁴⁷⁸ Detalhando os casos judiciais e trabalhando com a questão da autoria na ótica australiana, sob uma perspectiva crítica favorável à tutela das OAGIAs, ver McCUTCHEON 2013b.

no acórdão de 05/07/2012 do STJ, rel. Gabriel Catarino. Mas a parte relevante está na nota de rodapé n. 18, tratando-se de um *obiter dictum* para esclarecer o conceito de originalidade utilizado no corpo principal da decisão. Colacionam-se os trechos:

Se a obra é uma criação, isto significa que tem que ser produto de uma actividade humana. O que, aliás, está em conexão com o facto de a finalidade do Direito de Autor ser, em último termo a protecção do Autor, protecção que se atinge indirectamente através da protecção da obra.

Este requisito permite excluir da noção de obra as criações efectuadas apenas por máquinas, ou animais, os produtos do mero acaso, ou os chamados “objects trouvés”(ready-mades), sem mais. Mesmo que sejam apresentados como obras de arte, não sendo produto de uma actividade humana, não são susceptíveis de protecção pelo Direito de Autor

(...)

Quanto às obras geradas por computadores, também vários problemas têm sido colocados. O computador permite automatizar o processo de criação e introduzir variáveis aleatórias, o que pode conduzir a que se duvide da existência de uma criação humana. Se na medida em que as técnicas da inteligência artificial vierem a permitir a criação da obra exclusivamente pela máquina, naturalmente que não estaremos perante obras protegidas pelo direito de autor, porque não há autor. Em todos os casos, todavia em que é uma pessoa que está na origem da obra deverá poderá *[[comentário nosso: essa contradição está presente no texto original, o que gera alguma dificuldade interpretativa]]* ser protegida pelo direito de autor.

Como já indicado acima, parece que a solução da jurisdição portuguesa, se não sobrevier nova lei nacional ou comunitária em sentido diferente, deverá ser pela inexistência de direito de autor nessa categoria de obras.

4.4.2 RESPOSTAS REGIONAIS E INTERNACIONAIS

Cumprе ressaltar que a posição adotada nesse debate pode ser modificada, especialmente diante da relevância econômica que as OAGIAs assumiram. Um indicativo disso é a Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de fevereiro de 2017, sobre disposições de Direito Civil sobre Robótica (2015/2103(INL)), que informou em seus pontos 18-21 (“Direitos de propriedade intelectual e circulação de dados”) a necessidade de pensar a propriedade intelectual das inteligências artificiais. Todavia, o foco aqui parece ser direitos de propriedade industrial para facilitar o desenvolvimento tecnológico.

A parte realmente interessante para nós está na seção “Direitos de propriedade intelectual, proteção de dados e titularidade dos dados” da exposição de motivos, na qual se aponta que “é exigida a elaboração de critérios para uma «criação intelectual própria» relativamente a obras passíveis de ser objeto de direitos de autor produzidas por computadores ou robôs”.

Embora isso possa parecer, em uma primeira visão, que as instituições da União Europeia estão defendendo a criação de novos direitos de autor específicos para as OAGIAs, deve-se lembrar que a resolução tem como principal propósito estimular a discussão sobre os temas levantados. Inclusive, o Parecer da Comissão da Indústria, da Investigação e da Energia sobre a Resolução “adverte contra a introdução de novos direitos de propriedade intelectual no domínio da robótica e da inteligência artificial que possam prejudicar a inovação e o intercâmbio de competências”.

Outros documentos informativos oficiais reforçaram a percepção de que a introdução de um novo direito intelectual para tutelar as OAGIAs dependerá de uma análise prévia cuidadosa. Relatório de 2018 do Centro de Pesquisa Integrado da Comissão Europeia aponta como não está claro se os incentivos são realmente necessários e quais as consequências que isso poderia ter no mercado da economia criativa, apesar de essas obras serem bens não-rivais que em tese justificariam

a criação de um direito exclusivo⁴⁷⁹. Os comentários da União Europeia aos documentos formulados pela OMPI sobre o tema também reiteram a necessidade de estudos aprofundados para escolher dentre as alternativas de tutela⁴⁸⁰.

Em 20 de outubro de 2020 o Parlamento Europeu publicou nova resolução (2020/2015(INI), sobre os direitos de propriedade intelectual relativos ao desenvolvimento de inteligências artificiais, desincentivando expressamente que se conceda personalidade jurídica às IAs e a aplicação normal do Direito de Autor quando as máquinas são usadas como ferramentas, e que, pelas normas comunitárias vigentes, as genuínas OAGIAs não estariam tuteladas. Reiterou o primado do “alto nível de proteção” e que é importante incentivar o investimento e a competitividade dos inventores europeus. Por outro lado, ressaltou a importância do equilíbrio dos interesses envolvidos e da proteção dos interesses de criadores humanos. O teor do ponto 15 indica que a tutela direta por direitos de autor não é possível, para preservar o princípio da originalidade e a ligação entre o conceito de “criação intelectual” com a personalidade do autor, deixando abertas brechas para a atribuição de titularidade e de identificação da contribuição humana que geraria um vínculo de autoria, mesmo que distante.

O TJUE não parece ser favorável à proteção das OAGIAs, mas mesmo o princípio do criador na Alemanha sofre alguma mitigação (no caso de direitos conexos de fotografias, por exemplo), não sendo possível falar de uma posição judicial consolidada⁴⁸¹. Talvez exista algum bom indício no direito de patentes europeu. Apesar de os requisitos para concessão de patente serem diferentes dos da tutela pelos direitos de autor, existe entre ambos um raciocínio próximo na análise da existência de proteção. Isso porque o Instituto Europeu de Patentes percebe um vínculo entre a invenção humana com o requisito da “atividade inventiva” (assim como no Direito de Autor se faz com o

⁴⁷⁹ CRAGLIA 2018, 66–67.

⁴⁸⁰ Cf. EUROPEAN UNION 2020.

⁴⁸¹ LAUBER-RÖNSBERG & HETMANK 2019.

requisito originalidade)⁴⁸². Por essa razão, esse Instituto recentemente negou dois pedidos que colocavam o programa “DABUS” como inventor⁴⁸³, concluindo que as regras comunitárias do sistema de patentes exigiam que o inventor designado fosse uma pessoa natural⁴⁸⁴. Isso é interessante, mas como são subsistemas diferentes da PI, está longe de ser conclusivo.

Ainda não há propostas consolidadas para lidar com a questão no cenário internacional, mas a OMPI está desde a metade de 2018 promovendo notáveis esforços para fomentar a discussão e consensos, especialmente entre especialistas e governos, para criação de políticas públicas nessa área. O cerne desse movimento são as ações no âmbito da “Conversação da OMPI sobre Propriedade Intelectual e Inteligência Artificial”, já resultando na publicação de um longo relatório sobre o tema, com uma consulta aberta mundial para recolher informações, incluindo de dezenas de governos nacionais. A OMPI organizou até o final de 2020 três sessões de debate de altíssimo nível, sistematizando uma vasta quantia de opiniões e dados sobre o tema, mas ainda não avançou alguma proposta de forma institucionalizada⁴⁸⁵.

4.5 POSIÇÃO SOBRE AS PRINCIPAIS PROPOSTAS DE SOLUÇÃO QUANTO À AUTORIA

As propostas de soluções apresentadas a título de conclusão se resumem à proteção jusautorai (e direitos *sui generis* diretamente ligados a esses sistemas), não abarcando outros meios de tutela de propriedade imaterial ou intelectual, como o direito industrial, a

⁴⁸² SHEMTOV 2019, 20.

⁴⁸³ Parte do “Artificial Inventor Project”, cf. ABBOTT 2019. Ryan Abbot tentou registrar a patente tendo uma IA como inventor em diversas jurisdições, obtendo o primeiro resultado deferido em julho de 2021, na África do Sul, vide OKORIE 2021.

⁴⁸⁴ Disponível em: <https://www.epo.org/news-events/news/2020/20200128.html>. Acesso em: 12 ago. 2020.

⁴⁸⁵ Para mais informações, ver https://www.wipo.int/about-ip/en/artificial_intelligence/conversation.html.

concorrência desleal ou a via contratual. Não só por não ser o âmbito desta investigação, mas também porque esses meios alternativos parecem inadequados para abarcar diretamente as OAGIAs enquanto obras criativas⁴⁸⁶, mesmo considerando a existência de uma proposta concreta japonesa de 2016 de regular a questão por meio de um regime entre a concorrência desleal, que aparentemente nunca saiu do papel⁴⁸⁷. Parecem, por outro lado, ser muito úteis para tutelar outros atos empresariais ligados ao desenvolvimento e utilização de IAs criativas⁴⁸⁸, protegendo essas entidades sem distorcer o Direito de Autor.

Por essa razão, consideramos que não há maiores prejuízos em nos restringirmos à abordagem por direitos de autor e direitos conexos. Outras questões que cruzam essa temática principal, que não deixam de ser relevantes para outros contextos legais (como a relação entre a tutela jusautorais das OAGIAs e a liberdade de expressão nos EUA⁴⁸⁹), também não serão o foco de nossa atenção. Vale mencionar, em especial, a atribuição de direitos por mecanismos contratuais interpartes como uma solução possível⁴⁹⁰, que já é utilizada para resolver ambiguidades, como o caso da empresa do Deepl que contratualmente abre mão, em prol do usuário, de qualquer direito que poderia eventualmente ter, vide o artigo 7.5 dos seus termos de uso⁴⁹¹.

⁴⁸⁶ VIEIRA 2001, 139–40.

⁴⁸⁷ HARTMANN ET AL. 2020, 94.

⁴⁸⁸ SAIZ GARCÍA 2019, 39.

⁴⁸⁹ Cf. KAMINSKI 2017.

⁴⁹⁰ HEDRICK 2019, 347.

⁴⁹¹ “DeepL não assume nenhum direito autoral sobre as traduções feitas pelo Cliente utilizando os Produtos. Caso as traduções feitas pelo Cliente que utiliza os Produtos sejam consideradas protegidas pelas leis de direitos autorais em benefício da DeepL, a DeepL concede ao Cliente, ao criar tais traduções, globalmente e de forma permanente, todos os direitos perpétuos exclusivos, transferíveis e sublicenciáveis para usar as traduções sem limitação e para qualquer tipo de uso existente ou futuro, incluindo, sem se limitar a, o direito de modificar as traduções e de criar obras derivadas.”

4.5.1 OAGIAS NÃO GENUÍNAS (IA COMO MERA FERRAMENTA)

Não é relevante um longo detalhamento desse ponto, que não é o cerne de nossa investigação. Toda a doutrina analisada parece ser pacífica ao afirmar que, quando a inteligência artificial é usada como uma ferramenta, sendo possível identificar a orientação, escolha e/ou seleção feitas pelo humano que a utiliza, não há nenhuma novidade para o regime jusautorais clássico. Repete-se apenas a mesma dúvida das câmeras digitais automáticas contemporâneas, no qual a contribuição humana é mínima (por vezes resumindo-se a apertar um botão), o que levou países como a Alemanha a negar proteção a esses tipos de fotografias até 1965⁴⁹².

Muito antes da problemática sobre as OAGIAs ser uma realidade, Ulmer, citado por Wachowicz e Gonçalves, já apontava que esta não é uma pergunta difícil de responder, no sentido da titularidade do humano por trás da máquina, mesmo que haja um grande grau de aleatoriedade no *output*⁴⁹³. Ascensão aponta o mesmo, com igual clareza⁴⁹⁴. Essa posição também está expressamente indicada no ponto 14 da Resolução do Parlamento Europeu sobre os direitos de propriedade intelectual relativos ao desenvolvimento de tecnologias ligadas à inteligência artificial (2020/2015(INI)).

Como colocou Vieira, “a utilização do computador não desvirtua a natureza expressiva da obra, nem o seu carácter criativo, desde que ela represente, exclusivamente, o resultado da contribuição individual de uma ou de várias pessoas”. Discordamos do doutrinador apenas quando afirma que isso só ocorre perante uma ausência total de elementos expressivos provenientes do programa utilizado⁴⁹⁵, pois, nos novos paradigmas jusautorais de baixa originalidade, mesmo esses elementos expressivos poderão estar abarcados na tutela integral, par-

⁴⁹² COCK BUNING 2018, 523–24.

⁴⁹³ WACHOWICZ & GONÇALVES 2019, 80.

⁴⁹⁴ ASCENSÃO 2012b, 76.

⁴⁹⁵ VIEIRA 2001, 121.

ticularmente quando não seja possível distingui-los da contribuição do autor humano.

Nessas situações, o titular seria o utilizador, com pouca margem para dúvidas diante dos regimes vigentes de Direito de Autor. É este o caso da esmagadora maioria das obras geradas por computador hoje, incluindo aqui aquelas que tiveram uma participação humana em alguma das etapas de criação da obra (planejamento, execução ou finalização), naquilo que chamamos antes de OAGIAS não genuínas⁴⁹⁶. Constatada a presença de criatividade humana em alguma dessas etapas, considerando ainda que as iniciativas de desenvolvimento de IA são geralmente parte de uma atividade empresarial, a área cinzenta oriunda de casos concretos difíceis parece encaminhar a resposta para a tutela existente sobre obras coletivas do art. 19º, I do CDADC.

4.5.2 A AUTORA (OU TITULAR) É A PRÓPRIA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Diante de tudo o que foi apresentado, essa é a solução mais insatisfatória dentre todas as possibilidades. Eivada de certa fantasia, não encontra muitos defensores⁴⁹⁷, além de existir pouquíssimo respaldo no sistema jurídico português, o que se repete para a esmagadora maioria dos sistemas jusautorais, especialmente da tradição romano-germânica e seu antropocentrismo. Como já apontado, esse caminho é o único para o qual já há uma resposta mais firme, pela negativa, por parte das instituições comunitárias na resolução 2020/2015(INI).

Não é apenas uma proposta incondizente com as normas vigentes e com os princípios estruturantes do Direito de Autor, exigindo uma larga reforma estrutural desse ramo e de vários outros. Também não resolve os maiores problemas, teóricos e práticos, levantados pelas OAGIAS e, por isso, mal é considerado nas respostas institucionais vigentes.

⁴⁹⁶ Por ex., DÍAZ LIMÓN 2016.

⁴⁹⁷ Com a notável exceção de PEARLMAN 2018.

Mesmo que, contra todas as atuais previsões, fosse legalmente formulada uma categoria de “pessoa coletiva robótica” para as inteligências artificiais⁴⁹⁸, incluindo nela um regime de responsabilização, ainda permaneceria uma ampla gama de problemas. Não só na propriedade intelectual, em termos concorrenciais e principiológicos, mas também filosóficos⁴⁹⁹. Para tornar essa uma solução plausível, exigir-se-ia, em última instância, uma identificação jurídica em termos de capacidade e dignidade desta pessoa robótica com uma pessoa natural⁵⁰⁰, ou uma radical reformulação dos sistemas jusautorais nacionalmente e internacionalmente.

Mesmo na tradição clássica do *copyright* do Reino Unido, muito mais receptiva com titularidades originárias de pessoas jurídicas/coletivas, é muito duvidosa a constatação do requisito “suor do rosto” em uma máquina, que não teria feito nem um investimento na produção e nem teria “trabalhado” nos termos formulados pela Teoria do Trabalho. Se existisse um “suor no rosto”, este seria do desenvolvedor da IA criativa.

Mais ainda, essa opção parece conflitar com todas as Teorias de Justificação antes apresentadas. Não há, ao menos em um futuro visível (e, na percepção de IA forte de John Searle, nunca existirá), uma “personalidade” ou espírito da máquina a ser cultivado, seja em nível individual ou de sociedade. Não parece crível que a IA precisaria de estímulos econômicos ou morais para criar, pois são as pessoas humanas por trás dela que poderiam usufruir dessa compensação.

⁴⁹⁸ Oferecendo alguns exemplos e possibilidades de fazer essa atribuição de uma personalidade coletiva às inteligências artificiais, cf. PAGALLO 2018b; BRYSON, DIAMANTIS, & GRANT 2017.

⁴⁹⁹ SCHÖNBERGER 2018, 158–60.

⁵⁰⁰ Diferenciando e graduando as distintas formas de atribuição de personalidade, dentre as quais a humana adulta e sã é considerada a mais completa (envolvendo questões de possíveis titularidades, consciência, responsabilização e direitos humanos), assim como a enorme dificuldade de se atribuir personalidade às inteligências artificiais em um futuro próximo, cf. PAGALLO 2018a; SOLUM 1992. Em Portugal, se focando principalmente no desenvolvimento ético e a dignidade humana envolvida, ver M. M. BARBOSA 2017.

Seria possível argumentar que os benefícios recebidos pela IA poderiam ser indiretamente aproveitados pelos humanos que a desenvolveram ou a utilizaram, provavelmente por meio de um fundo ligado à pessoa robótica e acessível a todos eles. Mas, sob esse argumento, é mais sensato e menos tortuoso simplesmente fazer a atribuição originária direta para os que se beneficiariam.

4.5.3 O AUTOR (OU TITULAR) É O DESENVOLVEDOR OU O UTILIZADOR

Aqui finalmente chegamos ao cerne da disputa sobre as OAGIAs, entrando inclusive em uma análise econômico-utilitária sobre o melhor caminho a ser traçado. As alternativas são o domínio público ou a titularidade da pessoa por trás da máquina, tendo sempre em mente a enorme dificuldade atual em se distinguirem obras (como traduções) criadas por humanos e por IAs⁵⁰¹.

Principalmente sob o viés da Teoria Utilitarista, isso significa que, embora a IA não responda a estímulos dos direitos de autor, o humano que a utilizará ou a criará poderá responder. Afinal, um aumento no bem geral da sociedade não necessariamente precisa ser originado em uma pessoa humana, pois é um valor de caráter objetivo⁵⁰². Assim, ao menos em tese e na perspectiva clássica utilitarista e da análise econômica, essa proteção jusautorai seria necessária para estimular o desenvolvimento de inteligências artificiais criativas⁵⁰³.

Destaca-se aqui um estímulo para que as pessoas que tenham o primeiro contato com a OAGIA, após sua criação, não escondam a verdadeira autoria artificial de certa obra. Mesmo nas opções de atribuição de um direito conexo ou *sui generis* reduzido, embora ainda

⁵⁰¹ LAUBER-RÖNSBERG & HETMANK 2019; DENICOLA 2016; KÖBIS & MOSSINK 2021.

⁵⁰² MILLER 1993, 1066–67.

⁵⁰³ Para uma lista e argumentações diversos sobre os benefícios, porém sempre partindo do dogma que equivale a tutela da propriedade intelectual com o estímulo à criatividade, ver McCUTCHEON 2013b, 954–57; HRISTOV 2017, 438–39; PEARLMAN 2018, 1–4 e 23–25. No mesmo sentido, abordando a indústria da moda, HÄRKÖNEN 2020. Focando em patentes, mas também tratando de direitos de autor, cf. ABBOTT 2016.

existissem estímulos para buscar a tutela máxima do direito de autor comum, presume-se que o prazo reduzido dessas tutelas diferenciadas não afastaria tanto o investimento em um mercado de obras de consumo como o atual, caracterizado pela efemeridade e curtos ciclos econômicos da maioria das criações.

Há várias alternativas dentro da escolha de quem seria o titular dos direitos⁵⁰⁴. Abordaremos apenas as duas mais importantes e comumente citadas. A primeira aponta para a autoria/titularidade originária ser do utilizador, enquanto a segunda para a autoria/titularidade ser do desenvolvedor, com esse último ainda dividido em diversos grupos como investidores, fabricantes, programadores e pessoas jurídicas/coletivas que coordenaram a criação. A atribuição de autoria deve ser, idealmente, da pessoa que seja simultaneamente programador e utilizador, o que atrairia, ainda que em nível reduzido, um enquadramento nas Teorias da Justificação (principalmente a utilitária).

Quando utilizador e desenvolvedor são pessoas diferentes, a escolha da atribuição às pessoas humanas envolvidas não significa uma resposta específica rígida dentre todos os envolvidos (p. ex., sempre o utilizador). Pelo contrário, é mais recomendável escolher um parâmetro aberto que seja capaz de abarcar diferentes tipos de OAGIAs, e há uma base legal para isso em vários países no critério relativamente aberto de atribuição de titularidade de gravações musicais e filmes⁵⁰⁵. Afinal, existindo regimes de proteção, é pouco realista a tentativa de uniformizar o tratamento de um grande universo de tipos de obras criativas (literárias, musicais, programas de computador, audiovisual, dentre outros) e de tipos de criação (derivadas, compilações, coletivas, dentre outros) sob um pequeno número de regras rígidas, existindo uma variação caso a caso⁵⁰⁶.

⁵⁰⁴ Yanisky-Ravid cita uma lista de possibilidades: programadores; os responsáveis por fornecer dados para o aprendizado de máquina (ou os responsáveis pelos ajustes nesse processo); os proprietários da IA (titulares de direitos ou compradores); o operador da IA; o governo; o público. Cf. YANISKY-RAVID 2017, 692–93. McCutcheon também apresenta uma outra lista de possíveis candidatos à titularidade, mencionando critérios para atribuição, vide McCUTCHEON 2013a, 54–56.

⁵⁰⁵ MILLER 1993, 1059; McCUTCHEON 2013a, 68.

⁵⁰⁶ YANISKY-RAVID 2017, 691; HEDRICK 2019, 348.

A maior autonomia da criação em relação ao ato humano que foi o “gatilho” para produção do resulta significa uma mais provável atribuição de direitos para o programador. Inversamente, uma maior dependência do resultado gerado com *input* humano direto aumentará a probabilidade de titularidade do utilizador⁵⁰⁷.

Não vislumbramos uma boa resposta na classificação como uma obra feita em colaboração, quando desenvolvedor e utilizador são pessoas distintas. Nas formulações legais atuais, apenas excepcionalmente poderia se falar de uma atividade colaborativa de fato, com intencionalidade de produzir algo juntos⁵⁰⁸. Se não existissem outras medidas prévias, como uma assinatura automática do desenvolvedor, a presunção de autoria por aposição do nome provavelmente daria ao utilizador a possibilidade de divulgar a OAGIA como se fosse somente sua, com enorme potencial de causar conflitos caso o desenvolvedor considerasse que tinha direitos como autor-colaborador. Por fim, seria muito difícil não enquadrar um dos dois lados, a depender do tipo da obra, como simples auxiliar da produção/divulgação, excluindo-o da tutela nos termos dos dispositivos legais sobre meros colaboradores⁵⁰⁹.

Para fins argumentativos e para orientar a interpretação sobre casos concretos, entretanto, consideramos que, na dúvida, deve ser priorizado o utilizador da máquina. Já de cara, essa solução resolve o dilema sobre a possibilidade de uma IA programar outra IA criativa⁵¹⁰, criando mais um nível de distanciamento entre o desenvolvedor originário e a OAGIA⁵¹¹.

⁵⁰⁷ HEDRICK 2019, 347; HARTMANN ET AL. 2020, 84–85.

⁵⁰⁸ HARTMANN ET AL. 2020, 85; GINSBURG & BUDIARDJO 2019, 445–46.

⁵⁰⁹ Também repudiando a solução do *joint authorship* para as OAGIAs no *copyright* dos EUA, com argumentos similares, ver SAMUELSON 1986, 1221–24. Por outro lado, Ginsburg faz uma defesa dessa possibilidade principalmente para as IAs criativas parcialmente autônomas, em GINSBURG & BUDIARDJO 2019, 421–39 e 446–49.

⁵¹⁰ GROTHAUS 2018.

⁵¹¹ COCK BUNING 2018, 517–18.

A escolha pelo caminho do utilizador tem outros bons fundamentos⁵¹²: (i) atribuir a paternidade da OAGIA ao desenvolvedor esbarra na possibilidade de ele não ter controle nem em níveis mínimos do *output*, pois a estrutura do sistema de inteligência artificial pode ser mais determinada pelo seu processo de autoaprimoramento do que pela programação original, quando baseada em tecnologias como o aprendizado de máquina profundo e redes neurais; (ii) de forma geral, há uma maior facilidade de responsabilização do utilizador que do programador por eventuais danos causados, especialmente se aquele tem controle dos *inputs*; (iii) atenua-se o problema de distinção entre OAGIAs genuínas ou não para atribuição correta da autoria, pois em ambos os casos recairia sobre o utilizador; (iv) serem pessoas distintas indica que o programa foi disponibilizado para uso de terceiros, e negar ao utilizador a titularidade da obra que criar por meio da IA seria um grande desestímulo para o uso do programa, na ótica utilitária de recompensas e de difusão de criação cultural para a sociedade; (v) nessa mesma linha, o desenvolvedor já seria titular da IA em si (inclusive por outros direitos de propriedade intelectual), não persistindo uma boa justificativa para lhe conferir dois direitos exclusivos a partir de um único bem específico capaz de, genericamente, criar outros⁵¹³.

⁵¹² De forma geral, SAMUELSON 1986, 1200–1209; PEARLMAN 2018, 28–29; DENICOLA 2016, 282–85; OKEDIJI 2018, 20; YANISKY-RAVID 2017, 689–98.

Há doutrina em sentido contrário, cujo argumento mais bem desenvolvido é o de Samantha Hedrick ao defender a atribuição ao programador, arguindo que ele: (i) faz esforços consideráveis para criar a IA, permeando suas ações com escolhas minimamente criativas; (ii) apresenta o maior grau de controle sobre o *output* da máquina dentre todos os humanos envolvidos; (iii) é mais facilmente justificado pela Teoria do Trabalho; (iv) é diretamente responsável pela criatividade computacional, que é, em última instância, uma derivação da criatividade humana do programador. Hedrick também rebate as críticas clássicas à essa opção, e analisa outras opções, negando-as em geral, mas apontando que poderiam ser aceitáveis em determinados contextos. Cf. HEDRICK 2019, 337–50. Ginsburg também segue em geral essa opção para as OAGIAs realmente existentes hoje, cuja “genuinidade” é duvidosa, vide GINSBURG & BUDIARDJO 2019, 411–19.

⁵¹³ Especificamente quanto à questão de não ser razoável a dupla titularidade do desenvolvedor, com dupla remuneração pelo mesmo bem criado, ver ASCENSÃO 1997, 664; BRANCO 2011, 229; RAMALHO 2017a, 16; VIEIRA 2001, 143; YANISKY-RAVID 2017, 702.

Por fim, para analisar as possibilidades de concessão de um direito intelectual nas OAGIAs, é útil trabalhar com uma divisão interna, que é a atribuição ser feita para a pessoa humana como se fosse autora ou como se fosse uma titular originária de um direito que surgiria a partir daquela obra, que não fosse propriamente um direito de autor.

4.5.3.1 A PESSOA HUMANA “POR TRÁS” DA MÁQUINA É A AUTORA

A solução da atribuição ao utilizador ou ao desenvolvedor não é incompatível com a necessidade de autoria humana. Como se colocou na crítica ao “autor romântico”, a autoria é principalmente um conceito legalmente determinado e contextualmente adaptável, inclusive em uma mesma cultura em diferentes momentos. A lei poderia fazê-la incidir reflexamente, ou poderia se entender factualmente que nunca seria possível romper o vínculo da contribuição humana em uma obra criada por uma máquina que foi, por sua vez, desenvolvida por humanos. Interpretar-se-ia esse tipo de criação como se ainda existisse a contribuição humana para a máquina, por mais longínqua e indireta que fosse, que seria suficiente para configurar a originalidade no critério legal⁵¹⁴.

Essa opção também recebe algum apoio, ainda que marginal, da Teoria do Trabalho, ao se considerar a atividade e esforços da equipe de desenvolvedores, que presumivelmente não será pequena para alcançar uma capacidade de criação autônoma de obras tuteláveis⁵¹⁵.

Uma variação dessa visão que considera que a criação das OAGIAs é genuinamente autônoma é aquela encontrada no regime britânico. A internacionalização dessa opção é defendida pelo costarriquenho (e professor no Reino Unido) Andres Guadamuz⁵¹⁶, por mais que em sua natureza e diferenciação de tutela acabe se assemelhando

⁵¹⁴ McCUTCHEON 2013a, 51–53.

⁵¹⁵ SAIZ GARCÍA 2019, 16–18.

⁵¹⁶ GUADAMUZ 2017.

ao regime de direitos conexos nas legislações da tradição continental⁵¹⁷. Assim também é a preferência da australiana Jani McCutcheon, quando também defende, secundariamente, a possibilidade de atribuição de um direito conexo ou *sui generis*⁵¹⁸, e do estadunidense Bruce Boyden, sugerindo critérios para identificar a autoria⁵¹⁹.

A opção de se tutelar OAGIAs em um regime adaptado de *work-for-hire*, o que é notoriamente a posição da estadunidense Annemarie Bridy (mas que foi adotada por diversos outros teóricos do mesmo país⁵²⁰), parece ser de se negar completamente, pelo menos nos países da tradição continental⁵²¹. Sem personalidade jurídica, não há nenhuma relação de contratante-contratado, comissário-comitente ou empregado-empregador, e a própria doutrinadora já indicou que as regras precisariam ser modificadas para abranger as obras geradas por computador⁵²². Já que essa solução exige uma mudança da lei para mudar conceitos bem estabelecidos, outros meios que lidassem com a questão de forma mais detalhada, evitando um mero remendo das regras existentes, poderiam e deveriam ser pensados como alternativa.

Por fim, há uma diferença radical e possível incompatibilidade entre o *work-for-hire* ou a atribuição originárias de obras geradas por computador no *copyright* e os regimes similares de ordenamento português, que é muito mais restrito⁵²³, e mesmo para a grande maioria

⁵¹⁷ DIAS PEREIRA 2019b, 36.

⁵¹⁸ Detalhando sobre como seria essa implementação na Austrália, McCUTCHEON 2013a, 50–78.

⁵¹⁹ BOYDEN 2016.

⁵²⁰ BRIDY 2012, 26–27; 2016; HRISTOV 2017; KAMINSKI 2017; OKEDIJI 2018. A versão mais bem elaborada, que soluciona diversos dos pontos críticos da proposição, parece ser a de YANISKY-RAVID 2017, 707–18.

⁵²¹ Principalmente na tradição continental europeia, mas não apenas nela. Alguns teóricos do *copyright* estadunidense, ainda que favoráveis a uma proteção jusautor das OAGIAs, também repudiam essa proposta, vide DENICOLA 2016, 283–84; HEDRICK 2019, 336; GERVAIS 2020, 294–95.

⁵²² BRIDY 2012, 27.

⁵²³ Detalhando as várias condições para atribuição ao empregador em obras criadas na execução de contratos, cf. SÁ E MELLO 2016, 271–72.

de leis nacionais europeias que adotam a visão do *droit d'auteur*⁵²⁴. A presença tão forte da proposta pela opção britânica ou pelo regime do *work-for-hire* adaptado na doutrina parece advir de um foco exagerado no cenário do *copyright*, secundarizando os outros ordenamentos que coexistem e se influenciam no mundo globalizado de hoje⁵²⁵. Se existir um plano ou intuito de harmonizar essa proteção internacionalmente, essa opção nos parece profundamente indesejável.

Uma solução que busque favorecer o desenvolvedor reside, então, no instituto das obras coletivas⁵²⁶, no qual a pessoa assume a figura de verdadeira “criadora” da obra, tendo a autoria atribuída a si, por fornecer uma contribuição própria (projetando e planejando a criação) que vai além do esforço conjunto de todas as pessoas individuais envolvidas no processo criativo⁵²⁷. Todavia, relembramos que essa solução não é ideal e nem teoricamente sólida, pois, diferentemente das inteligências artificiais, a tutela de obras coletivas foi pensada presumindo uma ligação humana, sendo possível remeter o ato criativo originário a pessoas naturais, ainda que não individualmente identificáveis no processo⁵²⁸.

A atribuição de autoria ao humano “por trás” da máquina abarca uma multiplicidade de propostas para além das aqui apresentadas, inclusive algumas curiosas como a de Pratap Devarapalli, de que a atribuição de direitos nessa situação deveria ser não-comercial e se assemelhar com os direitos morais, principalmente o de paternidade da obra⁵²⁹.

⁵²⁴ SCHÖNBERGER 2018, 158.

⁵²⁵ Expondo a incompatibilidade do regime britânico com o padrão europeu continental, cf. HARTMANN ET AL. 2020, 88.

⁵²⁶ Assim, SAIZ GARCÍA 2019, 24–26.

⁵²⁷ SÁ E MELLO 2016, 84. Parte da doutrina nega que haja uma autoria ou titularidade originária da empresa, e sim apenas uma atribuição legal derivada. Cf. DIAS PEREIRA 2008, 260–61 e 443. Não vamos tão longe por não entender o princípio do criador ontologicamente, e achar a diferenciação entre autoria e titularidade originária suficiente.

⁵²⁸ RAMALHO 2017a, 17; SAIZ GARCÍA 2019, 15.

⁵²⁹ DEVARAPALLI 2018.

4.5.3.2 A PESSOA HUMANA É TITULAR DE DIREITO CONEXO OU *SUI GENERIS*

Ao se constatar um verdadeiro rompimento com a contribuição criativa humana na OAGIA, parece muito difícil coadunar a proposta anterior com a noção de autoria atual da tradição continental, por mais que ela tenha se modificado e se aproximado de uma objetivação nas últimas décadas. Ainda, desejando-se levar a sério a dominância do viés econômico da Teoria Utilitarista, o intuito de proteção do investimento para criação das OAGIAS nos direcionará, na tradição continental, para as figuras dos direitos conexos e “conexos dos conexos” (ou *sui generis*)⁵³⁰.

Essa percepção encontra paralelos no relatório publicado pela Associação Internacional para a Proteção da Propriedade Intelectual (AIPPI), quando se reuniu para debater as OAGIAS em 2019. Na resolução final, foi apontado que a originalidade resultante da intervenção humana era uma condição para proteção pelos direitos de autor, e que ainda era cedo para se discutir sobre a possibilidade de um direito conexo (ou *sui generis*) especial para essas obras. Porém, apontou-se que parte dos direitos conexos já existentes incidiriam normalmente, se seus requisitos estivessem preenchidos, pois não dependem da proteção da obra original e nem do requisito de originalidade⁵³¹.

Isso porque os direitos conexos elaborados pensando na tutela do investimento e das contribuições empresariais na economia criativa não exigem os mesmos requisitos que os direitos de autor propriamente ditos, como os das empresas de radiofusão (excluindo-se, assim, os conexos derivados de adições criativas, como os dos intérpretes)⁵³².

⁵³⁰ Como a separação entre direitos conexos em sentido estrito e direitos conexos *sui generis* é tênue, e, para alguns teóricos, até inexistente, sugerimos a leitura de uma perspectiva de implementação prática a partir do contexto australiano, diferenciando esses tipos de tutela, em McCUTCHEON 2013a, 78–102.

⁵³¹ AIPPI 2019. No mesmo sentido, DREXL ET AL. 2021, 21. Contudo, apesar de largamente implementada hoje, é ambíguo se a proteção de bens não culturais por direitos conexos é uma boa escolha, como nos lembra DIAS PEREIRA 2008, 727.

⁵³² HARTMANN ET AL. 2020, 89.

Esta se mostra como uma tutela mais adequada que a opção anterior para proteger o objeto da presente investigação, prezando tanto pela coerência interna do sistema quanto pelas mudanças de paradigma das últimas décadas, por não estar diretamente vinculada a quesitos como a originalidade e pertencer mais ao domínio empresarial que às artes e letras. A influência britânica no direito comunitário, que poderia empurrar o argumento para a opção da pessoa humana como autora, foi quase que suprimida pelo Brexit, significando que as regras jusautorais do Reino Unido e da União Europeia podem agora assumir dimensões bastante diferentes⁵³³.

Nessa opção se posiciona o italiano Jacopo Ciani⁵³⁴, e, demonstrando preferência pela opção *sui generis*, a holandesa Cock Buning, a filipina Celine Dee e o português José Alberto Vieira⁵³⁵.

A história mostrou que novos tipos de obras podem ser incluídos sem deteriorar a noção de autoria já relativamente consolidada, inclusive pela Convenção de Berna. Mas existem alguns critérios para essa inclusão, e temos vários casos no passado que mostram que, ao se fugir deles, outras formas de proteção seriam mais adequadas, como a concorrência desleal, o instituto do enriquecimento sem causa ou novos direitos *sui generis*. Admitir que exceções ao princípio geral de autoria sejam tomadas como regra transformaria a identificação de algum valor comercial no único critério de proteção, o que significaria, em última instância, admitir, mesmo somente no nível teórico, que a tutela jusautoral poderia ser determinada por quanta pressão os *lobbies* de grupos de interesse conseguem exercer⁵³⁶.

Acatar a crítica ao ideal do autor romântico, como fazemos, não significa levá-la às últimas consequências⁵³⁷. Não podemos negar que esse ideal influenciou basilarmente os sistemas de direitos de autor modernos. É verdade que isso foi atenuado nas sucessivas reformas

⁵³³ COCK BUNING 2018, 521.

⁵³⁴ CIANI 2019.

⁵³⁵ COCK BUNING 2018, 534; DEE 2018, 36; VIEIRA 2001, 142–43.

⁵³⁶ RICKETSON 1992, 35–36.

⁵³⁷ GERVAIS 2020, 2085.

da sociedade informacional, e os conceitos de “autoria” e de “obras intelectuais” foram esticados até seus limites, mas disso não se decorre logicamente que estaríamos agora autorizados a romper essas últimas fronteiras. Ver o Direito de Autor como um Direito de Cultura não é uma oposição às análises utilitaristas, como alguns teóricos do maximalismo fazem parecer, só é uma recusa à simplificação dessa área do direito em termos economicistas e empresarialistas, buscando preservar, dentre outros valores, o núcleo do princípio da autoria e a ligação intrínseca com a dignidade humana⁵³⁸.

Como dissemos acima, a diversificação das tutelas e regimes é proveitosa para evitar distorções nos direitos de autor já constituídos e permitir que eles permaneçam, coerentemente, com um alto nível de proteção. Essa diferenciação não é meramente didática ou classificatória, mas cumpre um papel fundamental sobre uma perspectiva sistemática para definir o regime aplicável e avaliar se cada tipo de direito é consistente com os seus objetivos⁵³⁹.

A questão de atribuição permanece sob os mesmos argumentos apontados antes, embora aqui o desenvolvedor, que usualmente é quem fez o maior investimento (e será usualmente uma empresa), tenha uma melhor justificativa para ser titular, assim como ocorre em alguns direitos específicos de editor. Podemos encontrar um paralelo no direito geral de editores do art. 15º da recente Diretiva MUD, pensado para o ambiente digital⁵⁴⁰. Este direito parece estar no limite entre um direito conexo clássico e um *sui generis*, por se referir normalmente a uma obra protegida e não a um tipo de obra nova, embora possa abarcar até conteúdos não intelectuais e não protegidos pelo Direito de Autor⁵⁴¹.

Deve-se observar que a criação de um direito conexo ou *sui generis* exige a positivação do novo instituto, pois eles estão restritos a uma

⁵³⁸ DIAS PEREIRA 2008, 160–61.

⁵³⁹ MOSCON 2019, 331.

⁵⁴⁰ Também sugere essa solução DÍAZ-NOCI 2020.

⁵⁴¹ GEIGER, BULAYENKO, & FROSIO 2016, 17.

lista taxativa (*numerus clausus*), embora nem sempre sejam adequadamente classificados pela lei. Se não estiver listado, o investimento terá que ser protegido genericamente pela concorrência desleal ou regras similares⁵⁴². Eles também não estão submetidos ao princípio da ausência de formalidades para validade da proteção (ou seja, em algumas jurisdições é necessário registro para algumas categorias de direitos conexos)⁵⁴³, o que é especialmente interessante para solucionar a questão da criação tendencialmente infinita de obras⁵⁴⁴.

No âmbito da União Europeia, a criação dessa categoria de direitos precisaria ser feita em nível comunitário, pois os julgamentos dos casos *Svensson* (C-466/12, em 13/02/2014), *C More* (C-279/13, em 26/03/2015) e *Reprobel* (C-572/13, em 12/11/2015) pelo TJUE indicam barreiras para criação pelos Estados-membros de novos direitos conexos ou novas categorias de titulares para eles⁵⁴⁵.

O último ponto favorável para o caminho dos direitos conexos ou *sui generis* é a sua maior maleabilidade inclusive para aspectos fundamentais como prazo de proteção, possibilitando regimes específicos mais brandos adequados para OAGIAs⁵⁴⁶. Assim como se criaram limites e exceções bastante diferenciadas para o utilizador da base de dados, poderiam ser formuladas exceções de utilização adequadas a esse tipo de obra, como uma exceção ampla de mineração de textos e dados, gerando um ciclo virtuoso de aprimoramentos de inteligências artificiais.

Quanto à maior liberdade para definir a duração da tutela, e constatado o rápido ciclo de inovação das tecnologias de aprendizado

⁵⁴² BENTLY & SHERMAN 2018, 118.

⁵⁴³ SOUSA E SILVA 2016, 378–79 e 403.

⁵⁴⁴ Consoante sugestão de McCutcheon 2013a, 601.

⁵⁴⁵ ROSATI 2016.

⁵⁴⁶ Exemplificando com a elaboração detalhada de um regime diferenciado que considera adequado, cf. SAIZ GARCÍA 2019, 33–37. Alguma doutrina prefere o caminho de regimes totalmente novos e fora do quadro jusautorais, mais próxima de uma tutela do investimento na criação de dados, classificando as OAGIAs como “resultados” em vez de “obras”, como faz NAVARRO 2019, 41–42.

de máquina⁵⁴⁷, parece mais aceitável estabelecer um prazo de proteção menor, como o dois anos previsto no direito conexo do editor da Diretiva MUD, embora seja ainda mais aconselhável a proposta similar *sui generis* avançada pela Alemanha no 87g, n. 2 do UrhG que fixa a duração em apenas um ano.

Esse caminho nos coloca diante de uma questão intrigante, ao levantar a possibilidade do direito *sui generis* do fabricante da base de dados poderia abarcar as OAGIAs, por serem informações, em tese, tuteláveis simultaneamente por direitos de autor. Afinal, o TJCE/TJUE firmou que a concepção de bases de dados é bastante abrangente, assim como as definições de reutilização ou extração. Principalmente, estabeleceu uma bitola alargada de proteção na qual os dados devem simplesmente ter um valor informativo independente, o que poderia abarcar a OAGIA ou partes dela⁵⁴⁸.

Todavia, não nos parece ser essa uma boa solução. Se estivermos falando da proteção de apenas uma obra criada pela máquina, seria duvidoso e necessário observar caso-a-caso para afirmar que partes delas se qualificariam como sendo independentemente informativas, critério necessário para proteção segundo o TJUE. Mais importante, o Tribunal decidiu, nos casos *Fixtures*, que o investimento considerado para análise é apenas o referente à busca, coleta e colocação dos dados na base, não abarcando os investimentos para criação do conteúdo⁵⁴⁹, o que parece, na maioria das situações, excluir investimentos para criar obras geradas por IA⁵⁵⁰. A proteção pelo direito *sui generis* é dúbia mesmo para as bases de dados utilizadas no aprendizado de máquinas, mas pode ser utilizada para proteção os modelos de aprendizado de máquina dinâmicos e mais complexos, como os de redes neurais⁵⁵¹.

⁵⁴⁷ DREXL ET AL. 2021, 22–23.

⁵⁴⁸ LAUBER-RÖNSBERG & HETMANK 2019.

⁵⁴⁹ HUGENHOLTZ 2016, 210–13.

⁵⁵⁰ Nesse sentido, McCUTCHEON 2013a, 101; HARTMANN ET AL. 2020, 93–94.

⁵⁵¹ DREXL ET AL. 2021, 6–7 e 19.

4.5.4 NÃO HÁ OBRA INTELECTUAL OU AUTORIA – O CAMINHO DO DOMÍNIO PÚBLICO

As alternativas anteriores exigem caminhos mais ou menos tortuosos para serem efetivadas. Nas perspectivas avançadas, é imprescindível uma alteração estrutural no Direito de Autor, a adição de normas ou pelo menos alguns ajustes menores no texto. Essas alterações exigem regras específicas e aprofundam a visão da natureza comercial e do viés mercantil dos sistemas jusautorais⁵⁵², numa abordagem objetivista. Parece ser por isso que os ordenamentos e doutrinadores de *copyright* têm mais tendência a se inclinar para as propostas de elaboração desse tipo de norma.

O que se expõe, por outro lado, é que uma análise puramente utilitarista leva ao apagamento das raízes no direito natural do Direito de Autor. Isso seria um erro até para os juristas que adotam uma perspectiva maximalista, pois os estudos empíricos recentes de países nos quais a tradição é profundamente utilitarista enfraquecem constantemente a tese de que a PI é sempre necessária para estimular e garantir a criatividade e inovação, exigindo uma complementação jusnaturalista para que esses direitos possam subsistir legitimamente e de maneira sólida⁵⁵³.

Com isso firmado, nos é evidente que as Teorias da Justificação do Trabalho e da Personalidade respondem mais facilmente as dúvidas sobre a tutela jusautoral das OAGIAs pela negativa⁵⁵⁴. A máquina não tem espírito ou personalidade na acepção que temos hoje desses dois conceitos, juridicamente e filosoficamente, e dificilmente terá em breve. Na mesma linha, não poderíamos falar propriamente de um “trabalho” feito pela IA na perspectiva lockeana, somente, e de forma indireta (em prol do desenvolvedor), na sua reformulação como uma “teoria da equidade” na qual o criador ganha direitos na medida

⁵⁵² LAUBER-RÖNSBERG & HETMANK 2019.

⁵⁵³ Como exemplo de um dos teóricos do *copyright* estadunidense que faz essa virada de justificação ao jusnaturalismo, lembramos, pelo seu peso doutrinário, dos apontamentos feitos em MERGES 2012, 72.

⁵⁵⁴ Concordando, GINSBURG & BUDIARDJO 2019, 455.

em que contribuiu para a realização da obra aproveitada pela sociedade. Para parte dos modelos propostos de proteção, é duvidosa até a adequação da Teoria Utilitarista, ao lembrar que os incentivos aos programadores ou utilizadores existiria só reflexamente pela criação da máquina em si e não de cada obra, se afastando dos pressupostos básicos da Teoria⁵⁵⁵.

Por fim, e talvez mais importante, a alternativa do domínio público não deve ser entendida como uma “proposta radical”, como teria afirmado Samuelson em 1986⁵⁵⁶. Pelo contrário, é a mais comedida das propostas, exigindo no máximo alguma clarificação na lei para orientar os jurisdicionados e órgãos públicos⁵⁵⁷. A Teoria Culturalista ressurge para reforçar essa tese, em favor de uma cultura viva e fértil que é diretamente alimentada pelas inteligências artificiais em prol de todas as pessoas que tenham acesso ao conteúdo produzido. A questão da criação de textos científicos por IAs deve ser relemburada aqui para expor a importância desse caminho.

Portanto, se concordamos que as leis não devem ser modificadas a cada novo interesse econômico que apareça, ainda que relevante, se existir uma resposta suficiente dentro do ordenamento vigente, esta deve ser mostrada como comprovadamente prejudicial para que se faça a mudança⁵⁵⁸. Por tudo que explicamos acima, atualmente, Portugal e a tradição continental do *droit d'auteur* não protegem as OAGIAs e não são receptivas à ideia, mesmo após as mudanças dos paradigmas tecnológicos. Mesmo em sistemas de *copyright* isso é duvidoso, vide a posição dos EUA, da Austrália e do Canadá⁵⁵⁹. Direitos exclusivos sobre OAGIAs exigem mudanças na lei, e como toda reforma ou adição legal tem custos significativos⁵⁶⁰, devemos antes verificar se ela é necessária ou, ao menos, suficientemente benéfica.

⁵⁵⁵ YANISKY-RAVID 2017, 699–707.

⁵⁵⁶ SAMUELSON 1986, 1224.

⁵⁵⁷ GERVAIS 2020, 2102.

⁵⁵⁸ SELVADURAI & MATULIONYTE 2020, 3.

⁵⁵⁹ Sobre o Canadá, ver PERRY & MARGONI 2010; SHOYAMA 2005.

⁵⁶⁰ VAN ALSTINE 2002.

A alternativa dos direitos conexos ou *sui generis* é mais maleável e exige uma reestruturação legal significativamente menor. Há uma tendência de se recorrer aos direitos vizinhos para tutelar obras que estão muito longe do catálogo tradicional dos direitos de autor⁵⁶¹. Porém, na União Europeia essa elaboração legislativa deve ocorrer em nível comunitário para ser efetiva e evitar contestações perante o TJUE, o que torna exponencialmente mais elevada a dificuldade e exigência de comprovar a necessidade de alteração ou adição de novos dispositivos legais.

Isso porque a base da competência legislativa da UE é o art. 114, aliado ao 118, do TFUE, e o TJUE decidiu em diversas ocasiões que é preciso comprovar uma melhoria no mercado interno europeu, não sendo suficiente apenas uma disparidade entre as leis nacionais ou um risco abstrato à livre circulação e à competição. É preciso mostrar a relação de causalidade entre as divergências legais de fato e um significativo dano (existente ou em potencial, desde que provável) às trocas transfronteiriças, assim como a adequação da medida legislativa para preveni-lo. Deve-se, cumulativamente, demonstrar que os princípios da subsidiariedade e proporcionalidade foram resguardados, além do princípio do respeito às identidades nacionais e do prejuízo mínimo a outros direitos fundamentais. A bitola, portanto, não é baixa⁵⁶². Essa mesma perspectiva é encontrada no relatório sobre o tema do Instituto Max Planck para Inovação e Concorrência, e no relatório do JIIP e do IViR comissionado pela Comissão Europeia⁵⁶³.

Já que o fundamento da criação de um direito de autor, conexo ou *sui generis* sobre as OAGIAs seria precipuamente utilitarista e eco-

⁵⁶¹ MOSCON 2019, 318.

⁵⁶² Detalhadamente, RAMALHO 2017b.

⁵⁶³ DREXL ET AL. 2021, 22; HARTMANN ET AL. 2020, 95. Por outro lado, sabemos que a União Europeia já criou normas de propriedade intelectual baseada em demonstrações consideradas como frágeis e bastante criticadas, como o próprio direito de editor acima mencionado. Cf. GEIGER, BULAYENKO, & FROSIO 2016; KRETSCHMER ET AL. 2016; DANBURY 2016; MOSCON 2019.

nômico⁵⁶⁴, há realmente nele a presunção de um benefício econômico, um ganho social/cultural ou um estímulo à criatividade⁵⁶⁵?

Como esperamos ter demonstrado quanto tratamos de equilíbrio de interesses e domínio público, é falaciosa a afirmação de que direitos de PI serão sempre imprescindíveis para a criatividade e a inovação, especialmente levando em consideração o contexto cultural, a rigidez das normas e a intensidade de proteção⁵⁶⁶.

É de se considerar pouco sensata, portanto, a alegação de que o ônus argumentativo está com quem alega que não se deve proteger as OAGIAs, como parece fazer McCutcheon, ao infirmar que a simples falta de autoria humana em uma obra aparentemente intelectual não seria razão suficiente para se negar a tutela jusautoral⁵⁶⁷. Essa afirmação não desloca o Direito de Autor de sua verdadeira racionalidade de criação de monopólios para formar uma escassez artificial onde ela não existiria naturalmente⁵⁶⁸, motivo pelo qual apenas alguns tipos de obras são protegidos⁵⁶⁹, e pelo qual parte da doutrina considera que o objetivo último do direito autoral é expandir o domínio público criativo⁵⁷⁰.

Não podemos aceitar o risco de naturalizar os direitos de exclusivo como algo intrínseco às criações e inovações, o que entraria em choque direto com todas as principais Teorias de Justificação, e, no limite, criaria uma perigosa confusão na distinção básica entre ideias e expressões. Por isso, concordamos plenamente com James Boyle quando afirma que, na ausência de evidência de ambos os lados, a presunção deve favorecer o domínio público e o ônus da prova fica com aqueles que desejam criar um monopólio legal que direta ou indiretamente

⁵⁶⁴ Há quem expressamente diga que a opção pelo domínio público prejudicaria a visão utilitária, vide HEDRICK 2019, 350.

⁵⁶⁵ Ginsburg, fugindo do dogma dos maximalistas, coloca a resposta dessa questão como condicionante para que se estabeleça uma proteção, vide GINSBURG & BUDIARDJO 2019, 455–56.

⁵⁶⁶ Dentre muitos, lembramos do artigo de E. JOHNSON 2012.

⁵⁶⁷ McCUTCHEON 2013b.

⁵⁶⁸ LEMLEY 2015b, 462.

⁵⁶⁹ RAMALHO 2017a, 18–19.

⁵⁷⁰ HEDRICK 2019, 350.

interfere na livre concorrência, liberdade de expressão e desenvolvimento tecnológico⁵⁷¹.

Mark Perry (Austrália) e Thomas Margoni (professor na Bélgica), citando Michael Heller sobre a tragédia dos anti-baldios e trazendo-a para o contexto das OAGIAs, alegam que a implementação exagerada de direitos de propriedade intelectual está longe de significar efeitos econômicos positivos, especialmente quando esses direitos não são bem delimitados e acabem se justapondo, resultando em mais custos de transação. Essas novas legislações maximizadoras não ajudam a internalizar as externalidades de forma eficiente, podendo levar até a falhas de mercado⁵⁷².

Em 1986, a estadunidense Pamela Samuelson também demonstrou uma preferência pelo caminho da falta de proteção. Ela argumenta que no caso das OAGIAs não está evidente a necessidade de garantir direitos exclusivos, pois o programador já seria recompensado pelo uso comercial do programa e o usuário pode usar o material em domínio público que ele produzir para criar suas próprias obras intelectuais, plenamente tuteladas pelo Direito de Autor⁵⁷³. Ralph Clifford chega à mesma conclusão, fundamentando-se nos objetivos constitucionais dos EUA⁵⁷⁴.

O canadense e professor estadunidense Daniel Gervais segue em caminho similar, reiterando a finalidade do Direito de Autor para o estímulo à criatividade humana, a dificuldade de se atribuir responsabilidade pelas infrações jusautorais realizadas por IAs e o quadro legal existente nos EUA ser profundamente refratário à noção de uma originalidade artificial⁵⁷⁵.

⁵⁷¹ BOYLE 2008, 207. No mesmo sentido, GERVAIS 2020, 2072.

⁵⁷² PERRY & MARGONI 2010, 628.

⁵⁷³ SAMUELSON 1986, 1224–28. Recentemente a teórica publicou curto texto reiterando apenas que, se um direito tiver que ser atribuído, deverá ser ao utilizador da IA, em SAMUELSON 2020.

⁵⁷⁴ CLIFFORD 1997, 1698–1702. O teórico confirmou a mesma posição 20 anos depois, em CLIFFORD 2018.

⁵⁷⁵ GERVAIS 2020.

Rex Shoyama corrobora essas opiniões, adicionando a questão da coerência interna com a lei canadense⁵⁷⁶, no que é corroborado com mais detalhes por Georges Azzaria⁵⁷⁷. O belga Cabay parece ter a mesma preferência, criticando a vulgarização dos bens culturais⁵⁷⁸.

Assim, as teses da necessidade da proteção jusautorai vão se mostrando mais frágeis à medida que se pensa em como um mercado das OAGIAs realmente se desenvolveria. Diante dos parâmetros extremamente abrangentes para que a IA seja considerada uma ferramenta, não se observam maiores obstáculos para que um agente humano transforme criativamente esses conteúdos não tutelados em obras intelectuais propriamente ditas, por meio de interações que poderiam até ser bem simples (por exemplo, escolhas dos dados a serem utilizados ou retoques ao final⁵⁷⁹). Para além da remuneração oriunda dos direitos de propriedade intelectual da própria inteligência artificial, também há diversas formas não restritas aos direitos de autor e conexos para remunerar o desenvolvedor, muito comuns no ambiente digital contemporâneo. Por um lado, encontramos direitos de propriedade intelectual centrados nas relações comerciais, como os segredos de negócio e o regime de concorrência desleal⁵⁸⁰. Por outro, é possível recorrer a instrumentos contratuais para utilizar a IA criativa online, gerar renda por meio de publicidade digital (*ads*), ganhos indiretos de reconhecimento pelo mercado, dentre outras muitas possibilidades.

De maneira mais contundente, podemos nos remeter à conclusão da Sociedade Europeia de Direito de Autor sobre a consulta relativa ao direito de editores da Diretiva MUD, assinada por 15 grandes estudiosos de PI, e que poderia ser transposta para a discussão das OAGIAs:

⁵⁷⁶ SHOYAMA 2005.

⁵⁷⁷ AZZARIA 2018.

⁵⁷⁸ CABAY 2019.

⁵⁷⁹ SHOYAMA 2005, 137.

⁵⁸⁰ Apontando como esses direitos são capazes de suprir as falhas de mercados existentes na tutela de algoritmos e modelos computacionais, cf. DREXL ET AL. 2021, 17.

Pode haver um debate legítimo sobre a natureza mutável dos investimentos e modelos comerciais (...). Mas esta não é, por si só, uma razão válida para a concessão de direitos de propriedade intelectual. Tem havido uma tendência de ver todo o valor gerado como um caso para proteção. (...) Há uma lista potencialmente infinita de atividades geradoras de valor na esfera dos direitos autorais.

Os custos potenciais dos novos direitos de propriedade intelectual normalmente são de dois tipos: preços mais altos e perda de inovação. (...) A recomendação 1 do Relatório Hargreaves diz (2011, p. 8): *“O governo deve assegurar que o desenvolvimento do sistema de propriedade intelectual seja impulsionado, tanto quanto possível, por evidências objetivas. A política deve equilibrar objetivos econômicos mensuráveis com metas sociais e benefícios potenciais para os detentores de direitos contra os impactos sobre os consumidores e outros interesses. Essas preocupações serão de particular importância na avaliação de futuras reivindicações de extensão de direitos ou na determinação de limites desejáveis aos direitos”*.

Os direitos de propriedade intelectual, uma vez criados, provaram ser quase impossíveis de serem abolidos. Em um período de rápidas mudanças tecnológicas e industriais, os padrões de evidência necessários devem ser particularmente altos. Um ponto fundamental diz respeito ao ônus da prova. Qualquer novo direito de propriedade intelectual é susceptível de trazer custos. Esse é o ponto dos direitos, caso contrário, eles não poderiam desempenhar uma função econômica. Alguém precisa pagar. Portanto, cabe aos proponentes de novos direitos mostrar quais são esses custos, quem os suportará, que os custos são necessários e proporcionais, e fornecer provas verificáveis.⁵⁸¹

Para além desses aspectos fundamentais da justificação, várias outras questões pragmáticas são solucionadas de forma mais eficaz: (i) a dificuldade em se distinguir os diferentes tipos de OAGIAs, pois não haveria necessidade de pensar regimes específicos aplicáveis, ca-

⁵⁸¹ KRETSCHMER ET AL. 2016, 8–9. Desenvolvendo o argumento na doutrina, ver BOYLE 2008, 11–16.

bendo apenas ao autor humano demonstrar sua contribuição criativa caso questionado; (ii) a decisão por tutelar as OAGIAs, em um mundo globalizado, precisa fazer parte de uma agenda internacional para não colocar os países que a adotarem em uma desvantagem competitiva⁵⁸²; (iii) é menos provável que resulte em maiores concentrações concorrenciais na indústria criativa⁵⁸³, e o risco ao espaço comum das ideias, resultante de obras tendencialmente infinitas, é suprimido, pois ele será apenas realimentado ciclicamente; (iv) é mais provável que se crie um “mercado paralelo” de OAGIAs, em vez de competição direta com criadores humanos⁵⁸⁴; (v) em um ciclo virtuoso e evitando infrações de obras intelectuais, as próprias obras geradas por IA podem ser largamente usadas por outras IAs para se aprimorarem, sem importar se a finalidade é comercial.

Para finalizar o argumento, não podemos nos restringir apenas ao lado negativo para defender a tese da ausência de proteção. Por isso remetemos novamente ao capítulo 3 para lembrar dos comprovados benefícios, inclusive sob uma perspectiva utilitarista e econômica, do reforço do domínio público. Repudiamos em absoluto posições como a de Celine Dee, ao afirmar, partindo de *topoi* da área de propriedade intelectual notoriamente questionáveis, que a ida dessas obras ao domínio público significaria expô-las a uma “cultura de roubo” e desvalorizar os esforços criativos e inovativos do autor (o que é, curiosamente, bastante contraditório com sua admissão no texto de que não há autor)⁵⁸⁵.

Aceitar que isso é verdade seria simplesmente ignorar todas as várias iniciativas de sucesso que surgiram por fora dos sistemas de Di-

⁵⁸² GINSBURG 2018, 135; SAIZ GARCÍA 2019, 30. Por razão parecida, Guadamuz sugere que se adote a solução britânica, já testada e implementada em diversos países, vide GUADAMUZ 2017, 18–19.

⁵⁸³ Não acreditamos ser possível evitar totalmente o prejuízo àqueles que vivem do Direito de Autor, mas lembramos que o mercado de trabalho em quase todas as profissões será profundamente impactado pela IA. Seria ingênuo pensar que apenas os profissionais dos bens culturais seriam tratados como exceção.

⁵⁸⁴ YANISKY-RAVID 2017, 703; SCHÖNBERGER 2018, 159–60. Isso é uma resposta ao problema de mercado causado por OAGIAs livres de direito de autor, um dos argumentos mais convincentes a favor da proteção segundo GERVAIS 2020, 2066.

⁵⁸⁵ DEE 2018, 36–37.

reito de Autor e, de maneira mais ampla, da PI. Grandes projetos como a Wikipedia ou o navegador Mozilla não foram motivados por direitos intelectuais, muito menos em seu aspecto patrimonial. A explosão e popularização de ações originais na Internet (e o próprio desenvolvimento da rede) serviram para evidenciar como não há uma ligação necessária entre os direitos de exclusivo e a inovação ou a criatividade, e que, não raramente, espaços de utilizações livres cumprem esse papel com mais eficiência⁵⁸⁶. Poderíamos, como um exercício de pensamento, conjecturar que um maximalista de propriedade intelectual fosse responsável por direcionar o desenvolvimento da Internet como tecnologia, substituindo os modelos e alicerces abertos e livres de protocolos e métodos que a caracterizaram⁵⁸⁷. Provavelmente alguns de seus malefícios e inseguranças atuais não existiriam, mas ela muito dificilmente teria o alcance e a capacidade de gerar as melhorias globais que alcançou hodiernamente⁵⁸⁸.

O desequilíbrio de interesses causado pela maximização da proteção jusautorai na última década encontraria nas OAGIAS uma válvula de escape, pela sua potencial oferta de uma grande quantidade de conteúdo para utilização livre e criações novas, de forma juridicamente segura. É do interesse do próprio sistema do Direito de Autor preservar o conceito de originalidade e manter um domínio público fortalecido⁵⁸⁹, pois, como referimos antes, o domínio público é simplesmente a outra face da moeda, cumprindo até funções de evitar um abuso de preços monopolista no mercado⁵⁹⁰.

O suíço Daniel Schönberger aponta com ênfase os benefícios desse caminho⁵⁹¹, no que é acompanhado pela portuguesa (e professora holandesa) Ana Ramalho, que adiciona ainda a alternativa de

⁵⁸⁶ LEMLEY 2015b; BOYLE 2008, 195–98.

⁵⁸⁷ Sobre esses alicerces, ver LEINER & ET AL 2009.

⁵⁸⁸ Esse exercício de pensamento e conclusão são apontados também por BOYLE 2008, 231–35.

⁵⁸⁹ LITMAN 1990, 1019.

⁵⁹⁰ SAMUELSON 2003, 153.

⁵⁹¹ SCHÖNBERGER 2018, 158–73.

criar um “direito do divulgador” das OAGIAs, com base nas regras que permitem a apropriação de obras inéditas, cujo prazo de proteção tenha passado sem publicação (vide o art. 39º do CDADC), permitindo a reapropriação mesmo de obras sem proteção jusautorais⁵⁹².

Já nos posicionamos contrariamente a essa possibilidade de “reapropriação especial” por ferir o coração de um conceito positivo de domínio público e normalizar a sua deterioração⁵⁹³. Ainda assim, cumpre reconhecer que é uma alternativa aceitável e coerente com os variados sistemas de Direito de Autor, capaz de lidar ainda com a crítica de que são necessárias políticas públicas para uma plena utilização livre dessas obras.

⁵⁹² RAMALHO 2017a, 17–20.

⁵⁹³ Em um contexto similar, indicando os riscos ao domínio público resultantes do direito do editor na proposta da Diretiva MUD, ver KELLER 2016.

CONCLUSÃO

Depois das navegações por mares pouco explorados do Direito de Autor, e após constatar que as histórias sobre os assustadores monstros marinhos que habitariam esse espaço serem bastante supervalorizadas, cumpre resumir ao leitor um pequeno relato da viagem realizada.

No período das Revoluções Burguesas vemos surgir na Europa normas parecidas com os direitos de autor modernos em ramos diferentes entre si, principalmente na Inglaterra com o *copyright* e na França com o *droit d'auteur*, enquadrando nessa última família, apesar de existirem diferenças profundas, o *urheberrecht* germânico. Esses sistemas tinham alguma proximidade em sua origem, mas foram gradualmente se distanciando até que a crescente importância da propriedade intelectual nas trocas transnacionais exigiu uma harmonização que foram crescentemente trazendo os bens intelectuais para a categoria de mercadorias, destacando-se, nesse último sentido, os movimentos que culminaram no ADPIC. A União Europeia cumpriu internamente um papel importante nessa harmonização, sob um viés de regras rígidas e fortes para garantir o “alto nível de proteção”, embora recentemente tenha demonstrado uma tendência de reversão e uma maior preocupação cultural.

As Teorias da Justificação da Propriedade Intelectual e do Direito de Autor não são um campo de estudo bem definido e nem têm clara aplicabilidade imediata, mas ajudam a pensar os problemas que se co-

locam às regras jusautorais. Dentre elas, destacam-se: (i) a do Direito Natural, subdividida em (i.1) do Trabalho, na qual criador deve se beneficiar dos frutos de seu labor intelectual e (i.2) da Personalidade, na qual a extensão expressiva do espírito do criador no mundo precisa ser tutelada; (ii) a Utilitária (que busca maximizar a utilidade e o bem da sociedade, muito ligada às análises econômicas); e (iii) a Culturalista, que está ganhando espaço ao aliar aspectos jusnaturalistas ao utilitarismo, tendo bastante espaço para sua adoção em Portugal.

Essa discussão também é terreno fértil para se pensar o equilíbrio de interesses que caracteriza a Propriedade Intelectual, balanceando os desejos e direitos (incluindo os direitos fundamentais) dos diferentes agentes afetados pelo sistema jusautorais, destacando-se a necessária tensão entre a exclusividade de exploração e o interesse (do) público. As análises econômicas, embora tenham inicialmente se mostrado valiosas para justificar direitos intelectuais fortes e promover uma maximização da proteção no advento da sociedade informacional, são hoje excelentes instrumentos da crítica às regras vigentes. Como a formulação das políticas públicas de propriedade intelectual deve preservar o equilíbrio existente, o recurso a regimes diferenciados de tutela é bastante útil, como o dos direitos conexos e *sui generis* que podem melhor compreender o desejo de se proteger o investimento na economia criativa.

Nas transformações comerciais e tecnológicas do Direito de Autor, o domínio público parece ter sido uma vítima, apesar de seu grande potencial para estímulos positivos na sociedade informacional. Estudos empíricos e doutrina construíram uma visão positiva, que ressaltava o enorme valor das utilizações livres, abarcando aspectos sociais e comerciais. Essa visão positiva não é, ainda, tão acatada pelos reguladores. O domínio público foi (e continua sendo) limitado por vários tipos diferentes de regras, sem ter o reconhecimento merecido. No entanto, não podemos vê-lo como uma panaceia, entendendo que ele é apenas um dos muitos elementos que precisam ser trabalhados para se maximizar os níveis de criatividade e inovação na sociedade.

Para nós, as OAGIAs levantam principalmente problemas sobre o conceito de autoria no Direito de Autor. Em primeiro, nota-se que na tradição europeia continental clássica essa noção se confunde com o do criador intelectual, embora não raramente comporte exceções mais ou menos amplas, como no Reino Unido e em Portugal. Está em causa o “princípio do criador”, ventralmente ligado à autoria de pessoa natural. A crítica ao ideal do autor romântico já demonstrou, no entanto, que essa noção está longe de ser fixamente determinada, respondendo às diversas necessidades e interesses de cada contexto, apesar de estar arraigada na estrutura dos direitos de autor.

Diante disso, a análise da originalidade (e da criatividade, aqui considerada como a sua face subjetiva) se torna importante para pensar a possibilidade de tutelar OAGIAs. Esse é um conceito aberto e diversamente entendido nos diferentes ordenamentos nacionais, com escassa definição legal, mas maior densificação pelos tribunais. Nesse ponto também ocorreu uma harmonização global, muito visível nas regras comunitárias da UE, fixando parâmetros baixos para encampar os bens informáticos, o que favorece, *a priori*, uma tutela de obras geradas por computador. Afinal, se não partirmos do pressuposto que a criatividade é uma característica essencialmente humana, o que seria uma afirmação dogmática (visto que não conhecemos bem os nossos processos criativos biológicos), poderia se falar atualmente de uma criatividade artificial, considerando os largos avanços tecnológicos na área e a confusão que as pessoas já fazem entre obras criadas por pessoas naturais e por máquinas.

Ultrapassando esses primeiros questionamentos, alcançamos a dúvida ventral. Para o Direito de Autor, a própria noção de autoria não seria algo intrinsecamente humano? A resposta parece ser positiva, particularmente ao se perceber os direitos de autor como direitos culturais. Em alguns ordenamentos nacionais isso é explícito e claro, mas mesmo na Convenção de Berna e no direito comunitário vemos, em uma interpretação sistemática e às vezes afirmado explicitamente, indícios de um sistema antropocêntrico. Embora a lei portuguesa não seja tão clara nesse ponto, a doutrina não apresenta sérias divergên-

cias em relação à necessidade de autoria humana para que exista uma obra protegida.

Ainda dentro das dúvidas geradas quanto à autoria, poderíamos levantar questões importantes sobre as obras criadas conjuntamente por humanos e por inteligências artificiais, o que não nos parece levantar problemas que as regras atuais não sejam capazes de lidar; a necessidade de algum nível de controle sobre o resultado final da produção criativa, que parece ser um parâmetro interessante desde que considerado com critérios mínimos; e a possibilidade de uma pessoa ocultar a autoria artificial e explorar a obra como se fosse sua ou fosse anônima, o que deve ser adequadamente combatido por meio dos instrumentos sancionatórios já disponíveis.

Ao enquadrar com maior precisão o problema das OAGIAs, discordamos daqueles que pensam que elas não colocam problemas realmente novos, no que somos acompanhados justamente pela explosão do debate acadêmico e institucional sobre o tema. Os novos desenvolvimentos da inteligência artificial (especialmente o aprendizado de máquina profundo e as redes neurais), parecem ter finalmente levado a um ponto no qual se pode falar de uma criação autônoma por uma máquina. Observamos que a esmagadora maioria das obras criadas por IA hoje (e, aparentemente, em um futuro próximo) não são genuínas OAGIAs, mas outras nas quais essa independência nos parece ser visível, como as traduções automatizadas. Lembramos, ainda, do enorme potencial cultural e tecnológico das obras científicas geradas artificialmente.

Definimos inteligência artificial a partir de conceituações institucionais do governo português, da OMPI e da UE, além de adicionar outra que coloca o termo como substantivo. Descrevemos também algumas das mais importantes tecnologias que compõem o campo da IA, e as subdivisões em inteligências artificiais fortes e fracas ou estreitas e gerais. Seguimos para uma explicação sobre os direitos de autor e conexos existentes no funcionamento dessas tecnologias, principalmente nos algoritmos (e programas de computador, que não são a mesma coisa) e nas bases de dados.

Para verticalizar a discussão, introduzimos algumas das possíveis incompatibilidades concretas das OAGIAs com o Direito de Autor. Há um risco concorrencial e jurídico na facilidade de criação de obras novas, “tendencialmente infinitas”. As infrações jusautorais cometidas por essas máquinas criativas são um problema à parte muito mais urgente, alcançando respostas diferentes pelo mundo. Voltamos então à questão da ligação ventral com a autoria humana, explicando porque, mesmo se a autoria não for um direito natural, ela não será facilmente modificável.

Tentando mostrar como os sistemas jurídicos estão concretamente respondendo ao problema, analisamos: dois julgamentos (contraditórios entre si) sobre OAGIAs ocorridos na China; a posição de repúdio à proteção nos EUA; e de aceitação (tornando titular a pessoa que fez os arranjos necessários) do Reino Unido e em outros países do *Commonwealth*; com a exceção da relativamente alta exigência de criatividade à autoria humana na Austrália; a exigência humana para tutela na Holanda, firmada jurisprudencialmente; e um comentário em nota de rodapé no único caso que encontramos em Portugal que diretamente aborda as obras geradas por computador, sugerindo que a proteção seria negada. Comentamos também sobre os indícios já existentes no âmbito da UE, que não fornecem uma resposta clara em relação ao Direito de Autor, mas já firmaram uma posição negativa em relação às patentes de IA inventoras, e sobre as consultas sobre OAGIAs desenvolvidas no âmbito da OMPI.

Finalizando o trabalho, expusemos nossa conclusão sobre as principais propostas de soluções ao problema das OAGIAs. Descartamos as opções por normas que não guardassem ligações diretas com o Direito de Autor, por fugir do âmbito da investigação e por não parecerem adequadas *a priori*. Reiteramos que a IA como mera ferramenta não é uma problemática nova, devendo ser garantida a proteção ao utilizador, e que a atribuição para a própria entidade artificial não encontra quase respaldo algum para ser defendida.

Dentre as propostas mais factíveis, começamos com a abordagem que deseja recompensar o desenvolvimento e uso de IAs criativas.

Subdividimos a atribuição de titularidade ao desenvolvedor ou utilizador (dentre outros titulares possíveis) em duas partes.

A primeira, como se ele fosse o autor, parece ser a opção do Reino Unido (em um meio caminho com um direito conexo), mas negamos que seja uma boa ideia para a tradição continental se basear no instituto *work-for-hire*. O mais adequado, na tradição continental europeia, seria se basear no instituto da obra coletiva para atribuir a obra à pessoa que fosse simultaneamente desenvolvedora e utilizadora, mas, caso isso não fosse possível, deveria ser atribuída à utilizadora, não existindo um caminho adequado no enquadramento como obra feita em colaboração.

A segunda coloca que a pessoa por trás da máquina seria titular de um direito conexo ou *sui generis*, o que é menos disruptivo nos sistemas da tradição continental e permite maior flexibilidade para definir o regime, possibilitando exceções diferenciadas e prazos reduzido, compatíveis com o ciclo de vida econômica útil da massa das OAGIAs. O direito especial do fabricante de dados não nos parece ser capaz de abarcar bem esses tipos de obra, por não proteger a criação de dados em si.

Como última proposta factível, e a de nossa preferência, sugerimos o caminho da ausência de proteção, para que as obras sejam originariamente do domínio público. É uma alternativa imediatamente aplicável e muito mais coerente com os princípios e regras jusautorais vigentes, principalmente na tradição continental. Evita também os diversos custos que podem surgir das reformas legais (que, provavelmente, seriam estruturais), que deveriam seguir critérios elevados de exigência para serem elaboradas. Sob uma perspectiva utilitária, deve-se fugir do equivocado dogma que identifica mais direitos de propriedade intelectual com um maior estímulo à criatividade, observando que no caso específico das OAGIAs não há boas justificativas para se recompensar por direitos de autor o humano envolvido. Somado a isso, devemos reconhecer o potencial do domínio público e das utilizações livres para a economia cultural proveniente das IAs, até como uma forma de balancear os avanços maximalistas recentes. Por

fim, essa solução também resolve razoavelmente os problemas citados durante a dissertação, e permite mais facilmente a harmonização internacional. O domínio público poderia, no limiar da razoabilidade, ser complementado por um direito *sui generis* de divulgação, com um prazo de proteção curto e outras normas específicas, como a exigência de registro.

Agora, se for constatado um benefício em tutelar as OAGIAs por direitos de autor propriamente ditos, parece sensato implementar essa tutela acompanhada de uma mudança na filosofia e principiologia do Direito de Autor – particularmente quando falamos da tradição continental.

Assumindo uma postura de maior coerência, poderíamos promover novas regulações dessa área que explicitamente abandonem o requisito da criatividade subjetiva e, como consequência, o elevado nível de proteção voltado para os criadores intelectuais amplamente considerados⁵⁹⁴. A troca seria por um sistema cujo foco seja a regulação e orientação da economia criativa, inclusive no seu aspecto concorrencial, bebendo na fonte do *copyright*⁵⁹⁵. Mas essa mudança só será legitimada se for acompanhada de uma maior seriedade em relação a estudos que demonstrem quando não há uma falha de mercado a ser suprida, ou quando não há ganhos utilitários comprovados na implementação de novos direitos ou manutenção daqueles já existentes⁵⁹⁶. Ou seja, colocando o Direito de Autor e a propriedade intelectual como instrumentos de moldar o “mercado da informação”, e não simplesmente explorá-lo⁵⁹⁷.

⁵⁹⁴ GINSBURG 2003, 1092.

⁵⁹⁵ DIAS PEREIRA 2008, 117.

⁵⁹⁶ OKEDIJI 2018, 22–23.

⁵⁹⁷ BOYLE 2008, 7.

REFERÊNCIAS

ABBOTT, Ryan. 2016. "I Think, Therefore I Invent: Creative Computers and the Future of Patent Law." *Boston College Law Review* 57 (4): 1079–1126.

ABBOTT, Ryan. 2019. "The Artificial Inventor Project." *WIPO Magazine*, 2019. Disponível em: https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2019/06/article_0002.html. Acesso em: 18 jul. 2020.

ADOLFO, LUIZ GONZAGA SILVA. 2009. "As Teorias Da Propriedade Intelectual e a Possibilidade de Novas Fundamentações Teóricas No Direito Autoral." In *Direito Da Sociedade Da Informação*, v. VIII, 9–51. Coimbra: Coimbra Editora.

AI HLEG. 2019. "A Definition of AI: Main Capabilities and Disciplines." Brussels. Disponível em: <https://ec.europa.eu/digital-single->. Acesso em: 18 jul 2020.

AIPPI. 2019. "Resolution - 2019 Study Question - Copyright in Artificially Generated Works." London.

AKESTER, Patricia. 2019. *Código Do Direito de Autor e Direitos Conexos Anotado*. 2ª. Almedina: Almedina.

ALSTINE, Michael P Van. 2002. "The Costs of Legal Change." *UCLA Law Review* 49 (3): 789–870.

ALVES, Marco Antônio Sousa. 2016. "O Autor Em Questão Em Barthes e Foucault." *Thaumazein: Revista Online de Filosofia* 17 (9): 3–14.

ASCENSÃO, José de Oliveira. 1994. "O Direito de Autor Como Direito Da Cultura." In *II Congresso Ibero Americano de Direito de Autor e Direitos Conexos – Num Novo Mundo Do Direito de Autor? - Tomo II*, 1053–60. Cosmos.

ASCENSÃO, José de Oliveira. 1997. *Direito Autoral*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar.

ASCENSÃO, José de Oliveira. 1999. "O Direito de Autor No Ciberespaço." *RDR* 14: 45–64.

ASCENSÃO, José de Oliveira. 2001. "Parecer Sobre a Proposta de Directiva Relativa à Harmonização de Certos Aspectos Do Direito de Autor e Dos Direitos Conexos Na Sociedade Da Informação." In *Estudos Sobre Direito Da Internet e Da Sociedade Da Informação*, 139–47. Coimbra: Almedina.

ASCENSÃO, José de Oliveira. 2002. "Direito Intelectual, Exclusivo e Liberdade." *Revista ESMAFE* 3: 125–45.

ASCENSÃO, José de Oliveira. 2005. "Direito de Autor versus Desenvolvimento Tecnológico?" In *Estudos Em Memória Do Professor Doutor Antônio Marques Dos Santos*, v. I, 787–95. Coimbra: Almedina.

ASCENSÃO, José de Oliveira. 2006. "Propriedade Intelectual e Internet." In *Direito Da Sociedade Da Informação*, v. VI, 1–25. Coimbra: Coimbra Editora.

ASCENSÃO, José de Oliveira. 2008a. "A Questão Do Domínio Público." In *Estudos de Direitos de Autor e Interesse Público*, edited by Marcos Wachowicz and Manoel J. P. Santos, 14–38. Florianópolis.

ASCENSÃO, José de Oliveira. 2008b. "Direito de Autor Sem Autor e Sem Obra." *Ars Iudicandi: Estudos Em Homenagem Ao Prof. Doutor Castanheira Neves* II: 87–108.

ASCENSÃO, José de Oliveira. 2008c. "O Direito de Autor e a Internet, Em Particular as Recentes Orientações Da Comunidade Europeia." In *Direito Da Sociedade Da Informação VII*, 9–26. Coimbra: Coimbra Editora.

ASCENSÃO, José de Oliveira. 2009. "Dispositivos Tecnológicos de Proteção, Direitos de Acesso e Uso Dos Bens." In *Direito Da Sociedade Da Informação*, v. VIII, 101–22. Coimbra: Coimbra Editora.

ASCENSÃO, José de Oliveira. 2012a. "Digitalização, Preservação e Acesso Ao Patrimônio Cultural Imaterial." In *Direito Da Sociedade de Informação e Propriedade Intelectual*, edited by Marcos Wachowicz. Curitiba: Juruá.

ASCENSÃO, José de Oliveira. 2012b. *Direito Civil - Direito de Autor e Direitos Conexos*. 1ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora.

AZZARIA, Georges. 2018. "Intelligence Artificielle et Droit d'auteur: L'hypothèse d'un Domaine Public Par Défaut." *Les Cahiers de Propriété Intellectuelle* 30 (3): 925–46.

BALDIA, Sonia. 2013. "The Transaction Cost Problem in International Intellectual Property Exchange and Innovation Markets." *Northwestern Journal of International Law and Business*. 34: 1–52.

BARBOSA, Denis Borges. 2011a. "O Domínio Do Publico." *Revista Eletrônica Do IBPI* 6: 1–32.

BARBOSA, Denis Borges. 2011b. “Uma Economia Do Direito Autoral.” http://www.unctad.org/en/docs/ditc20082cer_en.pdf.

BARBOSA, Mafalda Miranda. 2017. “Inteligência Artificial, e-Persons e Direito: Desafios e Perspectivas.” *Revista Juridica Luso-Brasileira* 3 (6): 1475–1503.

BATHAEE, Yavar. 2018. “The Artificial Intelligence Black Box and the Failure of Intent and Causation.” *Harvard Journal of Law & Technology* 31 (2): 889–938.

BEER, Jeremy de. 2016. “Evidence-Based Intellectual Property Policymaking: An Integrated Review of Methods and Conclusions.” *Journal of World Intellectual Property* 19 (5–6): 150–77.

BENKLER, Yochai. 1999. “Free As the Air to Common Use: First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain.” *New York University Law Review* 74: 354–446.

BENTLY, Lionel. 1994. “Review: Copyright and the Death of the Author in Literature and Law.” *The Modern Law Review* 57 (6): 973–86. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/j.1468-2230.1994.tb01989.x>.

BENTLY, Lionel; SHERMAN, Brad. 2018. *Intellectual Property Law*. 5th ed. Oxford: Oxford University Press.

BOGSCH, Arpad. 1986. “The First Hundred Years of the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works.” In *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works from 1886 to 1986*, 11–80. Geneva: International Bureau of Intellectual Property.

BOIS, Mikhalien du. 2018. “Justificatory Theories for Intellectual Property Viewed through the Constitutional Prism.” *Potchefstroom Electronic Law Journal* 21.

BOLDRIN, Michele; LEVINE, David. 2013. “What’s Intellectual Property Good For?” *Revue Économique* 64 (1): 29–53.

BOND, Toby; BLAIR, Sarah. 2019. “Editorial: Artificial Intelligence & Copyright: Section 9(3) or Authorship without an Author.” *Journal of Intellectual Property Law and Practice* 14 (6): 423.

BORGES BARBOSA, Denis. 2009. “Do Requisito de Originalidade Nos Desenhos Industriais: A Perspectiva Brasileira.” Disponível em: http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/novidades/do_requisito_originalidade.pdf. Acesso em: 09 ago. 2020.

BOYDEN, Bruce E. 2016. “Emergent Works.” *Columbia Journal of Law & Arts* 39: 377–94.

BOYLE, James. 2008. *The Public Domain: Enclosing the Commons of the Mind*. The Public Domain: Enclosing the Commons of the Mind. London: Yale University Press.

BRANCO, Sérgio. 2011. *O Domínio Público No Direito Autoral Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

BREYER, Stephen. 1970. "The Uneasy Case for Copyright: A Study of Copyright in Books, Photocopies, and Computer Programs." *Harvard Law Review*. Vol. 84.

BREYER, Stephen. 2011. "The Uneasy Case for Copyright: A Look Back across Four Decades." *George Washington Law Review* 79 (6): 1635–43.

BRIDY, Annemarie. 2012. "Coding Creativity: Copyright and the Artificially Intelligent Author." *Stanford Technology Law Review* 5 (2000): 1–28.

BRIDY, Annemarie. 2016. "The Evolution of Authorship: Work Made by Code." *Columbia Journal of Law & Arts* 39: 395–401.

BRYSON, Joanna J.; DIAMANTIS, Mihailis E.; GRANT, Thomas D. 2017. "Of, for, and by the People: The Legal Lacuna of Synthetic Persons." *Artificial Intelligence and Law* 25 (3): 273–91.

BUCCAFUSCO, Christopher J.; PAUL J. Heald. 2013. "Do Bad Things Happen When Works Enter the Public Domain?: Empirical Tests of Copyright Term Extension." *Berkeley Technology Law Journal* 28 (1): 1–43.

CABAY, Julien. 2019. "Mort Ou Résurrection de l'auteur? À Propos de l'intelligence Artificielle et de La Propriété Intellectuelle." *Revue de La Faculté de Droit de l'Université de Liège* 1: 179–90.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. 2003. *Direito Constitucional e Teoria Da Constituição*. 7 ed. Almedina.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. 2004. "Liberdade e Exclusivo Na Constituição." In *Estudos Sobre Direitos Fundamentais*, 217–32. Coimbra: Almedina.

CARBONI, Guilherme. 2015. "Direitos Autorais e Novas Formas de Autoria: Processos Interativos, Meta-Autoria e Criação Colaborativa." *Revista de Mídia e Entretenimento* I (1): 26.

CARVALHO, Orlando de. 1994. "Direito de Personalidade de Autor." In *Num Novo Mundo Do Direito de Autor? II Congresso Ibero-Americano de Direito de Autor e Direitos Conexos, Tomo II*. Lisboa: Edições Cosmos.

CASTELLS I MARQUÈS, Marina. 2019. "Cocreación Artística Entre Humanos y Sistemas de Inteligencia Artificial." In *Nuevos Desafíos Para El Derecho de Autor*, edited by Susana Navas Navarro, 47–74. Madrid: REUS Editorial.

CASTELLS, Manuel. 2009. *A Sociedade Em Rede*. Vol. I. São Paulo: Paz & Terra.

CHANDER, Anupam; SUNDER, Madhavi. 2004. "The Romance of the Public Domain." *California Law Review*.

CIANI, Jacopo. 2019. "Learning from Monkeys: Authorship Issues Arising from AI Technology." In *Progress in Artificial Intelligence*, edited by Paulo Moura Oliveira, Paulo Novais, and Luís Paulo Reis, 275–86. Vila Real: Springer.

CLIFFORD, Ralph. 1997. "Intellectual Property in the Era of the Creative Computer Program." *Tulane Law Review* 71: 1675–1703.

CLIFFORD, Ralph. 2018. "Creativity Revisted." *IDEA* 59 (1): 25–39.

COCK BUNING, Madeleine de. 2016. "Autonomous Intelligent Systems as Creative Agents under the EU Framework for Intellectual Property." *European Journal of Risk Regulation* 7 (2): 310–22.

COCK BUNING, Madeleine de. 2018. "Artificial Intelligence and the Creative Industry: New Challenges for the EU Paradigm for Art and Technology by Autonomous Creation." In *Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence*, 511–35. Edward Elgar Publishing Ltd.

COMISSÃO EUROPEIA. 2020. "Livro Branco Sobre a Inteligência Artificial - Uma Abordagem Europeia Virada Para a Excelência e a Confiança." COM(2020) 65 Final. Disponível em: <https://op.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/ac957f13-53c6-11ea-aece-01aa75ed71a1>. Acesso em: 17 jun. 2020.

CONTU. 1978. "Final Report on the National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works." Washington. Disponível em: <http://tech-insider.org/intellectual-property/research/acrobat/780731.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2020.

CRAGLIA, Max. 2018. "Artificial Intelligence - A European Perspective." Luxembourg: Publications Office of the European Union.

DANBURY, Richard. 2016. "Is an EU Publishers' Right a Good Idea?" Cambridge.

DEE, Celine Melanie. 2018. "Examining Copyright Protection of AI-Generated Art." *Delphi - Interdisciplinary Review of Emerging Technologies* 1 (1): 31–37.

DENICOLA, Robert C. 2016. "Ex Machina: Copyright Protection for Computer Generated Works." *Rutgers University Law Review* 69: 251–87.

DEVARAPALLI, Pratap. 2018. "Machine Learning to Machine Owning: Redefining the Copyright Ownership from the Perspective of Australian, US, UK and EU Law." *European Intellectual Property Review* 40 (11): 722–28.

DIAS PEREIRA, Alexandre Libório. 1999. "Internet, Direito de Autor e Acesso Reservado," 263–73. <http://europa.eu.int>.

DIAS PEREIRA, Alexandre Libório. 2001a. *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital*. Stvdia Iur. Coimbra: Coimbra Editora.

DIAS PEREIRA, Alexandre Libório. 2001b. "Patentes De Software: Sobre a Patenteabilidade Dos Programas de Computador." In *Direito Industrial*, edited by APDI, I:385–429. Coimbra: Almeidna.

DIAS PEREIRA, Alexandre Libório. 2002. "Arte, Tecnologia e Propriedade Intelectual." *Revista Da Ordem Dos Advogados* Ano 62 (II): 467–85.

DIAS PEREIRA, Alexandre Libório. 2008. *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*. Coimbra: Almedina.

DIAS PEREIRA, Alexandre Libório. 2011a. "Licenças de Bens Informáticos (Software e Bases de Dados)." *Revista Da ABPI* 250 (110): 23–32.

DIAS PEREIRA, Alexandre Libório. 2011b. "Pirataria e Cópia Privada." In *Direito Da Sociedade Da Informação, Vol. IX*, 125–38. Coimbra: Coimbra Editora.

DIAS PEREIRA, Alexandre Libório. 2012. "Arquivos e Bibliotecas Digitais: Os Direitos Autorais e a Sentença Google." *Revista Eletrônica Do INPI*, no. 7: 337–56.

DIAS PEREIRA, Alexandre Libório. 2019a. "A Modernização Do Direito de Autor Na União Europeia." In *Direito Da Propriedade Intelectual e Novas Tecnologias, Vol. I*, 39–57. Coimbra: Gestlegal.

DIAS PEREIRA, Alexandre Libório. 2019b. "A Proteção Jurídica de Software Executados Por Robots (e Obras Geradas Por I.A.)." In *Direito Da Propriedade Intelectual e Novas Tecnologias, Vol. I*, 25–37. Coimbra: Gestlegal.

DIAS PEREIRA, Alexandre Libório. 2019c. "Fair Use e Direitos de Autor (Entre a Regra e a Exceção)." In *Direito Da Propriedade Intelectual e Novas Tecnologias, Vol. I*, 465–84. Coimbra: Gestlegal.

DÍAZ-NOCI, Javier. 2020. "Artificial Intelligence Systems-Aided News and Copyright: Assessing Legal Implications for Journalism Practices." *Future Internet* 12 (5).

DÍAZ LIMÓN, Jaime Alberto. 2016. "Daddy's Car: La Inteligencia Artificial Como Herramienta Facilitadora de Derechos de Autor." *Revista La Propiedad Inmaterial*, no. 22 (December): 83.

DICKENSON, Julia; MORGAN, Alex; CLARK, Birgit. 2017. "Creative Machines: Ownership of Copyright in Content Created by Artificial Intelligence Applications." *European Intellectual Property Review* 39 (8): 457–60.

JOSEF, Drexl *et al.* 2021. "Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 9 April 2021 on the Current Debate." 21–10. MPIIC Research Papers. Munich.

DUSOLLIER, Séverine. 2010. "Scoping Study on Copyright and the Related Rights Ant the Public Domain," no. August.

DUSOLLIER, Séverine. 2015. "Inclusivity in Intellectual Property." *Intellectual Property and General Legal Principles: Is IP a Lex Specialis?*, no. January 2015: 101–18.

EPSTEIN, Richard A. 2010. "The Disintegration of Intellectual Property? A Classical Liberal Response to a Premature Obituary." *Stanford Law Review* 62 (2): 455–521.

ERICKSON, Kristofer. 2016. "Defining the Public Domain in Economic Terms - Approaches and Consequences for Policy." *Etikk i Praksis* 10 (1): 61–74.

ERICKSON, Kristofer *et al.* 2015. "Copyright and the Value of the Public Domain." Newport. www.ipo.gov.uk.

EUIPO. 2017. "Derivative Use of Public Domain Content — Film Industry Focus."

EUROPEAN UNION. 2020. "Second Session Statement of the European Union and Its Member States on the Revised Issues Paper on Intellectual Property Policy and Artificial Intelligence." Geneva. Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/european-data->. Acesso em: 10 out. 2020.

FAGGELLA, Daniel. 2018. "What Is Artificial Intelligence? An Informed Definition." EMERJ. December 21, 2018. Disponível em: <https://emerj.com/ai-glossary-terms/what-is-artificial-intelligence-an-informed-definition/>. Acesso em: 03 jul. 2020.

FELLMETH, Aaron X. 2019. "Uncreative Intellectual Property Law." *Texas Intellectual Property Law Journal* 27 (1): 51–104.

- FHIMA, Ilanah. 2019. "The Public Domain." *Intellectual Property Quarterly* 1: 1–24.
- FISHER, Robbert *et al.* 2018. "Study in Support of the Evaluation of Directive 96/9/EC on the Legal Protection of Databases." Luxembourg.
- FISHER, William. 1987. "Theories of Intellectual Property." Disponível em: <http://www.law.harvard.edu/faculty/tfisher/iptheory.html>. Acesso em: 28 jul. 2020.
- FISHER, William. 2015. "CopyrightX: Lecture 2.2, Fairness and Personality Theories: Fairness." January 16, 2015. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=HYJuhPf9s5k>. Acesso em: 28 jul. 2020.
- FISHER, William. 2016. "Recalibrating Originality." *Houston Law Review* 54 (2): 243–58.
- FISHER, William. 2017. "Comparing Alternative Solutions to the Public-Goods Problem." Berkman Klein Center. November 2017. Disponível em: <https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/IP/Solutions.html>. Acesso em: 11 ago. 2020.
- FRAGOSO, João H. da Rocha. 2009. *Direito Autoral – Da Antiguidade à Internet*. São Paulo: Quartier Latin.
- GEIGER, Christophe; BULAYENKO, Oleksandr; FROSIO, Giancarlo. 2016. "Opinion of the Ceipi on the European Commission's Copyright Reform Proposal." 2016–01. CEIPI Research Paper. Strasbourg.
- GEIGER, Christophe; IZYUMENKO, Elena. 2018. "Intellectual Property before the European Court of Human Rights." 2018–01. CEIPI Studies Research Paper. Strasbourg.
- GERVAIS, Daniel. 2020. "The Machine as Author." *Iowa Law Review* 105 (5): 2053–2106.
- GINSBURG, Jane C. 1990. "Creation and Commercial Value: Copyright Protection of Works of Information." *Law Review*. Vol. 90.
- GINSBURG, Jane C. 2003. "The Concept of Authorship in Comparative Copyright Law." *DePaul L. Rev* 52 (4): 1063–92.
- GINSBURG, Jane C. 2005. "Essay - How Copyright Got a Bad Name For Itself." *SSRN Electronic Journal* 26 (1). Dishttps://doi.org/10.2139/ssrn.342182.
- GINSBURG, Jane C. 2006. "'Une Chose Publique'? The Author's Domain and the Public Domain in Early British, French and Us Copyright Law." *Cambridge Law Journal* 65 (3): 636–70.

GINSBURG, Jane C. 2018. "People Not Machines: Authorship and What It Means in the Berne Convention." *IIC International Review of Intellectual Property and Competition Law* 49 (2): 131–35.

GINSBURG, Jane C; BUDIARDJO, Luke Ali. 2019. "Authors and Machines." *Berkeley Technology Law Journal* 34: 342–456.

GOLDSMITH, Jack L. 1999. "Against Cyberanarchy." *University of Chicago Law Review* 65 (4): 1199.

GOLDSTEIN, Paul; HUGENHOLTZ, Bernt. 2019. *International Copyright: Principles, Law and Practice*. 4ª ed. Oxford: Oxford University Press.

GOMPEL, Stef Van. 2017. "Copyright, Doctrine and Evidence-Based Reform." *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law* 8: 304–10.

GOMPEL, Stef Van; LAVIK, Erlend. 2013. "Quality, Merit, Aesthetics and Purpose: An Inquiry into EU Copyright Law's Eschewal of Other Criteria than Originality." *Revue Internationale Du Droit d'Auteur*, no. 236: 100–295.

GONÇALVES, Lukas Ruthes. 2019. "A Tutela Jurídica de Trabalhos Criativos Feitos Por Aplicações de Inteligência Artificial No Brasil." Curitiba: UFPR.

GPAN IA. 2019. "Orientações Éticas Para Uma IA de Confiança." Bruxelas. Disponível em: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d3988569-0434-11ea-8c1f-01aa75ed71a1/language-pt/format-PDF>. Acesso em: 14 ago. 2020.

GRAU-KUNTZ, Karin. 2011. "Domínio Público e Direito de Autor Do Requisito Da Originalidade Como Contribuição Reflexivo-Transformadora." *Revista Eletronica Do IBPI*, no. 2011: 5–67.

GRIMMELMANN, James. 2016a. "Copyright for Literate Robots." *Iowa Law Review* 101: 657–81.

GRIMMELMANN, James. 2016b. "There's No Such Thing as a Computer-Authored Work-And It's a Good Thing, Too." *Columbia Journal of Law & Arts* 403: 39.

GROTHAUS, Michael. 2018. "An AI Can Now Write Its Own Code." Fast Company. April 27, 2018. Disponível em: <https://www.fastcompany.com/40564859/an-ai-can-now-write-its-own-code>. Acesso em: 07 abr. 2021.

GUADAMUZ, Andres. 2014. "Comparative Analysis of National Approaches on Voluntary Copyright Relinquishment." *Committee on Development and Intellectual Property*. Geneva.

GUADAMUZ, Andres. 2016. "The Monkey Selfie: Copyright Lessons for Originality in Photographs and Internet Jurisdiction." *Internet Policy Review* 5 (1).

GUADAMUZ, Andres. 2017. "Do Androids Dream of Electric Copyright? Comparative Analysis of Originality in Artificial Intelligence Generated Works." *Intellectual Property Quarterly* 2 (June).

GUADAMUZ, Andres. 2019a. "Robots Behaving Badly: Copyright Liability in the Age of Artificial Intelligence." Curitiba: XIV Seminário Internacional - Propriedade Intelectual e Sociedade Informacional.

GUADAMUZ, Andres. 2019b. "Using Creative Commons Images to Train Artificial Intelligence." TechnoLlama. March 13, 2019.

GUADAMUZ, Andres. 2020. "Can Someone Copyright Every Possible Melody?" TechnoLlama. 2020.

GUDKOV, Aleksei. 2020. "Robot on the Shoulders of Humans." *Journal of World Intellectual Property* 23 (5–6): 759–76.

HÄBERLE, Peter. 2016. "Constituição 'Da Cultura' e Constituição 'Como Cultura': Um Projeto Científico Para o Brasil." *Revista Da Defensoria Pública Da União* 13 (2008): 9–32.

HÄRKÖNEN, Heidi. 2020. "Fashion Piracy and Artificial Intelligence—Does the New Creative Environment Come with New Copyright Issues?" *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 15 (3): 163–72.

HARTMANN, Christian *et al.* 2020. "Trends and Developments in Artificial Intelligence. Challenges to the Intellectual Property Rights Framework." Brussels. Disponível em: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/trends-and-developments-artificial-intelligence-challenges-intellectual-property-rights-0>. Acesso em: 18 abr. 2021

HE, Kan. 2019. "Feilin v. Baidu: Beijing Internet Court Tackles Protection of AI/Software-Generated Work and Holds That Copyright Only Vests in Works by Human Authors - The IPKat." The IPKat. 2019. Disponível em: <https://ipkitten.blogspot.com/2019/11/feilin-v-baidu-beijing-internet-court.html>. Acesso em: 15 ago. 2021.

HE, Kan. 2020. "Another Decision on AI-Generated Work in China: Is It a Work of Legal Entities? - The IPKat." The IPKat. 2020. Disponível em: <https://ipkitten.blogspot.com/2020/01/another-decision-on-ai-generated-work.html>. Acesso em: 15 ago. 2021.

HEDRICK, Samantha Fink. 2019. "I 'Think,' Therefore I Create: Claiming Copyright in the Outputs of Algorithms." *Journal of Intellectual Property & Entertainment Law* 8 (2): 324–75.

HETTINGER, Edwin C. 1989. "Justifying Intellectual Property." *Philosophy & Public Affairs* 18 (1): 31–52.

HOEREN, Thomas. 2006. "Access Right as a Postmodern Symbol of Copyright Deconstruction?" In *Direito Da Sociedade Da Informação, Vol. VI*, 9–27. Coimbra: Coimbra Editora.

HRISTOV, Kalin. 2017. "Artificial Intelligence and the Copyright Dillema." *IDEA* 57 (3): 341.

HUANG, Hui. 2009. "On Public Domain in Copyright Law." *Frontiers of Law in China* 4 (2): 178–95.

HUGENHOLTZ, Bernt. 2014. "Is Harmonization a Good Thing? The Case of the Copyright Acquis." In *The Europeanization of Intellectual Property Law*, 57–74.

HUGENHOLTZ, Bernt. 2016. "Something Completely Different: Europe's Sui Generis Database Right." In *The Internet and the Emerging Importance of New Forms of Intellectual Property*, edited by Daniel Gervais and Susy Frankel, 37:205–22. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer.

HUGENHOLTZ, Bernt. 2017. "The 'Data Producer's Right': Unwelcome Guest in the House of IP - Kluwer Copyright Blog." Kluwer Copyright Blog. August 25, 2017. <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2017/08/25/data-producers-right-unwelcome-guest-house-ip/>.

IGLESIAS, Maria; SHAMUILIA, Sharon; ANDERBERG, Amanda. 2019. "Intellectual Property and Artificial Intelligence - A Literature Review." Edited by Publications Office of the European Union. Luxembourg:

INFOJUSTICE EDITORS. 2020. "The TRIPS Council on 15-16 October Should Agree to Extend the Transition Period That Exempts Least Developed Countries from Implementation of the WTO TRIPS Agreement | Infojustice." Infojustice. October 7, 2020. Disponível em: <http://infojustice.org/archives/42666>. Acesso em: 25 mar. 2021.

JASZI, Peter. 1991. "Toward a Theory of Copyright: The Metamorphoses of 'Authorship.'" *Duke Law Journal* 1991: 455–502.

JOHNSON, David R.; POST, David. 1996. "Law and Borders - The Rise of Law in Cyberspace." *Stanford Law Review* 48 (5): 1367–1402.

JOHNSON, Eric. 2012. "Intellectual Property and the Incentive Fallacy." *Florida State University Law Review* 39: 623–80.

JONES, Meg Leta. 2018. "Does Technology Drive Law? The Dilemma of Technological Exceptionalism in Cyberlaw." *Journal of Law, Technology & Policy* 2018 (2): 249–84.

KAMINSKI, Margot E. 2017. "Authorship, Disrupted: AI Authors in Copyright and First Amendment Law." *UC Davis Law Review* 51 (17): 589–616.

KELLER, Paul. 2016. "The Proposed Publishers Right Is an Attack on the Public Domain - International Communia Association." Communia. January 6, 2016. Disponível em: <https://www.communia-association.org/2017/01/06/proposed-publishers-right-attack-public-domain/>. Acesso em: 27 jul. 2020.

KHAOSAENG, Khanuengnit. 2019. "The Conflicts between Copyright and the Norms of Online Re-Creations: An Empirical Analysis." *Asean Journal of Legal Studies* 2 (111–126).

KÖBIS, Nils; MOSSINK, Luca D. 2021. "Artificial Intelligence versus Maya Angelou: Experimental Evidence That People Cannot Differentiate AI-Generated from Human-Written Poetry." *Computers in Human Behavior* 114 (January).

KORINEK, Anton; STIGLITZ, Joseph. 2017. "Artificial Intelligence and Its Implications for Income Distribution and Unemployment." *NBER Chapters*, 349–90.

KRETSCHMER, Martin *et al.* 2016. "The European Commission's Public Consultation on the Role of Publishers in the Copyright Value Chain: A Response by the European Copyright Society." 2016/09. CREATE Working Paper.

KURZWEIL, Raymond. 1985. "What Is Artificial Intelligence Anyway?" *American Scientist* 73 (3): 258–64.

LAMBERT, Paul. 2017. "Computer Generated Works and Copyright: Selfies, Traps, Robots, AI and Machine Learning." *European Intellectual Property Review* 39 (1): 12–20.

LANA, Pedro de Perdigão. 2019. "A Questão Da Autoria Em Obras Produzidas Por Inteligência Artificial." *Estudos Doutorado & Mestrado*. Coimbra: Instituto Jurídico da FDUC.

LANA, Pedro de Perdigão; FRANCO, Bruno Henrique Kons. 2018. "Automatização Das Decisões Judiciais: Inteligência Artificial, Teoria Do Direito e Lógica." In *Direito, Tecnologia e Controle*, edited by Eneida Desiree Salgado, 33–59. Curitiba: Íthala.

LANA, Pedro de Perdigão; GONÇALVES, Lukas Ruthes. 2019. "A Autoria de Obras Tuteláveis Pelo Direito Autoral Por Aplicações de Inteligência Artificial No Direito Brasileiro e Português." In *Novos Direitos Intelectuais: Estudos Luso-Brasileiros Sobre Propriedade Intelectual, Inovação e Tecnologia.*, edited by Marcos Wachowicz, Alexandre Libório Dias Pereira, and Pedro de Perdigão Lana, 35–62. Curitiba: GEDAI.

LANDES, William M; POSNER, Richard A. 1989. "An Economic Analysis of Copyright Law." In *The Journal of Legal Studies*, 18:325–63.

LANGE, David. 1981. "Recognizing the Public Domain." *Law and Contemporary Problems*. Vol. 44.

LAUBER-RÖNSBERG, Anne; HETMANK, Sven. 2019. "The Concept of Authorship and Inventorship under Pressure: Does Artificial Intelligence Shift Paradigms?" *Journal of Intellectual Property Law and Practice* 14 (7): 570–79.

LEINER, Barry M. *et al.* 2009. "A Brief History of the Internet." *ACM SIGCOMM Computer Communication Review* 39 (05): 22–31.

LEITE, Eduardo Lycurgo. 2004. *As Justificativas Para a Proteção Do Direito Autoral*. Brasília: Brasília Jurídica.

LEMLEY, Mark. 2015a. "Faith-Based Intellectual Property." *UCLA Law Review* 62: 1328–46.

LEMLEY, Mark. 2015b. "IP in a World Without Scarcity." *NYU Law Review* 90: 460–515.

LESSIG, Lawrence. 2004. *Cultura Livre: Como a Mídia Usa a Tecnologia e a Lei Para Barrar a Criação Cultural e Controlar a Criatividade*.

LESSIG, Lawrence. 2008. *Remix*. London: Bloomsbury. Disponível em: <https://textbookequity.org/Textbooks/Remix.pdf>. Acesso em: 15 maio 2020.

LESSIG, Lawrence. 2013. "Re-Crafting a Public Domain." *Yale Journal of Law & the Humanities* 18 (3): 56–84.

LITMAN, Jessica D. 1990. "The Public Domain." *Emory Law Journal* 39: 965–1023.

LIU, Deming. 2018. "Forget the Monkey Copyright Nonsense for Goodness Sake, Dude!" *European Intellectual Property Review* 40 (1): 61–65.

LUCAS, André. 2011. "Moral Right in France: Towards a Pragmatic Approach." *Blaca*. Disponível em: [http://www.blaca.org/Moral right in France by Professor Andre Lucas.pdf](http://www.blaca.org/Moral%20right%20in%20France%20by%20Professor%20Andre%20Lucas.pdf). Acesso em: 29 abr. 2020.

MACAULAY, Thomas. 1841. "First Speech to the House of Commons on Copyright." First Speech to the House of Commons on Copyright. February 6, 1841. Disponível em: <https://www.thepublicdomain.org/2014/07/24/macaulay-on-copyright/>. Acesso em: 19 jul. 2020.

MACHLUP, Fritz. 1958. "An Economic Review of the Patent System." Washington. Disponível em: [https://cdn.mises.org/An Economic Review of the Patent System_Vol_3_3.pdf](https://cdn.mises.org/An_Economic_Review_of_the_Patent_System_Vol_3_3.pdf). Acesso em: 20 ago. 2020.

MADRIGAL, Alexis. 2020. "The Hard Drive With 68 Billion Melodies." The Atlantic. February 25, 2020. Disponível em: <https://www.theatlantic.com/technology/archive/2020/02/whats-the-point-of-writing-every-possible-melody/607120/>. Acesso em: 24 jul. 2020.

MARGONI, Thomas. 2018. "Artificial Intelligence, Machine Learning and EU Copyright Law: Who Owns AI?" *CREATE Working Paper*. Vol. 12. CREATE.

MARTINS, Ana Guerra. 2014. *Manual de Direito Da União Europeia*. 2ª ed. Coimbra: Almedina.

MCCARTHY, John *et al.* 1955. "A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence." Vol. August, 31. Disponível em: <http://jmc.stanford.edu/articles/dartmouth/dartmouth.pdf>. Acesso em: 29 maio 2020.

MCCUTCHEON, Jani. 2013a. "Curing the Authorless Void: Protecting Computer-Generated Works Following Ictv and Phone Directories." *Melbourne University Law Review* 37 (1): 46–102.

MCCUTCHEON, Jani. 2013b. "The Vanishing Author in Computer-Generated Works: A Critical Analysis of Recent Australian Case Law." *Melbourne University Law Review* 36 (3): 915–69.

MENELL, Peter S. 2003. "Intellectual Property: General Theories." *Levine's Working Paper Archive* 1600: 129–88.

MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. 2018. *Direito de Autor*. Coimbra: Almedina.

MERGES, Robert P. 2012. *Justifying Intellectual Property*. *Justifying Intellectual Property*. Cambridge: Harvard University Press.

MERGES, Robert P. 2004. "A New Dynamism in the Public Domain." *University of Chicago Law Review*. Vol. 71. Winter.

MICHAUX, Benoît. 2018. "Singularité Technologique, Singularité Humaine et Droit d'auteur." In *Droit, Normes et Libertés Dans Le Cybermonde*, edited by Cécile de Terwangne, Elise Degrave, and Séverine Dusollier, 401–16. Bruxelles: Larcier.

MILLER, Arthur R. 1993. "Copyright Protection for Computer Programs, Databases, and Computer-Generated Works: Is Anything New Since CONTU?" *Harvard Law Review* 106 (5): 977–1073.

MIRANDA, Jorge. 2006. "Notas Sobre Cultura , Constituição e Direitos Culturais." *O Direito* 138 (IV): 1–25.

MOORE, Adam. 2015. "Lockean Foundations for Intellectual Property." *WIPO Journal Special Issue* 7: 29–40.

MOSCON, Valentina. 2019. "Use and Abuse of Neighbouring Rights and the Growing Need for a Sound Understanding: The Case of Online News Protection in Europe." In *The Object and Purpose of Intellectual Property*, 308–32. Edward Elgar Publishing Ltd.

NAVARRO, Susana Navas. 2019. "Creación Original e Inteligencia Artificial." In *Nuevos Desafíos Para El Derecho de Autor*, edited by Susana Navas Navarro, 27–45. Madrid: REUS Editorial.

NETANEL, Neil Weinstock. 1993. "Copyright Alienability Restrictions and the Enhancement of Author Autonomy: A Normative Evaluation." *Rutgers Law Journal* 24 (2): 347–442.

NIMMER, David. 1995. "The End of Copyright." *Vanderbilt Law Review* 48 (2): 1385–1420.

NOLL, A. Michael. 1995. "The Beginnings of Computer Art in the United States: A Memoir." *Computers and Graphics*. Vol. 19.

NORDEMANN, Jan Bernd. 2019. "AIPPI: No Copyright Protection for AI Works without Human Input, but Related Rights Remain - Kluwer Copyright Blog." Kluwer Copyright Blog. November 29, 2019. Disponível em: <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2019/11/21/aippi-no-copyright-protection-for-ai-works-without-human-input-but-related-rights-remain/>. Acesso em: 14 ago. 2020.

O'CONNELL, Aislinn. 2018. "Monkeys Do Not Have Standing under US Copyright Act." *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 13 (8): 605–7.

OKEDIJI, Ruth. 2018. "Copyright Markets and Copyright in the Fourth Industrial Era: Reconfiguring the Public Benefit for a Digital Trade Economy." Geneva: International Centre for Trade and Sustainable Development.

OKEDIJI, Ruth. 2019. "Traditional Knowledge and the Public Domain in Intellectual Property." In *Intellectual Property and Development: Understanding the Interfaces*, edited by X. Seuba and C. Correa, 1–431. Singapore: Springer Singapore.

OKORIE, Chijioke. 2021. "Artificial Intelligence System as Inventor in South African Patent Application: The Case of DABUS - The IPKat." IPKitten. August 16, 2021. Disponível em: <https://ipkitten.blogspot.com/2021/08/artificial-intelligence-system-as.html>. Acesso em: 17 ago. 2021.

PAGALLO, Ugo. 2018a. "Apples, Oranges, Robots: Four Misunderstandings in Today's Debate on the Legal Status of AI Systems." *Philosophical Transactions of the Royal Society A: Mathematical, Physical and Engineering Sciences* 376 (2133).

PAGALLO, Ugo. 2018b. "Vital, Sophia, and Co.-The Quest for the Legal Personhood of Robots." *Information (Switzerland)* 9 (9): 230–40.

PAVLO, Andrew *et al.* 2019. "External vs. Internal: An Essay on Machine Learning Agents for Autonomous Database Management Systems." *IEEE Bulletin* 42 (2): 32–46.

PEARLMAN, Russ. 2018. "Recognizing Artificial Intelligence (AI) as Authors and Inventors under U.S. Intellectual Property Law." *Richmond Journal of Law & Technology* 24 (2): 1–38.

PEELER, Calvin D. 1999. "From the Providence of Kings to Copyrighted Things (and French Moral Rights)." *Indiana International & Comparative Law Review* 9 (2): 423–56.

PERRY, Mark; MARGONI, Thomas. 2010. "From Music Tracks to Google Maps: Who Owns Computer-Generated Works?" *Computer Law and Security Review* 26 (6): 621–29.

PEUKERT, Alexander. 2017. "Intellectual Property and Development—Narratives and Their Empirical Validity." *Journal of World Intellectual Property* 20 (1–2): 2–23.

POSNER, Richard A. 2002. "The Law & Economics of Intellectual Property." *Daedalus* 131 (2): 5–12.

QUADROS, Fausto. 2013. *Direito Da União Europeia*. 3ª ed. Coimbra: Almedina.

RADIN, Margaret Jane. 1982. "Property and Personhood." *Stanford Law Review* 34 (5): 957–1015.

RAMALHO, Ana. 2014. "Conceptualising the European Union's Competence in Copyright - What Can the EU Do?" *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 45 (2): 178–200.

RAMALHO, Ana. 2017a. "Will Robots Rule the (Artistic) World? A Proposed Model for the Legal Status of Creations by Artificial Intelligence Systems." *SSRN Electronic Journal*, 1–20.

RAMALHO, Ana. 2017b. “Beyond the Cover Story – An Enquiry into the EU Competence to Introduce a Right for Publishers.” *IIC International Review of Intellectual Property and Competition Law* 48 (1): 71–91.

REBELLO, Luiz Francisco. 1973. “Visita Guiada Ao Mundo Do Direito de Autor.” *Revista Da Ordem Dos Advogados*, 553–602.

REILLY, Tracy. 2014. “Copyright and the Tragedy of the Common.” *IDEA* 55: 105–91.

REMÉDIO MARQUES, João Paulo. 2005. “Propriedade Intelectual, Exclusivos e Interesse Público.” In *Direito Industrial*, v. IV, 199–235. Coimbra: Almedina.

REMÉDIO MARQUES, João Paulo. 2008. “Propriedade Intelectual - Tendências Globais.” In *Propriedade Intelectual Nos Países de Língua Portuguesa: Temas e Perspectivas*, 17–53.

REMÉDIO MARQUES, João Paulo. 2016. “Patentes de Programas de Computador de Sistemas Informáticos de Jogos Eletrônicos / Patentes de Métodos de Exercício de Actividades Económicas?” *PIDCC* 10 (01): 1–46.

REMÉDIO MARQUES, João Paulo. 2017. “A Tutela Dos Direitos de Autor à Luz Da Era Digital No Ordenamento Jurídico Português.” *Propriedad Intelectual Año XVI* (20): 197–229.

REMÉDIO Marques, João Paulo; SERENS, Manuel Nogueira. 2008. “Criações Publicitárias - a Atribuição Do Direito Patrimonial de Autor e a Utilização Das Criações Protegidas Por Parte Dos Anunciantes.” In *Direito Da Sociedade de Informação v. VII*, 207–78. Coimbra: Coimbra Editora.

RENDAS, Tito. 2018. “Copyright, Technology and the CJEU: An Empirical Study.” *IIC International Review of Intellectual Property and Competition Law* 49 (2): 153–84.

RENDAS, Tito; SOUSA E SILVA, Nuno. 2019. *Direito de Autor Nos Tribunais*. 2nd ed. Lisboa: Universidade Católica Editora.

RHEE, Christina. 1998. “Urantia Foundation v. Maaherra.” *Berkeley Technology Law Journal* 13 (1): 69–81.

RICKETSON, Sam. 1992. “People or Machines: The Berne Convention and the Changing Concept of Authorship.” *Columbia Journal of Law & Arts* 16 (1): 1–37.

ROCHA, Maria Victoria. 2008. “Contributos Para a Delimitação Da ‘Originalidade’ Como Requisito Da Protecção Da Obra Pelo Direito de Autor.”

In *Ars Iudicandi: Estudos Em Homenagem Ao Prof. Doutor António Castanheira Neves - Vol. II: Direito Privado*, edited by Jorge de Figueiredo Dias, José Joaquim Gomes Canotilho, and José de Faria Costa, 733–692. Coimbra: Coimbra Editora.

ROSATI, Eleonora. 2016. “Neighbouring Rights for Publishers: Are National and (Possible) EU Initiatives Lawful?” *IIC International Review of Intellectual Property and Competition Law* 47 (5): 569–94.

ROSATI, Eleonora. 2017. “The Monkey Selfie Case and the Concept of Authorship: An EU Perspective.” *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 12 (12): 973–77.

ROSE, Mark. 1988. “The Author as Proprietor: Donaldson v. Becket and the Genealogy of Modern Authorship.” *Representations* 23: 51–85.

SÁ E MELLO, Alberto de. 2016. *Manual de Direito de Autor e Direitos Conexos*. 2nd ed. Coimbra: Almedina.

SAG, Matthew. 2019. “The New Legal Landscape for Text Mining and Machine Learning.” *SSRN Electronic Journal* 66: 291–368.

SAIZ GARCÍA, Concepción. 2019. “Las Obras Creadas Por Sistemas de Inteligencia Artificial y Su Protección Por El Derecho de Autor.” *InDret* 1 (1): 1–45.

SAMUELSON, Pamela. 1986. “Allocating Ownership Rights in Computer-Generated Works.” *U. Pitt. Law Review* 47: 1185–1228.

SAMUELSON, Pamela. 2003. “Mapping the Digital Public Domain: Threats and Opportunities.” *Law and Contemporary Problems* 66 (2001): 147–71.

SAMUELSON, Pamela. 2006. “Enriching Discourse on Public Domains.” *Duke Law Journal* 55 (4): 783–834.

SAMUELSON, Pamela. 2020. “Regulating Technology through Copyright Law: A Comparative Perspective.” *European Intellectual Property Review* 42 (4): 214–22.

SARKAR, Sukanya. 2021. “Exclusive: India Recognises AI as Co-Author of Copyrighted Artwork | Managing Intellectual Property.” *Managing IP*. August 4, 2021. Disponível em: <https://www.managingip.com/article/blt0hfz2bytx44/exclusive-india-recognises-ai-as-co-author-of-copyrighted-artwork>. Acesso em: 16 ago. 2021.

SCHAFER, Burkhard *et al.* 2015. “A Fourth Law of Robotics? Copyright and the Law and Ethics of Machine Co-Production.” *Artificial Intelligence and Law* 23 (3): 217–40.

SCHIRRU, Luca. 2020. "Direito Autoral e Inteligência Artificial: Autoria e Titularidade Nos Produtos Da IA." Rio de Janeiro: UFRJ.

SCHÖNBERGER, Daniel. 2018. "Deep Copyright: Up- and Downstream Questions Related to Artificial Intelligence (AI) and Machine Learning (ML)." In *Droit d'auteur 4.0 / Copyright 4.0*, edited by Jacques de Werra, 145–73. Geneva/Zurich: Schulthess Editions Romandes.

SEARLE, John R. 2002. "Can Computers Think?" In *Philosophy of Mind: Classical and Contemporary Readings*, edited by David J Chalmers. Oup Usa.

SELVADURAI, Niloufer; MATULIONYTE, Rita. 2020. "Reconsidering Creativity: Copyright Protection for Works Generated Using Artificial Intelligence." *Journal of Intellectual Property Law and Practice* 15 (7): 536–43.

SHEMTOV, Noam. 2019. "A Study on Inventorship in Inventions Involving AI Activity."

SHIGA, John. 2016. "Copying Machines." *Transposition*, no. 6.

SHOYAMA, Rex M. 2005. "Computer-Generated Works in Canadian Copyright Law." *Canadian Journal of Law and Technology* Vol.4 (No.2): 129–40.

SOLUM, Lawrence B. 1992. "Legal Personhood for Artificial Intelligences." *N.C. L. Rev.* 70 (4): 4–5.

SOUSA E SILVA, Nuno. 2013. "Uma Introdução Ao Direito De Autor Europeu." *Revista Da Ordem Dos Advogados* IV: 1331–87.

SOUSA E SILVA, Nuno. 2014. *The Ownership Problems of Overlaps in European Intellectual Property. The Ownership Problems of Overlaps in European Intellectual Property*. Baden-Baden: Nomos.

SOUSA E SILVA, Nuno. 2016. "Direitos Conexos (Ao Direito de Autor)." *Revista Da Ordem Dos Advogados* Ano 76: 355–445.

SUVAPAN, Janyarak; SIRICHIT, Methaya. 2019. "The Subconscious Copying Doctrine Across the Legal System of the United States of America, United Kingdom and France." *Naresuan University Law Journal* 12 (2).

TORREMAN, Paul C. 2007. "Is Copyright a Human Right?" *Michigan State Law Review* 2007: 271–291.

TRABUCO, Claudia. 2006. *O Direito de Reprodução de Obras Literárias e Artísticas No Ambiente Digital*. Coimbra: Coimbra Editora.

TROSOW, Samuel E. 2003. "The Illusive Search for Justificatory Theories: Copyright, Commodification and Capital." *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* 16 (2): 217–41.

UENO, Tatsuhiro. 2021. "The Flexible Copyright Exception for 'Non-Enjoyment' Purposes – Recent Amendment in Japan and Its Implication." *GRUR International* 70 (2): 145–52.

VALENTE, Mariana G. 2020. "Digital Technologies and Copyright: International Trends and Implications for Developing Countries." 1. Digital Pathways at Oxford Paper Series. Oxford.

VÉZINA, Brigitte; PEARSON, Sarah. 2021. "Should CC-Licensed Content Be Used to Train AI? It Depends. - Creative Commons." Creative Commons. January 4, 2021. Disponível em: <https://creativecommons.org/2021/03/04/should-cc-licensed-content-be-used-to-train-ai-it-depends/>. Acesso em: 22 mar. 2021.

VICENTE, Dario Moura. 2011. "O Equilíbrio de Interesses No Direito de Autor." In *Direito Da Sociedade Da Informação*, v. IX, 249–75. Coimbra: Coimbra Editora.

VICENTE, Dario Moura. 2012. "Economia Criativa e Equilíbrio de Interesses No Direito Autoral." In *Direito Autoral & Economia Criativa*, edited by Marcos Wachowicz. Curitiba: GEDAI.

VICENTE, Dario Moura. 2020. *A Tutela Internacional Da Propriedade Intelectual (Ebook)*. 2 ed. Coimbra: Almedina.

VIEIRA, José Alberto. 2001. "Obras Geradas Por Computador e Direito de Autor." *Direito Da Sociedade de Informação* II: 113–45.

WACHOWICZ, Marcos. 2012. "O 'Novo' Direito Autoral Na Sociedade Informacional." In *Os "Novos" Direitos No Brasil: Natureza e Perspectivas: Uma Visão Básica Das Novas Conflituosidades Jurídicas*, edited by Antonio Carlo Wolkmer and José Rubens Morato Leite, 2nd ed. São Paulo: Saraiva.

WACHOWICZ, Marcos; GONÇALVES, Lukas Ruthes. 2019. *Inteligência Artificial e Criatividade: Novos Conceitos Na Propriedade Intelectual*. Curitiba: GEDAI.

WAKABAYASHI, Daisuke. 2020. "Big Tech Funds a Think Tank Pushing for Fewer Rules. For Big Tech." *The New York Times*. April 23, 2020. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2020/07/24/technology/global-antitrust-institute-google-amazon-qualcomm.html>. Acesso em: 11 abr. 2021.

WANG, Wei *et al.* 2016. "Database Meets Deep Learning: Challenges and Opportunities." *SIGMOD Record* 45 (2): 17–22.

WILKOF, Neil. 2014. "Theories of Intellectual Property: Is It Worth the Effort?" *Journal of Intellectual Property Law and Practice* 9 (4): 257.

WIPO. 2008. *WIPO Intellectual Property Handbook*. Geneva.

WIPO. 2019. "WIPO Technology Trends 2019: Artificial Intelligence." Geneva. Disponível em: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_1055.pdf. Acesso em: 10 maio 2021.

WIPO. 2020. *Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions*. 2ª. Geneva: WIPO. Disponível em: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_933_2020.pdf. Acesso em: 20 ago. 2021.

WIPO Committee of Experts on Model Provisions for Legislation in the Field of Copyright. 1990. "WIPO Meetings - CE/MPC/III/3." *Copyright - Monthly Review of the WIPO* 26th year (9): 241–302.

WOODMANSEE, Martha. 1984. "The Genius and the Copyright: Economic and Legal Conditions of the Emergence of the 'Author.'" *Eighteenth-Century Studies* 17 (4): 425–48.

WOODMANSEE, Martha. 1992. "On the Author Effect: Recovering Collectivity." *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal* 10 (2): 279–92.

WRITER, Beta. 2019. *Lithium-Ion Batteries: A Machine-Generated Summary of Current Research*. Springer Nature. Heidelberg: Springer.

YANISKY-RAVID, Shlomit. 2017. "Generating Rembrandt: Artificial Intelligence, Copyright, and Accountability in the 3a Era—the Human-like Authors Are Already Here—a New Model." *Michigan State Law Review* 2017: 659–726.

YOO, Christopher S. 2019. "Rethinking Copyright and Personhood." *University of Illinois Law Review*, no. 3: 1039–78.

YU, Peter K. 2018. "Data Producer's Right and the Protection of Machine-Generated Data." *Tulane Law Review* 93.

ZATARAIN, Jesus Manuel Niebla. 2017. "The Role of Automated Technology in the Creation of Copyright Works: The Challenges of Artificial Intelligence." *International Review of Law, Computers and Technology* 31 (1): 91–104.

“A história do Direito de Autor é a história dos avanços tecnológicos” é uma das frases que mais vezes lemos dentro dos estudos dos direitos intelectuais. Merecidamente, porque ela não é verdadeira só no seu nível mais óbvio, de alterações legais profundas decorrentes do aparecimentos de novas tecnologias, mas também nas discussões filosóficas e éticas envolvidas quando abordamos as questões mais difíceis dessa área. As relações entre a inteligência artificial e o sistema jusautorai é mais um exemplo desse diálogo, as vezes conflituoso e as vezes amigável, que tantas vezes ocorreu durante a história da cultura humana. Para além dos problemas práticos que se colocam, essa questão é, acima de tudo, uma perfeita oportunidade para voltarmos ao que há de mais fundamental no estudo do Direito de Autor: qual é a finalidade desses direitos? Ela está sendo satisfatoriamente atingida? Como otimizar o equilíbrio entre os diversos interesses envolvidos? As Obras Autonomamente Geradas por Inteligência Artificial aparecem, nesse contexto, não apenas como uma problemática pontual a ser resolvida juridicamente, mas também como um apoio para ajudar a tornar os direitos autorais uma ferramenta de um genuíno estímulo à criatividade e inovação humana.



**INSTITUTO OBSERVATÓRIO
DO DIREITO AUTORAL**