



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Pedro de Perdigão Lana

**A AUTORIA DAS OBRAS AUTONOMAMENTE
GERADAS POR INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E
O DOMÍNIO DO PÚBLICO**

**Dissertação no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito
(conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em
Ciências Jurídico-Empresariais / Menção em Empresarial
orientada pelo Professor Doutor Alexandre Libório Dias Pereira e
apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**

Outubro de 2020



Pedro de Perdigão Lana

**A AUTORIA DAS OBRAS AUTONOMAMENTE
GERADAS POR INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E
O DOMÍNIO DO PÚBLICO**

**AUTHORSHIP IN WORKS AUTONOMOUSLY
GENERATED BY ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND THE
DOMAIN OF THE PUBLIC**

Dissertação apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Coimbra no âmbito
do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente
ao grau de Mestre), na Área de Especialização
em Ciências Jurídico-Empresariais / Menção
em Empresarial

Orientador: Senhor Professor Doutor
Alexandre Libório Dias Pereira

Outubro de 2020

*Ao Paulo, Noemi, Julia e Alice, sempre um porto seguro para minhas navegações,
Ao Marcos, comigo em mais uma etapa da minha educação formal,
À Eliz, que encheu um ano difícil com tantos sorrisos,
(E às tantas amizades que fiz em Coimbra).
Vocês são fixes.*

RESUMO: A autoria de obras geradas autonomamente por inteligência artificial se tornou nos últimos anos uma das grandes questões do Direito de Autor, não só pela sua importância prática como pelo resgate de discussões importantes sobre institutos, estrutura e a própria justificação de existência dos direitos intelectuais. Em nossa investigação, fazemos uma breve retomada histórica das famílias modernas de direitos de autor europeus, delimitando as diferenças essenciais entre o *copyright* e o *droit d'auteur*, incluindo nesse último o *urheberrecht*. Esses sistemas se distanciaram e se aproximaram novamente em um contexto comercial e tecnológico de globalização, identificado no advento da sociedade informacional, cujos efeitos foram especialmente fortes na Europa. Elencamos então as principais teorias (e suas respectivas forças e fraquezas) que justificam a existência do Direito de Autor, diferenciando-as da discussão sobre natureza e estrutura, e apontando a predominância atual da análise econômica do direito na formulação de políticas públicas de propriedade intelectual. O difícil equilíbrio entre os diversos interesses envolvidos é esmiuçado, sendo colocado ao lado do papel que o complexo conceito de domínio público, que está em constante construção, tem para todo o sistema dos direitos intelectuais. Entrando no cerne da investigação, abordamos as questões gerais de autoria, como a separação entre autor e titular originário, a flexibilidade de sua noção legal e a relação entre originalidade e criação humana, assim como algumas mais específicas e pertinentes para o contexto das obras geradas de forma independentes. No último e mais importante capítulo, enquadrámos o problema a ser trabalhado e sua relevância concreta, assim como algumas das incompatibilidades que podem ser causadas no sistema vigente e as respostas institucionais que estão sendo adotadas em diferentes partes do mundo. Encaminhamos o texto para sua última parte ao apresentar as principais propostas de regulação, começando pelas amplas possibilidades de a inteligência artificial ser mera ferramenta e, depois, a total inadequação de que ela venha a ser considerada uma autora. Dentre as propostas mais sérias, consideramos detalhadamente a atribuição de direitos às pessoas humanas “por trás” de máquina, ressaltando que o melhor caminho para isso seria não a imputação de autoria, mas sim criação de um direito conexo ou *sui generis* para estimular a indústria das inteligências artificiais criativas. Porém, ao observar a integralidade das questões envolvidas, concluímos que não há evidências para justificar a criação de um regime para tutelar essas obras artificialmente criadas, argumentando que o melhor e mais coerente caminho é o da ausência de proteção e de pertencimento originário ao domínio público, tanto por ser a posição padrão

da maior parte dos sistemas jusautorais hoje, como ser efetivamente a alternativa que mais cumprirá os fins da propriedade intelectual. Ao fim, sugerimos que, caso se deseje legislar mesmo diante de todo esse quadro, seria mais sensato promover uma reestruturação do Direito de Autor e torná-lo um instrumento de regulação da economia criativa, afastando-o de vez do caráter de um direito natural dos criadores intelectuais.

Palavras-chave: Inteligência artificial, Direito de Autor, Autoria, Domínio Público,

ABSTRACT: The authorship of works autonomously generated by artificial intelligence has, in recent years, become one of the major issues of copyright, not only for its practical importance but also for the retrieval of important discussions about institutes, structure and the very justification for the existence of intellectual rights. In our research, we take a brief look at the history of modern European copyright families, delimiting the essential differences between copyright and *droit d'auteur*, including *urheberrecht* in the latter. These systems have grown apart and come together again in the commercial and technological context of globalisation, identified by the advent of the informational society, whose effects have been particularly strong in Europe. We then listed the main theories (and their respective strengths and weaknesses) that justify the existence of copyright, differentiating them from the discussion of legal nature and structure, and pointing to the current predominance of economic analysis of the law in the formulation of public policies on intellectual property. The difficult balance between the various interests involved is then detailed, being placed next to the role that the complex concept of public domain, which is under constant construction, has for the entire system of intellectual rights. Getting to the heart of the research, we address the general issues of authorship, such as the separation between author and original rightholder, the flexibility of its legal concept and the relationship between originality and human creation, as well as some more specific and pertinent to the context of independently generated works. In the last and most important chapter, we frame the problem to be worked upon and its concrete relevance, as well as some of the incompatibilities that may be caused in the current system and the institutional responses that are being adopted in different parts of the world. We turn the text to its last

part by presenting the main proposals for regulation, starting with the broad possibilities of artificial intelligence being merely a tool and the complete inappropriateness of it being considered an author. From among the most serious proposals, we consider in detail the attribution of rights to human persons "behind" a machine, pointing out that the best way to do this would be not to attribute authorship, but to create a neighbouring or sui generis right to stimulate the industry of creative artificial intelligence. However, observing the integrality of the issues involved, we conclude that there is no evidence to justify the creation of a framework to protect these artificially created works, arguing that the best and most coherent path is that of the absence of protection and original adherence to the public domain, both because it is the standard position of most copyright systems today, and because it is effectively the alternative that will most accomplish the ends of intellectual property. Ultimately, we suggest that, if one wishes to legislate even in the face of this whole panorama, it would be wiser to promote a restructuring of copyright law and make it an instrument for regulating the creative economy, moving it away from the status of a natural right of intellectual creators.

Keywords: Artificial Intelligence, Copyright, Authorship, Public Domain

ABREVIATURAS

ADPIC / TRIPS – Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio - *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*

AIPPI - Associação Internacional para a Proteção da Propriedade Intelectual

CBerna - Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas

CC – *Creative Commons*

CDADC – Código dos Direitos de Autor e Direitos Conexos - Lei n. 63/85

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos Humanos

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 - Directiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001, 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 - Directiva (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

DUDH – Declaração Universal de Direitos Humanos

GATT - *General Agreement on Tariffs and Trade* - Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio

IA(s) – Inteligência(s) Artificial(is)

IEP / EPO – Instituto Europeu de Patentes – *European Patent Office*

OAGIA(s) – Obra(s) Autonomamente Geradas por Inteligência Artificial

OMPI / WIPO – Organização Mundial da Propriedade Intelectual – *World Intellectual Property Organization*

OMC / WTO – Organização Mundial do Comércio – *World Trade Organization*

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

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 – *Urheberrechtgesetz*

VARA - *Visual Artist Rights Act*

WCT – *Wipo Copyright Treaty* – Tratado de Direito de Autor da OMPI

WPPT – *WIPO Performances and Phonograms Treaty* - Tratado da OMPI sobre Performances e Fonogramas

ÍNDICE

1.	INTRODUÇÃO.....	12
1.1.	Apresentação	12
1.2.	Hipóteses do trabalho	14
1.3.	Metodologia	15
2.	TEORIAS DE JUSTIFICAÇÃO E EQUILÍBRIO DE INTERESSES.....	17
2.1.	Razões históricas de surgimento do Direito de Autor.....	17
2.1.1.	Matrizes históricas nacionais.....	18
2.1.2.	Processos de uniformização	21
2.2.	Teorias de Justificação do Direito de Autor.....	25
2.2.1.	Teorias de Direito Natural	28
2.2.1.1.	Teoria do Trabalho	28
2.2.1.2.	Teoria da Personalidade	31
2.2.2.	Teoria Utilitarista.....	33
2.2.3.	Outras teorias, em particular a Culturalista	36
2.3.	Diferenciação com as teorias sobre a estrutura e natureza jurídica	40
2.3.1.	Estrutura: monismo, dualismo e pluralismo	40
2.3.2.	Natureza jurídica: propriedade, personalidade ou monopólio/exclusivo.....	42
2.4.	Equilíbrio de Interesses	45
2.4.1.	No Direito de Autor em geral, em especial pela vertente utilitarista	45
2.4.2.	No paradigma da sociedade informacional	52
2.4.3.	O equilíbrio nos direitos conexos (ou <i>sui generis</i>).....	55
3.	O DOMÍNIO PÚBLICO	58
3.1.	Origens do Domínio Público.....	58
3.2.	Conceituação	60
3.2.1.	Conceito negativo	63

3.2.2.	Conceito positivo.....	65
3.2.3.	Benefícios culturais e comerciais	66
3.2.4.	Limitações excepcionais e críticas	70
3.2.4.1.	Limitações excepcionais implementadas	70
3.2.4.2.	Críticas	72
4.	AUTORIA	76
4.1.	O criador intelectual e o titular de direitos como autores	76
4.2.	A construção do ideal de autor romântico.....	78
4.3.	Originalidade e criatividade	80
4.4.	O requisito de autoria humana	88
4.4.1.	Na Convenção de Berna	89
4.4.2.	No Direito da União Europeia.....	90
4.4.3.	Nos ordenamentos nacionais, em especial o português.....	92
4.5.	Regras específicas de autoria relevantes para OAGIAs.....	96
4.5.1.	Criação parcial ou totalmente autônoma	96
4.5.2.	Controle sobre o resultado final	97
4.5.3.	Obras anônimas e presunção de paternidade.....	100
5.	A TUTELA DAS OBRAS AUTONOMAMENTE GERADAS POR INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL (OAGIAs)	102
5.1.	Enquadramento do problema	102
5.1.1.	Possíveis casos concretos de OAGIAs	105
5.2.	Inteligência Artificial	107
5.2.1.	Conceito.....	107
5.2.2.	Funcionamento técnico.....	111
5.3.	Incompatibilidades com o Direito de Autor?	114
5.3.1.	Criação “tendencialmente infinita” de obras.....	114

5.3.2.	Infrações cometidas pela Inteligência Artificial.....	117
5.3.3.	Espírito Humano como aspecto intrínseco ao Direito de Autor.....	121
5.4.	Respostas institucionais pelo mundo	124
5.4.1.	Respostas nacionais	124
5.4.2.	Respostas regionais e internacionais	128
5.5.	Posição sobre as principais propostas de solução quanto à autoria	130
5.5.1.	OAGIAs não genuínas (IA como mera ferramenta).....	131
5.5.2.	A autora (ou titular) é a própria Inteligência Artificial	132
5.5.3.	O autor (ou titular) é o desenvolvedor ou o utilizador	133
5.5.3.1.	A pessoa humana “por trás” da máquina é a autora.....	135
5.5.3.2.	A pessoa humana é titular de direito conexo ou <i>sui generis</i>	138
5.5.4.	Não há obra intelectual ou autoria - o caminho do Domínio Público ..	141
6.	CONCLUSÃO.....	149
	Referências bibliográficas.....	155

1. INTRODUÇÃO

1.1. Apresentação

*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 muito resistente às novas tecnologias. Porém, essa percepção rapidamente se tornou ultrapassada com a explosão do interesse dos juristas em pesquisar as relações possíveis entre Direito e Tecnologia. Os direitos intelectuais são um espaço privilegiado para esse tipo de investigação, 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 enfatiza quão fértil é essa área. 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 Autor¹, rapidamente passaram a ser vistas como profundamente problemáticas e objeto de inúmeras investigações.

Mas percebe-se comumente na nova onda de “juristas 4.0” um deslumbramento um tanto ingênuo com as questões tecnológicas, muitas vezes secundarizando seu próprio campo de formação. E a influência da Universidade de Coimbra aparece aqui, especialmente na importância que nela assumem as tradições. Essa perspectiva mais tradicionalista que marca a produção acadêmica conimbricense poderia parecer, em uma primeira visão, conflituosa com os estudos de novas tecnologias. Mas foi justamente ela que engendrou os pontos que, espera-se, o leitor considerará mais interessantes nessa dissertação.

O primeiro ponto é uma retomada dos argumentos históricos e das justificações em busca de um equilíbrio entre a disputa dos avanços tecnológicos com o “velho Direito de Autor”. É uma visão muito comum entre os pesquisadores dessa área que as normas jurídicas devem se adaptar às novas ferramentas tecnológicas, com a criação de novas regras ou de

¹ Quando utilizamos “Direito de Autor” no singular, ou DA, a referência é ao sistema de direitos de autor, enquadrando também os direitos conexos, quando cabível no contexto. Assim, AKESTER 2019, 38.

interpretações inovadoras. Esquecem que essa não é uma relação unilateral, e sim dialógica, com as normas estimulando, moldando e até impedindo virtuosamente o desenvolvimento tecnológico. As normas devem ter, mais vezes do que o contrário, preponderância, ao consideramos os custos de aplicabilidade de leis crescentemente complexas, tanto por juízes quanto por outros agentes que fazem incidir as normas nos casos concretos².

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 datadas muito rapidamente, como já ocorreu tantas vezes com as legislações de Direito do Autor em resposta aos avanços da sociedade informacional³.

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 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 digital⁴. 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.

Ao lado desse ponto, também se renova a discussão sobre a transformação estrutural Direito de Autor, seja por sua conversão de um ramo do direito civil para algo mais próximo do 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

² JONES 2018; KAMINSKI 2017, 589–93.

³ Ver, de forma ampla, WACHOWICZ 2012.

⁴ GINSBURG 2006, 636.

lógica dos direitos de autor, autonomizando (dentro do espaço jusautorais) institutos que melhor caberiam na concorrência desleal e trazendo outros, que eram periféricos, para o centro de todo o sistema. As obras⁵ produzidas por computador nos parecem ser, justamente, o ápice dessa alteração estrutural, colocando vários problemas novos, mas resgatando para discussão muitos dos velhos⁶.

1.2. Hipóteses do trabalho

Tudo o que foi dito nesses primeiros parágrafos forma a base da investigação desenvolvida nesta dissertação. Diferentemente dos artigos que anteriormente escrevemos sobre a questão da autoria de obras criativas geradas autonomamente⁷, esse trabalho não tem como foco um projeto descritivo dos quadros jurídicos possíveis (e mais prováveis) para as OAGIAs. O momento agora parece requerer escritos mais propositivos, com um fim argumentativo voltado para a formulação de políticas públicas.

Essa dissertação buscará colocar à prova a tese de que essas obras devem originariamente pertencer ao domínio público, particularmente no sistema de Direito de Autor português e, em menor medida, como uma solução regional europeia e internacional. Embora não se pretenda trilhar unicamente o caminho filosófico ou dogmático, de que as obras pertenceriam ao domínio público pelos direitos de autor terem sido desenvolvidos pensando na proteção e recompensa de criadores humanos, consideramos que essa visão, característica das tradições do *droit d'auteur*, é extremamente pertinente e será abordada no decorrer da investigação.

Todavia, perante o caminho essencialmente utilitarista e de proteção ao investimento que assumiram as normas e políticas públicas de Direito de Autor, considera-se que outro argumento é igualmente importante. A tese do domínio público deve ser defendida mesmo sob uma perspectiva utilitarista, como a que melhor estimula a inovação,

⁵ É proposital a utilização de “obras” e não “obras intelectuais”. Embora estejamos nos referindo a conteúdos (potencialmente) tuteláveis por direitos de autor, o adjetivo “intelectual” já pressupõe a ligação com uma pessoa humana, vide subtópico 4.4.3. Preferimos essa alternativa a usar termos como “resultado”, como faz NAVARRO 2019, 37. Essa outra escolha poderia levar o leitor a pensar que estaríamos também englobando conteúdos que não seriam protegidos pelo Direito de Autor se tivessem sido criados por humanos.

⁶ DIAS PEREIRA 2001a, 55:189–90.

⁷ Para conferir o artigo mais recente até a data dessa dissertação, em uma comparação entre as normas brasileiras e portuguesas, ver LANA & GONÇALVES 2019.

o desenvolvimento econômico e a criação cultural. Ela parece ser a opção com melhores impactos positivos sobre a atividade empresarial em um ambiente concorrencial saudável.

Essa análise levará em consideração, particularmente, as mudanças ocasionadas pelo advento da sociedade informacional, mais especificamente as possibilitadas pela Internet, e como elas se relacionam com o *Big Data* e a inteligência artificial. A mudança das formas de produção e de relação entre as pessoas, a valorização de bens digitais e a diminuição profunda dos custos de compartilhamento de informação e comunicação são todos elementos importantes dessa investigação.

1.3. Metodologia

A metodologia de pesquisa consistiu em diferentes métodos de revisão bibliográfica, sob uma perspectiva hipotético-dedutiva e funcionalista.

O primeiro deles foi uma revisão sem pretensões exaustivas para resgatar debates fundamentais do Direito de Autor, como a noção de autoria (e o ideal do autor romântico), as teorias justificatórias e o domínio público. Para seleção nessa etapa, priorizamos nomes consolidados da doutrina, tentando aproveitar o trabalho de doutrinadores que já cumpriram o papel de sistematização desses conhecimentos.

Em seguida, passaremos para a revisão sistemática da doutrina e das consultas institucionais feitos sobre o objeto principal da pesquisa. No que se refere à tutela das OAGIAs, a maior parte do material disponível foi publicado nos últimos 10 anos, então a produção acadêmica e os relatórios institucionais ainda não estão consolidados, tornando crucial buscar a diversidade dos pontos de vista na doutrina.

As bases de dados e bibliotecas utilizadas na busca foram:

- a) Para doutrina internacional, buscamos artigos em inglês, tendo como principais palavras chaves “artificial intelligence”, “authorship”, “copyright”, “justification” e “public domain”, nas plataformas do HeinOnline, SSRN, Google Acadêmico, JSTOR e *Oxford Academic Journals*. As referências destes textos nos levaram a outros artigos, incluindo alguns em francês e espanhol.
- b) Para doutrina nacional, utilizamos como critério de busca os nomes de autores

reconhecidos da doutrina jusautorais, buscando dentre suas obras aquelas relacionadas ao tema da pesquisa. As bases de dados foram, principalmente, a Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, além de, em menor medida, o repositório da Universidade de Lisboa, a Revista Jurídica Luso-Brasileira do CIDP/UL e a Revista Eletrónica de Direito do CIJE/UP.

- c) Para legislação, priorizamos as buscas pela DATAJURIS e BDJUR.
- d) Para jurisprudência, utilizamos principalmente o BDJUR, que permite também a pesquisa no IGFEJ, subsidiariamente realizando buscas no DATAJURIS.

O segundo momento foi de revisão integrativa, identificando como interagem os dois agrupamentos de produções acadêmicas acima expostos, observando se as premissas de cada um são compatíveis com os princípios e normas portuguesas e da União Europeia, abarcando pontualmente regras internacionais.

Foram igualmente considerados argumentos e considerações ainda não publicadas, originados em eventos e conversas com outros pesquisadores de propriedade intelectual e novas tecnologias, além de representantes do setor privado. Dentre eles, destaco a sempre valiosa contribuição do Grupo de Estudos em Direito Autoral e Industrial da Universidade Federal do Paraná (GEDAI/UFPR) e de dois professores referências na área das OAGIAS no Brasil, nomeadamente os professores Dr. Luca Schirru (Universidade Positivo) e Ms. Lukas Ruthes Gonçalves (INSULPAR).

Por fim, aproveitaremos nossa experiência no campo da Governança da Internet e de sua construção única e diferenciada como um ambiente multisetorial e aberto, com relativamente poucas restrições legais (até poucos anos, pelo menos), buscando expor algumas preocupações e argumentos em favor ou contra a tese do domínio público.

Utilizarei, para traduções de citações durante toda a investigação, a ferramenta de inteligência artificial DeepL, promovendo apenas as mudanças necessárias no texto resultante que tenham como objetivo preservar os termos jurídicos corretos.

2. TEORIAS DE JUSTIFICAÇÃO E EQUILÍBRIO DE INTERESSES

2.1. Razões históricas de surgimento do Direito de Autor

Não se pretende, na primeira parte deste capítulo, fazer uma verdadeira introdução histórica, razão pela qual esta seção não utilizará métodos característicos da História do Direito. O objetivo é entender qual a lógica geral da construção das normas de Direito de Autor em sua forma moderna.

Encontramos vestígios de institutos similares aos direitos de autor já no direito romano, no qual, em um formato que se assemelha ao direito natural baseado no trabalho, artistas seriam os donos de objetos em que teriam produzido sua arte, mesmo que a matéria-prima não fosse deles (nomeadamente, *specificatio*, *scriptura*, *pictura* e *occupatio*)⁸. Notam-se também relatos sobre respostas jurídicas a plagiadores de Alexandria e tratamento diferenciado sobre o furto de livros, com uma identificação explícita pelos romanos da existência de bens imateriais. Posteriormente, são famosos ainda o julgamento do rei irlandês Dermott sobre uma situação de plágio (“*to every cow her calf, and consequently to every book its copy*”) e a cobrança da igreja católica durante a Idade Média pelo acesso a manuscritos⁹.

Mas não há consenso na doutrina se esses institutos eram de fato sementes dos direitos de autor. Se fossem, talvez seria necessário voltar ainda mais e lembrar da importância do reconhecimento da autoria de filósofos pelos gregos¹⁰. Portanto, para a finalidade que buscamos, nos parece mais interessante ir às matrizes 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 relevância igualmente grande.

Vale ainda aprofundar a análise sobre o movimento de harmonização internacional entre esses sistemas, ressaltando o papel dos EUA nele. No nível regional, também é notadamente relevante para nós as diretivas da União Europeia do Direito de Autor na sociedade informacional, embora não se ignore a existência de outras pelo mundo, como o

⁸ DU BOIS 2018, 7.

⁹ DIAS PEREIRA 2008, 49–50.

¹⁰ BRANCO 2011, 89.

Tratado Norte-Americano de Livre Comércio (que se tornará em breve o Acordo Estados Unidos-México-Canadá) na América do Norte, a *Decisión* n. 351 da *Comunidad Andina* (entre alguns países da América do Sul) e mesmo o Acordo Relativo ao Espaço Econômico Europeu, que inclui países não membros da União Europeia¹¹.

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 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 Giovanni Spira (1449) ou de Aldo Manunzio (1495), ambos pelo Senado Veneziano, seguidos pelo aparecimento de institutos similares em Portugal (1502), Espanha (1502) e França (1507)¹².

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 Dias¹³. Isso se reflete na inexistência de limitações temporais relativas aos autores, tão características nos 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*”¹⁴.

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 Francesa¹⁵.

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*)

¹¹ VICENTE 2020, 163–64.

¹² FRAGOSO 2009, 47–49.

¹³ O primeiro privilégio português, concedido em 1502, foi para Valentim Fernandes traduzir livro de Marco Polo. Cf. DIAS PEREIRA 2008, 52.

¹⁴ ASCENSÃO 2008a, 16.

¹⁵ BRANCO 2011, 118.

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 14¹⁶. Há aqui uma natureza acentuadamente mercantil, de proteção aos investidores, como um puro direito de propriedade (*property right*)¹⁷, reforçada 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 Bentham¹⁸.

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 Autor¹⁹, incluindo posteriormente a autonomização dos direitos morais a partir do século XIX²⁰. 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 pensamento²¹, que representava a principal atividade de vários dos pensadores que foram figuras centrais para a Revolução Francesa²².

O *urheberrecht* germânico se desenvolveu, após a fase dos privilégios do Kaiser e

¹⁶ 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 criar limitações para o direito natural (dos autores sobre suas obras, no caso). Cf. HUANG 2009, 185–88; DIAS PEREIRA 2008, 74.

¹⁷ DIAS PEREIRA 2008, 65–68.

¹⁸ NETANEL 1993, 356–59.

¹⁹ LEITE 2004, 174.

²⁰ 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 na *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. A. LUCAS 2011; PEELER 1999.

²¹ DIAS PEREIRA 2008, 51 e 63–65. 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*”.

²² ASCENSÃO 2008b, 87.

da Igreja, em uma curiosa mistura das duas linhas antes mencionadas, com mudanças graduais²³. Essa construção foi impulsionada por editores, e no início os direitos do autor eram uma justificativa para esses interesses econômicos. Mas a concepção do direito natural à propriedade espiritual, sob forte influência filosófica de Hegel e Kant, se tornou mais intensa que em 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 inalienáveis²⁴.

Percebe-se logo a diferença entre os sistemas²⁵. O *copyright* é um direito 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 francesa²⁶), fazem um apelo muito mais forte à figura e importância do autor, ressaltando a dignidade da criação intelectual e o requisito da criatividade²⁷. 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 obra²⁸, fundado na própria natureza das coisas²⁹.

Portugal seguiu o caminho do direito continental europeu, por meio do processo de constitucionalização, com a propriedade dos autores explícita no texto de 1826. Isto foi feito com uma permanência mais duradoura do absolutismo monárquico e diversos elementos comerciais em suas primeiras leis. Destaca-se a resistência da Rainha e do governo ao projeto de lei mais protetivo dos autores de Almeida Garrett³⁰, que acabou sendo publicado em 1851

²³ TRABUCO 2006, 118.

²⁴ DIAS PEREIRA 2008, 68–72.

²⁵ Detalhando, ver a nota de rodapé n. 2 de ROCHA 2008, 735–50.

²⁶ DIAS PEREIRA 2008, 240–52.

²⁷ SILVA 2013, 1335; ASCENSÃO 2008b, 88.

²⁸ Ver acórdão do STJ de 14/12/1995, rel. Almeida e Silva.

²⁹ VICENTE 2020, 65.

³⁰ Almeida Garrett avançava uma noção de propriedade progressista para a sociedade portuguesa da época, equacionando, por meio de temporalidade, os interesses dos criadores e da sociedade, expressamente mencionando os direitos de acesso dessa última. O projeto de Garrett sofreu notável oposição de Herculano, contrário a flexibilizar a noção de propriedade para incluir esses bens imateriais (se fossem incluídos, deveriam ser também perpétuos), e sugerindo como alternativa um sistema de recompensas públicas legais. Cf. DRUMMOND & LOURA 2018; REBELLO 1973.

para estabelecer um tratado bilateral com a França³¹.

2.1.2. Processos de uniformização

Subsistem contemporaneamente diferenças significativas entre as leis de Direito de Autor. Entretanto, elas foram muito reduzidas durante os últimos 140 anos, acelerando o ritmo da harmonização no último meio século.

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, levando a situações como a livre exploração de obras britânicas e francesas por editoras locais nos EUA. Como resultado, em 1886 foi concluída a Convenção de Berna (CBerna), que estabeleceu (mais notadamente) o princípio do tratamento nacional, parâmetros mínimos e a eliminação de formalidades com proteção automática. Como ela acabou não sendo adotada por muitos países, incluindo os EUA³², 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 CBerna até hoje³³, essa última acabou ofuscando a primeira, em grande parte por causa da escolha da OMC (Organização Mundial do Comércio) na elaboração dos Acordo TRIPS (ou ADPIC - Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio), conforme veremos abaixo³⁴.

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 2000³⁵. Uma

³¹ DIAS PEREIRA 2008, 53–54.

³² Os EUA aderiram apenas em 1989, após uma reforma da Convenção de Berna de 1971, na qual tiveram grande influência. Cf. ASCENSÃO 2012b, 36.

³³ ASCENSÃO 2012b, 39.

³⁴ VICENTE 2020, 138–46.

³⁵ 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

transformação paradigmática notável ocorreu na segunda década do século XX, empurrando os direitos de autor do campo civil para o comercial, transformando os bens intelectuais em mercadorias, na visão da doutrina crítica³⁶.

Com a consolidação de empresas da economia criativa, que passaram a ser uma verdadeira locomotiva da “indústria cultural”, a tutela internacional de seus interesses passou a receber muita atenção, como se vê na Convenção de Roma de 1961³⁷. Tanto a Convenção de Berna como a da UNESCO não tinham grande capacidade de induzir a adoção e o total cumprimento de suas regras, o que era problemático perante a crescente relevância da propriedade intelectual nas relações comerciais internacionais e o desequilíbrio concorrencial resultando da disparidade normativa. A OMC tomou a dianteira, coordenando a assinatura dos ADPIC na Rodada do Uruguai do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT) 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 CBerna 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 Beijing³⁸.

Por último, vale mencionar o Tratado de Marraquexe, adotado em 2013, que se destaca dos outros por ser o único que tem como visível prioridade o interesse público e uma harmonização imperativa de exceções ao Direito de Autor, em benefício das pessoas com dificuldade visuais³⁹.

No processo de harmonização dos direitos de autor na União Europeia, percebe-se

diversas vezes que vários dos 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.

³⁶ ASCENSÃO 2008b, 95; DIAS PEREIRA 2008, 287; TROSOW 2003.

³⁷ Convenção Internacional para a Proteção dos Artistas Intérpretes ou Executantes, dos Produtores de Fonogramas e dos Organismos de Radiodifusão

³⁸ VICENTE 2020, 146–70.

³⁹ Incorporado na União Europeia alguns anos depois, por meio do Regulamento 2017/1563. Detalhando, DIAS PEREIRA 2019a, 49–52.

inicialmente que os Tratados das Comunidades 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 que não buscava abarcar todas as áreas jurídicas para construir um ordenamento completo e integrado⁴⁰, mas sim para sanar problemas de domínios específicos que exigiriam uma coordenação transnacional. Todavia, por ser um tema crescentemente ligado ao mercado interno, foi abarcado 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 à propriedade intelectual. Esse último artigo, todavia, não é independente dos outros dois, pois está ligado ao contexto e justificativa do mercado interno⁴¹, e a competência legislativa da UE na área não é discricionária, devendo seguir algumas orientações e limites vinculantes, para além dos princípios da subsidiariedade e proporcionalidade⁴².

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

⁴⁰ ASCENSÃO 2008d, 15.

⁴¹ 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.

⁴² De forma geral, ver RAMALHO 2014; DIAS PEREIRA 2008, 265–71.

Os princípios da subsidiariedade e 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 à 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 estadual 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 proporcionalidade em sentido estrito, balanceando os interesses envolvidos Cf., com mais detalhes, QUADROS 2013, 121–23 e 250–54; MARTINS 2014, 285–87.

diferenças significativas entre os estados membros⁴³. 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 mundo⁴⁴. Observa-se crescentemente uma supressão das competências nacionais e uma compressão do princípio da territorialidade⁴⁵.

Esse acervo não é facilmente enquadrado nem na concepção do *copyright* nem na do *droit d'auteur*⁴⁶. Ele é marcado por um elevado grau de rigidez, construído sobre o dogma do elevado grau de proteção⁴⁷ (que visava manter a indústria e o mercado europeu competitivos⁴⁸), 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 geral⁴⁹.

Na consolidação desse acervo até 2008, Ascensão identifica três fases. A primeira foi de hostilidade, percebendo os exclusivos intelectuais como obstáculos ao prioritário objetivo da livre concorrência na Comunidade Europeia, com alguma conciliação quando não se identificassem conflitos. Na segunda fase, consolidada a partir de 1993 e em grande parte motivada pela pressão e competição dos EUA, ocorre uma expansão agressiva da competência e atuação comunitária no ramo, inclusive extrapolando os níveis já elevados de proteção do país norte-americano. Na terceira fase, a partir de 2004, parecia haver uma

⁴³ SILVA 2013, 1358–64.

⁴⁴ Especialmente em relação ao atual artigo 17º, que impunha, indiretamente, um “filtro de conteúdo” das grandes plataformas digitais, ensejando receio doutrinário e popular. O texto final do dispositivo lidou com boa parte das ambiguidades, embora não tenha resolvido todas elas. Para nossa investigação, evidenciando as transformações tecnológicas do Direito de Autor, o mais importante a se notar sobre esse instituto é que sua natureza é ou especial ou *sui generis*, não estando plenamente abarcado pelos entendimentos atuais sobre “comunicação ao público”. Ele aparenta ser um experimento europeu para tentar promover mais equilíbrio entre os interesses privados empresariais envolvidos no meio cibernético. Cf. HUSOVEC & QUINTAIS 2020.

⁴⁵ DIAS PEREIRA 2008, 227–30.

⁴⁶ VICENTE 2020, 162; DIAS PEREIRA 2008, 252.

⁴⁷ Mesmo sem que existissem nos Tratados dispositivos autorizassem estabelecer “níveis de proteção”, efetivamente negando que as nações avaliassem as necessidades de seus próprios territórios. Cf. ASCENSÃO 2012b, 717.

⁴⁸ SILVA 2013, 1334.

⁴⁹ RENDAS 2018, 155–60.

reação ao exagero da segunda, retornando a uma maior preocupação com a livre concorrência e até com o acesso à cultura, com maior preferência por métodos de regulação flexível (*soft law*)⁵⁰.

No entanto, boa parte dessas previsões não se cumpriram, porque a UE voltou a recorrer amplamente a instrumentos imperativos e o aumento da preocupação cultural permanece dúbio. Por um lado, notamos um fortalecimento de instituições que defendem o interesse público e a preservação do patrimônio cultural, enquanto, por outro lado, permanece uma visível prioridade dos interesses comerciais e empresariais. Vemos essa tensão nos valores representados na Diretiva 2017/1564 e o Regulamento 2017/1563, que implementaram o Tratado de Marraquexe em favor de usos livres para pessoas cegas, e na Diretiva MUD, que tem também em seu interior algumas preocupações culturais importantes⁵¹.

Dessa forma, a adição de uma terceira (ou quarta) fase nessa lista pode ser útil, e Hugenholtz parece acertar quando identifica como o principal traço dela uma atuação mais interventiva e inovadora do TJUE, servindo como uma resposta provisória à lentidão intrínseca do processo legislativo comunitário, resultado da dificuldade de coordenação entre muitos interesses e estados-membros envolvidos⁵². O Tribunal, inclusive, vem se mostrando um agente de mudanças progressistas, no sentido de flexibilizar as duras normas comunitárias e conseguir abarcar em algum nível as transformações tecnológicas, invertendo parcialmente a sua tradicional posição maximalista⁵³.

2.2. Teorias de Justificação⁵⁴ do Direito de Autor

Justificar a existência dos sistemas de propriedade intelectual é um desafio mais

⁵⁰ ASCENSÃO 2008d, 9–22.

⁵¹ Para uma análise crítica dos interesses e dispositivos das normas comunitárias mais recentes, cf. DIAS PEREIRA 2019a.

⁵² HUGENHOLTZ 2014, 58–64. Este teórico faz outra classificação das fases, identificando a primeira delas em uma década de elevada produção de Diretivas entre 1991-2001, seguida por uma consolidação mais lenta muito baseada em *soft law* entre 2001-2009, com a terceira sendo a da mencionada forte atuação do TJUE.

⁵³ RENDAS 2018.

⁵⁴ Usaremos maiúsculas para fixar esse termo como um conceito que se refere principalmente às teorias citadas nos subtópicos 2.2.1 a 2.2.3, a fim de evitar confusões com teorizações explicativas em sentido genérico.

complexo do que justificar a propriedade privada comum. O direito de impedir que outros se apodemem 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 natureza⁵⁵. 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 nas propostas de leis e reformas. Influenciaram a formação de sistemas inteiros, sem ser, contudo, apresentadas de maneira consistente e bem aprofundada - até recentemente.

Elas começaram a ser sistematizadas mais claramente na segunda metade do século XX, com o aumento de relevância da propriedade intelectual⁵⁶. 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 fornecerem respostas mais completas, e em todas elas se encontram algumas inconsistências internas, ambiguidades e lacunas⁵⁷. 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 questionada⁵⁸. Todavia, é recomendável dar um passo além de uma visão imediatista, pois a busca de soluções para as OAGIAs é justamente um excelente exemplo de como esses estudos podem ser úteis.

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 coerentes⁵⁹.

⁵⁵ HETTINGER 1989, 35.

⁵⁶ MENELL 2003, 129.

⁵⁷ W. FISHER 2001, 5–8.

⁵⁸ WILKOF 2014.

⁵⁹ W. FISHER 2001, 24–28.

Há uma escolha consciente em trabalhar com as Teorias de Justificação fundamentais em vez dos princípios de nível médio (*midlevel principles*) propostos por Robert Merges, nomeadamente os de proporcionalidade, eficiência, dignidade e não remoção (que se aproxima do conceito positivo de domínio público). Eles são alcançados indutivamente a partir das normas de propriedade intelectual (PI) e sua aplicação concreta. O teórico aponta que existem barreiras intransponíveis para um diálogo único entre as diferentes teorias fundamentais, sendo imprescindível alcançar termos consensuais que sejam os mesmos independentemente da que for adotada, e que façam uma ponte entre elas e a prática jurídica. Esses princípios de nível médio permitiriam um debate que tivesse ao menos um vocabulário comum, ainda que permeado de divergências⁶⁰.

A proposta de trabalhar com os princípios de nível médio é interessante, mas a questão das OAGIAs exige em primeiro lugar um retorno ao nível fundamental. Para além disso, as ideias de Merges não parecem estar tão consolidadas ou serem tão utilizadas e debatidas quanto as outras que trabalharemos aqui⁶¹.

Há poucos consensos sobre essas Teorias, talvez por seu elevado grau de abstração. A própria classificação e divisão delas é incerta⁶², razão pela qual seria mais preciso falar de cada uma delas no plural (o que não faremos, mas com a finalidade didática de melhor compreensão do texto). Escolhemos aqui como base a classificação de William Fisher⁶³, que foi também analisada por Gonzaga Adolfo⁶⁴, mas com algumas adaptações que parecem tornar a explicação mais didática e atualizada⁶⁵.

⁶⁰ MERGES 2012, 140–45.

⁶¹ Para uma crítica das propostas de Merges, dizendo que sua proposta de unificação acaba se mostrando insustentável e advogando pela continuidade de embasamento nas teorias fundacionais, ver BLANKFEIN-TABACHNICK 2013.

⁶² Ascensão fala que os fundamentos se distinguiriam em três grupos: (i) técnico-jurídico (propriedade); (ii) individual; e (iii) empresarial, indicando que esse último passou a ser dominante em todo o mundo. Cf. ASCENSÃO 2008a, 19–20.

⁶³ Especialmente em razão da nossa participação no curso CopyrightX, organizado pelo Berkman Klein Center de Harvard, da qual retiramos algumas atualizações não presentes nos textos citados. A teoria do “*Social Welfare*”, por exemplo, será chamada pelo nome atual de “*Cultural Theory*”, ou Teoria Culturalista. Cf. <http://ccb.ff6.mwp.accessdomain.com/Maps/IPTheories.html>

⁶⁴ ADOLFO 2009.

⁶⁵ 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. Seguem essa divisão: DIAS PEREIRA 2008, 80; VICENTE 2020, 64–66; TRABUCO 2006, 156–57.; LEITE 2004, 161–77.

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*⁶⁶.

Podemos encontrar exemplos dessas posições no acórdão do processo T-76/89 do Tribunal de Primeira Instância da Comunidade Europeia, no qual se afirmou, em relação ao Direito de Autor, que a “*função essencial desse direito, na acepção do artigo 36.º do Tratado, que é a de assegurar a protecção moral da obra e a remuneração do esforço criativo*”⁶⁷. Em data próxima, no julgamento conjunto dos casos C-92/92 e C-326/92, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE, nomeação do TJUE até a entrada em vigor do Tratado de Lisboa) decidiu em sentido similar, afirmando que “*O objecto específico desses direitos, tais como são regulados pelas legislações nacionais, consiste em garantir a protecção dos direitos jurídicos⁶⁸ e económicos dos seus titulares*”⁶⁹. Notamos que o viés utilitarista não está ausente, mas não está no centro da análise judicial.

2.2.1.1. Teoria do Trabalho

A Teoria do Trabalho encontra seus fundamentos no conceito de apropriação privada e filosofia política de John Locke. Ela parece ser a mais intuitiva 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*⁷⁰) surgiria um direito natural à propriedade resultante. Perceba-se aqui que o “trabalho” não é visto como um valor quantificável e essa não é uma teoria laboral de

⁶⁶ GOLDSTEIN & HUGENHOLTZ 2019, 13.

⁶⁷ Segunda Seção do Tribunal de Primeira Instância, julgado em 10/07/1991.

⁶⁸ Há aqui um erro técnico de tradução, pois a versão original se refere aos direitos morais.

⁶⁹ *Phil Collins/EMI Electrola*, julgado em 20/10/1993.

⁷⁰ 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.

natureza econômica, devendo ser separada da avançada em teorias clássicas marxistas⁷¹.

A Teoria do Trabalho foi ainda aprimorada nos séculos seguintes, afastando-se um pouco da noção original de Locke, para quem o equilíbrio com o social se dava pelo princípio da justiça e pela capacidade do indivíduo de produzir com os bens que apropriava (sem trazer prejuízos desnecessários à sociedade). Passou a se aproximar 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 realização⁷².

Na PI, 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 materiais⁷³. 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*”⁷⁴.

A apropriação por meio do trabalho não é ilimitada em Locke e é legitimada por duas condicionantes. A primeira é de que deve sobrar o suficiente no espaço comum, tanto em quantidade quanto em qualidade, para uso dos outros. *A priori*, isso não é um problema para os direitos de autor, pois o espaço comum das ideias é gigantesco, mas existem riscos em potencial exatamente na maior facilidade de se criar grandes quantidades de obras. A segunda é que devem ser evitados desperdícios, ou seja, alguém não deve se apropriar de mais do que ela deve ser capaz de utilizar⁷⁵. Identificar o desperdício no caso de direitos intelectuais não é uma tarefa fácil, tornando essa condição ambígua. Nos direitos de autor, ela poderia ser avaliada a partir do quanto a sociedade ganha e perde com o monopólio daquela obra, ligando o pensamento utilitarista ao princípio da justiça⁷⁶.

Entre os autores contemporâneos internacionais, podemos encontrar clássicas defesas dessa perspectiva em Nozick, na sua breve discussão sobre patentes na obra

⁷¹ MOSSOFF 2012.

⁷² 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.

⁷³ LEITE 2004, 166–68.

⁷⁴ MIRANDA 2006, 23.

⁷⁵ HETTINGER 1989, 43–45.

⁷⁶ DIAS PEREIRA 2001a, 55:183.

“Anarquia, Estado e Utopia”⁷⁷, e em Justin Hughes, que vê a teoria do trabalho como incompleta, mas complementar à Teoria da Personalidade hegeliana⁷⁸. Mais recentemente, Robert Merges, Richard Epstein e Adam Moore também avançaram essa visão com bastante consistência⁷⁹.

No entanto, há uma barreira para que essa seja uma base compreensiva dos direitos intelectuais, que é definir precisamente o raciocínio dominante de Locke aplicável aos bens imateriais. Ou seja, qual o momento em que um bem passa do domínio público para a propriedade privada, e qual a razão por trás dessa transformação. Alguns argumentos do teórico inglês parecem ser adaptáveis coerentemente para o contexto da PI, enquanto outros, mais fortemente ligados à noção de propriedade material, seriam incompatíveis⁸⁰.

Não há uma indicação clara em Locke sobre o que seria o seu conceito de “*commons*” no campo das ideias e dos bens imateriais, se ele realmente equivaleria ao domínio público jusautorais, e de que forma se daria a apropriação privada imaterial. Há uma profunda distinção em relação ao sistema de propriedade tradicional, considerando que os bens intelectuais são não-exclusivos e os direitos sobre eles são temporalmente limitados. Dependendo da interpretação sobre o que seria a matéria prima trabalhada e transformada no sistema de direitos intelectuais, o potencial de justificação dessa teoria é bastante atenuado⁸¹. Hughes e Merges, por outro lado, consideram que o *commons* lockeano é até mais adequado para as propriedades imateriais do que para as materiais, em especial no que se refere às condições para apropriação privada do domínio público⁸².

A Teoria do Trabalho parece fornecer um caminho principalmente para afirmar que os direitos de PI devem existir⁸³, sem fornecer uma base para pensar a sua forma, deixando abertas questões mais específicas, como precificação, valorização da sorte ou dons naturais,

⁷⁷ W. FISHER 2001, 3. Nozick contribui bastante com a Teoria do Trabalho ao adaptar as condicionantes de Locke para uma economia de mercado contemporânea, em particular reformulando a primeira para significar que terceiros não podem ser prejudicados pela apropriação feita por alguém.

⁷⁸ HUGHES 1988a.

⁷⁹ MERGES 2012, 31 e ss.; EPSTEIN 2010; MOORE 2015.

⁸⁰ Para detalhamento dos principais argumentos levantados por Locke e sua relação ambígua com a PI, ver W. FISHER 2001, 14–16.

⁸¹ W. FISHER 2001, 17–18.

⁸² HUGHES 1988a; MERGES 2012, 36–41.

⁸³ ADOLFO 2009, 21, nota de rodapé 42.

a duração adequada e as limitações cabíveis⁸⁴. 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 empresas⁸⁵ (editoras, produtoras, gravadoras, dentre outras)⁸⁶.

2.2.1.2. Teoria da Personalidade

A Teoria da Personalidade diz que a obra merece ser tutelada por ser uma extensão expressiva da personalidade ou espírito do seu criador no mundo. Ela é relativamente forte no Direito de Autor quando comparado com outros campos da PI⁸⁷, 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* britânico⁸⁸ (muito por influência das normas comunitárias) e o estadunidense (vide o *Visual Artist Rights Act (VARA)* de 1990)⁸⁹.

Vemos manifestações concretas dessa Teoria 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)⁹⁰.

A concepção filosófica mais ampla da Teoria da Personalidade não se restringe aos direitos de personalidade propriamente ditos, remetendo também a uma justificação proprietarista. Nesse traçado, os direitos de propriedade privada têm sua validação no estímulo ou proteção do crescimento humano, o que leva à necessidade de identificar quais são as necessidades e interesses, dentre as várias possíveis, para melhor se chegar ao resultado almejado⁹¹. Em outras palavras, a propriedade privada (inclusive sobre si mesmo)

⁸⁴ LEITE 2004, 176. HETTINGER 1989, 40–43.

⁸⁵ DIAS PEREIRA 2001a, 55:190–209.

⁸⁶ HETTINGER 1989; BREYER 2011.

⁸⁷ DU BOIS 2018, 25.

⁸⁸ Na verdade, como já vimos, encontra-se uma rápida (mas intensa) incidência das teorias jusnaturalistas em *Millar v Taylor* de 1769.

⁸⁹ NETANEL 1993, 351.

⁹⁰ MIRANDA 2006, 20. No campo dos direitos de autor, a manifestação doutrinária clássica mais claramente enquadrada nessa linha parece ser a de CARVALHO 1994.

⁹¹ Uma lista com esses valores, assim como os que parecem mais adequados para justificar os direitos de autor (privacidade, autorrealização, identidade e cidadania), pode ser encontrada em W. FISHER 2001, 19–20.

serviria para preencher necessidades humanas fundamentais, como a privacidade, autonomia, identidade, autorrealização, dentre outra.

Dois teóricos contemporâneos abordaram de forma consistente a noção de propriedade (em geral) baseada na personalidade dos indivíduos. O primeiro é Jeremy Waldron, que também desenvolve uma forte crítica à justificativa da propriedade baseada em Locke⁹². A outra, mais citada dentre os teóricos da PI, é Margaret Radin⁹³. Ambos se fundamentam principalmente no pensamento hegeliano. No mesmo caminho segue o já mencionado Justin Hughes, que também busca no filósofo alemão a complementação da justificação iniciada na Teoria do Trabalho⁹⁴. Christopher Yoo publicou há poucos anos uma crítica incisiva à interpretação das teorias de Kant e Hegel para os direitos de autor, reformulado a Teoria da Personalidade para um formato mais adequado e contemporâneo, com maior foco no interesse público⁹⁵.

Em suas obras, Radin exemplifica os efeitos práticos de uma visão personalista ao defender como as propriedades com um maior aspecto pessoal merecem um grau maior de proteção quando confrontadas com outros direitos fundamentais. Um exemplo é como um imóvel utilizado como residência deve ser mais juridicamente valorizado do que se o mesmo imóvel fosse usado para fins de investimento imobiliário⁹⁶.

A primeira grande dificuldade para usar essa linha como fundamentação dos direitos de autor aparece na divergência entre as duas principais fontes filosóficas históricas dessa visão. Notoriamente, uma teoria da PI baseada em Kant encontra muito mais dificuldades para defender a alienabilidade dos direitos de autor do que uma baseada em Hegel. Essa divergência entre pensamentos permanece hoje refletida no *urheberrechtgesetz* (UrhG) alemão e no *droit d'auteur* francês⁹⁷.

A segunda dificuldade é a de se alcançar consenso sobre as facetas da personalidade que merecem ser tuteladas e priorizadas. Sem esse acordo, é muito difícil extrair respostas

⁹² CAMPBELL 1990.

⁹³ RADIN 1982.

⁹⁴ HUGHES 1988b.

⁹⁵ YOO 2019.

⁹⁶ DU BOIS 2018, 26.

⁹⁷ NETANEL 1993, 354.

para perguntas mais concretas, especialmente no campo da formulação de políticas públicas e novas legislações. A falta de consenso entre os autores contemporâneos que seguem esse caminho é talvez insuperável, porque depende de respostas iguais ou similares a duas das perguntas mais difíceis formuladas pelo homem: o que é a natureza humana (e se ela muda de acordo com cada cultura) e quais os valores que mais merecem ser protegidos, seja universalmente ou em uma determinada região⁹⁸.

Resumidamente, a Teoria da Personalidade também fornece uma base inicial forte para justificar a própria existência dos direitos de autor, exponencialmente visível no campo dos direitos morais, mas ajuda menos na busca por detalhamentos sobre os direitos concretamente considerados.

2.2.2. Teoria Utilitarista

A Teoria Utilitarista é a perspectiva dominante hoje na justificação da PI no mundo⁹⁹. 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 foram sistematizadas nas palavras de Jeremy Bentham e aprofundados por Stuart Mill, embora as sementes das ideias utilitaristas sejam anteriores aos dois filósofos. No campo da propriedade intelectual, ainda há raízes na arguição de Adam Smith em defesa dos benefícios provenientes de monopólios limitados¹⁰⁰.

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 sociedade¹⁰¹.

Esse desenvolvimento filosófico mais abstrato passa a ser traduzido em parâmetros mais concretos por meio de vários mecanismos, principalmente os métodos e modelos da

⁹⁸ W. FISHER 2001, 22.

⁹⁹ 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. Cf., de forma geral, WIPO 2008.

¹⁰⁰ Conforme indicado e citado por MENELL 2003, 131–32.

¹⁰¹ HETTINGER 1989, 48.

análise econômica do direito. Argumenta-se nesse viés que a PI serve como uma solução para falhas de mercado¹⁰², e o bem da sociedade passa a ser avaliado por parâmetros econômicos. O primeiro é a maximização da riqueza, que se foca no aumento geral da capacidade de consumidores pagarem por bens, serviços e condições. O segundo é o critério de eficiência Pareto (ou, menos rigidamente, de Kaldor-Hicks), quando a realocação de recursos é capaz de fazer com que a pessoa que ganhou recursos possa teoricamente compensar a que perdeu e ainda assim terminar em um estado melhor¹⁰³. A ampla adoção dessa visão por todo o mundo, acompanhando a transformação comercial da tutela jusautorais, pode ser resumida nas palavras de Stephen Breyer:

E eu acho que em um campo como o da propriedade intelectual você não pode entender a estrutura e desenvolvê-la sem conhecer os fatos sobre a indústria e as particularidades da produção, e você não pode entender a relevância desses fatos sem algum tipo de teoria econômica¹⁰⁴

Essa é uma Teoria muito associada aos sistemas de *copyright*¹⁰⁵. No sistema britânico, complementou e serviu como contrapeso aos argumentos lockeanos, mas é na formação do pensamento jurídico estadunidense (e principalmente do *founding father* Thomas Jefferson¹⁰⁶) que ela aparece com toda sua força, o que se desprende da Constituição dos EUA (art. 1.8.8) e dos posicionamentos de sua Suprema Corte¹⁰⁷. Em razão disso, esta Teoria acabou também se refletindo intensamente nos tratados internacionais sob forte

¹⁰² 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.

¹⁰³ W. FISHER 2001, 9.

¹⁰⁴ Traduzido de BREYER 2011, 1635.

¹⁰⁵ Mas essa diferença pode não ser, na verdade, tão profunda. Conforme aponta Sam Ricketson, comentando estudo de Jane Ginsburg, as motivações na origem dessas duas categorias de sistemas se misturam, existindo tanto argumentos de direitos naturais como de utilitarismo nas raízes de ambas, inclusive na Convenção de Berna. As diferenças por baixo da superfície são menores do que parecem, e há uma base sólida para uma reaproximação. RICKETSON 1992, 4–5. As primeiras manifestações do *droit d'auteur* francês também apresentam vários elementos de caráter social e utilitarista na defesa do equilíbrio de interesses. Cf. TRABUCO 2006, 117. Essa reaproximação, mesmo a nível internacional, de fato ocorreu e é bastante visível, com as diferenças hoje sendo mais quantitativas que qualitativas. Cf. GOLDSTEIN & HUGENHOLTZ 2019, 14.

¹⁰⁶ BOYLE 2008, 17–41.

¹⁰⁷ Destacando-se o julgamento *Mazer v. Stein* (347 US 201, 219, 1954), que claramente adota o ideário utilitarista do estímulo ao indivíduo criador em prol do bem público.

influência desses dois países, em especial o ADPIC¹⁰⁸.

Uma ampla gama de autores contribuiu para que essa perspectiva se tornasse dominante¹⁰⁹. Três, contudo, parecem se destacar como marcos teóricos históricos. Os primeiros são William Landes e Richard Posner, que escreveram juntos um dos mais influentes artigos do campo dos direitos intelectuais em 1989¹¹⁰, consolidada em livro de 2003 (“*The Economic Structure of Intellectual Property Law*”), formulando o que aparenta ser a mais detalhada explicação de uma análise econômica da PI da época¹¹¹. No campo dos direitos de autor, o artigo “*The uneasy case for Copyright Law*”¹¹², escrito por Stephen Breyer em 1970, chama atenção não só pela clareza e detalhamento, mas também por mostrar o potencial crítico da análise econômica¹¹³.

A Teoria Utilitarista apresenta caminhos mais palpáveis para justificar a PI, merecendo menção expressa: (i) a teoria do incentivo, que tenta calibrar o quanto os monopólios temporários de fato estimulam os autores a criar e inventar; (ii) uma otimização dos padrões de produtividade, facilitando que potenciais criadores identifiquem com maior facilidade os bens que os consumidores desejam; e (iii) a inovação competitiva, facilitando a coordenação da atividade inventiva mesmo entre competidores e minimizando os investimentos desperdiçados¹¹⁴.

Todos os três caminhos apresentam falhas, e não há uma teoria que os unifique satisfatoriamente, como a dificuldade de se definir padrões de produtividade ou de realmente diminuir, e não só realocar, os desperdícios da cadeia inventiva. De forma geral, os defensores do utilitarismo o apresentam como uma forma de construir políticas públicas com base em parâmetros objetivos e passíveis de serem averiguados. Embora isso seja muito convincente na teoria, diversos obstáculos aparecem na prática. O campo da propriedade

¹⁰⁸ ADOLFO 2009, 39–40.

¹⁰⁹ Na doutrina portuguesa, essa perspectiva, é marcada na argumentação de REMÉDIO MARQUES 2005., embora com alguma complementação da Teoria do Trabalho.

¹¹⁰ LANDES & POSNER 1989.

¹¹¹ Sintetizando as principais ideias do livro, ver POSNER 2002.

¹¹² BREYER 1970.

¹¹³ Há importantes autores antes destes, como Arthur Pigou, John Clark e Arnold Plant, que na década de 1920 e 30 já introduziam essa perspectiva, inclusive de forma crítica. Cf. MENELL 2003, 132. Porém, sua antiguidade faz com que guardem menos proximidade com as formulações contemporâneas.

¹¹⁴ W. FISHER 2001, 9–11.

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 social¹¹⁵.

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 PI podem na verdade prejudicar os seus fins declarados¹¹⁶. Isso levou a um reconhecimento generalizado (que o teórico critica severamente) que a teoria utilitarista não é suficiente para justificar os direitos intelectuais¹¹⁷.

Embora reconheçamos que esse recurso ao jusnaturalismo possa ser utilizado para defender direito de exclusiva que não deveriam razoavelmente existir, concordamos com a doutrina que indica que Direito de Autor não pode ser reduzida 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 expressão¹¹⁸.

2.2.3. Outras teorias, em particular a Culturalista

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 principais¹¹⁹. Há quem defenda que, ao menos contextualmente, a PI é injustificada, argumentando por caminhos morais, econômicos ou mesmo tecnológicos¹²⁰. Não parece muito profícuo nos aprofundar nelas. Porém, duas merecem mais comentários.

A primeira é a de raiz socialista/marxista, pela sua adoção no sistema soviético. Tem em sua base a legislação russa que foi elaborada seguindo os padrões originais da

¹¹⁵ W. FISHER 2001, 11–14.

¹¹⁶ LEMLEY 2015a, 1331–35.

¹¹⁷ LEMLEY 2015a, 1338–44.

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

¹¹⁹ HETTINGER 1989, 47; DU BOIS 2018, 19–21.

¹²⁰ Como Tom Palmer (criticando sob uma análise econômica e sob um viés moral) e John Burlow (no contexto cibernético), citados por MENELL 2003, 159.

CBerna, o que permitiria dizer que há uma boa proximidade com a tradição continental, embora já se tenha apontado o pensamento de Locke aplicado para a PI é radicalmente diferente de uma justificação laboral por meio de Marx¹²¹. Ainda assim, como mostra Samuel Trosow, um resgate das ideias marxistas poderia ser feito para desenvolver uma Teoria Crítica da Justificação, se contrapondo às posições comercialistas¹²², especialmente sob a percepção de que a crítica à propriedade e à forma-mercadoria de Marx abarcam também aquelas de natureza imaterial¹²³.

A segunda é a Teoria Culturalista/Cultural, que era anteriormente nominada por Fisher de Teoria do Bem-Estar Social, e assume outros nomes a depender do marco teórico, como a Teoria do Interesse Público Relevante, de Eduardo Leite¹²⁴.

Ela se assemelha à Teoria Utilitarista 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 embuídos¹²⁵. A grande diferença, aqui, é que essa busca pelo florescimento humano se dá tendo como base não o indivíduo, e sim as condições sociais que permitem esse crescimento. Exemplos são as oportunidades de engajamento artístico e cívico, sentimentos de pertencimento e elevados níveis de justiça distributiva, buscando o fortalecimento de um ambiente cultural diverso, complexo, educativo e democrático. As propostas dessa Teoria não se restringem aos direitos de PI e propõem uma mudança sistemática profunda¹²⁶.

Embora os autores da Teoria Cultural convirjam um pouco mais sobre quais são os valores humanos não-individuais que devem ser preservados e estimulados, os mesmos problemas de definição de conceitos que existem na Teoria da Personalidade se refletem aqui, agravados pela dificuldade em se definir o que é cultura. Como essa perspectiva é mais

¹²¹ MOSSOFF 2012.

¹²² TROSOW 2003, 234–41.

¹²³ HILLANI 2018, 19.

¹²⁴ LEITE 2004, 186.

¹²⁵ 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. Cf. <http://ccb.ff6.mwp.accessdomain.com/Maps/IPTheories.html>

¹²⁶ W. FISHER 2016, 452–54.

conectada a um papel estatal mais interventivo, existem críticas que apontam um paternalismo legal exagerado, com os riscos da ineficiência estatal e da violação dos espaços individuais¹²⁷.

Essas críticas de viés anti-intervencionista são mais impactantes em países com maior tradição libertária e liberal, como os EUA. Em Portugal, a própria CRP demanda um Estado ativo e garantidor de necessidades sociais. Mais que isso, as próprias Constituições portuguesas (que já são em si um fenômeno cultural, conforme Haberle¹²⁸) já tinham desde o início uma preocupação nesse sentido, mais acentuada a partir de 1933¹²⁹. No texto constitucional de 1976, Jorge Miranda identificou diversos direitos culturais:

- no artigo 42º, ao garantir a liberdade de criação cultural e os direitos de autor;
- no artigo 58º, alínea c), ao incumbir o Estado de promover a formação cultural dos trabalhadores;
- no artigo 70º, sobre juventude; – no artigo 72º, nº 2, sobre terceira idade; – nos artigos 73º, nº 1, e 78º, nº 1 e nº 2, alínea a), ao declarar o direito de todos à fruição e criação cultural;
- no artigo 74º, nº 2, alínea d), ao incumbir o Estado de garantir a todos os cidadãos, segundo as suas capacidades, o acesso aos graus mais elevados da criação artística;
- no artigo 78º, nº 2, alínea a), 2ª parte, ao incumbir o Estado de corrigir as assimetrias existentes no país quanto aos meios e instrumentos de ação cultural
- no artigo 78º, nº 2, alínea b), ao incumbir o Estado de apoiar as iniciativas que estimulem a criação individual e colectiva nas suas múltiplas formas e expressões e uma maior circulação das obras e dos bens culturais de qualidade;
- no artigo 78º, nº 2, alínea e), 2ª parte, ao incumbir o Estado de assegurar a defesa e a promoção da cultura portuguesa no estrangeiro;
- no artigo 90º, ao impor a coordenação dos planos de desenvolvimento económico e social com a política cultural.¹³⁰

Destacou, dentre esses, alguns direitos de liberdade cultural (especialmente criação, divulgação, fruição e iniciativa) e de direito ao acesso aos bens de cultura. Os direitos de autor estão expressamente previstos no artigo 42º, n. 2, que firma ser livre a criação

¹²⁷ Chamamos de paternalismo legal quando leis são utilizadas como forma de interferir na vida ou ato de uma pessoa, contra sua vontade, sob o argumento de que aquilo é necessário para seu próprio bem ou que ele não tem realmente uma vontade livre naquela situação. Para uma definição mais detalhada do conceito de paternalismo legal, sugere-se a leitura de FEINBERG 1971. Mais recentemente, o tema foi bastante avançado por DWORKIN 2013.

¹²⁸ HÄBERLE 2016, 22–25.

¹²⁹ MIRANDA 2006, 8–10.

¹³⁰ MIRANDA 2006, 16.

cultural¹³¹. Peter Haberle também identificou em Portugal essa notória aproximação entre a Constituição e a cultura, mencionando o país como caso paradigmático¹³².

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 segundo¹³³. 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 cultural¹³⁴.

Resumidamente, o cenário constitucional e doutrinário português é altamente favorável para o desenvolvimento da Teoria Culturalista, apesar de ser duvidoso se o mesmo pode ser dito da União Europeia¹³⁵.

¹³¹ 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 tanto 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).

¹³² HÄBERLE 2016, 12–16.

¹³³ ASCENSÃO 1994.

¹³⁴ ASCENSÃO 2012a.

¹³⁵ 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 2008d, 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 de 1949 (mais antiga organização político-jurídica europeia

2.3. Diferenciação com as teorias sobre a estrutura e natureza jurídica

Na escolha classificatória desenvolvida para essa dissertação, as Teorias de Justificação também não devem ser confundidas com os debates sobre a estrutura ou sobre a natureza jurídica dos direitos de autor, embora existam diversos pontos de contato/diálogo, e mesmo uma mistura generalizada na doutrina entre as diferentes discussões. Cumpre fazer alguns esclarecimentos¹³⁶.

2.3.1. Estrutura: monismo, dualismo e pluralismo

Quanto à estrutura, a dúvida reside na melhor forma de se compreender que existam, sob a mesma rubrica, pelo menos dois agrupamentos de direitos de autor profundamente distintos, nomeadamente o moral/pessoal¹³⁷ e o patrimonial. Tal debate é mais tradicionalmente desenvolvido na doutrina nos sistemas de tradição do *droit d'auteur*, pois é relativamente recente o reconhecimento de direitos morais (de forma não meramente excepcional) nos ordenamentos do *copyright*¹³⁸. Podemos falar, dentro da tradição romano-germânica, principalmente de uma visão monista, dualista e pluralista¹³⁹.

em funcionamento) 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. Ver 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.

¹³⁶ Para a identificação dos representantes clássicos de cada perspectiva, porém sem adotar a mesma classificação, seguimos alguns dos apontamentos de MENEZES LEITÃO 2018, 37–45. Com mais aprofundamento histórico, e mencionando ainda outros teóricos que não cito no texto, cf. REBELLO 1973, 588–94.

¹³⁷ Ambos os termos serão utilizados como sinônimos no texto, embora se privilegie a escolha legal por “direito moral”. Não se ignora, contudo, a fundada crítica de Ascensão a essa terminologia, afirmando que se trata de uma importação não de todo adequada da doutrina francesa, e que o mais correto seria utilizar a nomenclatura “direitos pessoais”. Cf. ASCENSÃO 2012b, 166–67.

¹³⁸ TRABUCO 2006, 81.

¹³⁹ Essa divisão em três tipos está presente, na jurisprudência, em acórdão do STJ de 29/11/2012, rel. Serra Baptista, com detalhamento doutrinário em TRABUCO 2006, 76–85. Ressaltamos que a doutrinadora nessa obra caracteriza as concepções proprietaristas como parte da teoria monista, o que não parece ser uma classificação acertada, pois “devemos manter distintos os problemas da estrutura e natureza dos direitos de autor”. Cf. ASCENSÃO 2012b, 652.

A visão monista, baseada principalmente em Kant, Otto von Gierke, Recht e Ulmer, os vê como uma unidade inseparável¹⁴⁰. As diferentes facetas desse ramo de direito intelectual são percebidas como uma tendência de se sobrepor genericamente à outra, ou por ver o aspecto patrimonial ou o moral como a verdadeira essência dos direitos de autor. Na doutrina constitucional portuguesa, faz-se uma analogia a um tronco do qual saem ramificações, representando os diferentes tipos de tutela jusautorais¹⁴¹.

Já a visão dualista vê os dois tipos como um conjunto de direitos complementares, mas autônomos e independentes, prevalecendo-se um ou outro a depender da obra e contexto¹⁴². Essa visão parece ter sido a mais adotada nas legislações nacionais de origem latina e tem como uma comum característica a contraposição entre direitos morais (tendencialmente eternos) e direitos patrimoniais finitos, por vezes identificando momentos diferentes de originação de cada um. Encontra-se classicamente essa defesa, em geral priorizando os aspectos morais, nas palavras de Kohler na Alemanha, na doutrina de Morillot e Desbois em França e, em Portugal, nos ensinamentos de Almeida Santos, Orlando de Carvalho e Alexandre Dias Pereira¹⁴³.

Ambas as visões, em suas formulações contemporâneas, acabam por se aproximar bastante. Enquanto o dualismo Kohler afirmava que apenas o direito patrimonial era um direito de autor em sentido estrito, e que os direitos morais seriam direitos de personalidade¹⁴⁴, vários dos dualistas mais recentes preferem sublinhar as similaridades concretamente existentes com o monismo¹⁴⁵.

Por último, a visão pluralista se assemelha em vários pontos à visão dualista, com um grau a mais de complexidade. Afirma-se aqui a existência de outros agrupamentos de

¹⁴⁰ A estrutura mais simples dos direitos conexos pode enquadrá-los na estrutura monista, pelos aspectos pessoais se tornarem meros elementos e não uma parte autônoma do direito. ASCENSÃO 2012b, 665–66. Na jurisprudência, acórdão do TRL de 21/02/2013, rel. Tomé Ramião.

¹⁴¹ CANOTILHO 2004. Corroborando esse entendimento, TRABUCO 2006. A jurisprudência do Tribunal Constitucional parece seguir nesse sentido, a exemplo do recente acórdão n. 216/2015 de 08/04/2015, rel. Ana Guerra Martins.

¹⁴² Adotando essa visão na jurisprudência, ver o acórdão do TRL de 13/01/2009, rel. Afonso Henrique.

¹⁴³ TRABUCO 2006, 79; MENEZES LEITÃO 2018, 42–43; DIAS PEREIRA 2008, 257 e 487.

¹⁴⁴ Mostrando a variabilidade dessas perspectivas, ver acórdão do TRL de 07/03/2013, rel. Ana Luísa Geraldes, afirmando que “*Os direitos de autor constituem direitos de natureza pessoal*”, aos quais estariam conectados os de caráter patrimonial.

¹⁴⁵ ASCENSÃO 2012a, 652–53.

direitos para além da dualidade moral-patrimonial, sem se encaixar bem na moral ou na patrimonial. Argumenta-se que a natureza jurídica é de um feixe de direitos independentes e com comportamentos distintos perante as adversidades da situação contextual, podendo ser separadamente alienados ou modificados. Concordamos com os que indicam que a lei portuguesa assimila essa perspectiva, como Luiz Rebello, Alberto de Sá e Mello e José Vieira, além da classificação tripartite defendida por Ascensão¹⁴⁶. Essa também parece ser a escolha da legislação comunitária, ao se perceber que o que se positivou foi uma concepção dualista mitigada por elementos do monismo¹⁴⁷.

2.3.2. Natureza jurídica: propriedade, personalidade ou monopólio/exclusivo

Para além desse primeiro aspecto, há um segundo ainda mais central para a questão da natureza dos direitos de autor e que se sobrepõe aos temas das Teorias de Justificação. Referimo-nos ao embate entre as visões dos direitos intelectuais como direitos de propriedade, de personalidade ou de exclusivo/monopólio¹⁴⁸. Embora em algumas legislações, como a do Reino Unido, a questão seja considerada tranquila por estar definida legalmente de forma clara (geralmente no sentido de ser uma propriedade¹⁴⁹), em outras, como a portuguesa, é matéria que permanece muito controversa.

Essas três posições guardam largas similaridades com as três principais Teorias de Justificação antes apresentadas, embora não se identifiquem com elas. A primeira (proprietarista), tendo Johann Pütter e Eugène Pouillet como marcos teóricos europeus, lembra muito a Teoria do Trabalho, observando que o argumento central de Locke sobre o labor humano era para fundamentar a apropriação privada de bens. A segunda (personalista) encontra como expoentes Felix Dahn, Carl Gareis, Johann Bluntschli e Otto Von Gierke, e quase se identifica com a Teoria da Personalidade, mudando apenas o âmbito de explicação da natureza jurídica para a lógica interna que deve orientar o sistema. A terceira (monopólio), com base no filósofo Johan Fichte e nos juristas Joseph Kohler, Henri Desbois e Edmond

¹⁴⁶ MENEZES LEITÃO 2018, 43–44. Detalhando sua divergência, ASCENSÃO 2012b, 648–64. Na jurisprudência, ver acórdãos do STJ de 01/07/2008 (rel. Sebastião Póvoas) e de 29/11/2012 (rel. Serra Baptista).

¹⁴⁷ DIAS PEREIRA 2005 na nota de rodapé n. 44.

¹⁴⁸ O próprio conceito de “direitos intelectuais” é muitas vezes visto como sinônimo da terceira opção (de exclusivo), vide DIAS PEREIRA 2001a, 55:118.

¹⁴⁹ DIAS PEREIRA 2008, 87.

Picard, explicita o racional econômico-concorrencial (em sentido amplo) por trás do pensamento utilitarista.

A defesa da tese personalista é mais bem encontrada nos fundamentos dos direitos pessoais de autor. Na tradição europeia continental, ela geralmente se alia à tese proprietarista para explicar o fundamento original do Direito de Autor¹⁵⁰. Ela também pode aparecer como aliada às teses de natureza de exclusiva, especialmente na inclusão de direitos morais no ordenamento estadunidense¹⁵¹. É dentre a tese proprietarista e a de direitos de monopólio que se encontra o cerne da discussão no cenário português, na qual tomamos como posições paradigmáticas aquelas de Dias Pereira e de Ascensão, representando respectivamente a posição dominante em Coimbra e em Lisboa¹⁵².

O representante da escola conimbricense entende que os direitos de autor seriam um tipo de propriedade imaterial com características específicas, e por isso não submetidos ao regime geral de propriedade, um conceito que na verdade seria aberto e fragmentário¹⁵³. Chega a esta conclusão principalmente pela interpretação sistemática do texto legal e constitucional¹⁵⁴, nacionalmente e no direito comparado, seguindo a doutrina tradicional dominante desde o abandono do regime de privilégios de impressão e publicação¹⁵⁵.

A interpretação mais direta da legislação comunitária também leva à essa conclusão, com o enquadramento da PI no parágrafo segundo do art. 17 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que trata sobre a propriedade em geral, além de decisões do TJCE¹⁵⁶ e da Corte Europeia de Direitos Humanos¹⁵⁷. Em especial, observamos adoção

¹⁵⁰ Como é possível observar em CARVALHO 1994.

¹⁵¹ Especialmente por meio do VARA de 1990. Para o mais completo e recente artigo sobre o tema, ver YOO 2019. Mas essa defesa é antiga, começando pelo menos na década de 1950 nos EUA e se fortalecendo no final da década de 80, conforme mostra extensivamente PEELER 1999, 424–25 nota de rodapé n. 7.

¹⁵² Dizendo-se usualmente oposto a essa contraposição, mas ressaltando que neste caso em específico ela é visível, ver ASCENSÃO 2007, 244.

¹⁵³ DIAS PEREIRA 2002. Com o mais profundo detalhamento, na posição originalmente avançada, ver também DIAS PEREIRA 2001a, 55:113–212.

¹⁵⁴ Conforme entendimento repetidamente firmado pelo Tribunal Constitucional, nos acórdãos 491/2002, 374/2003, 139/2004 e 273/2004, mantendo-se essa posição no recente acórdão n. 216/2015, já citado acima.

¹⁵⁵ A tese proprietarista assume diferentes formas, como a figura de propriedade espiritual germânica, um enquadramento mais próximo da propriedade comum no Reino Unido, a concepção sob um regime de propriedade *sui generis*, dentre outros. Mesmo na tradição fortemente utilitarista estadunidense ela encontra alguns fundamentos sólidos, conforme mostra EPSTEIN 2010.

¹⁵⁶ Processo C-200/96, de 28/04/1998.

¹⁵⁷ Ver caso *Anheuser-Busch Inc. v. Portugal*, j. 11/01/2007.

explícita dessa concepção nos Considerandos 3 e 9 da Diretiva InfoSoc.

Já o da escola lisboeta nega a possibilidade de verdadeira apropriação de bens imateriais intelectuais, apontando que a qualificação legal só é vinculativa para o intérprete quando implicarem um regime jurídico, o que não é o caso (pois o art. 1.303, n. 1 do Código Civil prevê a sujeição a uma legislação especial). Argumenta que o texto legal é ambíguo e que a verdadeira natureza dos bens intelectuais deve ser identificada pela maneira como os direitos são exercidos, mais próximo de um direito potestativo do titular de excluir a utilização de seu bem por terceiros, que se aproxima muito do poder de exclusivo (ou de monopólio) do direito concorrencial. Existe uma separação radical do regime geral de propriedade, e a escolha por esse termo pelos pensadores liberais tinha uma finalidade essencialmente ideológica, de maximizar esse tipo de proteção¹⁵⁸.

A escolha de Dias Pereira como paradigma da escola conimbricense, em vez de outras mais clássica como a de Antunes Varela e Pires de Lima ou Cunha Gonçalves (formado em Coimbra, mas professor lisboeta)¹⁵⁹, não é arbitrária. A modernização que ele faz da perspectiva proprietarista, com o que pode se chamar de uma síntese de natureza-funcionalidade entre as posições contrárias, é não só louvável como necessária para mantê-la adequada aos novos rumos do Direito de Autor. Sem abandonar a percepção jusnaturalista que bem fundamentou a proteção das criações intelectuais após as revoluções burguesas, reconhece que as mudanças jurídicas das últimas décadas em princípios básicos da tutela jusautoral tornaram insuficiente a tese proprietarista, ensejando a adoção no plano funcional da tese do exclusivo, tanto para uma análise coerente das leis quanto para avançar perspectivas críticas¹⁶⁰. Vale adicionar que essa convivência já estaria presente em algum grau nas raízes dos ordenamentos arquetípicos da posição proprietarista, seja no Estatuto da Rainha Anna, seja nas posições de Condorcet na França, seja na elevada preocupação dos tribunais alemães com o público.

Concordamos que a posição avançada pela escola conimbricense, especificamente na versão aprimorada de Dias Pereira, é a mais adequada ao ordenamento português e

¹⁵⁸ ASCENSÃO 2008c. Aprofundando a defesa da classificação como exclusivo, com numerosa bibliografia, ver TRABUCO 2006, 85–108.

¹⁵⁹ MENEZES LEITÃO 2018, 39.

¹⁶⁰ DIAS PEREIRA 2008, 114–20.

comunitário. Não obstante, é importante fazer algumas ressalvas.

Em primeiro, porque a definição como um direito de propriedade, ainda que imaterial e diferenciado, parece depender em grande parte de determinação legal¹⁶¹. Quando o texto legal é ambíguo ou apresenta contradições nesse tópico, nos parece que a opção generalizável mais aceitável é a de que se trata de um direito de exclusiva¹⁶². Em segundo porque essa dificuldade classificatória já estava nas raízes do Direito de Autor português, com o próprio Almeida Garrett reconhecendo em carta a Herculano que o termo “propriedade literária” não seria o mais correto, pela clara distinção com os regimes de propriedade comum¹⁶³. Em terceiro, a jurisprudência, em uma curiosa oposição ao direcionamento dado pelas diretivas comunitárias e ao Tribunal Constitucional, expõe a continuidade da divergência, optando frequentemente pelo enquadramento como direito de exclusiva avançado por Ascensão, vide acórdãos do TRL de 26/03/1998 (rel. Pessoa dos Santos) e de 14/03/2006 (rel. Pereira da Silva), e, no STJ, o acórdão de 29/11/2012 (rel. de Serra Baptista).

2.4. Equilíbrio de Interesses

2.4.1. 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 PI que vai para além da figura do autor/criador/inventor. Até mesmo nos sistemas de PI de caráter mais comercial são encontradas disposições que obrigam a busca por um equilíbrio de interesses, como mostra o art. 7º do ADPIC.

Nas perspectivas personalistas, especialmente na reformulação de Yoo, vimos que o aspecto econômico pode ser derogado pelos aspectos morais, e que a tutela da personalidade do autor serviria justamente como uma forma de realizar um sopesamento e

¹⁶¹ DIAS PEREIRA 2008, 138.

¹⁶² Tomando o Brasil como exemplo, a falta de menção no texto constitucional ao termo propriedade de direitos autorais (que existe expressamente em relação às marcas) levaria mais coerentemente à conclusão de que se tratam de direitos de exclusiva, cf. WACHOWICZ 2011, 29; BRANCO 2013. Esse entendimento parece ser predominante dentre os teóricos brasileiros que se debruçaram com mais esmero sobre esse tópico específico, mas cumpre admitir que está longe de ser ponto pacífico, vide DIAS PEREIRA 2008, 90–91.

¹⁶³ REBELLO 1973, 556.

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.

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 justificada¹⁶⁴.

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 sistema¹⁶⁵, desde a vedação à proteção de ideias até a limitação contextual dos direitos exclusivos para que não dificultem o desenvolvimento tecnológico¹⁶⁶, um viés que pode inclusive ser eminentemente comercial¹⁶⁷. 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 intelectuais¹⁶⁸. 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 exploradas¹⁶⁹.

Nos sistemas de direitos intelectuais contemporâneos encontraremos sempre, em

¹⁶⁴ De forma geral, ver D. B. BARBOSA 2011b.

¹⁶⁵ VICENTE 2011, 259–60; HOEREN 2006, 25–27.

¹⁶⁶ Para outros exemplos externos aos direitos de autor, ver REMÉDIO MARQUES 2005, 219–22.

¹⁶⁷ Para outros exemplos externos aos direitos de autor, ver REMÉDIO MARQUES 2005, 219–22.

¹⁶⁸ VICENTE 2011, 256–63; TRABUCO 2006, 698.

¹⁶⁹ ASCENSÃO 2009, 110 e 121.

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 Autor¹⁷⁰. Dentre os interesses envolvidos, são mais notórios os dos autores-criadores, das empresas e do público¹⁷¹. 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 estrito¹⁷²) 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 envolvidos¹⁷³. Esse desequilíbrio foi inicialmente, no cenário europeu, notado e criticado de forma sólida pela doutrina germânica¹⁷⁴.

A ponderação entre direitos fundamentais está no cerne da discussão, seja no nível de direitos humanos internacionalizados¹⁷⁵, seja no nível da Constituição. Já vimos que no ordenamento português há 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 proporcionalidade¹⁷⁶.

¹⁷⁰ VICENTE 2020, 64–68.

¹⁷¹ DIAS PEREIRA 2008, 127.

¹⁷² 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.

¹⁷³ ASCENSÃO 2002, 1119–1200.

¹⁷⁴ TRABUCO 2006, 159–60.

¹⁷⁵ Aprofundando, ver TORREMANS 2007, 281–89.

¹⁷⁶ CANOTILHO 2004.

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 constitucionais¹⁷⁷. Ademais, defendemos uma centralidade do princípio de liberdade (de informação) para o sistema de PI, indicado pela doutrina como tendo uma dignidade hierárquica superior¹⁷⁸.

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 direitos¹⁷⁹.

Esse equilíbrio de interesses não é uniforme para todos os sistemas nacionais ou regionais de PI, 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 proteção do criador intelectual¹⁸⁰. 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 autor¹⁸¹.

Realizar essa ponderação é um exercício muito complexo e difícil, inevitavelmente ligado a alguns valores e percepções subjetivas do julgador ou legislador. Mesmo se

¹⁷⁷ 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.

¹⁷⁸ VICENTE 2011, 264–65; ASCENSÃO 2008d, 24–26.

¹⁷⁹ 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.

¹⁸⁰ VICENTE 2011, 269–72.

¹⁸¹ 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.

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 adiante¹⁸². 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 uniformes¹⁸³.

Cumprir lembrar, antes de prosseguir, que essa objetividade ou neutralidade muitas vezes é utilizada para ocultar finalidades, institutos ou ferramentas profundamente ideológicos e tendenciosos¹⁸⁴. 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 onde o público não entende ou não se interessa pela questão dos direitos de autor na Internet, como foi nas primeiras legislações sobre o tema¹⁸⁵, 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,

¹⁸² 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 também não confirmam 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 guarda qualquer incompatibilidade com a existência da PI como um todo, vide BOYLE 2008.

¹⁸³ TRABUCO 2006, 162–63.

¹⁸⁴ 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.

¹⁸⁵ BOYLE 2008, 58–60.

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, como aqueles 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-los¹⁸⁶.

Estudos empíricos nesse campo, principalmente voltados para a duração demasiadamente longa da proteção, foram desenvolvidos em grande quantidade 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 entre propriedade intelectual e ganhos de criatividade ou inovação, constantemente sugerindo novas reformas de caráter anti-maximalista¹⁸⁷. No espaço digital tal percepção se aprofundou, devido à uma lógica própria de reutilização e de minimização de custos de produção e reprodução¹⁸⁸.

O questionamento sobre os efetivos benefícios dos subsistemas da PI 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 abolir¹⁸⁹.

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 justa¹⁹⁰. A tutela pela PI, diante do princípio da liberdade e das

¹⁸⁶ BREYER 2011, 1640–41; TRABUCO 2006, 190–93.

¹⁸⁷ BRANCO 2011, 59–63; LEMLEY 2015a; E. JOHNSON 2012; DE BEER 2016; BOLDRIN & LEVINE 2013; PEUKERT 2017; D. B. BARBOSA 2011b.

¹⁸⁸ KHAOSAENG 2019.

¹⁸⁹ MACHLUP 1958, 80.

¹⁹⁰ REMÉDIO MARQUES 2005, 203–4.

teorias de justificação, não deveria resultar em uma subutilização e desperdício de informação¹⁹¹.

Com base nessas análises econômicas, ganharam força as sugestões de alternativas aos sistemas tradicionais de direitos intelectuais, como premiações, competições ou subsídios governamentais¹⁹². Apontou-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 entre pares e o aumento do conhecimento humano, ou mesmo razões individuais¹⁹³. 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 ponto¹⁹⁴.

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 exclusivos¹⁹⁵.

Por fim, o equilíbrio de interesses ocorre também no nível internacional ou intergovernamental, na disputa dos interesses socioeconômicos e culturais de diferentes povos e nações. O processo de harmonização internacional da PI durante o século XX, efetivado por meio de tratados comerciais, encontrou inicialmente várias barreiras porque as regras de elevados níveis de proteção beneficiam mais os países desenvolvidos, exportadores de bens “culturais” e com indústrias tecnológicas avançadas¹⁹⁶. Os países em desenvolvimento viam esses instrumentos com desconfiança, sob o risco de solidificar as posições de dominação comercial no mundo¹⁹⁷.

¹⁹¹ MENELL 2003, 133; HETTINGER 1989, 49.

¹⁹² Conferir um resumo das principais alternativas, com suas vantagens e desvantagens, em W. FISHER 2017.

¹⁹³ MENELL 2003, 143–46; LEMLEY 2015b, 492–94.

¹⁹⁴ FHIMA 2019, 2; DIAS PEREIRA 2008, 317–20; BOYLE 2008, 187–94.

¹⁹⁵ ASCENSÃO 2008a, 14–15.

¹⁹⁶ GOLDSTEIN & HUGENHOLTZ 2019, 94–95.

¹⁹⁷ ASCENSÃO 2008b, 96–97; VALENTE 2020. Ainda hoje esse conflito internacional de interesses é facilmente constatável, vide o recente pleito dos países menos desenvolvidos membros da OMC para uma extensão do prazo de transição previsto no artigo 66.1 do ADPIC. Cf. INFOJUSTICE EDITORS 2020.

2.4.2. No paradigma da sociedade informacional¹⁹⁸

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 PI, incluindo o Direito de Autor e declarações de que aquele poderia ser o seu fim¹⁹⁹.

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 empolamento²⁰⁰.

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 comum²⁰¹, as mudanças parecem ser mais de se criticar do que elogiar, ao menos sob a ótica do interesse público²⁰².

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 marginal das obras digitais protegidas pelo Direito de Autor, significando que a criação, produção, distribuição e reprodução ficaram todas mais fáceis e baratas²⁰³. 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

¹⁹⁸ 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 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.

¹⁹⁹ Paradigmático, dentre muitos textos similares publicados nesse período, é o artigo de NIMMER 1995.

²⁰⁰ ASCENSÃO 2008b, 100; TRABUCO 2006, 140.

²⁰¹ BRANCO 2011, 232.

²⁰² DIAS PEREIRA 1999.

²⁰³ LEMLEY 2015b, 488–90.

ainda ser desfragmentadas com facilidade²⁰⁴.

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 mesmo 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 digital²⁰⁵, 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 desapareço popular da própria ideia da proteção jusautorais²⁰⁶.

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 europeias²⁰⁷. 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 jusautorais. A informação se dissociava do princípio da liberdade e se tornava um bem econômico autônomo, suscetível de apropriação²⁰⁸. Isso resultou em um grave desequilíbrio em prol da posição dos titulares, avançado sob o dogma do “elevado nível de proteção” da União Europeia²⁰⁹.

O prejuízo unilateral, claro, recaiu sobre os demais interesses envolvidos. Os interesses sociais perderam espaço²¹⁰, com seus agentes (como usuários da internet e

²⁰⁴ MENEZES LEITÃO 2018, 331 e 348; TRABUCO 2006, 141.

²⁰⁵ 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.

²⁰⁶ Uma das mais famosas obras que denunciam esse movimento é a de LESSIG 2004. A doutrina portuguesa é geral extremamente crítica dessas alterações, p. ex. ASCENSÃO 2005; DIAS PEREIRA 2011b. Em relação ao desapareço popular gerado, ver GINSBURG 2002.

²⁰⁷ ASCENSÃO 2008d, 10.

²⁰⁸ TRABUCO 2006, 138.

²⁰⁹ VICENTE 2011, 275.

²¹⁰ ASCENSÃO 2008d, 19; DIAS PEREIRA 2008, 316.

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 minimizar²¹¹. As novas regras protegiam até meios tecnológicos que impediam o acesso de direitos legalmente garantidos no mundo analógico²¹².

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 maior frequência as preocupações não econômicas, embora a tradução disso em atos de efeitos práticos tenha sido tímida²¹³.

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*, (empresarias, 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 envolvidos²¹⁴. 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 armadilhas²¹⁵.

²¹¹ 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.

²¹² ASCENSÃO 1999, 51–57.

²¹³ ASCENSÃO 2009. Para um exemplo dessa renovada preocupação cultural, não só na União Europeia, ver DIAS PEREIRA 2012.

²¹⁴ BUCCAFUSCO & HEALD 2013, 10–12.

²¹⁵ MENELL 2003, 155–56.

2.4.3. 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 anômalo²¹⁶.

A crítica está na extensão desmedida do nível elevado de proteção característico do Direito de Autor (e especialmente do *droit d'auteur*)²¹⁷, abarcando novas obras apenas marginalmente criativas. A lista é longa, valendo citar, dentre vários, a alargada duração, a proteção automática sem formalidades, a desnecessidade de revelar informações valiosas para vigência da tutela, e reduzida possibilidade de limitações e exceções²¹⁸.

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 de justiça, equidade e bom funcionamento do mercado. Os danos não se resumem ao interesse do público geral, atingindo em cheio um ambiente concorrencial saudável que evita o surgimento de monopólios de grandes grupos empresariais²¹⁹.

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 proteção²²⁰. 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 outros²²¹.

²¹⁶ ASCENSÃO 2008b, 93.

²¹⁷ ASCENSÃO 2008d, 10.

²¹⁸ Tratando de regras especiais tanto em relação a certas categorias de obras quanto a titulares de direitos, VICENTE 2011, 269–74.

²¹⁹ ASCENSÃO 2006, 17–18. Sobre a PI em geral, REMÉDIO MARQUES 2005, 231–35.

²²⁰ TRABUCO 2006, 68–72.

²²¹ Tratando do cenário estadunidense, mas de forma que pode ser estendida para a União Europeia, cf. GINSBURG 1990. Em sentido similar, BRANCO 2011, 249.

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 inovação²²², ao lado das finalidades explícitas que priorizavam a proteção do investimento, acabaram gerando dificuldades para explicar essas normas, que eram seguidamente enxertadas nas leis jusautorais²²³.

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, tutela do investimento²²⁴), já que nos sistema de *copyright* essas categorias de titulares podiam se beneficiar diretamente 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 propriamente dito são acima de tudo simbólicas²²⁵, especialmente no âmbito da União Europeia²²⁶.

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 ditos²²⁷. Esses, inclusive, têm prevalência sobre os conexos, conforme dita o art. 177º do CDADC²²⁸. São marcados nos ordenamentos por uma menor duração e por não constituir direitos morais, com a exceção dos direitos conexos de executantes e intérpretes (art. 180º e

²²² GOLDSTEIN & HUGENHOLTZ 2019, 20–21. DIAS PEREIRA 2001b. Ver ainda o subtópico 5.2.2.

²²³ DIAS PEREIRA 2002, 481.

²²⁴ TRABUCO 2006, 64–65. Contudo, os direitos vizinhos dos intérpretes ou executantes se aproximam dos direitos de autor. Cf. DIAS PEREIRA 2008, 412.

²²⁵ Sá e Mello aponta como há uma distinção no ordenamento do Reino Unido entre “*authorial copyright*”, mais próximas dos direitos de autor propriamente ditos e que refletem uma expressão formal criativa, e as “*entrepreneurial copyright*”, que se aproximam dos direitos conexos e resultam de um investimento significativo. SÁ E MELLO 2016, 57–59. Parece, no entanto, que essa é uma distinção mais relevante para a doutrina do que para as leis e jurisprudência, vide DIAS PEREIRA 2008, 246.

²²⁶ ASCENSÃO 2008a, 27. Sobre os direitos conexos na legislação comunitária e portuguesa ver, de maneira geral, SILVA 2016.

²²⁷ Nesse sentido, acórdão do STJ de 01/07/2008 (rel. Sebastião Póvoas).

²²⁸ Discordo, portanto, da interpretação de que a hierarquia é apenas moral e que há igualdade na força jurídica entre cada categoria, conforme afirma SILVA 2016, 361–62.

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 media o contato entre a obra pré-existente e o público) ao proteger novos tipos de obras, não tuteláveis pelos regimes vigentes de direitos de autor²²⁹. Poderiam ainda ser chamados, de forma elucidativa, de “direitos vizinhos dos direitos vizinhos”²³⁰.

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 autonomização²³¹.

Apesar deste direito especial ser merecedor de críticas, a escolha de enquadramento fora dos limites 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 nela²³². 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*”²³³), inclusive para manter a coerência teleológica dos regimes aplicáveis.

²²⁹ SILVA 2016, 363–64; MOSCON 2019, 312–13; SAIZ GARCÍA 2019, 31.

²³⁰ SILVA 2016, 393.

²³¹ DIAS PEREIRA 2002, 481–82.

²³² ASCENSÃO 2008b, 93.

²³³ ASCENSÃO 1999, 53.

3. O DOMÍNIO PÚBLICO

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 PI, com poucas pesquisas mais detalhadas sobre o tema durante a maior parte do século XX²³⁴, no século XXI as questões relacionadas ao domínio público se tornaram alguns dos tópicos mais intensamente debatidos de direitos de autor²³⁵. 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 (danosas e benéficas) da Internet²³⁶.

Um dos aspectos interessantes de estudar o domínio público é a sua surpreendente estabilidade temporal e territorial, com efeitos e fundamentos legais similares independentemente do país ou momento histórico. Embora não se possa falar nem de longe em uma uniformidade, com diferenças em aspectos como duração do prazo de proteção ou possibilidade de reapropriação privada da obra²³⁷, há inegavelmente uma similitude. Esse fenômeno é raro no direito comparado, especialmente em ramos jurídicos tradicionalmente caracterizados pelo princípio da territorialidade, como é o caso dos direitos de autor²³⁸.

3.1. Origens do Domínio Público

O conceito de domínio público não tem suas origens na propriedade intelectual, mas sim no sistema jurídico de propriedades materiais. Mais precisamente, suas raízes

²³⁴ Um dos raros exemplos é o texto de LANGE 1981.

²³⁵ GINSBURG 2006, 636.

²³⁶ D. B. BARBOSA 2011a, 14–17; BOYLE 2008, 50–53; LESSIG 2013, 61–63.

²³⁷ BRANCO 2011, 121–50; DUSOLLIER 2010, 22. As regras nacionais de domínio público sobre os períodos das guerras mundiais na Europa são notadamente díspares, problema que a Diretiva 93/98/CEE tentou minimizar, sem grande sucesso (tanto que foi necessária a publicação da Diretiva 2006/116/CE posteriormente). Mas é nos EUA que vemos um regime que beira o bizarro, do qual resulta inclusive a criação de enormes quadros explicativos para tentar ajudar na sua compreensão. Ver, p. ex., HIRTLE 2020.

²³⁸ BRANCO 2011, 88; GOLDSTEIN & HUGENHOLTZ 2019, 86–91.

podem ser traçadas desde o conceito romano de *ager publicus* (o que era pertencente à população romana em seu conjunto), evoluindo, depois, para o *res communes omnium* (o que poderia ser utilizado por todos) e *res publicae* (de propriedade de entidades públicas), significando aqueles bens que não seriam apropriados de forma privada e sim utilizados de forma comum por todas os cidadãos²³⁹.

No Direito de Autor propriamente dito, a história do domínio público caminha ao lado das primeiras regras jusautorais. Os privilégios de impressão eram por sua própria natureza restritos, e as obras que não tinham essa proteção eram vistas como de domínio público. Em um primeiro momento, como essa categoria era na verdade um direito de editores e não de autores, obras muito antigas podiam receber esse tipo de tutela. Diz-se que o primeiro privilégio de impressão, dado pela República de Veneza a Giovanni Spira, foi relativo à publicação de cartas de Cícero. Na França do começo do século XVIII foram abolidos os privilégios para obras muito antigas, significando aquelas anteriores a 1479²⁴⁰

É no momento de conversão dos privilégios em propriedade imaterial (e em um direito subjetivo econômico) que o domínio público vai assumindo uma forma mais parecida com a atual, trazendo junto a concepção de um espaço comum das ideias, como já se observava incipientemente em Locke. Um rudimento dessa noção aparece, em uma forma mais positiva e abrangente, no Estatuto da Rainha Anne de 1710, ao recusar uma visão forte da PI como direito natural eterno e estabelecer condições para proteção das obras, particularmente prazos de proteção limitados, dando uma função social desses direitos. Porém, o termo “domínio público” só começa a ser de fato positivado e seguir os modelos legais com uma visão mais negativa (predominante nos ordenamentos contemporâneos) nas leis francesas do final do século XVIII e início do século XIX²⁴¹.

A uniformização internacional do prazo de proteção das obras não foi originalmente colocada como prioridade, embora países como a França já desde o início buscassem positivá-lo no texto convencional, e apenas com a revisão de Berlim de 1908 a Convenção de Berna passou a prever prazos mínimos de proteção, fixando-os em 50 anos²⁴². Apesar de,

²³⁹ CAUPERS 2008, 109.

²⁴⁰ Citando João Henrique da Rocha Fragoso, BRANCO 2011, 90–91.

²⁴¹ GINSBURG 2006; HUANG 2009, 179–84.

²⁴² RENAULT 1986.

felizmente, persistir a regra de aplicação do prazo mais curto nos conflitos jurisdicionais internacionais, 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 intermediários²⁴³.

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, os benefícios ficam muito menores e os danos muito maiores. 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 comerciais²⁴⁴.

Somente nas últimas décadas o domínio público, que tinha sido escanteado dentre os temas de estudo do Direito de Autor, passou a ser um dos centros da atenção da doutrina²⁴⁵. Ele teve resgatada sua importância como um espaço comum de ideias e obras reutilizáveis, pois o ambiente cibernético possibilitava novos meios de criação e popularizava essas opções. Ainda, a extensão desmedida dos prazos de proteção passou a encontrar nos argumentos ligados ao domínio público uma forte barreira²⁴⁶.

3.2. Conceituação

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

²⁴³ BRANCO 2011, 102 e 150–52; VICENTE 2020, 24.

²⁴⁴ BOYLE 2008, 42–53. Em sentido bastante próximo, ver BENKLER 1999.

²⁴⁵ D. B. BARBOSA 2011a, 3. O mais importante impulso inicial parece ter sido um artigo de Lange, que avançava uma noção positiva e substancial de domínio público como um espaço permeado por direitos individuais de utilização livre das obras, criticando a deterioração desse espaço pelas recentes alterações legais e jurisprudenciais. Cf. LANGE 1981. Algumas décadas depois, esclarecendo qual era seu conceito de domínio público, o doutrinador afirmou que tinha uma estratégia de reconceptualizar o instituto, inclusive legalmente, como um “santuário para criação”, o que exigiria reformar a estrutura da propriedade intelectual. Mas relatou que o tempo alterou sua percepção, e passou a considerar que seria necessária uma transformação “revolucionária”, pensando o domínio público não como um espaço, mas como um estado das coisas relativamente autônomo da propriedade intelectual, que as pessoas poderiam reivindicar como uma forma de impedir os cerceamentos de novos direitos intelectuais injustos. Cf. LANGE 2003.

²⁴⁶ DUSOLIER 2010, 17–18.

“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 concorrência²⁴⁷. Não obstante, 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.

Essa dificuldade de definição persiste até hoje, o que se percebe na confusão com outros conceitos que compartilham a mesma sintaxe, a partir da origem comum na ideia de “*res communes omnium*”. Quando fazemos buscas jurídicas pelo termo “domínio público”, por exemplo, é mais comum encontrarmos resultados relacionados ao direito administrativo ou ao direito público de propriedades, tratando de locais como praças, praias ou mesmo o espaço sideral. Apesar de existirem comparações possíveis com o conceito jusautorais, é preciso muito cuidado para não o estender analogicamente de um ramo jurídico ao outro.

Afinal, a profunda diferença entre o regime comum e o imaterial de propriedade tem efeitos nesse ponto. Nos direitos de autor, trata-se na realidade de um espaço no qual não incidem direitos exclusivos (tanto patrimoniais quanto a maioria ou mesmo a totalidade dos morais), além de geralmente não se observar maior relevância da participação de órgãos públicos, com algumas exceções que veremos adiante. O domínio público jusautorais não assume, na vertente à qual nos alinhamos, a excepcionalidade da propriedade pública estatal, e sim é caracterizado por ser um espaço de liberdade e o estado natural dos bens intelectuais, de onde eles vieram e para onde deverão naturalmente retornar²⁴⁸.

Um exemplo de como é difícil chegar a uma definição que não seja meramente negativa (ou seja, dizer o que o domínio público não é) está na tentativa de precisar qual o regime jurídico efetivamente aplicável ao domínio público, tema raramente abordado em leis ou tratados. 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 comuns, de todo o

²⁴⁷ BRANCO 2011, 93.

²⁴⁸ CAUPERS 2008, 113; BRANCO 2011, 54–56; BOYLE 2003, 49.

público²⁴⁹.

A primeira e a segunda tese não parecem as mais adequadas para uma definição global, embora se fortaleçam em algumas legislações nacionais nos casos de obras em domínio público decorrente.

Lembra-se como exemplos dos casos brasileiro²⁵⁰, português²⁵¹, italiano²⁵² e, mais acentuadamente, o uruguaio²⁵³. Existem nestes países regras fixando que o Estado assume a competência de exercer alguns direitos característicos do titular/autor quando uma obra retorna ao domínio público. Nos regimes de domínio público pago, como é o caso do Uruguai ou de Portugal entre 1980 e 1982 (sem efetivamente ter sido implementado), o regime jurídico inclusive se aproxima de um imposto²⁵⁴.

Entretanto, mesmo sob essas condições, ao menos em Portugal e no Brasil, não parece que o Estado assumira a posição de um verdadeiro titular, e sim de um ente responsável pela tutela do patrimônio cultural e de direitos de personalidade. Ou seja, o direito existente deixa de ser propriamente um direito de autor, e passa a ser um direito público cultural, saindo da lógica privada característica da tutela jusautorais²⁵⁵. Evidenciando como não são a mesma coisa, pode-se presumir que esse direito nunca será exercido pelo governo em relação às obras consideradas pouco relevantes culturalmente²⁵⁶.

A segunda tese se constrói exatamente a partir da previsão em algumas legislações da perpetuidade de certos direitos morais básicos²⁵⁷, nomeadamente o de atribuição e integridade, fortalecendo a noção de que o domínio público é um regime atenuado de direitos de autor comuns. A doutrina francesa é paradigmática na defesa dessa tese, chegando ao

²⁴⁹ ASCENSÃO 2008a, 34.

²⁵⁰ Lei n. 9.610/1998, art. 24, §2.

²⁵¹ CDADC, Artigo 57º, n. 2.

²⁵² Legge 22 aprile 1941, n. 633, Art. 23.

²⁵³ Ley n. 9.739/1937, art. 16 e 76.

²⁵⁴ ASCENSÃO 2008a, 36.

²⁵⁵ DIAS PEREIRA 2001a, 55:376–77. Essa é a diferença

²⁵⁶ ASCENSÃO 2012b, 348–50. Por outro lado, talvez fosse possível considerar o domínio público como uma “propriedade administrativa” do Estado, que, assim como a propriedade imaterial, não segue e nem se fundamenta no regime comum de propriedade, conforme sugestão de BRANCO 2011, 161.

²⁵⁷ Pode-se ainda citar alguns casos excepcionais, como um direito patrimonial perpétuo reconhecido em lei para exploração da obra Peter Pan, ainda que limitado ao recebimento de *royalties*, em favor de um hospital infantil britânico, o Great Ormond Street Hospital. Cf. GREEN 2006, 842–44.

ponto de um sucessor de Victor Hugo conseguir impedir uma obra atual que se apresentava como uma sequência de “Os Miseráveis”²⁵⁸. O art. 56º, n. 2 do CDADC, aliado ao já mencionado art. 57º, n. 2, parecem a princípio corroborar essa visão.

Seguimos a esteira dos ensinamentos de Ascensão ao concordar que acatar essa ideia contrariaria frontalmente os fundamentos do Direito de Autor, especialmente considerando a Teoria Utilitária e Cultural. Pode-se aceitar que os mencionados direitos morais básicos permaneçam perpetuamente vigentes em abstrato, mas não que tenham efeitos práticos. Referimo-nos especialmente às sanções penais ou impedir a publicação, divulgação e exploração comercial de uma obra em domínio público²⁵⁹. Mesmo o direito de atribuição de nome ao autor originário poderia se tornar um obstáculo para criação e exploração de obras derivadas, quando o autor é desconhecido ou teve seu nome perdido no decorrer do tempo.

O melhor enquadramento, portanto, parece ser o da terceira das categorias elencadas, aproximando-se assim das longínquas raízes legais do instituto, ainda antes de sua ligação com os direitos de autor. Assemelham-se aos *commons* de Locke, na formulação do domínio público das ideias avançada por Hughes²⁶⁰. Essa terceira tese é ainda mais consolidada em países que não consideram os direitos de autor como uma verdadeira propriedade. Ou seja, bens não apropriados nem apropriáveis, bens livres, de propriedade do público²⁶¹.

Feitas essas considerações iniciais, é possível passar à conceituação propriamente dita do domínio público, que é dividida em um agrupamento de concepções negativas ou, de forma mais progressista e menos consolidada, de concepções positivas²⁶².

3.2.1. Conceito negativo

O conceito mais tradicional de domínio público é aquele que assume uma forma negativa. Aqui, ele se revela essencialmente como a ausência de proteção pelos direitos de

²⁵⁸ ASCENSÃO 2012a, 6.

²⁵⁹ ASCENSÃO 2012b, 347–48.

²⁶⁰ HUGHES 1988a.

²⁶¹ ASCENSÃO 2008a, 35.

²⁶² GUADAMUZ 2014, 7–8.

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, que é abarcada na conceituação negativa mais extensiva, refere-se às obras que nunca foram objeto de proteção exclusiva. Podem estar nessa situação por sua proteção não estar prevista (ou mesmo estar vedada) legalmente, como as fórmulas matemáticas ou criações que não preenchem o requisito de originalidade. Isso pode ser também uma escolha voluntária do autor já publicar sua obra em domínio público, utilizando-se de ferramentas como a licença CC0 do *Creative Commons* (CC).

A segunda, decorrente, é a noção mais famosa. 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”, e para alguns autores, com uma interpretação mais restritiva, apenas essa categoria pode ser corretamente classificada como obras em domínio público.

Seriam enquadradas no domínio público, na concepção negativa mais ampla (em lista não exaustiva, elencando os casos mais comuns observados)²⁶³: (1) obras que já existiam antes da implementação do direito autoral, tal qual obras pré-históricas; (2) obras cujo termo de proteção expirou, pelo decurso de tempo ou outra condição extintiva; (3) obras que foram propositalmente colocadas no domínio público²⁶⁴; (4) obras que não são tuteláveis devido ao não preenchimento de requisitos, como o da originalidade, (6) obras que não preencheram formalidades, como o registro, quando eram exigíveis; (7) obras que a legislação define como de bem comum ou explicitamente exclui do âmbito de proteção, como notícias objetivas, formulários em branco, calendários, folclore e legislação; (8) em algumas legislações, como a dos EUA, obras que não foram fixadas em um suporte tangível; (9) em algumas legislações, obras produzidas por estrangeiros e não publicadas no território nacional, cuja proteção não seja garantida por acordos dos quais ambos os países sejam

²⁶³ SAMUELSON 2003, 151; HUANG 2009, 181.

²⁶⁴ A possibilidade de realizar tal ato não é universalmente consensual nem nas leis nem na doutrina, especialmente considerando a previsão de direitos irrenunciáveis morais e mesmo, excepcionalmente, patrimoniais (como o direito de sequência do Artigo 54º do CDADC. Para uma revisão bibliográfica detalhando esse ponto, junto com uma análise comparativa entre diversos países, ver: GUADAMUZ 2014.

signatários²⁶⁵.

3.2.2. Conceito positivo

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. 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 justificação²⁶⁶.

Essa não é uma concepção meramente teórica ou acadêmica, e países como o Equador adotaram-na expressamente²⁶⁷, e a Agenda do Desenvolvimento da OMPI também defendeu uma visão protecionista do domínio público²⁶⁸. Outra forte posição institucionalizada pode ser encontrada no Manifesto do Domínio Público de 2011, formulado no âmbito do projeto Communia (que mais tarde se tornou a Associação Internacional Communia), financiado pela Comissão Europeia de 2007-2011. A doutrina citada nesse capítulo 3, de forma geral, teve um papel importante (e muito ativo) na construção desse novo conceito.

Ele passa a ser um direito do público²⁶⁹, 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 utilização livre do Direito de Autor²⁷⁰. Nas palavras de Ascensão, “*o domínio público abrange todo o acervo de obras intelectuais comuns a todos e utilizáveis por todos*”²⁷¹. Nessa definição, utilizações livres como o CC e os limites e exceções (ou o

²⁶⁵ Lista aprimorada, a partir de comentários da doutrina citada nesse capítulo, a partir da classificação similar de HUANG 2009, 181.

²⁶⁶ VICENTE 2011, 259–60; ASCENSÃO 2008a, 23; BRANCO 2011, 84; DIAS PEREIRA 2019c, 469; BOYLE 2008, 38–39.

²⁶⁷ 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. (...)*”

²⁶⁸ DUSOLLIER 2010, 5.

²⁶⁹ DU BOIS 2018, 33.

²⁷⁰ Avançando essa posição detalhadamente, ver FHIMA 2019.

²⁷¹ ASCENSÃO 2008a, 19.

fair use do copyright) ganham maior centralidade, sendo comumente incluídos como parte do domínio público²⁷². O conceito passa a ser construído, em vez de pré-estabelecido, de forma dialógica e aprimorando continuamente²⁷³, podendo mesmo se falar em uma multiplicidade de “domínios públicos”

Um dos efeitos práticos na adoção dessa concepção é ver no domínio público um direito subjetivo do público. Sob essa ótica, não seria permitida a reapropriação privada que ocorreu em vários países europeus após a publicação da Diretiva 93/98/CEE (que estendeu o prazo mínimo de proteção de 50 para 70 anos, seguindo padrões alemães²⁷⁴, e foi depois complementada pelo Diretiva 2006/116/CE). Uma vez que a obra passou para o domínio público, deveria lá permanecer, independentemente de qualquer extensão de prazos, da mesma forma que foi fixado na Lei de Direitos Autorais brasileira, no art. 112.

A mesma lógica também se aplicaria em relação às obras em domínio público cujo acesso digital é bloqueado por medidas tecnológicas de proteção²⁷⁵. De forma mais limitada e obstaculizada, vemos uma expressão desse direito no art. 221 do CDADC, e, no seu formato mais explícito e amplo, no art. 129 do Código INGENIOS equatoriano.

3.2.3. Benefícios culturais e comerciais

Conforme apontado no subtópico 2.1.2, existe forte questionamento na doutrina, especialmente na linha utilitarista e cultural, se os direitos de autor (e de PI em geral) cumprem o 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 no tópico 4.2. 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

²⁷² HUANG 2009, 186. Como ex., ver LANGE 2003, 478–79. Vale notar próprio Lessig diz que o CC não é exatamente um domínio público, mas sim um “domínio público efetivo”, em LESSIG 2013, 74–75.

²⁷³ FHIMA 2019, 8.

²⁷⁴ BRANCO 2011, 202 e 267.

²⁷⁵ BRANCO 2011, 270. Sobre essas medidas tecnológicas de proteção e as distorções que causam no equilíbrio de interesses do Direito de Autor, cf. VICENTE 2006.

obras 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 contexto²⁷⁶. 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 gigantes²⁷⁷.

Quanto mais esse 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 de forma alguma implica uma diminuição de seu valor social²⁷⁸.

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”*²⁷⁹.

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 Autor²⁸⁰. Esse

²⁷⁶ LITMAN 1990, 1007–12.

²⁷⁷ GRAU-KUNTZ 2011, 8; HUANG 2009, 189–91.

²⁷⁸ D. B. BARBOSA 2011a, 5–6.

²⁷⁹ BRANCO 2011, 58.

²⁸⁰ Defendendo esse argumento no ordenamento estadunidense, LITMAN 1990.

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 país²⁸¹.

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 oito 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 deliberativa²⁸². Esta análise é complementada por Sergio Branco, ao argumentar sobre: (i) a preferência de alguns autores por outras motivações que não as imediatamente financeiras; (ii) o desenvolvimento de modelos produtivos de cooperação; (iii) o reconhecimento do uso público de obras como método de criação; (iv) a existência de um interesse geral que se sobrepõe aos privados na acessibilidade pública de algumas obras²⁸³.

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 criativa²⁸⁴, reiteradamente demonstrado por pesquisa empíricas e pela análise econômica do direito²⁸⁵. Ao se falar no tema, rapidamente vêm à mente situações comuns como as adaptações de obras de domínio público na indústria cinematográfica²⁸⁶ (ou *audiobooks* e *podcasts*) e a elaboração de traduções que concorrem entre si pela qualidade técnica e fidelidade²⁸⁷.

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 no Reino Unido

²⁸¹ LEMLEY 2015b, 491–92; ERICKSON 2016, 70.

²⁸² SAMUELSON 2006, 826–27.

²⁸³ BRANCO 2011, 247.

²⁸⁴ DUSOLLIER 2010, 14–15.

²⁸⁵ Com extensa revisão bibliográfica teórica e empírica, cf. ERICKSON 2016.

²⁸⁶ EUIPO 2017.

²⁸⁷ BRANCO 2011, 64–68.

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. Foram, contudo, 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 PI²⁸⁸.

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 Google²⁸⁹. Um bom modelo de negócios pode tornar muito menos relevante a exploração econômica da propriedade intelectual²⁹⁰. A disponibilização de conteúdos abertos de qualidade para atrair grandes públicos, obtendo remuneração por meio do recurso a *ads* (publicidade digital), é outro modelo muito comum contemporaneamente – como mostram os *youtubers* ou *influencers* das redes sociais.

As possibilidades são muitas e por vezes fogem do óbvio. Merges notou que o domínio público não depende apenas do poder público para se expandir. Muitas iniciativas privadas, 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 consumidores²⁹¹. De nossa parte, consideramos essas ações não só louváveis como necessárias, mas por si só insuficientes para alcançar um domínio público verdadeiramente sólido e seguro²⁹². Diante da omissão do legislador, contudo, a coordenação privada pode ser a única opção de preservar o espaço comum das ideias²⁹³.

²⁸⁸ ERICKSON ET AL. 2015, 24–37.

²⁸⁹ DUSOLLIER 2015, 103.

²⁹⁰ SAMUELSON 2003, 169.

²⁹¹ MERGES 2004.

²⁹² BOYLE 2008, 203–4.

²⁹³ LESSIG 2013.

3.2.4. Limitações excepcionais e críticas

3.2.4.1. Limitações excepcionais implementadas

Antes de passarmos às críticas feitas ao domínio público na doutrina, é proveitoso apontar algumas limitações excepcionais a ele que foram positivadas em diferentes ordenamentos, algumas vezes se forma temporária e outras permanentemente. Tratando-se de excepcionalidades, não há por que se aprofundar em questões como a própria existência dos direitos exclusivos como uma forma de limitação do domínio público, ou a uniformização imperativa das extensões de prazos, como a promovida pela Diretiva 2006/116/CE, pois estes temas estão abarcados no capítulo anterior.

Em primeiro, sobre a ótica jusnaturalista e exacerbando a perspectiva proprietarista, uma das manifestações limitantes mais perceptíveis é a alegação de um direito pessoal perpétuo, expressamente firmado em diversos ordenamentos da tradição latina (embora não acatado na tradição germânica e em alguns outros países, como a Bélgica), incluindo o português nos artigos 9º, n. 3 e 56º, n. 2.

Essa aparente perpetuidade não se confunde com a defesa do direito de propriedade intelectual perpétuo, abarcando sua parte patrimonial, quase sempre baseada em um equivocado silogismo que equiparava o regime da PI com o da propriedade comum, bastante visível na defesa dos *Stationers* britânicos no caso *Millar v. Taylor*. Historicamente, e como regra geral, essa inovação foi revertida poucos anos ou meses depois de ser estabelecida. Em Portugal, existiu uma experiência de perpetuidade durante um longo período entre 1927 e 1966, classificada por Ascensão como “desastrosa” até para critérios estritamente econômicos²⁹⁴.

A questão dos direitos pessoais eternos, apesar de serem direitos exclusivos muito menos discricionários que os patrimoniais, não deve ser vista como um problema apenas teórico²⁹⁵. Afinal, de forma muito excepcional no cenário internacional e sem maior respaldo de outros sistemas, os direitos morais já chegaram a ser utilizados na França, no século XXI, como forma de auferir ganhos financeiros, mesmo após o prazo de duração da tutela

²⁹⁴ ASCENSÃO 2008a, 15.

²⁹⁵ Extensivamente, DUSOLLIER 2010, 37–40.

patrimonial²⁹⁶. No entanto, não parece ser esse um risco da lei portuguesa, na qual uma leitura sistemática preceitua que após o término de proteção ocorre uma conversão dos “direitos morais” perpétuos em uma categoria pública, fora da lógica privada jusautoralista, voltada para a proteção estatal da cultura²⁹⁷.

Outro famoso exemplo é o domínio público remunerado. Alguns países, especialmente na África e na América do Sul (sendo o Uruguai um famoso exemplo), mantém o sistema até hoje. Seu fracasso majoritário em atingir os objetivos a que se propunha pode ser visto no abandono por diferentes países que o testaram, como Itália, França, México, Brasil e Portugal²⁹⁸. Este último país instituiu o domínio público remunerado com a Lei n. 54/80, sendo muito mal recebido e reformulado no mesmo ano, e definitivamente abolido logo em seguida²⁹⁹.

Por fim, há ainda algumas previsões legais de uma “reapropriação especial” de obras no domínio público decorrente (cujo prazo de proteção já teria se extinguido), por meio de um direito do editor de obras inéditas. Tal direito está previsto nas normas comunitárias no art. 4º da Diretiva 2006/116/CE e nos ordenamentos nacionais é visível, dentre outros, na Seção 71 do UrhG, no art. L1234-4³⁰⁰ do *Code de la propriété intellectuelle* francês ou no art. 39º do CDADC, todos ensejando um direito de exploração exclusiva de 25 anos. Porém, pelo menos no direito português, essa previsão parece estar em contradição com o art. 78º (publicação de obra não protegida)³⁰¹, questão que ainda não foi resolvida pelo legislador ou judicialmente.

²⁹⁶ ASCENSÃO 2008b, 90. No entanto, essa visão está regredindo mesmo entre os franceses. Logo após o julgamento da *Cour d'Appel de Paris*, que tinha interpretado de forma acentuada extensiva os poderes dos direitos morais na análise de uma criação derivada cinematográfica a partir do livro de Victor Hugo *Les Misérables*, a *Cour de Cassation* decidiu em 30/01/2007 que a adaptação cinematográfica não restringia direitos morais (*Société Plon et autres v. Pierre Hugo et autres*, 04-15.543). A este se seguiram julgamentos que flexibilizaram ainda mais essa concepção empolada dos direitos morais, vide decisão de 15/05/2015 (n. 13-27.391)

²⁹⁷ DIAS PEREIRA 2001a, 55:374–77. Chega-se assim a uma síntese que concilia a letra da lei (sem acatar a perpetuidade, como fez Rebello) com uma interpretação mais focada na natureza e finalidade dos direitos de autor, defendendo que todos os direitos de autor caducam ao fim do prazo definido. Cf. ASCENSÃO 2012b, 343–48.

²⁹⁸ Detalhando, DUSOLLIER 2010, 40–42.

²⁹⁹ ASCENSÃO 2008a, 36–37.

³⁰⁰ Na doutrina francesa, aprovando esse dispositivo sob a justificativa do interesse de herdeiros e mesmo de instituições de proteção ao patrimônio cultural, ver F. LUCAS 2007.

³⁰¹ SILVA 2016, 397–98.

Esse direito não se assemelha a um trabalho criativo tutelado, como ocorre na tradução de obras de domínio público³⁰². Sua natureza não é de um direito de autor, e extrapola mesmo o caráter dos direitos conexos clássicos, pois objetiva a proteção pura do investimento sem guardar relação com o autor da obra, que pode estar morto há séculos. O enquadraremos, assim, como um direito *sui generis*³⁰³, que lembra os primeiros privilégios de impressão concedidos, que podiam abarcar até livros de autores gregos e romanos.

Apesar de ser uma regra bem quista por instituições relacionados ao patrimônio cultural, como a Biblioteca Nacional portuguesa³⁰⁴, parece-nos altamente problemática por gerar ainda mais segurança em relação a quais obras estão em domínio público. Estimula ainda, em certos contextos, a ocultação de informação e o impedimento de seu livre fluxo na sociedade.

3.2.4.2. Críticas

Embora a doutrina internacional em sua maioria aponte a miríade de benefícios supracitada, a linha majoritária das legislações no mundo e das opiniões das instituições globais de PI não percebe o domínio público de maneira tão favorável.

Em parte, isso se dá pela influência de um *lobby*, já mencionada. Entretanto, a questão não se resume a isso, sendo ingênuo pensar que tudo se deve a uma conspiração das indústrias ou à imposição do poder econômico. Os proponentes da visão maximalista dos direitos intelectuais realmente acreditam de plena boa-fé que eles são necessários para incentivar inovação e criatividade, e que estão baseados nas evidências - sem perceber a baixíssima probabilidade de que a melhor resposta regulatória para as mudanças causadas por novas tecnologias e novos contextos seja sempre um aumento da propriedade intelectual³⁰⁵.

É importante reconhecer que, apesar de serem escassas as comprovações definitivas, há bons indícios de que são observáveis benefícios econômicos e sociais diretamente provenientes da PI em certos setores da economia criativa e da indústria da

³⁰² ASCENSÃO 2012b, 263.

³⁰³ BRANCO 2011, 142; DIAS PEREIRA 2008, 602.

³⁰⁴ Que já demonstrou receios com mudanças que pudessem afetar o artigo 39º, vide AEL 2016, 10.

³⁰⁵ BOYLE 2008, 198–201.

inovação. Essa visão reconhece que o domínio público tem uma importante função, mas que ela é subsidiária aos estímulos resultantes dos bens intelectuais e não pode ser considerada como locomotiva da criatividade/inovação. Não raramente, levantam a crítica jusnaturalista que, mesmo nos casos em que não há comprovação definitiva dos ganhos em inovação e criatividade, ainda persistiria uma motivação ética e filosófica para compensar os criadores/inventores, fundamentando-a nas Teorias de Justificação de Direito Natural³⁰⁶.

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 deles³⁰⁷. Há 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 deles³⁰⁸.

Essa perspectiva de caráter acentuadamente negativo encontra raízes e respaldo em algumas visões (já ultrapassadas) no desenvolvimento do *droit d’auteur* na França.

Se contrapondo às ideias de Condorcet (que bebia da fonte do pensamento liberal estadunidense e buscava um equilíbrio entre a PI e o interesse social³⁰⁹), diversos escritores influentes como Balzac, Lamartine e Victor Hugo eram extremamente críticos da postura do governo francês em relação a uma proteção dos direitos de autor, que consideravam muito frágil quando comparada à proteção de outras propriedades. Advogavam pela rejeição total do domínio público, que consideravam uma forma de explorar injustamente os criadores intelectuais. Esta rejeição chegou a ser inclusive acatada em certa medida pela *Cour de Cassation* em 28/05/1875, ao decidir que, em um conflito entre o domínio público e autores,

³⁰⁶ MERGES 2012; EPSTEIN 2010. Boyle e Lemley, apesar de suas críticas constantes e ferrenhas à PI, reiteram em quase todos seus textos citados nessa dissertação que não advogam pelo fim da PI, pois isso seria uma posição aventureira e sem suficiente evidência.

³⁰⁷ Detalhando a posição dos defensores de um aumento do prazo de proteção, em especial que apontavam riscos de subutilização (pois obras em domínio público seriam menos divulgadas) ou de superutilização (o que levaria à desvalorização das obras protegidas), BUCCAFUSCO & HEALD 2013, 12–17.

³⁰⁸ REILLY 2014.

³⁰⁹ BOYLE 2008, 31–35.

dever-se-ia sempre favorecer esses últimos³¹⁰. Como já se viu, essas defesas foram largamente derrotadas, não conseguindo demonstrar suas vantagens.

Inobstante, conforme lembrado no início desse subtópico, 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 regulares e as empresas, mas com pouquíssimo respaldo na Academia³¹¹. 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 domínio público, particularmente quando concebido positivamente, é parte essencial do corpo de estímulos criativos do Direito de Autor³¹².

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 exploração³¹³.

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. Mesmo antes do aprofundamento da mercantilização do Direito de Autor, Luiz Francisco Rebello já notava como uma defesa do domínio público era consistentemente avançada por empresas da industrial cultural, em nome do público, mas para benefício próprio³¹⁴. Isso seria uma romantização demasiadamente libertária desse instituto³¹⁵, que poderia prejudicar outras formas benéficas de apropriação coletiva de bens intelectuais, como a dos conhecimentos tradicionais de povos originários³¹⁶.

³¹⁰ PEELER 1999, 450–52.

³¹¹ GUADAMUZ 2014, 9.

³¹² EUIPO 2017; BUCCAFUSCO & HEALD 2013; ERICKSON ET AL. 2015; LEMLEY 2015a.

³¹³ D. B. BARBOSA 2011a, 16.

³¹⁴ REBELLO 1973, 595.

³¹⁵ CHANDER & SUNDER 2004.

³¹⁶ RUTH L OKEDIJI 2019; DUSOLLIER 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 uso³¹⁷. Persistem ainda dificuldades materiais, como a existência de poucos exemplares em coleções privadas e não acessíveis ao público³¹⁸, 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 PI 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 proteção³¹⁹. 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 consumidor³²⁰.

Avanços do domínio público que não sejam acompanhados de outras políticas públicas podem ser, então, pouco frutíferos³²¹. Caso contrário, há real risco de que sejam favorecidos apenas aqueles que já têm facilidade de busca e acesso às obras³²², o que é agravado em um cenário dominado pelas *Big Tech* e empresas de telecomunicação em oligopólio, com poucos agentes exercendo forte controle sobre o fluxo e disponibilidade total de informações.

³¹⁷ D. B. BARBOSA 2011a, 24; SAMUELSON 2006, 828; DUSOLLIER 2010, 8.

³¹⁸ SAMUELSON 2003, 149.

³¹⁹ Sobre o potencial de conflito com todos esses outros direitos, ver DUSOLLIER 2010, 43–51.

³²⁰ BRANCO 2011, 206–7.

³²¹ 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.

³²² D. B. BARBOSA 2011a, 25.

4. AUTORIA

Chegamos, finalmente, ao que é a problemática central que as OAGIAs ensejam no Direito de Autor. Esse capítulo busca mostrar como a questão da autoria não é a mesma para todos os ordenamentos nacionais, destacando que as conclusões a que chegamos são relativas às leis portuguesas (e, guardadas as devidas proporções, às normas comunitárias) e não podem ser indiscriminadamente estendidas para qualquer país³²³.

4.1. 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. Wachowicz e Gonçalves, ao analisarem a CBerna em conjunto com o guia da Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI) sobre essas normas internacionais, apontam que não há nesta Convenção 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 autor, com possibilidade de se provar o contrário³²⁴.

Há de se perceber que essa é, conforme apontado por Dias Pereira, uma visão funcional da autoria, e não uma visão ontológica. Essa última se alicerça em um princípio dogmático de quem pode ser o autor, também conhecido como “princípio do criador” ou “princípio da autoria humana”, cujo maior exemplo é encontrado na legislação alemã (§7 do UrhG³²⁵). O doutrinador argumenta que ela também está visivelmente presente, ainda que comportando desvios, na legislação portuguesa³²⁶.

Essa separação contrapõe o criador intelectual (autor verdadeiro, pessoa natural) e o titular originário de direitos (comumente uma pessoa coletiva), que em algumas legislações são identificados na categoria única de “autor”³²⁷. 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 há um regime que favorece a titularidade primeva das pessoas coletivas, com uma identificação

³²³ VIEIRA 2001, 116–18.

³²⁴ WACHOWICZ & GONÇALVES 2019, 28–29.

³²⁵ Detalhando a visão do princípio do criador, ver SÁ E MELLO 2016, 47–48.

³²⁶ REMÉDIO MARQUES & SERENS 2008, 225.

³²⁷ DIAS PEREIRA 2008, 436.

muito mais profunda entre o conceito de autor e de titular³²⁸.

Essa identificação também atinge em menor medidas sistemas do *droit d'auteur* como a própria lei portuguesa. O CDADC segue a presunção da CBerna 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, 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 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 reforçada 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 originário³²⁹.

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 seja um princípio ontológico motivado pelo direito natural, e sim apenas que é um princípio estruturante da maior parte dos regramentos internacionais e nacionais de direitos de autor, como veremos no ponto 4.4. Uma fuga desse

³²⁸ VICENTE 2020, 46–47; TRABUCO 2006, 52. Como dissemos antes, parece haver uma diferenciação ao menos no nível doutrinário.

³²⁹ Mencionando expressamente que autor é o criador intelectual (autor no sentido da paternidade intelectual), e não o titular, ver, extensivamente DIAS PEREIRA 2001a, 55:274–302; 2008, 436–39; CARVALHO 1994. Caminham no mesmo sentido VIEIRA 2001, 134–37; REMÉDIO MARQUES & SERENS 2008, 226–29., embora os conimbricenses 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, com a titularidade dos direitos de autor. Cf. ASCENSÃO 2012b, 105; MENEZES LEITÃO 2018; RENDAS & SILVA 2019, 97.

princípio exigiria um dispositivo expresso e claro nesse sentido, pois, na forma que vemos, o Direito de Autor global (e principalmente o Europeu) é primariamente antropocêntrico³³⁰. Os desvios a ele devem ser sempre interpretados como exceções necessariamente previstas em leis, sendo regras de caráter pragmático.

Essa disputa em relação à visão ontológica é central para o Direito de Autor como um todo, porque é um aspecto importante no qual não se alcançaram elevados níveis de harmonização. No âmbito internacional, a CBerna e os outros tratados de Direitos de Autor administrados pela OMPI não ajudam a esclarecer essa questão (os outros tratados, inclusive, sequer abordam a questão da autoria).

Na União Europeia, a Directiva 2004/48/CE repete a presunção da CBerna 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 Directiva 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 naturais³³¹.

4.2. A construção do ideal de autor romântico

A crítica ao ideal de autor romântico tem fortes bases nas desconstruções promovidas por Foucault e Barthes e está 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 *magnus opus* de 1994 “*The Construction of Authorship: Textual Appropriation in Law and Literature*” coordenada por Peter Jaszi e Martha Woodmansee. Por isso, nos limitaremos a apontar os aspectos que serão relevantes

³³⁰ MICHAUX 2018; COCK BUNING 2018, 527–33.

³³¹ 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. SILVA 2013, 1350.

para as conclusões sobre as OAGIAs.

Martha Woodmansee desenvolveu uma investigação histórica, seguindo a linha dos estudos de Mark Rose³³², 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 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 autoria³³³.

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 intelectuais³³⁴.

Deve-se notar, complementarmente, que a crítica da teoria literária ao autor romântico não necessariamente deve ser adotada pela lei, pois esta tem preocupações e

³³² ROSE 1988.

³³³ WOODMANSEE 1992; 1984.

³³⁴ JASZI 1991.

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. A possibilidade de existir um autor de programas de computador e bases de dados, que são comumente obras mais técnicas que criativas, é um ótimo exemplo dessa diferença. Por fim, a penetrante crítica avançada por Jaszi e Woodmansee não parece de fato ser capaz de abalar 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 jusautorais, assumindo posturas menos restritivas com a autoria coletiva³³⁵.

Constata-se que ocorreu internacionalmente uma mudança de perspectiva jusautorais, em parte motivada por essa crítica, para abarcar novos tipos de autoria com a incorporação de novas, 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 regiões³³⁶.

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)³³⁷. 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-existentes³³⁸. O ataque ao conceito idealizado de autor chega ao seu ápice com a autoria algorítmica, pois a concepção de um gênio individual criador tornando-se muito mais difícil de ser sustentada quando uma máquina é capaz de criar obras similares³³⁹.

4.3. 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

³³⁵ BENTLY 1994.

³³⁶ WIPO 2020.

³³⁷ Detalhadamente, CARBONI 2015.

³³⁸ DIAS PEREIRA 2001a, 55:409–10; TRABUCO 2006, 141–42. Sobre a reutilização de obras e a “Cultura do Remix” no ambiente digital, ver, amplamente, LESSIG 2008.

³³⁹ KAMINSKI 2017, 594.

da tutela jusautorais, a originalidade. Esse é um conceito aberto, um conceito-quadro flexível, que por vezes sequer é mencionado nas legislações e quase nunca é definido³⁴⁰, inclusive no âmbito internacional na CBerna ou no WCT³⁴¹.

A “criatividade” é reconhecida por alguns teóricos como a 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 jusautorais 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 investimento³⁴².

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 CBerna 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 juízes decidirem uma análise de mérito, sobre o que seria ou não arte³⁴³. Ainda assim, uma valoração subjetiva mínima sempre existirá, seja por uma avaliação não explícita de méritos, seja pela averiguação do próprio critério de originalidade³⁴⁴.

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 originalidade³⁴⁵. Essa “novidade subjetiva” se refere à impressão do caráter/personalidade do autor, dando à obra distintividade mesmo que ela não possa ser considerada nova³⁴⁶. Um exemplo disso é quando

³⁴⁰ ROCHA 2008, 733–34.

³⁴¹ RUTH LADE OKEDIJI 2018, 14–15.

³⁴² SILVA 2013, 1340–41; TRABUCO 2006, 50–55.

³⁴³ 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 que esse cenário pode mudar significativamente após o julgamento do caso *Cofemel* pelo TJUE.

³⁴⁴ ASCENSÃO 2012b, 90–93.

³⁴⁵ 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, o que é uma posição minoritária na doutrina. Cf. ASCENSÃO 2012b, 99.

³⁴⁶ BORGES BARBOSA 2009; ROCHA 2008, 788–89.

dois pintores pintam a exata mesma paisagem, mas cada um com seu estilo próprio.

Karin Grau-Kuntz segue essa linha, adicionando uma transformação da noção de contributo mínimo em uma “contribuição reflexivo-transformadora”. 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 cultura na qual está inserida³⁴⁷. Isso seria parte da própria natureza humana, como um ser que expressa sua individualidade no meio social por meio da comunicação³⁴⁸.

Observamos que essas visões que ligam a originalidade à subjetividade (humana) encontram seus alicerces em uma abordagem filosófica da figura da obra e do autor. Ensejam, ainda, uma ligação intrínseca entre a noção de autoria e a noção de obra protegida (ou obra criativa)³⁴⁹. Porém, são perspectivas que, na sua concepção mais forte (como a da Alemanha) perderam algum espaço nas últimas grandes alterações dos sistema de direitos de autor pelo mundo, em especial aquelas voltadas às adaptações para a sociedade informacional³⁵⁰.

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 explícito e esclarecedor sobre o entendimento institucional, ressaltando-se o fato de que seus pareceres assumem comumente uma posição empresarialista e maximalista no âmbito dos direitos de autor:

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 Comunidade

Como entender então a originalidade no caso da OAGIAs? Se ela estiver ventralmente ligada à noção de individualidade subjetiva e for vista como necessariamente

³⁴⁷ Ascensão parece concordar com essa posição, reforçando a necessidade do criador ser humano. ASCENSÃO 2012b, 58.

³⁴⁸ GRAU-KUNTZ 2011.

³⁴⁹ SÁ E MELLO 2016, 50.

³⁵⁰ Citando Andre Lucas, SÁ E MELLO 2016, 50.

humana (não for uma “individualidade expressiva” característica da obra em si, conforme pontua Sá e Mello³⁵¹), sequer existiria obra a ser protegida. Em outras palavras, se a criatividade é uma característica essencialmente humana, as máquinas não poderiam criar obras tuteladas.

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 centrais da harmonização entre os sistemas de Direito de Autor no mundo. Em seguida, como estão os estudos tecnológicos nessa área. Por fim, se há alguma ligação necessária com a atuação humana

A originalidade subjetiva indica, como dito, a “marca da personalidade do autor”. Embora isso sugira uma concepção restritiva em uma primeira visão, na verdade ela foi sempre 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 obra³⁵², 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 da individualidade. Porém, essa tese caracteristicamente germânica já estava perdendo força mesmo antes da transformação sistemática resultando do julgamento *Infopaq*, explicado a seguir³⁵³, 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 1944³⁵⁴. Essa bitola concede a tutela dos direitos de autor às pessoas que tenham empreendido sua habilidade, esforços e/ou recursos para criar a obra,

³⁵¹ SÁ E MELLO 2016, 55.

³⁵² VICENTE 2020, 49.

³⁵³ ROCHA 2008, 748–56.

³⁵⁴ VICENTE 2020, 48–49.

garantindo a proteção de maneira acentuadamente ampla³⁵⁵, característica dos ordenamentos de *copyright*³⁵⁶. 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 CBerna³⁵⁷. 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 (“*modicum of creativity*”)³⁵⁸. Mais precisamente, essa decisão foi a consolidação do entendimento que já era dominante nos tribunais (mas não pacífico) de que a originalidade mínima seria, na verdade, uma variação trivial³⁵⁹, um conceito que era marginalmente mais restritivo que o britânico e que buscava identificar a criação própria do autor, ainda que pobre em relação à contribuição/adição cultural³⁶⁰.

A União Europeia, principalmente por meio de seu Tribunal de Justiça, seguiu em sentido muito próximo, traçando um percurso inverso. Apesar de ter critérios para proteção muito lenientes entre alguns Estados-membros, como o Reino Unido, a EU 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

³⁵⁵ ROCHA 2008, 757–61.

³⁵⁶ 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.

³⁵⁷ 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.

³⁵⁸ SILVA 2013, 1341–42; FELLMETH 2019, 63–69.

³⁵⁹ Antes mesmo do caso *Feist*, que foi reiterado 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. Contudo, Fellmeth critica a decisão da Corte sob o argumento que ela foi baseada em interpretações equivocadas da lei e de decisões judiciais anteriores.

³⁶⁰ ROCHA 2008, 761–63. Ver expressamente nesse sentido, 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.

a Directiva relativa aos direitos de autor sobre programas de computador de 1991, seguida da Directiva relativa à base de dados de 1996, e reforçado pela Directiva 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”³⁶¹.

Era, portanto, uma bitola característica dos bens da sociedade informacional. Até que o TJCE tomou um passo profundamente inovador 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 Directiva 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 2012³⁶².

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 obra³⁶³, 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 obra³⁶⁴. 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*”³⁶⁵. 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

³⁶¹ SILVA 2013, 1365–66. Essa diminuição do nível de exigência foi duramente criticada pela doutrina dos países que tradicionalmente impunham parâmetros mais altos e que valorizavam a noção de criatividade nos direitos de autor. Cf., em relação ao direito português, ASCENSÃO 2006.

³⁶² SILVA 2013, 1367–69.

³⁶³ Case C-145/10 Painer, julgado em 1/12/2011.

³⁶⁴ Case C-604/10 Football Dataco, julgado em 1/03/2012.

³⁶⁵ ROCHA 2008, 780.

fotografias. O conflito centrava principalmente em torno do acórdão *Flos* (C-169/09) do TJUE, que parecia indicar que a “criação intelectual própria” era também 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 corroborou o 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 Europeia³⁶⁶.

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 mundo³⁶⁷. Mas não podemos parar por aqui. Seria possível afirmar que “criatividade”, em uma acepção jurídica mais genérica, seria um requisito necessariamente humano?

Não parece ser o caso. Se definirmos criatividade como um conjunto de comportamentos ou atos, ela poderia ser encontrada também em máquinas, principalmente na forma de “criatividade computacional”³⁶⁸.

É difícil definir o que seria “criatividade” 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 e tomar decisões com elevado grau de aleatoriedade e impossibilidade de previsão³⁶⁹. Isso poderia significar ao desavisado que não há uma criação realmente nova, e sim apenas derivada de outras centenas ou milhares, assim como inexistem traços humanos como a intencionalidade³⁷⁰.

Mas 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,

³⁶⁶ Conferir o Comunicado de Imprensa do TJUE: <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2019-09/cp190109en.pdf>

³⁶⁷ Também nesse sentido, WACHOWICZ & GONÇALVES 2019, 76.

³⁶⁸ 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 impacta os parâmetros legais para o Direito de Autor, cf. SCHÖNBERGER 2018, 148–54; COCK BUNING 2018, 521–23.

³⁶⁹ KÖBIS & MOSSINK 2021, 2.

³⁷⁰ RAMALHO 2017a, 15.

não há como ter certeza da absoluta genuinidade da criação humana, porque sofreremos 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 cérebros³⁷¹. 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 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 não deixa de ser, guardadas as devidas proporções, uma gigantesca e complexa “base de dados” analógica/biológica armazenada em nosso cérebro, que também funciona como uma “caixa preta” (explicaremos o termo no tópico 5.1) em relação à qual temos um conhecimento muito limitado³⁷².

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. Mesmo assumindo que são essencialmente compostas por centenas, milhares ou milhões de fragmentos de dados pré-existentes (que podem inclusive ser obras

³⁷¹ GRIMMELMANN 2016b, 408–9.

³⁷² MICHAUX 2018, 407–10. Para um aprofundamento na questão da criatividade artificial e humana, cf. WACHOWICZ & GONÇALVES 2019, 70–73.

intelectuais), estes 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 questões infracionais), caso esses fragmentos aparecessem de forma substancial e dependendo se ocorresse uma transformação ou uma incorporação deles³⁷³.

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

4.4. O requisito de autoria humana

No campo do Direito de Autor, como já se viu acima, 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”, o que é inclusive um elemento essencial para caracterizar o Direito de Autor como um Direito de Cultura³⁷⁴.

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 consolidada³⁷⁵). 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 homem³⁷⁶. O STJ corroborou essa definição, seguindo os ensinamentos de Canotilho e Vital Moreira³⁷⁷. Há uma escolha

³⁷³ Nesse mesmo sentido, tratando sobre a definição mais ampla de obras derivadas dos EUA, SAMUELSON 1986, 1214–17.

³⁷⁴ ASCENSÃO 2012b, 58.

³⁷⁵ O’CONNELL 2018; LIU 2018; ROSATI 2017; VIEIRA 2001, 132.

³⁷⁶ HÄBERLE 2016, 20–21.

³⁷⁷ Ver acórdão 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 recognoscível 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’*”.

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 consequente tutela jusautoral.

4.4.1. 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 CBerna 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 humano, 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.

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 sentido³⁷⁸.

Essa conclusão sobre a existência de um princípio de autoria humana na CBerna foi corroborada por Jane Ginsburg mais de 20 anos depois, analisando explicitamente o caso das OAGIAs³⁷⁹, e por Nuno e Silva, citando Silke von Lewinski e Adolf Dietz³⁸⁰. Também é reforçada por José Alberto Vieira³⁸¹. Não é uma unanimidade, existindo doutrina,

³⁷⁸ RICKETSON 1992.

³⁷⁹ GINSBURG 2018.

³⁸⁰ SOUSA E SILVA 2014, 30.

³⁸¹ VIEIRA 2001, 133.

principalmente no campo do *copyright*, que afirma que a Convenção de Berna é neutra sobre a possibilidade de autoria não humana³⁸².

As propostas de reformas da CBerna fornecem informações valiosas nesse sentido. 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 uma regra específica para essa proteção, mas naquele momento seria prematuro legislar sobre a questão³⁸³.

Por outro lado, conforme Ricketson argumenta, essa postergação inconclusiva mostra que o princípio da autoria humana não é algo absoluto e que se deixou às legislações nacionais a opção por criar ou não regras voltadas para as obras geradas por computador³⁸⁴.

4.4.2. No Direito da União Europeia

A tradição legal romano-germânica dos países da União Europeia, muito mais centrada na figura do autor do que da obra (com os aspectos subjetivos tendo maior proeminência sobre os objetivos), é mais clara no sentido de que a autoria deve ser humana, comumente firmando que o autor deve ser pessoa física/natural. Citam-se os exemplos da legislação da França, Alemanha, Grécia, Hungria³⁸⁵, Espanha³⁸⁶. Outros países chegaram à essa conclusão pela via judicial, como a Estônia³⁸⁷.

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)³⁸⁸.

³⁸² Como o exemplo clássico de MILLER 1993, 106:1050–52.

³⁸³ 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.

³⁸⁴ RICKETSON 1992, 30.

³⁸⁵ Os quatro primeiros países são listados em BRIDY 2016, 401.

³⁸⁶ Real Decreto Legislativo 1/1996, art. 5, n. 1.

³⁸⁷ Suprema Corte da Estônia, j. de 7/02/2012, Case No3-2-1-155-11, Herlitz PBS AG vs. Realister OÜ

³⁸⁸ RAMALHO 2017a, 7.

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, declara-se, no trecho explicativo da natureza da propriedade intelectual (ponto 2.2), que “no que diz respeito ao direito de propriedade, um 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. E que, 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 positivizar 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 final³⁸⁹.

Cumulativamente, percebem-se os pareceres do CES/UE, que defendia 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 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 protegido 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.

³⁸⁹ RAMALHO 2017a, 7–8.

[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.³⁹⁰

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*³⁹¹, 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 criativas³⁹².

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 personalidade³⁹³.

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 Fundamentais 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 humano³⁹⁴.

4.4.3. 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

³⁹⁰ Este processo, de n. C-453/15, na verdade tratava de questão fiscal, constando apenas esse comentário passageiro sobre PI.

³⁹¹ Case C-05/08 *Infopaq International*, ECLI:EU:C:2009:465., julgado em 16/07/2009.

³⁹² Michaux, ao contrário, entende que “escolhas livres e criativas” não são o mesmo que escolhas conscientes, e seriam possíveis para máquinas. MICHAUX 2018, 410.

³⁹³ 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.

³⁹⁴ C-277/10, julgado em 09/02/2012.

jurisprudenciais, como nos EUA³⁹⁵ e Costa Rica³⁹⁶ e, em outras, por determinação legal, como a Austrália³⁹⁷, a Sérvia³⁹⁸, o México³⁹⁹, o Brasil⁴⁰⁰ e a Comunidade Andina⁴⁰¹ (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 entendimento⁴⁰². Uma verticalização na doutrina contemporânea que analise as obras geradas por computadores/inteligências artificiais ajuda a evidenciar essa informação e a introduzir o último capítulo desta investigação.

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 CBerna ao tornar imprescindível para que exista obra protegida 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 informática trabalha, e que a atribuição aos programadores e engenheiros seria insatisfatória, já que eles não têm controle alguma

³⁹⁵ *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony*, 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.

³⁹⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia 0364-98, j. Nidia Durán Jiménez.

³⁹⁷ Copyright Act de 1968: Section 32, (1) e (4)

³⁹⁸ Закон о ауторском и сродним правима de 2004, art. 9 (1)

³⁹⁹ Ley Federal del Derecho de Autor de 1995, art. 12

⁴⁰⁰ Lei de Direitos Autorais de 1998, art. 11.

⁴⁰¹ Decisión 351 de la Comunidad Andina, art. 3

⁴⁰² 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 Marcos, e, no STJ, duas curtas menções nos acórdãos de 05/07/2012 (rel. Gabriel Catarino) e de 14/03/2019 (rel. Oliveira Abreu).

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 proteção⁴⁰³.

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 comerciais⁴⁰⁴. A própria noção de proteger por direitos de autor obras geradas por computador lhe soava despropositada, sendo o ponto máximo da distorção do sistema autoralista⁴⁰⁵. 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 conexos ou, mais adequadamente, aos direitos *sui generis*⁴⁰⁶.

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 uma obra intelectual, pois aquela é condição da criação destas. Por outro lado, reconhece que a tendência dominante dos legisladores é seguir a posição já mais consolidada no *copyright*, e por isso “obras informáticas não intelectuais já passaram a ser legalmente consideradas como se 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

⁴⁰³ 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.

⁴⁰⁴ 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 2008d.

⁴⁰⁵ ASCENSÃO 2008a, 21; 2006, 6.

⁴⁰⁶ ASCENSÃO 2008b, 92–93.

espírito humano, pareceria possível (embora criticável) atribuir uma tutela jusautorai se existisse uma previsão legal expressa voltada para as OAGIAs, com base na bitola da “individualidade expressiva” revelada no bem tutelado⁴⁰⁷.

Em linhas gerais, a doutrina converge para as respostas descritas acima. Dário Moura Vicente concorda com a posição de Vieira, indicando que sempre deveria haver um humano na origem da obra criada para que exista alguma proteção pelo Direito de Autor⁴⁰⁸. Tito Rendas e Nuno Sousa e Silva afirmam que não há proteção por faltar o autor nas obras criadas por computador sem intervenção humana⁴⁰⁹. Luís Menezes Leitão concorda com Ascensão e Sá e Mello⁴¹⁰. Maria Victoria Rocha também pontua que a criação tutelada deve ser humana e, a partir de um resultado desejado pelo autor, há proteção⁴¹¹. 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 CDADC⁴¹², assim como afirma Remédio Marques⁴¹³.

Inobstante, para conclusão desse capítulo, 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. Essa 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 distorcida⁴¹⁴. 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 criador⁴¹⁵. 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

⁴⁰⁷ SÁ E MELLO 2016, 50–61.

⁴⁰⁸ VICENTE 2012, 252.

⁴⁰⁹ RENDAS & SILVA 2019, 98.

⁴¹⁰ MENEZES LEITÃO 2018, 61 e 335.

⁴¹¹ ROCHA 2008, 784.

⁴¹² AKESTER 2019, 41–47.

⁴¹³ REMÉDIO MARQUES 2017, 199.

⁴¹⁴ DIAS PEREIRA 2001a, 55:787.

⁴¹⁵ DIAS PEREIRA 2001a, 55:405–8.

no Reino Unido poderia ser uma solução aceitável⁴¹⁶. Ana Ramalho também defende essa última alternativa, aliada à posição do domínio público⁴¹⁷, e era esse entendimento que adotamos ao escrever no final de 2018 sobre o tema⁴¹⁸.

4.5. Regras específicas de autoria relevantes para OAGIAs

4.5.1. 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.

Embora alguns teóricos tenham dado maior centralidade para o tópico⁴¹⁹, 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 artificial⁴²⁰. A co-autoria dos diferentes humanos envolvidos no processo criativo da IA é outra questão, que abordaremos no tópico 5.5.

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 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 criação⁴²¹,

⁴¹⁶ DIAS PEREIRA 2019b.

⁴¹⁷ RAMALHO 2017a, 17–19.

⁴¹⁸ LANA 2019.

⁴¹⁹ Recomendamos, pelo notável aprofundamento, GINSBURG & BUDIARDJO 2019; CASTELLS I MARQUÈS 2019.

⁴²⁰ VIEIRA 2001, 128–29 e 137–38. Detalhando os regimes, SÁ E MELLO 2016, 63 e seguintes.

⁴²¹ Leitura conjunta do art. 19º, n. 1 do CDADC com o artigo 3º, n. 2 da PJPC

mesmo nas situações nas quais há uma colaboração entre seres humanos e uma máquina produzindo códigos, e mesmo nos casos em que estes deveriam entrar imediatamente no domínio público. 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. 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 programa⁴²².

4.5.2. 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 final⁴²³. Tito Renda e Nuno Sousa e Silva concordam 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 autor⁴²⁴, resguardando a possibilidade de serem titulares de direitos conexos. O art. 16º, n. 2 do CDADC também parece seguir a mesma 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 autor, por exemplo)⁴²⁵.

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 obra⁴²⁶. 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

⁴²² De forma geral, SÁ E MELLO 2016, 77–81.

⁴²³ ASCENSÃO 2012b, 75–76.

⁴²⁴ RENDAS & SILVA 2019, 98.

⁴²⁵ MENEZES LEITÃO 2018, 112. Na jurisprudência, ver acórdão do TRL de 25/10/2012, rel. Luís Correia de Mendonça.

⁴²⁶ 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.

resultado alcançado foi razoavelmente previsto ou planejado⁴²⁷. 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 ferramenta⁴²⁸.

No entanto, a ideia de que seja necessário um controle maior sobre o resultado e a exclusão dos colaboradores 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. E, mesmo antes dela, obras criadas acidentalmente ou em transe sempre foram plenamente tuteláveis por direitos de autor⁴²⁹.

Se pensarmos nas obras coletivas tecnológicas, elas podem acabar sendo majoritariamente feitas por uma multiplicidade de pessoas enquadráveis como colaboradores ou agentes técnicos. Uma empresa pode ter 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 inicial⁴³⁰. 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 coordenação deles⁴³¹.

O TJUE voltou alguns passos atrás no caminho da objetivação jusautorais 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 final⁴³².

⁴²⁷ BOYDEN 2016, 391–94.

⁴²⁸ Analisando a questão e concluindo que, com a tecnologia atual, nenhuma máquina realmente seria autonomamente criativa, ver GINSBURG & BUDIARDJO 2019, 402–5.

⁴²⁹ DIAS PEREIRA 2008, 385; HEDRICK 2019, 363.

⁴³⁰ O papel da pessoa coletiva é dirigir as atividades de seleção, apresentação ou disposição dos contributos individuais, coordenando os esforços em prol de uma finalidade em comum REMÉDIO MARQUES & SERENS 2008, 230–33.

⁴³¹ SÁ E MELLO 2016, 78–80.

⁴³² MICHAUX 2018, 410 e 414.

Se quisermos utilizar coerentemente a noção de controle para separar as OAGIAs genuínas das que não o são, devemos interpretá-la sob parâmetros mínimos, existindo cumulativamente em relação ao resultado e aos meios para alcançá-lo, sempre de forma criativa e não meramente guiada por quesitos técnicos. 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 possíveis⁴³³.

Oferecendo exemplos concretos, simplesmente ordenar que a máquina escreva um texto sobre “cachorro feliz no amanhecer” usando a internet como base de dados não traz nenhum elemento de originalidade⁴³⁴. 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. Que, por sua vez, não existiria se fossem selecionadas as mesmas poesias e ordenássemos simplesmente que a máquina criasse “um texto”. Que, por fim, seria muito dúbio se o universo de escolhas fosse significativamente limitado pelo programador a poucas opções. Esses são apenas exemplos pontuais das situações possíveis⁴³⁵, que deverão ser analisadas casuisticamente.

Vale ressaltar que a imprevisibilidade do resultado da obra não se confunde com a aleatoriedade. Essa, um pouco mais relevante para a constituição de obras consideradas autonomamente geradas, é uma espécie daquela⁴³⁶.

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 ter o pedido negado duas vezes, a primeira por não ter sido produzido por uma pessoa humana e a segunda por ser uma obra randômica⁴³⁷, o requerente,

⁴³³ Seguimos de perto nesse ponto ROCHA 2008, 782., e, especificamente sobre as OAGIAs, SAIZ GARCÍA 2019, 20–23.

⁴³⁴ Um exemplo mais prático são os textos relativamente complexos do Philosopher AI (disponível de forma pública na sua versão beta, em <https://philosopherai.com/>), produzidos a partir de uma ou poucas palavras digitadas pelo usuário.

⁴³⁵ Para outros exemplos didáticos parecidos com os apresentados aqui, cf. SELVADURAI & MATULIONYTE 2020, 4.

⁴³⁶ HEDRICK 2019, 363–65.

⁴³⁷ 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

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 definidas⁴³⁸. Era, em suas alegações, um procedimento imprevisível, mas não verdadeiramente aleatório.

4.5.3. Obras anônimas e presunção de paternidade

Para finalizar esse tópico, é importante abordar a tutela das obras anônimas e pseudônimas previstas, respectivamente, no art. 30º e 28º do CDADC⁴³⁹. O problema aqui seria da ordem pragmática, pois não há qualquer especialidade em relação à atribuição em si dos direitos de autor, que continuam, em tese, com seu criador intelectual. Mas sua importância reside na existência e no exercício dos direitos enquanto não se revela o criador, presumindo-se que o divulgador é o legítimo representante deste⁴⁴⁰.

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 divulgadas sem identificar sua real origem? Ou que essa pessoa se anunciasse como criador da obra⁴⁴¹? 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/usuário⁴⁴². 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

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.

⁴³⁸ NOLL 1995.

⁴³⁹ 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*”.

⁴⁴⁰ ASCENSÃO 2012b, 153.

⁴⁴¹ MICHAUX 2018, 415–16.

⁴⁴² LANA & GONÇALVES 2019.

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 entidades coletivas 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 passíveis de atenuação ou resolução com uma combinação de ações normativas, autorregulatórias e tecnológicas⁴⁴³. Esses problemas também foram inicialmente percebidos 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 particulares⁴⁴⁴.

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 OAGIAs⁴⁴⁵.

⁴⁴³ Mesmo antes do início do século GOLDSMITH 1999, 25–30. Como um importante ato normativo recente, podemos apontar os filtros de conteúdo do artigo 17 da Diretiva MUD, relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital.

⁴⁴⁴ D. R. JOHNSON & POST 1996, 1383–87.

⁴⁴⁵ Também sugere isso NORDEMANN 2019.

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

5.1. Enquadramento do problema

Há algo realmente tão diferente na relação entre Inteligência Artificial e autoria de obras? Afinal, a cada geração surge uma tecnologia ou meio de expressão 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, sofrendo transformações e adições não radicais⁴⁴⁶.

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* estadunidense⁴⁴⁷, ou o desenvolvimento jurídico da tutela de fotografias de câmeras automáticas⁴⁴⁸.

A resposta à pergunta sobre existir algum elemento inovador importante não é sempre positiva. Grimmelman apontou que não existiam ainda razões para pensar em obras geradas por computador como um problema novo, e sim como um obstáculo 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 OAGIAS. Por fim, levantou um ponto importante mesmo para os que divergem dele: criar uma única regra para obras

⁴⁴⁶ MILLER 1993, 106:982. 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.

⁴⁴⁷ A resposta das cortes estadunidenses foi um categórico não, atribuindo ao direito ao fotógrafo porque ele havia preparado toda a situação que culminou no autorretrato símio, utilizando o animal como “instrumento” O’CONNELL 2018. Esse 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 jusautorais 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.

⁴⁴⁸ GINSBURG & BUDIARDJO 2019, 355–60.

geradas por computadores pode ocultar a diversidade que existe nessa categoria. Afinal, um livro, um filme, uma compilação e um programa de computador criado por uma IA poderiam ser tratados sob um regime único simplificado⁴⁴⁹?

Essa posição parece 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 usuário⁴⁵⁰. O Comitê de Peritos da OMPI para reforma da CBerna chegou à opinião similar em 1982, ressaltando, contudo, que só haveria proteção se tivesse uma participação criativa humana⁴⁵¹. Como vimos no ponto 4.4.2, 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 jusautorai. O que a Inteligência Artificial contribui para essa discussão, que já é muito antiga, é que só a partir da explosão tecnológica nesse campo no século XXI seria possível verdadeiramente falar em uma criação computacional autônoma, sem intencionalidade ou planejamento humano significativo para se chegar no resultado final⁴⁵². A questão, que era hipotética, se tornou palpável e, discutivelmente, já existente, 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), uma IA pode ser treinada para aprender com as tarefas que realiza e se aprimorar cada vez mais na busca de eficiência para atingir determinado objetivo, de modo que tem certa independência para fazer escolhas. O faz sem seguir parâmetros ou formas de pensamento humanas. Esse grau de autonomia leva a uma dificuldade ou mesmo impossibilidade de descobrir como certo resultado foi alcançado por elas, dada a falta de

⁴⁴⁹ GRIMMELMANN 2016b.

⁴⁵⁰ CONTU 1978, 43–46.

⁴⁵¹ BOGSCH 1986, 68.

⁴⁵² YANISKY-RAVID 2017, 672–82.

detalhamento sobre os procedimentos que culminaram no *output*. Isso é chamado de problema da “caixa preta”⁴⁵³.

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. 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 desenvolvedores⁴⁵⁴. A própria PI pode ser uma barreira em vários pontos, a exemplo dos segredos negócios, assim como normas de outros ramos, vide as leis de proteção de dados⁴⁵⁵. Por isso, a “caixa preta” não deve ser resolvida tão cedo, e talvez nunca o seja.

Dessa forma, não se trata de simples aleatoriedade ou elementos randômicos adicionados pelo programador ou utilizador, o que já era possível nas obras geradas por computador clássicas. Existe uma real possibilidade de autonomia em relação ao agente humano, que pode não ter controle ou previsão do resultado da máquina⁴⁵⁶.

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 caso⁴⁵⁷. Note-se, ainda, que não estão abarcadas nos termos OAGIAs 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 problemas⁴⁵⁸, que fogem do que pretendemos trabalhar nessa dissertação.

⁴⁵³ 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. Cf. GINSBURG & BUDIARDJO 2019, 405–8.

⁴⁵⁴ BATHAEE 2018, 929–30.

⁴⁵⁵ IGLESIAS, SHAMUILIA, & ANDERBERG 2019, 20–21.

⁴⁵⁶ 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, cf. HEDRICK 2019, 366–74.

⁴⁵⁷ Vide a análise de LAMBERT 2017; GUADAMUZ 2017.

⁴⁵⁸ SAIZ GARCÍA 2019, 34–35.

5.1.1. 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 humana⁴⁵⁹.

Remetendo às palavras de Vieira e adaptando-as ao atual contexto, é preciso distinguir o contributo humano do utilizador ao iniciar ou dar uma ordem ao programa, que é algo 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 razoavelmente, em termos de paternidade intelectual, a obra à pessoa humana que desencadeou a execução⁴⁶⁰. Porém, é difícil pensar em casos categóricos onde a obra criada não tenha pelo menos uma contribuição mínima humana.

Os exemplos mais famosos e citados nos artigos acadêmicos parecem ser pinturas, como o *The Next Rembrandt*⁴⁶¹ e o Retrato de Edward Bellamy⁴⁶², ou as músicas *Daddy's Car*⁴⁶³, baseadas nos The Beatles, e *Blue Jeans and Blue Tears*⁴⁶⁴, da Eurovision. Nesse último campo, proliferam-se as IAs compositoras (e executoras), como a AIVA (*Artificial Intelligence Virtual Artist*⁴⁶⁵) e o Jukebox⁴⁶⁶, da OpenAI. Pode-se citar ainda o roteiro cinematográfico *Sunspring*⁴⁶⁷, Ou, por fim, os diversos “poetas-robôs” existentes, capazes até de se passar por pessoas naturais para leitores humanos⁴⁶⁸.

Nesses casos, é de fato muito mais difícil dizer que há uma criação autônoma e distanciada da intervenção humana. Geralmente, inclusive, há uma intercalação entre humano e máquina no processo criativo, incluindo revisões, correções e ajustes. Só que a

⁴⁵⁹ Para uma longa lista de obras criadas por inteligência artificial ou programas criativos até 2016, sublinhando-se que nem todas são genuínas OAGIAs, ver DENICOLA 2016, 252–64.

⁴⁶⁰ VIEIRA 2001, 122–24.

⁴⁶¹ Cf.: <https://www.nextrembrandt.com/>

⁴⁶² 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: <https://www.christies.com/features/A-collaboration-between-two-artists-one-human-one-a-machine-9332-1.aspx>

⁴⁶³ Cf.: https://www.youtube.com/watch?v=LSHZ_b05W7o

⁴⁶⁴ Cf.: https://www.youtube.com/watch?v=4MKAf6YX_7M

⁴⁶⁵ Cf.: <https://www.aiva.ai/>

⁴⁶⁶ Cf.: <https://openai.com/blog/jukebox/>

⁴⁶⁷ <https://www.youtube.com/watch?v=LY7x2lhqjmc>

⁴⁶⁸ KÖBIS & MOSSINK 2021.

proteção pelo Direito de Autor abarca obras muito mais simples, as quais as IAs têm maior probabilidade de criar autonomamente. As de caráter textual, geralmente elaboradas por meio de tecnologias de Processamento de Linguagem Natural, parecem ser especialmente promissoras aqui⁴⁶⁹.

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 CDADC⁴⁷⁰, 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 milênio⁴⁷¹: as traduções automatizadas. Consideramos que o grande exemplo aqui é a ferramenta de aprendizado profundo Deepl, capaz de traduzir documentos inteiros com pouquíssimos erros, imediatamente utilizáveis até para finalidades profissionais.

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 na coleta e publicação de uma inteligência artificial permite a produção de relatórios precisos e atualizados sobre informações relevantes.

Por fim, nos chama atenção uma categoria que nos parece mais importante, em razão de seu potencial benefício à sociedade na linha das Teorias Utilitaristas e Culturalistas. Refiro-me 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, o 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

⁴⁶⁹ 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.

⁴⁷⁰ 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; SILVA 2016, 442 nota de rodapé n. 425.

⁴⁷¹ DIAS PEREIRA 2001a, 55:406; VIEIRA 2001, 127.

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”⁴⁷².

5.2. Inteligência Artificial

5.2.1. 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, principalmente, não ser o objeto da discussão. 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 consenso entre as fontes consultadas, 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 PI. 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 à originalmente avançada por McCarthy e seus colegas em 1955⁴⁷³, 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*”⁴⁷⁴.

⁴⁷² WRITER 2019.

⁴⁷³ MCCARTHY ET AL. 1955.

⁴⁷⁴ Traduzido da seção “What’s AI?” em: <https://www.incode2030.gov.pt/en/ai-portugal-2030>. Curiosamente, não existe a versão em português no próprio site, pelo menos até a data de escrita destas palavras.

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"⁴⁷⁵.

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

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

⁴⁷⁵ Traduzido da seção "What is Artificial Intelligence" em https://www.wipo.int/about-ip/en/artificial_intelligence/faq.html.

camada usando a saída da anterior como entrada⁴⁷⁶

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:

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 planejamento, a programação, a representação do conhecimento e o raciocínio, a pesquisa e a otimização) e a robótica (que inclui o controle, a percepção, os sensores e atuadores, bem como a integração de todas as outras técnicas em sistemas ciberfísicos)⁴⁷⁷.

Adicionamos a estas definições uma última, que não é institucional. A razão desta quarta definição é que 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 AIPPI⁴⁷⁸):

A inteligência artificial é uma entidade (ou conjunto coletivo de entidades cooperativas), capaz de receber informações do 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.⁴⁷⁹

⁴⁷⁶ Traduzido de WIPO 2019, 146–47.

⁴⁷⁷ GPAN IA 2019, 47. O caminho para chegar nesse conceito encontra-se detalhado em AI HLEG 2019.

⁴⁷⁸ AIPPI 2019, 2.

⁴⁷⁹ Traduzido de FAGGELLA 2018.

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 as palavras mais fundamentais, outro tópico exige uma conceituação mais bem delimitada para os objetivos que buscamos aqui. Trata-se da diferença entre IA forte e IA fraca. Já apontamos isso em artigo anterior⁴⁸⁰, indicando dois tipos de contraposições, que continuamos considerando hoje como as mais importantes, e mais ainda quando o intuito é 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 natureza⁴⁸¹.

O segundo tipo de contraposição trabalha com a ideia de uma IA estreita/restrita (*narrow*) e uma IA geral (*general*). Aqui revisamos nosso posicionamento anterior, pois apesar de “forte” e “fraca” serem adjetivos amplamente utilizados, são imprecisos e causam confusão com o pensamento de Searle. Uma IA estreita seria aquela voltada para a realização de uma ou poucas atividades específicas, conforme já avançavam Kurzweil e outros futuristas pelo menos desde a década de 80⁴⁸², enquanto a IA geral seria capaz de realizar a maioria, ou mesmo todas, das atividades que um ser humano normal consegue fazer⁴⁸³.

⁴⁸⁰ LANA & FRANCO 2018, 36.

⁴⁸¹ SEARLE 2002.

⁴⁸² KURZWEIL 1985. Essa separação só foi feita de forma mais clara por este autor em 2006, em seu famoso livro “*The Singularity is near*”, incluindo também na análise as Superinteligências Artificiais, com capacidades exponencialmente maiores que as humanas. Como essas últimas ainda são mera hipótese e as dificuldades que elas apresentariam seriam de outra natureza, não serão abarcadas nessa dissertação

⁴⁸³ O Grupo Independente de Peritos de Alto Nível da Comissão Europeia segue essa mesma definição. Cf. AI HLEG 2019, 5.

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 direito⁴⁸⁴. 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 a IA estreita. Não é necessário que a IA seja geral para ser autônoma nos termos relevantes para o Direito de Autor, mas IAs estreitas demasiadamente simples dificilmente passarão de meras ferramentas. O âmbito de excelência para nossa análise parece ser, então, as IAs gerais fracas. Também estão incluídas IAs estreitas fracas, desde que bem avançadas e tendo como atividade especializadas a produção de obras passíveis de proteção pelos direitos de autor. O que mais importa, ao fim, é o grau de autonomia em relação ao ser humano, como se verá a seguir.

5.2.2. Funcionamento técnico

O último documento lançado pela União Europeia sobre a regulação e planejamento relativos à IA foi 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 ser incorporados em *hardware*/equipamento material⁴⁸⁵. Wachowicz e Gonçalves, ao abordar questões de direitos autorais, também os apontam esses os componentes fundamentais da Inteligência Artificial⁴⁸⁶.

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

⁴⁸⁴ Descrevendo as possibilidades e dificuldades de conceder personalidades às IAs, ver PAGALLO 2018a.

⁴⁸⁵ COMISSÃO EUROPEIA 2020, 16.

⁴⁸⁶ WACHOWICZ & GONÇALVES 2019, 52–67.

direitos de autor e propriedade industrial, a maior proximidade com essa última categoria é clara, evidenciada inclusive no art. 159º do CPI, que aplica subsidiariamente o regime das patentes. A temática escapa ao escopo jusautorais da dissertação, diferentemente do que ocorreria se tivesse sido adotada a posição estadunidense⁴⁸⁷.

Em relação aos outros dois componentes, são especialmente relevantes dois regimes.

O primeiro deles está positivado na PJPC, que regulamenta a proteção jurídica dos programas de computador, em um regime análogo ao das obras literárias⁴⁸⁸. Essa escolha legislativa apartada parece ser resultado, em grande parte, da pressão da doutrina que considerava indevida a equivalência entre a tutela literária clássica com as dos programas de computador⁴⁸⁹, de natureza muito mais técnica que artística e com muitas características de direitos de propriedade industrial⁴⁹⁰, diferenciando-se da identificação que ocorreu nos EUA por orientação da CONTU⁴⁹¹.

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*”. 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 foi definido legalmente, mas, na jurisprudência, se encontra uma definição relativamente recente 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*”⁴⁹².

Há um cuidado a se tomar. Quando uma pessoa fala do algoritmo computacional,

⁴⁸⁷ 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 2008d, 10–11.

⁴⁸⁸ Ver acórdão do STJ de 13/01/2010, rel. Henriques Gaspar.

⁴⁸⁹ ASCENSÃO 2012b, 77 e 474–75; ROCHA 2008, 768.

⁴⁹⁰ DIAS PEREIRA 2011a, 24.

⁴⁹¹ CONTU 1978.

⁴⁹² Remédio Marques faz uma detalhada distinção entre ambos em REMÉDIO MARQUES 2016, 3–5. REMÉDIO MARQUES 2016, 41.

pode estar se referindo ao conjunto básico de instruções fixado em uma linguagem de programação, o que estaria tutelado⁴⁹³. Essa linguagem de programação escrita por humanos é em geral o código-fonte, que é convertido no código-objeto (ou código máquina), passível de leitura pelo computador⁴⁹⁴. A lacuna nesse ponto levou a uma grande controvérsia sobre a patenteabilidade dos algoritmos como “inteligência” das máquinas⁴⁹⁵, tendo algum avanço no fato que o Instituto Europeu de Patentes vem emitindo patentes para invenções relacionadas a programas de computador⁴⁹⁶, desde que tenham caráter técnico extra para além da interação normal entre o *software* e o *hardware*⁴⁹⁷.

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. Na prática, é uma proteção que nunca assumiu grande centralidade prática, mas que levanta dificuldades na definição precisa dos critérios para configurar a proteção.

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 substancial do ponto de vista qualitativo ou quantitativo*”. Esse dispositivo, implementado na União Europeia sem ter sido depois aceito nem nos EUA, pareceria se enquadrar melhor como parte do instituto da concorrência desleal, que não é, todavia, reconhecido pelo Reino Unido. Isso 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 radicalmente afastada deles⁴⁹⁸. É efetivamente um direito sobre a

⁴⁹³ REMÉDIO MARQUES 2016, 41; DIAS PEREIRA 2008, 400 e 410.

⁴⁹⁴ 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 pelo regime dos direitos de autor, seguindo o que dita o ADPIC e os Tratados da OMPI. Mas 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. VIEIRA 2001, 125–26; DIAS PEREIRA 2008, 400.

⁴⁹⁵ DIAS PEREIRA 2001B; REMÉDIO MARQUES 2016.

⁴⁹⁶ DIAS PEREIRA 2019b, 31–33.

⁴⁹⁷ Cf. https://www.epo.org/law-practice/legal-texts/html/guidelines/e_g_ii_3_6.htm

⁴⁹⁸ ASCENSÃO 2008d, 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

informação, sendo muito criticado pela doutrina por entrar em conflito direto com o princípio basilar da liberdade de ideias e com o próprio domínio público⁴⁹⁹.

Note-se que esse não é um direito sobre a criação de dados não-pessoais⁵⁰⁰. Mais recentemente, na Comunicação da Comissão “Construindo uma Economia de Dados Europeia” (SWD(2017) 2 final), foi proposta a criação de tal direito, incluindo de dados gerados por máquinas, sob a justificativa de fortalecer a indústria europeia e possibilitar a mercantilização dessa informação. Essa proposta foi profundamente repudiada tanto pela doutrina quanto pelos próprios relatórios oficiais de consulta da União Europeia⁵⁰¹.

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).

5.3. Incompatibilidades com o Direito de Autor?

5.3.1. Criação “tendencialmente infinita” de obras

O que consideramos ser o elemento central de risco (e, por outro lado, de potencial) 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”⁵⁰², 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

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.

⁴⁹⁹ ASCENSÃO 2008b, 104–5; DIAS PEREIRA 2008, 428–29.

⁵⁰⁰ IGLESIAS, SHAMUILIA, & ANDERBERG 2019, 9.

⁵⁰¹ Para uma lista das críticas, ver HUGENHOLTZ 2017. A proposta também não foi bem aceita nos EUA, cf. YU 2018.

⁵⁰² CABAY 2019, 189.

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 quantidades muito maiores pode representar um desequilíbrio brutal no mercado profissional, impedindo a entrada de novos profissionais ou mesmo expulsando muitos dos já existentes⁵⁰³.

Se por um lado isso favorece os usuários, que ganham uma maior variedade de opções para as suas próprias atividades, por outro é um risco para os criadores intelectuais por questões concorrenciais. Além do problema de desemprego, que já é uma preocupação característica das novas tecnologias de inteligência artificial em outras áreas⁵⁰⁴, os eventuais titulares das OAGIAs ganham uma ferramenta poderosa para promover concentrações de mercado, existindo um investimento inicial alto mas um custo de manutenção (ao que tudo indica) 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 humana⁵⁰⁵.

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 alguns tipos de músicas, compilações ou maneiras de organizar uma base de dados.

Embora isso ainda não esteja ocorrendo, alguns eventos recentes são indicativos de possíveis tendências. 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

⁵⁰³ ZATARAIN 2017.

⁵⁰⁴ KORINEK & STIGLITZ 2017.

⁵⁰⁵ MICHAUX 2018, 416.

constante em parte relevante das músicas mais ouvidas no mundo⁵⁰⁶. 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 inconsciente⁵⁰⁷, abrindo uma eventual linha de defesa para músicos que estivessem sendo injustamente processados⁵⁰⁸.

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, inviável⁵⁰⁹.

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 do campo da inteligência artificial, tendo natureza muito mais simples, e, além da limitação computacional da parte do *software*, existia uma grande barreira em relação 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 do 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.

Todo esse subtópico deve ser lido sob a ótica de que a novidade objetiva não é, via de regra, um critério aceito para incidência da tutela jusautorais. A posição minoritária de

⁵⁰⁶ Para um exemplo similar, igualmente de crítica artística aos direitos de autor, ver o caso da suposta empresa russa Qentis que teria registrado todas as combinações possíveis até 400 palavras, dentro de certos alfabetos. ZATARAIN 2017, 91–93.

⁵⁰⁷ Comparando o entendimento vigente sobre infrações 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.

⁵⁰⁸ Para uma explicação mais detalhada, inclusive dos aspectos legais, indica-se a entrevista conduzida por Adam Neely com Rubin e Riehl: <https://www.youtube.com/watch?v=sJtm0MoOgiU>

⁵⁰⁹ 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.

Ascensão, 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 informacional⁵¹⁰.

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 na bases de dados que alimentaram a IA. O risco, que admitos 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.

5.3.2. Infrações cometidas pela Inteligência Artificial

Considerando que a inteligência artificial precisa ser alimentada com dados/*inputs* para aprender e gerar *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 máquina⁵¹¹.

Em uma leitura bastante crítica da construção jurisprudencial estadunidense sobre as obras literárias, Grimmelman mostra 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. Essa divisão, apesar de geralmente clara entre humanos, é muito mais complicada 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*

⁵¹⁰ ROCHA 2008, 789–91.

⁵¹¹ DIAS PEREIRA 2019b, 37. Extensivamente, ver SCHAFFER ET AL. 2015. Recomenda-se, por fim, a palestra no Seminário Internacional do GEDAI, sobre artigo ainda não publicado, de GUADAMUZ 2019.

em situações onde, se fosse um humano praticando o ato, seria considerado uma infração⁵¹².

Não concordamos com a conclusão de Grimmelman de que esse entendimento estaria errado. No entanto, ele e levanta uma questão extremamente importante: a interação das máquinas com obras criativas de fato não pode ser equiparada com a que humanos tem, inclusive em um viés jurídico, pois são fundamentalmente diferentes, tanto em seu funcionamento, quanto em sua natureza⁵¹³. Parece difícil tratá-las sob as mesmas regras, mesmo em algo tão aberto como o *fair use*, sem causar distorções.

Esse fato parece já ter sido percebido dentre os legisladores. A prospecção/mineração de dados e textos, que deve ser interpretada em sentido amplo (para abranger também imagens, músicas e vídeos), passou a merecer uma atenção destacada e regras específicas.

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 Direito de Autor ao tratar da prospecção de dados⁵¹⁴, 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 cultural⁵¹⁵.

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 comerciais 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,

⁵¹² GRIMMELMANN 2016a, 658–68.

⁵¹³ GRIMMELMANN 2016a, 674–81.

⁵¹⁴ 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.

⁵¹⁵ SAG 2019.

especialmente no campo das novas tecnologias⁵¹⁶.

Alguns teóricos sugerem outras alternativas, como o estabelecimento de um sistema de licenciamento compulsório no qual a IA poderia utilizar obras protegidas em seu aprendizado, mas os desenvolvedores ainda teriam que remunerar os titulares⁵¹⁷.

Essas regras ainda não foram incorporadas na legislação portuguesa. Enquanto elas não o são, subsiste uma barreira pelos direitos de autor a esse tipo de uso, mesmo para fins de investigação e de proteção do patrimônio cultural.

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 CBerna, sob a forma mais restritiva do art. 5º da Directiva 2001/29/CE⁵¹⁸.

O número 1 do art. 75º vai além de uma simples limitação ou exceção, sendo na verdade excluído do conceito técnico-jurídico de reprodução⁵¹⁹. A disposição é voltada especificamente para as reproduções transitórias no ambiente digital, vide os casos em que a reprodução for feita apenas na memória RAM do computador⁵²⁰.

A maior 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 art. 75 não parece incluir o aprendizado de inteligências artificiais, que poderia apenas se enquadrar na figura de “*uma utilização legítima de uma obra protegida*”. No entanto, a lista de utilizações lícitas previstas no n. 2 não parece abarcar processos de aprendizados de máquina, mesmo para fins de investigação. Ainda, constata-se um significado econômico autônomo no procedimento de aprendizado de máquina, pelo processo em si agregar valor à

⁵¹⁶ RENDAS 2018, 173–74.

⁵¹⁷ SELVADURAI & MATULIONYTE 2020, 4–7.

⁵¹⁸ Ver acórdão do TRC de 30/03/2011 (rel. Jorge Jacob).

⁵¹⁹ ASCENSÃO 2001; TRABUCO 2006, 728–30.

⁵²⁰ 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.

IA, especialmente quando feito por empresas privadas de tecnologias⁵²¹.

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 utilização⁵²², constando-se então uma previsão legal específica no art. 5º da PJPC, que segue o padrão da diretiva comunitária, 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 fabricantes⁵²³.

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 a íntegra, ou trechos relevantes, da base de dados (incluindo sua estrutura organizacional) da qual estivesse extraindo informações para aprender. Não parece ser esse um procedimento comum no aprendizado de máquina, que cria suas próprias bases de dados e métodos organizacionais internos para otimizar o processo, inclusive para posterior utilização, em formas que comumente não são compreendidas por humanos (como parte do problema das caixas pretas).

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, pode se tornar um grave

⁵²¹ O inciso “o” do referido artigo, que seria uma opção, é na verdade é 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, 403/08). 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 mais ainda sim bastante dúbia. Cf. SCHÖNBERGER 2018, 163–68.

Margoni é um pouco mais otimista, apontando que recorrer à essa disposição legal é possível, desde que feita com cuidado e numa análise casuística MARGONI 2018, 12:15–18.

⁵²² Item 30 do acórdão do TJUE no processo C-128/11, julgado em 03/07/2012.

⁵²³ MARGONI 2018, 12:7–8.

obstáculo. 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 no art. 15º, “b” da PJBD, que diz ser possível a utilização “*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 se destaca em relação às políticas públicas de potenciais infrações autorais por inteligências artificiais. A importância dessa tecnologia para a nação oriental é latente: do 30 agentes que mais fazem solicitações de patentes, 26 são empresas, e dentre as 20 companhias do topo dessa lista, 12 são japonesas⁵²⁴. Não por outras razões, mas 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 dados⁵²⁵.

5.3.3. Espírito Humano como aspecto intrínseco ao Direito de Autor

Retomamos aqui a discussão do tópico 4.5 desta investigação, concretizando o motivo pelo qual ela se torna um obstáculo. A grande dificuldade da OAGIA, como uma

⁵²⁴ WIPO 2019, 61.

⁵²⁵ Ver a resposta da delegação japonesa ao questionário da OMPI sobre Direito de Autor e IA, mais especificamente no ponto 5 e seus hyperlinks: https://www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/en/artificial_intelligence/call_for_comments/submissions_march2020/ms_japan.pdf

situação excepcional para o Direito de Autor, é a existência de uma obra que não apenas tem valor econômico como tem originalidade objetiva, no sentido de que não se trata de mera cópia. Até então poderia argumentar-se que não há nenhuma problemática nova, pois o mesmo valeria para alguns bens informáticos, 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 proteção⁵²⁶. 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 social⁵²⁷. Mas, sob essa ótica, ao analisar a situação acima, chegaríamos à conclusão de que a existência de uma obra intelectual (a partir da criação de um autor) seria uma escolha discricionária legislativa, o que é mais claramente visível na autoria-estatuto do ordenamento britânico⁵²⁸, e que, portanto, não existiriam maiores problemas em conceder direitos de autor para um OAGIA.

Essa discricionariedade não deixa de ser verdade, em nossa visão. A imputação legal da autoria é uma inferência jurídica, que não precisa corresponder a uma concepção naturalista/ontológica de autor na qual a obra reflete a paternidade espiritual do criador. Negar isso seria continuar recusando a realidade atual, considerando a existência da tutela jusautorais dos bens informáticos que não são verdadeiramente obras intelectuais⁵²⁹.

Todavia, por mais que não se acate um fundamento jusnaturalista para o Direito de

⁵²⁶ 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, contudo, a lista do art. 2º, n. 1 do CDADC é aberta e indeterminada. REMÉDIO MARQUES 2017, 200.

⁵²⁷ Até o domínio público acaba sendo socialmente construído, em decorrência das regras jusautorais, conforme afirma BRANCO 2011, 86.

⁵²⁸ SÁ E MELLO 2016, 60.

⁵²⁹ SÁ E MELLO 2016, 53–56.

Autor contemporâneo, seria um erro ignorar que a positivação moderna desses sistemas jurídicos (principalmente na tradição continental) foi construída ao redor dessa ideia⁵³⁰, o que se vê no fato dos direitos de autor serem internacionalmente considerados direitos humanos⁵³¹. Isso tem 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 econômicos⁵³². Promover avulsamente uma alteração nacional no cerne do 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 transnacionais⁵³³.

Todavia, nada obstará, 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. Guardadas as devidas proporções, isso foi feito em menor medida para proteger alguns dos bens característicos da sociedade informacional, mesmo que sob muitas críticas.

Essa alteração, 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 no subtópico sobre a tese do domínio público originário para as OAGIAs. 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.

⁵³⁰ GINSBURG 2003.

⁵³¹ SAIZ GARCÍA 2019, 12–14.

⁵³² TORREMANS 2007, 287; GOMPEL 2017. Achamos, portanto, que Lemley não estava pensando no *droit d'auteur* quando recusa por completo as teorias jusnaturalistas de justificação em LEMLEY 2015a, 1338–40.

⁵³³ BALDIA 2013.

5.4. Respostas institucionais pelo mundo

5.4.1. 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 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, em vez de serem empresas de tecnologias multinacionais que podem facilmente 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)⁵³⁴.

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 IA⁵³⁵, 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 dados⁵³⁶.

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.

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, questiona-se a questão litigiosa 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

⁵³⁴ WIPO 2019, 58–64.

⁵³⁵ WACHOWICZ & GONÇALVES 2019, 62–63.

⁵³⁶ WIPO 2019, 59.

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 especial⁵³⁷.

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, e também se decidiu que a IA não poderia ser titular. No entanto, constatou-se expressamente a originalidade objetiva na obra e sua criação independente. Por fim, 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 foi publicada no site da empresa, que conseqüentemente assumia a responsabilidade sobre o texto.⁵³⁸

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 Microsoft⁵³⁹. 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 originalidade para configurar a autoria humana, mesmo em comparação ao firmado pelo TJUE. 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

⁵³⁷ HE 2019.

⁵³⁸ HE 2020.

⁵³⁹ WIPO 2019, 60.

afirma em relação aos direitos conexos, mais especificamente sobre as performances coreográficas (805.4) e pantomimas (806.4)⁵⁴⁰.

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 como 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.⁵⁴¹

Assumindo uma postura quase oposta à adotada pelos EUA de peso do sistema 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 legislações⁵⁴². 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 menor tempo de duração dos direitos patrimoniais, termos das *Sections* 9(3) e 178⁵⁴³.

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 OAGIAS⁵⁴⁴. Um maior detalhamento legal parece ser necessário, o que já foi notado pelo governo britânico⁵⁴⁵.

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

⁵⁴⁰ 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 MILLER 1993, 106:1057–64.

⁵⁴¹ KAMINSKI 2017, 597–99.

⁵⁴² GUADAMUZ 2017, 9.

⁵⁴³ Na jurisprudência, ainda que no caso concreto não se tratasse de genuína OAGIA. Cf. [2006] EWHC 24 (Ch) Case No: HC04C02882, julgado por Justice Kitchin em 20/01/2006.

⁵⁴⁴ BOND & BLAIR 2019.

⁵⁴⁵ Vide DICKENSON, MORGAN, & CLARK 2017.

quase idênticos, como o da África do Sul⁵⁴⁶, de Hong Kong⁵⁴⁷, da Índia⁵⁴⁸, da Nova Zelândia⁵⁴⁹ e da Irlanda (que modifica um pouco a definição legal britânica⁵⁵⁰).

Contudo, nem todos os países do *Commonwealth* seguiram esse mesmo caminho. A Austrália, como já vimos no início do subtópico 4.5.3, 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 jusautorais.

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 posicionamento 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 posicionamento 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 humana⁵⁵¹.

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

⁵⁴⁶ Copyright Act of South Africa 1978, section 1(1)“author”(h)

⁵⁴⁷ Copyright Ordinance (Cap. 528) of Hong Kong 1997, sections 198; 11(3); 78(2); e 81(2)

⁵⁴⁸ Copyright Act of India 1957, section 2(d)(vi)

⁵⁴⁹ Copyright Act of New Zealand 1994, sections 2(1), 5(2), 97(2)(c), 100 (2)(b).

⁵⁵⁰ 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;”

⁵⁵¹ 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.

e escolhas criativas humanas são necessárias para que haja proteção.

Para finalizarmos este subtópico 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 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 [*essa contradição está presente no texto original, o que gera alguma dificuldade interpretativa*] ser protegida pelo direito de autor.

Como já indicado no resto da presente investigação (especialmente no subtópico 4.5.3), 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.

5.4.2. Respostas regionais e internacionais

Cumpramos 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 PI 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 reforçam a percepção de que a introdução de um novo direito intelectual para tutelar as OAGIAs pode não ser bem vinda, sendo necessária uma análise prévia cuidadosa. Relatório de 2018 do Centro de Pesquisa Integrado da Comissão Europeia aponta como, apesar de essas obras serem bens não-rivais que em tese justificariam a criação de um direito exclusivo, não está claro se os incentivos são realmente necessários e quais as consequências que isso poderia ter no mercado da economia criativa⁵⁵². 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 tutela⁵⁵³.

Em 20 de outubro de 2020 o Parlamento Europeu publicou nova resolução (2020/2015(INI)), desincentivando que se concedam 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. Mas, por outro lado, lembrou a importância do equilíbrio dos interesses envolvidos e da proteção dos interesses de criadores humanos.

⁵⁵² CRAGLIA 2018, 66–67.

⁵⁵³ Cf. EUROPEAN UNION 2020.

Concretamente, continuou sem apontar um caminho, mas pelo teor majoritário do texto nos parece que uma proposta de algum nível de proteção das OAGIAs será avançada em breve.

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 institucional minimamente consolidada⁵⁵⁴. 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 (IEP) percebe um vínculo entre a invenção humana com o requisito da “atividade inventiva” (assim como no Direito de Autor se faz com o requisito originalidade)⁵⁵⁵. Por essa razão, o IEP recentemente negou dois pedidos que colocavam o programa “DABUS” como inventor⁵⁵⁶, concluindo que as regras comunitárias do sistema de patentes exigiam que o inventor designado fosse uma pessoa natural⁵⁵⁷. 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”, que já publicou um longo relatório sobre o tema, fez uma consulta aberta mundial para recolher informações e organizou, até 2020, três sessões de debate de altíssimo nível⁵⁵⁸.

5.5. Posição sobre as principais propostas de solução quanto à autoria

As propostas de soluções apresentadas a título de conclusão se resumem à proteção jusautoral (e direitos *sui generis* diretamente ligados a esses sistemas), não abarcando outros

⁵⁵⁴ LAUBER-RÖNSBERG & HETMANK 2019.

⁵⁵⁵ SHEMTOV 2019, 20.

⁵⁵⁶ Parte do “Artificial Inventor Project”, cf. ABBOTT 2019.

⁵⁵⁷ Cf. <https://www.epo.org/news-events/news/2020/20200128.html>

⁵⁵⁸ Para mais informações, ver https://www.wipo.int/about-ip/en/artificial_intelligence/conversation.html

meios de tutela de propriedade imaterial ou intelectual, como o direito industrial, a concorrência desleal ou a via contratual. Todos eles, no entanto, parecem muito limitados ou inadequados para abarcar diretamente as OAGIAs⁵⁵⁹, mesmo considerando a existência de uma proposta concreta japonesa de 2016 de regular a questão por meio de um regime entre a concorrência desleal e o direito de marcas⁵⁶⁰. Parecem, por outro lado, ser muito úteis para tutelar outros atos empresariais ligados ao desenvolvimento e utilização de IAs criativas⁵⁶¹, protegendo essas entidades sem sobrecarregar 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 mais relevantes para outros contextos legais, como a relação entre a tutela jusautoral das OAGIAs e a liberdade de expressão nos EUA⁵⁶², também não serão o foco de nossa atenção.

5.5.1. OAGIAs não genuínas (IA como mera ferramenta)

Não há boas razões para delongar nesse 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 jusautoral 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 1965⁵⁶³.

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*⁵⁶⁴. Ascensão aponta o mesmo, com igual clareza⁵⁶⁵.

⁵⁵⁹ VIEIRA 2001, 139–40.

⁵⁶⁰ IHALAINEN 2018.

⁵⁶¹ SAIZ GARCIA 2019, 39.

⁵⁶² Cf. KAMINSKI 2017.

⁵⁶³ COCK BUNING 2018, 523–24.

⁵⁶⁴ WACHOWICZ & GONÇALVES 2019, 80.

⁵⁶⁵ ASCENSÃO 2012b, 76.

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 utilizado⁵⁶⁶, pois, nos novos paradigmas jusautorais de baixa originalidade, mesmo esses elementos expressivos poderão estar abarcados na tutela integral, particularmente 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 maioria das obras geradas por computador hoje, naquilo que chamamos antes de OAGIAs não genuínas⁵⁶⁷.

5.5.2. 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 defensores⁵⁶⁸, além de existir pouquíssimo respaldo no sistema jurídico português, o que se repete para a esmagadora maioria dos sistemas jusautorais da tradição romano-germânica.

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, mas também não resolve os maiores problemas, teóricos e práticos, levantados pelas OAGIAs. Por isso, mal é considerado nas respostas institucionais vigentes.

Mesmo que, contra todas as atuais previsões, fosse legalmente formulada uma categoria de “pessoa coletiva robótica” para as inteligências artificiais⁵⁶⁹, incluindo nela um regime de responsabilização, ainda permaneceria uma ampla gama de problemas. Não só na PI, em termos concorrenciais e principiológicos, mas também filosóficos⁵⁷⁰. Para tornar essa uma solução plausível, exigir-se-ia, em última instância, uma total identificação jurídica

⁵⁶⁶ VIEIRA 2001, 121.

⁵⁶⁷ Por ex., DÍAZ LIMÓN 2016.

⁵⁶⁸ Com a notável exceção de PEARLMAN 2018.

⁵⁶⁹ Oferecendo alguns exemplos e possibilidades de fazer essa atribuição de uma personalidade coletiva às inteligências artificiais, cf. PAGALLO 2018b; BRYSON, DIAMANTIS, & GRANT 2017.

⁵⁷⁰ SCHÖNBERGER 2018, 158–60.

desta pessoa robótica com uma pessoa natural⁵⁷¹, ou a reformulação dos sistemas jusautorais nacionalmente e internacionalmente.

Mesmo na tradição clássica do *copyright* do Reino Unido, muito mais receptiva com titularidades originárias de pessoas 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.

Mais ainda, essa opção parece conflitar com todas as Teorias de Justificação do tópico 2.2. 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, e muito menos algo a ser cultivado em termos culturais, 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.

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 coletiva 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.

5.5.3. O autor (ou titular) é o desenvolvedor ou o utilizador

Aqui finalmente chegamos ao cerne da disputa sobre as OAGIAs, entrando até em uma análise econômico-utilitária sobre o melhor caminho a ser traçado, se o domínio público ou a titularidade da pessoa por trás da máquina, e tendo sempre em mente a enorme dificuldade atual em se distinguirem obras (como traduções) criadas por humanos e por IAs⁵⁷².

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

⁵⁷¹ 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.

⁵⁷² LAUBER-RÖNSBERG & HETMANK 2019; DENICOLA 2016; KÖBIS & MOSSINK 2021.

responder. Afinal, um aumento no bem geral da sociedade não necessariamente precisa ser originado em uma pessoa humana, pois é um valor de caráter objetivo⁵⁷³. Assim, ao menos em tese e na perspectiva clássica utilitarista e da análise econômica, essa proteção jusautorais seria necessária para estimular o desenvolvimento de inteligências artificiais criativas⁵⁷⁴.

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, em relação à opção do domínio público. Presume-se que o prazo reduzido de proteção de um direito conexo ou *sui generis* não seria tão mal quisto quando a ausência de proteção, embora seja difícil precisar a o grau de diferença.

Há várias alternativas dentro dessa escolha. Abordaremos apenas as duas mais importantes e comumente citadas, quais sejam: a) a autoria/titularidade originária ser do utilizador ou b) do desenvolvedor, sendo esse último ainda dividido em diversos grupos como investidores, fabricantes, programadores e empresas que coordenaram a criação⁵⁷⁵. Subdividiremos ainda em duas importantes e distintas categorias, 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, sem ser propriamente um direito de autor.

Por fim, 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 filmes⁵⁷⁶. Uma tradução pode ter uma atribuição diferente de uma pintura, que pode ser diferente de um programa de computador.

⁵⁷³ MILLER 1993, 106:1066–67.

⁵⁷⁴ 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.

⁵⁷⁵ Para uma lista mais detalhada de possíveis candidatos à titularidade, listando também eventuais critérios para atribuição cf. MCCUTCHEON 2013a, 54–56.

⁵⁷⁶ MILLER 1993, 106:1059; MCCUTCHEON 2013a, 68.

5.5.3.1. A pessoa humana “por trás” da máquina é a autora

A solução da atribuição ao utilizador ou ao desenvolvedor, diferentemente do que poderia parecer em um primeiro momento, não é absolutamente 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. Interpretar-se-ia esse tipo de criação como se ainda existisse a contribuição humana para a máquina, por mais longínqua e indireta que fosse, seria suficiente para configurar a originalidade (com a bitola mais uma vez rebaixada) no critério legal⁵⁷⁷.

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 pequena⁵⁷⁸.

Parece-nos ser essa a opção do regime britânico, por mais que em sua natureza e diferenciação de tutela acabe se assemelhando ao regime de direitos conexos nas legislações continentais⁵⁷⁹. Assim também é a preferência de Jani McCutcheon, quando também defende, secundariamente, a possibilidade de atribuição de um direito conexo ou *sui generis*⁵⁸⁰, e de Bruce Boyden, sugerindo critérios para identificar a autoria⁵⁸¹.

A opção de se tutelar OAGIAs em um regime adaptado de *work-for-hire*, o que é notoriamente a posição de Bridy (mas que foi adotada por diversos outros teóricos⁵⁸²), parece ser de se negar completamente, pelo menos nos países da tradição continental⁵⁸³. 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 computador⁵⁸⁴. Sendo

⁵⁷⁷ MCCUTCHEON 2013a, 51–53.

⁵⁷⁸ SAIZ GARCÍA 2019, 16–18.

⁵⁷⁹ DIAS PEREIRA 2019b, 36.

⁵⁸⁰ Detalhando sobre como seria essa implementação na Austrália, MCCUTCHEON 2013a, 50–78.

⁵⁸¹ BOYDEN 2016.

⁵⁸² BRIDY 2012, 26–27; 2016; HRISTOV 2017; KAMINSKI 2017; RUTH LADE OKEDIJI 2018. A versão mais bem elaborada, que soluciona diversos dos pontos críticos da proposição, parece ser a de YANISKY-RAVID 2017.

⁵⁸³ Mesmo alguns teóricos do *copyright*, mesmo quando favoráveis a uma proteção jusautorais das OAGIAs, demonstram forte resistência à essa proposta, vide DENICOLA 2016, 283–84; HEDRICK 2019, 336.

⁵⁸⁴ BRIDY 2012, 27.

necessária uma reforma legal com esse fim, outros meios que lidassem com a questão de forma mais rigorosa poderiam e deveriam ser pensados como alternativa.

Por fim, há uma diferença radical e possível incompatibilidade entre o *work-for-hire* do *copyright* e os regimes de atribuição originária no ordenamento português (no qual o art. 19 do CDADC se assemelha mais a um direito conexo do que propriamente a um direito de autor)⁵⁸⁵, e mesmo para a grande maioria de leis nacionais europeias que adotam a visão do *droit d'auteur*⁵⁸⁶. A presença dessa proposta 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 hoje⁵⁸⁷. Se existir um plano ou intuito de harmonizar essa proteção internacionalmente, essa opção é altamente indesejável.

Uma solução que busque favorecer o desenvolvedor reside, então, no instituto das obras coletivas⁵⁸⁸, no qual a empresa 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 criativo⁵⁸⁹. Mas notamos que há uma diferença entre inteligências artificiais e as empresas, pois estas mantêm uma ligação humana na figura de seu representante ou empregado, sendo possível remeter o ato criativo originário a pessoas naturais⁵⁹⁰.

Nessa opção, parece mais razoável que a atribuição de autoria seja idealmente da pessoa que seja simultaneamente programador e utilizador, que é quando as Teorias da Justificação, enfraquecidas nessa alternativa (fora a utilitária), se acumulariam ao ponto de ter alguma razoabilidade.

Caso duas pessoas distintas ocupem cada uma dessas posições, consideramos que deve ser priorizado o utilizador da máquina (lembrando sempre que, na prática, a análise

⁵⁸⁵ DIAS PEREIRA 2008, 458; 2019b, 35. Detalhando as várias condições para atribuição ao empregador em obras criadas na execução de contratos, cf. SÁ E MELLO 2016, 271–72.

⁵⁸⁶ SCHÖNBERGER 2018, 158.

⁵⁸⁷ Robert Hart explica isso ao lembrar que a inexistência do instituto de concorrência desleal no *common law* faz com que seja mais necessário recorrer à PI para esse tipo de proteção. HART 1993.

⁵⁸⁸ Assim, SÁIZ GARCÍA 2019, 26.

⁵⁸⁹ 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.

⁵⁹⁰ RAMALHO 2017a, 17; SÁIZ GARCÍA 2019, 15.

deve ser casuística). Isso porque: (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) há uma maior facilidade de responsabilização do utilizador que do programador; (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 a obra foi disponibilizada para uso público, 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 culturais 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 outros⁵⁹¹.

A atribuição ao utilizador também evita um outro problema, que é a possibilidade de uma IA programar outra IA criativa, criando ainda outro nível de distanciamento entre o desenvolvedor humano (ou empresa) e a OAGIA⁵⁹².

Não desponta como uma boa resposta, quando desenvolvedor e utilizador são pessoas distintas, a classificação como uma obra feita em colaboração (artigos 17º e 18º do CDADC). Apenas excepcionalmente poderia se falar de uma atividade colaborativa de fato, com intencionalidade de produzir algo juntos⁵⁹³, o que é problemático diante da sobreposição

⁵⁹¹ De forma geral, SAMUELSON 1986, 1200–1209; PEARLMAN 2018, 28–29; DENICOLA 2016, 282–85; RUTH LADE OKEDIJI 2018, 20; YANISKY-RAVID 2017, 689–98. Especificamente quanto à questão de não ser razoável a dupla titularidade e dupla remuneração do desenvolvedor, ASCENSÃO 1997, 664; BRANCO 2011, 229; RAMALHO 2017a, 16; VIEIRA 2001, 143.

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, vide GINSBURG & BUDIARDJO 2019, 411–19.

⁵⁹² COCK BUNING 2018, 517–18.

⁵⁹³ Nessas situações excepcionais, podemos admitir a co-autoria. Cf.

de direitos exclusivos do art. 18, n. 1. Se não existissem outras medidas prévias (como uma assinatura automática do desenvolvedor), o art. 17º, n. 3 daria ao utilizador a possibilidade de divulgar a OAGIA como se fosse somente sua. Por fim, seria muito difícil não enquadrar um dos dois lados como simples auxiliar da produção/divulgação, excluindo-o da tutela nos termos do art. 17º, n. 4⁵⁹⁴.

A atribuição de autoria ao humano “por trás” da máquina não é tão rígida e pode levar a certas propostas curiosas, como a ideia 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 obra, tendo como base os institutos do CC⁵⁹⁵.

5.5.3.2. A pessoa humana é titular de direito conexo ou *sui generis*

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*)⁵⁹⁶.

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

⁵⁹⁴ 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.

⁵⁹⁵ DEVARAPALLI 2018.

⁵⁹⁶ Para uma diferenciação da implementação entre ambas na prática, a partir do contexto australiano, cf. MCCUTCHEON 2013a, 78–102.

bastante diferentes⁵⁹⁷.

Nessa opção se posiciona Jacopo Ciani⁵⁹⁸, e, demonstrando preferência pela opção *sui generis*, Cock Buning, Celine Dee e José Alberto Vieira⁵⁹⁹.

A história mostrou que novos tipos de obras podem ser incluídos sem deteriorar a noção de autoria já relativamente consolidada, inclusive pela CBERNA. Mas existem alguns critérios de razoável clareza 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 jusautorais poderia ser determinada por quanta pressão os *lobbies* de grupos de interesse conseguem exercer⁶⁰⁰.

Acatar a crítica ao ideal do autor romântico não significa afirmar que esse conjunto de ideias não teria influenciado basilamente os sistemas de direitos de autor modernos (vide subtópico 5.3.3). É verdade que isso foi atenuado nas sucessivas reformas 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 permite até uma análise utilitarista sem que isso se resuma a termos economicistas e empresarialistas, preservando o núcleo do princípio da autoria⁶⁰¹.

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 objetivos⁶⁰².

⁵⁹⁷ COCK BUNING 2018, 521.

⁵⁹⁸ CIANI 2019.

⁵⁹⁹ COCK BUNING 2018, 534; DEE 2018, 36; VIEIRA 2001, 142–43.

⁶⁰⁰ RICKETSON 1992, 35–36.

⁶⁰¹ DIAS PEREIRA 2008, 160–61.

⁶⁰² MOSCON 2019, 331.

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 positivado no art. 15º da recente Diretiva MUD⁶⁰³, que parece ser um direito conexo ainda na margem dos clássicos (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 Autor⁶⁰⁴).

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 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 similares⁶⁰⁵. Exemplificando os efeitos concretos dessa taxatividade, Portugal não protege, como fazem outros países, fotografias ou escritos não originais. Eles também não estão submetidos ao princípio da ausência de formalidades para validade da proteção⁶⁰⁶, o que é especialmente interessante para solucionar a questão da criação tendencialmente infinita de obras⁶⁰⁷.

No âmbito da União Europeia, a criação de tais 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 que os estados-membros não podem criar nacionalmente novos direitos conexos ou novas categorias de titulares para eles⁶⁰⁸. Fugiria da competência legislativa de Portugal criar algum dos direitos sugeridos nessa alternativa de maneira independente.

O último ponto favorável para o caminho dos direitos conexos ou *sui generis* é a

⁶⁰³ Também sugere essa solução DÍAZ-NOCI 2020.

⁶⁰⁴ GEIGER, BULAYENKO, & FROSIO 2016, 17.

⁶⁰⁵ BENTLY & SHERMAN 2018, 118.

⁶⁰⁶ SILVA 2016, 378–79 e 403.

⁶⁰⁷ Consoante sugestão de MCCUTCHEON 2013a, 601.

⁶⁰⁸ Por essa razão, direitos *sui generis* similares ao direito conexo de editor, criados na Alemanha em 2013 (Seções 87f, 87g e 87h do UrhG) ou pela Espanha em 2015 (na realidade, um direito de remuneração equitativa, previsto no art. 32 Ley de Propriedad Intelectual), parecem desrespeitar os precedentes comunitários supracitados. Cf. ROSATI 2016.

sua maior maleabilidade, pensando regimes específicos para OAGIAs⁶⁰⁹. 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, considerando o ciclo de vida útil nas OAGIAs (criáveis facilmente em grandes quantidades) e o tipo de ligação que o titular teria com uma obra essencialmente não-intelectual, o prazo de dois anos previsto no direito conexo do editor da Diretiva MUD parece aceitável, embora seja de se preferir a proposta similar *sui generis* avançada pela Alemanha no 87g, n. 2 do UrhG que fixa a duração em apenas 1 ano.

É uma questão intrigante se o direito *sui generis* do fabricante da base de dados poderia abarcar as OAGIAs, por serem informações, em tese, tuteláveis simultaneamente por direitos de autor. 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 as OAGIA ou partes dela⁶¹⁰. Todavia, 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. 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 conteúdo⁶¹¹, o que parece excluir investimentos para criar obras geradas por IA⁶¹².

5.5.4. Não há obra intelectual ou autoria - o caminho do Domínio Público

As alternativas anteriores exigem caminhos mais ou menos tortuosos para serem efetivadas. Ou se pede uma alteração estrutural no Direito de Autor, ou alguns ajustes

⁶⁰⁹ Detalhando um regime que considera adequado, cf. SAIZ GARCÍA 2019, 33–37. Algumas doutrina sugere regimes totalmente novos e fora do quadro jusautorais, classificando as OAGIAs como “resultados” em vez de “obras”, vide NAVARRO 2019, 41–42.

⁶¹⁰ LAUBER-RÖNSBERG & HETMANK 2019.

⁶¹¹ HUGENHOLTZ 2016, 210–13.

⁶¹² Nesse sentido, MCCUTCHEON 2013a, 101.

menores, que ainda assim exigem regras específicas e aprofundam uma natureza comercial e um viés eminentemente mercantilizado dos sistemas jusautorais⁶¹³. 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 parece um erro, pois até os estudos empíricos recentes de países nos quais a tradição é profundamente utilitarista, como os EUA, enfraquecem constantemente a tese de que a PI é necessária para estimular e garantir a criatividade e inovação, exigindo uma complementação jusnaturalista para que esses direitos possam subsistir legitimamente⁶¹⁴.

Com isso firmado, nos é evidente que as Teorias da Justificação do Trabalho e da Personalidade respondem mais facilmente as dúvidas sobre a tutela jusautorais das OAGIAS pela negativa⁶¹⁵. 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 em que contribuiu para a realização da obra aproveitada pela sociedade. É duvidosa até a adequação da Teoria Utilitarista, ao lembrar que os incentivos aos programadores ou utilizadores existiria só reflexamente, fora do quadro jusautorais contemporâneo em que são elaborados⁶¹⁶.

Por fim, e talvez mais importante, a alternativa do domínio público não deve ser entendida como uma “proposta radical”, como disse Samuelson⁶¹⁷. Pelo contrário, é a mais comedida das propostas, exigindo no máximo alguma clarificação na lei para orientar os jurisdicionados e órgãos públicos. A Teoria Culturalista ressurge para reforçar essa tese, em favor de uma cultura viva e fértil que é alimentada pelas inteligências artificiais, em vez de

⁶¹³ LAUBER-RÖNSBERG & HETMANK 2019.

⁶¹⁴ MERGES 2012, 72.

⁶¹⁵ Concordando, GINSBURG & BUDIARDJO 2019, 455.

⁶¹⁶ YANISKY-RAVID 2017, 699–707.

⁶¹⁷ SAMUELSON 1986, 1224.

corroída ou vulgarizada mercantilmente por elas.

Portanto, se concordamos que as leis não devem ser modificadas a cada obstáculo ou novo interesse que apareça, diante de uma resposta suficiente dentro do ordenamento vigente, este deve ser nosso ponto de partida⁶¹⁸. 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 Canadá⁶¹⁹. Direitos exclusivos sobre OAGIAs exigem mudanças na lei, e como toda reforma ou adição legal tem custos significativos⁶²⁰, devemos antes verificar se ela é necessária ou, ao menos, suficientemente benéfica.

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 longes do catálogo tradicional dos direitos de autor⁶²¹. Mas, como apontado acima, na União Europeia essa elaboração legislativa precisa se dar em nível comunitário, o que torna exponencialmente mais elevada a exigência de comprovar a necessidade da mudar a lei.

Isso porque a base da competência legislativa da UE é o art. 114, aliado ao 118, do TFUE, e o TJUE decidiu 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 baixa⁶²², embora a União Europeia já tenha criado normas de PI com demonstrações frágeis

⁶¹⁸ SELVADURAI & MATULIONYTE 2020, 3.

⁶¹⁹ Sobre o Canadá, ver PERRY & MARGONI 2010; SHOYAMA 2005.

⁶²⁰ VAN ALSTINE 2002.

⁶²¹ MOSCON 2019, 318.

⁶²² Detalhadamente, RAMALHO 2017b.

e bastante criticadas, como o próprio direito de editor acima mencionado⁶²³.

Ao posicionar a questão nestes termos, chegamos finalmente à hipótese central da dissertação, depois de superadas as análises sobre a coerência jurídica e argumentos jusnaturalistas. Já que o fundamento da criação de um direito de autor, conexo ou *sui generis* sobre as OAGIAs seria precipuamente utilitarista e econômico⁶²⁴ (embora pudesse ser também culturalista, dependendo da definição de cultura), há realmente nele a presunção de um benefício econômico, um ganho social/cultural ou um estímulo à criatividade⁶²⁵?

Como esperamos ter demonstrado nos capítulos anteriores sobre equilíbrio de interesses e domínio público, é falaciosa afirmação de que direitos de PI são imprescindíveis para a criatividade e a inovação⁶²⁶.

É de se considerar insensata, portanto, a alegação de que o ônus argumentativo está com quem alega que não se deve proteger as OAGIAs, como faz McCutcheon, ao infirmar que a simples falta de autoria humana em uma obra aparentemente intelectual não seria razão suficiente para se negar a tutela jusautoral⁶²⁷. Essa afirmação esquece que o Direito de Autor se fundamenta em uma racionalidade de criação de monopólios para formar uma escassez artificial onde ela não existiria naturalmente⁶²⁸, motivos pelo qual apenas alguns tipos de obras são protegidos⁶²⁹.

Não podemos aceitar de forma sã o risco de naturalizar os direitos de exclusivo como algo natural, o que entraria choque 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 ele 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

⁶²³ Para além do artigo citado na nota anterior, ver GEIGER, BULAYENKO, & FROSIO 2016; KRETSCHMER ET AL. 2016; DANBURY 2016; MOSCON 2019.

⁶²⁴ P. ex., há quem expressamente diga que a opção pelo domínio público prejudicaria a visão utilitária, vide HEDRICK 2019, 350.

⁶²⁵ Ginsburg, fugindo do dogma dos maximalistas, coloca a resposta dessa questão como condicionante para que se estabeleça uma proteção GINSBURG & BUDIARDJO 2019, 455–56.

⁶²⁶ Dentre muitos, lembramos do artigo de E. JOHNSON 2012.

⁶²⁷ MCCUTCHEON 2013b.

⁶²⁸ LEMLEY 2015b, 462.

⁶²⁹ RAMALHO 2017a, 18–19.

interfere na livre concorrência, liberdade de expressão e desenvolvimento tecnológico⁶³⁰.

Perry e Margoni, citando Michael Heller no 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. Não ajudam a internalizar as externalidades de forma eficiente, podendo levar até a falhas de mercado⁶³¹.

Pamela Samuelson também já 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 Autor⁶³².

Ralph Clifford chega à mesma conclusão utilitária, argumentando sob a ótica dos objetivos constitucionais estadunidenses. Rex Shoyama corrobora essas opiniões, adicionando a questão da coerência interna com a lei canadense, no que é corroborado com mais detalhes por Georges Azzaria. Na Bélgica, Cabay parece ter a mesma preferência, criticando a vulgarização dos bens culturais⁶³³.

Assim, as teses da necessidade da proteção jusautorais vão se mostrando tão mais frágeis quanto mais se pensa em como um mercado das OAGIAs realmente se desenvolveria. Diante dos parâmetros extremamente largos para que a IA seja considerada uma ferramenta, não conseguimos perceber maiores obstáculos para um agente transforme criativamente esses conteúdos não tutelados em obras intelectuais propriamente ditas⁶³⁴. Também há diversas formas não restritas aos direitos de autor e conexos para remunerar o desenvolvedor, muito comuns no ambiente digital contemporâneo. Alguns dos vários exemplos possíveis são contratos de adesão para utilizar a IA criativa online, publicidade digital (*ads*) e, indiretamente, ganhos de reconhecimento pelo mercado,

⁶³⁰ BOYLE 2008, 207.

⁶³¹ PERRY & MARGONI 2010, 628.

⁶³² 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.

⁶³³ CLIFFORD 1997, 1698–1702. O teórico confirmou a mesma posição em artigo publicado 20 anos depois, em CLIFFORD 2018. Dos outros autores citados, ver SHOYAMA 2005; AZZARIA 2018; CABAY 2019.

⁶³⁴ SHOYAMA 2005, 137.

Como exemplo, 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:

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 PI 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 PI, 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.⁶³⁵

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 os regimes específicos; (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 competitiva⁶³⁶; (iii) é menos provável que resulte em maiores concentrações concorrenciais na indústria criativa⁶³⁷, e o risco ao espaço comum das ideias, resultante de obras

⁶³⁵ KRETSCHMER ET AL. 2016, 8–9. Desenvolvendo o argumento na doutrina, ver BOYLE 2008, 11–16.

⁶³⁶ 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 GUADAMUZ 2017, 18–19. Só que não estão incluídos nestes os ordenamentos da tradição continental.

⁶³⁷ Não acreditamos ser possível é evitar totalmente o prejuízo àqueles que vivem do Direito de Autor, mas lembramos o mercado de trabalho em quase todas as profissões será profundamente impactado pela IA. É ingênuo pensar que apenas os profissionais dos bens culturais seriam tratados como exceção.

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 humanos⁶³⁸; (v) 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, também sem sólido embasamento, 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 (mesmo que, curiosamente, ela admita que não há autor)⁶³⁹.

Aceitar que isso é verdade seria simplesmente ignorar todas as várias iniciativas de sucesso que surgiram por fora dos sistemas de Direito de Autor e, de maneira mais ampla, da PI. A Wikipedia ou o navegador Mozilla não foram motivados por direitos intelectuais. 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 eficiência⁶⁴⁰. Poderíamos conjecturar que um maximalista de PI fosse responsável por direcionar o desenvolvimento da Internet como tecnologia, em vez de ela ter crescido sob os modelos e alicerces abertos e livres que a caracterizaram⁶⁴¹. Provavelmente alguns de seus malefícios atuais não existiriam, mas ela muito dificilmente teria o alcance e a capacidade de gerar melhorias globais que tem hodiernamente⁶⁴².

Os problemas do desequilíbrio de interesses causados pela maximização da proteção jusautorais na última década encontrariam 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 Direito de Autor preservar

⁶³⁸ YANISKY-RAVID 2017, 703; SCHÖNBERGER 2018, 159–60.

⁶³⁹ DEE 2018, 36–37.

⁶⁴⁰ LEMLEY 2015b; BOYLE 2008, 195–98.

⁶⁴¹ LEINER & ET AL 2009.

⁶⁴² BOYLE 2008, 231–35.

o conceito de originalidade e manter um domínio público fortalecido⁶⁴³, 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 mercado⁶⁴⁴.

Ramalho, acompanhada por Schönberger⁶⁴⁵, aponta com ênfase os benefícios desse caminho. A doutrinadora adiciona nele a opção de 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), na forma da lei espanhola que permite a reapropriação mesmo de obras sem proteção jusautorai⁶⁴⁶.

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 deterioração⁶⁴⁷. 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.

⁶⁴³ LITMAN 1990, 1019.

⁶⁴⁴ SAMUELSON 2003, 153.

⁶⁴⁵ SCHÖNBERGER 2018, 158–73.

⁶⁴⁶ RAMALHO 2017a, 17–20.

⁶⁴⁷ Em um contexto similar, indicando os riscos ao domínio público resultantes do direito do editor na proposta da Diretiva MUD, ver KELLER 2016.

6. CONCLUSÃO

É no período das Revoluções Burguesas que realmente vemos surgir na Europa normas parecidas com os direitos de autor modernos em ramos diferentes entre si, principalmente na Inglaterra com o Estatuto da Rainha Anna (originando a concepção *copyright*), e com as leis resultantes da revolução francesa (originando a concepção de *droit d'auteur*). Nessa última família também é comumente enquadrado o *urheberrecht* germânico, apesar de apresentar diferenças profundas com as regras francesas.

Esses sistemas tinham alguma proximidade em sua origem, mas foram gradualmente se distanciando durante suas reformas. Isto aconteceu até que a crescente importância da propriedade intelectual nas trocas transnacionais exigiu uma harmonização, que se deu por sucessivos tratados internacionais que tornavam os bens intelectuais cada vez mais mercadoria, geralmente sob a égide da OMPI ou da OMC, destacando-se a CBerná e o ADPIC. A União Europeia também cumpriu um papel importante nessa harmonização, sob um viés do “alto nível de proteção”, de forma mais rígida e mais intensa, embora recentemente tenha demonstrado 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 consensual, e nem têm clara aplicabilidade imediata, mas ajudam a pensar coerentemente os problemas que se colocam às regras jusautorais. Dentre elas, destacam-se as de Direito Natural, subdivididas em do Trabalho (o criador deve se beneficiar dos frutos de seu labor intelectual) e da Personalidade (a extensão expressiva do espírito do criador no mundo precisa ser tutelada), e Utilitária (que busca maximizar a utilidade e o bem da sociedade, muito ligada às análises econômicas). Por fim, a Teoria Culturalista está ganhando espaço ao aliar aspectos jusnaturalistas ao utilitarismo, tendo bastante espaço para sua adoção em Portugal.

As Teorias da Justificação não se confundem, embora tenham vários pontos de diálogo, com as questões sobre a estrutura (monista, dualista ou pluralista) e a natureza jurídica (propriedade, personalidade ou exclusivo/monopólio) do Direito de Autor.

Elas são, por outro lado, extremamente férteis para se pensar o equilíbrio de interesses que caracteriza esse ramo jurídico, balanceando os desejos e direitos, incluindo os de caráter fundamental, dos diferentes agentes afetados pelo sistema jusautorais, destacando-

se a necessária tensão entre a exclusividade de exploração e o interesse 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 PI 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 enorme potencial para estimular a criatividade e inovação na sociedade informacional. Sua história se confunde com a dos sistemas de direitos de autor, mostrando sua complementaridade, mas durante muitos anos ele foi visto como algo a ser combatido e minimizado em um contexto no qual a PI era identificada com benefícios utilitários. Estudos empíricos e a doutrina criticaram incisivamente essa definição negativa e construíram uma outra, positiva, que ressaltava o enorme valor das utilizações livres, não só no âmbito social, mas também comercial.

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 reformados para se maximizar os níveis de criatividade e inovação na sociedade.

Para nós, as OAGIAs levantam principalmente o problema de como foi construído e funciona o conceito de autoria no Direito de Autor. Em primeiro, nota-se que em geral esse conceito se confunde com o do criador intelectual, embora possa comportar exceções mais ou menos amplas, como no Reino Unido e em Portugal. Está em causa, aqui, o “princípio do criador”, ventralmente ligado à autoria de pessoa natural. A crítica ao autor romântico da segunda metade do século XX 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, como face subjetiva daquele conceito) 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, particularmente forte no espaço 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.

Passadas todas essas barreiras, precisamos nos perguntar se a própria noção de autoria, para o Direito de Autor, 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 CBerna e no Direito da União Europeia vemos, em uma interpretação sistemática e às vezes afirmado de forma explícita, fortes indícios de um sistema antropocêntrico. A doutrina portuguesa parece ser pacífica e cristalina, embora com algumas divergências nos detalhes, em relação à necessidade de autoria humana para que exista 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.

Finalmente passando a enquadrar com precisão o problema das OAGIAs, discordamos daqueles que pensam que elas não colocam problemas realmente novos. Os novos desenvolvimentos da inteligência artificial (especialmente o aprendizado de máquina profundo e as redes neurais), assim como questões como a “caixa preta” algorítmica, parecem ter finalmente levado a um ponto no qual se pode falar de uma criação autônoma por uma máquina. Damos, então, vários exemplos de obras cuja classificação como uma

genuína OAGIA é duvidosa, mas outras nas quais essa independência nos parece ser mais cristalina, como as traduções e reportagens jornalísticas automatizadas. Nos focamos no grande potencial 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, bastante qualificada, 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 com consequência e importância imediata, sendo diversamente respondida 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 utilitarista 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, aqui, seria atribuir a obra à pessoa que fosse simultaneamente desenvolvedora e utilizadora, mas, caso isso não fosse possível, deveria ser atribuída à utilizadora, sendo difícil se constatar uma obra feita em colaboração nessas situações.

A segunda coloca que a pessoa humana por trás da máquina seria titular de direito conexo ou *sui generis*, o que é menos disruptivo nos sistemas de *droit d'auteur* vigentes e permite maior flexibilidade para definir o regime, que poderia ter exceções diferenciadas e um prazo bem reduzido, compatível com o ciclo de vida das OAGIAs. O direito especial do fabricante de dados não nos parece ser capaz de abarcar bem esses tipos de obra.

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 dogma que identifica mais direitos de PI com um estímulo à criatividade (por já estar muito fragilizado), vendo 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.

Nossa percepção sobre a melhor solução não se distancia muito daquela definida 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. Os direitos conexos já existentes incidiriam normalmente, se seus requisitos estivessem preenchidos, pois não dependem da proteção da obra original⁶⁴⁸.

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, o continental).

Assumindo uma postura de honestidade e coerência, poderíamos promover novas regulações dessa área que explicitamente abandonem o requisito da criatividade e, como consequência, o elevado nível de proteção voltado para os criadores intelectuais amplamente considerados⁶⁴⁹. 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*⁶⁵⁰. Mas esse 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 existentes⁶⁵¹. Ou seja, colocando o Direito de Autor e a PI como instrumentos de moldar o “mercado da informação”, e não simplesmente explorá-lo⁶⁵².

⁶⁴⁸ AIPPI 2019. É duvidoso se a proteção de bens não culturais por direitos conexos é uma escolha acertada, apesar de largamente implementada hoje. Cf. DIAS PEREIRA 2008, 727.

⁶⁴⁹ GINSBURG 2003, 1092.

⁶⁵⁰ DIAS PEREIRA 2008, 117.

⁶⁵¹ RUTH LADE OKEDIJI 2018, 22–23.

⁶⁵² BOYLE 2008, 7.

Referências bibliográficas

- ABBOTT, RYAN. 2016. “I Think, Therefore I Invent: Creative Computers and the Future of Patent Law.” *Boston College Law Review* 57 (4): 1079–1126. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2727884>.
- . 2019. “The Artificial Inventor Project.” *WIPO Magazine*, 2019. https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2019/06/article_0002.html.
- 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.
- AEL. 2016. “Resposta à Solicitação de Parecer/Contributo Da AEL Aos Projetos de Lei n. 124/XIII/1.a(PCP) E e n. 151/XIII(BE).” http://ensinolivre.pt/wp-content/uploads/2016/06/AEL_DRM_Contributo.pdf.
- AI HLEG. 2019. “A Definition of AI: Main Capabilities and Disciplines.” Brussels. <https://ec.europa.eu/digital-single->.
- AIPPI. 2019. “Resolution - 2019 Study Question - Copyright in Artificially Generated Works.” London. <https://emerj.com/ai-glossary->.
- AKESTER, PATRICIA. 2019. *Código Do Direito de Autor e Direitos Conexos Anotado*. 2^a. Almedina: Almedina.
- ALSTINE, MICHAEL P VAN. 2002. “The Costs of Legal Change.” *UCLA Law Review* 49 (3): 789–870.
- 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.
- . 1997. *Direito Autoral*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar.
- . 1999. “O Direito de Autor No Ciberespaço.” *RDR* 14: 45–64. http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista07/revista07_21.pdf.
- . 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.
- . 2002. “Direito Intelectual, Exclusivo e Liberdade.” *Revista ESMAFE* 3: 125–45.
- . 2005. “Direito de Autor versus Desenvolvimento Tecnológico?” In *Estudos Em Memória Do Professor Doutor Antônio Marques Dos Santos*, v. I, 787–95. Coimbra: Almedina.
- . 2006. “Propriedade Intelectual e Internet.” In *Direito Da Sociedade Da Informação*, v. VI, 1–25. Coimbra: Coimbra Editora. <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Ascensao-Jose-PROPRIEDADE-INTELECTUAL-E-INTERNET.pdf>.
- . 2007. “A ‘Pretensa’ Propriedade Intelectual.” *Revista Do Instituto Dos Advogados de São Paulo* 20 (243–261).
- . 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.
- . 2008b. “Direito de Autor Sem Autor e Sem Obra.” *Ars Iudicandi: Estudos Em Homenagem Ao Prof. Doutor Castanheira Neves* II: 87–108.
- . 2008c. “Direitos Intelectuais: Propriedade Ou Exclusivo.” *Themis* IX (15): 117–38.
- . 2008d. “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.
- . 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.
- . 2012a. “Digitalização, Preservação e Acesso Ao Patrimônio Cultural Imaterial.” In *Direito Da Sociedade de Informação e Propriedade Intelectual*, edited by Marcos Wachowicz. Curitiba: Juruá. https://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2018/08/Artigo_DigitalizaçaccessCult-10.pdf.
- . 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. <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njilb>.
- BARBOSA, DENIS BORGES. 2011a. “O Domínio Do Público.” *Revista Eletrônica Do IBPI* 6: 1–32.
http://denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/dominio_do_publico.pdf.
- . 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 Jurídica Luso-Brasileira* 3 (6): 1475–1503.
<http://www.cidp.pt/Archive/Docs/f304851637402.pdf>.
- BATHAEE, YAVAR. 2018. “The Artificial Intelligence Black Box and the Failure of Intent and Causation.” *Harvard Journal of Law & Technology* 31 (2): 889–938.
<https://doi.org/10.2139/ssrn.1789749>.
- 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. <https://doi.org/10.1111/jwip.12069>.
- 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.
<https://doi.org/10.2139/ssrn.168609>.
- BENTLY, LIONEL. 1994. “Review: Copyright and the Death of the Author in Literature and Law.” *The Modern Law Review* 57 (6): 973–86. <https://doi.org/10.1111/j.1468-2230.1994.tb01989.x>.
- BENTLY, LIONEL, & BRAD SHERMAN. 2018. *Intellectual Property Law*. 5th ed. Oxford: Oxford University Press.
- BLANKFEIN-TABACHNICK, DAVID H. 2013. “Intellectual Property Doctrine and Midlevel

- Principles.” *California Law Review* 101 (5): 1315–60.
<https://doi.org/10.15779/Z38ZF9B>.
- 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.
<https://doi.org/10.17159/1727-3781/2018/V21I0A2004>.
- BOLDRIN, MICHELE, & DAVID LEVINE. 2013. “What’s Intellectual Property Good For?” *Revue Économique* 64 (1): 29–53.
- BOND, TOBY, & SARAH BLAIR. 2019. “Editorial: Artificial Intelligence & Copyright: Section 9(3) or Authorship without an Author.” *Journal of Intellectual Property Law and Practice* 14 (6): 423. <https://doi.org/10.1093/jiplp/jpz056>.
- BORGES BARBOSA, DENIS. 2009. “Do Requisito de Originalidade Nos Desenhos Industriais: A Perspectiva Brasileira.”
http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/novidades/do_requisito_originalidade.pdf.
- BOYDEN, BRUCE E. 2016. “Emergent Works.” *Columbia Journal of Law & Arts* 39: 377–94.
<http://botpoet.com/>.
- BOYLE, JAMES. 2003. “The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain.” *Law and Contemporary Problems* 66: 33–74.
<https://doi.org/10.4324/9781315095400-3>.
- . 2008. *The Public Domain: Enclosing the Commons of the Mind*. The Public Domain: Enclosing the Commons of the Mind. London: Yale University Press.
<https://doi.org/10.1177/0276146711416981>.
- BRANCO, SÉRGIO. 2011. *O Domínio Público No Direito Autoral Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- . 2013. “A Natureza Jurídica Dos Direitos Autorais.” *Civilistica.Com* 2 (2): 1–26.

- BREYER, STEPHEN. 1970. "The Uneasy Case for Copyright: A Study of Copyright in Books, Photocopies, and Computer Programs." *Harvard Law Review*. Vol. 84.
- . 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. <http://ssrn.com/abstract=1888622><http://stlr.stanford.edu/pdf/bridy-coding-creativity.pdf>.
- . 2016. "The Evolution of Authorship: Work Made by Code." *Columbia Journal of Law & Arts* 39: 395–401.
- BRYSON, JOANNA J., MIHAILIS E. DIAMANTIS, & THOMAS D. GRANT. 2017. "Of, for, and by the People: The Legal Lacuna of Synthetic Persons." *Artificial Intelligence and Law* 25 (3): 273–91. <https://doi.org/10.1007/s10506-017-9214-9>.
- 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. <http://www.nytimes.com/books/99/07/04/specials/>.
- 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.
- CAMPBELL, TOM D. 1990. "The Right to Private Property (Review)." *Journal of Law and Society* 17 (2): 263–67. <https://doi.org/10.2307/1410091>.
- CANOTILHO, JOAQUIM JOSÉ GOMES. 2003. *Direito Constitucional e Teoria Da Constituição*. 7 ed. Almedina.
- . 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.
- CAUPERS, JOÃO. 2008. “O Domínio Público.” *Themis* 9 (15): 109–16.
- CHANDER, ANUPAM, & MADHAVI SUNDER. 2004. “The Romance of the Public Domain.” *California Law Review*. <https://doi.org/10.2307/3481419>.
- CHRISTINA RHEE. 1998. “Urantia Foundation v. Maaherra.” *Berkeley Technology Law Journal* 13 (1): 69–81.
- 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. https://doi.org/10.1007/978-3-030-30241-2_24.
- CLIFFORD, RALPH. 1997. “Intellectual Property in the Era of the Creative Computer Program.” *Tulane Law Review* 71: 1675–1703.
- . 2018. “Creativity Revisted.” *IDEA* 59 (1): 25–39.
- 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. <https://doi.org/10.4337/9781786439055.00032>.
- COMISSÃO EUROPEIA. 2020. “Livro Branco Sobre a Inteligência Artificial - Uma Abordagem Europeia Virada Para a Excelência e a Confiança.” *COM(2020) 65 Final*. <https://op.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/ac957f13-53c6-11ea-aece-01aa75ed71a1>.
- CONTU. 1978. “Final Report on the National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works.” Washington. <http://tech-insider.org/intellectual->

- property/research/acrobat/780731.pdf.
- CRAGLIA, MAX. 2018. “Artificial Intelligence - A European Perspective.” Luxembourg: Publications Office of the European Union. <https://doi.org/10.2760/11251>.
- DANBURY, RICHARD. 2016. “Is an EU Publishers’ Right a Good Idea?” Cambridge. https://www.civil.law.cam.ac.uk/sites/www.law.cam.ac.uk/files/images/www.civil.law.cam.ac.uk/documents/copyright_and_news/danbury_publishers_right_report.pdf.
- DEE, CELINE MELANIE. 2018. “Examining Copyright Protection of AI-Generated Art.” *Delphi - Interdisciplinary Review of Emerging Technologies* 1 (1): 31–37. <https://doi.org/10.21552/delphi/2018/1/11>.
- DENICOLA, ROBERT C. 2016. “Ex Machina: Copyright Protection for Computer Generated Works.” *Rutgers University Law Review* 69: 251–87. <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/rutlr69&id=261&div=9&collection=journals>.
- 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>.
- . 2001a. *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnológica. Stvdia Ivridica*. Vol. 55. Coimbra: Coimbra Editora.
- . 2001b. “Patentes De Software: Sobre a Patenteabilidade Dos Programas de Computador.” In *Direito Industrial*, edited by APDI, I:385–429. Coimbra: Almedina.
- . 2002. “Arte, Tecnologia e Propriedade Intelectual.” *Revista Da Ordem Dos Advogados* Ano 62 (II): 467–85.
- . 2005. “Direito de Autor, Liberdade Electrónica e Compensação Equitativa.” *Boletim Da Faculdade de Direito* 81: 441–509.
- . 2008. *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*. Coimbra: Almedina.
- . 2011a. “Licenças de Bens Informáticos (Software e Bases de Dados).” *Revista Da ABPI* 250 (110): 23–32.

- . 2011b. “Pirataria e Cópia Privada.” In *Direito Da Sociedade Da Informação*, Vol. IX, 125–38. Coimbra: Coimbra Editora.
- . 2012. “Arquivos e Bibliotecas Digitais: Os Direitos Autorais e a Sentença Google.” *Revista Eletrônica Do INPI*, no. 7: 337–56.
- . 2019a. “A Modernização Do Direito de Autor Na União Europeia.” In *Direito Da Propriedade Intelectual & Novas Tecnologias*, Vol. I, 39–57. Coimbra: Gestlegal.
- . 2019b. “A Proteção Jurídica de Software Executados Por Robots (e Obras Geradas Por I.A.)” In *Direito Da Propriedade Intelectual & Novas Tecnologias*, Vol. I, 25–37. Coimbra: Gestlegal.
- . 2019c. “Fair Use e Direitos de Autor (Entre a Regra e a Exceção).” In *Direito Da Propriedade Intelectual & 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). <https://doi.org/10.3390/FI12050085>.
- 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. <https://doi.org/10.18601/16571959.n22.06>.
- DICKENSON, JULIA, ALEX MORGAN, & BIRGIT CLARK. 2017. “Creative Machines: Ownership of Copyright in Content Created by Artificial Intelligence Applications.” *European Intellectual Property Review* 39 (8): 457–60.
- DRUMMOND, VICTOR GAMEIRO, & RENATO CEZAR DE ALMEIDA LOURA. 2018. “O Marco Jurídico Do Direito de Autor Em Portugal: A Doutrina Da Propriedade Literária Sob a Ótica de Almeida Garrett e Alexandre Herculano.” *Revista de Direito Da Faculdade Guanambi* 5 (01): 74–93. <https://doi.org/10.29293/rdfg.v5i01.223>.
- DUSOLLIER, SÉVERINE. 2010. “Scoping Study on Copyright and the Related Rights Ant the Public Domain,” no. August.
- . 2015. “Inclusivity in Intellectual Property.” *Intellectual Property and General Legal Principles: Is IP a Lex Specialis?*, no. January 2015: 101–18. <https://doi.org/10.4337/9781784714956.00011>.

- DWORKIN, GERALD. 2013. "Defining Paternalism." In *Paternalism: Theory and Practice*, edited by Christian Coons and Michael Weber, 25–38. Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9781139179003.002>.
- EPSTEIN, RICHARD A. 2010. "The Disintegration of Intellectual Property? A Classical Liberal Response to a Premature Obituary." *Stanford Law Review* 62 (2): 455–521. <https://doi.org/10.2139/ssrn.1236273>.
- ERICKSON, KRISTOFER. 2016. "Defining the Public Domain in Economic Terms - Approaches and Consequences for Policy." *Etikk i Praksis* 10 (1): 61–74. <https://doi.org/10.5324/eip.v10i1.1951>.
- ERICKSON, KRISTOFER, PAUL HEALD, FABIAN HOMBERG, MARTIN KRETSCHMER, & DINUSHA MENDIS. 2015. *Copyright and the Value of the Public Domain*. 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. <https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/european-data->.
- FAGGELLA, DANIEL. 2018. "What Is Artificial Intelligence? An Informed Definition." EMERJ. December 21, 2018. <https://emerj.com/ai-glossary-terms/what-is-artificial-intelligence-an-informed-definition/>.
- FEINBERG, JOEL. 1971. "Legal Paternalism." *Canadian Journal of Philosophy* 1 (1): 105–24. <https://doi.org/10.1080/00455091.1971.10716012>.
- 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, MILICA MISOJCIC, JULIEN CHICOT, ALBERTO DOMINI, GABRIELA BODEA, KRISTINA KARANIKOLOVA, ALFRED RADAUER, ANNA GKOGKA, & MARÍA DEL CARMEN CALATRAVA MORENO. 2018. "Study in Support of the Evaluation of Directive 96/9/EC on the Legal Protection of Databases." Luxembourg. <https://doi.org/10.2759/04895>.
- FISHER, WILLIAM. 2001. "Theories of Intellectual Property." *New Essays in the Legal and*

- Political Theory of Property*, 168–99.
<http://www.law.harvard.edu/faculty/tfisher/iptheory.html>.
- . 2015. “CopyrightX: Lecture 2.2, Fairness and Personality Theories: Fairness.” January 16, 2015. <https://www.youtube.com/watch?v=HYJuhPf9s5k>.
- . 2016. “Recalibrating Originality.” *Houston Law Review* 54 (2): 243–58. <https://doi.org/10.3366/ajicl.2011.0005>.
- . 2017. “Comparing Alternative Solutions to the Public-Goods Problem.” Berkman Klein Center. November 2017. <https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/IP/Solutions.html>.
- FRAGOSO, JOÃO H. DA ROCHA. 2009. *Direito Autoral – Da Antiguidade à Internet*. São Paulo: Quartier Latin.
- GEIGER, CHRISTOPHE, OLEKSANDR BULAYENKO, & GIANCARLO FROSIO. 2016. “Opinion of the Ceipi on the European Commission’s Copyright Reform Proposal.” 2016–01. CEIPI Research Paper. Strasbourg.
- GEIGER, CHRISTOPHE, & ELENA IZYUMENKO. 2018. “Intellectual Property before the European Court of Human Rights.” 2018–01. CEIPI Studies Research Paper. Strasbourg. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3116752.
- GINSBURG, JANE C. 1990. “Creation and Commercial Value: Copyright Protection of Works of Information.” *Law Review*. Vol. 90. <https://www.jstor.org/stable/1122769?seq=1&cid=pdf->.
- . 2002. “Essay - How Copyright Got a Bad Name For Itself.” *Columbia Journal of Law & Arts* 26 (1): 61 e ss. <https://doi.org/10.2139/ssrn.342182>.
- . 2003. “The Concept of Authorship in Comparative Copyright Law.” *DePaul L. Rev* 52 (4): 1063–92. <http://via.library.depaul.edu/law-review%0Ahttp://via.library.depaul.edu/law-review/vol52/iss4/3>.
- . 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. <https://doi.org/10.1017/S0008197306007252>.
- . 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. <https://doi.org/10.1007/s40319-018-0670-x>.
- GINSBURG, JANE C, & LUKE ALI BUDIARDJO. 2019. “Authors and Machines.” *Berkeley Technology Law Journal* 34: 342–456. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3233885>.
- GOLDSMITH, JACK L. 1999. “Against Cyberanarchy.” *University of Chicago Law Review* 65 (4): 1199. <https://doi.org/10.2307/1600262>.
- GOLDSTEIN, PAUL, & BERNT HUGENHOLTZ. 2019. *International Copyright: Principles, Law and Practice*. 4^a 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, & ERLAND LAVIK. 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.
- GPAN IA. 2019. “Orientações Éticas Para Uma IA de Confiança.” Bruxelas. <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d3988569-0434-11ea-8c1f-01aa75ed71a1/language-pt/format-PDF>.
- 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.
- GREEN, JENNIFER S. 2006. “Copyrights in Perpetuity: Peter Pan May Never Grow Up.” *Penn State Journal of Law & International Affairs* 24 (4): 841–63. <http://elibrary.law.psu.edu/psilr/vol24/iss4/18>.
- GRIMMELMANN, JAMES. 2016a. “Copyright for Literate Robots.” *Iowa Law Review* 101: 657–81. <http://scholarship.law.cornell.edu/facpub>.
- . 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. <https://perma.cc/9NLR-Z5MY>].
- GUADAMUZ, ANDRES. 2014. “Comparative Analysis of National Approaches on Voluntary

- Copyright Relinquishment.” *Committee on Development and Intellectual Property*. Geneva.
- . 2016. “The Monkey Selfie: Copyright Lessons for Originality in Photographs and Internet Jurisdiction.” *Internet Policy Review* 5 (1). <https://doi.org/10.14763/2016.1.398>.
- . 2017. “Do Androids Dream of Electric Copyright? Comparative Analysis of Originality in Artificial Intelligence Generated Works.” *Intellectual Property Quarterly* 2 (June). https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2981304.
- . 2019. “Robots Behaving Badly: Copyright Liability in the Age of Artificial Intelligence.” Curitiba: XIV Seminário Internacional - Propriedade Intelectual e Sociedade Informacional. https://www.youtube.com/watch?v=yY4ToIZ_iUQ.
- . 2020. “Can Someone Copyright Every Possible Melody?” TechnoLlama. 2020. <https://www.technollama.co.uk/can-someone-copyright-every-possible-melody>.
- 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. <https://doi.org/10.1093/jiplp/jpaa021>.
- HART, ROBERT J. 1993. “Author’s Own Intellectual Creation - Computer Generated Works.” *The Computer Law and Security Report* 9: 164–66. <https://doi.org/10.31392/iscs.2020.16.047>.
- 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. <https://ipkitten.blogspot.com/2019/11/feilin-v-baidu-beijing-internet-court.html>.
- . 2020. “Another Decision on AI-Generated Work in China: Is It a Work of Legal Entities? - The IPKat.” *The IPKat*. 2020. <https://ipkitten.blogspot.com/2020/01/another-decision-on-ai-generated-work.html>.

- 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.
- HILLANI, ALLAN M. 2018. *Na Urgência Da Catástrofe - Violência e Capitalismo*. Rio de Janeiro: Gramma.
- HIRTLE, PETER B. 2020. "Copyright Term and the Public Domain in the United States." Cornell University Library. <https://copyright.cornell.edu/publicdomain>.
- 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. <https://ssrn.com/abstract=2976428>.
- HUANG, HUI. 2009. "On Public Domain in Copyright Law." *Frontiers of Law in China* 4 (2): 178–95. <https://doi.org/10.1007/s11463-009-0011-6>.
- HUGENHOLTZ, BERNT. 2014. "Is Harmonization a Good Thing? The Case of the Copyright Acquis." In *The Europeanization of Intellectual Property Law*, 57–74. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199665105.003.0004>.
- . 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. <http://dare.uva.nl>.
- . 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/>.
- HUGHES, JUSTIN. 1988a. "The Philosophy of Intellectual Property (II. A Lockean Justification)." *Georgetown Law Journal* 77: 287 e ss.

- <https://cyber.harvard.edu/IPCoop/88hugh.html>.
- . 1988b. “The Philosophy of Intellectual Property (III. A Hegelian Justification).” *Georgetown Law Journal* 77: 330–50. <https://cyber.harvard.edu/IPCoop/88hugh2.html>.
- HUSOVEC, MARTIN, & JOÃO PEDRO QUINTAIS. 2020. “How to License Article 17? Exploring the Implementation Options for the New EU Rules on Content-Sharing Platforms.” *SSRN Electronic Journal*. <https://doi.org/10.1007/s40319-020-00931-0>.
- IGLESIAS, MARIA, SHARON SHAMUILIA, & AMANDA ANDERBERG. 2019. *Intellectual Property and Artificial Intelligence - A Literature Review*. Edited by Publications Office of the European Union. Luxembourg: <https://doi.org/10.2760/2517>.
- IHALAINEN, JANI. 2018. “Computer Creativity: Artificial Intelligence and Copyright.” *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 13 (9): 724–28. <https://doi.org/10.1093/jiplp/jpy031>.
- 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. <http://infojustice.org/archives/42666>.
- JASZI, PETER. 1991. “Toward a Theory of Copyright: The Metamorphoses of ‘Authorship.’” *Duke Law Journal* 1991: 455–502. <https://doi.org/10.4324/9781315092621-3>.
- JOHNSON, DAVID R., & DAVID POST. 1996. “Law and Borders - The Rise of Law in Cyberspace.” *Stanford Law Review* 48 (5): 1367–1402. <https://doi.org/10.5210/fm.v1i1.468>.
- JOHNSON, ERIC. 2012. “Intellectual Property and the Incentive Fallacy.” *Florida State University Law Review* 39: 623–80. http://ericejohnson.com/papers/IP_and_the_Incentive_Fallacy/.
- JONES, MEG LETA. 2018. “Does Technology Drive Law? The Dilemma of Technological Exceptionalism in Cyberlaw.” *Journal of Law, Technology & Policy* 2018 (2): 249–84. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2981855>.
- 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. <https://www.communia-association.org/2017/01/06/proposed-publishers-right-attack-public-domain/>.
- 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). <https://www.tci-thaijo.org/index.php/AJLS>.
- KÖBIS, NILS, & LUCA D. MOSSINK. 2021. “Artificial Intelligence versus Maya Angelou: Experimental Evidence That People Cannot Differentiate AI-Generated from Human-Written Poetry.” *Computers in Human Behavior* 114 (January). <https://doi.org/10.1016/j.chb.2020.106553>.
- KORINEK, ANTON, & JOSEPH STIGLITZ. 2017. “Artificial Intelligence and Its Implications for Income Distribution and Unemployment.” *NBER Chapters*, 349–90. <https://doi.org/10.3386/w24174>.
- KRETSCHMER, MARTIN, SÉVERINE DUSOLLIER, CHRISTOPHE GEIGER, & BERNT HUGENHOLTZ. 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. <https://doi.org/10.5281/zenodo.56650>.
- KURZWEIL, RAYMOND. 1985. “What Is Artificial Intelligence Anyway?” *American Scientist* 73 (3): 258–64. https://doi.org/10.1007/978-1-4842-3799-1_1.
- LAMBERT, PAUL. 2017. “Computer Generated Works and Copyright: Selfies, Traps, Robots, AI and Machine Learning.” *European Intellectual Property Review* 39 (1): 12–20. <https://doi.org/10.31219/osf.io/3te85>.
- 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, & BRUNO HENRIQUE KONS FRANCO. 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, & LUKAS RUTHES GONÇALVES. 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., & RICHARD A POSNER. 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. <https://doi.org/10.2307/1191227>.
- . 2003. “Reimagining the Public Domain.” *Law and Contemporary Problems* 66 (12): 463–83. <http://www.law.duke.edu/journals/66LCPLange>.
- LAUBER-RÖNSBERG, ANNE, & SVEN HETMANK. 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. <https://doi.org/10.1093/jiplp/jpz061>.
- LEINER, BARRY M., & ET AL. 2009. “A Brief History of the Internet.” *ACM SIGCOMM Computer Communication Review* 39 (05): 22–31. <http://www.acm.org>.
- 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. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2587297>.
- . 2015b. “IP in a World Without Scarcity.” *NYU Law Review* 90: 460–515. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2413974>.
- LESSIG, LAWRENCE. 2004. *Cultura Livre: Como a Mídia Usa a Tecnologia e a Lei Para Barrar a Criação Cultural e Controlar a Criatividade*. Edited by Trad. Fábio Emilio Costa.
- . 2008. *Remix*. London: Bloomsbury. <https://textbookequity.org/Textbooks/Remix.pdf>.
- . 2013. “Re-Crafting a Public Domain.” *Yale Journal of Law & the Humanities* 18

- (3): 56–84. <https://digitalcommons.law.yale.edu/yjllh/vol18/iss3/4>.
- LITMAN, JESSICA D. 1990. “The Public Domain.” *Emory Law Journal* 39: 965–1023. <https://repository.law.umich.edu/articles/222> Follow this and additional works at: <https://repository.law.umich.edu/articles>.
- 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*. [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).
- LUCAS, FLORENCE. 2007. “La Vie Après La Mort: L’oeuvre Posthume et Sa Divulgation.” *Les Cahiers de Propriété Intellectuelle* 19 (3): 1049–68. http://www.senat.fr/evenement/victor_hugo2002/index.html.
- MACAULAY, THOMAS. 1841. “First Speech to the House of Commons on Copyright.” First Speech to the House of Commons on Copyright. February 6, 1841. <https://www.thepublicdomain.org/2014/07/24/macaulay-on-copyright/>.
- MACHLUP, FRITZ. 1958. “An Economic Review of the Patent System.” Washington. [https://cdn.mises.org/An Economic Review of the Patent System_Vol_3_3.pdf](https://cdn.mises.org/An%20Economic%20Review%20of%20the%20Patent%20System_Vol_3_3.pdf).
- MADRIGAL, ALEXIS. 2020. “The Hard Drive With 68 Billion Melodies.” *The Atlantic*. February 25, 2020. <https://www.theatlantic.com/technology/archive/2020/02/whats-the-point-of-writing-every-possible-melody/607120/>.
- 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*. 2^a ed. Coimbra: Almedina.
- MCCARTHY, JOHN, MARVIN L. MINSKY, NATHANIEL ROCHESTER, & CLAUDE E. SHANNON. 1955. “A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence.” Vol. August, 31. <http://jmc.stanford.edu/articles/dartmouth/dartmouth.pdf>.
- MCCUTCHEON, JANI. 2013a. “Curing the Authorless Void: Protecting Computer-Generated Works Following Ictv and Phone Directories.” *Melbourne University Law Review* 37

- (1): 46–102. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2308187>.
- . 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. <https://doi.org/10.1097/01.ccm.0000648308.42533.bd>.
- 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. <https://doi.org/10.4159/harvard.9780674061125>.
- MERGES, ROBERT P. 2004. “A New Dynamism in the Public Domain.” *University of Chicago Law Review*. Vol. 71. Winter.
- MICHAUX, BENOIT. 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?” *Law Review*. Vol. 106.
- MIRANDA, JORGE. 2006. “Notas Sobre Cultura , Constituição e Direitos Culturais.” *O Direito* 138 (IV): 1–25. <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Miranda-Jorge-Notas-sobre-cultura-Constituicao-e-direitos-culturais.pdf>.
- 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. <https://doi.org/10.4337/9781789902495.00022>.
- MOSSOFF, ADAM. 2012. “Saving Locke from Marx: The Labor Theory of Value in Intellectual Property Theory.” In *Natural Rights Individualism and Progressivism in American Political Philosophy*, edited by Ellen Frankel Paul, Jeffrey Paul, and Fred D. Miller Jr., 283–317. Cambridge: Cambridge University Press.

- <https://doi.org/10.1017/CBO9781139237116.011>.
- 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. [https://doi.org/10.1016/0097-8493\(95\)00026-9](https://doi.org/10.1016/0097-8493(95)00026-9).
- 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. <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2019/11/21/aippi-no-copyright-protection-for-ai-works-without-human-input-but-related-rights-remain/>.
- O'CONNELL, AISLINN. 2018. "Monkeys Do Not Have Standing under US Copyright Act." *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 13 (8): 605–7. <https://doi.org/10.1093/jiplp/jpy082>.
- OKEDIJI, RUTH L. 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. <https://doi.org/10.1007/978-981-13-2856-5>.
- OKEDIJI, RUTH LADE. 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.
- 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). <https://doi.org/10.1098/rsta.2018.0168>.

- . 2018b. “Vital, Sophia, and Co.-The Quest for the Legal Personhood of Robots.” *Information (Switzerland)* 9 (9): 230–40. <https://doi.org/10.3390/info9090230>.
- 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. <https://doi.org/10.3868/s050-004-015-0003-8>.
- 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. <https://doi.org/10.18060/17468>.
- PERRY, MARK, & THOMAS MARGONI. 2010. “From Music Tracks to Google Maps: Who Owns Computer-Generated Works?” *Computer Law and Security Review* 26 (6): 621–29. <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2010.09.005>.
- PEUKERT, ALEXANDER. 2017. “Intellectual Property and Development—Narratives and Their Empirical Validity.” *Journal of World Intellectual Property* 20 (1–2): 2–23. <https://doi.org/10.1111/jwip.12072>.
- POSNER, RICHARD A. 2002. “The Law & Economics of Intellectual Property.” *Daedalus* 131 (2): 5–12.
- QUADROS, FAUSTO. 2013. *Direito Da União Europeia*. 3^a 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. <https://doi.org/10.1007/s40319-014-0161-7>.
- . 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. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2987757>.
- . 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. <https://doi.org/10.1007/s40319-016-0540-3>.
- REBELLO, LUIZ FRANCISCO. 1973. “Visita Guiada Ao Mundo Do Direito de Autor.” *Revista*

- Da Ordem Dos Advogados*, 553–602. <https://portal.oa.pt/upl/%7B227a3648-fa87-44e8-bdd8-059def405212%7D.pdf>.
- 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.
- . 2008. “Propriedade Intelectual - Tendências Globais.” In *Propriedade Intelectual Nos Países de Língua Portuguesa: Temas e Perspectivas*, 17–53.
- . 2016. “Patentes de Programas de Computador de Sistemas Informáticos de Jogos Eletrônicos / Patentes de Métodos de Exercício de Atividades Econômicas?” *PIDCC* 10 (01): 1–46. <https://doi.org/10.16928/2316-8080.v10n1p001-046>.
- . 2017. “A Tutela Dos Direitos de Autor à Luz Da Era Digital No Ordenamento Jurídico Português.” *A Tutela Dos Direitos de Autor à Luz Da Era Digital No Ordenamento Jurídico Português* Año XVI (20): 197–229.
- REMÉDIO MARQUES, JOÃO PAULO, & MANUEL NOGUEIRA SERENS. 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.
- RENAULT, LOUIS. 1986. “Conferente in Berlin, 1908 - Report.” In *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works from 1886 to 1986*, 144–61. Geneva: International Bureau of Intellectual Property.
- RENDAS, TITO. 2018. “Copyright, Technology and the CJEU: An Empirical Study.” *IIC International Review of Intellectual Property and Competition Law* 49 (2): 153–84. <https://doi.org/10.1007/s40319-017-0664-0>.
- RENDAS, TITO, & NUNO SOUSA E SILVA. 2019. *Direito de Autor Nos Tribunais*. 2nd ed. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- RICKETSON, SAM. 1992. “People or Machines: The Berne Convention and the Changing Concept of Authorship.” *Columbia Journal of Law & Arts* 16 (1): 1–37. <https://doi.org/10.3868/s050-004-015-0003-8>.
- 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. <https://doi.org/10.1007/s40319-016-0495-4>.
- . 2017. “The Monkey Selfie Case and the Concept of Authorship: An EU Perspective.” *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 12 (12): 973–77. <https://doi.org/10.1093/jiplp/jpx199>.
- ROSE, MARK. 1988. “The Author as Proprietor: Donaldson v. Becket and the Genealogy of Modern Authorship.” *Representations* 23: 51–85. <https://doi.org/10.2307/2928566>.
- SÁ E MELLO, ALBERTO DE SÁ. 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. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3331606>.
- 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. <http://bohemia.cu/ciencia/2018/03/cientificos-logran-que-una-red-neuronal-dude-como->.
- SAMUELSON, PAMELA. 1986. “Allocating Ownership Rights in Computer-Generated Works.” *U. Pitt. Law Review* 47: 1185–1228.
- . 2003. “Mapping the Digital Public Domain: Threats and Opportunities.” *Law and Contemporary Problems* 66 (2001): 147–71. <http://www.xml.com/pub/a/2001/10/10/patents-web-future.html>.
- . 2006. “Enriching Discourse on Public Domains.” *Duke Law Journal* 55 (4): 783–834.
- . 2020. “Regulating Technology through Copyright Law: A Comparative Perspective.” *European Intellectual Property Review* 42 (4): 214–22.

- SCHAFFER, BURKHARD, DAVID KOMUVES, JESUS MANUEL NIEBLA ZATARAIN, & LAURENCE DIVER. 2015. "A Fourth Law of Robotics? Copyright and the Law and Ethics of Machine Co-Production." *Artificial Intelligence and Law* 23 (3): 217–40. <https://doi.org/10.1007/s10506-015-9169-7>.
- 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, & RITA MATULIONYTE. 2020. "Reconsidering Creativity: Copyright Protection for Works Generated Using Artificial Intelligence." *Journal of Intellectual Property Law and Practice* 15 (7): 536–43. <https://doi.org/10.1093/jiplp/jpaa062>.
- SHEMTOV, NOAM. 2019. "A Study on Inventorship in Inventions Involving AI Activity." [http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/3918F57B010A3540C125841900280653/\\$File/Concept_of_Inventorship_in_Inventions_involving_AI_Activity_en.pdf](http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/3918F57B010A3540C125841900280653/$File/Concept_of_Inventorship_in_Inventions_involving_AI_Activity_en.pdf).
- SHIGA, JOHN. 2016. "Copying Machines." *Transposition*, no. 6. <https://doi.org/10.4000/transposition.1569>.
- SHOYAMA, REX M. 2005. "Computer-Generated Works in Canadian Copyright Law." *Canadian Journal of Law and Technology* Vol.4 (No.2): 129–40.
- SILVA, NUNO SOUSA E. 2013. "Uma Introdução Ao Direito De Autor Europeu." *Revista Da Ordem Dos Advogados* IV: 1331–87.
- . 2016. "Direitos Conexos (Ao Direito de Autor)." *Revista Da Ordem Dos Advogados* Ano 76: 355–445.
- SOLUM, LAWRENCE B. 1992. "Legal Personhood for Artificial Intelligences." *N.C. L. Rev.* 70 (4): 4–5. <http://scholarship.law.unc.edu/nclr/vol70/iss4/4>.
- 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. <https://doi.org/10.5771/9783845254494>.
- SUVAPAN, JANYARAK, & METHAYA SIRICHIT. 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).
- TORREMANS, PAUL C. 2007. “Is Copyright a Human Right?” *Michigan State Law Review* 2007: 271--291. <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/mslr2007&id=277&div=13&collection=journals>.
- 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. <https://doi.org/10.1017/s0841820900003702>.
- VALENTE, MARIANA G. 2020. “Digital Technologies and Copyright: International Trends and Implications for Developing Countries.” 1. Digital Pathways at Oxford Paper Series. Oxford. <https://www.bsg.ox.ac.uk/research/research->.
- VICENTE, DARIO MOURA. 2006. “Direito de Autor e Medidas Tecnológicas de Proteção.” In *Direito Comparado Perspectivas Luso-Americanas - Vol. I*, 161–85. Coimbra: Almedina.
- . 2011. “O Equilíbrio de Interesses No Direito de Autor.” In *Direito Da Sociedade Da Informação*, v. IX, 249–75. Coimbra: Coimbra Editora.
- . 2012. “Economia Criativa e Equilíbrio de Interesses No Direito Autoral.” In *Direito Autoral & Economia Criativa*, edited by Marcos Wachowicz. Curitiba: GEDAI.
- . 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. 2011. *Por Que Mudar a Lei de Direito Autoral? Estudos e*

- Pareceres*. Florianópolis: Fundação Boiteux.
- . 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, & LUKAS RUTHES GONÇALVES. 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. <https://www.nytimes.com/2020/07/24/technology/global-antitrust-institute-google-amazon-qualcomm.html>.
- WILKOF, NEIL. 2014. “Theories of Intellectual Property: Is It Worth the Effort?” *Journal of Intellectual Property Law and Practice* 9 (4): 257. <https://doi.org/10.1093/jiplp/jpu018>.
- WIPO. 2008. *WIPO Intellectual Property Handbook*. Geneva.
- . 2019. “WIPO Technology Trends 2019: Artificial Intelligence.” Geneva. https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_1055.pdf.
- . 2020. *Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions*. 2^a. Geneva: WIPO. https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_933_2020.pdf.
- 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. https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/copyright/120/wipo_pub_120_1990_09.pdf.
- 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. <https://doi.org/10.2307/2738129>.
- . 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. <https://doi.org/10.1007/978-3-030-16800-1>.
- 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. <https://ssrn.com/abstract=2957722>.
- 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. <https://scholarship.law.tamu.edu/facscholar/1318>.
- 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. <https://doi.org/10.1080/13600869.2017.1275273>.