



IODA

INSTITUTO OBSERVATÓRIO
DO DIREITO AUTORAL

RIAPI

REDE IBERO-AMERICANA
DE PROPRIEDADE
INTELLECTUAL



GEDAI

RRDDIS

Revista **Rede** de Direito Digital, Intelectual & Sociedade

v. 3

n. 6

2023

ISSN 2763-7204

e-ISSN 2763-7220





Revista **Rede** **de Direito Digital,** **Intelectual & Sociedade**

Periodicidade semestral | julho/dezembro 2023

A RRDDIS foi criada com o propósito de divulgação da produção científica no âmbito da Ciência Jurídica, visando também a interdisciplinaridade com áreas afins que tratam das novas tecnologias na Sociedade Informacional. Tem como missão difundir a pesquisa e o conhecimento científico desenvolvido pela comunidade brasileira e internacional, formando uma rede de pesquisadores e especialistas.



IODA - INSTITUTO OBSERVATÓRIO DO DIREITO AUTORAL

R. XV de Novembro - n. 556 - cj 1308 - andar 13 - Cond. Lustoza

CEP: 80.020-310 - Curitiba - PR

Telefone: 55 (41) 99975-7250

E-mail: contato@ioda.org.br

<https://ioda.org.br/>

Capa e Ilustrações:

Marcelle Cortiano

Projeto gráfico e diagramação:

Sônia Maria Borba

Revisão:

Luciana Reusing, Pedro de Perdigão Lana, Bibiana Biscaia Virtuoso,
Alice de Perdigão Lana, Heloísa G. Medeiros, Marcelle Cortiano e Lukas Ruthes Gonçalves

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Bibliotecária: Maria Isabel Schiavon Kinasz, CRB9 / 626

R454 RRDDIS – Revista Rede de Direito Digital, Intelectual & Sociedade -

Curitiba: Instituto Observatório do Direito Autoral – IODA, 2022-

v.3, n.6, 2023 (jul./dez. 2023)

Semestral

ISSN: 2763-7204 (versão impressa)

e-ISSN 2763-7220 (versão eletrônica)

1. Propriedade intelectual – Periódicos. 2. Direito autoral – Periódicos. 3. Sociedade da informação - Periódicos.

CDD 346.048 (22.ed)

CDU 347.77

A RRDDIS permite a distribuição e reprodução gratuita total ou parcial adotando a Licença Creative Commons — Atribuição 4.0 Brasil — CC BY 4.0 BR, que permite o compartilhamento do trabalho com reconhecimento da autoria e da publicação.

Creative Commons 4.0

(CC BY 4.0)



EDITOR

Marcos Wachowicz – UFPR

EDITORES EXECUTIVOS

Sérgio Said Staut Jr. – UFPR

José Augusto Fontoura Costa – USP

ASSISTENTE EDITORIAL

MARCELLE CORTIANO

EDISON CAMPOS

CONSELHO EDITORIAL

Alexandre Libório Dias Pereira – Universidade de Coimbra/Portugal

Allan Rocha de Souza – UFRRJ/UFRJ

Angela Kretschmann – PUC-RS/UFPR

Antônio Carlos Morato – USP

Beatriz Bugallo – Universidad de La República/Uruguai

Carla Eugenia Caldas Barros – UFS

Carlos Affonso P. de Souza – ITS/Rio

Carlos Alberto Ferreyros Soto – Université de Montpellier/França

Carlos Maria Correa – University of Buenos Aires/Argentina

Claudia Sandei – Università Degli Studi di Padova/Itália

Dário Moura Vicente – Univ. Lisboa/Portugal

Francisco Humberto Cunha Filho – Unifor

Gonzalo Nazar de la Vega – Instituto Max Planck/Argentina

Guillermo Palao Moreno – Univ. Valência/Espanha

Heloísa Gomes Medeiros – UFMA/UEMA

Javier Freire Núñez – Universidad Central del Ecuador/Equador

João Paulo F. Remédio Marques – Univ. Coimbra/Port.

José Augusto Fontoura Costa – USP

José de Oliveira Ascensão – Univ. Lisboa/Portugal “(in memoriam)”

Karin Grau-Kuntz – IBPI/Alemanha

Letícia Canut – Centro Universitário Estácio

Liz Beatriz Sass – UFSC

Leandro J. L. R. de Mendonça – UFF

Luiz Gonzaga S. Adolfo – Unisc/Ulbra

Manuel David Masseno – Instituto Politécnico de Beja/Portugal
Márcia Carla Pereira Ribeiro – UFPR
Marcos Wachowicz – UFPR
Maria Sol Terlizzi – Universidad de Buenos Aires/Argentina
Pedro Henrique Batista – Instituto Max Planck/Alemanha
Pedro Marcos Nunes Barbosa – PUC/Rio
Reto Hilty - Max Planck/Alemanha
Rodrigo Moraes – UFBA
Rodrigo Otávio Cruz e Silva – UNOESC
Rodrigo Vieira Costa – UFERSA
Ryan Abbott – University of Surrey/Reino Unido
Sean Flynn - Universidade de Washington/EUA
Sergio Branco - ITS/Rio
Sérgio Said Staut Jr. – UFPR
Silmara Chinelato – USP
Thomas Hoeren - ITM/Alemanha
Valentina Delich – Flacso/Argentina
Victor Gameiro Drummond – UniFG/BA

CONSELHO DE REDAÇÃO

Alexandre Ricardo Pessler
Bibiana Biscaia Virtuoso
Guilherme Coutinho Silva
Lukas Ruthes Gonçalves
Marcelle Cortiano
Oscar Carlos Cidri Neto
Pedro de Perdigão Lana
Rangel Oliveira Trindade

PARECERISTAS

Dr. Alexandre Ricardo Pessler
Dra. Angela Kretschmann
Dr. Guilherme Coutinho Silva
Dra. Heloísa Gomes Medeiros
Dr. José Augusto Fontoura Costa
Dra. Karin Grau-Kuntz
Dr. Rodrigo Otávio Cruz e Silva
Dr. Rodrigo Vieira Costa

LINHA EDITORIAL (POLÍTICA EDITORIAL)

A **RRDDIS – Revista Rede de Direito Digital, Intelectual e Sociedade**, publica artigos de divulgação científica, estudos de caso e revisões bibliográficas referentes à área do Direito da Propriedade Intelectual, Direito Digital e Sociedade Informacional, assim como, eventualmente, resumos de pesquisas científicas premiadas, pareceres e arrazoados jurídicos de destaque no cenário jurídico, tradução de textos de domínio público e, ainda, resenhas de obras.

A publicação da **RRDDIS** tem periodicidade semestral, de acesso livre e irrestrito, direcionada aos pesquisadores, profissionais, acadêmicos, egressos e docentes da área do Direito, tendo o objetivo primordial fomentar a produção científica em Rede de especialistas, de grupos de pesquisadores e de docentes, com o intuito de provocar a atividade de pesquisa no corpo discente de pós-graduação, bem como socializar o conhecimento e retroalimentar as atividades de ensino, extensão e prática-profissional, mantendo o forte vínculo entre ensino-pesquisa-extensão-prática profissional.

A **RRDDIS** está aberta às mais diversas abordagens teóricas e metodológicas, inclusive a textos interdisciplinares, artigos e estudos nas diversas áreas, **dentro das seguintes linhas de pesquisa:**

- (i) Propriedade Intelectual, Inovação e Conhecimento;
- (ii) Direito Autoral, Direitos Fundamentais e Diversidade Cultural;
- (iii) Economia Criativa: Propriedade Intelectual e Desenvolvimento;
- (iv) Regime Internacional de Propriedade Intelectual: Tratados e Organizações Internacionais;
- (v) Sociedade da Informação: Democracia e Inclusão Tecnológica;
- (vi) Direitos das Novas Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC's), e;
- (vii) Propriedade Intelectual e Direito Concorrencial.

A **RRDDIS** foi criada com o propósito de divulgação científica no âmbito da Ciência Jurídica, visando também a interdisciplinaridade com áreas afins que tratam das novas tecnologias na Sociedade Informacional. Tem como missão difundir a pesquisa e conhecimento científico desenvolvido pela comunidade brasileira e internacional.

Os artigos publicados são originais e inéditos de lavra de seus autores, os quais podem não necessariamente expressar as opiniões da **RRDDIS** e/ou de seus responsáveis, sendo reservado ao Conselho Editorial o direito de arbitrar como refere e/ou de solicitar parecer de pesquisadores externos para esse julgamento. A revista adota a avaliação duplo-cega (*double-blind peer review*), é coordenada por um membro do Corpo Editorial Científico da área de submissão do artigo, e consiste na interação entre os autores e dois pareceristas especialistas que, ao avaliar os trabalhos, fazem comentários e oferecem sugestões de melhoria.

SUMÁRIO

EDITORIAL.....	11
-----------------------	-----------

Marcos Wachowicz

PARTE I

DIREITO AUTORAL E SOCIEDADE INFORMACIONAL

DIREITOS AUTORAIS & MACHINE LEARNING: A LIBERDADE DE PROSPEÇÃO DE TEXTOS E DADOS	19
---	-----------

*Copyright and Machine Learning:
The Freedom of Text and Data Mining*

Alexandre Libório Dias Pereira

DIREITO AUTORAL & INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA ÀS PRODUÇÕES ARTÍSTICAS, CIENTÍFICAS E CULTURAIS CRIADAS POR FERRAMENTAS DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL	39
--	-----------

*Copyright Law & Artificial Intelligence: Application of Brazilian Legislation to Artistic, Scientific,
and Cultural Works Created by Artificial Intelligence Systems*

Maria Cristina Angelim Barboza

Renato Kim Barbosa

Isabella Cristina Pereira

PROTEÇÃO AUTORAL DAS OBRAS DE DESIGN NA UNIÃO EUROPEIA APÓS O ACÓRDÃO COFEMEL	71
--	-----------

Copyright Protection of Design Works in the European Union After the Cofemel Ruling

Maria Victória Rocha

PARTE II

AS NOVAS FRONTEIRAS DOS DIREITOS INTELECTUAIS

PROMPTS DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL GENERATIVA Y SU POSIBLE PROTECCIÓN POR LA PROPIEDAD INTELECTUAL	125
--	------------

Prompts of Generative Artificial Intelligence and its possible protection by intellectual property

Beatriz Bugallo Montaña

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E DIVERSIDADE: VIESES ALGORÍTMICOS, SOBERANIA DE DADOS E PERSPECTIVAS PARA A PROMOÇÃO E PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL BRASILEIRO	165
---	------------

*Artificial Intelligence and Diversity: Algorithmic Biases, Data Sovereignty, and Perspectives
for the Promotion and Protection of Brazilian Cultural Heritage*

Maria Helena Japiassu Marinho de Macedo

Marcos Wachowicz

PARTE III
INOVAÇÃO, DIREITO DIGITAL E TECNOLOGIA

**NEURODERECHOS EN CHILE, ENTENDIDO COMO
EL DERECHO A SEGUIR SIENDO HUMANOS..... 189**

Neurorights in Chile, understood as the right to remain human

Marcelo E. Huerta Miranda

Alejandro Castaño Bedoya

**FALHAS DA REGULAMENTAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO COMBATE À
DISCRIMINAÇÃO ALGORÍTMICA REALIZADA PELO RECONHECIMENTO FACIAL243**

*Failures of artificial intelligence regulation in the fight against algorithmic
discrimination carried out by facial recognition*

Amanda Louise Negri

Luís Alexandre Carta Winter

PARTE IV
ESTUDOS DE CASO, JURISPRUDÊNCIA E LEGISLAÇÃO

**GESTIÓN COLECTIVA DEL DERECHO DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS:
MEJORES PRÁCTICAS PARA SUPERVISAR LA GESTIÓN COLECTIVA269**

*Collective Management of Copyright and Related Rights:
Best Practices for Supervising Collective Management*

Vanisa Santiago

**JURISPRUDÊNCIA EUROPÉIA - ANOTAÇÕES SOBRE A COMPETÊNCIA DOS
TRIBUNAIS EM CASOS DE VIOLAÇÃO DE MARCA ONLINE POR PUBLICIDADE
EM BUSCADORES: DECISÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO CASO C-104/22285**

*EU Case Law – Notes on the Jurisdiction of Courts in Online Trademark Infringement Cases
Involving Search Engine Advertising: Decision of the Court of Justice in Case C-104/22*

Rodrigo Otávio Cruz e Silva

PARTE V
RESENHAS E OUTROS ESTUDOS

**RESENHA DA OBRA: DIREITO AUTORAL E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL. AUTORIA E
TITULARIDADE NOS PRODUTOS DA IA309**

Copyright and Artificial Intelligence: Authorship and Ownership in AI Products

Luciana Reusing

REGRAS DE SUBMISSÃO E DIRETRIZES PARA AUTORES317

EDITORIAL

Comemorando seu terceiro ano de publicação, a Revista Rede de Direito Digital, Intelectual & Sociedade (RRDDIS) se consolida cada vez mais como uma ferramenta essencial para o registro e a difusão do pensamento jurídico e interdisciplinar. Focada na Sociedade Informacional, nas novas tecnologias e na propriedade intelectual, a revista continua a cumprir sua missão de divulgar a pesquisa e a produção científica das comunidades brasileira e internacional, formando uma rede de pesquisadores e especialistas com objetivos em comum.

Este sucesso é compartilhado com o Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial (GEDAI), vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (PPGD-UFPR). Esse impulso é também apoiado pelo Instituto Observatório do Direito Autoral (IODA), uma associação científica sem fins lucrativos inserida na área do Direito da Propriedade Intelectual no Brasil, com o suporte internacional da Rede Iberoamericana de Propriedade Intelectual (RIAPI).

A partir deste fascículo, a RRDDIS passa a constar formalmente no rol de publicações da Biblioteca Digital de Periódicos da Universidade Federal do Paraná (BDP-UFPR), reforçando seu vínculo acadêmico com a UFPR e solidificando sua institucionalização. Paralelamente, a revista reafirma seu compromisso com a excelência, priorizando a exogenia e a internacionalização ao reunir artigos e trabalhos de instituições do Brasil e do exterior.

O primeiro artigo desta edição é sobre “Direitos Autorais & *Machine Learning*: A Liberdade de Prospecção de Textos e Dados”, de **Alexandre**

Libório Dias Pereira, discute a introdução de uma nova exceção no direito autoral para a prospeção de textos e dados com fins de investigação científica, aplicada a organismos de pesquisa e entidades culturais. Esta exceção é mandatória e não permite cláusulas contrárias ou proteções técnicas que a impeçam. Além disso, há uma exceção supletiva para outros fins, incluindo programas de computador. O artigo analisa as implicações do novo regime de direitos autorais da União Europeia sobre a inovação em inteligência artificial, questionando se ele amplia ou restringe a liberdade de inovação neste campo.

O segundo artigo “Direito Autoral & Inteligência Artificial: Aplicação da Legislação Brasileira às Produções Artísticas, Científicas e Culturais Criadas por Ferramentas de Inteligência Artificial” de **Maria Cristina Angelim Barboza, Renato Kim Barbosa e Isabella Cristina Pereira**, examina como a legislação brasileira se aplica às obras artísticas, científicas e culturais geradas por sistemas de inteligência artificial. A discussão aborda os desafios legais e as implicações para a proteção dos direitos autorais, considerando o crescente uso de IA na criação de conteúdo e a necessidade de atualização das normas jurídicas para acompanhar as inovações tecnológicas.

O artigo “Proteção Autoral das Obras de Design na União Europeia Após o Acórdão Cofemel” de **Maria Victória Rocha**, analisa as implicações do acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia no caso Cofemel para a proteção de obras de design. O estudo esclarece que, na UE, nem todas as obras de arte aplicada, desenhos, modelos ou obras de design podem receber proteção cumulativa pelo direito de autor, sendo necessário que sejam qualificadas como “obras”. Além disso, o acórdão harmoniza o conceito de “obra” na União Europeia, estabelecendo a originalidade como critério fundamental para a proteção autoral, sem a exigência de requisitos adicionais para obras de arte aplicada, desenhos ou modelos, ou obras de design.

Na segunda parte da RRDDIS, abordamos as novas fronteiras dos direitos intelectuais, examinando de forma aprofundada os desafios e oportunidades que emergem no cenário global contemporâneo.

Assim, inauguramos com o artigo sobre *“Prompts de la Inteligencia Artificial Generativa y su posible protección por la Propiedad Intelectual”* de **Beatriz Bugallo Montaña** explora a possibilidade de proteção dos prompts utilizados em sistemas de Inteligência Artificial Generativa (IAG) pelo Direito de Propriedade Intelectual. Os prompts, textos literários inseridos como inputs nos aplicativos de IAG, resultam em diversas criações, como obras literárias, visuais e audiovisuais. Dada a sua crescente importância, o estudo investiga se esses prompts podem ser protegidos como expressões literárias sob o Direito Autoral ou até mesmo como expressões marcárias, considerando sua originalidade e funcionalidade.

Na sequência temos o artigo *“Inteligência Artificial e Diversidade: Vieses Algorítmicos, Soberania de Dados e Perspectivas para a Promoção e Proteção do Patrimônio Cultural Brasileiro,”* de autoria de **Maria Helena Japiassu Marinho de Macedo** e **Marcos Wachowicz**, examina a interseção entre direitos culturais e inteligência artificial (IA) no Brasil, com ênfase na diversidade. Partindo da premissa de que a IA influencia as relações sociais contemporâneas de diversas maneiras, o estudo apresenta elementos conceituais da IA, contextualiza seu uso no Brasil e identifica os direitos culturais protegidos pela Constituição Federal brasileira.

Na terceira parte da RRDDIS, abordamos temas sobre a Inovação, Direito Digital e Tecnologia, com o artigo *“Neuroderechos en Chile, entendido como el derecho a seguir siendo humanos,”* de **Marcelo E. Huerta Miranda** e **Alejandro Castaño Bedoya**, oferece uma revisão crítica sobre a introdução dos neurodireitos na reforma da Constituição chilena. A pesquisa argumenta que a conceptualização desses direitos deve considerar a lógica normativa dos novos direitos humanos de terceira geração, surgidos com a evolução das tecnologias e suas implicações na preservação da essência humana. O estudo analisa o contexto normativo e as implicações da futura legislação sobre neurodireitos no Chile.

O artigo de **Amanda Louise Negri** e **Luís Alexandre Carta Winter** examina as limitações da regulamentação da tecnologia de reconhecimento facial na prevenção da discriminação algorítmica. A pesquisa destaca que, apesar dos esforços regulatórios na Europa e das iniciativas de regulamentação da IA no Brasil, a tecnologia ainda exhibe vieses demo-

gráficos significativos. O estudo analisa se os projetos legislativos brasileiros, como o Anteprojeto da LGPD penal e o Marco Legal da Inteligência Artificial, são eficazes no enfrentamento dessas disparidades, utilizando um método dedutivo para avaliar a capacidade dessas propostas em mitigar a discriminação algorítmica.

Na terceira parte da Revista Rede de Direito Digital, Intelectual & Sociedade (RRDDIS), intitulada “Estudos de Caso, Jurisprudência e Legislação”, oferecemos uma análise aprofundada de como as questões jurídicas contemporâneas são abordadas em diferentes contextos legais. Esta seção proporciona uma visão crítica sobre a aplicação prática da legislação e das decisões judiciais, examinando casos emblemáticos e suas implicações para o campo dos direitos digitais e da propriedade intelectual. Através de estudos de caso e análises jurisprudenciais, buscamos iluminar as tendências atuais, os desafios emergentes e as evoluções legislativas que moldam o panorama jurídico global e nacional.

O artigo “*Gestión Colectiva del Derecho de Autor y los Derechos Conexos: Mejores Prácticas para Supervisar la Gestión Colectiva*”, de **Vanisa Santiago**, examina as melhores práticas para a supervisão da gestão coletiva de direitos autorais e direitos conexos. O estudo enfoca a importância de garantir a transparência e a eficiência na administração dos direitos por organizações coletivas, abordando a necessidade de uma supervisão eficaz para proteger os interesses dos titulares de direitos e promover uma gestão justa e equitativa. A análise destaca diretrizes e estratégias para aprimorar a supervisão e garantir o cumprimento das normas internacionais e locais nesse campo.

O artigo “Jurisprudência Europeia – Anotações sobre a Competência dos Tribunais em Casos de Violação de Marca Online por Publicidade em Buscadores: Decisão do Tribunal de Justiça no Caso C-104/22”, de **Rodrigo Otávio Cruz e Silva**, analisa a sentença do Tribunal de Justiça da União Europeia proferida em 27 de abril de 2023. O estudo discute a interpretação do Regulamento (UE) 2017/1001 sobre a marca da União Europeia à luz do caso C-104/22, originado de uma petição de decisão prejudicial do Tribunal de Comércio da Finlândia. O artigo explora as implicações desta decisão para a competência jurisdicional em casos de infração de marca online envolvendo publicidade em motores de busca.

A quarta parte da revista RRDDIS, intitulada “Resenhas e Outros Estudos”, apresenta uma seleção criteriosa de análises críticas e discussões aprofundadas sobre obras recentes e temas emergentes no campo do direito digital, propriedade intelectual e sociedade informacional. Esta seção é dedicada a resenhas de livros, artigos e estudos que trazem contribuições significativas para o debate acadêmico e profissional, promovendo uma reflexão crítica e inovadora sobre as novas fronteiras e desafios do direito na era digital. Além disso, outros estudos complementam a seção, proporcionando uma visão abrangente e multifacetada das questões contemporâneas que impactam a sociedade e o direito.

A obra “Direito Autoral e Inteligência Artificial: Autoria e Titularidade nos Produtos da IA” de Luca Schirru, baseada em sua pesquisa de doutorado na Universidade Federal do Rio de Janeiro, é resenhada por **Luciana Reusing**. Publicada em 2023 pela Editora Dialética, a obra aborda de maneira inovadora a interseção entre o direito autoral e as tecnologias de inteligência artificial (IA).

A profundidade e a pluralidade dos trabalhos aqui publicados, selecionados com rigor, reafirmam o **compromisso da Revista Rede de Direito Digital, Intelectual e Sociedade (RRDDIS) em atuar com excelência no campo da pesquisa científica interdisciplinar.**

Nosso objetivo é perpetuar e enriquecer o debate, ampliando o interesse da academia e da sociedade nas temáticas da Sociedade Informacional, das novas tecnologias e da propriedade intelectual.

A RRDDIS busca ser um ponto de convergência para pesquisadores, profissionais e estudantes, incentivando a produção de conhecimento inovador e relevante.

Com a publicação destes estudos, esperamos promover um diálogo contínuo e construtivo, que contribua para o avanço científico e para a compreensão dos desafios e oportunidades apresentados pela era digital.

A todos e todas, desejamos uma leitura proveitosa e inspiradora.

Marcos Wachowicz

RRDDIS



DIREITO AUTORAL E SOCIEDADE INFORMACIONAL

PARTE I

RRDDIS

DIREITOS AUTORAIS & MACHINE LEARNING: A LIBERDADE DE PROSPEÇÃO DE TEXTOS E DADOS¹

Copyright and Machine Learning: The Freedom of Text and Data Mining

Alexandre Libório Dias Pereira²

RESUMO:

O desenvolvimento da Inteligência Artificial justificou a introdução de uma nova exceção relativamente à prospeção de textos e dados para fins de investigação científica por parte de organismos de investigação e entidades responsáveis pelo património cultural. Esta exceção é imperativa, não admitindo cláusula em contrário nem proteção técnica que a impeça. Além desta exceção de interesse geral, é ainda prevista uma exceção de prospeção de textos e dados para outros fins, de natureza supletiva, e que se aplica também aos programas de computador. É discutível se o novo regime alarga ou, pelo contrário, se restringe a liberdade de inovação no domínio da Inteligência Artificial, não sendo certo de que modo o novo regime de direitos de autor na União Europeia, guiado pelo princípio do elevado nível de proteção da propriedade intelectual, contribuirá para o desenvolvimento da Inteligência Artificial baseado em “aprendizagem da máquina”.

Palavras-chave: Direitos de autor; prospeção de textos e dados; Inteligência Artificial; investigação científica; inovação tecnológica.

ABSTRACT:

The development of Artificial Intelligence justified the introduction of a new exception regarding text and data mining for purposes of scientific research by research organizations and entities responsible for cultural heritage. This exception is imperative, not admitting clauses to the contrary nor technical protection that hinders it. In addition to this exception of general interest, an exception is also foreseen for text and data mining for other purposes, which applies by default, and also to computer programs. It is doubtful whether the new regime extends or, on the contrary, restricts the freedom of innovation in the field of Artificial Intelligence, as it is far from clear how the new EU copyright rules, guided by the principle of a high level of intellectual property protection, will contribute to the development of Artificial Intelligence based upon Machine Learning.

Keywords: *Copyright; text and data mining; Artificial Intelligence; scientific research; technological innovation.*

¹ Texto de apoio à palestra ministrada na mesa sobre Inteligência Artificial e Novas Fronteiras da Propriedade Intelectual do XVII Congresso de Direito de Autor e Interesse Público organizado pelo Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial (GEDAI) da Universidade Federal do Paraná (UFPR) e que teve lugar em Curitiba, nos dias 6, 7 e 8 de novembro de 2023.

² Universidade de Coimbra, Professor Associado da Faculdade de Direito e Investigador do Instituto Jurídico.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO: UMA LEI DE DIREITOS DE AUTOR PARA A PROMOÇÃO DA APRENDIZAGEM DA MÁQUINA? **1. PROSPEÇÃO DE TEXTOS E DADOS PARA FINS DE INVESTIGAÇÃO CIENTÍFICA POR ORGANISMOS DE INVESTIGAÇÃO E INSTITUIÇÕES DO PATRIMÔNIO CULTURAL;** **2. PROSPEÇÃO DE TEXTOS E DADOS POR OUTRAS ENTIDADES E/OU PARA OUTROS FINS;** **3. A TRANSPOSIÇÃO EFETUADA PELO DECRETO-LEI 47/2023. CONCLUSÃO.**

INTRODUÇÃO: UMA LEI DE DIREITOS DE AUTOR PARA A PROMOÇÃO DA APRENDIZAGEM DA MÁQUINA?

A Inteligência Artificial (doravante, IA) foi identificada pela Comissão Europeia como um setor crítico para a Europa, considerando que o “aumento da capacidade computacional, a disponibilidade de dados e a evolução dos algoritmos fizeram da IA uma das tecnologias mais estratégicas do século XXI”³. Todavia, o desenvolvimento da IA enfrenta constrangimentos legais e incerteza jurídica, nomeadamente no que respeita à utilização pelos sistemas de IA de obras literárias e artísticas protegidas por direitos de autor, o mesmo valendo para os direitos conexos, os programas de computador e as bases de dados.

Do ponto de vista meramente técnico, os sistemas de IA reproduzem obras e outros conteúdos no processo de elaboração de novos conteúdos, sejam textos, sons e/ou imagens fixas ou animadas, e até software. No domínio das bases de dados, os sistemas de IA procedem à extração de dados da base. Estes atos de reprodução ou extração estão sujeitos a direitos de autor ou direitos especiais?

Ainda em fase de trabalhos preparatórios sobre a Diretiva 2019/790 sobre direitos de autor no mercado único digital⁴, a Comissão Europeia considerou muito útil para o desenvolvimento da IA a nova exceção ou

³ **Inteligência artificial para a Europa**, COM(2018) 237 final, Bruxelas, 25.4.2018, p. 3.

⁴ Diretiva (UE) 2019/790 do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de abril de 2019 relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital e que altera as Diretivas 96/9/CE e 2001/29/CE.

limitação obrigatória para a utilização de tecnologias de prospeção de textos e dados no domínio da investigação científica⁵.

Mais tarde, já depois de aprovada a Diretiva, o Parlamento Europeu adotou uma resolução sobre direitos de propriedade intelectual para o desenvolvimento das tecnologias de inteligência artificial⁶, nos termos da qual será possível a proteção de obras geradas autonomamente por IA com “recurso a material protegido por direitos de autor, apenas se o titular dos direitos de autor tiver concedido autorização, a menos que se apliquem exceções ou limitações aos direitos de autor” (para. 15), em especial “a exceção relativa à prospeção de textos e dados prevista na diretiva relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital” (para. 17), recordando ainda “o dever ético da União de apoiar o desenvolvimento em todo o mundo, facilitando a cooperação transfronteiras em matéria de IA, nomeadamente através de limitações e exceções no que respeita à investigação transfronteiras e à pesquisa de textos e dados, conforme estabelece a Diretiva relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital”⁷.

⁵ Inteligência artificial para a Europa, *cit.*, p. 11. Sobre os trabalhos preparatórios sobre o tema, *vd.* Jean-Paul Triaille/Jérôme de Meeûs d’Argenteuil/Amélie de Francquenm, **Study on the legal framework of text and data mining (TDM)**, 2014; Christophe Geiger/Giancarlo Frosio/Oleksandr Bulayenko, «The Exception for Text and Data Mining (TDM) in the Proposed Directive on Copyright in the Digital Single Market - Legal Aspects», European Parliament, 2018.

⁶ Resolução do Parlamento Europeu, de 20 de outubro de 2020, sobre os direitos de propriedade intelectual para o desenvolvimento de tecnologias ligadas à inteligência artificial, para. 20. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0277_PT.html. Acesso: 20 out. 2023.

Esta resolução é uma entre várias resoluções do Parlamento Europeu sobre IA e surge em linha com a agenda da Comissão Europeia anunciada no seu Livro Branco sobre a inteligência artificial – Uma abordagem europeia virada para a excelência e a confiança, COM(2020) 65 final, Bruxelas, 19.2.2020. Mais recentemente, *vd.* Resolução do Parlamento Europeu, de 3 de maio de 2022, sobre a inteligência artificial na era digital, disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0140_PT.html. Acesso em 20 out. 2023.

⁷ A política de desenvolvimento da IA não poderá fazer tábua rasa dos direitos de autor, nem isentar os utilizadores de sistemas de IA relativamente a violações aos direitos de autor, atribuindo a responsabilidade ao Robot. Como referem MARTIN SENFLEBEN/LAURENS BUIJTELAAR, «Robot Creativity: An Incentive-Based Neighbouring Rights Approach», **European Intellectual Property Review**, Vol. 42/12 (2020), p. 797-812,

Assim, é na Diretiva 2019/790 que devemos procurar respostas para a questão de saber se e como servem atualmente os direitos de autor o desenvolvimento da IA, nomeadamente na chamada aprendizagem da máquina (*machine learning*). A primeira lei de direitos de autor⁸ intitulava-se justamente “An Act for the Encouragement of Learning”, ou seja, uma lei para a promoção da aprendizagem. Será este o tempo do copyright para a promoção da aprendizagem da máquina?

1 PROSPEÇÃO DE TEXTOS E DADOS PARA FINS DE INVESTIGAÇÃO CIENTÍFICA POR ORGANISMOS DE INVESTIGAÇÃO E INSTITUIÇÕES DO PATRIMÓNIO CULTURAL

A Diretiva 2019/790 introduz exceções ou limitações “obrigatórias” para usos de tecnologias de prospeção de texto e dados, ilustração para ensino no ambiente digital e para preservação do património cultural (cons. 5). Estas exceções somam-se às já previstas designadamente nas Diretivas 96/9, 2001/29 e 2009/24, mas agora são obrigatórias e não meramente facultativas. Considera-se que a nova exceção de prospeção de textos e dados desempenha um papel importante para o desenvolvimento da IA.

Para começar, a prospeção de textos e dados é considerada um novo tipo de utilização tornado possível pelas tecnologias digitais e ainda não previsto na legislação da UE (cons. 8). É a chamada análise computacio-

812: “Instead of seeing the grant of protection as a stimulus for stronger efforts to develop the full potential of creative AI machines, robot users may eschew the right holder status to escape liability for potential infringements”. Sobre esta questão, os deputados ao Parlamento Europeu (MEP) consideraram que a IA generativa (por exemplo, GPT) deve divulgar a fonte do conteúdo gerado, em particular concebendo o sistema por defeito para prevenir conteúdos ilegais. Vd. DRAFT Compromise Amendments on the Draft Report Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on harmonised rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union Legislative Acts (16/5/2023), disponíveis em <https://www.europarl.europa.eu/resources/library/media/20230516RES90302/20230516RES90302.pdf>. Acesso em 15 set. 2023.

⁸ THE BRITISH COPYRIGHT STATUTE OF ANNE (1710). Disponível em: <https://www.copyright-history.com/anne.html>. Acesso em 18 ago. 2023.

nal automatizada de informações em formato digital, como textos, sons, imagens ou dados. A prospeção de textos e dados é uma ferramenta muito valiosa para a investigação e a inovação, uma vez que processa grandes quantidades de informação com o objetivo de obter novos conhecimentos e descobrir novas tendências. Por prospeção de textos e dados entende-se “qualquer técnica de análise automática destinada à análise de textos e dados em formato digital, a fim de produzir informações, tais como padrões, tendências e correlações, entre outros”⁹.

Para superar a insegurança jurídica sobre o relevo jurídico-autoral da prospeção de textos e dados, a Diretiva estabelece que as universidades e outros organismos de investigação, bem como as instituições responsáveis pelo património cultural podem fazer prospeção de textos e de dados sem autorização dos titulares de direitos, por ex. quando os dados são normalizados nesse processo, mesmo que esses atos sejam protegidos por direitos autorais, direitos conexos, direitos especiais, como o direito *sui generis* do produtor de base de dados ou o novo direito do editor de publicações de imprensa no que diz respeito a utilizações em linha.¹⁰

⁹ Art. 2.º, n.º 2, da Diretiva 2019/790.

¹⁰ Os dados pessoais também suscitam preocupações sobre as utilizações de IA, que podem ser permitidas para fins de investigação científica de interesse geral ao abrigo do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados), JO L 119 de 4.5.2016, p. 1 – vd. artigos 9.º/2-j) (tratamento de categorias especiais de dados pessoais), 14.º/5-b) (informações a fornecer quando os dados pessoais não tenham sido obtidos junto do titular dos dados), 17.º/3-d) (direito ao apagamento - «direito a ser esquecido»), 21.º/6 (direito de oposição) e, em especial, 89.º (salvaguardas e derrogações relativas ao tratamento para fins de arquivo de interesse público, para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos); vd. também os considerandos 26, 33, 50 a 53, 62, 65, 113, 156 e 157 a 160, e o documento do PARLAMENTO EUROPEU, **How the General Data Protection Regulation changes the rules for scientific research** (EPRS Brussels 2019). No que diz respeito aos dados não pessoais, o princípio é que devem estar disponíveis gratuitamente em formatos abertos e legíveis por máquina para alimentar a aprendizagem automática e a IA. No considerando 9 do Regulamento (UE) 2018/1807 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de novembro de 2018, relativo a um quadro para o livre fluxo de dados não pessoais na União Europeia, JO L 303 de 28.11.2018, p. 59, lê-se que “A internet das coisas, a inteligência artificial e a aprendizagem automática, que estão em expansão, representam grandes fontes de dados não pessoais, por exemplo, em consequência da sua utilização em processos automa-

Esta exceção de prospeção de textos ou dados para fins de investigação científica aproveita apenas a organismos de investigação e instituições responsáveis pelo património cultural. Por “organismo de investigação” entende-se “uma universidade, incluindo as suas bibliotecas, um instituto de investigação ou qualquer outra entidade cujo principal objetivo seja a realização de investigação científica ou o exercício de atividades didáticas que envolvam igualmente a realização de investigação científica, sem fins lucrativos ou para reinvestir a totalidade dos lucros na investigação científica ou no quadro de uma missão de interesse público reconhecida por um Estado-Membro, de modo que o acesso aos resultados provenientes dessa investigação científica não possa beneficiar em condições preferenciais uma empresa que exerça uma influência decisiva sobre esse organismo”. Já por “instituição responsável pelo património cultural”, entende-se “uma biblioteca ou um museu acessíveis ao público, um arquivo ou uma instituição responsável pelo património cinematográfico ou sonoro”¹¹.

A exceção de prospeção de textos ou dados para fins de investigação científica prevalece sobre eventuais condições de assinatura de publicações ou de termos de licenças de acesso aberto que excluam a prospeção de textos e de dados (cons. 10). A exceção é limitada ao direito exclusivo de reprodução e ao direito de impedir a extração de base de dados, e é prevista a favor apenas de universidades e outros organismos de investigação, e instituições responsáveis pelo património cultural, embora seja extensível aos seus parceiros privados em atividades de investigação no âmbito de parcerias público-privadas (cons. 11). Todavia, esta exceção depende de os respetivos beneficiários terem “acesso legal” aos conte-

tizados de produção industrial. Exemplos concretos de dados não pessoais incluem conjuntos de dados agregados e anonimizados utilizados para a análise de grandes volumes de dados, os dados relativos à agricultura de precisão que podem ajudar a controlar e a otimizar a utilização de pesticidas e de água ou ainda dados sobre as necessidades de manutenção de máquinas industriais”. O mesmo princípio é válido relativamente à reutilização de informação do setor público, nos termos da Diretiva (UE) 2019/1024 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019, relativa aos dados abertos e à reutilização de informações do setor público, OJ L 172, 26.6.2019, p. 56–83.

¹¹ Art. 1.º, n.ºs 1 e 3, da Diretiva 2019/790, respetivamente.

údos protegidos, podendo tal acesso basear-se numa política de acesso aberto ou em acordos entre titulares de direitos e organismos de pesquisa ou instituições de património cultural (por ex., assinaturas), ou por outros meios legais, como, por ex., conteúdos livremente disponíveis em linha (cons. 14).

Assim, não carecem de autorização do titular de direitos as “reproduções e extrações efetuadas por organismos de investigação e por instituições responsáveis pelo património cultural para a realização de prospeção de textos e dados de obras ou outro material protegido a que tenham acesso legal para efeitos de investigação científica”¹².

A exceção de prospeção de textos de dados justifica o armazenamento de cópias para fins de investigação científica, incluindo para verificação subsequente dos resultados da investigação¹³, desde que o armazenamento seja feito em ambiente seguro. Fica a cada Estado-Membro decidir, após debate com as partes interessadas relevantes, sobre outras disposições específicas para a conservação das cópias, incluindo a possibilidade de nomear organismos de confiança para o efeito. Todavia, as condições de segurança não devem restringir indevidamente a aplicação da exceção, antes devendo ser proporcionadas e limitadas ao necessário para

¹² Art. 3.º, n.º 1, da Diretiva 2019/790,

¹³ Um direito acessório de digitalizar obras por bibliotecas de acesso público foi reconhecido pelo TJUE no acórdão *Eugen Ulmer*, C-117/13, ECLI:EU:C:2014:2196, para. 43, o qual adotou a doutrina dos direitos dos utilizadores, posteriormente confirmada no acórdão *Funke Medien* de 29 de julho de 2019, C-469/17, ECLI:EU:C:2019:623, para. 70 (“estas próprias exceções ou limitações comportam direitos em benefício dos utilizadores de obras ou outros materiais protegidos”), e no acórdão *Polónia c. Parlamento e Conselho*, de 26 de abril de 2022, C-401/19, ECLI:EU:C:2022:297, para. 88 (“garantir os direitos dos utilizadores”), e tal como defendera o Advogado-Geral HENRIK SAUGMANDSGAARD ØE nas *Conclusões* apresentadas em 15 de julho de 2021, ECLI:EU:C:2021:613 (“o legislador da União reconheceu expressamente direitos subjetivos em matéria de direitos de autor aos utilizadores dos serviços de partilha”). Defendendo a doutrina «users’ rights» no copyright norte-americano foi defendida por L. Ray Patterson e Stanley W. Lindberg, **The Nature of Copyright: A Law of Users’ Rights**, The University of Georgia Press Athens, 1991; em Portugal, Alexandre L. Dias Pereira, **Direitos de Autor e Liberdade de Informação**, Almedina, Coimbra, 2008, p. 649, Tito Rendas, “Are copyright-permitted uses ‘exceptions’, ‘limitations’ or ‘user rights’? The special case of Article 17 CDSM Directive”, **Journal of Intellectual Property Law & Practice** vol. 17 (2022), p. 54–64.

conservar as cópias de forma segura e impedir a utilização não autorizada. De igual modo, as condições de segurança não devem impedir outras utilizações para fins de investigação científica, como a revisão científica por pares e a investigação conjunta, que se consideram já abrangidas pela exceção ou limitação prevista no art. 5.º, n.º 3, alínea a), da Diretiva 2001/29/CE (cons. 5). De resto, esta exceção não prejudica as restantes exceções ou limitações aos direitos exclusivos. Deste modo, como se lê no preâmbulo, “(9) A prospeção de textos e dados pode ser igualmente realizada em relação aos factos em si ou aos dados que não estão protegidos por direitos de autor e, nesses casos, não é necessária qualquer autorização ao abrigo do direito em matéria de direitos de autor”, assim como não envolver atos de reprodução ou envolver reproduções abrangidas pela exceção obrigatória sobre os atos de reprodução temporária prevista no art. 5.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29/CE, “que deverá continuar a ser aplicada às técnicas de prospeção de textos e dados que não impliquem fazer cópias dos materiais para além do âmbito desta exceção” (cons. 9). Ou seja, o princípio é o de que a exceção de prospeção de textos e dados não deve ser interpretada *a contrario sensu* para alargar o objeto e o conteúdo do direito exclusivo, nem apertar o alcance das exceções e limitações já existentes.

Assim, as cópias de obras ou de outro material protegido efetuadas no âmbito da prospeção de textos e dados devem ser armazenadas com um nível de segurança adequado e podem ser conservadas para fins de investigação científica, incluindo para a verificação dos resultados da investigação, podendo os titulares de direitos aplicar medidas para assegurar a segurança e a integridade das redes e bases de dados em que as obras ou outro material protegido são acolhidos na medida do que for necessário para alcançar esse objetivo. Para o efeito, os Estados-Membros incentivarão os titulares de direitos, os organismos de investigação e as instituições responsáveis pelo património cultural a definir melhores práticas previamente acordadas¹⁴.

¹⁴ Art. 3.º, n.º 2, 3 e 4 da Diretiva 2019/790. O regime jurídico da segurança informática é estabelecido pela Lei n.º 46/2018, de 13 de agosto, que transpõe a Diretiva (UE) 2016/1148, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de julho de 2016, relativa a medidas destinadas a garantir um elevado nível comum de segurança das redes e dos sistemas de informação em toda a União Europeia, já revogada e substituída pela Di-

Será devida uma compensação equitativa pelas reproduções efetuadas pela prospeção de textos e dados para fins de investigação científica? Nos termos do preâmbulo, não se justifica compensar os titulares de direitos pelas utilizações permitidas pela nova exceção, uma vez que o dano potencial que sofrem é mínimo, tendo em conta que é limitada a entidades que realizam investigação científica (cons. 17).

2 PROSPEÇÃO DE TEXTOS E DADOS POR OUTRAS ENTIDADES E/OU PARA OUTROS FINS

Ao lado da exceção para fins de investigação científica por organismos de investigação e instituições do património cultural é prevista uma outra exceção de prospeção de textos e dados por outras entidades e/ou para outros fins. Como se lê no preâmbulo: “Para além da sua importância no contexto da investigação científica, as técnicas de prospeção de textos e dados são amplamente utilizadas, tanto pelas entidades públicas, como privadas para analisar grandes quantidades de dados em diferentes domínios da vida e para vários fins, nomeadamente para serviços públicos, decisões empresariais complexas e para o desenvolvimento de novas aplicações ou tecnologias.”¹⁵

Entende-se, todavia, que a prospeção de dados para estes outros fins e por outras entidades deve poder ser objeto de licenças por parte dos titulares de direitos, embora supletivamente não seja necessária autorização. Considera-se existir insegurança jurídica relativamente às reproduções e extrações efetuadas para efeitos de prospeção de textos e dados mesmo quando o acesso ao conteúdo seja legal, em especial no que respeita às condições da exceção de reprodução temporária prevista no art. 5.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29/CE.

Assim, a solução encontrada e que visa igualmente, além de proporcionar maior segurança jurídica, “incentivar a inovação também no

retiva (UE) 2022/2055 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de dezembro de 2022.

¹⁵ Considerando (18) da Diretiva 2019/790.

setor privado” (cons. 18) foi estabelecer uma exceção geral de reproduções e extrações de obras ou outro material protegido para fins de prospeção de textos e dados e de armazenamento de cópias durante o tempo necessário para esses fins. Esta exceção pressupõe também que o acesso ao conteúdo seja legal, “nomeadamente sempre que tenha sido disponibilizado em linha ao público e desde que os titulares dos direitos não tenham reservado, de forma adequada, o direito de efetuar reproduções e extrações para prospeção de textos e dados”¹⁶.

Os titulares de direitos podem reservar o direito de prospeção de dados mediante a utilização de meios de leitura ótica, incluindo metadados e condições gerais de um sítio Internet ou de um serviço, relativamente a conteúdos que tenham sido disponibilizados em linha ao público, ou por acordos contratuais ou por uma declaração unilateral nos restantes casos. Em qualquer caso, a exceção supletiva de prospeção de textos e dados não deve prejudicar a exceção prevista obrigatoriamente para fins de investigação científica, nem a exceção de reprodução temporária prevista no art. 5.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29/CE.

Em todo o caso, é necessário não esquecer que as reproduções realizadas no âmbito das atividades de prospeção de textos e dados para fins diferentes da investigação científica e/ou por outras entidades podem ter ‘valor económico distinto por si só’ e, portanto, não serem completamente estranhas aos direitos de autor, tendo em conta a amplitude das definições dos direitos de reprodução e de extração¹⁷.

Com efeito, não é fácil traçar a linha entre as reproduções transitórias ou incidentais, incluindo atos de browsing e de armazenamento

¹⁶ Considerando (18), para. 2, da Diretiva 2019/790.

¹⁷ No acórdão *Infopaq I*, o TJUE concluiu que um ato que ocorre durante um processo de recolha de dados, que consiste em armazenar um extrato de uma obra protegida composto por 11 palavras e imprimir esse extrato, sem destruir, em si mesmo, esse suporte, é suscetível de ser abrangido pelo conceito de reprodução parcial na aceção do artigo 2.º da Diretiva 2001/29: acórdão de 16 de julho de 2009, C-5/08, ECLI:EU:C:2009:465, paras. 53, 69-7. Além disso, no processo *British Horseracing*, o TJUE considerou que a Diretiva Base de Dados fornecia uma “definição ampla” do direito de extração, a fim de proteger o produtor contra atos suscetíveis de o privarem de receitas necessárias para financiar o investimento - acórdão de 9 de novembro de 2004, C-203/02, ECLI:EU:C:2004:695, n.º 51.

temporário (*caching*)¹⁸, e o que agora é abrangido pelas atividades de prospeção de textos e dados, como sucede com a coleta de dados de treinamento de IA na web e até que ponto será necessária uma nova exceção para efeito¹⁹.

A licitude das reproduções transitórias ou incidentais, nos termos do art. 5.º/1 da Diretiva 2001/29 é fundamental para permitir a transmissão eficiente numa rede entre terceiros por um intermediário, ou a utilização lícita de uma obra ou outro material, sendo que, em particular, os atos de reprodução em causa não devem ter “valor económico em si”.

Uma vez que a prospeção de textos e dados implica reproduções que, só por si, têm valor económico então não são excluídas do direito de reprodução. Os direitos de autor expandem-se em linha com a expansão do valor económico da atividade de prospeção de textos e dados e, portanto, ficam sujeitos à autorização do titular do direito ou à restrição legal do direito exclusivo.

Os titulares de direitos podem impedir a prospeção de textos e dados para outros fins que não a investigação científica. Apesar de supletiva, esta exceção geral de prospeção de textos e dados aplica-se igualmente aos programas de computador, cuja proteção jurídica já previa a liberdade de análise de programas como objeto de pesquisa científica ou de ensino, assim como a descompilação das interfaces do programa para fins de interoperabilidade com outros programas²⁰. Não obstante se sustentar que a prospeção de textos e dados deveria igualmente aplicar-se a programas de computador quando efetuada para fins de investigação científica²¹, a

¹⁸ Diretiva 2001/29, considerando (33).

¹⁹ Jan Bernd Nordemann, Jonathan Pukas, «Copyright exceptions for AI training data—will there be an international level playing field?», *JIPLP* 17/12 (2022), p. 973-4 (“time will tell whether perhaps a new exception provision under copyright law is needed for the web harvesting of AI training data in Europe”).

²⁰ Art. 15.º, n.º 3, e art. 6.º, respetivamente, da Diretiva n.º 91/250/CEE, do Conselho, de 14 de maio, relativa ao regime de proteção jurídica dos programas de computador, entretanto revogada e substituída pela Diretiva 2009/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de abril de 2009.

²¹ J. Griffiths/T. Synodinou/R. Xalabarder, **Comment of the European Copyright Society Addressing Selected Aspects of the Implementation of Articles 3 to 7 of Directive (EU) 2019/790 on Copyright in the Digital Single Market**, Europe-

verdade é que, quando efetuada para outros fins ou até por outras entidades que prossigam fins de investigação científica, mas não se enquadrem na noção de organismos de investigação, a análise de software mediante prospeção de textos e dados é agora apenas supletiva, já não imperativa. Com efeito, é estabelecida uma exceção aos direitos previstos no art. 5.º, alínea a), e 7.º, n.º 1, da Diretiva 96/9 (bases de dados), no art. 2.º Diretiva 2001/29 (direito de reprodução), no art. 4.º, n.º 1, alíneas a) e b), da Diretiva 2009/24 (programas de computador) e no art. 15.º, n.º 1, da diretiva mercado digital (direito do editor de publicações de imprensa), para as reproduções e as extrações de obras e de outro material protegido legalmente acessíveis para fins de prospeção de textos e dados, assim como para a conservação desses conteúdos enquanto for necessário para esses fins, ressalvando-se, todavia, que os titulares de direitos podem reservar expressamente essa utilização de forma adequada, em particular por meio de leitura ótica no caso de conteúdos disponibilizados ao público em linha, sem prejuízo da exceção de prospeção de textos e dados para fins de investigação científica.²²

3 A TRANSPOSIÇÃO EFETUADA PELO DECRETO-LEI 47/2023

A Lei n.º 11/2023, de 22 de março, autorizou o Governo a legislar em matéria de direito de autor e direitos conexos no mercado único digital, transpondo a Diretiva 2019/790. Na matéria em análise limita-se a permitir ao governo “criar exceções e limitações ao exercício do direito de autor e dos direitos conexos, incluindo os direitos sobre os programas de computador e sobre as bases de dados, nos termos dos artigos 3.º, 4.º, 5.º, 6.º, 7.º, 8.º, 9.º, 10.º, 17.º e 24.º da Diretiva (UE) 2019/790” (art. 2.º, alínea b)).

an Copyright Society, 2022: “While it is possible that TDM for research on computer programs can be performed on the grounds of Art 5 (3) of the Computer Programs Directive (the so called ‘black box’ analysis), that provision does not cover acts of translation and adaptation. [...] National lawmakers are encouraged to eliminate the disparities regarding the scope of application of the provisions of Art 3 and 4 DSMD and specifically to provide that TDM for research purposes on computer programs is also allowed.” – p. 16.

²² Art. 4.º, n.º 1, da Diretiva 2019/790.

A Diretiva 2019/790 foi transposta para o direito interno pelo Decreto-Lei n.º 47/2023, de 19 de junho. No que respeita às exceções de prospeção de textos e dados, a transposição consistiu em introduzir duas novas alíneas, a v) e a w), no n.º 2 do artigo 75.º, e no aditamento de um novo número, o 6, ao referido artigo, para prever as noções de “organismo de investigação” e de “prospeção de textos e dados”. Além disso, alterou o artigo 76.º sobre requisitos da utilização livre, introduzindo novos números, designadamente o quatro (sobre armazenamento seguro das reproduções efetuadas para fins de prospeção) e o cinco (sobre medidas de segurança e de integridade das redes e bases de dados onde são conservados os textos e dados objeto de prospeção). A este propósito, o legislador não tirou partido da possibilidade de nomear organismos de confiança para o efeito das medidas de segurança informática e de integridade das redes.

Por outro lado, o Decreto-Lei 43/2023 alterou igualmente o Decreto-Lei 122/2000, de 4 de julho, que transpôs a Diretiva 96/9. Aditou uma nova alínea ao número 1 do artigo 10.º, sob epígrafe exceções, permitindo atos de reprodução e extração de obras e de outro material protegido legalmente acessíveis para fins de prospeção de textos e dados, desde que essa utilização não tenha sido expressamente reservada pelos respetivos titulares de direitos de forma adequada (exceção supletiva de prospeção de textos e dados para outros fins). Além disso, aditou ao art. 15.º duas outras utilizações livres, a saber os “atos de reprodução e extração efetuados por organismos de investigação e por instituições responsáveis pelo património cultural para a realização de prospeção de textos e dados de obras ou outro material protegido a que tenham acesso legal para efeitos de investigação científica”, por um lado (al. e) e os “atos de reprodução e extração de obras e de outro material protegido legalmente acessíveis para fins de prospeção de textos e dados, desde que essa utilização não tenha sido expressamente reservada pelos respetivos titulares de direitos de forma adequada, em particular por meio de leitura ótica no caso de conteúdos disponibilizados ao público em linha”, por outro (al. f).

De notar ainda que o Decreto-Lei 47/2023 não alterou o Decreto-Lei 252/94 sobre proteção jurídica dos programas de computador. A Diretiva 2019/790 estabelece expressamente que “Os Estados-Membros devem

prever uma exceção ou uma limitação aos direitos previstos [...] no artigo 4.º, n.º 1, alíneas a) e b), da Diretiva 2009/24/CE [...], para as reproduções e as extrações de obras e de outro material protegido legalmente acessíveis para fins de prospeção de textos e dados” para fins diferentes da investigação científica ou por entidades que não sejam organismos de investigação ou instituições responsáveis pelo património cultural.

A transposição da Diretiva foi omissa quanto a este ponto. Terá o legislador considerado, possivelmente, que a não previsão da exceção de prospeção de textos e dados para fins de investigação científica no domínio dos programas de computador seria interpretada, *a contrario*, no sentido de esses atos não serem permitidos. Todavia, parece-nos que essa utilização livre já resultaria da liberdade de análise de programas como objeto de pesquisa científica ou de ensino, assim como a descompilação das interfaces do programa para fins de interoperabilidade com outros programas²³. Em qualquer caso, a omissão do legislador é criticável, embora se reconheça que a natureza supletiva da exceção de prospeção de textos e dados para fins diferentes da investigação científica contribuirá para limitar ainda mais a inovação tecnológica concorrencial no *software*, que é um setor crítico da IA.

CONCLUSÃO

O desenvolvimento da IA justificou a introdução de uma exceção relativamente à prospeção de textos e dados para fins de investigação científica por parte de organismos de investigação e entidades responsáveis pelo património cultural. Esta exceção é obrigatória e imperativa, não admitindo cláusula em contrário nem proteção técnica que a impeça.

Além desta exceção de interesse geral, é ainda prevista uma exceção de prospeção de textos e dados para outros fins, mas com algumas

²³ Art. 10.º, n.º 2, e art. 7.º, respetivamente, do Decreto-Lei n.º 252/94, de 20 de outubro, que transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 91/250/CEE, do Conselho, de 14 de maio, relativa ao regime de proteção jurídica dos programas de computador, entretanto revogada e substituída pela Diretiva 2009/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de abril de 2009.

nuances. Primeiro, apesar de ser também obrigatória, já é apenas supletiva, podendo o titular de direitos reservar esta nova utilização. Segundo, aplica-se igualmente aos programas de computador, acrescentando à liberdade de descompilação para fins de interoperabilidade e à liberdade de análise de programas como objeto de pesquisa científica ou de ensino.

O desenvolvimento da IA, no que respeita à utilização em prospeção de textos e dados, introduz para os titulares de direitos o ónus de reservar expressamente esta nova utilização, que de outro modo é supletivamente autorizada por lei, e até imperativa, se realizada para fins de investigação científica.

A razão de ser desta nova exceção não seria, de todo, evidente²⁴, uma vez que a Diretiva 2001/29 já excluía as reproduções transitórias, meramente instrumentais numa utilização legítima, aí incluindo a navegação em rede (*browsing*). Nesta perspetiva, a nova exceção teria por efeito limitar essa exclusão do ato de reprodução, permitindo aos titulares de direitos reservar a prospeção de textos e dados como utilização economicamente relevante. O mesmo vale, aliás, para os programas de computador, em que já antes era permitida a análise de programas objeto de ensino e de investigação, assim como a descompilação, sendo que a nova exceção de prospeção de textos e dados para fins de investigação científica não contempla agora a análise de programas de computador...

Por outro lado, ao abranger no exclusivo a prospeção de textos e dados, ainda que sujeita a reserva expressa, é discutível se a Diretiva 2019/790 não colocará um obstáculo significativo ao desenvolvimento da IA na Europa²⁵, em comparação com ambientes jurídicos menos rígidos,

²⁴ ELEONORA ROSATI, «An EU Text and Data Mining Exception for the Few: Would it Make Sense?», **Journal of Intellectual Property Law & Practice**, Vol. 13/6 (2018), p. 429-430.

²⁵ Thomas Margoni/Martin Kretschmer, «A Deeper Look into the EU Text and Data Mining Exceptions: Harmonisation, Data Ownership, and the Future of Technology», **GRUR Int.**, Vol. 71/8 (2022), p. 685-701 (“there should be no need for a TDM exception for the act of extracting informational value from protected works. The EU’s CDSM provisions paradoxically may favour the development of biased AI systems due to price and accessibility conditions for training data that offer the wrong incentives. To avoid licensing, it may be economically attractive for EU-based developers to train their algorithms on older, less accurate, biased data, or import AI models already

como o norte-americano, marcado por uma cláusula geral de *fair use* que confia aos tribunais a gestão casuística da adaptação da lei do *copyright* às necessidades do desenvolvimento tecnológico²⁶. Alega-se, inclusivamente, que a Diretiva teria sido mais uma “oportunidade perdida” para modernizar os direitos de autor face aos desafios da tecnologia, em especial da IA²⁷.

De todo o modo, o direito de autor da União Europeia é guiado pelo princípio do elevado nível de proteção da propriedade intelectual²⁸, reforçando o poder negocial dos titulares de direitos relativamente às empresas de «Big-Tech-Data» no que respeita a extração de valor por meio de prospeção de textos e dados das obras e outros materiais protegidos.

Na UE, os direitos de autor não são uma «terra de ninguém»: as obras protegidas por direitos de autor e outros materiais protegidos não podem ser utilizados livremente para alimentar novas tecnologias e as

trained abroad on unverifiable data”). Considerando a solução adotada “insensata” e “prejudicial à posição concorrencial da UE”, Tito Rendas, «Inteligência artificial, prospeção de dados e direito de autor», in **Propriedade Intelectual, Contratação e Sociedade da Informação. Estudos Jurídicos em Homenagem a Manuel Ohen Mendes**, coord. Dário Moura Vicente, Nuno Sousa e Silva, APDI/Almedina, 2022, p. 531-562, 559. Ver também Charlotte Gerrish, **European Copyright Law and the Text and Data Mining Exceptions and Limitations With a focus on the DSM Directive, is the EU Approach a Hindrance or Facilitator to Innovation in the Region?**, Uppsala University, 2019.

²⁶ VANESSA JIMÉNEZ SERRANÍA, «Datos, minería e innovación: ¿qvo vadis, Europa? Análisis sobre las nuevas excepciones para la minería de textos y datos», **Cuadernos de Derecho Transnacional**, Vol. 12/1 (2020), p. 247-258 (“es realmente necesario, a nuestro entender, replantearse seriamente a nivel europeo el impulso del llamado ‘flexible copyright’ en la aplicación de la regla de los tres pasos (threestep rules), especialmente en aras de permitir la actividad innovadora o transformativa” – p. 256). Sobre o tema, CHRISTOPHE GEIGER, «The Role of the Three-Step Test in the Adaptation of Copyright Law to the Information Society», **e-Copyright Bulletin**, 2007; Tito Rendas, **Exceptions in EU Copyright Law: In Search of a Balance Between Flexibility and Legal Certainty**, Kluwer Law International 2021; Eleonora Rosati, «Copyright reformed: the narrative of flexibility and its pitfalls in policy and legislative initiatives (2011–2021)», **Asia Pacific Law Review**, vol. 31/1 (2023), p. 33-54.

²⁷ Theodoros Chiou, «Copyright lessons on Machine Learning: what impact on algorithmic art?», **JIPITEC**, Vol. 10 (2019), p. 398-411, 411 (“the DSM Directive is a missed opportunity for true modernization of the European Copyright Law” – p. 411).

²⁸ Vd. por ex. Diretiva 2001/29, considerandos (4) e (9), Diretiva 2019/790, considerando (2).

empresas de IA. É claro que o desenvolvimento da IA é importante, mas não deve depender apenas dos direitos de autor, apesar das atuais proporções gigantescas das leis de direitos de autor.

A exceção vinculativa e obrigatória de prospeção de textos e dados para fins de investigação científica já abre caminho ao desenvolvimento da IA, incluindo parcerias com entidades privadas. A exceção geral vinculativa e supletiva de prospeção de textos e dados para outros fins onera os titulares de direitos autorais com a reserva de direitos, se não quiserem que as suas obras sejam livremente ‘mineradas’. Em vez de um direito de autorização, os direitos autorais são apenas um direito de oposição, pois o silêncio significa concordância com a autorização legal.

Provavelmente os desenvolvedores de IA não consideram este quadro suficientemente ‘liberal’. Mas, ao mesmo tempo, é possível que os titulares de direitos também se sintam parcialmente expropriados do seu direito de autorizar e por isso talvez uma compensação equitativa possa ser um bom remédio para eles no que diz respeito à prospeção para fins (e/ou por entidades) outros que não a investigação científica. A compensação equitativa foi excluída para a exceção obrigatória de prospeção, ficando em aberto se pode ser estabelecida relativamente à prospeção para outros fins²⁹.

Parece-nos que talvez possa ser um remédio equitativo para os detentores de direitos que não querem obstruir a mineração, mas que ao mesmo tempo gostariam de extrair algum sumo do fruto que criaram e que alimenta a IA gratuitamente, se não reservarem a atividade de mineração. A Lei da Rainha Ana para o incentivo à aprendizagem não significava que alguém aprenderia obtendo livros impressos gratuitamente...

A implementação portuguesa das exceções de prospeção não proporcionou uma compensação equitativa para a exceção geral e supletiva. Segue muito de perto a redação das disposições da diretiva, exceto no que

²⁹ Maria Victória Rocha, «Prospeção de texto e dados (Text And Data Mining) na Diretiva relativa aos Direitos de Autor e Direitos Conexos no Mercado Único Digital», *RRDDIS – Revista Rede de Direito Digital, Intelectual & Sociedade*, Vol. 2/4 (2022), p. 99-164 (destacando o “papel fundamental” destas exceções para “para impulsionar os *Big Data* e a inteligência artificial (IA) na União Europeia” – p. 160).

diz respeito à análise de software, que aparentemente não foi abordada pela legislação nacional, apesar do seu papel importante no desenvolvimento da IA e na aprendizagem automática (*machine learning*). Talvez o legislador nacional tenha concluído que a lei dos direitos de autor do software já previa regras equivalentes às da Diretiva no domínio do *software*.

REFERÊNCIAS

CHIOU, Theodoros. Copyright lessons on Machine Learning: what impact on algorithmic art?, *JIPITEC*, Vol. 10 (2019).

COMISSÃO EUROPEIA. **Livro Branco sobre a inteligência artificial – Uma abordagem europeia virada para a excelência e a confiança**, COM(2020) 65 final, Bruxelas, 19.2.2020.

DRAFT Compromise Amendments on the Draft Report Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on harmonised rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union Legislative Acts (16/5/2023), disponíveis em <https://www.europarl.europa.eu/resources/library/media/20230516RES90302/20230516RES90302.pdf>. Acesso em: 15 set. 2023.

GEIGER, Christophe. The Role of the Three-Step Test in the Adaptation of Copyright Law to the Information Society, **e-Copyright Bulletin**, 2007.

GEIGER, Christophe; FROSIO, Giancarlo; BULAYENKO, Oleksandr. **The Exception for Text and Data Mining (TDM) in the Proposed Directive on Copyright in the Digital Single Market - Legal Aspects**, European Parliament, 2018.

GERRISH, Charlotte. **European Copyright Law and the Text and Data Mining Exceptions and Limitations With a focus on the DSM Directive, is the EU Approach a Hindrance or Facilitator to Innovation in the Region?**, Uppsala University, 2019.

GRIFFITHS, J.; SYNODINOU, T.; XALABARDER, R. **Comment of the European Copyright Society Addressing Selected Aspects of the Implementation of Articles 3 to 7 of Directive (EU) 2019/790 on Copyright in the Digital Single Market**, European Copyright Society, 2022.

MARGONI, Thomas; KRETSCHMER, Martin. A Deeper Look into the EU Text and Data Mining Exceptions: Harmonisation, Data Ownership, and the Future of Technology, **GRUR Int.**, Vol. 71/8 (2022).

NORDEMANN, Jan Bernd; PUKAS, Jonathan. Copyright exceptions for AI training data—will there be an international level playing field? **JIPLP** 17/12 (2022).

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

PARLAMENTO EUROPEU. **Resolução de 20 de outubro de 2020**, sobre os direitos de propriedade intelectual para o desenvolvimento de tecnologias ligadas à inteligência artificial, para. 20 – Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0277_PT.html. Acesso em: 20 out. 2023.

PARLAMENTO EUROPEU. **Resolução de 3 de maio de 2022**, sobre a inteligência artificial na era digital. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0140_PT.html. Acesso em: 20 out. 2023.

PATTERSON, L. Ray; LINDBERG, Stanley W. **The Nature of Copyright: A Law of Users' Rights**, The University of Georgia Press Athens, 1991.

PEREIRA, Alexandre L. Dias. **Direitos de Autor e Liberdade de Informação**, Almedina, Coimbra, 2008.

RENDAS, Tito. "Are copyright-permitted uses 'exceptions', 'limitations' or 'user rights'? The special case of Article 17 CDSM Directive", **Journal of Intellectual Property Law & Practice** vol. 17 (2022).

RENDAS, Tito. **Exceptions in EU Copyright Law: In Search of a Balance Between Flexibility and Legal Certainty**, Kluwer Law International 2021.

RENDAS, Tito. Inteligência artificial, prospeção de dados e direito de autor. In: VICENTE, Dário Moura; SILVA, Nuno Sousa e. (Coords.) **Propriedade Intelectual, Contratação e Sociedade da Informação. Estudos Jurídicos em Homenagem a Manuel Ohen Mendes**, APDI/Almedina, 2022.

ROCHA, Maria Victória. Prospeção de texto e dados (Text And Data Mining) na Diretiva relativa aos Direitos de Autor e Direitos Conexos no Mercado Único Digital, **RRDDIS – Revista Rede de Direito Digital, Intelectual & Sociedade**, Vol. 2/4 (2022).

ROSATI, Eleonora. An EU Text and Data Mining Exception for the Few: Would it Make Sense?, **Journal of Intellectual Property Law & Practice**, Vol. 13/6 (2018).

ROSATI, Eleonora. Copyright reformed: the narrative of flexibility and its pitfalls in policy and legislative initiatives (2011–2021), **Asia Pacific Law Review**, vol. 31/1 (2023).

SENFLEBEN, Martin; BUIJTELAAR, Laurens. Robot Creativity: An Incentive-Based Neighbouring Rights Approach, **European Intellectual Property Review**, Vol. 42/12 (2020).

SERRANÍA, Vanessa Jiménez. Datos, minería e innovación: ¿qvo vadis, Europa? Análisis sobre las nuevas excepciones para la minería de textos y datos, **Cuadernos de Derecho Transnacional**, Vol. 12/1 (2020).

THE BRITISH COPYRIGHT STATUTE OF ANNE (1710). Disponível em: <https://www.copyrighthistory.com/anne.html>. Acesso em: 18 ago. 2023.

TRIAILLE, Jean-Paul; D'ARGENTEUIL, Jérôme de Meeûs; FRANQUENM, Amélie de. **Study on the legal framework of text and data mining (TDM)**, 2014.

DIREITO AUTORAL & INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA ÀS PRODUÇÕES ARTÍSTICAS, CIENTÍFICAS E CULTURAIS CRIADAS POR FERRAMENTAS DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Copyright Law & Artificial Intelligence: Application of Brazilian Legislation to Artistic, Scientific, and Cultural Works Created by Artificial Intelligence Systems

Maria Cristina Angelim Barboza¹

Renato Kim Barbosa²

Isabella Cristina Pereira³

RESUMO:

O direito autoral teve seus pilares profundamente abalados nos últimos anos pelo avanço técnico-científico-computacional e pela internet, que permitiram a progressão

ABSTRACT:

Copyright Law has seen its foundations profoundly shaken in recent years by the advancement of technical-scientific-computational progress and the internet, which have enabled the exponential

-
- ¹ Possui graduação em Direito (2009) e mestrado em Direito Constitucional (2014) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP), e graduação em Sociologia e Política (2002), pós-graduação em Globalização e Política (2005) e MBA em Parcerias Público-Privadas (PPP's) e Concessões (2021) pela Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo (FESPSP). Atualmente é professora da disciplina de direito e informação do curso de pós-graduação em gestão de informação em mídias digitais, Coordenadora de Projetos da FESPSP, doutoranda no Programa de Direito Constitucional da PUC/SP (início em 2022, bolsa CAPES), e membro da Comissão Especial de Bioética e Biodireito da OAB/SP. (<http://lattes.cnpq.br/8838828149770490>)
- ² Bacharel em direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) e doutor em direito pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco (USP), atualmente é professor de direito administrativo e constitucional da Faculdade de Direito da PUC/SP e da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo (MPSP). É promotor de Justiça do MPSP, onde ocupa cargo na capital paulista. Autor de várias obras, com destaque para o livro: Nova Lei de Improbidade Administrativa: análise da Lei n. 8.429/92 à luz das alterações empreendidas pela Lei n. 14.230/21. (<http://lattes.cnpq.br/8066180090970901>)
- ³ Aluna de graduação do curso de direito da Faculdade de Direito do Largo São Francisco (USP), coordenadora do grupo de pesquisa Laboratório de Tecnologia da FDUSP (TechLab) sobre direito e tecnologia, uso das plataformas digitais e inteligência artificial, atualmente é estagiária do escritório Baptista Luz Advogados, na área de Mídias Digitais e Publicidade. (<http://lattes.cnpq.br/1633453883534268>)

exponencial da inteligência artificial (IA) sem previsões de desaceleração. Neste contexto, o presente estudo analisa a legislação brasileira diante da nova realidade social trazida pela IA, a partir do método hipotético-dedutivo, sendo a pesquisa de cunho teórico, prático e qualitativo, baseada na revisão doutrinária, legislativa e jurisprudencial, assim como na utilização de casos concretos. A partir da análise realizada foi possível definir os requisitos essenciais para caracterização da obra protegida; compreender quem são os autores, quais os direitos a eles garantidos, assim como os limites aos seus direitos de exclusividade. Ao aplicarmos o resultado desta análise à realidade da IA, verificamos que a legislação brasileira é desatualizada, e não regula situações que se tornaram comuns com o avanço da tecnologia, como, por exemplo, a inserção de obras autorais para alimentar bancos de dados de IA para produção de novas obras, assim como a proteção às obras criadas com a utilização da IA. Ademais, para além de questões trazidas pela IA, verificamos que a legislação tem sido silente a respeito de inúmeras outras situações relacionadas à autoria decorrentes do uso da internet, o que tem gerado um aumento significativo de demandas judiciais.

Palavras-chave: direito autoral; inteligência artificial, obras generativas, obras criativas.

progression of artificial intelligence (AI) without predictions of deceleration. In this context, the present study analyzes Brazilian legislation in the face of the new social reality brought about by AI, using the hypothetical-deductive method. The research is theoretical, practical, and qualitative, based on doctrinal, legislative, and jurisprudential review, as well as the utilization of concrete cases. From the analysis conducted, it was possible to define the essential requirements for the characterization of protected works; understand who the authors are, what rights are guaranteed to them, as well as the limitations to their exclusive rights. When applying the results of this analysis to the reality of AI, it is evident that Brazilian legislation is outdated and does not regulate situations that have become common with technological advancement, such as the insertion of copyrighted works to feed AI databases for the production of new works, as well as the protection of works created using AI. Furthermore, beyond issues brought about by AI, it is observed that legislation has been silent on numerous other authorship-related situations resulting from internet use, leading to a significant increase in judicial demands.

Keywords: copyright law; artificial intelligence; generative works; creative works.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1. O DIREITO AUTORAL BRASILEIRO; 2. AS OBRAS CRIADAS PELA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E O DIREITO AUTORAL; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

A inteligência artificial (IA) é percebida atualmente como uma tecnologia que automatiza tarefas que requerem o uso da inteligência huma-

na (Surden, 2019, p. 1306). No entanto, para além de uma tecnologia, a IA se tornou um campo de conhecimento ligado à ciência da computação, de carácter interdisciplinar, cujo objeto é o estudo e o desenvolvimento de ferramentas que geram soluções mais eficientes do que aquelas produzidas pelo intelecto humano: ou porque são mais rápidas, mais seguras, mais baratas, ou porque possuem a capacidade de utilizar um número infinitamente maior de referências.

Os debates em torno da utilização da IA remontam a década de 1950, pois Alan Turing, ao desenvolver as bases da ciência da computação, afirmava que os computadores digitais poderiam ser considerados “*mechanical brains*” (Turing, 2004, p. 111). Neste contexto, constatamos que a IA não é uma novidade do século XXI, contudo, há importantes fatores que a distinguem no presente: a combinação do tripé que a compõe (*algoritmo, hardware e dados*) com a *internet*.

O *algoritmo* é compreendido como “qualquer procedimento computacional bem definido que toma algum valor ou conjunto de valores como **entrada** e produz algum valor ou conjunto de valores como **saída**” (Cormen *et al.*, 2012, p. [17]). É um mecanismo pelo qual, em razão da inserção de dados (*inputs*), e da programação das linhas de código e aprendizado de máquina, é expedido um novo conjunto de dados (*outputs*). Segundo Lukas Ruthes Gonçalves e Pedro de Perdigão Lana (2019, p. 39), um dos principais métodos de criação de aplicações de IA é o *deep learning*, um método que se utiliza de redes neurais artificiais para determinar padrões de inputs, por meio de múltiplos níveis de aprendizado, ou seja, há uma série de análises do mesmo problema para se chegar a um resultado mais preciso.

O *hardware* é a parte física do computador, cuja capacidade é diretamente proporcional à potência e à eficiência dos algoritmos. Um importante componente do *corpo físico* da IA é o transistor, que integra os circuitos do computador (os chips). Houve nos últimos anos um crescimento colossal em qualidade e em quantidade per capita de transistores, demonstrando que as máquinas estão cada vez mais potentes (Qualman, 2017).

Os *dados* representam o conjunto de elementos inseridos no algoritmo (*inputs*). É a partir destes *inputs* que a IA, por meio dos comandos recebidos pelas linhas de código, produz os *outputs*, podendo, por exemplo, identificar um padrão e, no caso da *deep learning*, utilizar esse padrão como *input* para uma segunda camada de análise, atuando desta forma por sucessivas vezes “to enable the recognition of extremely complex, precise patterns in data”⁴ (OSTP, 2016, p. 10). Assim, os *inputs* alimentam e, ao mesmo tempo, estabelecem o limite ao que pode ser produzido pela IA. Logo, todo *output* do software inteligente é restrito às combinações possíveis realizadas a partir dos *inputs* que possui como referência.

O que há de novo e potente na contemporaneidade é o encontro deste tripé com um fator disruptivo: a *internet*. Em um ambiente acessível para grande parte da população mundial, a constituição de bases de dados gigantescas torna-se cada vez mais uma realidade. Imagine a quantidade de dados produzidos por 5,3 bilhões de usuários de internet ao redor do globo (aproximadamente 2/3 da população mundial). Segundo a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua Anual (IBGE, 2021), 94% dos lares brasileiros possuíam acesso à internet no Brasil em 2021. Por conseguinte, o conjunto de dados fornecidos pelos usuários de internet tornou-se tão colossal que é correntemente chamado de big data (ou ‘megadados’)⁵.

A partir destes três elementos (*algoritmo*, *hardware* e *dados*), e com o avanço do acesso à *internet*, a IA tornou-se uma poderosa ferramenta,

⁴ Tradução livre: “para permitir o reconhecimento de padrões extremamente complexos e precisos em dados”.

⁵ A internet é um fenômeno associado a 4 características importantes para o funcionamento da IA: volume, velocidade, variedade e valor. Sobre o volume, um estudo de Towards Data Science (CLISSA, 2022) estipulou que o Google, Youtube, Facebook, Instagram, Emails, Netflix e Amazon somam 557,5 EB (Exabytes = 1018) em dados, o que equivale, aproximadamente, a 120 bilhões de DVDs. A velocidade é a rapidez na obtenção e no tratamento desses dados. A variedade reside no fato de que não são somente os dados manifestamente fornecidos pelos usuários que são tratados, como também a sua conduta ao navegar na página, os likes e dislikes, os produtos comprados e outros. Por fim, o valor dos dados “é o resultado dos Vs anteriores. O valor dos dados aumenta quanto mais variados eles forem, mais rápida for sua coleta e quanto maior for o volume de informações” (Pereira Neto; Renzetti, 2020, p. 88).

que pode ser utilizada em diversos ramos econômicos e sociais, desde o desbloqueio de um aparelho-celular com o reconhecimento facial até a seleção de currículos para contratar empregados a uma empresa.

Com o grande potencial da IA em solucionar tarefas rotineiras, assim como a sua popularização, é inegável que suas ferramentas acarretam benefícios e ganhos de eficiência no ambiente produtivo. Porém, as preocupações com a falta de controle da sua produção e aplicação vêm crescendo na mesma escala que essas ferramentas invadem as diversas áreas do conhecimento humano: pesquisas do Instituto Igarapé (Monteiro, 2018, p. 3-4) elencam direitos que poderão ser afetados por decisões automatizadas (direito à saúde, à educação, ao pleno emprego, à informação, à liberdade e à cidadania); órgãos internacionais, como a União Europeia, têm alertado que a IA pode trazer riscos relacionados à aplicação de regras destinadas à tutela de direitos fundamentais, com destaque aos dados pessoais e à proteção da privacidade e à não discriminação (Comissão Europeia, 2020, p. 11-12); a doutrina, aqui representada pelo Prof. Carlos Portugal, aponta riscos com a reprodução da vida humana em formato digital, codificada em dígitos binários dos algoritmos, como aqueles ligados à polarização e à discriminação algorítmica (Portugal Gouvêa, 2022, p. 534); a prática tem demonstrado vários problemas, como, por exemplo, o ocorrido em 2016, quando a IA fez uma vítima fatal em um acidente automobilístico - o proprietário de um veículo Tesla faleceu em decorrência de um acidente provocado por um carro automático que se chocou com um caminhão (Jiménez Cano, 2016).

De forma complementar, destacamos a dissertação de Smaili, sobre responsabilidade civil e IA (Smaili, 2023), no qual são apresentados vários possíveis danos a direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos causados por esta tecnologia, assim como os altos riscos de sua utilização para grupos mais vulneráveis (como crianças, adolescentes e idosos) e em atividades que podem gerar graves consequências físicas e impactos sociais (diagnósticos, medicina, direito penal e execução penal etc.).

A partir do exposto, é manifesto que o uso da IA pode trazer impactos à sociedade que importam a diversas áreas do Direito. Destaca-se,

para fins deste estudo, uma área cujos pilares estão sendo profundamente abalados nos últimos anos pela *internet* e pela IA: os direitos autorais. Os softwares inteligentes já são capazes de gerar *outputs* cognoscíveis pela sociedade como obras artísticas, num ponto tal que é quase ou totalmente impossível distingui-las de obras produzidas por humanos.

Neste cenário, é importante esclarecer que há dois tipos de processos que utilizam IA para produção de obras artísticas, culturais e intelectuais: o primeiro é realizado por ferramentas sob total controle humano e previsibilidade de seus resultados; e segundo, por ferramentas cujos resultados são totalmente imprevisíveis.

Sobre o primeiro processo, podemos utilizar, como exemplo, a arte digital produzida a partir de 17 horas de trabalho humano, com auxílio de uma ferramenta de IA retratando o Stelfie, um personagem criado pelo artista da obra, num ringue de boxe contra Muhammad Ali.⁶ O artista explica em um vídeo do Youtube como foi o processo de criação, no qual fez o uso de ferramentas de IA e do Photoshop ao longo do processo.⁷ Neste caso, é possível perceber que o artista tinha controle sobre como seria o resultado, utilizando a IA como uma ferramenta para chegar ao resultado pretendido, como um instrumento de apoio ao processo criativo.⁸

⁶ STELFIE “I’ll try to not fook up our future” the time traveller. Gallery. c2023. Disponível em: <https://www.stelfiett.com/stelfies-gallery>. Acesso em: 30 maio 2023.

⁷ AN AI artist explains his workflow. [S. l.: s. n.], 2 maio 2023. 1 vídeo (8 min 17 s). Publicado pelo canal Vox. Disponível em: <https://youtu.be/K0ldxCh3cnI>. Acesso em: 15 maio 2023.

⁸ O artista que criou as artes digitais do Stelfie opina sobre como é o processo criativo auxiliado pela IA e como isso impacta as produções artísticas: “On the other side, out-paint, you’re asking to the machine to imagine what’s outside the box based on what is already in the box. As you can see, I look back a lot between Stable Diffusion and Photoshop. So let’s say that’s out of 100%. 50% is done with Stable Diffusion about 40% in Photoshop and about 10% in Procreate. [...] Well, **I feel you have to drive the machine not the other way around. And just to prove how important is the artist’s part in the overall process creation. I see the overall process as a joint effort with the AI.** I’ve been a traditional artist for 2 decades, painting on canvas. And in the last five years I’ve been doing a lot of digital art. So from that part of myself, **I don’t feel threatened at all. I feel this is an opportunity.** An opportunity for many new talented people... to jump on a new branch of art that is completely different from the one that we have already in digital art and just open up new way of being creative” (Vox, 2022, 2:41-3:13; 7:01-7:55) [grifo das autoras].

A respeito do segundo processo, podemos mencionar, como exemplo, a utilização da IA Jetson (ou “Benjamin”), no qual foram inseridos dezenas de filmes do gênero ficção-científica e 30 mil músicas pops para a elaboração de um roteiro de curta-metragem, incluindo sua trilha sonora.⁹ O filme *Sunspring* ganhou notoriedade no festival de filmes Sci-Fi London (Mans, 2016), sendo reconhecido como um filme hilário e intenso (Newitz, 2021). Neste caso, percebemos que apenas houve a inserção de uma grande quantidade de filmes de um gênero específico em uma ferramenta de IA para geração de um novo filme, sem uma previsibilidade ou controle sobre o resultado por parte de uma pessoa.

Como será visto, essa distinção é importante porque, no caso de uma obra elaborada apenas com o auxílio parcial da IA, é possível considerar a autoria e a titularidade do humano-autor que a produziu. Por outro lado, no caso da obra gerada por uma IA sem previsibilidade ou controle sobre o resultado e sobre o processo de elaboração, torna-se complexa, para não se dizer impossível, a determinação da sua autoria.

Diante do exposto, pretendemos estudar o ordenamento jurídico nacional sobre direitos autorais diante da nova realidade social trazida pela IA. Em vista disto, o objeto deste artigo será a aplicação da lei autoral brasileira às obras criadas pela IA, e as perguntas que pretendemos responder são: os desenvolvedores da IA podem utilizar-se de obras autorais para alimentá-la sem a autorização prévia e expressa dos seus autores? Há direitos autorais sobre obras geradas por IA? Se sim, a quem (ou “ao quê”) pertencem esses direitos? Nossa legislação é suficiente para responder a tais questões?

Para responder as questões apresentadas utilizamos o método hipotético-dedutivo, pois a legislação (abstração) é analisada para fins de aplicação à casos concretos (particular), ao mesmo tempo em que práticas sociais correntes, não previstas na lei autoral, serão abordadas para a

⁹ CURTA-METRAGEM “Sunspring” é primeiro filme escrito por inteligência artificial. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 24 jun. 2016. Estadão Conteúdo. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/caderno-g/cinema/curta-metragem-sunspring-e-primeiro-filme-escrito-por-inteligencia-artificial-endjd1wdowl69zetzfdk545os/>. Acesso em: 4 maio 2023.

busca de uma compreensão geral e que possa ser replicada em casos semelhantes. Com relação as bases e suportes, a pesquisa pode ser considerada teórica (revisão bibliográfica), prática (estudos de casos) e qualitativa (avaliação das interpretações possíveis para o fenômeno em análise).

1 O DIREITO AUTORAL BRASILEIRO

Para responder as questões levantadas, vamos explorar o que o direito brasileiro entende por *obra protegida* pelo direito autoral e *para quem* ele concede a titularidade dos direitos advindos desta obra. Também é relevante verificar *quando é permitida a utilização da obra protegida* sem a prévia autorização ou cessão de direitos pelo autor.

A Convenção de Berna¹⁰, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 75.699/1975 (Brasil, 1975), conceitua como *obra protegida* “todas as produções do domínio literário, científico e artístico, qualquer que seja o modo ou a forma de expressão” (art. 2, 1). Para ser autor (*titular dos direitos autorais*), de acordo com a Convenção, “basta que os seus nomes venham indicados nas obras pela forma usual” (art. 15, 1), ou seja, há a presunção de que o autor seria aquele que se declara como tal. Apesar disso, o teor do acordo dá indícios de que a autoria cabe somente a humanos ao se referir à proteção da honra e da reputação do autor (art. 6, 1) e a proteção de seus direitos morais mesmo “depois de sua morte” (art. 6, 2). Os casos em que o *uso da obra protegida* sem prévia autorização não configura uma violação ao direito do autor são considerados especiais, e pressupõem que a reprodução não afete a exploração normal da obra por parte de seu autor, e que também não causem nenhum prejuízo injustificado aos seus interesses legítimos (artigo 9, §1).

Com relação à legislação brasileira, a primeira menção com teor de proteção autoral foi identificada na Lei XI, de 1827 (Brasil, 1827), que determinava o “privilegio exclusivo da obra” produzida pelos professores para as cadeiras dos cursos, pelo prazo de 10 anos (art. 7º). Doravante, a Constituição Republicana de 1891 (Brasil, [1892]) garantiu o privilé-

¹⁰ Tratado internacional que estabelece os princípios basilares para o direito de autor.

gio temporário e o direito exclusivo de reprodução aos autores de obras imateriais (art. 72, §§25 e 26). A primeira legislação que regulou expressamente os direitos autorais de forma ampla foi a Lei n. 496, de 1898 (Brasil, 1900), cuja temática foi incorporada pelo Código Civil de 1916¹¹, no seu art. 649¹².

A Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988a) no presente garante a proteção dos direitos do autor, caracterizando-o como direito fundamental, nos seguintes termos: “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar” (art. 5, XXVII). A Lei n. 9.610/1998 (Brasil, 1998a) hodiernamente regula os direitos autorais, determina quais são as *obras protegidas*, *quem são os titulares* dos direitos advindos das obras protegidas, e em quais *situações elas podem ser utilizadas* sem autorização ou cessão prévia.

Com relação às obras protegidas, a lei determina que são “criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro” (art. 7º), como, por exemplo: textos de obras literárias, artísticas ou científicas; conferências, alocações, sermões; obras dramáticas e dramático-musicais; obras coreográficas e pantomímicas; composições musicais; obras audiovisuais; obras fotográficas; desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética; ilustrações, cartas geográficas; projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência; adaptações, traduções e quaisquer transformações de obras originais; programas de computador; e coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados (art. 7º, I a XIII)¹³.

¹¹ BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil.

¹² “Ao autor de obra literária, científica ou artística pertence o direito exclusivo de reproduzi-la” (Brasil, 1916).

¹³ O rol trazido pelo art. 7º das obras protegidas é apenas exemplificativo, abrangendo quaisquer outras obras que se encaixem na definição legal, incluindo aquelas que utilizem formas de veiculação e tecnologias ainda não conhecidas.

Verificamos que, para identificarmos se uma obra é protegida pelos direitos autorais ou não, é imperioso compreendermos os elementos trazidos pelo dispositivo legal acima.

O primeiro elemento é a *criação do espírito*. A doutrina relaciona este requisito ao processo criativo advindo do intelecto humano, que (produz algo original, inovador¹⁴. Neste sentido, Santos aponta que, “mesmo sem definir o que seja uma obra intelectual, o Legislador desde logo a qualificou uma ‘criação humana’, pois este é sentido da expressão ‘criação do espírito’”¹⁵ (Santos, 2020, pp 28-33). Ademais, para uma *obra ser protegida* ela deve ser criativa e original¹⁶, ou seja, deve ser elaborada por meio de um processo criativo, cujo resultado pode ser percebido como algo individualizado, único, diferente, próprio, típico.

Neste ponto distinguimos os termos *criatividade* e *originalidade*, que muitas vezes são utilizados como sinônimos. *Criatividade*, para efeito do

¹⁴ Para Menezes é necessária uma ação humana, pois somente o intelecto humano possui a mentalidade racional dotada de necessária criatividade e de personalidade única para produção de “criações do espírito” (Menezes, 2021).

¹⁵ Ainda sobre a obra protegida estar relacionada à criação humana, Santos destaca que: “A questão da Autoria pressupõe a análise da relação entre determinada criação e o sujeito ou agente a quem se imputa determinada obra. Do ponto de vista objetivo, autor é quem origina uma obra. Portanto, a autoria resulta da relação de causalidade entre a criação e seu originador. Tradicionalmente, o homem é visto como o único originador de criações intelectuais, qualquer que seja o regime protetivo aplicável: marcas, invenções, desenhos industriais e obras intelectuais. Uma consequência do pressuposto da intervenção humana foi a discussão sobre a possibilidade de criações geradas por animais serem protegidas como obras intelectuais, tema recentemente muito explorado, sobretudo pelo caso das fotos tiradas por um macaco da Indonésia durante o trabalho do fotógrafo David Slater. Essa discussão foi objeto de um processo judicial nos Estados Unidos onde o tribunal entendeu que objeto do Direito de Autor são exclusivamente criações humanas. O Copyright Office dos Estados Unidos estabeleceu a exigência da autoria humana para registro de obras intelectuais” (Santos, 2020, pp 28-33).

¹⁶ Bittar explica: “Cumprido, a par disso, haver originalidade na obra, ou seja, deve ser integrada de componentes individualizadores, de tal sorte a não se confundir com outra preexistente. Há que ser, intrínseca e extrinsecamente, diferente de outras já materializadas. Deve revestir-se de traços ou de caracteres próprios, distintos de outros já componentes da realidade”. (...). Entretanto, esse conceito deve ser entendido em termos objetivos: a identificação de elementos criativos próprios faz entender-se *original a obra*. A tendência, a propósito, é a da proteção de toda e qualquer obra estética, desde que individualizada por essência própria. (Bittar, 2022, p. 49).

presente estudo, é cunhada no sentido de *processo criativo*: trata-se da capacidade do intelecto humano de gerar algo relevante e original para a cultura, para a literatura, para a ciência, para os negócios etc. *Originalidade*, não obstante, é compreendida como uma característica intrínseca ao produto do processo criativo. Desta maneira, a *originalidade* é uma característica essencial ao processo criativo, mas o seu inverso não é verdadeiro. Algo pode ter originalidade sem ter sido fruto da criatividade. Por exemplo, uma nuvem pode ter um formato único, diferente, original, sem que tenha sido produzida pelo intelecto humano. Sendo assim, apesar da nuvem ter certa *originalidade*, ela não foi produzida no âmbito de um *processo criativo*, portanto, ela não é fruto do exercício da mente humana. A *originalidade*, nesse diapasão, só garante proteção à obra no âmbito do direito autoral quando está associada à *criatividade*.

Outro elemento essencial é a *exteriorização*, que impõe que a obra deve ser divulgada, exposta, demonstrada para que seja protegida. Este elemento liga-se a exigência legal de que a obra deve ser “fixada em qualquer suporte, tangível ou intangível”. À vista disto, ela precisa ser publicizada através de algum meio viável e conhecido para que seja retida, memorizada, guardada (divulgações orais, escritas, digitais etc).

Além dos elementos apresentados, há autores que consideram a necessidade de uma obra ter uma *estrutura mínima*¹⁷ e *efetividade social* para ser protegida pelo direito autoral. A primeira característica é essencial em razão da necessidade de uma obra se exteriorizar em um todo com sentido, um conjunto constituído por partes que lhe garantem sua complexidade, não podendo, por exemplo, uma única palavra ser dotada de direitos autorais. A *efetividade*, por sua vez, diz respeito ao reconhecimento pela sociedade da obra enquanto objeto de consumo, ou seja, a comunidade deve considerar a obra como artística, literária ou científica, podendo ser explorada ou economicamente ou admirada de alguma maneira.

¹⁷ Criações de espírito: “Assim, é a articulação de palavras, de imagens, de gestos, de sons, de traços ou de quaisquer elementos de expressão humana que constituem uma obra autoral, composta por uma estrutura mínima, aqui entendidos como elementos previamente articulados segundo a criatividade de seu autor”. (Menezes, 2021, p. 44).

Em vista do apresentado, temos então cinco requisitos que podem ser considerados para a verificação se uma obra é ou não protegida pelo direito autoral: exteriorização, criatividade, originalidade, estrutura mínima e efetividade social.

Passamos, agora, para compreensão do conceito de *autor*, trazido pela Lei n. 9.610/1998, que determina que autor é “a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica” (art. 11, caput), estendendo a proteção autoral às pessoas jurídicas, nos casos previstos na Lei (art. 11, parágrafo único).

O *autor* possui, de acordo com a lei brasileira, direitos morais e patrimoniais. Os primeiros são caracterizados pela inalienabilidade e irrenunciabilidade (art. 27), assim como pela perpetuidade, imprescritibilidade, impenhorabilidade e intransmissibilidade (Moraes, 2021). O rol taxativo de direitos morais é constituído por: direito à paternidade da obra, à nomeação do autor, ao ineditismo, à integridade da obra, de modificar a obra, e de retirada e de acesso (art. 24). Por outro lado, os direitos patrimoniais constituem o meio pelo qual o artista explora economicamente sua obra, podendo ser exercido de diversas formas¹⁸.

Verifica-se que ao *autor* a lei garante direitos de *propriedade*, no sentido da exploração econômica de uma obra intelectual, e de *personalidade*, quando compreende a obra protegida como uma exteriorização da personalidade do artista. O direito autoral caracteriza-se, em vista disto, por um caráter duplo, abrangendo os direitos morais e os direitos patrimoniais do autor. Tem-se, então, no direito autoral pátrio, a conjugação da teoria da propriedade com a teoria da personalidade.

Outro ponto importante a se destacar é que a lei expressamente aponta que a proteção autoral pode ser estendida às pessoas jurídicas. Isto posto, as seguintes dúvidas podem ser levantadas: uma pessoa jurídica pode ser considerada autora de uma obra protegida? Em caso afirmativo, devemos desconsiderar, por consequência, do rol de requisitos para a constituição de uma obra protegida o elemento *criatividade*, entendida como característica própria do intelecto humano?

¹⁸ Sobre os direitos patrimoniais do autor, lei dispõe que “são direitos exclusivos do autor utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica” (art. 28).

Compreendemos que a lei dispõe que a *obra protegida* é aquela que possui determinados requisitos, e que o seu autor é a *pessoa física* responsável pelo processo criativo que lhe dá unidade e originalidade. Portanto, chegamos à conclusão que há a necessidade de uma ação humana para a constituição de uma *obra protegida*.

Vale lembrar que ao *autor* são concedidos direitos (patrimoniais e morais) e garantias (meios de exercício dos seus direitos) sobre a obra que ele criou. Assim, quando a lei menciona que “a proteção concedida ao autor poderá aplicar-se às pessoas jurídicas nos casos previstos nesta Lei”, ela não estende o conceito de autoria às pessoas jurídicas; o que ela possibilita, em casos específicos, é que as pessoas jurídicas possam exercer os direitos e as garantias concedidas aos autores pela lei, ou porque estão representando-os, ou porque lhes foram cedidos determinados direitos patrimoniais.

Ademais, parte da proteção concedida ao *autor* pode aplicar-se às pessoas jurídicas quando as obras protegidas são criadas no âmbito de uma relação contratual, pois, neste caso, a lei é silenciosa, diferentemente da legislação dos softwares.

Neste contexto, a doutrina majoritária defende que a criação (*obra protegida*), independentemente de ser produzida em razão de uma demanda contratual, pertence ao *autor*. No entanto, a pressão econômica sobre os contratados leva a uma realidade diferente na prática. Nas relações de trabalho, verifica-se que salário pago ao empregado em geral representa a remuneração pela cessão dos direitos patrimoniais relativos à *obra protegida*, de maneira que os frutos econômicos pela exploração desta são garantidos ao empregador, ficando os direitos morais ligados exclusivamente ao criador da obra, o empregado (Menezes, 2021, p. 59)¹⁹. É neste sentido que a jurisprudência vem se consolidando. Como podemos verificar em julgados sobre o tema, os direitos patrimoniais relativos à *obra protegida*

¹⁹ Nesse sentido, o professor Rodrigo Moraes, ao falar sobre os direitos morais e patrimoniais do jornalista contratado pelo regime trabalhista ensina que: “No caso de obra intelectual, o que se transfere, em princípio, dentro das especificações contratuais, são os direitos patrimoniais pela exploração da obra, cuja finalidade é o cerne da contratação”. (Moraes, 2017, p. 37).

em geral são garantidos ao contratante, tendo em vista que este remunerou o *autor* pela criação²⁰.

Enfatizamos que há julgados que determinam que, após a finalização do contrato de trabalho, os direitos patrimoniais advindos da *obra protegida* deverão ser compartilhados entre as partes, pois “(...) como se trata de criação de propriedade conjunta, ambos - ex-empregado e empregadora - devem perceber os frutos da divulgação da propriedade intelectual, sob pena de desvirtuar-se o instituto da cotitularidade”. Nessa perspec-

²⁰ RECURSO DE REVISTA DA RECLAMANTE – DIREITOS AUTORAIS – CENOGRAFIA – EMPRESA DE TELEVISÃO CRIAÇÃO ARTÍSTICA OBJETO DO CONTRATO DE TRABALHO – INDEVIDOS OS DIREITOS PATRIMONIAIS PLEITEADOS (...) **6- Assim, nas relações de emprego, ainda que, em tese, os direitos pertençam aos autores, a contratação do empregado para atuar na criação de determinado trabalho, como é o caso dos autos, confere o direito pleno de utilização dos resultados desse trabalho ao empregador, sendo razoável concluir que o salário pago ao empregado corresponde à contraprestação do empregador pela atividade desenvolvida, salvo estipulação contratual em contrário.** (RR-13700-65.2006.5.01.0071, 7ª Turma, Relator Ministro Ives Gandra Martins Filho, DEJT 26/03/2013).

ACÇÃO INDENIZATÓRIA - DIREITOS AUTORAIS -**FOTÓGRAFO COM VÍNCULO EMPREGATÍCIO** - IMPROCEDÊNCIA DA PREENSÃO INDENIZATÓRIA. Conquanto o ordenamento jurídico proteja a imagem como direito inerente à personalidade, a indenização por danos material ou moral, decorrente de utilização de fotografias em matéria jornalística passa pelo exame do relacionamento entre o autor das fotos e a editora que fez as publicações. **Fotos produzidas por empregado contratado, sem a comprovação de que tenham sido comercializadas a terceiros. Inocorrência de violação de direito subjetivo do autor sobre as fotografias.** Improcedência da pretensão indenizatória.(0010252-92.2005.8.19.0063 (2007.001.01066) - APELACAO. DES. PAULO GUSTAVO HORTA - Julgamento: 23/01/2007 - QUINTA CAMARA CIVEL).

DIREITO AUTORA. FOTÓGRAFO CONTRATADO. RELAÇÃO DE TRABALHO. PROPRIEDADE IMATERIAL INALIENÁVEL DAS FOTOGRAFIAS. NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO DO AUTOR DA OBRA PARA A PUBLICAÇÃO POR TERCEIROS. **DESNECESSÁRIA A CESSÃO, CONTUDO, PARA A PUBLICAÇÃO PELO PRÓPRIO EMPREGADOR.** I - A fotografia é obra protegida por direito do autor, e, ainda que produzida na constância de relação de trabalho, integra a propriedade imaterial do fotógrafo, não importando se valorada como obra de especial caráter artístico ou não. II - O empregador cessionário do direito patrimonial sobre a obra não pode transferi-lo a terceiro, mormente se o faz onerosamente, sem anuência do autor. III - Pode, no entanto, utilizar a obra que integrou determinada matéria jornalística, para cuja ilustração incumbido o profissional fotógrafo, em outros produtos congêneres da mesma empresa. IV - Recurso Especial provido. (REsp 1034103/RJ, Rel. MIN. NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão MIN. SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/06/2010, DJe 21/09/2010).

tiva, ao *autor* seria garantida a exploração dos direitos patrimoniais de forma co-participativa, após o encerramento do contrato, desde que essa situação não conflita com termos contratuais firmados entre as partes.

A interpretação acima pode ser percebida como um avanço na proteção do *autor*. Todavia, o julgado em apreço considera o empregador como *co-autor*, e por conta desta característica, concede a ele proteção equivalente àquela concedida aos autores. Na nossa interpretação, apesar do termo *coautoria* constar na legislação por vinte e três vezes, em nenhuma delas fica evidente que o legislador procurou garantir a autoria da *obra protegida* ao empregador ou à pessoa jurídica que contratou o *autor*. Garantir autoria à essas pessoas seria o mesmo que conceder-lhes os direitos morais e patrimoniais advindos da *obra protegida*, o que não nos parece a melhor interpretação normativa, até porque o empregador ou contratante não fez parte, necessariamente, do processo criativo.

Portanto, entendemos que somente os direitos patrimoniais podem ser garantidos aos empregadores e/ou às pessoas jurídicas responsáveis pela contratação do *autor*, ou seja, em contrapartida à remuneração ou pagamento realizado ao *autor* pela elaboração da *obra protegida*, os contratantes têm direito à exploração patrimonial desta por meio de uma cessão de direitos patrimoniais.

Após apresentarmos o que o direito brasileiro entende por *obra protegida*, e para quem ele concede a titularidade dos direitos advindos desta obra (*autor*), partimos, agora, para a verificação de *quando é permitida a utilização da obra protegida sem a prévia autorização ou cessão de direitos por parte do autor*.

Do artigo 46 ao 48, a lei de direito autoral prevê um rol taxativo de limitações aos direitos de exclusividade do *autor*. Resumidamente, não constitui ofensa aos direitos autorais as utilizações de obras protegidas para garantir o direito à informação; em reprodução de retratos adquiridos sob encomenda; para adaptação para deficientes visuais; para uso particular; para citação; para realização de anotações para fins de estudo; para demonstração à clientela; no recesso familiar e para fins educativos; para uso judicial; em trechos em novas obras; em paráfrases e paródias; e

que estão em logradouros públicos. Sem embargo, somente nestes casos, e desde que cumpridos os requisitos legais, é permitido o uso da obra sem autorização prévia e expressa do *autor*.

Importante salientar que as normas de direito autoral devem ser interpretadas de forma restritiva²¹. A doutrina especializada defende o princípio²² da interpretação restritiva como um dos nortes para aplicação da legislação autoral. Desta forma, as utilizações permitidas e mencionadas acima devem atender estritamente o que a lei determina, nos seus limites, sob pena de infringirem os dispositivos normativos e os direitos autorais.

Partindo para o fim deste item, destacamos as produções que não são consideradas *obras protegidas* pela legislação brasileira vigente (art. 8º, I a VII): as ideias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais; os esquemas, planos ou regras para realizar atos mentais, jogos ou negócios; os formulários em branco para serem preenchidos por qualquer tipo de informação, científica ou não, e suas instruções; os textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais; as informações de uso comum tais como calendários, agendas, cadastros ou legendas; os nomes e títulos isolados; o aproveitamento industrial ou comercial das ideias contidas nas obras. Enfatizamos que o aproveitamento industrial ou comercial das ideias contidas nas obras é objeto de proteção da legislação de propriedade industrial: Lei n. 9.279/1996.

Outra legislação relacionada aos direitos autorais vigente no Brasil que merece destaque é a Lei nº 9.609/1998, conhecida como a Lei do Software (Brasil, 1998b). Essa lei estabelece que o regime de proteção

²¹ Previsto nos artigos 4º e 49 da Lei nº. 9.610/98, o princípio da interpretação restritiva significa que os negócios jurídicos que tratam de direitos autorais, como os contratos, as licenças e as cessões de direitos, devem ser interpretados da forma mais restritiva possível, sempre privilegiando os interesses do autor.

²² Segundo Cunha (2003, p. 197), em seu Dicionário compacto do direito, princípio é o “fator de existência, organização e funcionamento do sistema, que se irradia da sua estrutura para seus elementos, relações e funções”. Nesse sentido, os princípios do direito autoral podem ser entendidos como eixos orientadores da criação e da aplicação das normas jurídicas que regulam as obras autorais.

à propriedade intelectual do software é o mesmo da proteção autoral (art. 2º). Entretanto, há importantes distinções entre a proteção autoral conferida ao software e à outras *obras protegidas*: os únicos direitos morais garantidos aos autores do software são o direito à paternidade e de opor-se a alterações não autorizadas se estas implicarem modificação ou se prejudicarem sua honra e reputação (art. 2, §1º). Além disso, apesar de haver controvérsia sobre a autoria de obras produzidas durante e em decorrência da relação contratual no direito autoral, a Lei do Software não deixa dúvidas: os direitos patrimoniais sobre o software pertencerão ao contratante, caso não haja convenção em contrário (art. 4º).

Com relação às atualizações legislativas, há projetos de lei que pretendem atualizar a norma de direitos autorais. O mais recente deles é o PL 1672/2021²³, apensado ao PL 2370/2019, que propõe algumas importantes mudanças, como, por exemplo, a regulação sobre livros em formato digital distinta da de livros físicos, a inclusão de um Capítulo sobre o uso da obra intelectual no âmbito digital, o acréscimo de casos de exceção à necessidade de aprovação prévia do autor para utilização de obras protegidas (incluindo para fins de preservação cultural), a responsabilidade de plataformas digitais e o direito de remuneração compensatória. Até a presente data, o projeto está em fase de tramitação.

Com esta breve apresentação de como a legislação brasileira garante os interesses do *autor de obras consideradas protegidas*, e de como regula as situações nas quais a *reprodução/utilização destas obras é livre* (exceções às autorizações prévias), o objetivo do presente estudo será aprofundado: como se realiza a aplicação da lei autoral brasileira às obras criadas pela IA.

²³ PL 1672/2021. Altera a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que “Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Autor: Bilac Pinto - DEM/MG. Apresentação:03/05/2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2280150>. Acesso em: 28 out. 2023.

2 AS OBRAS CRIADAS PELA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E O DIREITO AUTORAL

Começaremos nossa reflexão pela questão relativa a utilização de *obras protegidas* como *inputs* nos algoritmos de IA. Com base na legislação vigente, é permitido inserir *obras protegidas* para alimentar bancos de dados de uma ferramenta de IA para que produza uma nova obra, sem a autorização do autor?

Como visto, este uso não se enquadra em nenhuma das exceções previstas na legislação. Ademais, como as exceções devem ser interpretadas restritivamente, pode-se considerar como uma ofensa aos direitos autorais tal procedimento. Portanto, considerando a lei vigente, entende-se que é necessária a autorização prévia e expressa do autor para ser utilizado como um *input* de modelos de aprendizado de máquina. Essa autorização, ou cessão de direitos, pode ser realizada por meio dos termos de uso, responsabilidade, de cessão que as redes sociais, sites e serviços digitais disponibilizam aos usuários antes do cadastro ou da utilização.

A segunda questão que nos deparamos relaciona-se com os *outputs* gerados pelas ferramentas de IA: podemos considerá-los como *obras protegidas*? Se sim, quem seria o titular dos direitos autorais?

Para começar, necessário analisar se a obra gerada pela IA atende aos requisitos estabelecidos para ser considerada uma *obra protegida*²⁴.

O requisito da exteriorização é cumprido pelas obras criadas pela IA tendo em vista que são disponibilizadas ao público por meio da fixação da obra em um suporte digital. Já os requisitos criatividade e originalidade nos impõe uma análise mais acurada.

²⁴ Como visto anteriormente, a legislação nacional não impõe requisitos objetivos para que uma obra seja enquadrada no rol de obras protegidas, pois menciona que a obra pode ser expressa em qualquer modo e forma, sendo uma “criação de espírito”, termo absolutamente impreciso. A jurisprudência nacional também não formulou definições mais objetivas, sendo necessário recorrer à doutrina para solucionar a questão, como apresentado no item anterior, no qual os seguintes requisitos foram considerados para a caracterização de uma obra protegida: exteriorização, criatividade, originalidade, estrutura mínima, e efetividade social.

Podemos verificar que a *originalidade* é uma característica em geral presente nas obras geradas por IA que, apesar de basearem-se em outras produções artísticas, acabam por gerar algo novo, diferenciado, com características únicas. A dificuldade, para nós, é enquadrar a produção das obras pela IA no conceito de *criatividade*, pois definimos que o ato criativo é típico do intelecto humano.

Se algo novo, elaborado a partir de referências anteriores, foi exteriorizado por uma ferramenta de IA, sem a utilização do raciocínio humano, como podemos caracterizar esse processo, tendo em vista que ele não é criativo? É corrente nos dias atuais a utilização do termo *generativo* para nomear a capacidade de produção de algo novo e original pelas ferramentas de IA. O ChatGPT, uma ferramenta de IA desenvolvida pela OpenIA para gerar texto de maneira contextual e coerente em resposta a consultas ou instruções fornecidas pelos usuários, em resposta à nossa pergunta: “o que é generativo?”, trouxe a seguinte definição: “um sistema generativo tem a capacidade de criar conteúdo original, muitas vezes de maneira autônoma, com base em seu treinamento e nas entradas que recebe”²⁵. Portanto, a resposta do ChatGPT à nossa questão não foi elaborada a partir de um processo criativo, e sim por meio de um processo *generativo*. Neste sentido, apesar de *originalidade*, falta um requisito para que este texto seja protegido pelo direito autoral pátrio: a *criatividade*.

Adota-se, desta maneira, a posição de que obras criadas por IA podem se enquadrar como *obras originais*, quando estas são cognoscíveis como distintas das obras que a alimentaram²⁶, e *generativas*, não possuindo, por conseguinte, o atributo da *criatividade*.

Importante retomar, neste momento, que há dois tipos de processos que utilizam IA para desenvolvimento de obras novas: no primeiro, as ferramentas são utilizadas sob total controle humano e previsibilidade

²⁵ OPENAI. ChatGPT. Disponível em: <https://chat.openai.com/c/a95f6a6f-b79f-4807-826a-98adddb6b514>. Acesso em: 2 maio 2023.

²⁶ Ressalvamos que não incluímos neste conceito a obra gerada por IA em que se possa perceber partes da obra à qual ela se baseou (total ou parcialmente). Neste caso, entendemos que pode ser, inclusive, enquadrada a obra criada como um plágio, caso o autor original não seja explicitamente mencionado.

de seus resultados; no segundo, as ferramentas de IA geram resultados totalmente imprevisíveis.

Como consideramos o requisito *criatividade* como essencial para caracterização da obra protegida, temos que somente as obras geradas por ferramentas de IA sob total controle humano e previsibilidade de seus resultados possuem a proteção autoral. As demais obras, cuja característica é o resultado imprevisível, não poderão ser consideradas como protegidas, por estar ausente uma das características fundamentais: a *criação por parte do intelecto humano*, o que as garante uma identificação com um autor, pessoa física.

A respeito dos demais requisitos mencionados - *estrutura mínima e efetividade social* - verifica-se que muitas obras geradas por IA atendem essas características, sendo produções completas para a apreciação humana, como textos, vídeos, músicas etc.

A partir do exposto, e tendo em vista que a legislação brasileira protege os interesses das pessoas que se dedicaram à construção de algo *criativo e original*, não resta justificada uma proteção legal para inúmeras produções geradas por ferramentas de IA que possuem uma capacidade de processamento de dados infinitamente maior do que um ser humano, e que depende, para o desenvolvimento de suas obras, de produções advindas do labor intelectual de uma pessoa de carne e osso. Desta forma, o resultado do processo de uma ferramenta de IA pressupõe combinações de elementos das *obras autorais* e de *obras generativas* que já foram produzidas a partir de outras *obras autorais*, processo que apesar de infinito por conta das inúmeras combinações que progressivamente podem ser realizadas, se limita à alguns pontos de partida: os *inputs* de obras originais. É um processo que cria algo novo sempre a partir de referências postas pela mente humana.

Destacamos, a título de exemplo, que a jurisprudência americana também entende que o “nexo entre a mente humana e a expressão criativa” é um elemento crucial para que uma *obra seja protegida* pelo direito autoral (Naughton, 2023). Em 2023, o Escritório de Direitos Autorais americano decidiu que as imagens criadas com a utilização de ferramenta

de IA para a história em quadrinhos “Zarya of the Dawn” não possuem proteção autoral, pois não são produtos de autoria humana (Edwards, 2023). Por conseguinte, chegou-se à conclusão de que o texto dos quadrinhos seria protegido, mas as imagens geradas pelas IA não.

Esta interpretação se aproxima da visão subjetivista apresentada por Santos, na qual o autor destaca que “a criação para ser suscetível de proteção autoral deve refletir a contribuição pessoal de alguém, não podendo (...) resultar simplesmente da aglutinação de elementos pre-existentes ou de operações matemáticas automáticas” (Santos, 2020, pp 28-33).

À despeito do defendido até o momento, propomos, agora, uma lógica de pensamento distinta, para uma breve especulação: se considerássemos que as produções de IA são protegidas pelo ordenamento jurídico a partir de uma visão objetivista²⁷, quem seria o titular dos direitos autorais (*autor*)? A ferramenta de IA? O usuário da ferramenta? A empresa proprietária da IA? Seus desenvolvedores?

Sobre a primeira hipótese, não é juridicamente viável a *ferramenta de IA*, em si mesma, ser titular dos direitos autorais sobre suas produções, pois ela não é um ente dotado de personalidade. Não é possível estabelecer direitos e deveres à uma máquina, pelo menos na atualidade.

A respeito dos *usuários*, nos processos nos quais não há previsibilidade ou controle sobre o resultado (como vimos, há casos em que basta inserir uma ou duas palavras no *prompt* da IA para que ela gere uma produção original), o usuário não poderia ser considerado autor, pois ele não é responsável pelo processo criativo ou generativo. Ele contribui apenas com a *ideia* inicial, e como visto, as ideias não são protegidas pelo direito autoral (Brasil, 1998a, art. 8º, inciso I).

²⁷ Santos nos ensina que na visão objetivista (sistema do copyright) impera a ideia de “que a originalidade se traduz na existência de um esforço intelectual (que no direito inglês era chamado de skill and labour e no direito norte--americano de sweat of the brow, mais tarde denominado de criatividade). Nessa visão, a obra é original porque ela é única, ou seja, distinta de outra obra preexistente, portanto, uma obra nova resultante de um mínimo de atividade criativa” (Santos, 2020, pp 28-33).

O *desenvolvedor do sistema de IA* é a pessoa com maior conhecimento sobre o processo realizado pela ferramenta, podendo estabelecer maior ou menor previsibilidade aos resultados. No entanto, o desenvolvedor é considerado autor do instrumento, nos termos da Lei do Software. Então, se considerarmos ele como *autor* das produções advindas da ferramenta de IA, ele exerceria os direitos autorais duplamente: pelo desenvolvimento do sistema e pelas obras advindas deste sistema. Ademais, o desenvolvedor não faz parte do processo de elaboração da obra criada pela IA, pois é o usuário que insere os comandos iniciais para que a ferramenta elabore um conteúdo original, de maneira autônoma, com base em seu treinamento e nas entradas que recebeu. Assim, não faz sentido proteger uma pessoa que não interferiu no processo *generativo*, justamente porque ele não é *criativo*.

Resta a *pessoa proprietária da empresa responsável pela ferramenta de IA*, geralmente uma pessoa jurídica. Temos, aqui, que resgatar a conclusão que chegamos anteriormente: somente os direitos patrimoniais podem ser garantidos aos contratantes, ou seja, em contrapartida à remuneração ou pagamento realizado ao autor pelo desenvolvimento do sistema de IA, os contratantes têm direito à exploração patrimonial da obra. Não podem, assim, ser considerados autores.

A partir do exposto, na hipótese trazida, não seria possível garantir direitos autorais aos usuários das ferramentas de IA, aos seus desenvolvedores e nem aos seus proprietários, pois, para além dos motivos apresentados acima, nenhum deles participam do processo de elaboração da nova obra, pois se trata de um processo *generativo*, executado de forma automática por uma tecnologia que possui grande potencial de processamento de dados.

Para finalizar este breve estudo, passamos a reflexão sobre a capacidade de a nossa legislação responder às questões levantadas.

Como vimos, o ordenamento jurídico brasileiro não informa se as ferramentas de IA podem utilizar-se de *obras protegidas* sem a autorização prévia e expressa do seu *autor*. Além disto, ela ainda traz um elemento complicador: impõe que cada obra empregada tenha uma autorização es-

pecífica, o que torna o processo de permissão de uso da obra protegida extremamente inadequado para a realidade digital.

A legislação também não deixa claro se há direitos autorais sobre obras geradas por IA²⁸. Neste caso, o fato da lei não regular a utilização de obras generativas por autores em processos de criação de obras literárias, artísticas ou científicas, principalmente nos casos das obras híbridas, é um complicador. Vejamos alguns casos recentes.

Em 2023 a Câmara Brasileira do Livro (CBL), organizadora da 65ª edição do prêmio Jabuti, desclassificou uma obra semifinalista na categoria ilustração por ela ter utilizado IA em sua construção, causando a revolta de artistas²⁹. Segundo a CBL “as regras da premiação estabelecem que casos não previstos no Regulamento sejam deliberados pela Curadoria, e a avaliação de obras que utilizam IA em sua produção não estava contemplada nessas regras”³⁰. A autora japonesa Rie Kudan utilizou textos do ChatGPT para elaboração de seu romance “Tokyo-to Dojo-to”, que recebeu o concorrido Prêmio Akutagawa, no Japão. De acordo com a autora, a IA lhe permitiu a expansão de seu processo criativo, colocando o debate sobre como proteger obras criadas com o apoio de ferramentas de IA novamente em evidência.

Nos casos acima temos obras que foram elaboradas por pessoas que se utilizam das ferramentas de IA para compor sua produção final, os quais defendemos que ao autor deve ser garantida a proteção autoral, pois no processo de elaboração da obra ele utilizou a IA de forma instrumental, controlando o seu produto final.

²⁸ Santos aponta que “a noção de autor com base na qual nosso sistema foi construído não corresponde mais às condições em que as obras nascem hoje” (SANTOS, 2020), pois não há a previsão de obras criadas de forma coletiva, obras multimídias, obras desenvolvidas a partir da combinação de outras obras protegidas etc.

²⁹ ONLY by Laura. Status. Twitter. Disponível em: <https://twitter.com/onlybylaura/status/1722961218472690046>. Acesso em: 3 maio 2023.

³⁰ OBRA com uso de inteligência artificial é desclassificada do Prêmio Jabuti. **Publishnews**, [s. l.], 10 nov. 2023. Disponível em: <https://www.publishnews.com.br/materias/2023/11/10/obra-com-uso-de-inteligencia-artificial-e-desclassificada-do-premio-jabuti>. Acesso em: 3 maio 2023.

A legislação brasileira é antiga e sequer prevê a *internet* como um meio de exteriorização de obras autorais³¹. Com o avanço tecnológico e a ampla utilização de celulares, notebooks, 3G, 4G etc., muitos desafios foram lançados ao ideário tradicional do que é uma *obra protegida*. O direito, nesse sentido, vem tentando adaptar e alargar suas estruturas para que nelas caibam essas novas tecnologias – mas muitas vezes sem sucesso³².

³¹ Santos afirma que “apesar das discussões sobre Direito de Autor e Inteligência Artificial durarem mais de 30 anos, houve pouca evolução legislativa nesse período e os posicionamentos se mantiveram relativamente inalterados” (SANTOS, 2020).

³² Lemos destaca que: “Para acessar um conteúdo disponível na rede, ou seja, para exibi-lo na tela do computador, é preciso fazer uma cópia, ainda que temporária, daquele conteúdo, para o computador do usuário”. Dessa forma, a própria arquitetura da rede mostra as dificuldades de transposição automática do direito autoral para o ambiente digital. Adaptações na lei de Direitos Autorais devem ser feitas para adequá-la à sociedade da informação, à crescente digitalização de conteúdos, e a práticas sociais.

Algumas dúvidas surgem com frequência entre os usuários da internet: posso copiar, em meu blog, um texto que achei na internet? Posso procurar uma imagem na internet e inseri-la na minha apresentação de PowerPoint? Posso gravar, em meu MP3 player, o conteúdo de um CD que comprei? Posso disponibilizar uma música de que gosto no meu site? Posso mandar um arquivo dessa música para um amigo? Posso colocá-la disponível em uma rede de compartilhamento *peer-to-peer* (P2P)?

Algumas dessas ações são tão corriqueiras que é possível que boa parte da sociedade responda “sim” a pelo menos uma das perguntas acima. Porém, de acordo com a lei de Direitos Autorais vigente no país, isoladamente considerada, nenhuma dessas condutas seria permitida.

“Em um contexto em que grande parte da população age de forma contrária à lei, é preciso que haja um debate franco sobre o descompasso entre o direito e a sociedade” (Lemos *et al*, 2011, p. 73).

Bittar também aborda problemáticas que podem advir da utilização de obras autorais em um ambiente digital: “Portanto, a Internet não revogou os direitos autorais”. No entanto, há uma transformação da cultura, da forma como se lida com esses direitos, sem dúvida, mais complexa, e um efetivo problema de controle do uso da informação e de proteção efetiva às criações autorais.

São inúmeras as situações que geram dúvidas na aplicação do Direito de Autor, entre elas: a pirataria de conteúdos comercializados por Editoras; a disponibilização de obras de autoria sem o consentimento do(as) autor(e/as); a exposição de fotografias nas redes sociais; a manipulação de dados, imagens e conteúdos, violando-se direitos de imagem e direitos de autoria, simultaneamente; a divulgação de textos em *blogs*; a construção de plataformas virtuais que concedem espaço para a fixação e exposição de conteúdos de autoria massiva; a exposição de imagens retiradas de museus, sem a autorização da entidade que custodiava a obra artística famosa. Todas essas situações vêm gerando, como impacto das novas tecnologias, desafios e situações casuísticas que demandam e demandarão modificações e adaptações na legislação autoral, a despeito de grande número de questões ainda conseguirem encontrar tratamento suficiente,

Outro debate que vem sendo popularizado a partir das mudanças trazidas pela internet é o seguinte: a intenção daquele que viola o direito autoral é relevante para análise da sua conduta? E as consequências de suas ações, têm relevância para caracterizar um ato como ofensivo ou não?

Lembramos que a intenção da lei autoral é a proteção dos interesses do *autor* de obra intelectual. Então, podemos questionar, por exemplo, se o *compartilhamento* e *download* de *obras protegidas* no ambiente digital, sem o pagamento dos direitos autorais e sem autorização prévia, de fato, são ações contrárias aos interesses do *autor*.

Um estudo de *Harvard Business School* demonstrou que o compartilhamento de *obras protegidas* na internet não é um fator de desestímulo aos *autores*³³. Assim, temos visto que, apesar das novas tecnologias enfraquecerem a proteção dos direitos autorais nos termos tradicionais, elas não desestimulam os autores, e não trazem danos patrimoniais consideráveis aos mesmos, pois eles se utilizam dessas tecnologias para benefícios próprios, como para publicizar a sua *obra protegida*. O problema é

quando considerado o papel coadjuvante da Lei de Direito de Autor, ao lado do Marco Civil da Internet e do Código Civil de 2002, e, eventualmente, o cabimento do Crime de Violação de Direito de Autor (Código Penal), combinada com a Lei de Crimes Eletrônicos (2012) (Bittar, 2022, p.189).

³³ **Tradução livre:** “O advento do compartilhamento de arquivos enfraqueceu consideravelmente a proteção efetiva dos Direitos Autorais. Hoje, mais de 60% do tráfego da internet consiste em consumidores compartilhando músicas, filmes, livros e jogos. No entanto, apesar da popularidade da nova tecnologia, o compartilhamento de arquivos não minou os incentivos dos autores para produzir novas obras. Argumentamos que o efeito do compartilhamento de arquivos foi inibido por três razões. (1) A canibalização das vendas devido ao compartilhamento de arquivos é mais modesta do que muitos observadores supõem. O trabalho empírico sugere que, na música, não mais de 20% do declínio recente nas vendas se deve ao compartilhamento. (2) O compartilhamento de arquivos aumenta a demanda por complementos para obras protegidas, elevando, por exemplo, a demanda por concertos e preços de concertos. A venda de complementos mais caros aumentou a renda dos artistas. (3) Em muitas indústrias criativas, os incentivos monetários desempenham um papel reduzido na motivação dos autores para permanecerem criativos. Os dados sobre o fornecimento de novas obras são consistentes com o argumento de que o compartilhamento de arquivos não desencoraja autores e editores. Desde o advento do compartilhamento de arquivos, a produção de música, livros e filmes aumentou drasticamente.” Disponível em: <https://www.hbs.edu/faculty/Pages/item.aspx?num=46012>. Acesso em: 23 mar. 2023.

que, como visto na análise das exceções previstas em lei para utilização da obra sem prévia autorização do *autor*, não há qualquer hipótese prevista para *compartilhamento* de uma obra em meio digital que não traga prejuízos econômicos ao autor, ou que tenha por objetivo dar publicidade a determinada obra.

Nesse contexto, nos parece inadequada a ideia de que devemos alargar e emendar instituições tradicionais do direito para que nelas caibam as novas tecnologias. É preciso uma atualização da legislação sobre o tema para que o nosso ordenamento jurídico acompanhe as mudanças tecnológicas e não deixe que os casos concretos sejam decididos à bondade do juiz, com base em interpretações, princípios e legislações que não condizem mais com a realidade digital.

Adicionalmente, conforme tabela abaixo, verificamos que a desatualização da legislação brasileira gerou um aumento de demanda judicial, pois muitas questões relativas à aplicação do direito autoral na internet têm sido resolvidas pela jurisprudência. Conforme pode ser observado³⁴, processos judiciais relacionados ao termo *direitos autorais* tiveram aumento no período de 2011-2020 nos três Tribunais pesquisados: STF e STJ.

Marco temporal	STF	STJ	TJ-RJ
2011-2020	50	427	11.171
2001-2010	10	176	1.980
1991-2000	4	210	498
Total	64	813	13.649

Fonte: Autor

³⁴ O resultado da pesquisa sobre o termo “direitos autorais” realizada nos sites oficiais do STF, STJ e TJRJ em 12/04/2023.

CONCLUSÃO

Verificamos que a inserção de *obras protegidas* para alimentar bancos de dados utilizados por ferramentas de IA que produzem obras generativas não se enquadra em nenhuma das exceções previstas na legislação. Para dificultar a situação, nossa legislação estabelece que as possibilidades de utilização destas obras sem autorização prévia devem ser analisadas de forma restritiva. Ademais, o estudo identificou que as dificuldades relacionadas à ausência de regulação sobre a utilização de *obras protegidas* não se restringem ao campo da IA: a utilização da internet e o avanço tecnológico vêm criando diversas circunstâncias novas de compartilhamento, utilizações, combinações de obras, que requerem um novo olhar para essa realidade por parte dos legisladores.

Outra dificuldade encontrada, por falta de regulação, foi chegar à definição do que constitui *obra protegida* pelo direito brasileiro. Após análise da legislação, doutrina e jurisprudência, chegamos ao seguinte conjunto de requisitos mínimos para uma obra ser considerada autoral: *exterioridade, criatividade, originalidade, estrutura mínima e efetividade social*.

A aplicação dos requisitos acima à realidade de IA, por seu turno, requer a verificação de duas situações distintas: obras criadas por ferramentas sob total controle humano e previsibilidade de seus resultados; e obras criadas por ferramentas cujos resultados são totalmente imprevisíveis. Como consideramos o requisito *criatividade* como essencial para caracterização da *obra protegida*, entendemos que somente as obras geradas na primeira situação possuem a proteção autoral. As demais obras não poderão ser consideradas autorais, pois não atende a uma das características fundamentais para disfrutar da proteção legal: ser fruto da criação do intelecto humano. Este entendimento está alinhado com decisões recentes proferidas nos Estados Unidos, às quais não estenderam proteção autoral a produções advindas de ferramentas de IA.

Em detrimento dos argumentos apresentados em torno da *criatividade*, verificamos ainda se seria possível desconsiderar este requisito para que pudéssemos atribuir à autoria das obras elaboradas por sistemas de IA a alguém. Chegamos à conclusão não ser possível garantir proteção

autoral às ferramentas de IA, aos usuários destas ferramentas, aos seus desenvolvedores, e nem aos seus proprietários. À primeira hipótese, falta personalidade ao sistema, impossibilitando que ele possa ser titular de direitos e deveres; quando aos demais elencados, percebemos que nenhum deles participam do processo de elaboração da obra advinda da IA, pois se trata de um processo *generativo*, executado de forma automática por uma tecnologia que possui grande potencial de processamento de dados.

Quanto ao ordenamento jurídico pátrio, ele se mostrou extremamente inadequado para a realidade digital. Ele não prevê situações corriqueiras na atualidade, como a criação de obras híbridas (intelecto humano e IA), o compartilhamento das obras autorais na internet, e não considera a intenção e o impacto daquele que compartilha uma obra protegida sem permissão prévia (autorização, cessão do autor etc.).

Portanto, tendo em vista a falta de regulamentação e a insegurança que esta realizada impõe à produção intelectual, entendemos necessária e oportuna a atualização legal, de modo que o direito brasileiro possa amparar o *autor*, inclusive economicamente, assim como garantir o progresso contínuo da produção artística, científica e cultural por meio da proteção dos processos *criativos* e *generativos* modernos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1891)]. Constituição da República dos Estados Unidos do Brazil [24 de fevereiro de 1891]. Nós, os representantes do povo brasileiro, reunidos em Congresso Constituinte, para organizar um regime livre e democrático, estabelecemos, decretamos e promulgamos a seguinte. *In*: BRASIL. **Collecção das leis da República dos Estados Unidos do Brazil de 1891**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, [1892]. Actos do Poder Legislativo, p. 1-28. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/colecao-anual-de-leis>. Acesso em: 30 maio 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**: seção 1, Brasília, DF, ano 126, n. 191, p. 1-32, 5 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/DOUconstituicao88.pdf. Acesso em: 31 maio 2023.

BRASIL. Decreto nº 75.699, de 6 de maio de 1975. Promulga a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 9 de setembro de 1886, revista em Paris, a 24 de julho de 1971. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 555, 9 maio 1975. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d75699.htm. Acesso em: 30 maio 2023.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**: [seção 1], Rio de Janeiro, p. 23911, 31 dez. 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 15 jun. 2023.

BRASIL. Lei de 11 de agosto de 1827. Crêa dous Cursos de sciencias Juridicas e Sociaes, um na cidade de S. Paulo e outro na de Olinda. *In*: BRASIL. **Colleção das Leis do Imperio do Brazil de 1827**. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1878. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/18351>. Acesso em: 30 maio 2023.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**: Rio de Janeiro, seção 1, 5 jan. 1916, p. 133. Dados da publicação original. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-3071-1-janeiro-1916-397989-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 4 maio 2023.

BRASIL. Lei nº 496, de 1º de agosto de 1898. Define e garante os direitos autorais. *In*: BRASIL. **Colleção das leis da República dos Estados Unidos do Brazil de 1898**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1900. Actos do Poder Legislativo, v. 1, p. 4-8. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/colecao-anual-de-leis>. Acesso em: 30 maio 2023.

BRASIL. Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**: seção 1, Brasília, DF, ano 136, n. 36, p. 3-11, 20 fev. 1998b. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. 1998b. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=20/02/1998&jornal=1&pagina=9&totalArquivos=80>. Acesso em: 31 maio 2023.

BRASIL. Lei Nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**: seção 1, Brasília, DF, ano 136, n. 36, p. 3-11, 20 fev. 1998a. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=20/02/1998&jornal=1&pagina=11&totalArquivos=80>. Acesso em: 13 maio 2023.

CLISSA, Lucas. How big is big data in 2021? A survey about big data “sizes” for some of the most prominent big data sources. **Towards Data Science**, [s. l.], 2

mar. 2022. Disponível em: <https://towardsdatascience.com/how-big-are-big-data-in-2021-6dc09aff5ced>. Acesso em: 25 maio 2023.

COMISSÃO EUROPEIA. **Livro branco sobre a inteligência artificial**: uma abordagem europeia virada para a excelência e a confiança. Texto em língua portuguesa. Bruxelas: COM: [União Europeia], 2020. 65, final. Disponível em: https://commission.europa.eu/publications/white-paper-artificial-intelligence-european-approach-excellence-and-trust_en Acesso em: 23 maio 2023.

CORMEN *et al.* O papel dos algoritmos na computação. *In*: CORMEN, Thomas H.; LEISERSON, Charles E.; RIVEST, Ronald L.; STEIN, Clifford. **Algoritmos**: teoria e prática. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. Disponível em: <https://computerscience360.files.wordpress.com/2018/02/algoritmos-teoria-e-pratica-3ed-thomas-cormen.pdf>. Acesso em: 11 maio 2023.

CURTA-METRAGEM “Sunspring” é primeiro filme escrito por inteligência artificial. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 24 jun. 2016. Estadão Conteúdo. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/caderno-g/cinema/curta-metragem-sunspring-e-primeiro-filme-escrito-por-inteligencia-artificial-endjd1wdowl69zetzfdk545os/>. Acesso em: 4 maio 2023.

EDWARDS, Benj. AI-generated comic artwork loses US Copyright protection. **Ars Technica**, [s. l.], 23 fev. 2023. Disponível em: <https://arstechnica.com/information-technology/2023/02/us-copyright-office-withdraws-copyright-for-ai-generated-comic-artwork/>. Acesso em: 3 maio 2023.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **O direito, entre o futuro e o passado**. São Paulo: Noeses, 2014.

FISHER, William. **Theories of intellectual property**. Cambridge: Cambridge, 2001. Disponível em: <https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/iptheory.pdf> Acesso em: 29 maio 2023.

GONÇALVES, Lukas Ruthes; LANA, Pedro de Perdigão. A autoria de obras tuteláveis pelo direito autoral por aplicações de inteligência artificial no direito brasileiro e português. *In*: PEREIRA, Alexandre Libório Dias; WACHOWICZ, Marcos; LANA, Pedro de Perdigão (coord.). **Novos direitos intelectuais**: estudos luso-brasileiros sobre propriedade intelectual, inovação e tecnologia. Curitiba: Gedai, 2019. Disponível em: https://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2020/04/Novos-direitos-intelectuais-estudos-luso-brasileiros_ebook.pdf. Acesso em: 11 maio 2023.

GONÇALVES, Lukas Ruthes; WACHOWICZ, Marcos. **Inteligência Artificial e Criatividade**: Novos Conceitos na Propriedade Intelectual. Curitiba: Gedai, 2019. *E-book*. Disponível em: https://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2020/05/Intelig%C3%Aancia-artificial_portugu%C3%AAs_ebook.pdf Acesso em: 30 maio 2023.

IBGE. Tabela 7369: Percentual de pessoas que tinham telefone móvel celular para uso pessoal com acesso à Internet na população de 10 anos ou mais de idade que tinha telefone celular para uso pessoal, por sexo e condição de estudante e rede de ensino. *In*: IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua Anual**: 4º trimestre. Brasil: SIDRA, 2021. Disponível em: <https://sidra.ibge.gov.br/tabela/7369>. Acesso em: 23 maio 2023.

JIMÉNEZ CANO, Rosa. Carro com piloto automático faz sua primeira vítima. **El País**, São Francisco, 1 jul. 2016. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2016/07/01/tecnologia/1467337732_779288.html. Acesso em: 25 out. 2023.

MANS, Matheus. Curta-metragem ‘Sunspring’ é o primeiro do mundo a ser escrito por sistema de algoritmos. **Estadão**, São Paulo, 23 jun. 2016. Cinema. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/cultura/cinema/curta-metragem-sunspring-e-o-primeiro-do-mundo-a-ser-escrito-por-sistema-de-algoritmos/>. Acesso em: 29 maio 2023.

MONTEIRO, Renato Leite. Existe um direito à explicação na Lei Geral de Proteção de Dados do Brasil? **Instituto Igarapé**, Rio de Janeiro, n. 39, p. 1-23, dez. 2018. [Série] Artigos Estratégicos. ISSN 2359-098X. Disponível em: <https://igarape.org.br/wp-content/uploads/2018/12/Existe-um-direito-a-explicacao-na-Lei-Geral-de-Protecao-de-Dados-no-Brasil.pdf>. Acesso em: 23 maio 2023.

MORAES, Rodrigo. **Os direitos morais do autor**: repersonalizando o direito autoral. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. 511 p. ISBN 9786555105155.

NAUGHTON, John. Can AI-generated art be copyrighted? A US judge says not, but it’s just a matter of time. **The Guardian**, [s. l.], 26 ago. 2023. Disponível em: <https://www.theguardian.com/commentisfree/2023/aug/26/ai-generated-art-copyright-law-recent-entrance-paradise-creativity-machine>. Acesso em: 3 maio 2023.

NEWITZ, Annalee. Movie written by algorithm turns out to be hilarious and intense. **Ars Technica**, [s. l.], 30 maio 2021. Disponível em: <https://arstechnica.com/gaming/2021/05/an-ai-wrote-this-movie-and-its-strangely-moving/>. Acesso em: 29 maio 2023.

ONU. **Crescimento da internet desacelera e 2,7 bilhões ficam fora da rede**. ONU News BR, 2022. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2022/09/1801381> Acesso em: 23 maio 2023.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; RENZETTI, Bruno Polonio. **Big Data entre três microsistemas jurídicos**: consumidor, privacidade e concorrência. *In*: PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva (org.). *Defesa da Concorrência em Pla-*

taformas Digitais. São Paulo: FGV Direito SP, 2020. cap. 3, p. 84-118. Disponível em: <https://hdl.handle.net/10438/30031>. Acesso em: 23 maio 2023.

PORTUGAL GOUVÊA, Carlos. **A estrutura da governança corporativa**: raça, casta e tecnologia. São Paulo: Quartier Latin, 2022.

QUALMAN, Darrin. Unimaginable output: Global production of transistors. **Darrin Qualman**, Dundurn, SK (Canada), 4 abr. 2017. Blog. Disponível em: <https://www.darrinqualman.com/global-production-transistors/>. Acesso em: 13 maio 2023.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Direito de Autor e Inteligência Artificial (p. 28-33). In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos; JABUR, Wilson Pinheiro; ASCENSÃO, José de Oliveira **Direito autoral**. 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020. 356 p.

SMAILI, Ali Mustafa. **Responsabilidade civil e inteligência artificial**: regimes jurídicos. Orientadora: Teresa Ancona Lopez. 2023. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023.

SURDEN, Harry. Artificial intelligence and law: An overview. *Georgia State University Law Review*, v. 35, p. 19-22, 2019. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3411869. Acesso em: 2 jun. 2023.

THE WORLD'S most valuable resource is no longer oil, but data. **The Economist**, [s. l.], 6 maio 2017. Disponível em: <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>. Acesso em: 23 maio 2023.

TURING, Alan M. Can digital computers think? [1951]. In: SHIEBER, Stuart M. (ed.). **The Turing Test**: Verbal Behavior as the Hallmark of Intelligence. Cambridge, MA: Bradford Books: The MIT Press, 2004. cap. 6, p. 111-116. Disponível em: https://terrorgum.com/tfox/books/turingtest_verbalbehaviorasthehallmarkofintelligence.pdf. Acesso em: 8 maio 2023.

VINCENT, James. AI art tools Stable Diffusion and Midjourney targeted with copyright lawsuit: the suit claims generative AI art tools violate copyright law by scraping artists' work from the web without their consent. **The Verge**, [s. l.], 16 jan.2023. Disponível em: <https://www.theverge.com/2023/1/16/23557098/generative-ai-art-copyright-legal-lawsuit-stable-diffusion-midjourney-deviantart>. Acesso em: 23 maio 2023.

PROTEÇÃO AUTORAL DAS OBRAS DE DESIGN NA UNIÃO EUROPEIA APÓS O ACÓRDÃO COFEMEL

Copyright Protection of Design Works in the European Union After the Cofemel Ruling

Maria Victória Rocha¹

RESUMO:

O Acórdão do Tribunal de Justiça no caso *Cofemel* aparentemente clarificou duas questões em aberto. Em primeiro lugar, deixou patente que na União Europeia foi adotada a solução do cúmulo parcial. Nem todas as obras de arte aplicada, desenhos ou modelos, ou obras de *design* podem ser protegidos simultaneamente pelo direito de autor. Apenas os bens imateriais que se possam qualificar como “obras” merecem proteção cumulativa. Em segundo lugar, o Tribunal de Justiça considerou que o conceito de “obra” já está harmonizado, constituindo um conceito autónomo e uniforme na União Europeia. A proteção pelo direito de autor requer “originalidade”, no sentido de o bem imaterial em causa ser uma criação intelectual do autor, não sendo aceitável exigir requisitos mais exigentes no caso das obras de arte aplicada, desenhos ou modelos, ou obras de *design*. Para ser “obra”, a criação intelectual deve ser expressa num objeto identificável com suficiente precisão e objetividade. Todavia, a fundamentação da decisão do Tribunal de Justiça do caso

ABSTRACT:

The preliminary ruling of the Court of Justice in Cofemel case apparently clarified two open questions. First, the solution of partial cumulation was unequivocally established in the European Union. Not all works of applied art, designs, or works of design may be protected by copyright. Only those that qualify as “works” deserve cumulation of protections. Secondly, the Court of Justice considered that the concept of “work” is already harmonized, being an autonomous and uniform concept of the European Union. Copyright protection requires “originality”, in the sense that the subject matter at issue is an intellectual creation of its author, no other requirements are acceptable in case of works of applied art, designs, or works of design. To be a “work” the subject matter must be expressed in an identifiable object with sufficient precision and objectivity. Nevertheless, the ruling of the Court of Justice in Cofemel case is too vague and ambiguous, not providing guidelines capable of leading to a coherent and predicabile case law, expressing a uniform understanding of what is a “creative creation” regarding works of applied art, designs, and works of design. The lack of consensus about the concept in Portugal

¹ Professora da Universidade Católica Portuguesa, Escola de Direito do Porto. Membro e investigadora do CEID – Católica Research Centre for the Future of Law; Investigadora Sênior do GEDAI – Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial da Universidade Federal do Paraná; membro do Projeto Espanhol de “Moda y Bienes Inmateriales”. Este estudo faz parte do projeto de I + D + i PID2020-112707GB-I00, MODA Y BIENES INMATERIALES, financiado pelo MCIN/AEI/10.13039/501100011033. Email: virocha@ucp.pt; <https://orcid.org/0000-0002-0518-9223>

Cofemel é demasiado vaga e ambígua, não dando indicações que permitam conduzir a uma jurisprudência coerente e previsível, expressão de uma compreensão uniforme sobre o que seja uma “criação artística” no caso das obras de arte aplicada, dos desenhos ou modelos, ou das obras de design. A falta de falta de consenso acerca do conceito em Portugal e noutros países da União Europeia tem sido responsável pelas diversas soluções nacionais que se continuam a adotar.

Palavras-chave: direito de autor; desenhos ou modelos; obras de arte pura; obras de arte aplicada; obras de *design*; originalidade; obra; *Flos*; *Cofemel*; *Brompton*.

and the other countries of the European Union has been responsible for the divergent national case law that continues.

Key Words: *copyright; design; works of pure art; works of applied art; works of design; originality; work; Flos; Cofemel; Brompton.*

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO. 2. CUMULAÇÃO DE PROTEÇÃO DOS DESENHOS OU MODELOS E DOS DIREITOS DE AUTOR. 2.1. POSSÍVEIS POSIÇÕES QUANTO À CUMULAÇÃO. A) NÃO CUMULAÇÃO; B) CUMULAÇÃO TOTAL; C) CUMULAÇÃO PARCIAL. 2.2. O SISTEMA FRANCÊS. 2.3. O SISTEMA ALEMÃO. 2.4. A SITUAÇÃO EM PORTUGAL ANTES DO ACORDÃO COFEMEL. 3. A JURISPRUDÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA EM MATÉRIA DE CUMULAÇÃO DE PROTEÇÕES. 3.1. ACÓRDÃO FLOS. 3.2. ACÓRDÃO COFEMEL, 3.2.1. PEDIDO DE DECISÃO PREJUDICIAL NO CASO COFEMEL. 3.2.2. DECISÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3.2.3. CONSEQUÊNCIAS DO ACÓRDÃO COFEMEL. 4. JURISPRUDÊNCIA POSTERIOR AO CASO COFEMEL. 4.1. CASO BROMPTON. 4.2. DECISÕES DIVERGENTES DOS TRIBUNAIS NACIONAIS DOS ESTADOS-MEMBROS DA EU. 4.2.1. CASO RESPONSE CLOTHING. 4.2.2. CASO KIKO. 4.2.3. CASO BOTAS DE BORRACHA DE ISLE JACOBSEN. 4.2.4. CASO KRAKATAU. 4.2.5. CASO LAUREANO. 4.2.6. ACÓRDÃO DO STJ NO CASO COFEMEL. 4.2.7. CASO STABILO PEN 68. 4.2.8. CASO ABRIGO DE PASSAGEIROS LARUS. 4.2.9. CASO CAVALINHO. CONCLUSÕES. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Na União Europeia (doravante UE), os desenhos ou modelos, obras de arte aplicada e obras de *design* podem ser cumulativamente protegidos

pelo direito de autor e pelo direito da propriedade industrial. A aparência exterior de um produto pode ser protegida como obra e como desenho ou modelo. Este é um aspeto fundamental do sistema previsto no Artigo 96, nº2, do Regulamento (CE) nº 6/2002 do Conselho de 12 de dezembro de 2001 relativo aos desenhos ou modelos comunitários (doravante RDM)² e do Artigo 17 da Diretiva 98/71/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de outubro de 1998 relativa à proteção legal de desenhos e modelos (doravante DHDM).³

De acordo com o Artigo 3, al. a), do RDM, o desenho ou modelo designa a aparência da totalidade ou de uma parte de um produto resultante das suas características, nomeadamente das linhas, contornos, cores, forma, textura e/ou materiais do próprio produto e/ou da sua ornamentação. Não tem aqui relevo qualquer consideração de gosto estético, no sentido de a aparência do produto ser considerada bonita ou feia, nem releva a distinção entre desenhos ou modelos puramente ornamentais ou com uma função. A funcionalidade não é apreciada em sede de desenhos ou modelos, mas sim em matéria de patentes e modelos de utilidade. O importante para que haja proteção é que sejam cumpridos os requisitos de novidade e singularidade, tal como previstos no RDM. O Regulamento em causa também não nega tutela às criações que já sejam protegidas pelo Direito de Autor, embora a proteção por direitos de autor, em si mesma, não seja a finalidade da proteção como desenhos ou modelos, sendo instrumental em relação às finalidades decorativas e de valorização do produto em que a criação se plasma. O legislador comunitário não quis privar as obras de arte da tutela através dos desenhos ou modelos. Pelo contrário, resulta do Artigo 96 do RDM e do Artigo 17 da DHDM um sistema tutela cumulativa.⁴

² **JO L 003 de 05/01/2002 p. 0001- 0024**

³ **JO L 289 de 28.10.1998, p. 28-35**

⁴ O RDM prevê a proteção para qualquer desenho ou modelo, seja registado ou não (os desenhos modelos comunitários não registados estão previstos no Artigo 11 do RDM). Em Portugal, a proteção cumulativa de desenhos ou modelos comunitários não registados é inevitável por força do RDM. O Artigo 194º do Código da Propriedade Industrial (CPI) de 2018 não pode ser entendido em sentido literal. As recentes propostas de alteração do RDM da Diretiva 98/71/CE refletem esta ideia. O Artigo 96, nº2, proposto

2 CUMULAÇÃO DE PROTEÇÃO DOS DESENHOS OU MODELOS E DOS DIREITOS DE AUTOR

Pretendemos desenvolver neste estudo as questões que levanta a cumulação da proteção dos desenhos ou modelos com os direitos de autor, quer a nível da UE, quer a nível dos Estados-Membros.

Já referimos que a cumulação está prevista no Artigo 96, nº2, do RDM e no Artigo 17 da DHDM, entretanto transposta para o direito nacional dos Estados-Membros.

A cumulação está justificada no Considerando 8 da DHDM. Aí se pode ler que (...) “na falta de harmonização dos direitos de autor, é importante estabelecer o princípio da cumulação da proteção ao abrigo da legislação em matéria de proteção específica dos desenhos e modelos registados com a proteção do direito de autor, deixando simultaneamente aos Estados-membros a liberdade de fixarem o alcance da proteção ao abrigo dos direitos de autor e as condições em que é conferida essa proteção”.

O Artigo 17 da DHDM dispõe o seguinte: “Qualquer desenho ou modelo protegido por um registo num Estado-Membro de acordo com a presente diretiva beneficia igualmente da proteção conferida pelos Estados-Membros em matéria de direitos de autor, a partir da data em que esse desenho ou modelo tenha sido criado ou definido sob qualquer forma. Cada Estado-Membro determinará o âmbito dessa proteção e as condições em que é conferida, incluindo o grau de originalidade requerido”.

O Artigo 96, nº2, do RDM prescreve tutela cumulativa idêntica para os desenhos ou modelos Comunitários.

determina que qualquer desenho ou modelo protegido como desenho ou modelo da UE também beneficia da proteção garantida pelo direito de autor, a partir do momento em que o desenho ou modelo foi criado ou definido de qualquer forma, desde que os requisitos de proteção pelo direito de autor da UE estejam preenchidos (cf. Propostas de alteração do RDM e da Diretiva 98/71/CE, COM (2022) 666 final, COM (2022) 667 final, de 28.11.2022. Sobre os desenhos ou modelos não registados leia-se LOUREDO CASADO, Sara. **El Diseño Industrial no Registrado**, Aranzadi-Thomson Reuters, Madrid, 2019, 237 ss.

Uma vez que o Artigo 17, segunda parte, da DHDM deixa uma grande liberdade aos Estados-Membros, foram-se estabelecendo vários regimes de cumulação a nível nacional.

2.1 Possíveis posições quanto à cumulação

O Artigo 96º, nº2, do RDM e o Artigo 17 da DHDM apontam no sentido de uma cumulação parcial de proteções.

Em teoria, seriam concebíveis três possíveis regimes que, na prática, não existem em estado puro, aparecendo antes mesclados uns com os outros⁵:

a) Não cumulação

Se for este o regime, a tutela dos direitos de autor e dos desenhos ou modelos excluem-se mutuamente. A solução pode decorrer da lei (por exemplo, acima de um determinado número de exemplares não pode haver proteção autoral) ou ser uma opção do autor (por exemplo, pedindo o registo como desenho ou modelo quando a legislação exclui o cúmulo de proteções, ou produzindo um número de exemplares que excede o limite delimitado na legislação de direito autoral).

b) Cumulação total

Se for este o regime, quando a aparência estética de um produto for protegida como desenho ou modelo beneficiará simultaneamente da tutela autoral. A proteção pelo direito de autor é atribuída automática e indiscriminadamente a todas as criações intelectuais do domínio da estética que sejam protegidas como desenhos ou modelos.

c) Cumulação parcial

Neste regime, a tutela cumulativa autoral não abrange todas e quaisquer criações que preencham os requisitos de proteção como dese-

⁵ Desenvolvidamente, SILVA, Pedro Sousa e, **Direito Industrial. Noções Fundamentais**, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 174-183; GONÇALVES, Luís Manuel Couto, **Manual de Direito Industrial**, 9ª ed., Almedina, Coimbra, 2022, pp. 163-168.

nhos ou modelos, mas apenas as que satisfaçam determinados requisitos adicionais, como sejam carácter artístico ou mesmo um mais elevado grau de originalidade. Pode haver diversas variantes de cumulação parcial, dependendo dos requisitos adicionais exigidos e também dos efeitos decorrentes de cumulação de proteções.

2.2 O sistema francês

As origens da cumulação de proteções encontram-se no direito francês, nos finais do século XIX, com a consagração da “doutrina da unidade da arte”, introduzida por Eugène Pouillet⁶. Este autor considerou impossível distinguir direito industrial de desenho artístico, criticando a separação do regime de duas realidades feitas para se aliarem e se unirem - a arte e a indústria- e o estabelecimento entre elas de uma linha de demarcação. O princípio da unidade da arte foi fortemente acolhido pelos tribunais franceses, mas de forma exagerada e distorcida, a ponto de se banalizarem de forma quase grotesca as obras de arte. A jurisprudência francesa reconheceu proteção autoral a todo o tipo de criações utilitárias, sem qualquer carácter artístico, distorcendo os fundamentos invocados por Eugène Pouillet. O princípio da unidade da arte, erroneamente interpretado, implicou uma intromissão excessiva do direito de autor na vida comercial, conduzindo a que o produto mais banal fosse suscetível de proteção autoral. Esta visão implicou restrições da concorrência não justificadas pelo incentivo à estética industrial, já protegida pelo regime dos desenhos ou modelos, com dano para a economia. Eugène Pouillet nunca defendeu que o direito de autor tinha de abranger de forma automática os desenhos ou modelos. O autor apenas quis evitar que as obras de arte aplicada ficassem, à partida, excluídas da proteção autoral, por serem, precisamente, obras de arte aplicada. A doutrina do autor traduz-se na ideia de que a finalidade industrial não muda a natureza da uma obra, a aplicação industrial de uma obra de arte não pode fazer a mesma

⁶ POUILLET, Eugène, **Traité Théorique et Pratique de la Propriété Littéraire et Artistique et du Droit de Représentation**, 1^a ed., 1879 e **Traité Théorique et Pratique des Dessins et Modèles**, 1^a ed. 1868.

perder o seu carácter de obra protegida por direitos de autor. Mas, para ser protegida pelo direito de autor, tem de ser uma obra de arte. Se nunca foi uma obra de arte, não o passa a ser por estar tutelada como desenho ou modelo. A unidade da arte a que Eugène Pouillet se referia era a unidade da arte pura e da arte aplicada⁷. A sua doutrina visou evitar a “desqualificação” das obras de arte, não promover a “qualificação” das obras que nunca foram obras de arte.⁸

2.3 O sistema alemão

A solução tradicional no direito alemão é a da cumulação e deve-se a Eugen Ulmer⁹, que adotou a “Stufentheorie”, nos termos da qual, as obras de arte aplicada apenas podiam gozar de direitos de autor se atingissem uma determinada altura criativa (“Gestaltungshöhe”), uma criatividade reforçada, superior à exigida para a proteção das obras de arte pura por direitos de autor. A posição impôs-se na doutrina e jurisprudência alemães muito antes da Lei de Desenhos e Modelos de 2004, que transpôs a DHDM¹⁰.

Num dos casos mais conhecidos representativos desta posição, o caso da jóia *Silberdistel*¹¹, o BGH decidiu que um objeto utilitário, para ser protegido como desenho ou modelo, deve destacar-se da média dos desenhos ou modelos, ir para além do que é meramente bem feito e quotidiano. Além disso, para alcançar proteção autoral, é necessária uma di-

⁷ Sobre o princípio da unidade da arte, veja-se SILVA, Pedro, SOUSA e, **Direito Industrial**... cit., pp. 171-173 e bibliografia aí citada.

⁸ Esta é a única interpretação aceitável do princípio da unidade da arte de Eugène Pouillet. No mesmo sentido, entre outros, SILVA, Pedro, Sousa e, **Direito Industrial** ...cit., pp.172-173.

⁹ ULMER, E. **Urheber und Verlagsrecht**, Springer, Heidelberg/Berlim, 1960, p. 111 ss. Sobre o regime alemão antes da transposição da DHMD, leiam-se, entre outros, SCHRICKER, G., Farewell to the “Level of Creativity” in German Copyright Law?, **International Review of Industrial Property and Copyright Law** (IIC), 1995, pp. 41-48.

¹⁰ Gesetz über den rechtlichen Schutz von Design (DesignGesetz-DesignG), de 12 de março de 2004.

¹¹ Ac. do BGH de 22.06.1995 (I ZR 119/93). O caso pode ser consultado em Wayback Machine (archive.org). Acesso em 30 set. 2023.

ferença ainda maior, a obra deve ultrapassar claramente as obras de *design* médio, é necessário um grau de individualidade criativa superior.

Após a entrada em vigor da *DesignsGesetz* de 2004 a doutrina e a jurisprudência afastaram-se da “*Stufentheorie*”. No caso *Geburtstagszug*¹², o BGH, em 2013, decidiu que já não fazia sentido exigir às obras de arte aplicada um grau de criatividade mais elevado do que o exigido para as obras de arte pura. A proteção dos desenhos ou modelos e dos direitos de autor não se excluem, podem-se cumular. Mas os regimes em causa têm objetivos, requisitos e consequências jurídicas diversas. A proteção autoral não pode ser concedida às formas cujo efeito estético se deva à finalidade do objeto, mas apenas àquelas que se devam a uma realização artística. O direito alemão consagra uma cumulação parcial, no sentido de que só reconhece proteção autoral aos desenhos ou modelos que sejam simultaneamente uma realização artística, ainda que tenha abandonado a exigência de um nível de criatividade superior ao requerido para a generalidade das obras de arte¹³.

2.4 A situação em Portugal antes do Acordo *Cofemel*

Portugal, quer no Código da Propriedade Industrial de 2003 (Artigo 200º), quer no Código da Propriedade Industrial de 2018 (CPI) em vigor (Artigo 194º), cumpriu as exigências comunitárias. O Artigo 194º determina que “qualquer desenho ou modelo registado beneficia, igualmente, da proteção conferida pela legislação conferida em matéria de direito de autor, a partir da data em que o desenho ou modelo foi criado, ou definido, sob qualquer forma”. Por sua vez, o Artigo 2º, nº1, al.i), do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (CDADC) determina que

as criações intelectuais do domínio literário, científico e artístico, quaisquer que sejam o género, a forma de expressão, o mérito, o modo de comunicação e o objetivo, compreendem nomeadamente:

¹² Ac. do BGH de 13.01.2013, I ZR 143/12, consultado em Urteil des I. Zivilsenats vom 13.11.2013 - I ZR 143/12 - (bundesgerichtshof.de). Acesso em: 30 mar. 2023.

¹³ Neste sentido vejam-se, entre outros, OBERGFELL, Eva Inés, “Abshied von der “Silberdistel””: Zum urheberrechtlichen Schutz von Werken der angewandten Kunst”, **GRUR**, 2014, pp.612-627.

(...) i) Obras de artes aplicadas, desenhos ou modelos industriais e obras de *design* que constituam criação artística, independentemente da proteção relativa à propriedade industrial(...).

Antes do Acórdão *Cofemel*, a jurisprudência nacional era errática e imprevisível. A doutrina tinha, e ainda tem, posições divergentes relativamente ao conceito previsto no Artigo 2, nº1, al. i), do CDADC, que inclui entre as obras suscetíveis de proteção as obras de arte aplicada, ou desenhos ou modelos e as obras de *design* que constituam uma “criação artística”.

Quanto à relação entre o Artigo 194º do CPI de 2018 (correspondente ao anterior Artigo 200 do CPI de 2003) e o Artigo 2, nº1, al. i), do CDADC, embora a doutrina considere que em Portugal vigora uma cumulação parcial de proteções, vários autores exigem um maior valor artístico, do ponto de vista estético, para que a cumulação de proteções seja possível. Bárbara Quintela Ribeiro sempre considerou que a expressão “criação artística” significava que se exigia maior mérito para as obras de arte aplicada poderem ser protegidas por direitos de autor¹⁴. Esta visão ainda é partilhada por Menezes Leitão, que afirma que a cumulação de proteções só será possível se houver uma criação artística qualificada, no sentido de que o desenho ou modelo, ou a criação de *design*, para além da sua aplicação funcional, implique uma apreciação estética do mérito sujeita a reconhecimento externo¹⁵. Oliveira Ascensão considerava que as obras de arte aplicada apenas poderiam ser protegidas pelo direito de autor quando o seu carácter artístico claramente prevalecesse sobre o destino industrial (quando os desenhos ou modelos ainda tinham como requisito a aplicabilidade industrial, o que já não acontecia no CPI de 2003 e no CPI atual).¹⁶

Embora sempre tenhamos defendido uma cumulação de proteções, sempre fomos contra a ideia ter em conta o mérito artístico das obras

¹⁴ RIBEIRO, Bárbara Quintela, “A tutela jurídica da moda pelos regimes dos desenhos ou modelos”, **Direito Industrial**, Vol. V, Almedina, Coimbra, 2008, pp.477-528, em especial, pp.501-506.

¹⁵ LEITÃO, L. M. Teles de Menezes, **Direito de Autor**, 5ª ed., Almedina, Coimbra, 2023, p.93.

¹⁶ ASCENSÃO, J. de Oliveira, **Direito de Autor e Direitos Conexos** (Reimpressão), Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 92 ss, em especial p. 94.

de arte aplicada, uma vez que o direito de autor é independente do mérito (como, aliás, está expresso na cláusula geral constante do Artigo 2º do CDADC). Os desenhos ou modelos, as obras de arte aplicada e as obras de *design* deverão ser protegidas pelo direito de autor se, como acontece com qualquer tipo de obra, os requisitos gerais de proteção estiverem preenchidos. Se estamos perante obras do domínio artístico, reconhecidas como tal pelos círculos especializados, o bem imaterial em questão deverá ser protegido como obra¹⁷. Pedro Sousa e Silva sempre considerou que nem todos os desenhos ou modelos podem ser protegidos pelo direito de autor, mas apenas os que constituam uma “obra artística”, aspeto que não tem nada que ver com mérito, mas tem que ver com o reconhecimento como tal pelos círculos especializados, o que constitui matéria de facto que deverá ser provada.¹⁸ José Alberto Vieira critica, justamente, a forma como os desenhos ou modelos, obras de arte aplicada e obras de *design* estão previstas no Artigo 2º, nº1, al. i), do CDADC, considerando que a razão porque aí aparece a referência a “criação artística” em vez da expressão usual “criação intelectual”, que aparece no corpo do Artigo 2º e no Artigo 1º CDADC, resulta apenas do facto de a criatividade, neste tipo de obras, ter a ver com o seu aspeto estético. A expressão não significa que haja requisitos extra para efeitos de proteção, o legislador apenas expressa de outra forma o requisito geral da “criação intelectual” que tem de existir para que o bem imaterial em causa seja protegido por direitos de autor.¹⁹

A falta de clareza do Artigo 2º, nº1, al. i), do CDADC conduziu à falta de consenso na doutrina portuguesa. A inexistência de uma noção por todos aceite de “obra” e de “originalidade” a nível da UE em matéria de obras de arte aplicada também contribuiu para uma jurisprudência nacional muito errática e dividida sobre este tema.

¹⁷ ROCHA, Maria Victória, “Proteção autoral para modelos de vestuário? [Ac. do Tribunal de Justiça da União Europeia no caso *Cofemel/G-Star* (C-683/17) de 12.09.2019], **Revista de Direito Intelectual** 1, 2021, pp.221-239, em especial pp. 228-231.

¹⁸ SILVA, Pedro Sousa e, “Desenhos ou modelos no novo CPI. O que muda e o que não com o Ac. Cofemel”, **Revista de Direito Intelectual**, 2, 2019, pp. 189-204, em especial pp. 196-197.

¹⁹ VIEIRA, José Alberto, **Direito de Autor**, Almedina, Coimbra, 2020, pp.93-95, em especial p.95.

Durante algum tempo a orientação predominante, influenciada assumidamente por Oliveira Ascensão, foi no sentido de reservar a proteção pelo direito de autor para as obras que tivessem uma “criação artística” reforçada. Com este fundamento, um Acórdão da Relação de Coimbra, de 2002²⁰, recusou proteção autoral a certos bordados de Castelo Branco. Um Acórdão da Relação do Porto, de 2003²¹, na mesma linha, negou tutela autoral a quatro padrões de tecidos. Um Acórdão do STJ, de 2003²², condenou a imitação de um modelo de sacos térmicos, com fundamento apenas na prática de atos de concorrência desleal, embora tenha admitido, em tese, que o modelo pudesse beneficiar de proteção autoral.²³

Já na vigência do CPI de 2003, um Acórdão da Relação de Guimarães, de 2012²⁴, recusou proteção pelo direito de autor a uma linha de torneiras para cozinha e casa de banho, criadas em 2000 pelo arquiteto Carvalho Araújo e registadas como modelo no INPI em 2001, por um licenciado do autor, embora o registo tenha caducado em 2004, por falta de pagamento de taxas. O tribunal considerou que torneiras, mesmo de *design*, não podiam ser protegidas pelo direito de autor, o que nos parece excessivamente redutor, afastando a tutela apenas por terem uma função, mesmo que tivessem uma estética marcada.

O Acórdão da Relação do Porto, de 2004²⁵, recusou proteção autoral a uma escultura em poliuretano que representava um coração humano encomendado para ser exposto num congresso de cardiologia. Na linha na decisão restritiva acima referida em relação às torneiras, o tribunal considerou que não havia qualquer originalidade, ou qualquer forma nova, uma vez que estávamos perante a mera reprodução de um coração.

²⁰ Ac. de 22.01.2002 (Proc. 2236/01, Maria Marques v. Délia Brandão, rel. Jaime Ferreira, CJ I, 2002, 21).

²¹ Ac. de 31.03.2003 (Proc. 1258/03, Boussac v. Criabel, rel. Fonseca Ramos, CJ II, 2003, 183).

²² Ac. de 11.02.2003 (Proc. 4599/02, Application des Gaz e Camping Gaz v. Olívio Berardo, Lda., rel. Azevedo Ramos, CJ- STJ, I 2003, 93).

²³ Para uma referência e crítica a esta jurisprudência na vigência do CPI de 1995, leia-se SILVA, Pedro Sousa e, **Direito Industrial** cit., p. 186.

²⁴ Ac. de 27.02.2012 (Proc. 1607/103TBRRG, J. M. Carvalho Araújo v. Bruma, rel. Manso Rainho).

²⁵ Ac. de 08.07.2004 (Proc. 0442253, rel. Dias Cabral).

O Acórdão da Relação do Porto, de 2006²⁶, reconheceu direitos de autor a um *designer* de mobiliário, relativamente a um modelo de cadeirão, tendo condenado o réu ao pagamento de uma indemnização ao autor por violação desses direitos.

O Acórdão da Relação de Lisboa, de 2017²⁷, considerou que *design* de calças, *t-shirts* e *sweatshirts* podia ser tutelado por direitos de autor.

O Acórdão da Relação de Lisboa, de 2018²⁸, reconheceu tutela pelo direito de autor a modelos de armaduras de iluminação, criadas pelo arquiteto Souto Moura, por terem um valor estético que excedia a sua funcionalidade, gerando emoção estética.

O Acórdão da Relação de Lisboa, também de 2018²⁹, voltou a adotar uma posição restritiva, recusando a proteção autoral a papeleiras, bancos e floreiras em betão por os ter considerado mobiliário urbano, industrial, com um *design* meramente funcional, insuscetível de constituir uma criação artística. A decisão foi confirmada pelo STJ, em 2018³⁰, por razões semelhantes.

²⁶ Ac. de 23.11.2006 (Proc. 0633334, rel. José Ferraz).

²⁷ Ac. de 21.02.2017 (Proc.268/13.2YHLSB, rel. Luís Espírito Santo). A decisão foi objeto de recurso para o STJ que fez o reenvio prejudicial para o TJ, em 06.12.2017, dando origem ao Acórdão *Cofemel*, que analisaremos à frente. Para uma análise mais profunda da jurisprudência anterior ao caso *Cofemel*, e sobre a relação entre desenhos ou modelos e direito de autor, leia-se SILVA, Pedro Sousa e, **A Proteção Jurídica do Design**, Almedina, Coimbra, 2017, p. 243; SILVA, Pedro Sousa e, **Direito Industrial. Noções Fundamentais**, Almedina, Coimbra, 2019, pp.164-206; SILVA, Pedro Sousa e, **Código da Propriedade Industrial Anotado**, anotação ao Artigo 194º, Coord. GONÇALVES, L.M. Couto, Almedina, Coimbra, 2021, p.783 ss; SILVA, Pedro Sousa e, “Tutela Jusautoral de Obras de Design na esteira do Acórdão Cofemel: Nada de Novo Debaixo do Céu” **Revista de Direito Intelectual** 1, 2023, pp. 171-196; GONÇALVES, L. M. Couto, **Manual de Direito Industrial**, 9ª ed., Almedina, Coimbra, 2022, pp.163-168; MENDES, M. Oehen, “A obra enquanto objecto do direito de autor” **Revista de Direito Intelectual** 1, 2021, pp. 41-73; ROCHA, Maria Victória, **“Proteção autoral para modelos de vestuário?...”**, pp. 221-239.

²⁸ Ac.de 10.04.2018 (Proc. 225/13.9YHLSB.L1-7, rel. M. Amélia Ribeiro). O Acórdão foi confirmado, pelos mesmo motivos, pelo Acórdão do STJ, de 14.03.2019 (rel. Oliveira Abreu), sem que o STJ considerasse relevante esperar pela decisão do reenvio prejudicial no caso *Cofemel*.

²⁹ Ac. de 09.01.2018 (Proc. 76/14.3YHLSB, rel. Carla Câmara).

³⁰ Ac. de 27.09.2018 (Proc. 76/14.3YHLSB, rel. Olindo Geraldes).

Se analisarmos a nossa jurisprudência, antes do Acórdão *Cofemel*, verificamos que é errática e incoerente, não sendo possível prever o desfecho do caso concreto.

3 A JURISPRUDÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA EM MATÉRIA DE CUMULAÇÃO DE PROTEÇÕES

A jurisprudência mais relevante nesta matéria é constituída pelos Acórdãos *Flos*, *Cofemel* e *Brompton*.

3.1 Acórdão *Flos*³¹

O poder que a UE (anterior CE) concede aos Estados-Membros para definirem as condições da proteção cumulativa como “obra” protegida por direitos de autor e como desenhos ou modelos (nacionais ou comunitários) não permite a exclusão dessa cumulação. O Tribunal de Justiça (doravante TJ) sublinhou este aspeto em 2011, no Caso *Flos*³². No reenvio prejudicial efetuado pelo Tribunal de Milão, estava em causa avaliar a admissibilidade de uma lei italiana que tinha por efeito privar de direitos de autor os desenhos ou modelos que se encontrassem ou tivessem caído no domínio público antes de determinada data. Por força de uma norma transitória da legislação italiana, apenas os desenhos ou modelos criados a partir da data em causa poderiam beneficiar cumulativamente da proteção conferida pelos direitos de autor. O TJ declarou que a segunda parte do Artigo 17 da DHDM não pode ser interpretada no sentido de os Estados-Membros terem ou não a faculdade de conceder a proteção de direitos de autor a um desenho ou modelo que tenha sido objeto de registo num Estado-Membro ou com efeitos num Estado-Membro, uma vez que a vontade do legislador comunitário foi a de consagrar o princípio da cumulação da proteção específica dos desenhos ou modelos pelo registo com a proteção a título de direitos de autor (cf. parágrafos 36

³¹ Sobre o caso *Flos*, destacamos SILVA, Pedro Sousa e, **Direito Industrial...** cit, pp.166-171.

³² C-168/09 Acórdão de 27.01.2011, C-168/09, *Flos SpA v. Semeraro Casa e Famiglia SpA*, parágrafos 36 a 38.

a 38 do Acórdão). Ou seja, os Estados-Membros podem adotar o regime de proteção cumulativa que consideram mais adequado, mas não podem deixar de admitir essa cumulação, em maior ou menor grau.

O TJ distinguiu os desenhos ou modelos registados caídos no domínio público pelo facto de a proteção resultante do registo ter deixado de produzir efeitos e os desenhos ou modelos que nunca foram alvo de registo, sempre tendo estado no domínio público. Só em relação aos primeiros é que o TJ impôs a cumulação, uma vez que não estavam abrangidos pelo Artigo 17 da DHDM, que apenas se referia a desenhos ou modelos registados (parágrafo 32, 33 e 35). Quanto os segundos, aplicar-se-ia a solução que a legislação nacional entendesse consagrar. Ainda assim, o TJ advertiu que não se pode excluir que a proteção por direitos de autor relativamente a obras que possam constituir desenhos ou modelos não registados possa resultar de outras diretivas em matéria de direito de autor, nomeadamente da Diretiva 2001/29, na medida em que as condições a que esta Diretiva se aplica estejam preenchidas, aspeto que cabe ao tribunal de reenvio verificar (parágrafo 34). O TJ também declarou que a liberdade que os Estados-Membros têm para determinar o alcance e as condições da proteção através dos direitos de autor também não poderá afetar os prazos de proteção, já harmonizados, ao tempo, pela Diretiva 93/98 (parágrafo 39).

O despacho do TJ (Sexta Secção) de 09.09.2011, C-198/10, *Cassina S.p.A. v. Alivar Srl, Galliani Host Arredamenti Srl*, reafirmou a jurisprudência do caso *Flos*³³.

A partir destes dois Acórdãos ficou patente que o TJ não admitida a exclusão, à partida, do cúmulo de proteções, pelo menos quanto aos desenhos ou modelos registados a nível nacional, embora tenham ficado várias questões em aberto e o TJ tenha deixado aos Estados-Membros ampla liberdade quanto ao tipo de cúmulo de proteções.

³³ Despacho do TJ de 09.09.2011, C- 198-10, *Cassina S.p.A./Alivar Srl, Galliani Host Arredamenti Srl*, proferido num outro reenvio prejudicial da jurisprudência italiana, num caso em que estava em causa a reprodução de cadeirões criados por Le Corbusier, anteriormente a 2001, quando ainda estava em vigor a Lei nº 633, de 22 de abril de 1941, que não admitia a cumulação da proteção dos desenhos ou modelos com os direitos de autor.

3.2 Acórdão *Cofemel*³⁴



Esq: Jeans ARC da G-Star; Dta: cópias da Cofemel



Esq.:Sweatshít e T-shirt ROWDY da G-Star;
Dta: cópias da Cofemel

³⁴ Sobre o caso *Cofemel*, sugerimos leitura de CARBAJO CASCÓN, Fernando, “Objetos Industriales, Derecho de Autor y Libre Competencia, Consideraciones a partir de las SSTJEU de 12 de Septiembre de 2019 (“Cofemel”) y 11 de Junio de 2020 (Brompton)” (Octubre 2020)” **Cuadernos de Derecho Transnacional**, Octubre 2020, Vol. 12, Nº 2, pp. 913–942, e “La protección de los diseños de moda en la Unión Europea (entre el diseño industrial y el derecho de autor)”, Febrero 2020, **Cuadernos del Centro de Estudios de Diseño y Comunicación**, 106, pp. 139–162; ENDRICH-LAIMBÖCK, Tobias, “Little Guidance for the Application of Copyright Law to designs in *Cofemel*”, **GRUR-International**, 2020, 69 (3), pp. 264–269; GÜVEN, Koray, “Eliminating “Aesthetics” from Copyright Law: The Aftermath of *Cofemel*”, **GRUR International**, 2022, 71 (3), pp. 213–225; KUR, Annette “Unité de l’art is here to stay – Cofemel and its Consequences” **Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper Series**, 12 Dec. 2019, No. 19–16, pp. 1–22; LEISTNER, Mathias, “Einheitlicher europäischer Werkbegriff auch im Bereich der angewandten Kunst – Warum sich für die deutsche Praxis dennoch nicht viel ändern sollte” **GRUR**, 2019, nº 11, pp. 1114–1120; ROSATI, Eleonora, “CJEU rules that copyright protection for designs only requires sufficient originality”, **JIPLP – Journal of Intellectual Property Law & Practice**, 2019, Vol. 14, No. 12, pp. 931–932; RENDAS, Tito, “Copyright protection of designs in the EU: how many originality standards is too many?” **JIPLP – Journal of Intellectual Law & Practice**, 2018, Vol. 13, No. 6, pp. 439–441; ROCHA, Maria Victória, “Proteção autoral para modelos de vestuário?..”, pp. 221-239; SILVA, Pedro, Sousa e, “Desenhos ou modelos no novo CPI...”, p.189 ss; SILVA, Pedro Sousa e, “Tutela Jusautoral de Obras de Design na esteira do Acórdão Cofemel: Nada de Novo Debaixo do Céu”, **Revista de Direito Intelectual** 1, 2023, pp. 171-196.

O Acórdão *Flos* deixou várias em questões em aberto, em especial quanto requisitos e tipo de cumulação admitida em cada Estado-Membro.

O conceito de “obra” ao longo dos anos foi sendo harmonizado por diversas diretivas e pela jurisprudência da UE.

Para que uma obra seja protegida deve ser uma criação intelectual exteriorizada dotada de originalidade dos domínios literário e/ou artístico (cf. Artigos 1º, 2º e 3º do CDADC).

O conceito de “originalidade” é um conceito de geometria variável, com diversas interpretações nas legislações nacionais, muitas vezes não referido pelo legislador. A “originalidade” foi sendo harmonizada à medida que a UE intensificou a harmonização do Direito de Autor.

Há quatro diretivas que definem o conceito relativamente a determinadas matérias: o Artigo 1, n.º 3, das duas Diretivas sobre programas de computador³⁵; o Artigo 3, n.º 1, da Diretiva sobre Bases de Dados; em relação às fotografias, o Artigo 6 das Diretivas sobre o prazo de proteção; em relação às obras de arte visual no domínio público, o Artigo 14 da Diretiva sobre o mercado único digital. Todos os Artigos referidos determinam que os bens imateriais em causa - programas de computador, bases de dados, fotografias, obras de arte visual no domínio público - só podem ser protegidos como obras se forem originais, no sentido de serem o resultado da criação intelectual do autor. Não são considerados quaisquer outros critérios para determinar a sua suscetibilidade de proteção.

A proteção cumulativa justifica-se em face do Artigo 17 da DHDM, que contém uma obrigação inequívoca nesse sentido. De acordo com a norma, qualquer desenho ou modelo protegido por um registo num Estado-Membro de acordo com esta Diretiva beneficia igualmente da proteção conferida pelo direito de autor desse Estado-Membro. Do Considerando 8 da DHDM também se enfatiza que, na falta de harmonização dos direitos de autor, é importante estabelecer o princípio da cumulação.

³⁵ Diretiva 2009/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2009 relativa à proteção jurídica dos programas de computador, **JO L 111** de 5.5.2009, p. 16—22.

Uma solução nacional que excluísse completamente a cumulação seria contrária a DHDM. Aos Estados-Membros, todavia, deixou-se liberdade para determinar o âmbito e as condições da proteção cumulativa³⁶.

Relativamente às restantes obras, o TJ tem vindo a harmonizar o conceito de “originalidade” em diversos Acórdãos. Desde 2009, no Acórdão *Infopac*, que o TJ começou uma harmonização *de facto* sobre o requisito da “originalidade” para efeitos de aplicação da Diretiva InfoSoc, 2001/29. No Acórdão *Infopac*, o TJ decidiu que o requisito da “originalidade” apenas está preenchido quando, através da escolha, sequência e combinação de elementos como palavras, números, ou conceitos matemáticos, o autor expressa a sua criatividade de forma original³⁷. No caso *Bezpečnostní softwarová asociace*, o TJ ligou a “originalidade” à criatividade, decidindo que a mesma implica que o autor tenha expressado a sua criatividade de forma original.³⁸ No caso *Football Association Premier League*, o TJ decidiu que a “originalidade” implica liberdade criativa.³⁹ Em geral, como decidido no caso *Painer*, o TJ considerou que é necessário que o autor tenha expressado a sua capacidade criativa na obra através da realização de escolhas livres e criativas, que imprimam na mesma o seu toque pessoal.⁴⁰ A “originalidade” implica um aspeto criativo, não sendo suficiente que a criação da obra tenha implicado esforço, trabalho e capacidade (*effort, labour and skill*), a denominanda “sweat of the brow”.⁴¹ Acrescente-se que a “originalidade” não pode existir quando a criação da obra foi ditada por considerações técnicas, regras ou constrangimentos que não deixam espaço para liberdade criativa (*Spielraum*).⁴²

³⁶ Neste sentido, entre outros, SILVA, Pedro Sousa e, **Direito Industrial** cit., p.168.

³⁷ **Infopac**, C-5/08, EU:C:2009:465 (45). No mesmo sentido, veja-se **SAS Institute**, C-406/10, EU:C:2012:259 (67).

³⁸ **Bezpečnostní softwarová asociace**, C-393/09, EU:C:210:815 (50).

³⁹ **Football Association Premier League**, C-403/08 e C-429/08, EU:C:2011:631 (98).

⁴⁰ **Painer**, C-145/10, EU:C:2011:798 (89) (92).

⁴¹ Opinião do Advogado Geral no caso Mengozzi no caso **Football Dataco**, C-604/10, EU:C:2011:848 (35). **Funke Medien**, C-469/17, EU:C:2019:623 (19) (23).

⁴² **Cofemel**, C-683/17, EU:C:2019:721 (31), **Football Dataco**, C-604/10, EU:C:2012:115 (39), **Brompton Bicycle**, C:833/18, EU:C:2020:461 (24).

Em matéria de obras de arte aplicada, todavia, antes do Acórdão *Cofemel*, não havia indicações específicas, nem na legislação, nem da jurisprudência da UE.

3.2.1 Pedido de decisão prejudicial no caso *Cofemel*

Perante a divergência de soluções jurisprudenciais em Portugal, no caso *G-Star v. Cofemel*, o STJ decidiu fazer o reenvio prejudicial para o TJ.

O processo principal tinha por objeto a eventual violação de direitos de autor da *G-Star* pela *Cofemel*. As duas sociedades dedicam-se ao *design*, produção e venda de roupa. A *G-Star* é uma conhecida empresa holandesa (criada em 1989), especializada em ganga (raw denim). A *Cofemel* é uma empresa portuguesa (criada em 1982), titular da conhecida marca “Tiffosi”. Desde os anos 90 que a *G-Star* é dona ou titular de licenças das marcas “G-STAR”, “G-STAR RAW”, “G-STAR DENIM RAW”, “GS-RAW” e “RAW”. As peças de roupa desenhadas, produzidas e colocadas à venda com estas marcas incluem calças de ganga com um *design* conhecido por “ARC”, bem como *t-shirts* e *sweatshirts* com um *design* conhecido por “ROWDY”. Em 2013, a *G-STAR* propôs uma no Tribunal da Propriedade Intelectual português uma ação contra a *Cofemel* pedindo que esta fosse condenada por violação dos direitos de autor da Autora, alegando também a existência de concorrência desleal. Fundamentou o seu pedido alegando que alguns modelos de calças de ganga, *t-shirts* e *sweatshirts* produzidos e vendidos pela *Cofemel* eram comparáveis aos seus *designs* “ARC” e “ROWDY”. As peças de roupa em causa eram criações intelectuais originais e deviam ser consideradas obras protegidas por direito de autor. Na sua defesa, a *Cofemel* alegou que os elementos que havia copiado representavam apenas tendências da indústria. O Tribunal de 1ª Instância, Tribunal de Propriedade Intelectual, deu razão em parte à *G-STAR* e considerou que tinha havido violação de direitos de autor. No recurso para a Relação de Lisboa, a *Cofemel* alegou que, de acordo com o Artigo 2º, n.º 1, al. i), do CDADC, os *designs* em causa apenas poderiam ser protegidos pelo direito de autor se fossem considerados criações artísticas pelos setores culturais e institucionais relevantes, o que não era o caso. A *Cofemel* estava ape-

nas a copiar tendências da indústria. O Tribunal da Relação, como vimos *supra*, confirmou a decisão da 1ª Instância. A Relação de Lisboa entendeu que o Artigo 2º, n.º1, al i), devia ser interpretado de acordo com a Diretiva 2001/29, tal como interpretada pelo TJ nos julgamentos de 16.07.2009, *Infopac International*,⁴³ e de 01.12.2011, *Painer*⁴⁴. Tal interpretação implicava que o direito de autor abrangia a proteção das obras de arte aplicada, dos desenhos ou modelos e das obras de *design*, desde que o objeto em questão fosse “original” no sentido de ser o resultado da criação própria do autor, não sendo de exigir requisitos adicionais, como um particular grau estético ou um especial grau e valor artístico ou estético. Os *designs* das calças de ganga “ARC” e das *t-shirts* e *sweatshirts* “ROWDY”, que não estavam registados em Portugal como direitos da propriedade industrial, foram considerados obras protegidas por direitos de autor. O Tribunal da Relação confirmou a decisão da 1ª Instância, considerando que a produção e venda de algumas peças de roupa produzidas pela *Cofemel* violava os direitos de autor da *G-STAR*.

A *Cofemel* interpôs recurso de revista para o STJ, órgão jurisdicional de recurso. O STJ considerou provado que os modelos em causa foram criados por *designers* que trabalhavam para a G-Star e por *designers* ao serviço desta que lhe transmitiram por acordo os seus direitos de autor. Considerou ainda provado que os modelos de vestuário em causa eram fruto de conceitos e de processos de fabrico reconhecidos como inovadores no mundo da moda. Por fim, deu como provado que os mesmos modelos comportavam vários elementos específicos (efeito de três dimensões, esquema de montagem das peças, local de colocação de certos componentes, etc.) que a *Cofemel* usou parcialmente na confeção do vestuário da sua marca.

O STJ salientou que o Artigo. 2.º, n.º1, al. i), do CDADC inclui expressamente as obras de arte aplicada, desenhos ou modelos e obras de *design* no elenco das obras que beneficiam da proteção autoral, mas não especifica qual é o grau de originalidade exigido para que determinados objetos sejam qualificados como obras desse tipo. Esta é a questão que

⁴³ C-5/08, EU:C:2009:465.

⁴⁴ C-145/10, EU:C:2011:798.

está no cerne do litígio que opôs a *G-Star* e a *Cofemel* e que nunca foi consensual na jurisprudência e doutrina portuguesas. Por este motivo, o STJ considerou pertinente saber se à luz da interpretação da Diretiva InfoSoc⁴⁵ consagrada pelo TJUE no Acs. de 16 de julho de 2009, *Infopaq* (C-5/08), e de 1 de dezembro de 2011, *Painer* (C-145/10), a proteção garantida pelo direito de autor conferida a estas obras de *design*, de arte aplicada e desenhos ou modelos se basta com o mesmo critério de originalidade que se exige a qualquer obra literária e artística, ou seja, serem originais, no sentido de serem o resultado da criação intelectual do próprio autor, ou se é possível condicionar esta proteção à existência de um grau particular de valor estético ou artístico.

Nestas circunstâncias, o STJ decidiu suspender a instância e submeter ao TJ as seguintes questões prejudiciais:

1) [...] [A] interpretação dada pelo TJUE ao [artigo] 2.º, [alínea] a), da Diretiva [2001/29] [opõe-se] a uma legislação nacional — no caso, a norma constante do [artigo] 2.º, n.º1, [alínea] i), do Código de Direitos de Autor e Direitos Conexos (CDADC) — que confira proteção jusautorais a obras de artes aplicadas, desenho ou modelo industriais ou obra de design que, extravasando o fim utilitário que servem, gerem um efeito visual próprio e marcante do ponto de vista estético, sendo a sua originalidade o critério central da atribuição da proteção, no âmbito dos direitos de autor[?]

2) [...] [A] interpretação dada pelo TJUE ao [artigo] 2.º, [alínea] a), da Diretiva [2001/29] [opõe-se] a uma legislação nacional — no caso, a norma constante do [artigo] 2.º, n.º1, [alínea] i), do CDADC — que confira proteção jusautorais a obras de artes aplicadas, desenho ou modelo industriais ou obra de design se, à luz de uma apreciação particularmente exigente quanto ao seu carácter artístico, e tendo em conta as concepções dominantes nos círculos culturais e institucionais, merecerem ser qualificadas como “criação artística” ou “obra de arte”[?]

⁴⁵ Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001, relativa à *harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação*, JO L 167 de 22.06.2001 p. 0010 – 0019, que designaremos no texto por Diretiva InfoSoc.

O TJ respondeu à primeira questão, decidindo que o Artigo 2, al. a), da Diretiva InfoSoc deve ser interpretado no sentido de que se opõe a que uma legislação nacional confira proteção ao abrigo do direito de autor a modelos, no caso os modelos de vestuário do processo principal, pelo facto de os mesmos, extravasando o fim utilitário que servem, gerarem um efeito visual próprio e marcante do ponto de vista estético.

Atendendo à resposta dada a esta primeira questão, o TJ considerou que não havia que responder à segunda questão.

A forma como o STJ colocou as questões não foi a melhor. A única resposta que o STJ procurava era a de saber se, dada a forma divergente como a expressão “criação artística” referida no Artigo 2º, nº1, al. i), do CDADC tem sido interpretada em Portugal pela doutrina e pela jurisprudência, se justificava exigir um maior nível, ou mesmo um tipo diferente de “originalidade” no caso de obras de arte aplicada, desenhos ou modelos e obras de *design*. Mas em vez de colocar a questão de forma direta, ou seja em vez de perguntar se todos os tipos de obras estavam sujeitos aos mesmos critérios de “originalidade”, independentemente de serem ou não obras de arte aplicada, o STJ usou dois critérios diferentes: um referindo-se a um “efeito visual marcante”, no sentido de ir para além da função utilitária do objeto; outro referindo-se a uma estrita apreciação do carácter artístico de acordo com a opinião prevalente nos círculos culturais e institucionais. A forma como o STJ colocou a primeira questão criou ao TJ um dilema. O Tribunal queria usar os critérios enunciados no caso *Infopac* e nos casos subsequentes acima referidos, mas o TJ, sobretudo o Advogado Geral (doravante AG), não queriam garantir proteção autoral aos modelos de vestuário em causa. Daí que o Acórdão do TJ no caso *Cofemel* só possa ser entendido se compreendermos o que se encontra subentendido, mas não é dito expressamente⁴⁶.

⁴⁶ Em pormenor, KUR, Annete, “**Unité de l’art...**...cit., pp.5-6; ROCHA, Maria Victória, “**Proteção autoral...**...cit., p.234. Consulte-se C-683/17, **Cofemel**, parágrafo 52; veja-se o raciocínio do Advogado Geral Spuznar, acerca das consequências nefastas de uma proteção excessiva das obras de arte aplicada ou dos desenhos ou modelos pelo direito de autor (C-687/17, **Cofemel**, EU:C:2019:363, opinião do Advogado Geral, parágrafos 50 a 66).

3.2.2 *Decisão do Tribunal de Justiça*

A decisão do TJ não foi clara em muitos aspetos, mas estabeleceu sem margem para dúvidas a solução do cúmulo parcial de proteções na UE. O TJ deixou claro que nem todos os desenhos ou modelos podem ter proteção autoral. Apenas os que se possam qualificar como “obras”, no sentido da Diretiva InfoSoc, merecem o cúmulo de proteções. Um desenho ou modelo protegido, como regra, não tem de ser uma “obra” no sentido da Diretiva InfoSoc (cf. parágrafos 39 a 42).

Quanto à proteção como desenhos ou modelos, o Artigo 17 da DHDM determina que os desenhos ou modelos registados também são suscetíveis de ser protegidos como obras, mas a segunda parte do artigo deixa liberdade total aos Estados-Membros quanto aos requisitos necessários para haver cúmulo de proteção com direitos de autor. Quantos aos desenhos ou modelos Comunitários, o Artigo 96, nº 2, do RDM consagra solução semelhante à prevista no Artigo 17 da DHDM (cf. parágrafos 41 a 48). Há que ter em conta que a proteção como desenhos ou modelos e a proteção autoral têm diferentes objetivos e estão sujeitas a regras distintas. Os desenhos ou modelos visam proteger a estética de bens novos e com carácter singular que têm uma função e podem ser produzidos em massa. A proteção enquanto direitos de exclusivo é curta, podendo ir até 25 anos a contar do pedido, no caso dos desenhos ou modelos registados (se todas as renovações de 5 anos permitidas ocorrerem), ou até 3 anos, no caso dos desenhos ou modelos não registados. Todavia, sendo curta, é suficiente para assegurar o retorno do investimento que foi necessário para criar e produzir o bem em causa, sem haver restrição excessiva da concorrência. Os direitos de autor têm uma duração consideravelmente maior (na UE, como regra, os direitos patrimoniais de autor duram a vida do autor mais 70 anos a contar da sua morte, embora haja outras normas em casos especiais) e só se devem aplicar a “obras” (cf. parágrafos 50, 51 e 52 do Acórdão do TJ). O tipo de proteção concedida é diferente. Os direitos de autor permitem ao seu titular proibir cópias e outros usos não autorizados, mas o autor não pode impedir terceiros de criar e explorar obras que resultem de criações independentes. A proteção de um desenho ou

modelo registado é mais ampla, no sentido de que abrange qualquer desenho ou modelo que não cause no utilizador informado uma impressão global diferente. É garantida uma proteção objetiva que pode ser oposta a terceiros, mesmo que estes atuem de boa-fé (no entanto, os desenhos ou modelos não registados têm apenas uma tutela contra a cópia, próxima da que resulta do direito de autor).

A cumulação parcial implica uma interpretação restritiva do Artigo 194º do CPI, porque nem todos os desenhos ou modelos registados podem ser cumulativamente protegidos como obras. Todavia, apesar da letra do Artigo 194º (bem como da letra do Artigo 17 DHDM e do Artigo 96, 2, do RDM) o cúmulo de proteções também pode abranger os desenhos ou modelos Comunitários não registados, bem como os desenhos ou modelos cujo prazo de proteção já terminou (cf. parágrafos 8, 11, 44, 46 e 47).

A segunda conclusão que podemos retirar da decisão do TJ tem que ver com o conceito de “obra” para efeitos da Diretiva InfoSoc (cf. parágrafos 26, 27 e 28).

O TJ considerou ser jurisprudência assente que em todas normas da Diretiva InfoSoc o conceito de “obra” é um conceito autónomo da UE que deve ser interpretado e aplicado uniformemente e que requer duas condições para estar preenchido.

Primeiro, o conceito implica a existência de um bem imaterial original, no sentido de ser uma criação intelectual do próprio autor. Segundo, a classificação de obra está reservada aos elementos que sejam expressão dessa criação (cf. parágrafo 29, onde há uma remissão para os casos *Infopac International*⁴⁷, parágrafos 37 e 39, e *Levola Hengelo*, parágrafos 33 e 35 a 37). Para ter proteção jusautoral, a criação tem de ser original, no sentido de ser necessário, mas suficiente, que reflita a personalidade do seu autor, no sentido de ser expressão das suas escolhas livres e criativas (parágrafo 30, onde há uma remissão para os casos *Painer*, parágrafos 88, 89 e 94, e *Renckhoff*, parágrafo 14)⁴⁸. Quando não há liberdade de escolha, porque a

⁴⁷ Caso **Infopaq International**, C-5/08, EU:C:2009:465; caso **Levola Hengelo**, C-310/17, EU:C:2011:798.

⁴⁸ Caso **Painer**, C-145/10, EU:C:2011:798; caso **Renckhoff**, C-161/17, EU:C:2018:634.

criação foi ditada por constrangimentos técnicos, ou de outro tipo, não havendo espaço de jogo (*Spielraum*), não poderá estar preenchido o requisito da “originalidade” (cf. parágrafo 31, onde há uma remissão para o caso *Football Dataco and Others*, parágrafo 39)⁴⁹.

Destas considerações é legítimo concluir que o TJ entendeu que o conceito de “originalidade” devia ser entendido da mesma forma para todo o tipo de obras, não sendo de aceitar que os tribunais nacionais continuassem a distinguir obras de arte pura de obras de arte aplicada, designadamente exigindo um grau mais elevado, ou um diverso tipo de “originalidade” para estas.

Mas o Tribunal foi mais longe e também analisou a noção de “obra” à luz da Diretiva InfoSoc. A existência de uma “obra” pressupõe a existência de um bem “identificável com suficiente precisão e objetividade” (cf. parágrafos 32 e 33, onde há uma remissão para o caso *Levola Hengelo*, parágrafos 40 e 41)⁵⁰. A “obra” é expressão da criação individual do autor. Não existem precisão e objetividade quando a identificação do bem se baseia essencialmente nas sensações dos indivíduos que o percebem. Tais sensações são necessariamente subjetivas (cf. parágrafo 34, onde há uma remissão para o caso *Levola Hengelo*, parágrafo 42)⁵¹.

No caso *Cofemel*, pela primeira vez o TJ assumiu inequivocamente que os conceitos de “obra” e “originalidade” estão harmonizados na UE⁵². Todavia, limitou-se a repetir fórmulas padronizadas já usadas em vários casos anteriores, em vez de aprofundar os conceitos em matéria de obras de arte aplicada, de desenhos ou modelos e de obras de *design*.

Deste o caso *Infopac* que o TJ tem vindo a decidir que se uma obra estiver no âmbito de aplicação da Diretiva InfoSoc, a proteção apenas existirá se a obra for uma criação intelectual do próprio autor, resultado das suas escolhas livres e criativas (cf. casos *Football Association Premier*

⁴⁹ Caso **Football Dataco and Others**, C-604/10, EU:C:2012:115.

⁵⁰ Caso **Levola Hengelo**, C-310/17, EU:C:2011:798.

⁵¹ Caso **Levola Hengelo**, C-310/17, EU:C:2011:798.

⁵² O Tribunal de Justiça foi além do disposto no caso **Levola Hengelo**, C-310/17, EU:C:2011:798, parágrafo 33, que não era tão assertivo.

*League*⁵³ e *Karen Murphy*⁵⁴) e o resultado tenha o toque pessoal do autor (cf. caso *Painer* já referido)⁵⁵.

Caso o TJ tivesse aprofundado os dois conceitos em matéria de obras de arte aplicada, desenhos ou modelos e obras de *design*, dando noções substantivas que substituiriam as noções nacionais divergentes, o Acórdão *Cofemel* teria desempenhado um papel fundamental para clarificar esta matéria.⁵⁶

Todavia, a mensagem do TJ é ambígua. Apesar de decidir que as condições para garantir da tutela autoral às obras de arte aplicada, desenhos ou modelos e obras de *design* são alvo de interpretação uniforme na UE, apenas foram repetidas fórmulas padrão, referidos princípios gerais, mas não encontramos no Acórdão linhas orientadoras claras e coerentes.

A decisão merece-nos várias críticas por ser confusa e algo contraditória⁵⁷. Em vez de clarificar a questão, complica a solução de um problema que se torna cada vez mais agudo no mercado devido à tendência crescente dos *designers* e da indústria da moda para procurar proteção através da tutela autoral, assegurando um maior reconhecimento do *design* enquanto criação e obtendo direitos de exclusivo por um período muito mais longo. O TJ não forneceu uma base hermenêutica objetiva e coerente para resolver o problema de saber qual o âmbito da proteção que deve ser concedida aos bens híbridos intangíveis, tais como as criações de *design*, afetando, com a incerteza, a concorrência num setor de mercado cada vez mais relevante.

O TJ não se afastou do conceito de “originalidade” construído no Acórdão *Infopac* e jurisprudência subsequente acima referida, ou seja, o Tribunal confirmou que o requisito está preenchido se a obra for uma criação do próprio autor, resultante das suas escolhas livres e criativas,

⁵³ Caso **Football Association Premier League**, C-403/08, EU:C:2011:631.

⁵⁴ Caso **Karen Murphy**, C-429/08, EU:C:2011:631

⁵⁵ Ver ROSATI, Eleonora, “**CJEU rules**” ..., pp.931-932.

⁵⁶ Neste sentido, SILVA, Pedro Sousa e, “**Tutela Jusautoral...**”, pp.183-184.

⁵⁷ Neste sentido KUR, Annette, “**Unité de l’art...**”, pp.5-14, em especial p.5; CARBAJO CASCÓN, “La protección...”, p.153.

não havendo que fazer distinções entre criações puramente estéticas e criações funcionais, para este efeito. Todavia o TJ e, em especial o AG Spuznar, tendo consciência de que este conceito amplo de “originalidade” podia levar a um cúmulo excessivo da tutela via direito de autor e desenhos ou modelos, sentiram a necessidade de esclarecer que o cúmulo não é uma regra geral, mas sim uma exceção, aplicável apenas em certos casos, havendo um claro subtexto implícito, no sentido que não estarem abrangidos casos como este⁵⁸.

O AG considerou que esta solução se podia inferir da dicotomia ideia/expressão existente no direito de autor. No parágrafo 60, o AG considerou que a classificação dos concretos bens em causa como obras suscetíveis de proteção e a apreciação da existência de violação de direitos de autor competia aos tribunais nacionais. Todavia, o AG considerou que características tais como a “específica composição baseada em formas, cores, palavras e números”, a “combinação de cores”, a “colocação do bolso no estômago”, ou a forma como as calças de ganga eram feitas, montando três peças, elementos que a *Cofemel* alegadamente havia copiado, deviam ser analisados como como ideias, que podiam ser expressas de diferentes formas, ou podiam mesmo ser encaradas como soluções práticas, e não podiam ser protegidas pelo direito de autor (cf. parágrafo 60 da opinião do AG). Mais, ao confiar no carácter inovador e único, ao tempo, do seu *design* “G-Star Elwood”, introduzido em 1996, o AG considerou que parecia que a *G-Star* estava a procurar proteção autoral para a sua reputação e carácter distintivo, que normalmente são protegidas como marcas (como se pode ler no parágrafo 61 da opinião do AG). Embora possa haver violação de direitos de autor mesmo que apenas se reproduzam partes da obra, estas terão de conter elementos que sejam expressão da criação intelectual do autor. Tal não acontece quando os elementos copiados apenas são inspirados pelas ideias expressas na obra. Embora a decisão de saber se estamos perante meras ideias ou partes retiradas de uma obra pertença ao tribunal nacional e deva ser uma decisão tomada caso a caso, esse tribunal deverá assegurar-se que a matéria para a qual

⁵⁸ Neste sentido KUR, Annette, “**Unité de l’art...**”, pp.5-14, em especial p.6.

se procura a proteção é suficientemente identificável (cf. parágrafo 61 da opinião do AG). A tutela autoral e a tutela através de desenhos ou modelos são diferentes. Existe violação de um desenho ou modelo, nos termos do Artigo 10 do RDM, se o desenho ou modelo não produzir no utilizador informado uma impressão geral (visual) diferente, ou que é completamente estranha ao direito de autor (parágrafo 63 da opinião do AG). O direito de autor protege uma específica obra, não uma obra que cujo efeito visual cause uma impressão geral (visual) diferente. O direito de autor não requer novidade em sentido objetivo. As criações paralelas, desde que sejam originais, são lícitas e merecem proteção autoral como obras separadas. O mesmo acontece com uma criação inspirada por obras anteriores. Desde que não constitua uma reprodução não autorizada de elementos originais de outra obra, não há violação de direitos de autor, independentemente de estarmos perante uma impressão geral (visual) diferente ou não (cf. parágrafos 64 e 65 da opinião do AG). O tribunal deve distinguir o que é abrangido pela tutela como desenhos ou modelos do que é abrangido pela tutela autoral. Os requisitos e objetivos da proteção são diferentes, não havendo confusão entre os dois regimes (cf. parágrafo 66 da opinião do AG).

As propostas do AG Spuznar quanto às respostas que o TJ deveria dar ao STJ foram as seguintes: 1) O Artigo 2, al. a), da Diretiva InfoSoc, tal como interpretado pelo Tribunal, impede que os desenhos industriais possam ser protegidos pelo direito de autor apenas se tiverem um carácter artístico aumentado, excedendo o que é normalmente requerido para outras categorias de obras; 2) Ao avaliar a aplicação do direito de autor a um desenho industrial, o tribunal nacional tem de ter em conta os objetivos e mecanismos específicos do direito de autor, tal como a não proteção das ideias, mas sim a expressão dessas ideias e outros critérios para apurar a violação dos direitos de exclusivo. Em contrapartida, o tribunal nacional não pode aplicar à proteção pelo direito de autor os critérios específicos dos desenhos ou modelos.

Na sua decisão, o TJ enfatizou que a criação abrangida pelo direito de autor tem de se expressar de forma a ser identificável com “suficiente precisão e objetividade” (parágrafos 33 e 34, com remissão para o caso

Levola Hengelo, parágrafo 40). O Tribunal considerou que a aparência estética de um objeto é necessariamente subjetiva. A presença de um efeito visual estético significativo de um *design*, só por si, não pode justificar a proteção do mesmo pelo direito de autor (parágrafo 50 do Ac. do TJ).

No caso *Cofemel*, tanto o TJ como o AG manifestaram sinais claros de discrepância entre as palavras usadas e os critérios que o Tribunal queria aplicar. O AG, ao enumerar as características especiais do *design* das peças de roupa da *G-Star*, incluiu-as no âmbito das ideias não suscetíveis de proteção. Entendemos que o AG confundiu tal descrição, que pode significar uma ideia com várias opções para a sua expressão, com as peças de vestuário da *G-Star*, que representavam uma manifestação específica e identificável dessas ideias.⁵⁹

A referência à funcionalidade, efetuada pelo AG, poderia ser entendida no sentido de se estar a estabelecer a regra, nos termos da qual, quanto mais um item tem uma aparência próxima de um género (calças de ganga, *t-shirts*, *sweatshirts*, etc.), menos parece resultar de escolhas criativas. Mas se este raciocínio fosse de aceitar, no tocante às obras de arte aplicada, desenhos ou modelos, ou obras de *design*, teríamos de ser mais exigentes para demonstrar que estamos perante uma criação pessoal, ou seja, estaríamos a reestabelecer exigências em função das categorias de obras em questão, sendo certo que o TJ afastou essa diferenciação ao analisar o critério da “originalidade”.⁶⁰ As escolhas criativas não têm que ver com o motivo que pode ser “prototípico” (como no caso *Renckhoff*), mas encontrar a sua expressão nos detalhes. No caso *Cofemel*, os *designs* em causa tinham resultado das escolhas livres dos *designers* da *G-Star* relativamente aos detalhes das peças de roupa por eles criadas. Também não se pode retirar qualquer orientação clara das afirmações do TJ no sentido de que para avaliarmos estarmos perante uma obra teremos de nos basear em critérios objetivos e não na apreciação subjetiva da qualidade estética. “Estética” no sentido de “beleza”, “carácter apelativo” de um

⁵⁹ No mesmo sentido, KUR, Annette, “**Unité de l’art...**” cit., p.7.

⁶⁰ Veja-se, em matéria de fotografias, o caso **Land Nordrhein-Westfalen v. Dirk Renckhoff**, C-161/17, EU:C:2018:634.

objeto, naturalmente são questões de gosto pessoal, totalmente obsoletas e inapropriadas no contexto do direito de autor, que é esteticamente neutro. Mas o TJ não se refere à matéria neste sentido. O termo “estética”, no caso *Cofemel*, parece representar o oposto de “funcional”, o termo tem um significado muito próximo do que o TJ considera ser o resultado das escolhas criativas efetuadas pelos autores das obras.⁶¹

O TJ deixou bem patente que a única noção válida de “originalidade” no Direito de Autor da UE é o critério subjetivo, de acordo com o qual, estamos perante uma criação intelectual do próprio autor, que reflete a sua personalidade e é o resultado das suas decisões criativas livres, no sentido de que não foi ditada por considerações técnicas. Foi claramente afastado o critério da originalidade criativa, ou da altura criativa, durante muito tempo aplicado pelos tribunais de vários Estados-Membros. O acesso do *design* à proteção autoral já não pode ser justificado pela apreciação da existência de maior criatividade expressa em elementos visuais estético-artísticos mais reconhecíveis. Ao mesmo tempo, no entanto, o TJ determina que a cumulação de proteções só pode existir em determinadas situações. Nem todo o *design* merece ser protegido como obra pelo direito de autor. Mas se todas as criações intelectuais do autor, que refletem as escolhas livres do autor, são suscetíveis de ser obras protegidas pelo direito de autor, incluindo as obras de arte aplicada, os desenhos ou modelos, ou as obras de *design*, como é que é possível diferenciar as que merecem proteção autoral daquelas que apenas podem ser protegidas como desenhos ou modelos?

O TJ entende que o elemento de diferenciação não está no conceito de “originalidade”, mas no conceito de “obra” e ao mesmo tempo determina que a existência de uma obra não pode resultar apenas da presença de efeito estético visual num objeto criativo.

Perante esta aparente contradição, sob pena de não conseguirmos descortinar quando é que estamos perante um *design* utilitário suscetível de ser abrangido pelo direito de autor, somos forçados a concluir que o TJ disse menos do que o queria dizer. Existe um subtexto no Acórdão *Cofe-*

⁶¹ Neste sentido, KUR, Annete, “Unité de l’art...” cit., pp.7-9.

mel. Parece existir um “plus” necessário para distinguir o *design* da obra artística. O TJ recusa-se a recorrer ao elemento estético para identificar a presença de uma obra original, mas no âmbito do *design* o elemento estético está sempre presente, porque o que se protege através dos desenhos ou modelos é a forma ou ornamentação do produto, quando seja nova e tenha carácter singular. O “plus” de criatividade que nos permite afirmar que o *design* é ao mesmo tempo uma obra reside na identificação dos elementos estético-artísticos do objeto, especialmente quando o tipo de obra (obra de arte aplicada) é ao mesmo tempo um subtipo de obra artística, isto é, que tem um carácter artístico intrínseco.⁶²

É um facto que depois do Acórdão *Cofemel* as normas nacionais e a jurisprudência dos Estados-Membros da UE têm de ser interpretadas em conformidade com a jurisprudência do TJ. No entanto, a forma como as normas são aplicadas resulta da prática dos tribunais. Havendo um subtexto escondido no Acórdão *Cofemel*, os tribunais podem simplesmente adaptar o regime linguístico do TJ, tendo em conta o subtexto implícito de que a proteção das obras de arte aplicada não deve ser concedida com demasiada facilidade. Ou podem ter em conta apenas o texto expresso no Acórdão.

Enquanto não surgirem as mudanças legislativas no sistema da proteção dos desenhos ou modelos que está em curso na UE,⁶³ isto significa que, na prática, os tribunais nacionais vão poder continuar a interpretar a cumulação de proteções de diversas formas. O Acórdão *Cofemel* não conduziu a qualquer harmonização neste âmbito.

Há ainda um outro aspeto a criticar no Acórdão *Cofemel*. O TJ (cf. parágrafos 49 e 53 a 55) deu indicações concretas ao STJ português sobre a forma como este devia decidir no processo principal, o que excede manifestamente as competências do TJ. O TJ considerou que o STJ deveria examinar se os *designs* das roupas em causa podiam ser classificados como “obras” para efeitos de proteção autoral. O TJ insistiu que o efeito estético que pode ser produzido por um *design* resulta da experiência subjetiva de

⁶² Com mais detalhes, leia-se CARBAJO CASCÓN, “**La Protección...**”, pp. 153-156.

⁶³ Veja-se EUIPO - Revised Regulation and Directive on d (europa.eu). Acesso em: 06 jun. 2023.

cada um. Esse efeito subjetivo não permite que a matéria em causa seja considerada como existente e identificável com suficiente precisão e objetividade, de modo a poder ser considerada uma obra suscetível de ser protegida pelo Direito de Autor. As considerações estéticas são parte da atividade criativa. No entanto, o facto de um *design* poder gerar um efeito estético não torna possível determinar se o mesmo é uma criação intelectual reflexo da liberdade de escolha e da personalidade do seu autor, preenchendo dessa forma os requisitos da “originalidade”. O TJ referiu, nos parágrafos 55 e 56 do Acórdão, que a circunstância de os *designs* das peças de vestuário em causa no processo principal gerarem acima e para além do seu objetivo prático, um efeito estético visual específico e significativo, não era suficiente para os qualificar como “obras” no sentido da Diretiva InfoSoc.

3.2.3 Consequências do Acórdão *Cofemel*

Lendo o Acórdão *Cofemel* e analisando os factos provados no processo principal, está longe de ficar clara a razão, pela qual, os *designs* da *G-Star* não podiam ser protegidos como criações individuais dos seus autores, refletindo a sua personalidade e liberdade de escolha, ficando também por esclarecer porque é que as criações em causa não foram reconhecidas como suscetíveis de ser identificadas com suficiente precisão e objetividade. As razões para a ambiguidade da decisão resultam do subtexto veiculado pelo TJ que, de certa forma, desafia os padrões invocados no próprio Acórdão.

Se é verdade que no Acórdão *Cofemel* o TJ declarou, pela primeira vez e de forma inequívoca que o conceito de obra está harmonizado, a verdade é que na prática tal harmonização não aconteceu, uma vez que o TJ, ao limitar-se a repetir fórmulas padrão decorrentes da jurisprudência já existente, não aproveitou a ocasião para aprofundar o conceito de “originalidade” em matéria de obras de arte aplicada.

Mas o TJ ainda aumentou as dúvidas quando, excedendo a sua competência num processo de reenvio, analisou o caso concreto e deu indicações precisas quanto à forma como o STJ, tribunal nacional de recurso, devia decidir.

Ficou por ainda por entender, com base no texto do Acórdão, porque é que os *designs* das peças de vestuário da *G-Star*, que, excedendo o seu fim utilitário, geravam um efeito visual marcante do ponto de vista estético, não foram considerados criações intelectuais dos seus autores, os *designers* G-Star indicados nos Autos, que fizeram escolhas livres e criativas. O TJ entendeu que não podiam constituir “obras” por falta de precisão e objetividade.

Como referimos, a posição do TJ só se compreende por haver um subtexto implícito no sentido de que nem todos os *designs* podem ser obras com tutela jusautoral. O TJ parece exigir um “plus” que permita considerar que a obra de arte aplicada possa ser um subtipo de uma obra artística.

4 JURISPRUDÊNCIA POSTERIOR AO CASO COFEMEL

A jurisprudência posterior ao Acórdão *Cofemel* reflete a incerteza gerada e é demonstrativa da falta de harmonização atingida neste âmbito.

4.1 Caso *Brompton*



No Acórdão *Brompton*, de 11.06.2020, em que estava em causa saber se desenho ou modelo de uma bicicleta dobrável poderia ou não beneficiar cumulativamente de tutela autoral, o TJ reafirmou os critérios enun-

ciados no caso *Cofemel*, Salientou que um objeto que tenha originalidade também pode beneficiar da tutela autoral, mesmo que a sua realização tenha sido determinada por considerações técnicas, desde que havido liberdade criativa, isto é, desde que as questões técnicas não tenham impedido o autor de refletir a sua personalidade no objeto em causa, fazendo escolhas livres e criativas. Se a realização do objeto foi determinada por considerações técnicas, regras ou outras limitações que não deixaram margem para a liberdade criativa, ou deixaram uma margem tão limitada que a ideia e a sua expressão se confundem, não pode haver tutela autoral. Se a forma do produto é determinada apenas pela sua função técnica, não pode haver, haver proteção por direitos de autor. O TJ considerou que o caráter técnico de um produto não o priva de proteção autoral. Esta proteção depende apenas da possibilidade de o produto poder ser qualificado como obra, no sentido de ser uma criação individual do autor, que reflita a sua personalidade, manifestando as suas escolhas livres e criativas (isto é, tenha “originalidade”) e corresponda a um objeto identificável com suficiente precisão e objetividade (isto é, possa ser considerado como “obra”) ⁶⁴.

⁶⁴ TJ de 11.06.2020, **SI, Brompton Bicycle Ltd v. Chedech/Get2Get**, ECLI:EU:C:2020:461 (parágrafos 26, 31 e 33) cuja decisão foi a seguinte” Os artigos 2.º a 5.º da Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, devem ser interpretados no sentido de que a proteção que preveem ao abrigo do direito de autor se aplica a um produto cuja forma é, pelo menos em parte, necessária à obtenção de um resultado técnico quando esse produto constitua uma obra original resultante de uma criação intelectual, na medida em que, através dessa forma, o seu autor exprime a sua capacidade criativa de modo original, efetuando escolhas livres e criativas que refletem na referida forma a sua personalidade, o que cabe ao órgão jurisdicional nacional verificar tendo em conta o conjunto dos elementos pertinentes do litígio no processo principal.” Sobre o caso *Brompton*, entre outros, veja-se *BROMPTON CASE- Intellectual property and technical function: protection after patent expiration? - ABG IP* (abg-ip.com), acesso em: 30 set. 2023; SILVA, Pedro Sousa e, “**Tutela Jusautoral...**”, pp. 184-185.

4.2 Decisões divergentes dos tribunais nacionais dos Estados-Membros da UE

Há várias decisões dos tribunais nacionais dos Estados-Membros da UE com referências ao Acórdão *Cofemel*.

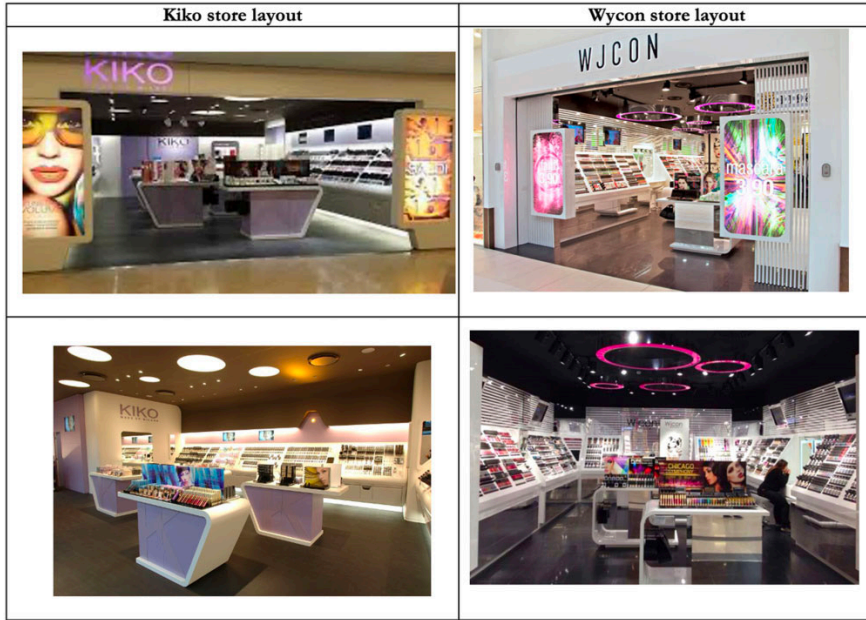
4.2.1 Caso *Response Clothing*



No Reino Unido, a sentença do Intellectual Property Enterprise Court, de 21.01.2020, no caso *Response Clothing*, considerou que um padrão de tecido de blusas de senhora podia ser considerado “obra”, tendo em conta os critérios enunciados pelo TJ no caso *Cofemel*. O tribunal britânico recordou que o TJ decidiu que o direito nacional não pode tratar de forma diferente as obras de arte pura e as obras de arte aplicada. Em termos de “originalidade”, os tribunais não podem pretender requisitos mais exigentes, nomeadamente, um requisito adicional de valor estético ou artístico. Se o padrão de tecido em causa for original, por o seu desenho ter sido uma criação intelectual do próprio autor, estamos perante uma obra no sentido do Artigo 2 da Diretiva InfoSoc. Se não existia um desenho suficientemente similar anterior, a sua criação é expressão das escolhas livres e criativas do seu autor⁶⁵.

⁶⁵ Proc. IP-2017-000174 [2020] EWHC 148 (IPEC) caso **Response Clothing Ltd. v The Edinburgh Woollen Mill Ltd.** O processo pode ser consultado em Fabric textures

4.2.2 Caso KIKO



Referindo o Acórdão *Cofemel*, a Corte Suprema di Cassazione, no caso *KIKO*, em Acórdão de 08.02.2020, qualificou como obra de arquitetura, abrangida pelo Artigo 5º, nº2 da “Legge sul diritto d’autore”, o *design do interior de uma loja de cosméticos*, por o projeto de interiores em causa refletir uma conceção unitária, com a adoção de um esquema definido e visualmente relevante, revelador de uma “chave estilística” clara, de componentes organizados e coordenados para criar um ambiente funcional e harmónico, ou seja, por manifestar o cunho pessoal do autor⁶⁶.

can be “artistic work”: *Response Clothing v Edinburgh Woollen Mill* (eip.com), acesso em: 30 set. 2023. Mesmo após o fim do período de transição do Brexit, a jurisprudência *Cofemel* ainda vinculava o Reino Unido por aí se ter mantido o direito da UE. Sobre o caso leia-se *The Bird and Bird IP Team*, “Fashion-related IP decisions round-up 2020, *The Bird and Bird IP Team*, **JIPLP**, Volume 16, Issue 6, June 2021, pp. 595–625 e SILVA, Pedro Sousa e, “**Tutela Jusautoral...**” cit., p. 185.

⁶⁶ Proc. 17223/2018, *Wycon, S.p. a. v. Kiko S.p. a.*. Sobre o caso leia-se *Caso KikoWycon: la tutela del concept store tra diritto d’autore e concorrenza sleale* | *Italy Intellectual Property Blog* (ipinitialia.com), acesso em: 20 set. 2023; ROSATI, Eleonora, “Italian Supreme Court applies CJEU *Cofemel* decision to make up store layout”, **JIPLP**, Vol.

O tribunal aplicou o princípio reafirmado pelo TJ no acórdão Cofemel (C-683/17), segundo o qual a proteção reservada aos desenhos e modelos e a concedida pelo direito de autor podem ser cumuladas se a obra registada como desenho ou modelo refletir a personalidade e a criatividade do seu autor e a sua criação não tiver resultado de considerações técnicas, regras ou outros condicionalismos que não deixem margem para a liberdade criativa. Um projeto ou obra de *design* de interiores, de conceção unitária, que adote um esquema definido e visualmente apreciável, que revele uma clara “chave estilística”, de componentes individuais organizados e coordenados para tornar o ambiente funcional e harmonioso, ou que manifeste a marca pessoal do autor, pode ser protegido como obra de arquitetura nos termos do Art. 2, n.º 5, da lei italiana sobre o direito de autor (“desenhos e obras de arquitetura”). Isto é assim independentemente da exigência de incorporação inseparável dos elementos de mobiliário com o edifício ou do facto de os elementos individuais de mobiliário que o compõem serem simples ou comuns e já utilizados no setor, desde que o resultado seja uma combinação original, não imposta por um problema técnico ou funcional. Para ser passível de proteção, a obra de *design* de interiores deve ser sempre identificável e reconhecível como uma obra unitária do autor, devido a escolhas precisas na composição dos seus elementos.

4.2.3 Caso botas de borracha de Ilse Jacobsen



RUB 1 (L) and VRS (R)

Em sentido oposto, o Supremo Tribunal Dinamarquês (IJH) decidiu, em 10.06.2020, que um *modelo de botas de borracha* não podia ser protegido

15, 7, 2020, p. 501; The Bird and Bird IP Team, **JIPLP**, Volume 16, Issue 6, June 2021, pp. 595–625; SILVA, Pedro Sousa e, “**Tutela Jusautoral...**”, pp. 185-186.

por direitos de autor, por não preencher o requisito da “originalidade”, não tendo considerado suficiente o facto de o *design* em causa gerar um efeito visual específico e esteticamente significativo⁶⁷. O longo processo em torno das botas de couro de cores vivas e *fashionable*, da icónica *designer* dinamarquesa *Ilse Jacobsen*, terminou com a indústria da moda dinamarquesa e europeia na ponta da bota legal. O Supremo Tribunal dinamarquês não atribuiu direitos de autor a *Ilse Jacobsen* como recompensa pelo seu “esforço criativo livre e independente” no que diz respeito ao *design* das icónicas botas de borracha “RUB 1”, que juntavam elementos das tradicionais botas de couro com atacadores longos com elementos das botas de borracha com atacadores. O Tribunal também não aceitou a alegação de *Ilse Jacobsen* de que os produtos importados pela *Morsø Sko Import* apresentavam um grau de semelhança tal que violavam a proibição de imitação prevista na lei dinamarquesa relativa às práticas de concorrência.

4.2.4 Caso *Krakatau*



Esquerda, *Parka infratora*; Direita *infringida* (fonte: ECLI: NL:GHARL: 2020:4773, <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:GHARL:2020:4773>)

⁶⁷ Decision of the Supreme Court of Denmark 10 June 2020 – Case No. BS-7741/2019-H-JR IJH A/S v. Morsø Sko Import A/S Danish Consolidated Act on Copyright No. 1144 of 23 October 2014, Sec. 1(1), acesso em: 30 set. 2023. Sobre este Acórdão, leia-se KIANZAD, BEHRANG, “Did die Danish Supreme Court Give the Fashion Industry a Kantian Boot?”, **GRUR International**, 70, 2, 2021, pp. 159-163; The Bird and Bird IP Team, **JIPLP**, Volume 16, Issue 6, June 2021, pp. 595–625; SILVA, Pedro Sousa e, “**Tutela Jusautoral...**”, p. 186.

Um tribunal de recurso dos Países Baixos, no caso *Krakatau*, considerou que uma parka de duas peças (uma parte interna e outra externa) estava protegida pelo direito de autor, por preencher as condições do Acórdão *Cofemel*, uma vez que resultava de escolhas criativas e era claramente reconhecível como sendo uma criação do próprio autor⁶⁸. A decisão conduziu, todavia, a resultados opostos aos ocorridos no caso *Cofemel*.

4.2.5 Caso Laureano

O Supremo Tribunal Espanhol, em Acórdão de 16.02.2021, *Laureano*, negou proteção a uma lide tauromáquica, tendo invocado os casos *Levola Engelo e Cofemel*, decidindo que não estava preenchido o requisito de o objeto ser identificável com suficiente precisão e objetividade, ou seja, de ser uma “obra”⁶⁹.

4.2.6 Acórdão do STJ no caso Cofemel

Em Portugal já existe jurisprudência posterior à decisão prejudicial do TJ no caso *Cofemel*, a começar pelo acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) no processo que deu origem ao pedido de decisão prejudicial⁷⁰.

Neste acórdão, a questão essencial consistia em decidir se o *design* das calças de ganga “ARC” e o *design* gráfico incorporados na *sweatshirt* e *T-shirt* “ROWDY”, ambos pertencentes à G-Star e imitados pela *Cofemel*, sob a marca “Tiffosi”, podiam ser protegidos pelo direito de autor. Para responder a esta questão era fundamental que o STJ determinasse o sen-

⁶⁸ Decisão do Tribunal de Segunda Instância de Anhem-Leewarden, Proc. 2020:4773, **The Sting v. Krakatau**, referido por SILVA, Pedro Sousa e, “Tutela Jusautor...”, p.186.

⁶⁹ Proc. 82/2021, **Laureano v. Registrador Territorial de la Propiedad Intelectual de Extremadura**. Sobre o caso, leia-se ALTABA, Marc Simon, “Is bullfight a work of art? Not in Spain, apparently, *IIC*, 52, 2021, pp. 807-819; SILVA, Pedro Sousa e, “Tutela Jusautor...”, p.186.

⁷⁰ Acórdão de 15.01.2020, **G-Star Raw C.V. v Cofemel- Sociedade de Vestuário**, Proc. S.A268/13.2YHLSB.LI.SI.

tido exato da redação do Artigo 2.º, n.º 1, i), do CDADC. Com o título “Obras originais”, o n.º 1 do CDADC determina que “as criações intelectuais do domínio literário, científico e artístico, qualquer que seja o seu género, forma de expressão, mérito, modo de comunicação e finalidade, incluem, nomeadamente: (...) i) as obras de arte aplicada, os desenhos industriais e as obras de design que constituam criação artística, independentemente da proteção relativa à propriedade industrial”. O Artigo 2º, 1, i), do CDADC está em consonância com o Artigo 2º, nºs 1 e 7 da Convenção de Berna (Ato de Paris de 24.07.1971, alterado em 28. 09.1979), que permite que as obras de arte aplicada sejam protegidas por direitos de autor, e em consonância com o Tratado da OMPI sobre o Direito de Autor de 1996, que faz parte do direito comunitário (Decisão 2000/278/CE do Conselho, de 16 de março de 2000), que determina, no seu Artigo 1, nº4, que as Partes Contratantes devem cumprir as disposições dos Artigos 1º a 21º da Convenção de Berna e seus anexos. O Artigo 2º do CDADC não determina o grau de originalidade necessário para que este tipo de obras seja protegido pelo direito de autor, existindo posições divergentes na jurisprudência e na doutrina (cf. n.º 11 do acórdão do STJ, pp. 59- 61). Para verificar se a matéria em causa podia ser abrangida no âmbito das “obras” protegidas pelo direito de autor, o STJ seguiu integralmente as considerações e o Acórdão do TJ (n.º 11 do acórdão do STJ, pp. 62-67).

Ficou provado que o *design* “ARC” se caracteriza por um *design* com efeito 3D e pelo corte de perna com efeito de parafuso, resultante da posição dos três módulos montados, da posição vertical das costuras (produzindo o efeito de um parafuso rodado por uma chave de fendas) e das costuras na parte de trás dos joelhos em forma de dardos. No entanto, o STJ entendeu que o *design* “ARC” das calças de ganga em causa, criado pelos *designers* Rixt van der Trol e Pierre Morriset, que trabalham para a *G-Star*, não pode ser protegido por direitos de autor, porque não é apropriável. Tal como referido no Artigo 1º, n.º 2, do CDADC, as ideias, processos, sistemas, métodos operacionais, conceitos, princípios ou descobertas, por si só e enquanto tais, não podem ser protegidos por direitos de autor. Esta disposição consagra o princípio fundamental de que o direito de autor não protege o tema ou a ideia, mas a expressão dada ao tema ou à ideia

pelo autor. São as próprias obras que são protegidas, na sua forma e modo de expressão, e não as ideias, sistemas, princípios e métodos do autor, uma vez que estes são de livre acesso.

No que diz respeito ao vestuário de moda, as ideias e os conceitos são muitas vezes expressos em tendências de moda, ou num fundo de moda comum, parte do domínio público, pelo que não podem ser protegidos por direitos de autor. O mesmo se aplica ao design das *t-shirts* e *sweatshirts* com capuz “ROWDY” da G-Star, criado pelo *designer* Ruud de Bruin, que também trabalha no departamento de *design* da empresa, que inclui vários elementos na sua composição, nomeadamente a imagem estampada na parte da frente das *t-shirts* e *sweatshirts* com capuz, o esquema de cores, o local de colocação dos bolsos no estômago, e as inserções nos bolsos. Embora a G-Star invista num *design* único e inovador, com novos materiais, cortes e estilos, isso não significa que os desenhos concebidos pelos *designers* da empresa possam ser protegidos como “obras” pelo direito de autor. Mesmo que sejam novos e tenham singularidade, isso não é suficiente para a proteção do direito de autor. O efeito visual marcante de um ponto de vista estético, nomeadamente alcançado pelas calças de ganga ARC ou pelas *t-shirts* e *sweatshirts* com capuz ROWDY, também não é suficiente para estarmos perante “obras” (número 11 do acórdão do STJ, pp.67-72).

O STJ declarou que não há confusão entre os requisitos de novidade e singularidade, necessários para o registo do desenho ou modelo, e o requisito de “originalidade”, necessário para a proteção das “obras” pelo direito de autor. O conceito de “originalidade” está a ser harmonizado pela jurisprudência do TJ. Apenas *design* original, ainda que protegido como desenho ou modelo pela propriedade industrial, pode ser protegido como “obra”. Embora o vestuário de *design* da G-Star tenha um efeito visual e estético, devido à sua forma, cores, palavras e números, os factos provados são claramente insuficientes para concluir que o *design* desse vestuário seja “original” e “obra”, no sentido de ser uma criação intelectual do seu autor, refletindo a sua liberdade de escolha, personalidade e perceção particular do mundo e das coisas, expressas, de forma clara e objetiva,

através do ato criativo, ultrapassando a visão utilitária e funcional que implicam (número 11 do acórdão do STJ, pp. 75-76).

O STJ decidiu que, face ao exposto, uma vez que os desenhos em causa não podem ser qualificados como “obras” nos termos do artigo 2.º, n.º 1, i), do CDADC, numa interpretação conforme com o direito comunitário, *maxime* com a Diretiva 2001/29, o acórdão do TRL, deve ser revogado (n.º 12 do acórdão do STJ, p. 76-77). Assim, a *Cofemel* ganhou o processo no STJ português.

Não podemos deixar de criticar o acórdão prejudicial do TJ, que foi longe demais, dando esta orientação ao STJ em matéria de facto. O STJ ficou, de alguma forma, vinculado às indicações dadas no caso concreto pelo TJ no seu acórdão prejudicial, apontando claramente no sentido de que o *design* do vestuário em causa não poderia ser qualificado como “obra”. O STJ, no entanto, não decidiu que o design de vestuário não pode ser protegido por direitos de autor. A possibilidade de proteção por direitos de autor foi deixada em aberto. O Tribunal deixou claro que em casos futuros a decisão poderia ser diferente. Apenas declarou que os factos provados eram claramente insuficientes para concluir que o vestuário de *design* da *G-Star* era “original” (ver número 11 do acórdão do STJ, p. 76).

Tal como dissemos acima, o STJ seguiu as indicações erradamente dadas pelo TJ no reenvio prejudicial no caso concreto, no sentido claro que que as peças de vestuário em causa não deveriam ser qualificadas como “obras”. Mas o CJ usou fórmulas vagas e imprecisas. Qualificar como obra algo que seja criação própria do autor, expressão da personalidade do autor, resultado das escolhas livres e criativas do autor, pode-se aplicar a quase tudo. Se estes foram os critérios seguidos pelo TJ, não havia qualquer motivo para não considerar que os *designs* “ARC” e “ROWDY” não refletiam a personalidade dos seus autores. Porque é que o STJ não considerou os *designs* das peças de vestuário em causa merecedores de proteção, embora tenha ficado provado que haviam sido criados por estilistas a trabalhar para a *G-STAR*, e tenha também sido provado que iam para além do fim utilitário das peças de vestuário, gerando um marcante efeito visual do ponto de vista estético? Porque é que os *designs* de vestuário em causa não foram

considerados identificáveis com suficiente precisão e objetividade? Porque é que foram considerados meras tendências?

Como vimos, o STJ seguiu as instruções do TJ. Mas não fica claro saber onde colocar a fasquia. O que separa as criações individuais do autor, dotadas de “originalidade”, das simples criações do autor com o seu efeito estético visual marcante? A resposta a estas questões não pode ser encontrada em conceitos vagos e fórmulas vazias que apenas prolongam a incerteza jurídica, permitindo uma larga variedade de interpretações pelos tribunais nacionais, que pode conduzir a sérias distorções da concorrência no mercado único da UE, como aconteceu na esteira do Acórdão *Cofemel*⁷¹, e de que o Acórdão do STJ em referência constitui apenas mais um caso.

A posição restritiva manifestada no Acórdão do STJ na sequência do Acórdão do TJ no caso *Cofemel*, tem-se mantido em Portugal.

4.2.7 Caso *Stabilo Pen 68*



Stabilo PEN 68

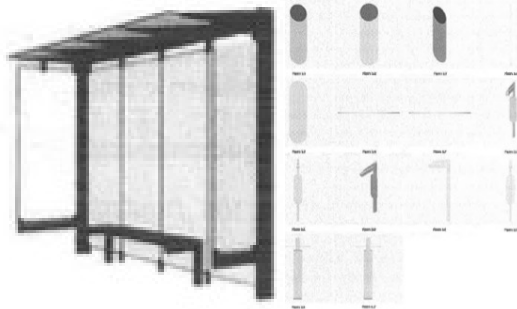
No Acórdão do TRL de 21.04.2020, no caso *STABILLO*⁷², estava em causa uma alegada imitação do *design* das canetas “Stabilo Pen 68”. O TRL

⁷¹ Neste sentido veja-se a análise aprofundada de CARBAJO CASCÓN, “La protección...”, pp. 151-156; SILVA, Pedro Sousa e, “Tutela Jusautorial...”, p. 184.

⁷² Proc. 279/18.18.1YHLSB.L1-PICRS (Rel. Ana Pessoa). Neste caso a *Schwan-STABILO Schwanhäußer GmbH e Co. KG* intentou uma ação contra a *Branco e Negro Lda. e Clave Denia S.A.*, entre outros motivos por estas últimas sociedades produzirem, distribuírem e comercializarem em Portugal, em lojas físicas com o logótipo “Ale-Hop”, e na Internet,

considerou que a proteção desse *design* pelo direito de autor apenas é possível se estivermos perante “obras”. O TRL enfatizou que em Portugal existe um cúmulo parcial de proteções. Apenas uma criação intelectual do domínio artístico, nomeadamente uma obra de arte aplicada, ou um desenho ou modelo, que ao mesmo tempo seja uma obra artística, pode receber proteção autoral, independentemente da proteção garantida pelo direito da propriedade industrial. Referindo o Acórdão *Cofemel*, entre outros, mas indo além do disposto pelo TJ neste Acórdão, o TRL deu indicações concretas sobre o que considera ser uma “obra” merecedora de tutela pelo direito de autor. Para proteger uma obra artística não basta saber que se trata de uma criação do intelecto de alguém, ou seja, que seja um resultado da sua mente. Além de ser “original” é preciso que a criação intelectual vá além do banal, enriquecendo o quadro cultural existente, e é necessário que a mesma criação seja reconhecida como arte pelos especialistas da área⁷³.

4.2.8 Caso abrigo de passageiros Larus



Abrigo de passageiros Larus

O TRL, em 18.05.2021, num Acórdão que estava em causa um abrigo de passageiros para uma paragem de transportes públicos, que alegadamente copiava o *design* do abrigo de passageiros da sociedade Larus, deci-

canetas que copiam o *design* da “Stabilo Pen 68”, alegadamente protegida por direitos de autor (entre outros direitos de propriedade intelectual).

⁷³ Cf. pp. 30-34 da decisão. O TRL cita SILVA, Pedro Sousa e, “**Desenhos e Modelos no novo CPI...**”, pp. 198 e 202.

diu da mesma forma⁷⁴. Sem negar a possibilidade de equipamento de rua poder beneficiar de tutela autoral, o TRL considerou que os factos provados eram insuficientes para poder concluir que o *design* em causa era “original” de forma a poder ser protegido pelo direito de autor. Para um abrigo de passageiros merecer tutela autoral, seria necessário provar que o mesmo estava incluído num projeto criativo de expressão e que constituía uma interpretação pessoal do objeto em causa, transcendendo a sua visão funcional. O efeito estético que o TRL reconheceu ao abrigo de passageiros em causa não foi suficiente para preencher estes requisitos. Não basta que o *design* satisfaça os requisitos que permitem que seja protegido como modelo, ou seja, que haja uma aparência estética de um produto dotada de novidade e caráter singular, para que possa haver cúmulo de proteção com direito de autor. A proteção autoral exige que o objeto seja o resultado de uma criação individual do autor, em que ele reflete a sua personalidade, fazendo escolhas livres e criativas. Citando o Acórdão *Cofemel* e o Acórdão *Stabilo*, o TRL negou a proteção autoral ao abrigo de passageiros em causa.

4.2.9 Caso Cavalinho



Marcas, logótipos e desenhos Cavalinho (para mais informação: www.cavalinho.com)

⁷⁴ Proc. 146/20.9YHLSB.L1 (Rel. Isoleta de Almeida Costa), **Larus-Artigos para Construção e Equipamento, Lda. v Bricantel - Comércio de material elétrico de Bragança, S. A. e outros.**

O TRL, em 18.05.2022, num julgamento que envolvia a marca “CAVALINHO”, em que a autora pretendia proteger como “obra” o desenho de um cavalo que faz parte dos seus sinais distintivos de comércio (marca e logótipo), o tribunal negou a proteção autoral ao referido desenho⁷⁵. Referindo-se ao Acórdão *Cofemel*, o Tribunal considerou que a proteção cumulativa é possível se estivermos perante uma “obra” protegida por direitos de autor. Isso implica que o bem em causa reflita a personalidade do seu autor, as suas escolhas livres, arbitrárias e criativas, que que seja identificável com suficiente precisão e objetividade. No caso concreto não foi provada a relação entre a autoria e o bem em causa. O Tribunal não teve hipótese de saber se o autor era um artista, um *designer*, um artesão, um trabalhador da sociedade, uma equipa, ou um autor anónimo. Não sabendo que havia sido o autor, o Tribunal não podia concluir se o desenho refletia ou não a sua personalidade. O primeiro requisito da “originalidade” não estava preenchido⁷⁶. Quanto ao segundo requisito, o efeito estético de um *design* ou de um sinal distintivo do comércio é subjetivo, experimentado por todos os que olham para ele. Não estamos perante um bem identificável com suficiente precisão e objetividade, de forma a poder ser qualificado como “obra” de acordo com a Diretiva InfoSoc⁷⁷. O TRL decidiu que, por ambas as razões, o desenho de um cavalo usado nos sinais distintivos da Apelante não podia ser protegido pelo direito de autor.

O Tribunal acrescentou que mesmo que o desenho do cavalo preenchesse os dois requisitos acima referidos, os desenhos do cavalo usado nos sinais distintivos da Apelante não preenchiam o grau de “originalidade” exigido pelo Artigo 2º do CDADC.⁷⁸ Esta questão não foi analisada no texto do Acórdão *Cofemel* do TJ, nem no Acórdão *Cofemel* do STJ. O TRL aprofundou o conceito de “criação artística” e entendeu que para determinar o grau de “originalidade” exigido pelo CDADC, a “obra” tem de ser criada por um artista e apenas é artística se a socie-

⁷⁵ Proc. 286/21.7YHLSB.L1-PICRS (Rel. Paula Pott).

⁷⁶ Parágrafo 103 do Acórdão.

⁷⁷ Parágrafos 101 a 104 do Acórdão.

⁷⁸ Parágrafos 103 a 105 do Acórdão.

dade a reconhecer como tal⁷⁹. Para determinar se a “obra” é “artística” de acordo com a perspectiva dos do meio envolvente, o tribunal não deve partir da sua conceção de arte, porque esse critério seria controverso e arbitrário. Fatores como a opinião de especialistas e de artistas da mesma área, de comerciantes de arte, bem como publicações em livros de arte, presença em coleções de museus, ou perícias, são decisivos para apreciar se a “obra” é considerada “artística” pelo meio envolvente.⁸⁰No caso concreto, na falta de alegação e prova destes elementos, o Tribunal não pôde concluir se o grau de originalidade requerido pelo Artigo 2º do CDADC existiu ou não.

CONCLUSÕES

Na jurisprudência posterior ao Acórdão *Cofemel* do TJ, há diversas decisões relevantes, do próprio TJ (Caso *Brompton*) e dos diversos tribunais nacionais dos Estados-Membros da UE.

Ao contrário do proclamado pelo TJ no Acórdão *Cofemel*, podemos constatar que o conceito de “obra” está longe de estar harmonizado e de ser uniformes em todos os Estados-Membros da UE.

Um tribunal inglês qualificou como “obra” um padrão de tecido de blusa de senhora; um tribunal italiano qualificou como “obra” o *design* do interior de uma loja de cosméticos; um tribunal dinamarquês recusou qualificar como “obra” um modelo de botas de borracha; um tribunal holandês qualificou como “obra” uma parka de duas peças; um tribunal espanhol recusou a qualificação como “obra” a uma lide tauromáquica; quatro tribunais portugueses foram particularmente exigentes, recusando a qualificação como “obra” ao *design* de peças de vestuário, canetas de ponta de feltro, um abrigo de passageiros e ao desenho de um cavalo.

Em face do exposto, é difícil sustentar que o Acórdão *Cofemel* do TJ tenha contribuído para diminuir a disparidade das decisões dos tribunais nacionais dos Estados-Membros da UE. Utilizando as fórmulas padrão do

⁷⁹ Parágrafo 106 do Acórdão, citando SILVA, Pedro Sousa e, **Direito Industrial**...cit., p. 191.

⁸⁰ Parágrafos 107 a 110 do Acórdão.

TJ, os tribunais nacionais continuam a decidir em função da sua própria interpretação dos conceitos de “obra” e de “originalidade”.

A disparidade de posições, em nosso entender, deve-se ao facto de o Acórdão poder ter duas leituras. De acordo com a interpretação do seu texto, o conceito de “originalidade” deve ser idêntico para todo o tipo de obras de arte, sejam obras de arte pura, obras de arte aplicada, desenhos ou modelos, ou obras de *design*. A existência de uma “obra” implica que haja uma exteriorização de algo dotado de suficiente precisão e objetividade.

Mas implícito no texto do Acórdão existe um subtexto que tem sido interpretado por grande parte da doutrina e jurisprudência no sentido de pressupor que só estaremos perante uma “obra” protegida por direito de autor, no domínio da arte aplicada, quando a obra for reconhecida pela sociedade como “obra de arte”. Esta orientação institucional, que tem sido adotada pelos tribunais portugueses e pela doutrina mais significativa neste domínio, implica uma abordagem ampla, que tenha em conta uma multiplicidade de fatores, entre os quais se encontram as opiniões de especialistas e de artistas da mesma área, de comerciantes de arte, resultados de perícias, publicações em livros de arte, bem como coleções de museus. A arte é questão de facto, sujeita a prova. Não existe um critério normativo útil para este efeito. Para o *design* poder ser cumulativamente protegido pelo direito de autor, deverá ter um carácter artístico, facto que terá de ser provado⁸¹.

Mas nada disto resulta do Acórdão *Cofemel*. Embora tenha clarificado que existe um conceito unitário de “obra” e de “originalidade” em matéria de obras de arte pura e de arte aplicada, o TJ deixou aos tribunais nacionais dos Estados-Membros as dificuldades de lidar com os problemas concretos de delimitação que existem no âmbito da arte aplicada. O TJ é demasiado vago, não garantindo um sistema coerente quanto ao cúmulo de proteções por via interpretativa.

⁸¹ Neste sentido, plasmado, às vezes de forma exagerada, na jurisprudência pós *Cofemel* do TRL (em particular quando se trata de apurar a autoria), vejam-se SILVA, Pedro Sousa e, “**Tutela Jusautoral...**” cit. pp.192-194; Oehen Mendes, “**A obra enquanto objeto do direito de autor**” cit., pp. 41-73, em especial p. 45.

Cuadernos del Centro de Estudios de Diseño y Comunicación, Cuaderno, Febrero 2020, 106, 139–162.

ENDRICH-LAIMBÖCK, Tobias, “Little Guidance for the Application of Copyright Law to designs in *Cofemel*” **GRUR-International**, 2020, 69 (3), 264–269.

GONÇALVES, Luís Manuel Couto, **Manual de Direito Industrial**, 9ª ed., Almedina, Coimbra, 2022.

GÜVEN, Koray, “Eliminating “Aesthetics” from Copyright Law: The Aftermath of *Cofemel*” **GRUR International**, 2022, 71 (3), 213–225.

INGUANEZ, Daniel, “A Refined Approach to Originality in EU Copyright/Design Cumulation Case Law” **IIC – International Review of Intellectual Property and Competition Law**, 2020, 51, 797–822.

KUR, Annette, “Unité de l’art is here to stay – Cofemel and its Consequences”, **Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper Series**, 12 Dec. 2019, No. 19–16, 1–22.

LEISTNER, Mathias, “Einheitlicher europäischer Werkbegriff auch im Bereich der angewandten Kunst – Warum sich für die deutsche Praxis dennoch nicht viel ändern sollte” **GRUR**, 2019, nº 11, 1114–1120.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, **Direito de Autor**, 5ª ed., Almedina, Coimbra, 2023.

LOUREDO CASADO, Sara, **El Diseño Industrial no Registrado**, Aranzadi-Thomson Reuters, Madrid, 2019.

MENDES, Manuel Oehen, “A obra enquanto objecto do direito de autor” **Revista de Direito Intelectual** 2021, nº 1, 41–73.

QUINTELA, Bárbara Ribeiro, “A tutela jurídica da moda pelos regimes dos desenhos ou modelos”, **Direito Industrial**, Vol. V, 2008, 477–528.

RENDAS, Tito, “Copyright protection of designs in the EU: how many originality standards is too many?” **JIPLP – Journal of Intellectual Law & Practice**, 2018, vol. 13, No. 6, 439–441.

ROCHA, Maria Victória, “Proteção autoral para modelos de vestuário? [Ac. do Tribunal de Justiça da União Europeia no caso *Cofemel/G-Star* (C-683/17) de 12.09.2019]”, **Revista de Direito Intelectual**, 2021, nº 1, 221–239.

ROSATI, Eleonora, “CJEU rules that copyright protection for designs only requires sufficient originality” **JIPLP – Journal of Intellectual Property Law & Practice**, 2020, Vol. 14, No. 12, 931–932.

SILVA, Pedro Sousa e, **A Proteção Jurídica do Design**, Almedina, Coimbra, 2017.

SILVA, Pedro Sousa e, **Direito Industrial. Noções Fundamentais**, Almedina, Coimbra, 2019.

SILVA, Pedro Sousa e, “Desenhos ou modelos no novo CPI. O que muda e o que não muda com o Ac. Cofemel” **Revista de Direito Intelectual**, 2019, nº 2, 189–204.

SILVA, Pedro Sousa e, **Código da Propriedade Industrial Anotado**, (Coord. Gonçalves, Luís Manuel Couto) anotação ao Art. 194, Almedina, Coimbra, 2021.

SILVA, Pedro Sousa e, “Tutela Jusautorale de Obras de Design na Esteira do Acórdão Cofemel: Nada de Novo Debaixo do Céu”, **Revista de Direito Intelectual** 1, 2023, pp.171-196.

The Bird & Bird IP Team, “Fashion-related IP decisions round-up 2020”, **JIPLP-Journal of Intellectual Property Law & Practice**, V. 16, (6), 2021, pp. 595–625.

VIEIRA, José Alberto, **Direito de Autor**, Almedina, Coimbra, 2020.

Jurisprudência do Tribunal de Justiça

Julgamento de of 11.06.2020, **SI and Brompton Bicycle Ltd. v. Chedech/Get2Get**, C-833/18, EU:C:2020:461

Julgamento de 12.09.2019, **G-Star Raw C.V. v Cofemel – Sociedade de vestuário**, C683/17ECLI:EU:C:2019:721

Julgamento de 13.11.2018 **Levola Hengelo**, C-310/17, EU:C:2018:899

Julgamento de 04.10.2011, **Football Association Premier League**, C403/08 y C429/08, EU:C:2011:631

Julgamento de 16.07.2009, **Infopaq International** (C-5/08, EU:C:2009:465)

Julgamento de 01.12.2011, **Painer** (C-145/10, EU:C:2011:798).

Jurisprudência dos Estados-Membros:

Response **Clothing Ltd v The Edinburgh Woollen Mill Ltd** [2020] EWHC 148 (IPEC), 29 January 2020, Case No: IP-2017–000174.

Danish Supreme Court, **IJH A/S v. Morsø Sko Import A/S**, U.2020.2817 H, 10 June 2020.

Italian Supreme Court, **Kiko S.p.A. v Wycon S.p.A.**, decision No 8433/2020, 30 April 2020.

Court of Appeal Arnhem-Leeuwarden, **The Sting v Krakatau**, ECLI: NL: GHARL: 2020:4773, 23, June 2020.

Caso 82/2021, **Laureano v. Registrador Territorial de la Propiedad Intelectual de Extremadura**

Caso **Cofemel**, julgamento de 15.01.2020, STJ, Proc. S.A268/13.2YHLSB.L1. S1

Caso **Stabilo**, julgamento de 18.05.2022, TRLisboa, Proc. 279/18.1YHLSB.L1-PI-CRS

Caso **Larus**, julgamento de 18.05.2021, TRLisboa, Proc. 146/20.9YHLSB.L1

Caso **Cavalinho**, julgamento de 21.04.2020, TRLisboa, Proc. 286/21.7YHLSB.L1-PICRS

RRDDIS



**AS NOVAS FRONTEIRAS DOS
DIREITOS INTELECTUAIS**

PARTE II

RRDDIS

PROMPTS DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL GENERATIVA Y SU POSIBLE PROTECCIÓN POR LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Prompts of Generative Artificial Intelligence and its possible protection by intellectual property

Beatriz Bugallo Montaña¹

RESUMEN:

El prompt en la Inteligencia Artificial Generativa, en adelante IAG, es un texto literario que se inserta en aplicativos de software de la IAG como input que da lugar a creaciones literarias, visuales, audiovisuales, software o cualquier otra manifestación creativa. La creciente utilización e importancia han determinado diversos intereses en definir si puede plantearse algún tipo de protección de la Propiedad Intelectual a su respecto. Tiene un componente funcional, aunque no es objeto de protección desde el punto tecnológico por la Propiedad Intelectual. Se analiza si puede consistir también, como expresión literaria en objeto de protección por Derecho de Autor o incluir expresiones marcarias. Una sucesión de prompts tiene más probabilidades de expresar originalidad del operador y ser protegible por Derecho de Autor. Sin perjuicio de que su generación implica trabajo y aporte intelectual, el ope-

ABSTRACT:

The prompt in Artificial Generative Intelligence, hereinafter IAG, is a literary text that is inserted into IAG software applications as input that gives rise to literary, visual, audiovisual creations, software or any other creative manifestation. The growing use and importance have determined various interests in defining whether some type of Intellectual Property protection can be considered in this regard. It has a functional component, although it is not protected from a technological point of view by Intellectual Property. It is analyzed whether it can be considered, as a literary expression, a copyrightable work, or include trademark expressions. A succession of prompts is more likely to express originality of the operator and be protectable by Copyright. Without prejudice to the fact that their generation involves work and intellectual contribution, the operator who inserts them has no impact on the creative process of the IAG, so it is understood that he cannot be classified as the author of the creations

¹ Abogada formada en la Universidad de la República (UdelaR), Uruguay. Doctora en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela, España, y con másteres en Propiedad Intelectual y Nuevas Tecnologías por la Universidad de Alicante, España, y en Inteligencia Artificial por el Instituto de Inteligencia Artificial, Alicante, España.

Profesora Grado 5 de Derecho Comercial y responsable de la asignatura de Propiedad Intelectual en la Facultad de Derecho. Imparte clases en la Escuela Universitaria Centro de Diseño y en las universidades de Montevideo y CLAEH.

rador que los inserta no tiene incidencia en el proceso creativo de la IAG, de manera que se entiende que no puede calificarse como autor de las creaciones de la IAG, en caso de estas se pudieran entender obras protegibles.

Palabras clave: prompt, inteligencia artificial generativa, propiedad intelectual.

of the IAG, in case these protectable works could be understood.

Keywords: *prompt, generative artificial intelligence, intellectual property*

RESUMEN

1. LA EXPRESIÓN “PROMPT” COMO OBJETO DE ANÁLISIS; **2.** PROMPT EN LA IA, PROMPTING Y PROMPT ENGINEERING; **3.** PROMPTS Y REGULACIÓN LEGAL; **4.** EL PROMPT Y LA PROTECCIÓN COMO EXPRESIÓN TÉCNICA; **5.** EL PROMPT Y LA PROTECCIÓN POR EL DERECHO DE AUTOR; **5.1.** UN PROMPT POR SÍ SOLO; **5.1.1.** OBRA LITERARIA; **5.1.2.** ALGUNOS COMENTARIOS PERTINENTES SOBRE ORIGINALIDAD; **5.1.3.** EXTENSIÓN DE LA OBRA LITERARIA Y ORIGINALIDAD; **5.1.4.** OBRA UTILITARIA Y VALORACIÓN DE LA ORIGINALIDAD; **5.1.5.** ¿UNA “QUASI-CREATION”?; **5.1.6.** AUTORÍA EN LOS PROMPTS QUE SE CALIFIQUEN COMO ORIGINALES Y ESTATUTO DE SUS DERECHOS; **5.1.7.** ALCANCE DEL DERECHO DE AUTOR Y COROLARIO SOBRE ORIGINALIDAD DEL PROMPT; **5.2.** UNA SUCESIÓN DE PROMPTS ENCAMINADA A UN RESULTADO; **5.3.** ¿QUIEN INTRODUCE EL PROMPT ES AUTOR DE LA OBRA QUE SE GENERE EN LA IAG?; **6.** MARCA O EXPRESIÓN MARCARIA Y PROMPTS; **7.** COMPETENCIA DESLEAL Y UTILIZACIÓN DE LOS PROMPTS; CONCLUSIONES; REFERENCIAS.

1 LA EXPRESIÓN “PROMPT” COMO OBJETO DE ANÁLISIS

Recibimos la expresión prompt desde el idioma inglés, aunque su origen es bastante más remoto. Asimismo, hay un abanico de utilizaciones y significados que nos corresponde plantear como punto de partida para entender y definir el objeto de análisis de este trabajo.

Según el “Oxford Advanced Learner’s Dictionary of Current Dictionary”², en su explicación, en inglés, como adjetivo prompt significa

² **Oxford Advanced Learner’s Dictionary of Current Dictionary.** Oxford: Oxford University Press, 1974

“acting, done, sent, given, without delay”. Es decir, hace referencia a una cualidad vinculada con actuar sin demoras, velocidad de respuesta. El mismo diccionario, al hacer referencia al verbo “to prompt”, en su primera acepción indica que se refiere a “be the reason causing (sb to do sth)”, lo que implica ser la causa de una acción, por ejemplo hacer que alguien haga algo. En la segunda acepción del verbo encontramos un significado bien específico, dice que significa “follow the text of a play and give (an actor) his cue”, relacionando la expresión con una instrucción, un texto al cual alguien tiene que seguir. Siguiendo esta acepción se define al “prompter” como “a persona who prompts actors”, es decir, es quien va proporcionando el texto o lineamientos a una persona que debe seguirlo o cumplirlo.

En el diccionario inglés-español “Collins Pocket”³, se establecen los mismos lineamientos de traducción: tratándose del adjetivo, prompt significa rápido, mientras que como verbo en general se trata de mover, incitar o instar, mientras que en el mundo del teatro se traduce “prompt” como apuntar. También se destaca prompt como expresión que se añade a una hora determinada y, por lo tanto, significa “puntualmente” o “en punto”, como si se dice “fice o’clock prompt”.

Desde el punto de vista etimológico prompt viene del latín “promptus” que es el participio pasado del verbo “promere”, que significa originalmente prontitud, o – como verbo de movimiento - que va para adelante, ir de atrás hacia adelante⁴. Efectivamente, consultando la raíz en idioma latín de la expresión “promptus” significa “pronto, presto, expedito, fácil”, así como “salida pronta o prontitud”, según el Diccionario Latino Español Valbuena Reformado⁵.

En cuanto a uso histórico de las expresiones involucradas en el significado de esta expresión⁶, se ubica inicialmente a mediados del siglo

³ **Collins Pocket**. Diccionario Español – inglés, English – Spanish. Barcelona: Grijalbo, 1994.

⁴ <https://www.etymonline.com/word/prompt>, **Online etymology Dictionary**, 4/12/2023

⁵ **Diccionario Latino Español Valbuena Reformado**, 6ta de. a cargo de M.D.P. Martínez López, París: Librería de Rosa y Bouret, 1860.

⁶ <https://www.etymonline.com/word/prompt>, **Online etymology Dictionary**, 4/12/2023

XIV y comienzos del XV, en el territorio europeo que utilizaba para comunicarse el latín. La vinculación de “to prompt” con el apuntador o traspunte teatral se ubica concretamente desde el último cuarto del siglo XVII, en los años 1670s aproximadamente, aunque el uso como adjetivo de actuación sin demora se puede confirmar bastante antes de dicha fecha, en los 1520s. En materia de computación, se ubica el comienzo de su uso en la década de los setenta del siglo XX, como “message given by a computer requiring or helping the user to respond” o mensaje dado sobre la base de un requerimiento computacional o ayudando a que el usuario obtenga una respuesta, en torno al año 1977.

La mera reseña de significado, etimología y uso de la expresión nos conduce a diversas posibilidades o dimensiones, todas ellas convergentes en que se trata de un requerimiento de seguimiento o instrucción de conducta que apela a la prontitud. De todas ellas me interesa específicamente las referidas a la computación. A su vez, dentro de este ámbito de significado, voy a analizar los prompts que se utilizan en las aplicaciones de la Inteligencia Artificial – en adelante IA -, especialmente la IA Generativa – en adelante IAG -. Veremos el ámbito de protección legal que se cierne en la expresión de los prompts textuales de la IAG, determinantes de creaciones de distintos tipos de expresión, sean textos, imágenes, sonidos, códigos de computación o combinaciones de todas estas posibilidades mencionadas.

2 PROMPT EN LA IA, PROMPTING Y PROMPT ENGINEERING

En informática el uso de la expresión prompt en su dimensión técnica data de varias décadas atrás. Con la aparición de la IA y las reformulaciones en muchos casos del propio rol del usuario u operador que trajo esta modalidad de aplicativos de software, ha cambiado el alcance de su significado. Mientras inicialmente, para el software estándar desde cincuenta años atrás implicaba una formulación técnica esperando una reacción del usuario, con la IA el contenido del prompt, su definición, tiende a ser iniciativa integral del usuario y operador.

Del software de las primeras décadas puede tomarse como definición de prompt la indicada en el Diccionario Oxford de Informática como “Indicación, orientación”, “Mensaje corto, enviado desde un proceso a un usuario, indicando que el primero espera que el segundo presente datos nuevos. Con frecuencia, este mensaje tiene un contenido nemotécnico que indica el tipo de datos que se espera.”⁷. Para Freedman se define el prompt como un “indicador, mensaje de petición, invitación, orientación. Un mensaje de software que requiere alguna acción por parte del usuario, por ejemplo, “digite ? para ayuda” o “Introduzca el nombre del empleado”. Puede ser también un símbolo críptico que indica que está listo para aceptar una orden; por ejemplo en dBase el prompt es simplemente un punto.”⁸. Para Nania el concepto de prompt se explica como “Sugerir. Solicitar una entrada”⁹. Para Moreno Martín, en su tiempo, prompt como nombre es sinónimo de “Invitación”, “Carácter, combinación de caracteres o mensaje descriptivo que se presentan al usuario invitándole a que introduzca una información operativa o un mandato”; como verbo, para el mismo autor, es sinónimo de invitar, “Presentar al usuario una invitación”¹⁰.

Las definiciones transcriptas corresponden a conceptos usuales de la década de los ochenta-noventa del siglo XX. El prompt venía definido por un comando de texto que requería información complementaria del usuario. Es completamente distinto a la definición actual, correspondiente al prompt que opera el software de la IA, pues ahora mediante el prompt, el operador del software de la IA “encarga” o define cómo quiere que sea el producto de la aplicación correspondiente. Antes, la parte de información o datos requeridos del usuario era escasa y no consistía en un enunciado volitivo ni instructivo per se. Ahora, como el requerimiento de expresión al usuario es más complejo e implica una expresión intelectual (que podrá ser muchas veces más extenso, aunque no necesariamente) es que se plantea cuál regulación legal puede ser de aplicación

⁷ **Diccionario Oxford de Informática**. Ediciones Díaz de Santos, S.A., c. 1983. p. 384.

⁸ Freedman, A. **Diccionario de Computación**. Madrid: Mc Graw Hill. 1993. p. 645.

⁹ Nania, G. **Diccionario de Informática**. Madrid: Paraninfo. 1985. p. 200.

¹⁰ Moreno Martín, A. **Diccionario de Informática y Telecomunicaciones**. Barcelona: Ariel. 2001. p. 524.

en su caso y, concretamente, si tiene protección por algún instituto de la propiedad intelectual.

Un prompt en las aplicaciones de la IA es el texto que se formula como enunciado con intenciones de instrucción, orden o pregunta, de manera de iniciar la interacción con el sistema inteligente. Es la entrada inicial o de origen de las respuestas, de cada una de ellas, para la utilización del software IA que se trate, del cual se esperan resultados concretos. Una de las plataformas más conocidas de la IAG, Midjourney, hace referencia a los prompts como una corta frase de texto que el Bot de Midjourney interpreta para producir una imagen¹¹.

Sintetizando: un prompt es un input, que da lugar a la generación de un resultado en la IAG que podrá ser texto, imagen, creación audiovisual o software, que genéricamente se puede llamar output.

Las tareas que pueden requerirse a través de un prompt son muy variadas, según el tipo de software de la IAG se utilice. De manera que un prompt puede dar lugar a la generación de textos (ensayos, historias, poemas), traducciones, códigos de software, imágenes o videos, incluso soluciones a problemas matemáticos.

Un prompt puede consistir en una pregunta en relación con determinado tema para que la respuesta surja luego de una búsqueda de información, así como una pregunta abierta, esperando de la aplicación de la IA una respuesta novedosa o creativa, como cuando se estructura un relato ficticio. Puede incluir algún signo. Muchas veces se estructuran combinaciones de ambos, conduciendo la información o determinación temática de la respuesta que se espera obtener.

En cualquier caso se espera de un prompt eficaz que sea claro, conciso y relevante, que indique concretamente lo que espera obtener quien lo introduce en el sistema, sin referencias distorsivas del objetivo que plantea el operador.

Los prompts posteriores o las reformulaciones a un prompt inicial suelen tener objetivos de afinación de resultados, buscando mejorar la

¹¹ Prompts. <https://docs.midjourney.com/docs/prompts>. 6/10/2023.

precisión y coherencia de las respuestas de la IA, acentuar su personalización o controlar los sesgos que pueda manifestar el referido software.

En cuanto al aspecto funcional de los prompts, se destaca que mediante la inclusión de determinados datos en su texto al momento de ser formulados y “accionados” en una aplicación de la IAG pueden manipular resultados a través del agregado de información. Se habla de prompt injections en este caso, para describir que esa instrucción está añadiendo datos que al contestar tendrá en cuenta la IA y, de alguna forma, distorsionando la devolución de la propia aplicación. Según Willison es “una forma de vulneración de seguridad”¹², que tiene como objetivo tomar el control de la salida del modelo. Se trata de un riesgo de seguridad, en definitiva, que provoca la propia dinámica del sistema de prompts, particularmente delicado cuando se trata de sistemas de la IA basados en un modelo “prompt learning”, es decir, cuando la propia IA se va nutriendo a través de los datos que continuamente se insertan a través de las instrucciones aplicativas¹³. Se entiende que este uso puede ser distorsivo de resultados, de ahí la importancia del principio de “transparencia” en cuanto a algoritmos y data set utilizados en la IA que se trate.

Como expresión derivada de la actividad de formulación de prompts, así como de la formulación de reglas o directivas para hacerlo de la manera más eficaz posible, derivan prompting o prompt engineering, entre tantas expresiones que la práctica añade.

Se habla de prompting para hacer referencia a la acción de generar y formular prompts y se habla de reglas de prompting. También se hace referencia a distintos tipos de prompting, para describir formas de generar estos enunciados. Entre las expresiones que surgen cada día, encontramos: prompting adaptativo o generación de prompts adaptados a los requerimientos individuales de cada usuario; también el zero shot , one shot o few shot prompting, en este caso aludiendo a cuántas tareas pre-

¹² Adversarial Prompting, en <https://www.promptingguide.ai/es/risks/adversarial.6/10/2023>.

¹³ Colin, E. (2023)

What is prompt injection, en <https://www.redsentry.com/blog/what-is-prompt-injection.6/10/2023>.

vias tuvo el sistema de la IA que se trate para su entrenamiento, antes de la introducción del prompt que realiza un operador en particular¹⁴.

Se habla de prompt engineering aludiendo al conjunto de estrategias que se articulan siguiendo determinadas reglas de la técnica para la elaboración de prompts y su concatenación, de manera de obtener resultados eficientes, aún a un nivel de gran complejidad en la IAG¹⁵. Crea modelos de lenguaje que pueden ser utilizados en varias aplicaciones de la IAG es una herramienta más para la gestión¹⁶. Prácticamente se podría decir que es una disciplina de análisis, para cuyo dominio se puede encontrar ofertas de cursos y trabajos de corte académico.

En fin. Estamos ante un mundo dinámico de desarrollos crecientes y en constante cambio, dentro del ámbito muy específico de la dimensión de la expresión prompt propia de la informática en general y de la IAG en particular. Ya no es una mera instrucción o comando – algo que funcionalmente mantiene -, sino una expresión muchas veces compleja encaminada a producir un objeto creativo de la IA. Sin prompt no funciona la IA, es el comienzo de todo.

En este trabajo nos concentraremos en los prompts de texto o predominantemente de texto (algún signo podría incluirse en los casos que analizamos) para determinar el régimen legal correspondiente.

3 PROMPTS Y REGULACIÓN LEGAL

Como toda creación o expresión intelectual que se transmite al público o al mercado es ineludible el sometimiento a normas legales, ubi

¹⁴ Prompt sin entrenamiento previo. En <https://www.promptingguide.ai/es/techniques/zeroshot>. 6/10/2023.

Zero shot y One shot prompting. En <https://platzi.com/clases/7296-chatgpt/61977-zero-shot-y-one-shot-prompting/>. 6/10/2023.

¹⁵ Muchos conceptos, reglas y guías sobre Prompt engineering pueden encontrarse en esta página web: Guía de Ingeniería de Prompt. <https://www.promptingguide.ai/es>, 6/10/2023.. También Open AI hace referencia a esta actividad técnica creativa: Prompt Engineering. <https://platform.openai.com/docs/guides/prompt-engineering>. 6/10/2023.

¹⁶ Como ejemplo de tantas explicaciones y posibilidades respecto de este tema que podemos encontrar on line: Ramos. D. (2023)

societas, ibi jus: donde hay sociedad hay Derecho. Aún cuando no existe una normativa propia o específica de los “prompts” como instructivos computacionales, es lógico plantearse hasta qué punto o con qué características son alcanzados por distintos sectores normativos.

Definir cuál puede ser la protección legal de prompts y cadenas de prompts ha adquirido interés en los últimos tiempos porque la transmisión o acceso a elencos de prompts, así como instrucciones para su redacción y bases de datos constituyen actualmente objeto de negocios así como núcleo central de modelo de negocios.

Como elemento de un sistema de la IA, el prompt queda incluido en las consideraciones que las normas jurídicas (o contractuales, si así se diera el caso) establecieran respecto de la regulación de la IA como software de uso masivo. En tal sentido, si bien no hay todavía experiencias consolidadas respecto de la regulación normativa de la IA, es una constante el reclamo y la previsión en diversos proyectos de la consagración del principio de transparencia. Ello procura dejar en evidencia eventuales sesgos para su corrección o prevenir efectos distorsivos. De esta forma, la transparencia incluye o incluirá dejar constancia de cuál o cuáles han sido los prompts utilizados para la obtención del efecto que sea. Es decir: el secreto sobre los prompts no sería admisible en este contexto.

Planteado específicamente al análisis del prompt, corresponde una doble aproximación: por un lado, teniendo en cuenta el contenido que eventualmente esta expresión pueda tener; por otro lado, teniendo en cuenta su propia expresión textual.

Respecto del contenido del texto que elija el operador del sistema de la IAG que se trate, tomamos como punto de partida que se incluirán seguramente expresiones usuales, banales, generales en verbos que implican órdenes, sugerencias, invitaciones para la obtención del output que se puede esperar de dicho software. No hay norma impeditiva alguna al respecto. Junto con dichas expresiones podrán también incluirse datos personales, datos ajenos, incluso expresiones protegidas por propiedad intelectual (marcas o derechos de autor). Entiendo que el uso como contenido en un prompt en este último caso es funcional para el software

que se trate. En esta consideración, no puede estar comprendido en las restricciones legales correspondientes al contenido mencionado cuando se dirige al mercado o integra una oferta de contratación.

Distinto será valorar el uso que se dé al producto de la inserción del prompt – el output -, si va destinado al comercio y expresa manifiestamente datos personales, ajenos o creaciones protegidas por la propiedad intelectual, incluso si puede estar relacionado con aspecto de la protección al consumidor: el output tendrá todas las restricciones o limitaciones que en cada caso la ley prevea. Si, por el contrario es un uso para instrucción de la enseñanza, discusión filosófica o cualquier otra aplicación posible de excepciones o limitaciones, deberá ser tolerado por el titular de derechos que se entienda involucrado. En definitiva, se valorará en cada caso, pero con total independencia de la inclusión que se haya realizado de tales objetos de protección legal en el prompt. Reitero, no se trata en este caso de una situación del prompt como tal, es independiente de éste.

Indudablemente la generación de un prompt tiene un definido componente intelectual. Para su concreción se parte de una idea, se seleccionan las palabras según criterios determinados, luego se analiza el orden que corresponde sobre la base del objetivo que se pretende conseguir. El tema en debate es cuál puede definirse como el alcance de dicho esfuerzo intelectual, si llega al punto de determinar la aplicación de alguna modalidad de protección de la propiedad intelectual y obtener algún tipo de derechos de exclusiva. La determinación de una eventual protección a través de mecanismos de la propiedad intelectual para el prompt es interesante, porque se trata de una expresión creativa con un objetivo funcional, por lo que se plantea de manera ambigua¹⁷.

A efectos de este trabajo formularé a continuación algunas consideraciones relacionadas tanto con la función que cumple el prompt como tal en la operativa de la IAG, como con la dimensión expresiva como texto que puede ofrecer, según las diversas modalidades de protección de la propiedad intelectual.

¹⁷ Pons Escuela de Negocios. (2023)

4 EL PROMPT Y LA PROTECCIÓN COMO EXPRESIÓN TÉCNICA

Un prompt hace desplegar una serie de efectos al software que está técnicamente dispuesto para la recepción de dicho input. Es decir: hay un ámbito de la técnica como referente a dicha actividad. Ello conduce a pensar si es posible algún grado de protección por institutos de la propiedad intelectual relacionados con la tecnología. Se trata de evaluar si estamos ante creaciones intelectuales que tal como precisa Rengifo son obras de carácter técnico o industrial, cuya finalidad es obtener resultados útiles en el campo de la materia, “a través del dominio de las relaciones de causalidad”¹⁸.

No hay instituto alguno de la propiedad intelectual, relacionado con la innovación tecnológica, que pueda otorgar derechos de exclusiva a una expresión caracterizable como prompt de la IAG. No estamos ante un producto o procedimiento, de manera que se descarta cualquier protección por patente de invención en el sistema latinoamericano. Tampoco puede protegerse como modelo de utilidad, no es una expresión alcanzada por dicho régimen legal.

Solamente puede plantearse la protección por secreto empresarial o comercial a través de la decisión personal del operador y de mecanismos contractuales si se trata de una estructura empresarial en la cual participe más de una persona en la inclusión o uso de los prompts que se trate. Ello será posible solamente en tanto la imposición de transparencia a través de una norma jurídica o contractual (en este último caso en el ámbito de una empresa, entre trabajadores y empleador, por ejemplo) no obligue a comunicarlos.

De todas maneras, es claro que la redacción de prompts eficaces constituye hoy un verdadera destreza de formación o capacitación técnica. Por lo tanto, más allá de la divulgación de un prompt en particular – que podrá considerarse en el dominio público tomado este como información accesible al público en general – hay reglas, principios y experiencias prácticas que constituyen un verdadero know how en la materia,

¹⁸ Rengifo, E. (1997) p. 109.

protegible mediante secreto. Las reglas, guías y directrices que sustentan el prompt engineering solamente podrían protegerse mediante secreto. Claro está que las publicaciones escritas o podcasts que sobre el tema se realicen constituyen obra protegible por Derecho de Autor. Esto no le da alcance alguno que pueda impedir la aplicación práctica de dicho conocimiento. Sucede lo mismo, parangonando, que ser titular de los derechos de autor sobre un libro de recetas de cocina y no estar habilitado a impedir la elaboración de las creaciones gastronómicas correspondientes.

5 EL PROMPT Y LA PROTECCIÓN POR EL DERECHO DE AUTOR

En cuanto al análisis del prompt como expresión de texto, no hay disposición alguna que impida o excluya a este texto de su protección por Derecho de Autor, para el caso en que se cumplan las condiciones legales de protección. Así como es imposible sostener a priori una exclusión de protección, entiendo con el mismo énfasis que las posibilidades de que un texto típico de prompt alcance dicha protección son, por lo menos, escasas y de compleja conceptualización¹⁹. No obstante, la protección autoralista de los prompts provoca una serie de consideraciones interesantes para plantear desde la perspectiva de los conceptos típicos de dicha disciplina.

Más allá de las consideraciones que formularemos sobre la originalidad y el prompt, quiero dejar claro que la base de todo está constituida por una generación de dicha expresión por una persona física, cuando el prompt surge a partir de un grado creativo cuya fuente es trabajo intelectual humano. Hay sistemas de la IA que generan los propios prompts, así como sistemas que generan prompts sobre la base de un comando o expresión que se les inserta. Estos no nos interesan respecto de la posible valoración de originalidad, porque al no ser consecuencia de trabajo intelectual de persona física no merecen la calificación básica para evaluar el cumplimiento de los requisitos para constituir obra protegida, tal como es hoy la situación general del Derecho Comparado.

¹⁹ En el mismo sentido respecto de las dificultades de aplicación de conceptos autoralistas a los prompts: Guadamuz, A. (2022); Stigert, K. (2023).

El concepto de obra protegida por el derecho de autor ha tenido una evolución, desde una aproximación circunscripta a la posibilidad de valoración estética hacia un concepto expandido a cualquier tipo de creación intelectual o del dominio del intelecto en el ámbito literario y artístico, no importando su finalidad ni mérito, mientras cumpla el requisito de originalidad. Ello se sustenta en un amplio concepto de obra protegida a nivel internacional que contiene el Convenio de la Unión de Berna de 1886, en texto agregado por el Acta de 1908 en el artículo 2. Según esta norma quedan alcanzadas por dicha protección no solamente las obras de contenido estético, sino “todas las producciones en el campo literario, científico y artístico cualquiera que sea el modo o forma de expresión”, quedando consagrado el carácter abierto de la protección del Derecho de Autor²⁰.

Puede afirmarse que en el variopinto elenco de las obras alcanzadas por la protección del derecho de autor hay creaciones con diversa finalidad. En algunos casos será la satisfacción de exigencias culturales, estéticas, del pensamiento o del entretenimiento, mientras que cuando se trata de obras de carácter técnico o industrial calificables en su expresión material como originales, la finalidad será obtener resultados útiles en el campo de la materia, “a través del dominio de las relaciones de causalidad”²¹. Esto es posible porque el derecho de autor no protege el contenido ni aspecto alguno relacionado con los efectos que puede provocar la creación, sino la manifestación o exteriorización expresiva. De manera que una obra con finalidad práctica o utilitaria no será valorada en tanto pueda ser mejor o más eficaz en esta materia a los efectos de la protección del derecho de autor.

La reelaboración expansiva del concepto de obra protegida por el derecho de autor ha venido creciendo desde las últimas décadas del siglo pasado y se extiende sobre la base de exigencias empíricas que van más allá de la valoración exclusivamente estética²². Esta situación tiene lugar particularmente promovida por el desarrollo del mundo digital en Inter-

²⁰ En el mismo sentido Wachowicz, M., Ruthes Gonçalves, L. (2019), p. 24 y s.

²¹ Rengifo, E. (1997) p. 108- 109.

²² Corrado, R. (1961) p. 10.

net, el acceso masivo a las telecomunicaciones y los florecientes negocios de todo tipo de bienes y servicios a través de las plataformas online²³.

Volviendo al prompt: analizaremos este punto desde una doble perspectiva: en primer lugar, considerando un prompt como tal, por sí solo y en segundo lugar, una sucesión de prompts encaminada a un resultado.

5.1 Un prompt por sí solo

Un prompt, como texto, podría ser una obra protegida como literaria. Como en todos los casos de creaciones intelectuales, para definir una posible protección por derecho de autor de un determinado prompt el punto clave para analizar en cada caso concreto es la posibilidad de que sean originales en la dimensión legal requerida al efecto²⁴. Recordamos que el concepto de originalidad corriente es el subjetivo, originalidad como proyección de la personalidad del autor, que en casos de creaciones literarias breves no se manifiesta claramente ni es ello frecuente.

Desde el punto de vista de que cumple una función técnica (accionar un software persiguiendo un resultado práctico) puede considerarse como obra utilitaria. La función o el mérito no importan a la hora de valorar la posibilidad de protección legal autorial. Sin embargo, la necesidad de cumplir un objetivo técnico pauta las posibilidades expresivas del prompt. A continuación profundizo tales conceptos en referencia a la creación intelectual que nos ocupa.

5.1.1 Obra literaria

Constituyen obras literarias todas aquéllas que usan el lenguaje humano como medio de expresión, sean escritas u orales²⁵. No interesa a

²³ Se extiende especialmente en este sentido Staut Junior, S. (2006), p. 214 y s.

²⁴ En el mismo sentido respecto de las dificultades de aplicación de conceptos autorialistas a los prompts: Stigert, K. (2023)

²⁵ Cfme. Barrelet, D., Egloff, W. (2000) p. 14; Lipszyc, D., Villalba, C. (2001) p. 20; Plaisant, R.(1986) fasc. 4, p. 3.

efectos de esta categorización si se puede calificar como obra científica, dramática, religiosa. Para algunos autores dentro de la categoría de obras literarias no solamente se incluyen las obras literarias en sentido estricto, sino también las denominadas “obras del lenguaje”, como las científicas o técnicas que obligan a afinar las consideraciones de las cuestiones de originalidad²⁶. En el derecho inglés algunas opiniones difieren de este concepto de obra literaria, para quienes serían tales solamente las escritas o impresas, sin importar su nivel de calidad o estilo²⁷.

En esta amplia conceptualización de obra literaria, no excluyente de creación alguna por preconceptos vinculados a su caracterización ni mucho menos por su destino, se encuentra la posibilidad de protección del prompt como tal.

5.1.2 Algunos comentarios pertinentes sobre originalidad

El principal desafío para encontrar originalidad en un prompt es la extensión usual de estas expresiones literarias: son breves, en pos de una instrucción directa y concreta que determine la consagración del objetivo que plantea el operador al software de la IAG con la mayor precisión. Otras creaciones intelectuales literarias breves han merecido antes una valoración o evaluación respecto de su originalidad, como ser títulos de obras o eslóganes entre otros²⁸. La experiencia en general indica que es poco frecuente que puedan tener protección autoralista.

Nos parece relevante precisar que el concepto de originalidad regularmente admitido en Derecho Comparado en el Derecho de Autor se califica como subjetivo, se fundamenta en el lazo entre la persona del autor y la obra, constituyendo ésta prolongación de la primera. Tradicionalmente – y es la posición admitida de manera prácticamente unánime por doctrina y jurisprudencia – resulta natural subordinar la protección

²⁶ Lucas, A., Lucas, H.-J. (1994) p. 108.

²⁷ Cfme.: en el derecho inglés, Bently, L., Sherman, B. (2002) p. 53; Cornish, W.R. (1989) p. 333; en el derecho francés Linant de Bellefonds, X. (2002), p. 69.

²⁸ Tema tratado con cierta extensión en Bugallo, B. (2005)

a la impronta de la personalidad del autor²⁹. La originalidad refleja la personalidad del autor, plasmada en cada una de sus obras³⁰ con independencia o no del resultado.

Da Rocha Fragoso, siguiendo selecta doctrina, destaca que la originalidad es una categoría estética que se materializa en una forma determinada³¹. Asimismo explica que si bien coexisten en una obra dos elementos, que son la idea y la forma de expresión, el elemento básico no es la idea – que no es protegible – sino el modo de expresión. Frente a la originalidad opone la banalidad, tantas veces evidente en obras protegidas dada la voracidad de consumo.

No todas las posiciones doctrinarias siguen estrictamente esta posición, hay opiniones opuestas y también muchos matices en uno y otro sentido, cuyo abanico excede este trabajo. Como ejemplo relevante al caso de matices destaco que para Rengifo³² – en una visión generalizadora -, las obras no expresan siempre la personalidad del autor: algunas de ellas son funcionales e interactivas, siendo pocas las obras que respondiendo a la postura tradicional, pueden reflejar la personalidad del autor. De manera que en esta tesitura, originalidad significa que la obra provenga del autor, que no copie creaciones precedentes y que contenga cierto grado de creatividad.

Más allá de precisiones o cuestionamientos de la caracterización de originalidad – estos últimos minoritarios en un plano global -, e incluso

²⁹ Lucas, A., Lucas, H.-J. (1994) p. 103.

³⁰ Participan de esta posición, entre tantos otros: Antequera Parilli, R. (1998) I p. 130; Are, M. (1963) p. 60.; Arias Maíz, V. (1998) p. 31-48 “*será original toda aquella creación del hombre que sea fruto de un esfuerzo intelectual que no implique la mera aplicación de una técnica y lo será en la medida en la que se dé tal esfuerzo intelectual*”; Lipszyc, D. (1993) p. 65 y ss.; Pachón, M. (1988) p. 14-15; Piola Caselli, E. (1927) p. 26 y ss.; Vicent Chulia, F. (1991): la originalidad “*consiste en que la obra sea creación personal en su ideación y en su realización, como obra material, única*”, p. 1283-1285. En la misma posición, en el derecho brasileño: Borges Barboza, D., pag 22-23, para quien el carácter de originalidad implica que la creación ha de ser nueva, en el sentido de que no se trate de una creación exactamente igual a una ya existente; Jessen, H. (1967), p. 53, para quien solamente la creación permite producir con originalidad.

³¹ da Rocha Fragoso. J. (2009), p. 116-117.

³² Rengifo, E. (1997) p. 89.

de las diferencias entre el sistema del copyright y el sistema continental en la formulación de la protección del autor de obras con protección legal por la propiedad intelectual, la gran pregunta es ¿puede condensar proyección de la personalidad del autor la instrucción que alguien redacta para la obtención de un resultado a través de una aplicación de la IAG?

La respuesta a dicha pregunta no solamente es desafiante en materia de prompts, sino también en cuanto a toda otra serie de creaciones literarias cuya finalidad o razón de existencia es utilitaria o deriva en cumplir un objetivo práctico. Al respecto Rocha ha entendido que la alta exigencia de la originalidad ha sido matizada por la admisión como obras protegidas de obras utilitarias en las cuales la personalidad del autor se proyecta de manera muy reducida³³ y también Lucas/Lucas³⁴ han opinado que la originalidad “no se pesa”, basta que exista.

En definitiva, el concepto de originalidad en su dimensión clásica ha cambiado por dos circunstancias. Por un lado, porque las posibilidades técnicas de creación de obras y la evolución de los mecanismos de comunicación en la sociedad y el mercado hoy dan lugar a expresiones literarias en las cuales el impulso creativo humano puede ser mínimo o inexistente. Por otro lado, por la aparición y desarrollo de creaciones intelectuales calificables como “utilitarias” en las cuales la valoración estética o de goce estético se pospone frente a los aspectos utilitarios. Formularemos consideraciones sobre estos dos puntos en relación particular con el prompt de las creaciones de la IAG.

5.1.3 Extensión de la obra literaria y originalidad

La incidencia de la extensión de la creación literaria respecto de su posibilidad de calificar como obra protegida ha sido objeto de pronunciamientos en doctrina y valoraciones en jurisprudencia, aunque respecto de originalidad de prompts no conocemos casos jurisprudenciales en concreto.

³³ Cfme. Rocha, M.V. (2001) p. 341.

³⁴ Lucas, A., Lucas, H.-J. (1994) p. 88.

La posición generalizada sostiene que no importa la extensión como condicionante formal de la originalidad³⁵. Nimmer³⁶ - en la doctrina norteamericana - opina de manera general al respecto que cuanto más corta sea la obra, mayor deberá ser el grado de creatividad que se exigirá, y por lo tanto mayor exigencia de originalidad se le deberá requerir.

Incluso corresponde tener presente que se puede distinguir entre originalidad total u originalidad parcial en relación con una obra en particular. La originalidad de una obra corresponderá solamente a la parte que no sea banal o funcionalmente necesaria, pudiendo no serlo siempre en su totalidad³⁷. Es de difícil determinación cuál es la parte original y cuál no en el caso de algunas obras protegidas. De todas maneras, esta apreciación se ha de formular valorando el impacto en conjunto de los distintos elementos que componen cualquier obra que se trate.

El caso de otra creación literaria, usualmente muy breve, como lo es el eslogan publicitario podría facilitar algunos argumentos para consideración y comparación. Haré algunas referencias a continuación.

Diversas razones explican la imposibilidad o por lo menos la dificultad para que una creación literaria de corta extensión - como por ejemplo el eslogan publicitario - pueda manifestar originalidad, tal como enumeran Greco-Vercellone³⁸ para determinados casos:

- a la brevedad de la frase o expresión excluye una estructura sintáctica original;
- b el reducido número de las palabras usadas que puede impedir el uso de ellas en función extra-informativa.

Algunas opiniones en doctrina han afirmado que la reducida extensión de una creación, como por ejemplo un eslogan publicitario es

³⁵ Jessen, H. (1967) pag. 53, quien al respecto destaca que no importa el tamaño, la extensión ni la duración de la obra, la originalidad será siempre esencial, consustanciada con el esfuerzo creador.

³⁶ Nimmer, M. (2003) § 2.01 [B].

³⁷ Arias Maíz, V. (1998) p. 46.

³⁸ Explica estas consideraciones Greco, P. Vercellone, P. (1974) p. 42.

irrelevante al momento de valorar su protección según el derecho de autor³⁹. La reducida extensión no puede ser una condición necesaria para la exclusión de la protección autoralista de una obra literaria.

Respecto de los eslóganes publicitarios, agrego que en la jurisprudencia argentina pueden encontrarse afirmaciones respecto de la posibilidad de protección autoralista⁴⁰. También respecto de eslóganes la jurisprudencia alemana ha considerado tradicionalmente que la extensión de una obra no puede ser una condición de protección, requiere necesariamente que la expresión en cuestión, por su forma, sea suficiente para expresar una actividad creativa⁴¹.

Si bien prompts y eslóganes publicitarios pueden tener en común su brevedad, el necesario componente funcional técnico en el caso de los prompts en principio creo que reduce más el ámbito de apreciación de originalidad que en el caso de los eslóganes publicitarios. Esto último hace bastante distintos a estos dos casos.

5.1.4 Obra utilitaria y valoración de la originalidad

Estamos ante una obra utilitaria cuando ésta cumple una finalidad práctica y no exclusivamente estética o contemplativa; cuando su destino o la razón de su creación es ser útil respecto de alguna función. Esta cualidad o característica de una obra no tiene, desde el punto de vista legal, incidencia directa o necesaria alguna respecto de su posibilidad de protección por el derecho de autor, no impide ni promueve dicha protección.

³⁹ Cfme.: Beremboom, A. (1984) p. 38 y Beremboom, A. (1995) p. 74.; Emery, M.A. (2001) p. 26, concordando con la posición tradicional de la jurisprudencia argentina.

⁴⁰ "Toda obra que contenga una creación intelectual está protegida por la ley 11.723 sin tener en cuenta su extensión, por ello la misma comprende también a los "slogans" ", Cám. Nac. Crim. y Com., sala 4º, 28 de octubre de 1970, sociedad Argentina de autores y compositores, en JA, 1988 – II – p. 674.

⁴¹ Buydens, M. (1993) p. 117.

Las obras calificables como utilitarias, por otra parte, pueden adoptar la exteriorización que sea: plástica, sonora, literaria. No hay excepciones establecidas en la ley, sin perjuicio de que algunas manifestaciones son mucho más frecuentes o posibles de caracterizarse de esta forma, que otras.

Una vez afirmado que un prompt como obra literaria puede calificarse como utilitaria, el planteo siguiente es sobre qué incidencia deriva de ellos en cuanto a la apreciación de la originalidad como condición de protección del derecho de autor.

Fundamentalmente, se ha de tener en cuenta que ello implica que se incluirán o utilizarán expresiones técnicas banales o fuera de toda posibilidad de monopolización per se, pues responden a un uso funcional que no puede restringirse. Es decir, que en la usual extensión, de por sí breve, de un prompt se espera que se incluyan expresiones que como tales no aportan a la existencia de la originalidad.

Esta característica, que entiendo inseparable del prompt como tal, constituye una limitación más, sumada a la propoia brevedad, para que un prompt pueda ser original y como tal protegible por el derecho de autor.

Queda, por supuesto, el análisis expresivo conjunto, casuístico, de cada prompt que se trate.

5.1.5 ¿Una “quasi-creation”?

En torno a la protección de las creaciones intelectuales existen algunos institutos puntuales, en algunos países, que contemplan situaciones particulares. No tienen la expansión global de los institutos típicos generalizados como marcas, patentes de invención y demás. Entre los ejemplos podemos citar el caso de la protección como lema o aviso publicitario que existe en algunos países latinoamericanos para creaciones utilitarias de la publicidad, o la protección como meras fotografías para creaciones fotográficas que se consideran con menor originalidad; en todos los casos se trata de una decisión política de no querer dejar fuera de alguna asignación de derechos a creaciones, respecto de cuyas posibilidades de protección autoralista se puede dudar.

De estos casos, queremos destacar a Buydens⁴² que en la doctrina belga analiza la “quasi creation”⁴³, expresión mediante la cual alude a creaciones intelectuales con un grado creativo modesto, que incluye diversas expresiones. La interesante posición que presenta Buydens parte de distinguir creaciones de casi-creaciones (traducción mía de la expresión de Buydens), sobre la base de la libertad del autor en cada caso⁴⁴, porque en definitiva el estudio de esta categoría lo realiza bajo la temática más general del alcance de la protección del Derecho de Autor. En el caso de las que llama creaciones, estamos ante un autor con la máxima libertad de expresión, mientras en el caso de las casi-creaciones hay razones utilitarias o necesarias de la función de la creación intelectual que someten el talento creador a determinadas limitaciones. A consecuencia de ello, en las que llama casi-creaciones forzosamente el espacio de libertad de creación es menor.

La posición de Buydens tiene particular relevancia en la doctrina francesa de la década de los noventa del siglo pasado, especialmente en el debate sobre la protección de diversas creaciones intelectuales del mundo de Internet. Al tiempo de su divulgación no estaba planteado el tema de los prompts de la IAG y la propiedad intelectual, pero no dudo que en el planteo ideológico quedan comprendidos.

Por mi parte, considero que si bien resulta interesante la apreciación de diferencias o dificultades para algunas creaciones relacionando la originalidad como manifestación del autor con el ámbito de la libertad que ofrece la naturaleza de la creación, no es pertinente o necesario institucionalizar una categorización separada de las demás. Se trata, en definitiva, de una mirada de política legislativa: ¿vale la pena ampliar las posibilidades de atribución de derechos de exclusiva de menor intensi-

⁴² Buydens, M. (1993) En su obra propone la creación de una categoría específica al respecto.

⁴³ Más precisamente Buydens habla de prestaciones cuasi creativas, de forma descriptiva. Especialmente, Buydens, M. (1993) p. 276

⁴⁴ En este sentido, Geiger, C. (2006): “Ce qui permettrait donc de distinguer la création de la quasi-crédation serait le caractère accessoire ou principal de la liberté du créateur”. p. 409

dad para creaciones respecto de las cuales la duda sobre su originalidad se puede saldar diciendo que por ser ésta “mínima” se le conceden derechos de menor alcance? Pasando el primer cuarto del siglo XXI como estamos, con la expansión fabulosa del acceso a la tecnología, la mirada tal vez corresponda que sea estricta en cuanto a valorar el aporte creativo, atribuyendo la plenitud de derechos de autor (o los que correspondan) cuando verdaderamente haya trabajo creativo en el prompt.

De manera que como todas las obras, en el caso del prompt creo que también será cuestión de apreciar la originalidad que haya expresado su creador, sin mayor ni menor flexibilidad o exigencia que en relación con otras creaciones intelectuales.

5.1.6 Autoría en los prompts que se califiquen como originales y estatuto de sus derechos

En caso de que se entendiera que existe originalidad en un prompt de la IAG, algo que vimos es de escasa probabilidad pero imposible de excluir desde el punto de vista legal, habría un autor o unos autores a quienes imputar derechos.

En este sentido en principio es mucho menos compleja la temática de la autoría en el caso de los prompts cuando se los ha calificado como originales: si hay obra, hay autor. En el caso estándar de la IAG se parte de la base de que es un ser humano – persona física – quien define las características del input – prompt que se inserta para provocar el efecto informático correspondiente.

Por supuesto que, una vez identificada la originalidad del prompt y, por lo tanto, la consecuente existencia de autoría, rigen todas las disposiciones al respecto: obra en colaboración si hay más de un autor, obra por encargo o en relación de dependencia cuando hay trabajo contratado de por medio, y demás aspectos como plazo, ejercicio de derechos y posibilidades de que el prompt sea objeto de contratación. También se aplicarán las limitaciones y excepciones legales a los derechos de explotación.

La afirmación de titularidad de derechos de autor de la persona física intelectualmente responsable del prompt depende, también, de los términos y condiciones del servicio de la plataforma en la cual la actividad de la IAG se esté desarrollando. Como en todo este mundo virtual de plataformas donde interactuamos en Internet, quedamos sujetos a los contratos de adhesión otorgados para acceder y usar las herramientas que nos ofrecen. En particular, en relación con el objeto de este trabajo son diversas las plataformas de prompt art que centralizan y facilitan tal actividad⁴⁵. De manera que habrá que ver caso por caso. Actualmente, en los Términos de OpenAI, que comprende DALL E y ChatGPT entre otros, expresamente se establece que los derechos sobre los prompts (así como los correspondientes a las creaciones generadas) serán de titularidad del usuario operador⁴⁶. De todas maneras, este punto ha de ser verificado en cada caso, en cada momento de uso.

5.1.7 Alcance del Derecho de Autor y corolario sobre originalidad del prompt

Si bien no podemos ofrecer reglas inmutables en cuanto a la valoración de originalidad del prompt, hay afirmaciones generales que se pueden elaborar, que planteo a continuación.

No puede identificarse originalidad en prompts que utilizan mayoritariamente:

- a expresiones o palabras banales o necesarias;
- b expresiones de uso general para los comandos u órdenes en la interacción con el software de la IAG que se trate.

Podrá apreciarse originalidad en un prompt que exteriorice elaboración intelectual, particularmente si puede identificarse en éste:

⁴⁵ Chapul, S. (2023)

⁴⁶ Términos de uso OpenAI, actualizados el 13 de noviembre de 2023. Acceso <https://openai.com/policies/terms-of-use>, 6/10/2023.

- a algún tipo de expresión imprevista o desconocida;
- b si se formulare mediante una sintaxis ingeniosa;
- c una combinación original de expresiones del lenguaje conocidas.

En las afirmaciones sobre originalidad que hemos formulado, corresponde circunscribirse al texto literario como tal del prompt (input), no teniendo relación ni alcance alguno con la devolución del software de la IAG como reacción a dicho prompt (output). Diversos autores comparten la opinión de que una protección autoralista del prompt no alcanza el uso funcional del texto, lo cual no impide que cualquier persona pudiera utilizarlo en una aplicación de la IAG⁴⁷.

La IAG puede, eventualmente y según la consideración que se tenga, generar creaciones respecto de las cuales se afirme su novedad o incluso originalidad (hay distintas opiniones en el Derecho Comparado), pero ello no puede implicar necesariamente una valoración de originalidad del prompt que la determinó.

5.2 Una sucesión de prompts encaminada a un resultado

La experiencia en interactuar con sistemas de la IA permite consolidar reglas para la obtención de resultados consistentes. Un cuento, una novela o un artículo detallado y profundo no se logra con un solo prompt, sino mediante la planificación de prompts sucesivos, encadenados con un orden y sucesión específicos. Se habla, en este sentido, de prompt chaining o encadenamiento de conceptos en prompts, cuando mediante la referencia a ciertos datos o ideas en cada uno se prevé una cierta articulación de resultados. La creación intelectual es más compleja en este caso. Hay un conjunto de prompts, no solamente actividad intelectual en cada uno, sino esfuerzo intelectual en ubicar unos antes de otros, concatenación de expresiones, valoración de efectos.

⁴⁷ Entre ellos, Dragotti, G. (2023)a, Dragotti, G. (2023)b

El punto de partida, pues, para evaluar si hay obra protegida será el conjunto de prompts utilizado efectivamente, luego de lo cual se ha llegado a un resultado a través de un sistema de la IAG. Cuando se crea una trama con este conjunto de prompts se podrá estar ante una obra protegida⁴⁸.

Trasladamos al caso los conceptos expresados en el numeral anterior respecto de obra literaria. En particular, cabe destacar que la obra literaria se protege en cuanto a su composición y a su expresión⁴⁹. La composición es el encadenamiento o unión de proposiciones como elemento esencial de originalidad. La expresión es la forma como resulta plasmada la creación. Ambas notas pueden apreciarse en el caso de conjunto de prompts encaminados a la composición de una creación intelectual que constituya un input de inserciones sucesivas, que derive en un objetivo específico de output, usualmente más complejo de lo común, para un sistema de la IAG.

Si bien por mayor extensión y nivel creativo hay más chances de calificar como obra protegida por su originalidad a una cadena de prompts, igualmente el alcance de la protección no impide que sea utilizada la cadena de prompts funcionalmente, para la obtención de creaciones de la IAG. Incluso, dadas las particularidades del entrenamiento de datos, la utilización de una misma cadena no asegura obtener resultados ni siquiera similares formalmente.

5.3 ¿Quién introduce el prompt es autor de la obra que se genere en la IAG?

Ya que estamos analizando conceptos de Derechos de Autor vinculados con el prompt, no puedo dejar de hacer referencia a si es posible entender que quien introduce el prompt en una aplicación de la IAG (tenga o no protección autoralista el prompt en sí mismo) puede ser considerado autor de la creación generada informáticamente. Se trata de un tema in-

⁴⁸ Reinholz, F. (2023)

⁴⁹ Cfme., entre otros: Plaisant, R.(1986) fasc. 3, p. 7.

dependiente de que sea o no original el prompt que da lugar a la creación – texto, imagen, audiovisual, software – de la IAG.

Mi respuesta a la pregunta es no. Al menos como principio y sin conocer ni un solo caso que actualmente me permita considerarlo como excepción. Algo que – esto último – la vertiginosa casuística ni las sorpresas de la tecnología me permiten considerar inmutable, hay que ser realista.

Uno de los argumentos de quienes entienden que hay autoría en quien introduce los prompts respecto de la creación que pueda generar la IAG, es que se introducen, piensan, entrelazan muy numerosos prompts para finalmente decidirse por una de las creaciones que arroja la IAG. Se trata de un argumento insuficiente, tal como está el punto en la legislación comparada de Derecho de autor, donde la calidad de autor se atribuye conceptualmente a una persona física (distinto es quién será titular de los derechos). Hay casos excepcionales en los cuales una ley atribuya la autoría a una persona jurídica, pero no tiene lugar dicha atribución sin norma legal que admita tal excepción frente a la caracterización del autor (o autores, si hay colaboración) como persona física⁵⁰. El día que los legisladores atribuyan derechos de autor a una entidad identificable con quien introduce los prompts, quedará el tema saldado por imperio legal.

La razón básica que fundamenta mi posición es que no hay una actividad como expresión de la personalidad directamente planteada entre un comando de texto y lo que genera la IAG. Entre el input y el output hay toda una serie de entrenamiento de datos que hacen que la capacidad intelectual empleada para la generación del prompt no tenga relación alguna con lo que se puede obtener. No puede haber autor cuando no hay una persona física que intelectualmente haya trabajado directamente en la generación de una obra. Por último, y como argumento técnico de fortaleza, mientras no pueda asegurarse que repetir la inserción de los mismos prompts produzca igual resultado, no puede hablarse de relación de autoría entre quien crea un prompt y el output consecuente de un sistema de la IAG. Por más creativo y peculiar que este último sea.

⁵⁰ Ruthes Gonçalves, L., Perdigão Lana, P. (2019) profundizan dicha posición, p. 45 y ss.

Se puede establecer como paralelo en este caso al de la empresa que encarga a una persona, sea por contrato de encargo de obra o de trabajo, la elaboración de una determinada creación. Por ejemplo el diseñador de una casa de modas es autor. La casa de modas es titular derivado de derechos de autor, puede dar instrucciones sobre el producto, pero no es “la mano” impulsada por el intelecto que lleva adelante el encargo. Claro que si el diseñador, luego de generado el modelo, contrata a un taller para que confeccione la creación, no deja de ser autor: el taller es mera ejecución, cumpliendo las instrucciones y el referente creativo original que le entregan. El paralelo de esta situación con la implementación de un prompt de la IAG implica: que el lugar de quién encarga la obra a un diseñador, equivale a la persona que inserta el prompt; el prompt sería equivalente a la instrucción o encargo de obra; mientras que el rol de diseñador, lo cumple automatizadamente el sistema de la IAG que se trate.

La posición que sostengo va en igual sentido que el pronunciamiento de la Oficina de Copyright USA en algunos casos que se les ha planteado - como a otras oficinas - en los últimos años.

Uno de estos casos, data del 2022. En los Estados Unidos Kris Kashanova insertó una serie de prompts en una aplicación de la IAG generando un comic y pretendió registrar las imágenes generadas en la Oficina del Derecho de Autor de los Estados Unidos. La oficina entendió que no podían ser registradas las imágenes creadas por una IA generativa, pero admitió como ámbito de protección para el caso de esta creación la historia propiamente representada en el comic (estimo que representada en texto literario) y la disposición de las imágenes⁵¹.

La jurisprudencia norteamericana, hasta ahora ha apoyado esta posición, en cuanto a que no hay elementos de autoría en el concepto legal o “tradicional” como lo denomina la oficina norteamericana⁵².

⁵¹ Hals, T., Brittain, B. (2023) . El documento de la United States Copyright Office dirigido a la interesada, con fecha 21 de febrero de 2023, se encuentra aquí: <https://www.copyright.gov/docs/zarya-of-the-dawn.pdf>, 6/10/2023.

⁵² Analizamos para este trabajo situaciones en las cuales el reclamo de autoría se sustenta en que el reclamante es quien ha incluido o insertado los posts. Hay otros reclamos relacionados con la IA y el Derecho de Autor en los cuales se plantea que la

En el año 2023, la Oficina de Copyright de los Estados Unidos ha publicado su posición respecto de la posibilidad de registro de obras generadas por la IAG, en el sentido de no admitirlas sobre la base de que la intervención humana en su generación no implica una actividad de autoría. El documento se titula “Copyright Registration Guidance: Works Containing Material Generated by Artificial Intelligence”⁵³. Entre otros conceptos, establece el documento que si los elementos tradicionales para determina la existencia de autoría son creados por una máquina, la obra carece de autoría porque tales “elementos tradicionales de autoría” de la obra en cuestión están determinados y ejecutados por la tecnología y no por un usuario humano. Cita como ejemplo si un usuario inserta prompt de texto que dice “escriba un poema sobre los derechos de autor al estilo de William Shakespeare”; el mero comando no implica esfuerzo intelectual de autoría, no es una obra humana y la oficina rechazará el registro.

En cuanto a los prompts establece el citado documento que aún cuando puedan ser calificados como originales y constituir obra protegida, la Oficina niega que un prompt protegible pueda dar lugar necesariamente a una imagen o cualquier otra creación también protegible por la legislación autoralista⁵⁴.

Es la posición inversa a la que se ha sostenido en la jurisprudencia china, donde el 27 de noviembre de 2023, el Tribunal de Internet de Beijing falló reconociendo derechos de autor de las imágenes generadas por IA⁵⁵. El demandante utilizó Stable Diffusion (una plataforma de la IAG)

calidad de autor corresponde a la propia aplicación de la IA, tema no comprendido directamente en este trabajo, como el caso de Thaller v. Perlmutter, sentencia https://ecf.dcd.uscourts.gov/cgi-bin/show_public_doc?2022cv1564-24, 6/10/2023.

⁵³ United States Copyright Office. Copyright Registration Guidance: Works Containing Material Generated by Artificial Intelligence , 16 marzo 2023. https://www.copyright.gov/ai/ai_policy_guidance.pdf, 6/10/2023.

⁵⁴ “ While some prompts may be sufficiently creative to be protected by copyright, that does not mean that material generated from a copyrightable prompt is itself copyrightable.”, establece la USA Copyright Office expresamente en una nota al pie de documento. United States Copyright Office. Copyright Registration Guidance: Works Containing Material Generated by Artificial Intelligence , 16 marzo 2023. https://www.copyright.gov/ai/ai_policy_guidance.pdf, 6/10/2023.

⁵⁵ Wininger, A.(2023)

para generar la imagen involucrada en el caso y la publicó en la plataforma Xiaohongshu. El demandado, un bloguero de Baijiahao, utilizó la imagen generada por la IA del demandante para acompañar el artículo, y el demandante presentó una demanda. Según la referida sentencia la imagen generada por inteligencia artificial del caso cumplía con los requisitos de “originalidad” y reflejaba la actividad intelectual original de un ser humano. Por lo tanto era una obra protegible por Derechos de Autor.

El alcance del derecho de quien genera los prompts y su posible calidad de autor en relación con la obra a que da lugar un aplicativo de la IAG se ha discutido a nivel global en casos de creaciones que resultaron reconocidas por su calidad artística. Me refiero singularmente al caso de Jason Allen y una obra generada a través de sus prompts por la IAG, conocida como “Théâtre D’opéra Spatial”, que ganó un primer premio en la categoría arte digital en un concurso artístico en Colorado, USA. Allen no quiso dar a conocer la cadena de prompts que utilizó⁵⁶, actividad para la cual declaró haber dedicado muchas horas de trabajo y más de novecientas interacciones con la IAG, entre las cuales eligió tres antes de la finalmente presentada como ganadora⁵⁷. En la opinión prevalente actual Jason Allen no es autor, es un “generador” de la obra, talentoso y trabajador, pero su actividad intelectual en tanto encaminado a la concreción de una creación determinada no se ajusta al requerimiento del concepto normativo de autoría que atribuye derechos de exclusiva en una creación.

Sin perjuicio de ello, se ha entendido que en caso de que se trate de una aplicación de la IAG cuyo output consiste en texto, en creaciones literarias, la sucesión o secuencia de diversos prompts, más que solamente un prompt podría tener un rol determinante en una posible protección autoralista de la obra generada, debido a la complejidad intrínseca del proceso creativo⁵⁸.

Distinto, también, es el tema de la atribución de derechos de autoría en este caso. Estoy haciendo referencia a una situación que no existe

⁵⁶ Rose, K. (2022)

⁵⁷ Kuta, S. (2022)

⁵⁸ Esposito. A. (2023)

actualmente en ninguna legislación. Es decir, si un poder legislativo decidiera aprobar una ley que impusiera que quien genera o introduce el prompt tiene facultad de ejercer derechos de autor. Eso se ha planteado como una solución de política pública o política legislativa, como resultado de valorar el principio de “sweat of the brow” o “sudor de la frente” como suficiente para atribuir derechos sobre una creación; se ha recurrido a ello en otros casos, para otras creaciones, es una discusión aparte de este trabajo, sobre una solución que hoy no existe para la IA.

Entre las tantas reflexiones que genera la aplicación de derecho de autor en estos aspectos está la consideración de que, si un prompt de la IAG pudiera considerarse obra protegida por el derecho de autor y como producto de ese input se generara una creación que – hipotéticamente – también pudiera hablarse de un output consistente en obra protegida, ésta última debería considerarse obra derivada⁵⁹.

6 MARCA O EXPRESIÓN MARCARIA Y PROMPTS

La marca, como signo distintivo, cumple funciones distintivas, de indicación de calidad, publicitarias dirigidas al mercado. Ninguna de tales funciones se encuentra de manifiesto en introducir un texto como prompt para obtener un resultado en una aplicación de la IAG. Ser titular de una marca que consiste en o incluye texto literario no implica poder impedir que cualquier persona en cualquier contexto utilice esas mismas palabras. El alcance del derecho marcario se encuentra acotado a las funciones de las marcas y a las clases en que se haya registrado, a menos que se trate de marca notoria, en cuyo caso en cuanto a objeto distinguible y territorio la fuerza de los derechos podrán trascender.

Como contenido de la expresión literaria, la inclusión de una marca o expresión marcaria en un prompt no constituye propiamente uso de la marca. Estrictamente tampoco hay uso descriptivo de la marca, aunque eventualmente podría depender del texto en cuestión.

⁵⁹ Dragotti, G. (2023)a, Dragotti, G. (2023)b

Entiendo que podría hablarse de uso funcional como prompt de una expresión protegida como marca. Es decir, si se hace referencia a una marca en un prompt se está esperando un determinado resultado operativo en la generación del output del sistema de la IAG. En ningún sentido se trata de un uso marcario.

Respecto de si alguien puede registrar un texto de prompt como marca no encuentro impedimento alguno, en tanto esa expresión que también se utiliza como prompt cumpla con los requisitos que le permitan valorarlo como tal. En este caso, la extensión y características necesarias para un prompt eficaz no favorecen la protección legal como marca. El texto que puede usarse como prompt regularmente es más extenso que una marca y, por sus requerimientos utilitarios (verbos o expresiones comunes o banales de comando que se elija incluir) las probabilidades de tener un signo potencialmente apto para registro marcario son escasas, por lo menos.

Esfuerzo intelectual al crear un prompt es indiferente a objetivos de obtener una expresión del lenguaje persuasiva para la oferta de productos o servicios al mercado.

De nuevo, de manera similar a la conclusión en el caso de la protección autoralista: no es imposible que un texto literario determinado se utilice como prompt y que a la vez una persona lo haya registrado como marca, particularmente si es una frase publicitaria. Sin embargo, es algo poco probable.

El alcance del derecho de titular de la eventual marca no podría impedir el uso que otra persona hiciera del mismo como prompt. Se podría decir en este sentido que es una marca débil.

La función marcaria no alcanza al uso técnico o funcional de dicha expresión porque dicho uso no implica la distinción en el mercado de productos o servicios. Del uso como prompt se espera un resultado operativo un output por parte de la IAG, no hay publicidad como oferta de contratación en sentido alguno. Solamente se dirige a software de la IA que corresponda.

Al ingresar un prompt no se cumple ninguna de las funciones marcarias, ni distintiva, ni indicativa de calidad, ni publicitaria. Un prompt de la IAG tiene otro objetivo o función.

7 COMPETENCIA DESLEAL Y UTILIZACIÓN DE LOS PROMPTS

Las situaciones y reclamos en materia de competencia desleal tantas veces se encuentran ligadas a conflictos y vulneración de la propiedad intelectual, que cierro este análisis con alguna referencia a tales posibles actos. Corresponde, pues, preguntarse si un prompt que introduce información de manera engañosa, por ejemplo, o actuando de cualquier otra forma contradictoria con las pautas del leal comportamiento en el mercado, puede constituir un mecanismo de competencia desleal.

La función del derecho contra la competencia desleal es asegurar el buen funcionamiento de la competencia, combatiendo ciertos componentes desleales de la misma como lo son – entre otros - los actos de confusión, denigración o engaño, el “parasitismo” del trabajo ajeno⁶⁰ y cualquier otro calificable como desleal. En los últimos años del siglo XX, esta disciplina se ha extendido más allá de los actos tradicionalmente considerados como desleales entre comerciantes, alcanzando también como valores protegidos a los consumidores y a la Economía.

El uso de un prompt no va dirigido al mercado, de manera que difícilmente desde esa perspectiva podría ser alcanzado por normas que persiguen la competencia desleal. No obstante, desde el momento en el cual queda integrado un prompt en una dinámica competitiva obteniendo un determinado resultado de la IAG y este output se divulga o se hace uso de él públicamente, con finalidad competitiva, el prompt se incorpora a la consecución de un acto de competencia. Resulta pues un instrumento integrado a una conducta en el mercado que pretende engañar o distorsionar la competencia leal. Para que se concrete esta calificación de deslealtad en algunos casos deberá forzosamente estar vinculado con un uso ulterior del producto de la aplicación de la IAG.

⁶⁰ Cfme. Buydens, M. (1993) p. 575.

Tratándose de situaciones especiales de los prompts que pueden derivar en actos de competencia desleal, es pertinente hacer referencia a los denominados prompts injections, antes descritos en este trabajo. Recordemos que son prompts que en virtud de las expresiones que contienen pueden provocar modificaciones o distorsiones en la operativa de la aplicación de la IA que se trate, generando contenido no deseado, engañoso e incluso potencialmente dañino, tal como lo describen Argheria-Aubret-Kouchaf con precisión al analizar los riesgos de ciberseguridad a que dan lugar los prompts injections⁶¹. Esta situación no solo es pasible de persecución aplicando la normativa contra los actos de competencia desleal que estamos comentando, sino también por las infracciones al Derecho de Autor sobre el software en cuestión y el trastorno empresarial que eventualmente generen y se puedan probar.

Siguiendo con la línea de consideraciones respecto de la formulación e inserción de prompts que podrían ser ilegales, se puede pensar en el caso de creaciones que encierran mensajes subliminales. En esta situación el prompt del caso concreto podría ser evidencia de intenciones sancionables o penalizadas en la normativa de la publicidad comercial, por ejemplo.

Hay programas de software específicos que procuran evaluar los riesgos de vulnerabilidades de la propiedad intelectual del software a través del prompting que analizan los diversos mecanismos mediante los cuales se ataca y se puede defender el software que se trate⁶².

En definitiva, entiendo que sí, que la aplicación de disposiciones que persiguen los actos contra la competencia desleal es una posibilidad no descartable de manera general en la operativa de prompts de la IAG. Por supuesto, deberán probarse distintos extremos para llegar formalmente a una conclusión así: tanto en la efectiva utilización de determinado texto como prompt, como todos los extremos correspondientes a la competencia desleal (relación de competencia vulnerada, desleal, entre otras).

⁶¹ Argheria, T. Aubret, P. Kouchaf, Y. (2023)

⁶² Profundizan este tema, entre otros: Yu, Z., Wu, Y., Zhang, N., Wang, C., Vorobeychik, Y., Xiao, C.. (2023)

CONCLUSIONES

El origen de la expresión prompt signa el alcance de su expresión utilitaria, tal como hoy la conocemos. Hace referencia a la expresión progresiva de información a cambio de la cual el emisor espera del receptor una reacción pautada. Resalta su caracterización de inmediatez y concreción.

El prompt se caracteriza por su formulación corta y sustancial, encaminada a una función tecnológica, como es desplegar los efectos generativos de un software de la IA. Por su extensión no ofrece tantas posibilidades para la identificación de notas de originalidad y distintividad. De todas maneras, no hay base legal para excluir la aplicación de principios y normas de la propiedad intelectual. No pudiendo formalizar apreciaciones generales, corresponde analizar en cada caso concreto de prompt, las funciones meta-tecnológicas y determinar si puede haber algún tipo de protección de ese conjunto textual per se.

La IA nos desafía con las creaciones a que da origen, pero también provoca la propia creatividad de los operadores a efectos de tener los mejores resultados, razón por la cual estamos analizando el alcance de la protección por la propiedad intelectual sobre las elaboraciones conocidas como prompts utilizables en la IAG.

A modo de conclusión de este conciso análisis, se presenta a continuación un conjunto de ideas nucleares de los distintos puntos tratados.

- I En el ámbito de la función específica que cumplen para la interacción usuario – software de la IA y determinantes de la existencia de una respuesta (sea creativa o no), la expresión textual o cuasi textual utilizada como prompt no es alcanzada por ningún instituto de la propiedad intelectual.
- II El prompt en sí mismo, como creación textual, si tiene originalidad podrá ser obra protegida por Derecho de Autor como cualquier creación textual. No es probable que ello tenga lugar, sobre la base de que son creaciones usualmente cortas, con-

cretas. De todas maneras no hay norma alguna que impida su protección.

- III Una creación concatenada de prompts, eventualmente, en tanto conjunto de frases con una expresión o materialización de ideas determinadas, es más probable que puedan valorarse como originales.
- IV De cualquier manera, en los casos de protección de derechos de autor no se puede impedir una aplicación con función técnica por terceros. Porque los derechos del autor no admiten tal efecto impeditivo como parte de los derechos de exclusión que conceden.

El ámbito o alcance de la protección legal en este caso será su reproducción como texto.
- V Los derechos marcarios no llegan a estar involucrados en la utilización de expresiones textuales com prompt, dado que el uso como marca tiene una función distintiva en el mercado de productos o servicios. Ello no alcanza una utilización no marcaria (no destinada a distinguir productos frente a eventuales consumidores, como oferta) que consiste en producir un efectos sobre determinada aplicación de software de la IA.
- VI La utilización desleal en sus objetivos de un determinado prompt puede manifestarse como un acto de competencia desleal y ser sancionable como tal.
- VII Eventualmente, en tanto no sea necesario dar a conocer los prompts utilizados por algún tipo de exigencia de transparencia que imponga su divulgación, podrán mantener en secreto, incluso pactando la no divulgación de su expresión por tantos como hayan participado de la generación del efecto de la IAG que se trate.

Mediante el conjunto de temas y problemas seleccionados para reflexionar sobre la posibilidad de protección de los prompts de la IAG a

través de modalidades de la Propiedad Intelectual espero haber cubierto las principales interrogantes que se presentan actualmente. La realidad nos seguirá retando día a día, particularmente con los avances tecnológicos, en la necesaria búsqueda de equilibrio entre intereses y derechos para seguir impulsando el progreso a todos los niveles.

REFERENCIAS

ANTEQUERA PARILLI, R. (1998) **Derecho de Autor**, Caracas: Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual – Dirección Nacional del Derecho de Autor, 2da. ed., 2 vol .

ARE, M. (1963) “L’oggetto del diritto di autore”, Milano: Giuffrè.

ARGHERIA, T.; AUBRET, P.; KHOUCHAF, Y. (2023) Language as a sword: the risk of prompt injection on AI Generative. **RiskInsight**. Acceso: <https://www.risk-insight-wavestone.com/en/2023/10/language-as-a-sword-the-risk-of-prompt-injection-on-ai-generative/>, 6/10/2023.

ARIAS MAÍZ, V. (1998) De la originalidad como requisito de protegibilidad de la creación intelectual, **90 RFDUC 1998**, Madrid.

BARRELET, D.; EGLOFF, W. (2000) **Le nouveau droit d’auteur. Commentaire de la loi fédérale sur le droit d’auteur et les droits voisins**, Berna: Staempfli Ed., 2da ed.

BENTLY, L.; SHERMAN, B. (2002) **Intellectual Property Law**. Oxford et al.: Oxford University Press, Reprint 2002.

BEREMBOOM, A. (1984) **Le Droit d’Auteur**, Bruselas: Larcier.

BEREMBOOM, A. (1995) **Le Nouveau Droit d’Auteur et les droits voisins**. Bruselas: Larcier.

BORGES BARBOSA, D. **Direito de Autor Questões fundamentais de direito de autor**. 592 p. Acceso: <https://www.dbba.com.br/wp-content/uploads/questes-fundamentais-de-direito-de-autor-livro-reviso-final-2-1.pdf>, 6/10/2023.

BUGALLO, B. (2005) **La protección Jurídica del Eslogan Publicitario en el Derecho Comparado**. Montevideo. Universidad de Montevideo. Acceso: <https://redum.um.edu.uy/handle/20.500.12806/1382>, 6/10/2023.

BUYDENS, M. (1993) **La protection de la quasi-création**. Bruxelles. Larcier. Acceso: <https://bib.kuleuven.be/rbib/collectie/archieven/boeken/buydens-protectionquasi-creation-1993.pdf>, 6/10/2023.

COLIN, E. (2023) Understanding the Risks of Prompt Injection Attacks on ChatGPT and Other Language Models. **Netskope** 5 junio 2023. Acceso: <https://www.netskope.com/blog/understanding-the-risks-of-prompt-injection-attacks-on-chatgpt-and-other-language-models>, 6/10/2023.

CORNISH, W. R. (1989) **Intellectual property: patents, copyright, trade marks and allied rights**. London: Sweet&Maxwell.

CORRADO, R. (1961) **Le opere dell'ingegno**, Milano: Vallardi.

CHAPUL, S. (2023) Prompt art et droits d'auteur, le début des recours en justice. **MBA Marketing Communication Innovation** Acceso: <https://mbamci.com/2023/01/prompt-art-droits-auteur-debut-recours-justice/>, 6/10/2023.

CHATRY, S. (2011) **Le concours de droits de propriété intellectuelle - Essai d'une théorie générale**. Droit. Université de Nantes, 2011, 492 p. Acceso: <https://hal.science/tel-03201688/document>, 6/10/2023.

DA ROCHA FRAGOSO, J. (2009) **Direito Autoral. Da Antigüidade à Internet**. São Pablo: Quartier Latin do Brasil.

DRAGOTTI, G. (2023)a Generative artificial intelligence (AI) and prompt protection under intellectual property law. **Gaming Tech Law** 7 febrero 2023. Acceso: <https://www.gamingtechlaw.com/2023/02/generative-artificial-intelligence-ai-prompt-protection-intellectual-property-law/>, 6/10/2023.

DRAGOTTI, G. (2023)b L'intelligenza artificiale (AI) generativa e la tutela dei prompt ai sensi della normativa sulla proprietà intellettuale. **Diritto al digitale**. 8 febrero 2023. Acceso: <https://dirittoaldigitale.com/2023/02/08/intelligenza-artificiale-ai-generativa-tutela-prompt-proprietaria-intellettuale/>. 6/10/2023.

EMERY, M.A. (2001) **Propiedad Intelectual**. Buenos Aires: ASTREA, 1ra Reimpresión.

ESPOSITO, A. (2023) IA e copyright, dalla Cina una sentenza innovativa per le regole. **Agenda Digitale**. 14 diciembre 2023 Acceso: <https://www.agendadigitale.eu/cultura-digitale/opere-dellia-e-il-prompt-che-fa-la-differenza-la-svolta-dalla-cina/>, 6/10/2023.

GEIGER, C. (2006) "La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle. Quels remèdes pour la propriété littéraire et artistique?". **Revue Internationale de Droit Economique**. 2006/4 t. XX 4 p. 389-432. Acceso: <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2006-4-page-389.htm>, 6/10/2023.

GRECO, P.; VERCELLONE, P. (1974) "I diritti sulle opere dell'ingegno", Torino: UTET. en **Trattato di Diritto Civile Italiano** dir. da Filippo Vassalli, vol. 11°, tomo terzo.

GUADAMUZ, A. (2022) DALL-E goes commercial, but what about copyright?. **Technollama** 25 julio 2022. Acceso:<https://www.technollama.co.uk/dall%C2%B7e-goes-commercial-but-what-about-copyright>, 6/10/2023.

HALS, T.; BRITAIN, B. (2023) Insight: Humans vs. machines: the fight to copyright AI art". **Reuters**. 1 abril 2023 Acceso: <https://www.reuters.com/default/humans-vs-machines-fight-copyright-ai-art-2023-04-01/>, 6/10/2023.

JESSEN, H. (1967) *Direitos intelectuais*. Río de Janeiro: Itaipú.

KUTA, S. (2022) Art Made With Artificial Intelligence Wins at State Fair. **Smithsonian Magazine**. 6 setiembre 2022 Acceso: <https://www.smithsonianmag.com/smart-news/artificial-intelligence-art-wins-colorado-state-fair-180980703/>, 6/10/2023.

LINANT DE BELLEFONDS, X. (2002) **Droits d'auteur et droits voisins**. Paris: Dalloz.

LIPSZYC, D. (1993) **Derecho de Autor y derechos conexos**. Buenos Aires et al: Cerlalc, UNESCO, Zavalía.

LIPSZYC, D.; VILLALBA, C. (2001) **El derecho de autor en la Argentina**. Buenos Aires: La Ley.

LUCAS, A.; LUCAS, H.-J. (1994) **Traité de la Propriété Littéraire & artistique**. Paris: LITEC.

NIMMER, M. (2003) **Nimmer on Copyright**. New York: Matthew Bender.

PLAISANT, R.(1986) **Droit d'Auteur et Droits Voisins. La loi du 3 juillet 1985**. Paris: Librairies Techniques.

PACHÓN, M. (1988) **Manual de Derechos de Autor**. Bogotá: Temis.

PIOLA CASELLI, E. (1927) **Trattato del diritto di autore e del contratto di edizione**. Napoli/Torino: Marghieri/UTET. 2da. ed.

PONS ESCUELA DE NEGOCIOS. (2023) ¿Están los prompts protegidos con algún derecho de autor?, 3 octubre 2023 Acceso: <https://www.ponsescueladenegocios.com/prompts-derecho-de-autor/>, 6/10/2023.

RAMOS, D. (2023) Prompt Engineering, ¿qué es y dónde puedo aprenderlo? Acceso: <https://www.incae.edu/es/blog/2023/03/29/prompt-engineering-que-es-y-donde-puedo-aprenderlo.html>, 6/10/2023.

REINHOLZ, F. (2023) KI und Copyright – wie hält es ChatGPT mit dem Urheberrecht?, 8 marzo 2023 Acceso: <https://haerting.de/wissen/ki-und-copyright-wie-haelt-es-chatgpt-mit-dem-urheberrecht/>, 6/10/2023.

RENGIFO, E. (1997) **Propiedad Intelectual. El moderno derecho de autor**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2da. ed.

ROCHA, M.V. (2001) A originalidade como requisito de proteção da obra pelo direito de autor: alguns reflexões. **XXII ADI** pág. 339.

ROSE, K. (2022) An A.I.-Generated Picture Won an Art Prize. Artists Aren't Happy. **The New York Times**. Sept. 2, 2022 Acceso: <https://www.nytimes.com/2022/09/02/technology/ai-artificial-intelligence-artists.html> , 6/10/2023.

RUTHES GONÇALVES, L., PERDIGÃO LANA, P. (2019) A autoria de obras tuteláveis pelo direito autoral por aplicações de inteligência artificial no direito brasileiro e português. In: Marcos Wachowicz, Alexandre Libório, Pedro de Perdigão Lana, coord. **Novos direitos intelectuais: Estudos luso-brasileiros sobre propriedade intelectual, inovação e tecnologia**. Curitiba: Gedai. 2019. 202 p.

STAUT JUNIOR, S. (2006) **Direitos autorais: entre as relações sociais e as relações jurídicas**. Curitiba: Moinho de Verbo. 240 p.

STIGERT, K. (2023) Direitos Autorais de Prompts de Inteligência Artificial. Uma análise do caso “Théâtre d’Opéra Spatial”. **Jusbrasil**. Acceso: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/direitos-autorais-de-prompts-de-inteligencia-artificial/1876208860>, 6/10/2023.

VICENT CHULIA, F. (1991) **Compendio crítico de Derecho Mercantil**. Barcelona: Bosch. tomo II, vo. 2º, 3ra. ed.

WACHOWICZ, M.; RUTHES GONÇALVES, L. (2019) **Inteligência artificial e criatividade. Novos Conceitos na Propriedade Intelectual**. Curitiba: Gedai.

WININGER, A. (2023) Beijing Internet Court Recognizes Copyright in AI-Generated Images. China IP Law Update. 29 noviembre 2023. Acceso: <https://www.chinaiplawupdate.com/2023/11/beijing-internet-court-recognizes-copy-right-in-ai-generated-images/>, 6/10/2023.

YU, Z.; WU, Y.; ZHANG, N.; WANG, C.; VOROBAYCHIK, Y.; XIAO, C. (2023). CodeIPrompt: Intellectual Property Infringement Assessment of Code Language Models. Acceso: <https://proceedings.mlr.press/v202/yu23g.html>, 6/10/2023.

RRDDIS

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E DIVERSIDADE: VIESES ALGORÍTMICOS, SOBERANIA DE DADOS E PERSPECTIVAS PARA A PROMOÇÃO E PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL BRASILEIRO

Artificial Intelligence and Diversity: Algorithmic Biases, Data Sovereignty, and Perspectives for the Promotion and Protection of Brazilian Cultural Heritage

Maria Helena Japiassu Marinho de Macedo¹

Marcos Wachowicz²

RESUMO:

Este artigo tem como objetivo pensar a relação entre os direitos culturais e a inteligência artificial (IA), no Brasil, sob o prisma da diversidade. Parte-se da perspectiva de que a IA permeia as relações sociais contemporâneas e as impactam de diferentes formas. Neste sentido, busca-se, inicialmente, apresentar elementos conceituais da IA e a contextualização do seu uso no Brasil. Em seguida, identifica-se o objeto de proteção dos direitos culturais na Constituição Federal brasileira. Relacio-

ABSTRACT:

This article aims to consider the relationship between cultural rights and artificial intelligence (AI) in Brazil from the perspective of diversity. It starts from the perspective that AI permeates contemporary social relations and impacts them in different ways. In this sense, it initially seeks to present conceptual elements of AI and the context of its use in Brazil. Then, it identifies the object of protection of cultural rights in the Brazilian Federal Constitution. Concrete cases of the use of AI for the promotion and protection of Brazilian cultural rights are exemplified,

¹ Doutoranda em Direito na UFPR - Pesquisadora sênior no Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial (GEDAI-UFPR) e do Instituto Observatório de Direitos Autorais (IODA). Pesquisadora do Projeto Acervos Etnográficos e colaboração com grupos indiógenas - passado, presente e futuro - Produção de conhecimento e inovações na política de gestão museológica (Museu de Arqueologia e Etnologia - MAE/USP - financiado pela FAPESP).

² Professor de Direito da Universidade Federal do Paraná/Brasil. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná- UFPR. Mestre em Direito pela Universidade Clássica de Lisboa-PORTUGAL. Coordenador do Grupo de Estudos em Direito Autoral e Industrial - GEDAI / UFPR. Professor da Cátedra de Propriedade Intelectual no Institute for Information, Telecommunication and Media Law – ITM da Universidade de Münster - ALEMANHA. Docente do curso políticas públicas y propiedad intelectual do Programa de Mestrado em Propriedade Intelectual na modalidade à distância na Faculdade Latino-americana de Ciências Sociais - FLACSO/ARGENTINA.

nam-se, de forma exemplificativa, casos concretos do uso de IA para a promoção e a proteção dos direitos culturais brasileiros, com foco, sobretudo, na proteção do patrimônio cultural dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira e sua diversidade cultural. Como metodologia, recorre-se a uma bibliografia transdisciplinar, com ênfase na análise dos direitos culturais e em estudos de caso. Conclui-se que o uso da IA é inexorável e repercute no setor cultural. Em que pesem os desafios, entende-se que a IA pode auxiliar na proteção e promoção do patrimônio cultural brasileiro.

Palavras-chave: Inteligência Artificial. Direitos Culturais. Diversidade Cultural.

focusing mainly on the protection of the cultural heritage of the different groups forming Brazilian society and its cultural diversity. The methodology used is a transdisciplinary bibliography, with an emphasis on the analysis of cultural rights and case studies. It concludes that the use of AI is inexorable and impacts the cultural sector. Despite the challenges, it is understood that AI can assist in the protection and promotion of Brazilian cultural heritage.

Keywords: Artificial Intelligence. Cultural Rights. Cultural Diversity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; I. ELEMENTOS CONCEITUAIS DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL; II. A RELAÇÃO DA IA COM O PATRIMÔNIO CULTURAL BRASILEIRO; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

As relações sociais são permeadas pela interação entre os seres humanos e as tecnologias. Assim, podemos recuperar a história, desde a domesticação do fogo à revolução industrial e, mais recentemente, digital. No contexto contemporâneo, verifica-se que as tecnologias de inteligência artificial (IA) estão presentes no cotidiano das relações sociais e as impactam de diversas formas. Ao mesmo tempo em que importa ao Direito disciplinar as relações jurídicas que advenham dessas interações, a IA pode impactar o Direito, tolhendo-o, facilitando o seu objeto ou mesmo promovendo-o.

Propõe-se, neste artigo, realizar uma reflexão acerca das relações entre a IA e os direitos do patrimônio cultural brasileiro, as quais são objetos de disputas e ensejam um olhar atento, sob o prisma dos direitos

culturais constitucionais. As tecnologias não são neutras, produzem leituras conforme os vieses das bases de dados das quais são alimentadas, e os seus impactos devem ser observados, a partir da realidade concreta brasileira.

Conforme Lévy (2010, p. 12), “não há uma ‘técnica’ por trás da técnica, nem ‘sistema técnico’, sob o movimento da indústria, mas apenas indivíduos concretos, situáveis e datáveis”. Com este pensamento, o autor nos chama a atenção para a necessidade de analisar a IA a partir de seus “agentes efetivos”, os quais são “indivíduos situados no tempo e no espaço” (LÉVY, 2010, p. 13).

Ao pensarmos no contexto brasileiro, é importante perceber de que modo os diferentes sistemas de IA desenvolvidos e implantados irão afetar o patrimônio cultural. Neste sentido, Coeckelbergh chama a atenção para os aspectos éticos da IA, informando ser essencial assegurar que os seus sistemas “respeitem os valores locais e costumes, e que não reforcem inadvertidamente estruturas de poder existentes ou desigualdades - tanto em nível local quanto global” (COECKELBERGH, 2023, p. 9).

A Constituição Federal brasileira define o patrimônio cultural brasileiro como “os bens de natureza material e imaterial que são portadores de referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira” (Art. 216, CF/88). Incluem-se, entre esses bens, as formas de expressão; os modos de criar, fazer e viver; as criações científicas, artísticas e tecnológicas; as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico. (Art. 216, I-V).

Após definir o escopo do patrimônio cultural nacional, a Constituição Federal brasileira impõe ao Poder Público, com a colaboração da comunidade, promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro, e informa maneiras de atuação, como, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, além de outras formas de acatamento e preservação (Art. 216, § 1º).

Pergunta-se de que maneira a IA poderá impactar o patrimônio cultural brasileiro. Para tanto, após apresentar o conceito constitucional de patrimônio cultural, faz-se necessário acolher um entendimento acerca da definição de IA. Esta se apresenta de diversas formas, e os seus conceitos são múltiplos, abertos e ultrapassam a ainda incipiente legislação sobre o tema. Neste sentido, visa-se informar elementos mínimos para a sua compreensão.

A capacidade de ação de uma IA deve ser observada também em seu contexto político, econômico e social. Há uma distância entre detentores de tecnologias e seus usuários. Esta distância reproduz as desigualdades sociais e econômicas existentes entre países desenvolvidos e em desenvolvimento. O algoritmo, alimentado pelos detentores de tecnologias, tende a obedecer vieses derivados dessas relações de poder, o que afeta o patrimônio cultural. O artigo tem sua análise situada no contexto social e cultural brasileiro.

A partir desse exercício conceitual e contextual, pode-se pensar de que forma a IA é capaz de impactar e agir em relação ao patrimônio cultural. Para ilustrar essa análise, apresentam-se exemplos de casos concretos de iniciativas que se utilizam de IA, para a promoção e proteção do patrimônio cultural material e imaterial de diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, dedicando-se especial atenção à utilização de IA em prol da diversidade cultural de povos indígenas e afro-brasileiros, populações estas com maiores índices de vulnerabilidade no país.

A metodologia de análise, por fim, compõe-se da revisão de uma bibliografia transdisciplinar e da análise de casos concretos, que venham ao encontro do dever constitucional atribuído ao Estado de garantir os direitos culturais.

I ELEMENTOS CONCEITUAIS DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

A legislação brasileira ainda não definiu um conceito de IA. Em que pese a ampla presença da IA, na sociedade contemporânea, com usos e aplicações que impactam desde as finanças, os negócios, os automóveis,

as manufaturas, até setores como o poder público, a saúde, educação e a cultura, a definição da IA é ainda imprecisa e está em construção.

A matéria jurídica está sendo regulamentada pela maior parte dos países. A legislação mais inovadora sobre o tema, e a primeira aprovada, que vem servindo de base para as discussões legislativas internacionalmente é o Regulamento Inteligência Artificial da União Europeia, aprovado pelo Conselho Europeu, mas que ainda não está em vigor.

O referido regulamento, no entanto, não define IA, mas o que são sistemas de IA. Em seu artigo terceiro, dispõe:

Para efeitos do presente regulamento, entende-se por: 1) «Sistema de IA», um sistema baseado em máquinas concebido para funcionar com níveis de autonomia variáveis, e que pode apresentar capacidade de adaptação após a implantação e que, para objetivos explícitos ou implícitos, e com base nos dados de entrada que recebe, infere a forma de gerar resultados, tais como previsões, conteúdos, recomendações ou decisões que podem influenciar ambientes físicos ou virtuais; (...) (PARLAMENTO EUROPEU).

O conceito foi amplamente discutido, sobretudo no que diz respeito à compreensão da autonomia possível que um sistema de IA poderia ter em relação à intervenção humana sobre ele.

Na teoria, há quatro abordagens principais em relação à capacidade de ação de uma IA, que analisam a possibilidade de a IA pensar e agir como seres humanos, pensar e agir racionalmente. O quadro abaixo baseia-se nessas abordagens e é extraído do que nos informam Russel e Norvig (2016), acerca da capacidade de uma IA:

CAPACIDADE DA AI EM:	
<p>Pensar como humanos:</p> <p>→ Para fazer uma máquina pensar como humanos, é necessário saber como os humanos pensam. Desafio para as ciências cognitivas.</p>	<p>Pensar racionalmente:</p> <p>→ Silogismos</p> <p>→ Lógica</p> <p>→ Problemas: incertezas na anotação lógica e diferenças entre solucionar um problema na teoria e na prática</p>
<p>Agir como humanos</p> <p>→ Teste de Turing (quando a resposta de computador não é diferenciável de uma resposta humana)</p> <p>→ Necessárias as seguintes capacidades computacionais:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. processamento de linguagem natural; 2. representação do conhecimento; 3. raciocínio automatizado; 4. aprendizado de máquina; 5. visão computacional; 6. robótica 	<p>Agir racionalmente</p> <p>→ Agir para corretas inferências</p> <p>→ IA busca as melhores ações para determinadas situações.</p>

No contexto presente, já se verifica a existência de sistemas de IA com capacidades responsivas, decisivas, adaptativas e generativas. Todas essas possibilidades de atuação ensejam implicações jurídicas diversas. Esses usos de IA repercutem no setor cultural. Com cada vez mais frequência, percebe-se a presença de tecnologias de IA em relação a diversas modalidades artísticas.

Entre os desafios observados no setor cultural, está a realocação dos atores da economia criativa diante da possibilidade da IA generativa, ou seja, quando a tecnologia passa a criar, de forma independente, conteúdos originais. Ainda não é possível afirmar o impacto da IA generativa

sob o setor cultural, mas é possível afirmar que “quando uma circunstância como uma mudança técnica desestabiliza o antigo equilíbrio de forças e das representações, estratégias inéditas e alianças inusitadas tornam-se possíveis” (LÉVY, 2010, p. 16).

Em que pesem os impactos da IA no setor cultural, estudo realizado em 2023, pelo Observatório Itaú Cultural (OIC) informou que o setor cultural brasileiro está em expansão, tendo respondido por 3,11% do Produto Interno Bruto (PIB). Sob a perspectiva dos trabalhadores da cultura, o estudo informa:

A ECONOMIA CRIATIVA DEMONSTROU VARIAÇÃO POSITIVA ENTRE O 1º E 2º TRIMESTRES DE 2023, COM UM CRESCIMENTO DE 3% NO NÍVEL DE EMPREGO DO SETOR, CRIANDO 188 MIL POSTOS DE TRABALHO. O COMPARATIVO ENTRE OS 2º TRIMESTRES DE 2022 E 2023 REVELA, CONTUDO, UMA VARIAÇÃO NEGATIVA, DE 2%, INDICANDO RELATIVA ESTABILIDADE NO PERÍODO (OIC, 2023).

Muito embora a análise aponte para um crescimento na empregabilidade, o aumento deriva, sobretudo, da alocação dos trabalhadores no setor de tecnologia. Assim, o OIC aponta que:

NESTE MESMO PERÍODO, O ÚNICO SEGMENTO DA ECONOMIA CRIATIVA QUE APRESENTOU CRESCIMENTO FOI O DE TRABALHADORES ESPECIALIZADOS DA TECNOLOGIA. A PARTICIPAÇÃO DOS TRABALHADORES DOS SETORES DA TECNOLOGIA TEM AUMENTADO NO TOTAL DO EMPREGO DOS SETORES CULTURAIS E CRIATIVOS, CHEGANDO A 18% NO 2º TRIMESTRE DE 2023. (OIC, 2023)

No que diz respeito aos direitos culturais, pode-se pensar, por exemplo, nos impactos da IA na liberdade de expressão e de criação, nos direitos de imagem e da privacidade; nos direitos autorais e conexos; na verificação de autenticidade de uma obra artística e na sua rastreabilidade.

de; assim como nas responsabilidades civis, administrativas e penais de seus provedores.

A IA pode também servir aos direitos culturais, facilitando, por exemplo, o acesso à cultura; auxiliando na elaboração de projetos culturais; servindo como ferramenta para a proteção e promoção do patrimônio material e imaterial, bem como impactar positiva e negativamente o mercado de trabalho. Na próxima seção, busca-se perceber, por meio de casos concretos, a relação da IA com o patrimônio cultural brasileiro e os direitos constitucionais que lhes são atinentes.

II A RELAÇÃO DA IA COM O PATRIMÔNIO CULTURAL BRASILEIRO

IA no Brasil - contexto socioeconômico e regulamentar

No momento em que se escreve este artigo, tramita no Poder Legislativo, o Projeto de Lei 2338/2023, que visa disciplinar o uso da IA no Brasil (SENADO, 2023). Enquanto se discutem os termos desse marco regulatório, já existe no âmbito administrativo, uma Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial (EBIA), instituída pela Portaria MCTI nº 4.617, de 6 de abril de 2021, a qual foi alterada pela Portaria MCTI nº 4.979, de 13 de julho de 2021.

Como informa o Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação, a EBIA alinha-se às estratégias da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)³ em relação à IA e se fundamenta:

Nos cinco princípios definidos pela Organização para uma gestão responsável dos sistemas de IA, quais sejam: (i) crescimento inclusivo, o desenvolvimento sustentável e o bem-estar; (ii) valores centrados no ser humano e na equidade; (iii) transparência e ex-

³ “A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) aprovou, em maio de 2019, seus Princípios sobre Inteligência Artificial, aos quais 42 países, inclusive o Brasil, já aderiram.” (MCTI, 2021, p. 27)

plicabilidade; (iv) robustez, segurança e proteção e; (v) a responsabilização ou a prestação de contas (accountability). (MCTI, 2023).

O objetivo da EBIA seria “nortear as ações do Estado brasileiro em prol do desenvolvimento das ações, em suas várias vertentes, que estimulem a pesquisa, inovação e desenvolvimento de soluções em Inteligência Artificial, bem como, seu uso consciente, ético e em prol de um futuro melhor” (MCTI, 2021. p. 3).

Para tanto, a EBIA apresenta “um diagnóstico da situação atual da IA no mundo e no Brasil; destaca os desafios a serem enfrentados; oferece uma visão de futuro” (MCTI. 2021. p. 4), na qual se espera que “a IA possa trazer ganhos na promoção da competitividade e no aumento da produtividade brasileira, na prestação de serviços públicos, na melhoria da qualidade de vida das pessoas e na redução das desigualdades sociais, entre outros” (MCTI. 2021. p. 5).

Importante mencionar que o Brasil tem permanecido com constantes e elevados índices de desigualdades econômicas e sociais. É o que demonstra a última Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (PNADC/IBGE). Conforme o índice de Gini, um dos elementos de análise da PNADC, em 2022, entre 0 (igualdade absoluta) e 1 (desigualdade absoluta), as condições de desigualdades econômicas no Brasil foram de 0,518 (IBGE, 2023).

Toda essa desigualdade é acentuada, quando se considera a interseccionalidade, que compreende a permeabilidade ou sobreposição de camadas de opressões e discriminações sociais. Assim, fatores como região geográfica, raça, e gênero, por exemplo, repercutem na análise da vulnerabilidade subjetiva.

A EBIA, em seu diagnóstico a respeito da IA no Brasil, informa que, apesar de a inovação ser chave para o desenvolvimento do país, o investimento em tecnologia está bem abaixo dos países desenvolvidos:

Segundo o Índice de Inovação Global de 2019, o Brasil está situado na 66ª posição, tendo como dois de seus maiores desafios o inves-

timento no ambiente de negócios e a infraestrutura tecnológica. Dados do Banco Mundial corroboram tal diagnóstico, ao classificar o Brasil em 138º lugar quanto à facilidade de se iniciar um negócio e em 124º lugar no que se refere à facilidade de se realizar um negócio. Além disso, o Brasil investe 1,27% do seu PIB em P&D, enquanto a média de investimento dos países-membros da OCDE é de 2,39% (MCTI, 2021, p. 9)

Ainda sobre o tema, a EBIA descreve que, “no que diz respeito à Inteligência Artificial, os desafios ainda são consideráveis. Em 2019, enquanto os EUA investiram 224 milhões USD em startups de IA, e a China 45 milhões USD, o Brasil investiu apenas 1 milhão USD” (MCTI, 2021, p. 9).

Observando-se a concentração das tecnologias de IA, sobretudo, nos países desenvolvidos, percebe-se a reprodução das disparidades socioeconômicas e geográficas no mundo capitalista globalizado. No Vale do Silício, por exemplo, existe um ambiente propício para desenvolvimento de tecnologias de IA, mas se sabe que a contribuição técnica humana para alimentar informações e dados relevantes para o funcionamento de uma IA advém de países onde o valor trabalho é mais barato, como Índia ou China.

Estas informações são relevantes, pois colocam o Brasil, mais na posição de consumidor de IA do que de produtor, sendo estratégico o investimento no setor. Ademais, sendo as tecnologias de IA utilizadas além das fronteiras nacionais, a regulamentação do setor enseja negociações internacionais.

Nos objetivos e eixos estratégicos da EBIA, não há menção explícita ao patrimônio cultural brasileiro. No entanto, a metodologia adotada para a sua elaboração, partiu de um projeto de cooperação entre o Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTI) com a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), que compreende a cultura como transversal às políticas públicas.

Ressalta-se, ainda, que, entre os elementos de recomendação da OCDE, que embasaram a EBIA, está a informação de que:

Os sistemas de IA devem ser projetados de maneira a respeitar o Estado de Direito, os direitos humanos, os valores democráticos e a diversidade, e devem incluir salvaguardas apropriadas - possibilitando a intervenção humana sempre que necessário - para garantir uma sociedade justa. (MCTI, 2021, p. 7).

A diversidade é um direito caro ao patrimônio cultural brasileiro e dever do Estado. A EBIA também menciona a cultura, ao informar que as preocupações de políticas públicas em relação à IA devem ensejar o seu uso socialmente justo, a partir, por exemplo do “delineamento de programas para assegurar que a IA seja utilizada para promover o bem-estar social, o crescimento econômico e cultural, e de promover a inclusão por meio de suas de aplicações” (MCTI, 2021, p. 16).

Entre os nove pilares da EBIA, destaca-se o primeiro, referente à legislação, regulação e uso ético da IA. A esse respeito, a EBIA prevê que, no desenvolvimento de parâmetro para essa regulamentação:

encontra-se a preocupação em estabelecer um ponto de equilíbrio entre: (i) a proteção e a salvaguarda de direitos, inclusive aqueles associados à proteção de dados pessoais e à prevenção de discriminação e viés algorítmico; (ii) a preservação de estruturas adequadas de incentivo ao desenvolvimento de uma tecnologia cujas potencialidades ainda não foram plenamente compreendidas; e (iii) o estabelecimento de parâmetros legais que confirmam segurança jurídica quanto à responsabilidade dos diferentes atores que participam da cadeia de valor de sistemas autônomos. (MCTI, 2021, p. 17).

Como constatado pela EBIA, os vieses algoritmos tendem a reforçar padrões e normatividades excludentes. Coeckelbergh alerta que os vieses podem presentes em todos os estágios de projeto, teste e aplicação de IA. Tendo em conta que a maior parte das bases de dados são provenientes, de forma desproporcional, a partir dos Estados Unidos, “isso pode levar a um viés cultural embutido na própria base de dados”, provocando resultados tendenciosos, incluindo os seus preconceitos (CROECKELBERGH, 2023, p. 120).

Conscientes desse diagnóstico, algumas iniciativas que envolvem o uso de tecnologias com IA têm sido desenvolvidas para contribuir para a diversidade algorítmica, de forma a inibir impactos negativos e fomentar a inclusão dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira e a valorização de seu patrimônio cultural.

IA e o Patrimônio Cultural

O patrimônio cultural brasileiro é formado por bens materiais e imateriais referentes à identidade, ação e memória dos diferentes grupos formadores da sociedade (Art. 216, CF, *caput*). Cabe ao Estado garantir os direitos culturais a ele associado e estabelecer planos nacionais de cultura, visando ao desenvolvimento cultural do país e à integração das ações do poder público, conduzindo à valorização da diversidade étnica e regional (Art. 215, §3º, V, CF).

A diversidade do patrimônio cultural é um valor reconhecido pelo sistema jurídico brasileiro. Reforça este argumento os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, como a Declaração Universal da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) sobre a Diversidade Cultural (2001) e a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais (2005), a qual foi ratificada, por meio do Decreto Legislativo 485/2006.

Ao buscar atender aos direitos culturais, a EBIA também reconhece a valorização da diversidade do patrimônio cultural e enfatiza que:

A IA não deve criar ou reforçar preconceitos capazes de impactar de maneira injusta ou desproporcional determinados indivíduos, principalmente os relacionados a características sensíveis como raça, etnia, gênero, nacionalidade, renda, orientação sexual, deficiência, crença religiosa ou inclinação política (MCTI, 2021, p. 17).

Ainda a esse respeito, a EBIA recomenda que as iniciativas de IA devem ter a preocupação com a dignidade humana e a valorização do bem-estar desde a concepção de suas ferramentas e projetos e em to-

das as etapas de seu desenvolvimento e uso. Enfatiza, ademais, que “o desenvolvimento de uma Sociedade do Futuro centrada no ser humano é uma das diretrizes adotadas pelo ‘G20 – Declaração Ministerial sobre Comércio e Economia Digital – Princípios para IA Centrada nos Humanos (2019)40’.” (MCTI, 2021, p. 17).

Pensar a IA e o patrimônio cultural enseja questionar os seus vieses algoritmos e a soberania dos dados que refletem a cultura imaterial dos grupos formadores de nossa sociedade, bem como a sua governança. Conforme Silveira, a soberania de dados de uma cultura “é a consolidação de uma demografia que concretiza diferentes formas de estar no mundo” (SILVEIRA, 2023) e a sua governança, capacidade de acesso e utilização de seus dados, deve ser assegurada aos seus representantes.

A intenção de inibir vieses algoritmos que desconsiderem a diversidade e que busquem corrigir desigualdades e culturas de discriminação, buscando a inclusão social e garantindo a dignidade humana, deve ainda agregar pressupostos plurais de reconhecimento. Neste sentido, é útil considerar o pensamento de Stefanini, para que as iniciativas de IA estejam atentas a “diversas acepções de dignidades humanas” (STEFANINI, 2023, Apresentação, p. i), conforme diferentes cosmovisões e pensamentos culturais.

Casos Concretos

Ao relacionar a IA e o direito à diversidade, em prol do patrimônio cultural brasileiro, entende-se relevante não apenas pensar em iniciativas que venham a fortalecê-lo, mas também ampliar o olhar para a tecnologia, compreendendo-a como plural. Para evitar iniciativas que alimentem algoritmos enviesados e uniformizantes, deve-se valorizar tecnologias inclusivas de diferentes culturas e propulsoras de novas formas de vida social, econômica, política e estética.

As tecnologias de IA devem ser pensadas como mecanismos vivos, em diálogo constante com a sociedade, respondendo a desafios concretos. Para tanto, é necessário considerar a sua análise para além de hipóteses

maniqueístas, de seu domínio em relação aos seres humanos, ou mecanicistas direcionadas a pretensões universalizantes.

Recorda-se do pensamento crítico de Adorno e Horkheimer acerca da indústria cultural no mundo capitalista. Para os autores, “na indústria cultural o indivíduo é ilusório não só pela estandardização das técnicas de produção. Ele é tolerado à medida que sua identidade sem reservas com o universal permanece fora de contestação” (ADORNO, 2002, p. 49). Neste cenário, haveria uma cultura de massa com ideais universalizantes, em que a diversidade seria o espaço da exclusão. Conforme os autores, “a única escolha é colaborar ou se marginalizar” (ADORNO, 2002, p. 41).

Como contraponto, Hui argumenta que é falho pensar as tecnologias de maneira universal, propondo perceber a existência de múltiplas cosmotécnicas, aliadas a diferentes formas de compreensão e ação humanas (HUI, 2020, p. 9). A valorização da diversidade e do fomento à educação crítica seriam ferramentas para perceber e fomentar a tecnodiversidade.

É possível perceber e criticar a IA por seus vieses universalizantes, mas, para Hui, o universalismo, como ideal e produto ocidental, nunca existiu, mas apenas a universalização (ou sincronização) de práticas e padrões capitalistas. Nesse processo de universalização, “o poder tecnologicamente mais forte exporta conhecimento e valores para o mais fraco e, como consequência, destrói interioridades” (HUI, 2020, p. 62).

Essa universalização, embora fortemente constrangedora, não deve ser encarada como inexorável, e a tecnodiversidade seria uma forma de “rearticular a questão da tecnologia e contestar os pressupostos ontológicos e epistemológicos das tecnologias modernas”, buscando perspectivas transformadoras a partir da consideração de variadas cosmotécnicas (HUI, 2020, p. 18). A tecnologia deve ser, portanto, recontextualizada no cenário contemporâneo, possibilitando transformações a partir da consideração da heterogeneidade.

Da mesma forma que Lévy (LÉVY, 2010, p. 13), Hui propõe a valorização da localidade enquanto espaço para a diversidade (HUI, 2020, p. 123). É possível mencionar casos concretos de iniciativas de IA que levam

em conta a localidade como espaço de ação para a tecnodiversidade, em benefício do patrimônio cultural brasileiro.

Menciona-se, primeiramente, o projeto da Universidade de São Paulo, em parceria com o Centro de Inteligência Artificial (C4AI), a Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP), e o IBM Research, que busca desenvolver ferramentas de IA para auxiliar na documentação, preservação, vitalização e uso das línguas indígenas no Brasil (FONTES, 2023).

O projeto reconhece que as ferramentas de IA apresentam dificuldades para atender demandas acerca de culturas situadas em contextos vulneráveis, entre essas as populações indígenas. O C4AI já trabalha na elaboração de uma ferramenta de Processamento de Linguagem Natural (PLN) de última geração para o português, como já existe em idiomas de uso hegemônico no cenário internacional, como o inglês e o espanhol.

Em relação aos idiomas dos povos tradicionais, referido projeto reconhece que, desde a colonização do Brasil “mais de dois terços das línguas indígenas foram se perdendo ao longo do caminho, ao passo que nos dias de hoje muitas delas estão cada vez mais enfraquecidas” (FONTES, 2023). Claudio Pinhanez, vice-diretor do C4AI e um dos líderes do projeto, junto com a professora Luciana Storto, da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas (FFLCH) da USP, informa que, para proteger e promover este patrimônio cultural linguístico, o projeto irá atuar em duas frentes:

Uma delas é a de vitalizar, ou seja, aumentar a quantidade de jovens que falam e escrevem essas línguas. Já a segunda, é voltada para fortalecer as línguas indígenas que já se encontram em um processo de desaparecimento, por isso estamos buscando formas de documentá-las para que elas sejam mantidas para a posteridade. Há línguas, por exemplo, que possuem apenas três únicos falantes de 70 anos de idade. Mas o fundamental é estar sempre trabalhando com as comunidades indígenas e com especialistas no assunto. (FONTES, 2023).

O desenvolvimento do projeto em colaboração com as comunidades indígenas é essencial e vem ao encontro da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT, de 1989), ratificado pelo Brasil, por meio do Decreto 10.008 de 5 de novembro de 2019, que trata da importância de realizar uma consulta livre, prévia e informada sempre que alguma obra, ação, política ou programa for ser desenvolvido e afete aos povos tradicionais. É também uma forma de assegurar a soberania de dados dos povos indígenas e a sua governança.

Também vinculado à Universidade de São Paulo está a plataforma DecolonizAI, de iniciativa da Elen Nas, pesquisadora de Pós-doc na Cátedra Oscar Sala, do Instituto de Estudos Avançados, que reúne pesquisadores como o objetivo de contribuir “com o debate da interação humana com as tecnologias sob a perspectiva decolonial” (DECOLONIZAI, 2023).

Conforme Nas, busca-se criar “um ambiente de coleta de dados responsável em respeito à pluralidade da população, dentro de um sistema onde os participantes da pesquisa não são meras ‘cobaias’ mas sim co-autores capazes de intervir na metodologia proposta, colocando também suas perspectivas” (NAS, 2023).

De acordo com o site do DecolonizAI, a plataforma agrega pesquisadores que relacionam os seus interesses e a sua produção acadêmica com a diversidade cultural, étnica, identitária em estudos sobre a sociedade e tecnologia. Como premissa, o DecolonizAI informa ser “uma iniciativa de pesquisa que entende que a inovação só será possível através da difusão de saberes múltiplos, e não incluídos em escala quantitativa, nas narrativas tecnológicas presentes nas redes e modos de coletar dados” (DECOLONIZAI, 2023) e se propõe ser uma plataforma para pensar “como o Brasil poderá contribuir para a criação e coleta de dados justa, representando deste modo os diversos povos e seus modos de vida” (DECOLONIZAI, 2023).

Outro projeto que pode ser citado como exemplo de promoção do patrimônio cultural brasileiro, dedicado a questões étnico-raciais, de diversidade, equidade e inclusão, é a DEB, programa de inteligência artificial do Instituto Identidades do Brasil (ID_BR), organização sem fins lucrativos, pioneira e referência no país na aceleração da igualdade racial (IDBR, 2023).

Estudos como o “Artificial Intelligence and Racial Discrimination in Brazil”, realizado pelo *Institute for Research on Internet and Society* (SILVA, SILVA, 2023) e o da Ação Educativa e da REDE Negra em Tecnologia e Sociedade, com o apoio da Fundação Mozilla (REDE, 2021), enfatizam como a IA pode reforçar o racismo estrutural. A esse respeito, informam que a invisibilidade de pessoas negras no desenvolvimento de tecnologias, a falta de diversidade e a baixa inclusão no ambiente digital são fatores que contribuem para esse diagnóstico.

A DEB é uma personagem mulher negra e influenciadora virtual disponível para diálogos (*chats*) que visam “promover a igualdade racial em empresas, governos e sociedade” (IDBR, 2023). Conforme informações no site do IDBR e em sua página na rede social Instagram (@chamaadeb), apresenta-se como uma IA em aprendizado, alinhada com a Agenda 2030 da ONU e a Agenda ESG, e que busca “potencializar o presente com tecnologia para promover a igualdade racial e fortalecer a ancestralidade” (IDBR, 2023).

Cita-se, por fim, o movimento #caradacausa, que busca reavivar as memórias dos povos originários a partir de uma colaboração com pessoas reais. Ao contrário dos demais casos citados, não se trata de um programa estruturado de IA, mas de uma iniciativa de engajamento coletivo e espontâneo, cujo lema é superar o AI (apagamento indígena).

Em vídeo publicado, em formato de reels, na plataforma Instagram, por meio do perfil @one_growthag, o movimento informa que “em sites de busca, quando se procuram os rostos indígenas, encontram-se dados estereotipados de indígenas que não correspondem aos povos originários brasileiros. Os resultados auferidos pelos buscadores, geralmente, apresentam imagens de indígenas norte-americanos, de forma pasteurizada, sem apresentar informações da diversidade cultural brasileira” (MACEDO, 2023). Como estratégia, o movimento convida artistas para criar rostos dos povos originários e contribuir para alimentar a IA com imagens mais fidedignas à cara das mais de 305 etnias indígenas brasileiras, suas culturas e línguas, e atuar em rede, a partir da inserção do #caradacausa.

CONCLUSÃO

Este artigo teve como proposta pensar a relação entre os direitos culturais e a inteligência artificial (IA), no Brasil. Para tanto, foram apresentados alguns elementos conceituais referentes à IA e contextuais, de modo a perceber como se dá a atuação de seus sistemas nas relações sociais contemporâneas e seus impactos no patrimônio cultural brasileiro.

No que diz respeito aos elementos conceituais, não há uma definição jurídica e teórica perene. Enfatizam-se, contudo, as múltiplas capacidades de ação e de respostas autônomas dos sistemas de IA, que as fazem independentes dos seres humanos. Foi possível perceber que as tecnologias de IA são amplamente utilizadas no setor cultural, impactando positiva e negativamente os direitos culturais.

Em que pese a forte presença das tecnologias de IA no cotidiano das relações sociais, o aparato regulatório nacional e internacional sobre o tema ainda é incipiente e está em discussão. O Brasil possui uma Estratégia de Inteligência Artificial (EBIA), que oferece parâmetros para os seus usos no país, mas ainda se discute no Poder Legislativo um marco regulatório. Verificou-se que a cultura é parte das preocupações da EBIA e das discussões legislativas.

Cabe ao Estado o suporte logístico para a efetividade dos direitos culturais, conforme preconiza Francisco Humberto Cunha Filho, Ferreira e Mango (FERREIRA; MANGO; 2017, p. 90), e os esforços do setor público para garantir uma regulamentação adequada da IA no Brasil vem ao encontro desse dever estatal.

Uma das preocupações éticas e jurídicas dos usos de IA em relação ao patrimônio cultural refere-se à soberania e ao enviesamento de dados. Este, que pode reforçar estereótipos e contribuir para perpetuar desigualdades referentes a grupos sociais. Neste sentido, buscou-se investigar a existência de iniciativas que envolvessem o uso de tecnologias com IA para contribuir para a soberania cultural e diversidade algorítmica, inibindo impactos negativos e fomentando a inclusão dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira e a valorização de seu patrimônio cultural.

Como estudos de casos, foram observados os programas de desenvolvimento de IA para a vitalização de línguas indígenas e o DecolonizAI da USP, a iniciativa DEB de promoção da igualdade racial e o projeto #caradacausa. Estes projetos permitem observar que a IA pode ser utilizada em benefício do patrimônio cultural brasileiro e sua diversidade e demonstram esforços da sociedade brasileira em garantir os direitos culturais, tais quais previstos no texto constitucional.

REFERÊNCIAS

ADORNO, T. **Indústria Cultural e Sociedade**. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

COECKELBERG, M. **Ética na Inteligência Artificial**. Trad. Clarice de Souza et al. São Paulo/Rio de Janeiro: Ubu Editora/Editora PUC Rio, 2023.

CRUZ, A. USP dá início às atividades do mais moderno Centro de Inteligência Artificial do Brasil. **Jornal da USP**. São Paulo: 13 out 2020. Disponível em: <https://jornal.usp.br/institucional/usp-da-inicio-as-atividades-do-mais-moderno-centro-de-inteligencia-artificial-do-brasil/> Acesso em: 16 jun 2023.

DECOLONIZAI. Sobre o projeto. **DecolonizAI**. Disponível em: <https://www.decolonizai.com/sobre-o-projeto/> Acesso em: 03 out. 2023.

FERREIRA, G. A; MANGO, A. R. Cultura como direito fundamental: regras princípios culturais. **Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais**. Brasília. v. 3 n. 1 |p. 80 – 98: Jan/Jun. 2017.

FONTES, H. Projeto que utiliza inteligência artificial pretende fortalecer língua indígenas no Brasil. *In*: **Center for Artificial Intelligence**. 29 mai 2023. Disponível em: <https://c4ai.inova.usp.br/pt/projeto-que-utiliza-inteligencia-artificial-pretende-fortalecer-linguas-indigenas-no-brasil/> Acesso em: 5 nov 2023.

GOMES, V. L. IA pode ajudar na preservação de línguas indígenas no Brasil. **Olhar Digital**. 02 jun 2023. Disponível em: <https://olhardigital.com.br/2023/06/02/pro/ia-pode-ajudar-na-preservacao-de-linguas-indigenas-no-brasil/> Acesso em: 10 nov. 2023.

GUADAMUZ, A. Copyright infringement in artificial intelligence art. *In*: **Technollama**. England: August 11, 2022. Disponível em: <https://www.technollama.co.uk/copyright-infringement-in-artificial-intelligence-art> Acesso em: 10 nov. 2023.

HUI, Yuk. **Tecnodiversidade**. São Paulo: Ubu Editora, 2020

IBGE. PNAD Contínua - Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua. **IBGE**. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/2511-np-pnad-continua/30980-pnadc-divulgacao-pnadc4.html> Acesso em: 20 out. 2023.

IBM. What is artificial intelligence (AI)?. **IBM**. Disponível em: <https://www.ibm.com/topics/artificial-intelligence> Acesso em: 20 out. 2023.

IDBR. A gente é referência na pauta racial do Brasil. *In: Instituto Identidades do Brasil (ID_BR)*. Disponível em: <https://www.simaigualdaderacial.com.br/id-br> Acesso em: 10 ago. 2023.

IUH. Algoritmos e inteligência artificial podem promover racismo no Brasil. *In: IUH Unisinos*. São Leopoldo: 7 dez 2021. Disponível em: <https://www.ihu.unisinos.br/?id=615075:algoritmos-e-inteligencia-artificial-podem-promover-racismo-no-brasil> Acesso em: 5 jun. 2023.

LANA, P. de P. **A Autoria das Obras Autonomamente Geradas por Inteligência Artificial e o Domínio Público**. Almedina, 2023

LÉVY, P. **O que é o Virtual**. São Paulo: Editora 34, 2007.

LÉVY, P. **As tecnologias da inteligência: O futuro do pensamento na era da informática**. Pierre Lévy; tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 2020.

LOPES, M. F. **Obras Geradas por Inteligência Artificial: Desafios ao conceito jurídico de autoria**. São Paulo: Editora Dialética. 2023.

MACEDO, M. H. J. Inteligência Artificial e a cultura no Brasil: entenda os maiores desafios. **Estadão**. São Paulo: 13 ago 2023. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/politica/blog-do-fausto-macedo/inteligencia-artificial-e-a-cultura-no-brasil-entenda-os-maiores-desafios/> Acesso em: 16 jun. 2023.

MCTI. **Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial - EBIA, 2021**. Brasília: Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação, 2021. Disponível em: https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/transformacaodigital/arquivosinteligenciaartificial/ebia-diagramacao_4-979_2021.pdf Acesso em: 25 jun. 2023.

MCTI. Inteligência Artificial. **Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação - MCTI**. Disponível em: <https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/transformacaodigital/inteligencia-artificial> Acesso em: 25 jun 2023.

NAS, E. Decolonização da Inteligência Artificial. **Parepense**. Edição 01 - Inteligências - jul/ago 2023. Disponível em: <https://parepense.com.br/decolonizacao-inteligencia-artificial/> Acesso em: 05 out. 2023.

NAVAS, S. La “obra” creada por un sistema de inteligencia artificial autónomo. **Revista RRDDIS**. v. 1 n. 2 (2021): **Revista Rede de Direito Digital, Intelectual & Sociedade**.

OIC. Painel de Dados. **Observatório Itaú Cultural**. 6 out 2023. Disponível em: <https://www.itaucultural.org.br/observatorio/painelledados/publicacoes/boletins/economia-criativa-2o-trimestre-de-2023-analise-do-mercado-de-trabalho-da-economia-criativa-e-notas-sobre-o-emprego-nos-setores-de-tecnologia> Acesso em: 20 jun. 2023.

PALAO MORENO, G. **Inteligencia artificial y propiedad intelectual: avances en su ordenación en la Unión Europea**, S. Barona Villar (ed.) Justicia algorítmica y neuroderecho. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, pp. 633-653 Disponível em <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=176307>. Acesso em: 20 jun. 2023.

PARLAMENTO EUROPEU. REGULAMENTO DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO que cria regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial e que altera os Regulamentos (CE) n.º 300/2008, (UE) n.º 167/2013, (UE) n.º 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e as Diretivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828 (Regulamento da Inteligência Artificial). *In*: **Conselho da União Europeia**. Disponível em: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/PE-24-2024-INIT/pt/pdf>.

REDE Negra em Tecnologia e Sociedade. Prioridades Antirracistas sobre Tecnologia e Sociedade: pesquisa com especialistas negras/os. Relatório. Ação Educativa, 2021. **Ação Educativa**. Disponível em: <https://acaoeducativa.org.br/wp-content/uploads/2021/11/Prioridades-Antirracistas.pdf> Acesso em: 04 out. 2023.

RUSSEL, S. J.; NORVIG, P. **Artificial Intelligence: A Modern Approach**. 3. ed. England: Pearson Education Limited 2016.

SENADO. Atividade Legislativa: Projeto de Lei nº 2338, de 2023. *In*: **Senado Federal**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/157233> Acesso em: 20 jun 2023.

SILVA, F. S. R.; SILVA, T. (orgs). **Artificial Intelligence and Racial Discrimination in Brazil: key issues and recommendations**. Belo Horizonte: Institute for Research on Internet and Society. Disponível em: <https://irisbh.com.br/wp-content/uploads/2024/05/Artificial-Intelligence-and-Racial-Discrimination-in-Brazil-key-issues-and-recommendations.pdf>.

SILVEIRA, S. A. de. Soberania de dados indígenas. **A Terra é redonda**. 18 nov 2023. Disponível em: <https://aterraeredonda.com.br/soberania-de-dados-indigenas/> Acesso em: 08 out. 2023.

STEFANINI, M. R. **Por uma reconstrução não europeizada dos Direitos Humanos em relação aos Povos Indígenas brasileiros**. São Paulo: Ed. Dialética, 2023.

TOLEDO, W. A. T. (dir.) **Derecho, Ética e Inteligencia Artificial**. Tirant lo Blanch, 2023.

WACHOWICZ, M; GONÇALVES, L. R. **Inteligência Artificial & Criatividade: novos conceitos na propriedade intelectual**. Curitiba: Editora Gedai UFPR, 2020. Disponível em: <https://www.gedai.com.br/inteligencia-artificial-criatividade-novos-conceitos-na-propriedade-intelectual/>. Acesso em: 10 jun 2023.



**INOVAÇÃO, DIREITO DIGITAL E
TECNOLOGIA**

PARTE III

RRDDIS

NEURODERECHOS EN CHILE, ENTENDIDO COMO EL DERECHO A SEGUIR SIENDO HUMANOS¹

Neurorights in Chile, understood as the right to remain human

Marcelo E. Huerta Miranda²

Alejandro Castaño Bedoya³

RESUMEN:

Este artículo propone una revisión crítica del concepto de neuroderechos introducido por la reforma a la Constitución Política chilena y que será desarrollado por la respectiva ley, aun en tramitación. El argumento central de la investigación es que su conceptualización debe atender a la lógica del sistema normativo de surgimiento de nuevos derechos humanos fundamentales de tercera generación surgidos producto de la globalización y destinados a preser-

ABSTRACT:

This article proposes a critical review of the concept of neuro-rights introduced by the reform of the Chilean Political Constitution and that will be developed by the respective law, still in process. The central argument of the research is that its conceptualization must attend to the logic of the normative system of emergence of new fundamental human rights of the third generation as a result of globalization and aimed at preserving the transcendent human condition and its dignity, establishing limits to

¹ Research Project at International Post-doctoral Programme in New Technologies and Law (2021-2022) at Mediterranean International Centre for Human Rights Research (Reggio Calabria, Italy)

² Abogado – Lic. en Cs. Jurídicas y Sociales, Magister en Derecho Público con Mención Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Dr. PhD ESADE SAEJEE, Asesor Jurídico del CEI de la Contraloría General de la República de Chile y Ex Presidente de la Asociación de Derecho e Informática de Chile ADI-Chile.

³ PhD in Philosophy and Lawyer from the Universidad Pontificia Bolivariana, Colombia; PhD. in Philosophy and Canon law from Universidad Pontificia Bolivariana Colombia; *Magister Scientiarum* of the Universidad del País Vasco, España. Member of the International Network of Biolaw EEUU and the Colombian Institute for Bioethical Studies in academy of medicine; Founder member of the Latin American Network of Law and Society (RELADES); Resarch professor of Catholic University of Colombia, attached to research cambios y transformaciones en las instituciones del derecho privado: hacia un derecho privado centrado en la eficacia de los derechos constitucionales y convencionales-fase I. E mail acastano@ucatolica.edu.co. Physics coordinator of law and bioethics in post doctorate in Reggio di Calabria University.

var la condición humana trascendente y su dignidad, estableciendo límites a su investigación y acceso igualitario a los beneficios de las neurotecnologías por el estado.

Palabras clave: Neuroderechos, Nuevos Derechos humanos fundamentales de tercera generación, derecho a seguir siendo humano.

its research and equal access to the benefits of neurotechnologies by the state.

Key words: Neurorights, New third-generation fundamental human rights, right to remain human.

RESUMEN

1. EL PRESENTE TRABAJO ANALIZARÁ LOS PROYECTOS (BOLETINES N^{os} 13827-19 Y 13828-19); **2.** RAZONES DE SU IMPORTANCIA; **3.** MARCO TEÓRICO; **4.** PLANTEAMIENTO Y ABORDAJE DEL PROBLEMA; **A.** DIAGNÓSTICO DEL PROBLEMA; **B.** FORMULACIÓN DEL PROBLEMA; **C.** PRONÓSTICO; **D.** POSIBLES SOLUCIONES; **5.** LA PERSONA, GLOBALIZACIÓN Y TI YDERECHOS FUNDAMENTALES; **5.1.** LA PERSONA COMO CENTRO DEL CONSTITUCIONALISMO; **6.** LOS DERECHOS FUNDAMENTALES; **7.** EFECTOS DE GLOBALIZACIÓN EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA ACTUALIDAD; **8.** EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN CHILE; **9.** PROYECTOS DE REFORMA; **10.** LOS RIESGOS DE LAS NEUROCIENCIAS Y SU NECESIDAD DE REGULACIÓN; **11.** LOS ESFUERZOS LEGISLATIVOS EN CHILE; **12.** LA MOCIÓN N^o 13827-19 INGRESADA POR LOS SENADORES GIRARDI, GOIC, CHAHUÁN, COLOMA Y DE URRESTI; **13.** PROPUESTA DE TÉCNICA LEGISLATIVA; **14.** PROYECTO DE LEY, SOBRE PROTECCIÓN DE LOS NEURODERECHOS Y LA INTEGRIDAD MENTAL, Y EL DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN Y LAS NEUROTECNOLOGÍAS⁴ (BOLETÍN N^o 13.828-19); CONCLUSIONES; REFERENCIAS.

1 EL PRESENTE TRABAJO ANALIZARÁ LOS PROYECTOS (BOLETINES N^{os} 13827-19 Y 13828-19)

que contienen las iniciativas de reforma constitucional por las que, en primer término, se modificó el art. 19, número 1, de la actual CPR, -plas-

⁴ Fecha de Ingreso: miércoles 7 de octubre, 2020, Urgencia Actual: Simple, Cámara de Origen: Senado. Iniciativa: Moción. Tipo de Proyecto: Proyecto de ley Refundido: Etapa: Primer trámite constitucional (Senado). Segundo informe de comisión de Desafíos del Futuro, Ciencia, Tecnología e Innovación link para compartir: http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=13828-19

mando por primera vez a nivel mundial con rango constitucional la protección de los neuroderechos, -mediante la recientemente dictada ley N° 21.383-, desde la perspectiva de la privacidad e integridad e indemnidad mental y la autodeterminación informativa de los datos personales configurados como sensibles, fijando, además, un marco jurídico para el avance científico y tecnológico de las neurotecnologías, en forma igualitaria y al servicio de las personas, y que acorde el principio de reserva de ley-, se desarrollará en el proyecto de ley contenido en el citado Boletín N° 13828-19, aun en tramitación.

2 RAZONES DE SU IMPORTANCIA:

sin perjuicio del resultado del proceso de reforma constitucional y el proyecto que a tales efectos presentó la Convención Constitucional, -cuya aprobación está sujeta al plebiscito del 4 de septiembre de este año 2022-, este artículo intentará justificar la necesidad del establecimiento en Chile a nivel constitucional y legal de los denominados neuroderechos, y su eficiencia en armonía con otros derechos fundamentales de tercera generación con los que conecta directamente como la autodeterminación informativa a través de sus datos cerebrales.

Para ello se ha estimado pertinente, analizar su configuración y contenido desde su adscripción a la integridad e indemnidad mental, en relación con el derecho a la privacidad y la necesidad de regulación que incardina desde esta óptica ante el avance de la investigación por las neurotecnologías, identificando la pertinencia de la fórmula adoptada por nuestro constituyente, para conceptualizar jurídicamente los neuroderechos como nuevo derecho fundamental y su armonía con la regulación de datos personales a los que se le vincula, desde el carácter sensible de sus datos cerebrales, y las posibilidades de efecto expansivo al resto de nuestro ordenamiento jurídico, a través del proyecto de ley aún en tramitación, que lo desarrolle.

3 MARCO TEÓRICO

Numerosos estudios han concluido la necesidad de proteger la integridad e indemnidad mental de los neuroderechos ante el avance de las neurociencias, su investigación y la autodeterminación informativa de sus datos personales, motivando a Chile a presentar el primer proyecto mundial regulatorio vía garantía de derechos fundamentales en su CPR y ley que la desarrolle.

Algunos organismos internacionales lo han recomendado. Nuestra doctrina y jurisprudencia han actuado tradicionalmente al respecto desde la esfera de la privacidad y no han reaccionado frente a la transformación exponencial que las TI⁵ han impuesto a estos derechos fundamentales, por lo que se desconoce su operatividad en materia de habeas data neuronal, ni se han sujeto a un procedimiento ordinario aún.

Es precisamente esta dispersión en la doctrina y la jurisprudencia la que revela múltiples dilemas interpretativos en la protección la integridad mental e indemnidad de la persona humana: La identificación de la denominada dispersión epistemológica en la historia del pensamiento jurídico, se pone de manifiesto en las permanentes contradicciones entre los modelos del derecho y la constante polémica en la toma de decisiones en los tribunales cosntitucionales”⁶

Asimismo, es dable anotar que existen numerosas investigaciones que se han dedicado a tratar el tema de la protección los neuroderechos desde la perspectiva de la integridad e indemnidad mental frente al desarrollo de las neurotecnologías, como asimismo, de la autodeterminación informativa de los datos personales que emanan de ella como garantía de derechos fundamentales. No obstante, al revisar los aludidos documentos, puede apreciarse que aun no se ha concretado alguna propuesta de reforma en tal sentido

⁵ Tecnologías de la Información

⁶ A Castaño-Bedoya. Introducción a las categorías conceptuales del Bioderecho en la discrecionalidad jurídica. **Rivista Medicina e Morale**, Università del sacro Cuore, Italia. 2018 p 345- 354

En estas condiciones, se advierte que cuando la doctrina y la jurisprudencia han examinado el tema de la protección de datos neuronales, siempre lo han debido hacer en relación con las normas constitucionales que consagran el derecho a la integridad e indemnidad física, así como desde la óptica de la vida privada y la intimidad, analizando aquellas implicancias y consecuencias jurídicas, sin referirse a los neuroderechos como nuevos derechos surgidos a raíz el avance de las neurotecnologías aplicadas.

Se suma a lo expuesto, el hecho de que en Chile aun se encuentra pendiente la creación de un organismo encargado de exigir el registro previo de datos a tratar que facilite el acceso y la fiscalización del ejercicio de dichos derechos en Chile y ante el cual ejercer la acción de protección (ARCO o PROSA) por lo que de no establecerse este, estos esfuerzos regulatorios resultarán ineficaces.

4 PLANTEAMIENTO Y ABORDAJE DEL PROBLEMA

A. Diagnóstico del problema.

No cabe duda de que la neurociencia ha logrado avances sorprendentes en la últimas décadas. A tales avances hay que adicionar los propios de la inteligencia artificial -IA en adelante-, donde se han visto progresos relevantes en la conexión cerebro-computadora, como la interfaz mediante la cual una persona con parálisis puede mover sus extremidades, o las diademas con las cuales se mide el estrés de las personas o se pueden controlar mentalmente vehículos o drones.

En este orden de ideas, la iniciativa Brain impulsada por el Gobierno de Estados Unidos desde 2013, se ha dedicado al rastreo de la actividad de la mente para entenderla mejor, y también ha obtenido alentadores resultados.

También hay que tomar en consideración el ambiente digital de nuestro actual entorno personal y social, en el que el uso de las tecnologías de la información y comunicación -en adelante TI-, han tomado un lugar ineludible, haciendo, cada vez más, a un lado nuestra voluntad. De

otra parte, se estima que con la pandemia, hemos dado un salto de 10 o más años en el aprendizaje de las nuevas tecnologías, y sin importar la generación a la que se pertenece, ahora se puede desayunar por internet, se puede comprar casi todo por internet, e incluso se ha generalizado la impartición de clases y aplicación de exámenes por este medio, de suerte que nuestra vida social parece estar en todas las redes sociales, y esto sigue así sin parar.

En resumen, la persona está cada vez más comprometida, pues la privacidad máxima de una persona que es lo que piensa, ahora ya empieza a ser posible predecirla, descifrarla o manejarla.

Y es que precisamente, en un contexto más amplio, se pone de presente la razón de ser del derecho: su humanismo, no solo en la amplia investigación sobre sus fundamentos, sino en sus efectos que de manera transversal interroga la idea del bien común : “Cotta enseña que la pregunta por qué hay derecho, es anterior a la pregunta qué es derecho, y aquella nos lleva a la antropología, por lo que ha insistido en su tesis: “la coexistencia como fundamento ontológico del derecho”. Por su parte, Kaufmann coincide con esa inescindible vinculación entre lo jurídico y lo humano concluyendo que “la idea del derecho es la idea del hombre personal, o no es nada en absoluto”, es decir, el derecho es una imagen de la idea del hombre”⁷

Así las cosas, no podemos dejar de considerar que en este nuevo tipo de acercamiento a nuestro cerebro, interviniéndolo o conectándolo a computadoras, existen serios y graves riesgos de manipulación, uso indebido o abusos como ya ha sido ampliamente señalado por la iniciativa Brain⁸. Así, los intereses comunes pueden trastocarse por intereses patrimoniales, comerciales o particulares. Por lo tanto, resulta indispensable

⁷ A Castaño-Bedoya. **Introducción a la razón práctica del derecho**. Universidad Sergio Arboleda, 2013.p 70

⁸ EE. UU.: “NIH The BRAIN Initiative”, 2013. Su nombre es la sigla de, en español, “Investigación del Cerebro a través de Neurotecnologías Avanzadas e Innovadoras”. La iniciativa BRAIN tiene como objetivo general “revolucionar nuestra comprensión del cerebro humano”, y supone una inversión principalmente pública inicial de 1.300 millones de dólares en una década.

introducir el elemento regulador, no para frenar los avances de la ciencia, sino para encauzarlos debidamente, señalando ámbitos de protección o límites, pero, también, aspectos relacionados con la bioética, buscando incorporar la reflexión científica sobre los conflictos éticos provocados por este desarrollo de las ciencias.

No se oculta que el derecho no va a la par de la revolución neurobiológica ni la tecnológica, por lo cual el derecho, en términos generales, tendrá que buscar su propia regulación en estas áreas. Lo que ahora es motivo de preocupación es el ámbito propio de la persona, su intimidad, su privacidad, su voluntad. No obstante, estos avances actualmente están tocando incluso la esencia misma de la persona y por ello, consideramos que es de especial relevancia avanzar en el estudio de los derechos humanos aplicados a estas cuestiones.

Ahora bien, con independencia, de la terminología empleada hay una posición que indica que ciertos derechos humanos, los tradicionales, deben adaptarse lo antes posible. Así, por ejemplo, si bien la privacidad de los datos personales es algo de gran actualidad y preocupación, debemos transitar a la privacidad mental, no como una noción que impide el acceso a la mente, sino más bien, como algo que regule y proteja lo que está alcanzando de la mente.

El *libre albedrío* o *autodeterminación* de las personas también debe adaptarse, porque si es posible manejar la conducta de las personas, es muy probable que se pueda cambiar su voluntad. Lo mismo ocurre en cuanto a la *identidad de las personas*. Y así como estos derechos, hay otros más que deben evolucionar ante lo que estamos viviendo y, sobre todo lo que va a venir en un futuro no muy lejano.

No obstante, también puede darse otra posición desde la óptica de los derechos humanos, la que busca fortalecer a la persona misma frente a los sorprendentes cambios que ya estamos viviendo, caracterizándolos como una nueva dimensión ampliada, de regreso a la voluntad y a la privacidad al fuero interno de las personas, a lo que constituye su esencia humana. Desde esta perspectiva, si se puede saber lo que pensamos si se puede modular nuestra voluntad, entonces *debemos regresar a la dimensión*

interior de la persona, para proteger la base de donde partirá su proyección exterior a lo trascendente.

De ahí, que “cuando se estudian diferentes posturas sobre el origen y el propósito de la política de los derechos, respecto de su relación con la persona humana en el lazo social, se requiere advertir que los enunciados referidos a la autonomía, la eficacia o el bien de la persona humana, o como en este caso, a la primacía de la seguridad sobre otras prioridades, deben entenderse en un contexto teórico que, incluso en ocasiones, se presenta con pretensiones científicas.” Por ejemplo en el paradigma de la escuela moderna del derecho natural, se encuentran representantes como Grocio, Pufendorf, Leibniz, Domat; Burlamaqui, Wolf, Achenwald y varios más que intentaron la construcción de sistemas legislativos similares a sistemas matemáticos”⁹

B. Formulación del problema. El avance de la ciencia y tecnología, sumado al afán de proteger los derechos de las personas, han llevado a un grupo de senadores a iniciar mociones sobre materias relacionadas con los nuevos neuroderechos, presentando, por un lado, un Proyecto de reforma constitucional que modifica el art. 19, número 1°, de la CPR, para garantizar la integridad y la indemnidad mental con relación al avance de las neurotecnologías (Boletín N° 13827-19) y por otro lado, un Proyecto de ley sobre protección de los neuroderechos y la integridad mental y el desarrollo de la investigación y las neurotecnologías (Boletín N° 13828-19).

Este abordaje de la necesidad de postular los neuroderechos, bien puede ser investigado en el marco de referencia “a la exigencia de la construcción de la civilización occidental en su pretensión de realidad, que cuando se refiere a los derechos humanos, no pueden ser comprendidos si no se acepta previamente, que el humano por sí mismo, simplemente por su pertenencia a la especie humana, es sujeto de derechos, y su existencia misma, portadora de valores y normas, que pueden ser encontradas, pero no inventadas arbitrariamente. Un diálogo de estas características solo se-

⁹ A Castaño-Bedoya. **La política de los derechos:** en Derecho Natural y Iusnaturalismos. 2014, Editorial Palestra.

ría posible en una escala intercultural”¹⁰. Un ejemplo lo encontramos en el famoso diálogo Habermas Ratzinger.

Sin perjuicio de lo anterior, ni el ánimo de complejizar este trabajo, cabe hacer presente que nuestra labor en gran medida se ve forzosamente limitada -y nuevamente a esperar el resultado, tanto del plebiscito constitucional del 4 de septiembre de este año 2022, como de los procesos de reforma legal que llevan años tratando de reparar los errores cometidos en 1998 cuando se dictó la ley N° 19.628, sobre vida privada y bases de datos-, lo que ha dificultado en gran medida el éxito de la protección de estos derechos fundamentales de tercera generación y sobre los cuales nos resulta forzoso pronunciarnos, no obstante no ser tema central de la investigación de este artículo.

Con ello nos referimos al actual proyecto de reforma a la protección de la vida privada, contenido en el Boletín N° 11144-07 - Refundido con el N° 11092-07, de 15 de marzo de 2017, que buscan regular la protección y el tratamiento de los datos personales (actualización de dicha normativa ya obsoleta respecto de su modelo de origen la LORTAD) la que, en gran medida se ha visto entrabado por la falta de acuerdo para la creación de la Agencia de Protección de Datos Personales de Chile. Con todo, con el paso de los años, al menos en el año 2018, se incorporó a nuestra Carta Fundamental, la autodeterminación informativa en el Art. 19 N° 4 CPR.

Se suma a lo anterior, el hecho de que con el ánimo de impulsar los proyectos de reforma constitucional y de regulación legal de los neuroderechos y sus datos, el Presidente Sebastián Piñera intentó aprovechar la oportunidad para lograr un consenso y destrabar así la falta de acuerdo en la creación de este Órgano Autónomo de protección de datos, para lo cual, con fecha 7 de octubre de 2021, mediante Oficio N° 183-369, se remitió un mensaje en que planteó una serie de observaciones al Boletín N° 11.144 -07 y, asimismo, propuso la creación de una Agencia de Protección de Datos y otras propuestas y a la Ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública.

¹⁰ A Castaño-Bedoya. **La ley natural y los bienes personales como base ética de la Justicia**. 2018, Caxias do Sud Brasil, Ed Fi.p.20

C. Pronóstico.

Se vislumbra de carácter reservado, pues más allá del carácter multidisciplinario del tema, su marco de fondo está, además, claramente inmerso y ligado al trabajo de la Convención Constituyente que busca aprobar una nueva CPR tras el estallido popular por desigualdades sociales del 18 de octubre de 2019, y el inicio de la pandemia, durante una nueva ola de la revolución tecnológica.

Así, de aprobarse la nueva CPR quedaría sin efecto la reforma constitucional dirigida a proteger constitucionalmente «la integridad y la indemnidad mental con relación al avance de las neurotecnologías» publicada en el D.O. el 25 de octubre de 2021, y que modificó el art. 19, número 1, de la CPR, «para establecer el desarrollo científico y tecnológico al servicio de las personas». Que tuvo su origen en una moción de los senadores Guido Girardi, Francisco Chahuán, Juan Antonio Coloma y Alfonso de Urresti y de la senadora Carolina Goic¹¹.

Moción que planteaba la necesidad de abordar esta materia directamente en el catálogo de derechos fundamentales respondía al avance de las denominadas neurotecnologías² y los riesgos e impactos que esto podía conllevar para los derechos humanos, concluyendo que resultaba menester consagrar un nuevo derecho a la neuroprotección, anclado en la dignidad humana.

La referida reforma constitucional agregó finalmente al art. 19, número 1, de la CPR, el siguiente nuevo párrafo final:

El desarrollo científico y tecnológico estará al servicio de las personas y se llevará a cabo con respeto a la vida y a la integridad física y psíquica. La ley regulará los requisitos, condiciones y restricciones para su utilización en las personas, debiendo resguardar especialmente la actividad cerebral, así como la información proveniente de ella¹².

¹¹ Boletín 13.827-19.

¹² Durante la tramitación legislativa, el texto originalmente propuesto fue reemplazado prácticamente en su totalidad, dando cuenta de una redacción que, más que innovar sustancialmente en la legislación vigente, viene a reafirmar algunas cuestiones que,

D. Posibles soluciones.

Una opción sería legislar reformulando la protección de los neuroderechos y sus datos personales, según sea el resultado del plebiscito para aprobar o rechazar el proyecto de nueva CPR este 4 de septiembre de 2022, de ser necesario concibiéndolo como un nuevo derecho fundamental autónomo de tercera generación, reformulados según el principio de jerarquía normativa conforme la norma suprema vaya evolucionando.

Esta estrategia es nuestra modesta, pero original y meditada sugerencia, sobre la materia, intenta aportar en orden a que, busquemos adaptarnos a los constantes cambios que se van a ir produciendo en el balance que por un lado busca el ciudadano al establecer en la nueva CPR nuevos derechos fundamentales ante la tecnología limitando que el poder estatal de control sobre ellos pueda conllevar abusos, y las facultades de control, vigilancia y persecución cuya entrega se ha debido transar entregar a la autoridad a cambio de otros bienes tasados jurídicamente como la seguridad y obtención de otros derechos.

Este es un tema, dinámico atendido que estamos en un momento de transición, y el nuevo texto constitucional en el marco de una sociedad digitalizada implica que se avenga al nuevo texto constitucional que va a regir para una sociedad altamente tecnologizada y digitalizada, de manera que ello no es indiferente a como los constituyentes están perfilando la forma en que el Estado se relacionará con los particulares.

Así las cosas, cabe considerar que el texto se deberán considerar garantizar, derechos como a la conectividad, accesibilidad y que los sistemas y plataformas que permiten la implementación de las relaciones entre el Estado y los particulares sean seguros, confiables e íntegros”, pues se debe entender el derecho a la privacidad como un derecho colectivo, clave para la democracia”.

sin ser expresamente reguladas, ya cuentan con resguardo jurídico, tales como que el desarrollo científico y tecnológico deba estar al servicio de las personas y llevarse a cabo con respeto a la vida y a la integridad física y psíquica. Dicho de otro modo: el derecho que se pretendía incluir en el catálogo de garantías fundamentales podía ser perfectamente amparado en el marco de otros derechos esenciales ya existentes. como la autonomía, la dignidad humana, la no discriminación y la privacidad.

Otro tema en que será de suma importancia como se delinee al final este órgano de protección de datos es respecto del caso de beneficiarios de subvenciones estatales y la trazabilidad a partir de la recolección de datos personales que se realiza y plantea una cuestión de derechos fundamentales que en derecho comparado y en específico de la autodeterminación informativa plantea el correcto ejercicio del denominado derecho al olvido, a fin de lograr un correcto estándar de protección.

Sin perjuicio de lo anterior, y en aras de desarrollar nuestra capacidad de adaptación también en este contexto para modificar la redacción y alcance de los derechos fundamentales a que sirve como garante, según el resultado del referendun.

Para lo anterior, y a fin de sistematizar el problema, se debe analizar el impacto de la globalización y sociedad de la información. sobre los derechos fundamentales, su conceptualización y tipos, en específico, el de autodeterminación informativa en relación al rol que cumple el sistema de protección de datos en nuestra Ley N° 19.628 y la posibilidad de reformulación y armonización con los neuroderechos a nivel constitucional y legal en Chile.

5 LA PERSONA, GLOBALIZACIÓN Y TI YDERECHOS FUNDAMENTALES

5.1 La persona como centro del constitucionalismo.

El punto de partida de este art. no puede ser otro que la persona humana y desde allí su desarrollo y necesidad de vivir en sociedad. En efecto, ya desde muy temprano, el espíritu gregario del ser humano lo lleva a intentar satisfacer sus necesidades en compañía de sus semejantes. La evolución natural de las diferentes formas de organización social alcanzará, a nuestro juicio, su mayor nivel de desarrollo con el advenimiento del constitucionalismo.

Como señala PAREDES GONZÁLES¹³ el Estado Social y Democrático de Derecho, se caracteriza por la existencia de una CPR cuya primacía sobre el resto de las demás normas jurídicas es indiscutible bajo el principio denominado como de jerarquía normativa.

En este sentido, y como señala NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS¹⁴, “el constitucionalismo y el derecho constitucional nacen, entre otras metas esenciales, para reconocer ciertos derechos personales básicos y para poner topes al Estado”. Dicho en otros términos, de lo que se trata es de crear y promover las condiciones necesarias para el pleno desarrollo y ejercicio eficaz de los Derechos Fundamentales, revistiéndolos a su vez, de las garantías constitucionales que han de brindarle la debida protección y resguardo por medio de tales instrumentos procesales constitucionales previstos para dicho fin.

La evolución de la tecnología y la fácil e incontrolable manipulación de datos informáticos en bancos públicos o privados ya sean manuales o no, han dado lugar al establecimiento de esta garantía denominada derecho de Habeas Data, cuya finalidad, como señala SAGÜÉS¹⁵, es “*proteger determinados derechos constitucionales ante los excesos del poder informático*”.

En este sentido, resulta necesario replantearse que el Derecho debe respetar al individuo como un sujeto que se autodetermina.

6 LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Para LUIGI FERRAJOLI, los Derechos Fundamentales son

Todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos, dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiéndose por derecho subjetivo cualquier expecta-

¹³ PAREDES GONZÁLES, Julio César, **El hábeas data**, URL: http://www.verbalegis.com.bo/index.php?option=com_content&task=view&id=62&Itemid=2 visitada el 17.06.2009

¹⁴ SAGÜÉS, Néstor Pedro, **Elementos de Derecho Constitucional**, Editorial ASTREA, Tomo II, 2003, Buenos Aires, Argentina.

¹⁵ SAGÜÉS, Néstor Pedro Ob. Cit.

*tiva positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica...*¹⁶

Al respecto, cabe señalar que en general, los derechos fundamentales puedan ser concebidos desde dos ópticas: por un lado, en un plano prepositivo o ético social, -que son ciertos dictámenes de justicia subjetivizados-, a los que se reconoce, por un motivo u otro, una importancia fundamental para la vida del hombre en razón de la relevancia de los objetos o materias a que se refieren; y por el otro, desde un punto de vista jurídico-positivo, que son ciertos atributos legales especiales en cuanto son conferidos no por cualquier ley ordinaria sino por la CPR.

Su formulación como derechos constitucionales corresponde a una expresión relativamente reciente, surgida hacia 1770 en Francia, dentro del movimiento que condujo a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1798, y constituyen la fase más avanzada del proceso de positivación de los derechos naturales en los textos constitucionales del Estado de Derecho.

Siguiendo su orden cronológico de aparición, los derechos fundamentales de la primera generación se refieren a las libertades individuales y sus derechos de defensa a través de la autolimitación y la no injerencia de los poderes públicos en la esfera privada; y a su turno, el segundo catálogo, surgido tras el desarrollo de luchas sociales, representa derechos de participación que requieren de políticas activas de los poderes públicos encaminadas a garantizar su ejercicio, es decir, son derechos de tipo económico, social y cultural.

Al respecto señala ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, que la distinción, que no necesariamente oposición, entre ambas generaciones de derechos se hace patente cuando se considera que mientras en la primera los derechos humanos vienen considerados como derechos de defensa (**Abwehrrechte**) de las libertades del individuo, que exigen la autolimitación y la no injerencia de los poderes públicos en la esfera privada y se tutelan por su mera actitud pasiva y de vigilancia en términos de policía

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi, **Derechos y Garantías**, Ed. Trotta S.A., Madrid, 1997, p. 37.

administrativa; en la segunda, correspondiente a los derechos económicos, sociales y culturales, se traducen en derechos de participación (**Teilhabe**), que requieren una política activa de los poderes públicos encaminada a garantizar su ejercicio, y se realizan a través de las técnicas jurídicas de las prestaciones y los servicios públicos .

Como puede advertirse, el factor histórico resulta determinante para conocer y comprender el catálogo de derechos fundamentales de una sociedad democrática en particular; al efecto no hay que olvidar que en la actualidad éstos presentan rasgos novedosos que permiten hablar de una tercera generación de derechos humanos, complementaria de dos fases anteriores.¹⁷

La gravitación de la variable compresión espacio – tiempo, en relación con los derechos fundamentales de primera y segunda generación, han originado nuevas circunstancias conforme a las cuales, se ha producido una degradación de los derechos fundamentales de primera y segunda generación.

Ante este fenómeno, en general, surgen los derechos fundamentales de tercera generación concebidos como derechos de autorrealización, cuyo efecto expansivo es instrumental para la protección y justa armonía de derechos fundamentales de primera y segunda generación, que reconocen ciertas facultades de actuación a los ciudadanos, en equilibrio con los poderes políticos, sociales y económicos, para la libertad e igualdad de sus integrantes.

En cuanto a los derechos humanos de la tercera generación, agrega PÉREZ LUÑO, que

la estrategia reivindicativa de los derechos humanos se presenta hoy con rasgos inequívocamente novedosos al polarizarse en torno a temas tales como el derecho a la paz, los derechos de los consumidores, el derecho a la calidad de vida o a la libertad informática.

¹⁷ Cfr. A. E. Pérez Luño, **Derechos humanos, Estado de Derecho y CPR**, cit., pp. 82 ss. y 120 ss.; id., **Los derechos fundamentales**, cit., pp. 183 ss.

En base a ello, se abre paso, con intensidad creciente, la convicción de que nos hallamos ante una tercera generación de derechos humanos complementaria de las fases anteriores, referidas a las libertades de signo individual y a los derechos económicos, sociales y culturales. De este modo, los derechos y libertades de la tercera generación se presentan como una respuesta al fenómeno de la denominada “contaminación de las libertades” (**liberties’ pollution**), término con el que algunos sectores de la teoría social anglosajona aluden a la erosión y degradación que aqueja a los derechos fundamentales ante determinados usos de las nuevas tecnologías.

Para nosotros, fluye de lo anterior que la revolución tecnológica ha redimensionado las relaciones del hombre con los demás hombres, las relaciones entre el hombre y la naturaleza, así como las relaciones del ser humano con su contexto o marco de convivencia. Estas mutaciones no han dejado de incidir en la esfera de los derechos humanos.

Por lo anterior, se vincula estos derechos de tercera generación con los valores inherentes a la cultura post-materialista, que ya no responden a la necesidad de seguridad física o económica, como en las dos generaciones anteriores, sino que se relacionan con la autorrealización personal, adoptando un carácter más expresivo que instrumental.

Dentro de los rasgos innovadores de esta fase hay que mencionar el hecho de que la solidaridad constituye el valor guía de los derechos, porque se hallan aunados entre sí por su incidencia universal en la vida de todos, y para realizarse exigen esfuerzos y responsabilidades comunes a escala mundial.

Por su parte, a través de un análisis funcional de los derechos fundamentales es posible distinguir dos cometidos complementarios: por un lado, reconocen determinadas facultades o posibilidades de actuación a los ciudadanos; y por otro, propenden hacia un equilibrio de poderes políticos, sociales y económicos al interior de las sociedades democráticas a que pertenecen.

Así, si esas sociedades presentan un nivel de desarrollo tecnológico importante, es posible prescindir cada vez más de la coacción física, para

dar paso a complejas amenazas a los derechos y libertades mediante el uso de la información para influir y controlar la conducta de las personas. Por lo tanto, la armonía que se busca a través del reconocimiento constitucional de los derechos de las personas pasa por el establecimiento de un sistema de protección de datos personales, considerado como garantía básica para cualquier comunidad que descansa en la libertad e igualdad de sus integrantes.

Los derechos fundamentales de tercera generación gozan de un régimen de protección jurídica reforzada, manifestada en una serie diversa de instrumentos de tutela, dentro de los que destacan las garantías informativas. A través de ellas, la CPR busca asegurar su cumplimiento, evitar su modificación y mantener la integridad de su sentido y función.

Agrega PÉREZ LUÑO, que, en la actualidad,

*la consagración de la libertad informática y el derecho a la autodeterminación informativa (**Recht auf informationelle Selbstbestimmung**), en el marco de los derechos de la tercera generación han determinado que se postule un estatus de habeas data, concretado en las garantías de acceso y control a las informaciones procesadas en bancos de datos por parte de las personas concernidas.¹⁸*

En lo que interesa, la tendencia actual imperante en derecho comparado apunta a reconocer sistemas de protección de datos personales como un nuevo derecho fundamental autónomo de tercera generación, surgido ante la insuficiencia del derecho a la intimidad para dar protección a datos personales.

7 EFECTOS DE GLOBALIZACIÓN EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA ACTUALIDAD

Siguiendo a Carlos Monetta 1994. A. Giddens, Kenichi Omahe, podemos decir que entendemos por GLOBALIZACIÓN “*Aquel fenómeno*

¹⁸ Ob. Cit. (22 Cfr. A. E. Pérez Luño, **Nuevas tecnologías, sociedad y derecho**. cit., pp. 85 ss.)

amplio (económico, político y cultural) que en sus elementos básicos comprende procesos de creciente interacción e interdependencia que incluyen la ampliación del espacio geográfico y de los ámbitos de acción que se generan entre las distintas unidades y/o actores del sistema mundial". Se concluye así, a su respecto, que el estado tradicional cambió.

Ahora bien, en relación con la materia en estudio es posible afirmar que producto de la Globalización y el surgimiento de la Sociedad de la Información, se han establecido nuevos derechos fundamentales autónomos de tercera generación, como la protección de datos personales (libertad informática o autodeterminación informativa) mismo que además, es garantía de protección de otros derechos fundamentales.

En cuanto a los derechos fundamentales de primera y segunda generación, es posible advertir que el manejo automatizado de la información ha producido una degradación de algunos derechos fundamentales.

Ante este fenómeno, surgen los derechos fundamentales de tercera generación, concebidos como derechos de autorrealización, cuyo efecto expansivo es instrumental para la protección y justa armonía de derechos fundamentales de primera y segunda generación, reconociendo ciertas facultades de actuación a los ciudadanos, en equilibrio con los poderes políticos, sociales y económicos para la libertad e igualdad de sus integrantes.

En esta perspectiva surge la esperanza de una internacionalización de los Derechos Fundamentales, mutando hacia mecanismos efectivos de protección. Se trata de que los espacios tradicionales de poder que ocupaban los Estados puedan ser ocupados por entidades, actores y regulaciones locales e internacionales respetuosas de los Derechos Fundamentales, y el establecimiento de un marco global de respeto de estos.

Desde el punto de vista de la globalización, esta vez, en su vertiente más local, es decir, inmerso en el contexto de la denominada "Glocalización", se puede concernir lo que Jorge Fernando Negreta Pacheco, Presidente de Digital Policy & Law, en el Diario La República¹⁹, alude en su

¹⁹ <https://www.larepublica.co/analisis/jorge-fernando-negrete-p-3127700/entre-lo-imprevisto-y-la-certeza-digital-3285268>

artículo “Entre lo imprevisto y la certeza digital”, en cuanto destaca los *Derechos digitales*.

España y Chile debaten sus derechos digitales y podemos hablar ya de algo que llamo “constitucionalismo digital”, que nace en Iberoamérica. La batalla más compleja no es la geopolítica, sino la civilizatoria, aquella que se da entre las partes que no hablan, entre la sociedad industrial y el mundo digital. Entre la innovación y la vieja política pública. Entre el atavismo político y la lucidez de un mundo digital que no va a parar. Hoy todos vivimos en un mundo de desconfianza digital. El 2022 refleja lo implacablemente imprevisto, pero tiene un opuesto inverso y más poderoso: la transformación digital.

8 EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN CHILE

Circunscritos en gran medida a la esfera de la intimidad, correspondenos a efectos prácticos de análisis de los proyectos en comento, referirnos al concepto del derecho a la intimidad en Chile, es necesario referirnos, en primer lugar, a lo que entendemos por vida privada, en los términos del art. 19 N° 4 de la Carta Fundamental.

“La CPR asegura a todas las personas:

[...] El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y de su familia”.

1) Hasta antes de la dictación del nuevo art. 19 N° 4

Acudiendo a la historia de la ley, apreciamos que el Constituyente entendió en este precepto que el concepto “vida privada” está directamente vinculado a la intimidad, tal como señaló don Alejandro Silva Bascañán, al trabajar sobre esta garantía en la sesión 129 de la Comisión de Estudios para la Nueva CPR

Frente a esta concepción, podemos apreciar en primer término que resulta entonces paradigmático en nuestro país que la denominada inti-

midad o vida privada constituye un estatuto jurídico en tensión permanente con la denominada vida pública.

Asimismo, y en el otro extremo de la intimidad como derecho fundamental, nos enfrentamos a la tensión con otros derechos como el derecho de información; de propiedad (sobre bases de datos, por ejemplo); de realizar cualquier actividad económica lícita (marketing, bases de datos y servicios de información comercial), y en general todas las manifestaciones de la vida en sociedad, bajo el manto del imperio del principio de subsidiariedad del Estado.

No obstante, lo anterior, no deja de ser paradójico que, respecto del tratamiento de datos por parte del Estado, no existe un correlato efectivo para defenderse de eventuales abusos al respecto.

Así las cosas, se aprecia a nuestro juicio una falta de consistencia entre los derechos fundamentales consagrados en nuestra CPR y las diversas esferas (**teoría de las esferas o sphärentheorie**)²⁰ o intensidades de la intimidad de las personas, al menos en cuanto al tratamiento automatizado de datos personales.

Finalmente, otro tópico de interés en relación con el tratamiento automatizado de datos personales es el del efecto horizontal de los derechos y sus posibilidades de aplicación en el sistema constitucional chileno, como consecuencia de que los derechos y libertades que informan todo el ordenamiento jurídico pueden ser exigidos directamente por los

²⁰ Se han distinguido distintas clases dentro del derecho a la intimidad. En Alemania, HUBMANN (Hubmann, H. **Das Persönlichkeitsrecht**. 2ª Ed. Colonia, 1967). propuso la *Sphärentheorie* compuesta por el concepto de *intimsphäre*, referido a la esfera de lo secreto y que se lesiona cuando llegan al conocimiento de los demás hechos o noticias que deben permanecer ocultas o cuando éstas se difunden; el de *privatsphäre*, que protege el ámbito de la vida personal y familiar; y el de *individualsphäre*, que alude a todo lo que atañe a la peculiaridad o individualidad de la persona. No obstante, esta teoría, ampliamente difundida en Europa y Estados Unidos, presenta un problema advertido, entre otros, por MORALES PRATS (Morales Prats, F. **La tutela penal de la intimidad: privacy e informática**. Destino, Barcelona. 1984. p. 129.), quien sostiene que estas esferas en realidad se comunican y por medio del consentimiento de su titular los componentes de la zona de secreto pueden pasar a formar parte de las relaciones de confianza, o bien éstas pasar a la esfera privada.

ciudadanos ante los tribunales ordinarios, y que los alemanes denominan efectos indirectos u horizontales de los derechos (**drittwirkung**).

De la mano de estas disquisiciones y paradigmas constitucionales chilenos, intentaremos dilucidar o proponer el establecimiento de un nuevo derecho fundamental autónomo de tercera generación, para hacer frente al tráfico indiscriminado de datos de cara a los derechos de las personas, rompiendo el paradigma tradicional de la intimidad.

Lo anterior pues en Chile, si bien hasta antes de la dictación de la ley N° 19.628, el derecho fundamental a la vida privada o intimidad reconocía la existencia de numerosas disposiciones dispersas en el ámbito civil, penal, mercantil, tributario o procesal que la abordaban, no existía ningún texto legal que desarrollara el precepto constitucional del art. 19 N° 4 de la CPR.

Partimos de la base que con el objeto de consagrar, como garantía constitucional, la protección de los datos personales y su resguardo legal finalmente mediante **la ley N° 20.050 publicada en el D.O. 26.08.2018 se modificó la CPR en su Art. 19° N° 4 dejándola de la siguiente forma:**

*4°.- El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia, y **asimismo, la protección de sus datos personales. El tratamiento y protección de estos datos se efectuará en la forma y condiciones que determine la ley;***

Sin embargo, y como ya analizamos precedentemente, no obstante la incorporación de ese precepto constitucional del art. 19 N° 4 de la Carta Fundamental, por la configuración original incompleta de la ley N° 19.628, aún no se ha logrado este objetivo, y por ello debe ser necesariamente reformulada en los términos de la necesidad de creación de una Agencia de Protección de Datos propuestas que opere en armonía con la ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública.

Ahora deberemos ver si con el citado Oficio N° 183-369, de 7 de octubre de 2021, de S.E. el Presidente de la República, mediante el cual

planteó una serie de observaciones y, asimismo, propuso la creación de una Agencia de Protección de Datos propuestas y a la ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública: el que se adjuntó y modificó la propuesta contenida en el Boletín N° 11.144-07 refundido con el 11092-07, se podrá establecer y afianzar en Chile, una verdadera protección de las personas vía tutela de su autodeterminación informativa.

9 PROYECTOS DE REFORMA

Concordante con lo anteriormente expuesto, destaca enseguida el actual proyecto de reforma a la ley N° 19.628, contenido en el Boletín N° 11144-07 - Refundido con el N° 11092-07, de 15 de marzo de 2017 que Regula la protección y el tratamiento de los datos personales y crea la Agencia de Protección de Datos Personales.

A este proyecto, mediante Oficio N° 183-369, de 7 de octubre de 2021, S.E. el Presidente de la República, Mensaje de 2021 planteó una serie de observaciones y, asimismo, propuso la creación de una Agencia de Protección de Datos

10 LOS RIESGOS DE LAS NEUROCIENCIAS Y SU NECESIDAD DE REGULACIÓN

Los avances en neurociencia significan un gran paso para la medicina y las capacidades humanas, sin embargo, supone un inimaginable riesgo para la conservación de la integridad humana.

Así las cosas, la creación de un posible hardware que pudiera de analizar y decodificar todo el cerebro humano sería una herramienta con la capacidad de realizar búsquedas de nuestros pensamientos o intenciones, mostrándonos imágenes tomográficas de lectura cerebral, y en base a esos pensamientos ofrecer la incentivos de publicidad que mejor se ajuste a nuestros deseos e intereses, para autodeterminar una conducta de consumo pero además pasando por encima de la privacidad de nuestra mente, lo que traerá como consecuencia la completa anulación de la autodeterminación informativa.

a. De esta forma, para adelantarse a avances disruptivos como este o una posible segregación entre humanos y metahumanos, fue que, **en 2017, un grupo de veinticuatro científicos ligados a la neurociencia, inteligencia artificial, bioética y representantes de los proyectos BRAIN de Estados Unidos, Europa, China, Japón, Australia, Canadá e Israel, realizaron un llamado a través de la revista Nature**, para formular una declaración de derechos humanos que visibilice los derechos neuronales, antes que la tecnología de escritura de cerebros se pueda masificar. En este llamado de atención, plantean que la información de los cerebros debe ser protegida como datos médicos y sensibles, encontrándose libre de explotación con fines de lucro.

A pesar de reconocer el esfuerzo de la ciencia médica en orden a que se regulen los derechos neuronales previo a que la tecnología se masifique, no podemos sino estar en contra de la pretensión formulada en la declaración. Estimamos que no es posible, como analizaremos más adelante, asimilar los derechos neuronales a la información protegida como datos médicos. Profundizaremos en esta afirmación más adelante, por mientras, dos comentarios.

Primero, se debe realizar un acabado estudio, por las universidades e intelectuales de la filosofía, la ciencia y el derecho, para descubrir cuál es la naturaleza jurídica de los derechos neuronales. Pareciera ser que la tendencia de los estudiosos es asimilar los derechos neuronales con los clásicos derechos humanos y/o derechos fundamentales, lo que consideramos un error.

Segundo, que la “parte médica” del uso de los derechos neuronales no tendría porque tener una regulación especial -en cuanto a datos sensibles- a la que tiene la regulación basal de la confidencialidad de los datos médicos. Es decir, el diagnóstico y tratamiento, por ejemplo, de una persona con VIH, es igual de confidencial que un tratamiento con neurotecnologías, puesto que no cambia la naturaleza jurídica y el bien jurídico protegido de la información que se pretende cautelar. Sólo cambia la tecnología con la cual se trata la enfermedad, más no la información.

Pese a este llamado, sostienen la mayoría de los autores, que hoy en día la neurotecnología ya se está abriendo un espacio en el mercado tecnológico y médico. Así por ejemplo en, la empresa Bitbrain, en cooperación con el sector público, privado y académico, se encuentra desarrollando sistemas de computo mediante la implementación de hardware que faciliten la búsqueda y recolección de información y datos relativos al funcionamiento del cuerpo humano, con el fin de desarrollar la investigación del comportamiento humano y sus derivaciones conductuales, para así mejorar la salud de las personas, y también desarrollar hardware y softwares para implementar interfaces cerebro-computadora.

Al respecto, se han apreciado algunos intentos regulatorios interesantes a lo menos de ser citados a modo de constancia, cuyo centro de gravedad o línea de flotación apunta a la noción de dignidad humana como el punto de partida y límite de los neuroderechos.

Algunos de estos instrumentos son: la Carta Declaración Universal Derechos del Hombre y Ciudadano; Código Nuremberg; Declaración de Helsinki; Proyecto Brain y MorningSide Group.

Se desprende de estos, en términos generales, cual es el rol que deberían jugar el Derecho a la Neuroprotección y Dignidad humana como valor desde una triple función, a saber:

- a) Constituir una base estructural de todo el sistema de garantías y derechos fundamentales como en el Derecho Constitucional Alemán.
- b) Constituir un elemento de significación a todas las normas, en cuya virtud todas las disposiciones serán interpretadas a la luz de la “dignidad”, y,
- c) Jugar un rol clave a la hora de buscar limitar libertades o delimitar derechos, ya que en la intensidad de la actividad limitadora/delimitadora que despliegue el legislador, deberá tenerse como norte siempre la dignidad.

b. España. La necesidad de regulación de las neurociencias y la Carta española de derechos digitales

En España, según informó el diario “El País” en su edición de 4 de diciembre de 2020²¹ el gobierno planteo proteger los “procesos cerebrales” de la tecnología abusiva, atendido que académicos y desarrolladores coinciden en la necesidad de regular conceptos como la privacidad de los datos del cerebro o la identidad mental antes de que la tecnología capaz de interactuar con el cerebro llegue al mercado.

Lo anterior, bajó el impulso e iniciativa de Rafael Yuste -una de las figuras centrales de esa investigación-, también lo ha sido en la redacción de la “*carta de derechos digitales*”, un documento sobre cómo proteger los derechos y libertades afectados por las nuevas tecnologías elaborado por un grupo de expertos en diferentes campos a iniciativa del Gobierno español.²²

Tras su presentación, el Gobierno sacó la carta de derechos digitales a consulta pública, un proceso que ha finalizado este viernes.

Sin embargo, y según agrega el mismo reportaje el documento no tendrá impacto legal inmediato, por lo que algunos juristas la han tachado de “propaganda”.

No obstante, ello ya da luces como el propio Yuste defiende que el texto es “pionero” ya que convierte a España en el primer país europeo que plantea la protección de los neuroderechos de forma oficial.

Cabe señalar que en lo interesa a nuestra investigación, y sin perjuicio de otros tópicos interesantes, el referido texto recoge que

la implantación y empleo en las personas de las neurotecnologías serán reguladas por la ley” para “preservar la identidad individual como conciencia de la persona sobre sí misma” o “asegurar la confidencialidad y seguridad de los datos obtenidos o relativos a sus procesos cerebrales.

²¹ (https://www.eldiario.es/tecnologia/gobierno-saca-consulta-publica-carta-derechos-digitales-medidas-impacto-legal_1_6438064.html)

²² https://www.eldiario.es/tecnologia/son-neuroderechos-gobierno-plantea-primera-vez-proteger-procesos-cerebrales-tecnologia-invasiva_1_6478246.html

Finalmente, el citado art. señala que hasta ahora solo Chile ha dado un paso así en todo el mundo, aunque ha ido mucho más lejos que España. El Senado del país sudamericano aprobó esta semana por unanimidad reformar la CPR para incluir los neuroderechos e impulsar un proyecto de ley para definirlos.

Señala que dicha iniciativa quiere detallar protecciones de la identidad mental, el libre albedrío o la privacidad de los datos cerebrales.

También abre el campo de las tecnologías que puedan aumentar la creatividad, la atención o la inteligencia de personas sanas a través de la estimulación del cerebro, para las que quiere regular un acceso equitativo”.

Al respecto, cabe señalar que con esto se está refiriendo a las iniciativas que el vertiginoso avance de la ciencia y tecnología, sumado al afán de proteger los derechos de las personas, han llevado a un grupo de senadores entusiasmados por las propuestas -entre otros-, del propio Yuste, a iniciar mociones sobre materias relacionadas con los nuevos derechos.

c. La necesidad de regulación de las neurociencias y la declaración de la OEA.

La necesidad de regular las neurociencias, debido a los evidentes riesgos que produce su desarrollo fue evidenciada a través de la *“Declaración del Comité Jurídico Interamericano sobre neurociencia, neurotecnologías y derechos humanos: nuevos desafíos jurídicos para las américas”*, el cual se celebró en el 99º período ordinario de sesiones que se realizó durante los días 2 al 11 de agosto de 2021.

El texto reconoce las preocupaciones que las neurociencias y neurotecnologías tienen en principios derechos y libertades de las personas, las que según la declaración, son “la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la identidad y la autonomía, el derecho a la privacidad e intimidad, la libertad de pensamiento y de expresión, la integridad física y psíquica, el disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental

y el acceso a remedios, la igualdad ante la ley, así como a la protección judicial en caso de daños, entre otros”²³.

El organismo internacional entiende que el desarrollo de la neurociencia en general tiene la virtud de generar preocupaciones en los derechos y libertades antes señalados, y básicamente sobre:

1. Condiciones de la personalidad y pérdida de autonomía.

La Declaración aclara que la libertad personal está protegida en los diversos instrumentos interamericanos que además incluyen el derecho de toda persona a organizar, con arreglo a la ley, su vida integral y social conforme a sus propias opciones y convicciones en absoluta libertad. Así el marco jurídico interamericano de garantías, ampara la autonomía de las personas, entendida como la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad, el control de las funciones corporales y de las decisiones, y el establecimiento de las relaciones interpersonales que libremente desee. Esta libertad personal está protegida en los instrumentos interamericanos y esta incluye el derecho de toda persona a organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias determinación y libertad.

Del texto que propone la OEA, podemos desprender a lo menos una cuestión implícita en su forma de abordar el problema: existe una delgada línea entre las libertades clásicas y las derivadas de las neurotecnologías.

Ya se reconoce que el marco jurídico interamericano protege las libertades clásicas del libre desarrollo de la personalidad humana y todas sus derivadas²⁴, sin embargo lo anterior se manifiesta una preocupación por la desaparición de estas libertades – y por tanto, la ineficacia de las protecciones hasta ahora existentes en la materia- por el avance y desarrollo de las neurotecnologías.

²³ Declaración del comité jurídico interamericano sobre neurociencia, neurotecnologías y derechos humanos: Nuevos desafíos jurídicos para las américas. 11 de agosto de 2021, CJI/DEC: 01 (XCIX-0/21). pp 1.

²⁴ Ibid, pp2.

Así, la OEA insta por la necesidad de buscar regulaciones específicas de las neurotecnologías, así como de sus consecuencias²⁵.

Entendemos que la OEA sostiene la insuficiencia del marco regulatorio que protege las libertades individuales por lo cual insta al desarrollo de regulaciones específicas respecto a las neurotecnologías, dejando en evidencia, al menos de forma intrínseca, que neuroderechos y libertades clásicas son cuestiones de naturaleza distinta

Esta diferencia entre todas las libertades, garantías y derechos protegidos por los distintos instrumentos tanto internacionales como nacionales, y lo que se busca proteger respecto al avance de la neurociencia interesa para determinar la naturaleza jurídica de los neuroderechos.

2. Intervenciones legítimas en materia de salud, integridad física y mental.

Los cuestionamientos sobre intervenciones legítimas en materia de salud, integridad física y mental de la OEA generan dispersión de ideas entre las garantías en actual protección en materias de salud y este nuevo grupo de derechos que surgen a propósito del desarrollo de las neurociencias.

Ya en legislaciones tanto nacionales como extranjeras existe una rigurosa regulación respecto al secreto médico y el consentimiento informado, derechos de los pacientes en actual protección.

Sin embargo lo anterior, pareciera ser que la OEA entiende que esta protección actual y vigente de los derechos antes señalados no cubrirían los riesgos por el uso de la neurociencia en las personas.

La dispersión de ideas que antes anunciamos dice relación con que pareciera ser que la declaración entiende que a pesar de existir regulaciones en relación con el secreto médico y al consentimiento informados, estas serían insuficientes o ineficientes respecto a las neurotecnologías, neurociencias y su uso médico.

²⁵ Declaración del comité jurídico interamericano sobre neurociencia, neurotecnologías y derechos humanos: Nuevos desafíos jurídicos para las américas. 11 de agosto de 2021, CJI/DEC: 01 (XCIX-0/21). pp. 3.

Algunas ideas respecto de lo anterior:

Primero, que si miramos el fin último del secreto médico lo que se busca proteger es la confidencialidad de la información, que llevado al plano de los derechos fundamentales, encontraría su fundamento en el derecho a la privacidad y dignidad y privacidad humana.

Desde este punto de vista, el bien jurídico protegido es la privacidad, o dicho de otra forma, la expectativa de privacidad respecto a determinadas informaciones, como el secreto médico.

En atención a lo anterior, lo importante es la información y la expectativa de privacidad que tenga el paciente respecto a su información médica, lo que le da forma a la protección como confidencial del secreto médico y el consentimiento informado.

Ahora bien, si pensamos en las preocupaciones que plantea la OEA, dicen relación con lo mismo, es decir, con la forma en que se van a tratar los datos que se obtengan a través del uso de médico de las neurotecnologías.

Por lo anterior es que no se entiende como el hecho de cambiar la forma de obtener información puede alterar la naturaleza del bien jurídico protegido al punto de necesitar todo un cuerpo normativo distinto que regule la materia en específico, como lo propone la OEA respecto a la protección de datos en el contexto del uso de las neurotecnologías.

Creemos que lo anterior se debe a una suerte de confusión de conceptos, por un lado, entre lo que son los neuroderechos, y por tanto, por qué se tendrían que regular, y por el otro, como estas neurotecnologías pueden tener la potencialidad de afectar los clásicos derechos fundamentales y/o humanos, los que ciertamente ya tienen protección.

La protección de la privacidad se caracteriza por que las personas puedan quedar exentas e inmunes a la intromisión e intrusión abusivas o arbitrarias por parte de terceros o del propio Estado a su actividad cerebral, y por consiguiente, a toda la información y datos emanado en el.

Así, la Declaración anticipa que el sistema interamericano de derechos humanos reconoce que este derecho implica una protección frente

a interferencias en la esfera más íntima de las personas, abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo y ha alertado que ciertos progresos o el desarrollo de determinadas herramientas tecnológicas pueden poner

3. No obstante lo anterior, continuando el texto con sus contradicciones, parte la declaración con manifestar la necesidad de una regulación específica para la privacidad en el contexto del uso y desarrollo de las neurociencias y neurotecnologías.

Aún más, la declaración ha reconocido la necesidad de adecuar a los tiempos actuales, las fórmulas tradicionales de protección del derecho a la vida privada. Al parecer se está sugiriendo que son cosas distintas.

El desarrollo y aplicaciones de las neurotecnologías puede conducir al peligroso camino del condicionamiento de la personalidad y a la pérdida de autonomía de las personas o autodeterminación informativa, y en ese marco, una de las preocupaciones más urgentes tiene que ver con las conductas perniciosas de quienes puedan acceder a los datos de la actividad cerebral de las personas con fines de acceder a su información cerebral, condicionarla o aprovecharse de tal conocimiento. En este sentido, es necesario buscar respuestas frente a la falta de desarrollo e implementación de un marco normativo específico de la protección de la privacidad de los datos neuronales, tanto conscientes como inconscientes.

4. Igualdad de acceso y no discriminación en el uso de las neurotecnologías:

El principio de igualdad y no discriminación es la base fundamental del marco jurídico interamericano y su contenido incorpora dos grandes dimensiones: una protección contra diferencias en el trato arbitrario y una obligación de adoptar medidas positivas para asegurar condiciones de igualdad sustantiva de grupos históricamente excluidos y discriminados. Esto incluye tomar en cuenta que ciertas normas o prácticas pueden tener impactos adversos y desproporcionados en cier-

tos grupos tradicionalmente desaventajados o profundizar las desigualdades ya existentes.

Las enormes desigualdades económicas y sociales son una barrera para compartir los beneficios del progreso científico y sus aplicaciones.

Por otro lado, la Declaración ha considerado que los desarrollos y las aplicaciones neurotecnológicas podrían generar brechas en el acceso a las mismas, con los consecuentes impactos en materia de discriminación, particularmente en lo que respecta a las tecnologías que buscan el aumento de la capacidad motora y cognitiva en el ser humano. En este sentido, existen varios factores que crean diversas barreras significativas para acceder a los avances en los tratamientos, especialmente en el mundo en desarrollo científico. Asimismo declara que no existen medidas legales, éticas y técnicas que anticipen, prevengan e impidan el uso discriminatorio y la imposición de sesgos de estas neurotecnologías.

Finalmente se establece que tanto el acceso a las neurotecnologías como sus aplicaciones e interconexiones con la IA, pueden tener impacto en materia de igualdad y no discriminación. En este contexto, estos problemas que denuncia la OEA respecto a lo que podemos denominar como “acceso a las neurotecnologías” *¿en que se diferencia del acceso, por ejemplo, a la salud o a la educación?*

El problema técnico jurídico que la OEA no contempla dice relación con que el derecho a la igualdad, no discriminación arbitraria, salud, etc., ya se encuentran con fuertes regulaciones.

En el caso de Chile, se encuentran amparados por las normas constitucionales contenidas en el art. 19 de la CPR, por lo que no se entiende la razón de que, so pretexto de respetar la igualdad y la no discriminación, se pretenda o se sugiera establecer un derecho que permita el acceso al uso de las neurotecnologías.

Ahora bien, en estados de corte liberal, en la cual los estados tienen un rol subsidiario a las actividades de los privados, convendría entrar en la vieja discusión sobre la exigibilidad del acceso a la nueva tecnología producida por el desarrollo de las neurociencias.

5. Libertad de expresión y acceso a la información pública:

El Comité Jurídico de la OEA entendió que la irrupción de las neurotecnologías plantea algunas preocupaciones en relación con el control y monitoreo que los ciudadanos y medios de comunicación pueden tener respecto de ellas:

Sin embargo, los derechos de libertad de expresión y acceso a la información pública encuentran amplia regulación en el escenario nacional e internacional, por lo que siguiendo con las observaciones antes formuladas al documento señalado.

6. Recomendaciones para los Estados, el sector privado, la academia y el mundo científico: Los avances de la neurociencia y el desarrollo de las neurotecnologías requieren de una reflexión profunda por parte de todos los actores, y la adopción de medidas concretas que permitan que estas innovaciones contribuyan al bienestar común. Por ello, el involucramiento de los Estados, el sector privado, la academia y el mundo científico, resulta esencial:

Llamado a los Estados

- a. *Anticiparse a estas preocupaciones y prestar especial atención al desarrollo de estas tecnologías mediante regulaciones, que ofrezcan salvaguardas suficientes para que su desarrollo e implementación progresiva no constituyan amenazas a los derechos y libertades protegidos en el marco jurídico interamericano.*
- b. *Adoptar medidas que eviten impactos negativos de estas tecnologías en grupos vulnerables o desaventajados, así como promover iguales condiciones de acceso a neurotecnologías que generen un beneficio para la salud y para la calidad de vida de las personas.*
- c. *Impulsar acciones de política pública que generen conciencia y educación sobre los beneficios y riesgos de las neurotecnologías, enfatizando el rol en esta materia de los ministerios o entidades responsables de fomentar y fortalecer la ciencia, la tecnología, la innovación y la educación, sin perjuicio del involucramiento de otras entidades estatales.*

- d. *Establecer que el uso de las tecnologías basadas en interfaces cerebro-computadora solo deberán perseguir finalidades legítimas, prohibiéndose su uso para fines de control social, vigilancia masiva de los ciudadanos o de puntaje social (scoring social)*”.

Con las críticas aquí señaladas no queremos sostener de ninguna forma que los neuroderechos deben no ser regulados, por el contrario. Si realizamos estas críticas es con el firme deseo de contribuir con un debate centrado en los puntos que realmente tienen relevancia, por lo que lo que pretendemos aquí es llamar la atención al error, en nuestra opinión, conceptual en el que ha incurrido la OEA al confundir los neuroderechos con especies o subespecies de derechos fundamentales.

Como ya vimos en cuanto a los ejemplos de privacidad o libertad de expresión, derechos que tienen larga data y que lo único que podría alterar el desarrollo de las neurotecnologías sería el vehículo con el cual se vulneran, más no el derecho vulnerado.

Así, podemos desde ya sostener, de forma inicial, que la regulación de los neuroderechos en este contexto parece mas coherente si no se intenta encajar, a la fuerza, en la categoría de derechos fundamentales.

Y siempre va a haber un cabo suelto al tratar de asimilar los neuroderechos con los derechos fundamentales, pues los segundos derivan de la naturaleza humana y son reconocidos por el estado. Los primeros, en cambio, derivan de la creación humana y el uso de la tecnología, por lo que deben ser, por consecuencia, creados por el estado más no reconocidos.

Un ejemplo claro del error que venimos anunciando se dio en Chile, a propósito de los esfuerzos legislativos en el contexto de regular los neuroderechos que exponemos en el capítulo siguiente.

Para nosotros, siguiendo al profesor argentino Nolberto Bobbio²⁶,

los derechos humanos, por muy fundamentales que sean, son derechos históricos, es decir nacen gradualmente, no todos de una vez y para siempre, en determinadas circunstancias, caracterizadas por luchas en defensa de nuevas libertades.

²⁶ Bobbio N. (1911). **El tiempo de los derechos**. Editorial Sistema. P. 11

Es por lo anteriormente expuesto, que para nosotros no cabe lugar a dudas ni confusiones con otros derechos tasados constitucionalmente, y que todo el aparataje y conceptualización de los neuroderechos ha de ser concebido siempre y ante todo, como el “DERECHO A SEGUIR SIENDO HUMANOS”.

Cabe precisar aquí, que no se pretende ni trata de frenar los avances de la ciencia, sino encauzarlos debidamente, estableciendo ámbitos de protección, límites, y nociones críticas de bioética con consecuencias sociales, ya que al poder descifrarse y manejar nuestros actos, pensamientos y memoria vía manipulación, uso indebido, abusos y que los intereses comunes puedan trastocarse a patrimoniales, comerciales o particulares, haciendo indispensable introducir elementos reguladores.

Y es que el derecho, aun a la saga tecnológica debe regular especialmente en el ámbito propio de la persona física y psíquicamente, su integridad, indemnidad e intimidad, y voluntad, desde su esencia personal vía derechos fundamentales, para fortalecerla ante los sorprendentes cambios creadores de una nueva dimensión superhumana, en su libre voluntad y acceso igualitario a ellas, la privacidad de su fuero interno, memoria y recuerdos, que constituyen su esencia y así proteger desde esa dimensión interior, su proyección humana trascendente.

11 LOS ESFUERZOS LEGISLATIVOS EN CHILE

Atendida la importancia, precisión y calidad técnica de sus opiniones, citas y de las consideraciones contenidas en las actas de discusión de los respectivos proyectos, se optó por sugerir al lector la revisión del texto completo, contenido en los links citados en la bibliografía citada en este art., para una más acertada comprensión desde su fuente directa.

12 LA MOCIÓN N° 13827-19 INGRESADA POR LOS SENADORES GIRARDI, GOIC, CHAHUÁN, COLOMA Y DE URRESTI

que propone la modificación del art. 19 N°1 de la Carta Fundamental para proteger la integridad y la indemnidad mental en relación con el avance de las neurotecnologías, sigue el mismo camino y línea de argumentación que anunciamos a propósito del análisis que realizamos al texto presentado por la OEA

El origen de la propuesta de consagrar y regular estos derechos encuentran sus fundamentos en las investigaciones que ha desarrollado el **Doctor Rafael Yuste** quien, junto a **Sara Goering**, han liderado, a través del MorningsideGroup, las propuestas más consensuadas y avanzadas sobre cómo se deben enfrentar a los riesgos aparejados al magnífico descubrimiento del cerebro humano, con acento en la necesidad de desarrollar la ciencia en un marco regulatorio que reconozca cinco nuevos derechos humanos: **el primero el derecho a la privacidad mental** (los datos cerebrales de las personas), **el segundo el derecho a la identidad y autonomía personal**, **el tercero el derecho al libre albedrío y a la autodeterminación**, **el cuarto el derecho al acceso equitativo a la aumentación cognitiva** (para evitar producir inequidades) y finalmente **el quinto el derecho a la protección de sesgos de algoritmos o procesos automatizados de toma de decisiones**.

Esto además está avalado por importantes publicaciones científicas recomiendan firmemente incorporar cláusulas que protejan los denominados “neuroderechos” en instrumentos internacionales del más alto nivel, planteando abiertamente la necesidad de propugnar por un instrumento de nivel internacional que determine y configure las acciones que se considerarán prohibidas en relación al uso de las neurotecnologías e inteligencia artificial, en contexto de asimilar a las prohibiciones enumeradas en la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura, u otro derecho internacional de los derechos humanos.

Guarda armonía, además, con el derecho internacional desde el Estatuto del Tribunal Militar de Nuremberg de 1945, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (art. 5), los Convenios de Ginebra de 1949 relativos a los conflictos armados.

Respecto a la esfera de protección, fue necesario conceptualizar esta garantía tendiente a proteger la vida, la integridad para poder distinguir y no llevar a colisión con otros derechos garantizados como la privacidad y protección de datos personales o bien la igualdad y no discriminación.

Tenía otra redacción:²⁷ Sin embargo, con fecha 25 del Octubre del 2021, se publico la reforma constitucional, en orden a regular el desarrollo científico y tecnológico, y en forma indirecta los neuroderechos, al establecer:

Art. 19.- La CPR asegura a todas las personas, número 1º.- El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona.

Inciso 4 “El desarrollo científico y tecnológico estará al servicio de las personas y se llevará a cabo con respeto a la vida y a la integridad física y psíquica. La ley regulará los requisitos, condiciones y restricciones para su utilización en las personas, debiendo resguardar especialmente la actividad cerebral, así como la información proveniente de ella”²⁸

Asimismo el proyecto de ley propende a que las personas se benefician de los avances tecnológicos de una manera equitativa lo cual implica bienestar social e igualdad tanto en oportunidades como en desarrollo económico sostenible, pero por otro lado también implica que hay que tener en cuenta las posibles amenazas y los riesgos nocivos asociados al mal uso de esta tecnología es decir enfocarnos en aquellos aspectos beneficiosos y protegiendo también entonces a las personas de sus riesgos debiendo establecer un tratamien-

²⁷ Iniciativa: Moción Fecha de presentación: 2020-10-07 Autores: Carolina Goic Boroovic; Alfonso De Urresti Longton; Francisco Chahuán Chahuán; Juan Antonio Coloma Correa y, Guido Girardi Lavín. Tramitación: Web Senado. URL: <http://datos.bcn.cl/recurso/cl/proyecto-de-ley/13827-19>.

²⁸ CPR Política de la República de Chile, Capítulo III “De los derechos y deberes constitucionales” art. 19 inciso 4.

to neutral respecto al punto de vista tecnológico y no privilegiar o restringir algunas tecnologías frente a otras.

El cambio de visión plantea, como lo era en un principio, establecer la garantía constitucional pero dejando a una ley la regulación y sus extensiones.

Esta reserva de ley que se contempla, en la parte final del inciso 4, es demasiado extensiva pues establece que *“La ley regulará los requisitos, condiciones y restricciones para su utilización en las personas, debiendo resguardar especialmente la actividad cerebral, así como la información proveniente de ella”* y por ello su efecto práctico es cuestionable pues paradójicamente, un proyecto de ley podría establecer requisitos para definir y restringir la integridad de un ser humano, dejando la posibilidad de intervención del Estado.

Respecto a la identidad individual establece un concepto acotado al mencionar que la *“ley regulará los requisitos, condiciones y restricciones para su utilización en las personas”*, estableciendo un marco regulatorio para dicha identidad individual, exceptuándose cuando haya consentimiento, lo cual lo hace asimilable a la garantía consagrada en el artículo 19 número 4 de la CPR sobre la protección de la vida y a los datos personales, tampoco determinando el alcance y contenido de la identidad individual.

De esta forma se trataría de aspectos, que, en algunos casos, podrán ser entendidos como una manifestación de los derechos ya consagrados, pero que en otros requieren ser desarrollados e incorporados al catálogo de derechos ya previstos constitucionalmente.

Así la ley regulará los requisitos, condiciones y restricciones para su utilización en las personas debiendo resguardar especialmente la actividad cerebral, así como la información proveniente de ella, consagrado el derecho a la privacidad de la información producida por la actividad cerebral, a la cual es posible acceder a través de la neurotecnología, el mismo proyecto lo asimila a la obtención y tratamiento de datos personales (Ley N° 21.096 que eleva la materia a constitucional) y que sería una especie de garantía reforzada del art. 19 N° 4. Esto es, las reglas y leyes vigentes en materia de privacidad conforme a la legislación y los tratados de derechos humanos sobre la materia.

De esta forma, la proyección de la reforma constitucional apunta entonces a proteger a las personas respecto de los avances científico-tecnológicos, de sus riesgos y avanzando hacia un desarrollo y uso con foco en el bienestar de las personas de manera equitativa y en ese sentido el art. 19 número 1 debe contener una modificación que sus principios rectores que sean aplicable a la neurotecnología, respetando la estructura y jerarquía de nuestro sistema de garantías con el fin de evitar toda consecuencia indeseadas, entregando un marco claro para establecer de forma adecuada la parte regulatoria por la vía legal a través del proyecto de ley sobre neuroderechos.

De esta forma debería existir una norma que regulará, relación y vinculación de la nueva visión constitucional de la ciencia y la tecnología mediante la redacción de la lógica y válida premisa que *el desarrollo científico y tecnológico estará al servicio de las personas.*

Asimismo el derecho a la privacidad, plantea una revisión de la norma relativa a su regulación, mediante el mandato en el cual el legislador a que tiene que discernir las materias no son propiamente de rango constitucional, pero que sírequieren de una regulación de marco un normativo de orden legal y la posibilidad poder hacer revisiones directamente al reglamento u otros cuerpos de normativos de distinta jerarquías, como también la consideración de un contenido específico y relativo a la regulación de la neuroprotección, a través del resguardo de la función cerebral, dándole una protección especial respecto a la actividad cerebral y la información que proviene de ella.

Así la regulación legal de restricciones, condiciones y restricciones debe entenderse de la forma en que se ha entendido en otros ámbitos del derecho, en que los tipos y las finalidades que están dentro de la ley pueden verse completados por incluso reglamentos, siempre que tengan la densidad normativa suficiente, en el sentido de proveer de seguridad jurídica tanto a quien provee o desarrolla tecnologías, como a quienes las utilizan y a quienes se vean afectados por ellas.

Finalmente, las modificaciones tienen *por objetivo resguardar la neutralidad de las tecnologías*, en el supuesto de que los instrumentos que desarrolla el ser humano no son buenos o malos per se, sino que son los usos que se le da a ellos los que pueden tener consecuencias favorables o desfavorables. En ese sentido, la ley establecería la prohibición o restric-

ción de ciertos usos que deben tener resguardos especiales, y no de las neurotecnologías propiamente tal.

13 PROPUESTA DE TÉCNICA LEGISLATIVA

Con todo lo expuesto a lo largo de esta tesis no queremos sostener que los neuroderechos no deban regularse, en cuanto a su uso, contenido y responsabilidad derivada de él. Lo que hemos manifestado es que los neuroderechos no son un derecho fundamental por lo que no se les debe regular con aquella lógica.

Los neuroderechos deben contar con una regulación vía ley, que determine el uso y alcance de esta tecnología en el ser humano, pero propendiendo a la protección de lo que en esta tesis de investigación propondremos y denominaremos como el *“principio de conservación de la integridad humana”*.

Este principio, inexistente hasta antes de la publicación de este art., dice relación con que la neurotecnología, derivada de las neurociencias deben buscar una regulación que respete las capacidades y características humanas.

En este espacio, nos aventuraremos con dos conceptos que en nuestra opinión deben considerarse en esta nueva rama del derecho.

Primero, ofreceremos una definición de neuroderechos, entendiendo por tales *“aquellos derivados del uso de la neurociencia, que tienen por objeto el resguardo de la integridad humana”*.

Estos neuroderechos, que en este momento no somos capaces de identificar, deben ser creados y deben respetar el principio de conservación de la integridad humana, que se explica en el entendido de que las neurociencias y neurotecnologías se pueden usar en el ser humano siempre y cuando no alteren la naturaleza humana promedio.

Las regulaciones deben tomar como estándar de medida este principio, para efectos de regular especialmente el espeluznante escenario de aumento de capacidades motoras o cognitivas en el ser humano, que pueden desembocar en que perdamos nuestras características de humanos

y nos transformemos en super humanos, o a lo menos, humanos con capacidades artificialmente aumentadas.

Desde ya adelantamos que, por ejemplo, las neurotecnologías utilizadas exclusivamente para la recuperación de la salud respetan cabalmente el principio de conservación de la integridad humana, por cuanto la salud plena es el estado natural del hombre.

Por lo anterior es que proponemos una distinción conceptual entre los derechos fundamentales y los neuroderechos, partiendo de la base que los primeros son reconocidos. Sin embargo, los neuroderechos, son creados a propósito de la creación del humano de la neurotecnología.

La regulación de los neuroderechos debe propender a que el uso de las neurotecnologías desforme a tal punto las capacidades tanto motoras como cognitivas del ser humano. En otras palabras, la neurociencia debe ser regulada para que la especie humana siga siendo humana, Y siempre va a haber un cabo suelto al tratar de asimilar los neuroderechos con los derechos fundamentales, pues los segundos derivan de la naturaleza humana y son reconocidos por el estado. Los primeros, en cambio, derivan de la creación humana y el uso de la tecnología, por lo que deben ser, por consecuencia, los creados por el estado más no reconocidos.

14 PROYECTO DE LEY, SOBRE PROTECCIÓN DE LOS NEURODERECHOS Y LA INTEGRIDAD MENTAL, Y EL DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN Y LAS NEUROTECNOLOGÍAS²⁹ (BOLETÍN N° 13.828-19)

ESTADO ACTUAL DEL PROYECTO DE LEY AL 3 DE AGOSTO DE 2022

Art. 1.- La presente ley tiene como finalidad proteger la vida y la integridad física y psíquica de las personas en el desarrollo de las neurociencias, las neurotecnologías y sus aplicaciones clínicas.

²⁹ Fecha de Ingreso: miércoles 7 de octubre, 2020, Urgencia Actual: Simple, Cámara de Origen: Senado. Iniciativa: Moción. Tipo de Proyecto: Proyecto de ley Refundido: Etapa: Primer trámite constitucional (Senado). Segundo informe de comisión de Desafíos del Futuro, Ciencia, Tecnología e Innovación link para compartir: http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=13828-19

En todo lo no regulado por esta ley, se aplicarán las normas de la ley N° 20.120, sobre la investigación científica en el ser humano, su genoma y prohíbe la clonación humana, o la ley N° 20.584, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con las acciones vinculadas a su atención en salud, en su caso.

Art. 2.- *La libertad para llevar a cabo procedimientos propios de las neurociencias y para usar neurotecnologías tendrá siempre como límite los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, reconocidos tanto por la CPR como por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes.*

El Estado velará por el desarrollo de la neurociencia y de las neurotecnologías que propendan al bienestar de la persona humana, y, asimismo, por el acceso sin discriminaciones arbitrarias a sus avances.

Art. 3.- *Para efectos de esta ley, se entenderá por:*

a) Datos neuronales: *aquella información obtenida de las actividades de las neuronas de las personas, que contienen una representación de la actividad cerebral.*

B) Neurotecnologías: *conjunto de dispositivos o instrumentos que permiten una conexión con el sistema nervioso central, para la lectura, el registro o la modificación de la actividad cerebral y de la información proveniente de ella.*

Art. 4.- *Las personas son libres de utilizar cualquier tipo de neurotecnología permitida. No obstante, para intervenir a otros a través de ellas, se deberá contar con su consentimiento libre, previo e informado, el cual deberá entregarse de forma expresa, explícita, específica o, en su defecto, con el de quien deba suplir su voluntad de conformidad a la ley. El consentimiento deberá constar por escrito y será esencialmente revocable.*

Si el uso es para fines terapéuticos o médicos, se deberá requerir el consentimiento de acuerdo a la ley N° 20.584, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con las acciones vinculadas a su atención en salud.

En el caso de aquellas áreas de investigación científica, será necesario aquel consentimiento determinado en la ley N° 20.120, sobre la investigación científica en el ser humano, su genoma y prohíbe la clonación humana.

Art. 5.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo precedente, los formularios a través de los que se solicite el consentimiento contendrán la información de acuerdo a la evidencia disponible sobre los posibles efectos de la neurotecnología respectiva y, cuando corresponda, respecto de las normas de privacidad de datos neuronales personales.

Art. 6.- La instalación de neurotecnologías, así como su funcionamiento en las personas deberá ser esencialmente reversible, sin perjuicio de los efectos que aquello pudiere tener en cada caso en particular, lo que deberá ser debida y oportunamente informado, salvo aquellas neurotecnologías que tengan un uso terapéutico.

Art. 7.- Las neurotecnologías deberán ser previamente registradas por el Instituto de Salud Pública para su uso en las personas.

El reglamento que establece el art. 12 regulará los procedimientos, forma y requisitos para el registro de dichas neurotecnologías, que permitan garantizar su calidad, efectividad y seguridad para su uso en las personas.

Art. 8.- Por resolución fundada, la autoridad sanitaria podrá restringir o prohibir el uso de neurotecnologías, en razón de menoscabar derechos fundamentales, en casos tales como:

- a) Que influyen la conducta de la persona, sin su consentimiento previo;
- b) Que explotan las vulnerabilidades de grupos específicos;
- c) Que extraen datos de manera no autorizada o sin el consentimiento previo de su titular;
- d) Que afectan negativamente la neuro plasticidad, especialmente, de niños, niñas y adolescentes.

El que hubiere respondido ante el perjudicado tendrá derecho a repetir frente a los otros responsables, según su participación en la producción del daño.

Art. 9.- El productor, proveedor y todo aquel que administre neurotecnologías a un consumidor, serán responsables, solidaria y objetivamente por los daños materiales y morales que ocasionaren.

Según corresponda, el productor, proveedor o administrador de neurotecnologías podrá eximirse de la responsabilidad del inciso anterior:

- a) Si la víctima del daño fue quien lo causó o contribuyó a causarlo;

b) Si el daño es consecuencia del uso de la neurotecnología distinto al autorizado;

c) Si el daño es exclusiva obra de la malicia de quien lo administró, o

d) Si el daño es consecuencia de un delito del que no sea autor el productor, proveedor o administrador.

El que hubiere respondido ante el perjudicado tendrá derecho a repetir frente a los otros responsables, según su participación en la producción del daño.

Art. 10.- *Será sancionado con:*

a) Presidio menor en su grado medio, el que haciendo uso de una neurotecnología subrepticamente, sin conocimiento o sin consentimiento del usuario o por medio de aplicaciones ocultas o no destinadas a la propaganda legítima, alterare la voluntad de otro. Si la alteración afectare a varias personas se aplicará la pena de presidio menor en su grado máximo.

b) El grado superior o el máximo de la pena que corresponda al autor del delito, de conformidad con lo dispuesto en el art. 15, N° 2, del Código Penal, al que induzca a otro a cometerlo mediante el empleo de una neurotecnología.

c) Presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, el que, haciendo uso de una neurotecnología cause la muerte o alguna de las lesiones de los art.s 395 a 397 del Código Penal, a la persona en que se emplean o a un tercero por parte de la persona en que se han empleado, en caso de que sea previsible la conducta violenta de la persona en que la neurotecnología se ha empleado.

Art. 11.- *Los datos neuronales son, por regla general, reservados y su recopilación, almacenamiento, tratamiento, comunicación y transferencia será sólo para los fines legítimos e informados que la persona hubiere consentido, en los términos previstos en la presente ley.*

El reglamento establecido en el art. siguiente regulará la forma y condiciones en que se llevará a cabo la recopilación, almacenamiento, tratamiento, comunicación y transferencia de los datos neuronales.

Los datos neuronales se tratarán como datos sensibles en los términos de la ley N° 19.628, sobre protección de la vida privada, o la que la reemplace.

Art. 12.- *Corresponderá a la autoridad sanitaria establecer, mediante reglamento dictado por el Ministerio de Salud y suscrito también por el Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación, las normas que complementen o desarrollen los contenidos de esta ley.*

Art. 13.- *Modifícase la ley N° 20.120 (investigación científica en humano, su genoma y prohíbe la clonación humana) en los siguientes términos:*

a) *Intercálese, en el art. 1°, a continuación de la frase “con la investigación científica biomédica”, la siguiente: “, la neurociencia y la neurotecnología,”.*

b) *Intercálese, en el art. 2°, la frase “, de neurociencia y neurotecnología”, entre las expresiones “científica biomédica” y “en seres humanos”.*

c) *En el art. 13:*

i. *Intercálese, en su inciso primero, entre la expresión “del genoma de las personas” y “se ajustará”, la frase “, así como de los datos neuronales,”.*

ii. *Agrégase, en su inciso segundo, entre la expresión “los datos” y “del genoma humano”, la frase “neuronales y aquellos”.*

d) *Intercálese, en su art. 14, entre las expresiones “a una persona” y “, salvo que ella”, la frase “o sus datos neuronales”.*

e) *Agrégase, en el inciso primero del art. 18, entre las frases “violare la reserva” y “de la información”, la expresión: “de los datos neuronales y”.*

f) *En su art. 20:*

i. *Sustitúyase la expresión “o en su genoma” por “, en su genoma o utilizando neurotecnologías”.*

ii- *Remplazase la frase “la suspensión por tres años del ejercicio profesional y con la prohibición absoluta de ejercicio profesional en el territorio nacional en caso de reincidencia” por “la pena de inhabilitación especial temporal en cualquiera de sus grados para el ejercicio de la profesión”.*

Art. 14.- *Intercalase, en la letra g) del art. 2 de la ley N° 19.628, entre la palabra “psíquicos” y la letra “y”, la expresión “, los datos neuronales”.*

Art. 15.- *Agrégase el siguiente numeral 10), nuevo, en el art. 149 del decreto con fuerza de ley N° 2, de 2017, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.700, orgánica constitucional sobre votaciones populares y escrutinios:*

“10) El que, haciendo uso de una neurotecnología impidiere a cualquier elector ejercer su derecho a sufragar libremente en cualquier elección popular, primaria o definitiva. Si el impedimento afectare a varias personas se aplicará el grado máximo de la pena.”.

Art. transitorio.- *La presente ley entrará en vigencia en un plazo de seis meses desde su publicación en el Diario Oficial, término dentro del cual deberá dictarse el reglamento contemplado en el art. 12.”.*

CONCLUSIONES

1. Las neurociencias, con su asombroso desarrollo gracias a las ciencias médicas está revolucionando el mundo en todas las áreas imaginables. La medicina, la tecnología, la filosofía, la ética y el derecho. Estos avances científicos ha despertado dentro de la comunidad distintas alarmas que dicen relación con el uso de estas nuevas tecnologías en las personas, ya sea con fines médicos o con fines de aumento de capacidad motora o cognitiva, sin que tenga por objeto la recuperación de la salud.

En este contexto, la comunidad internacional ha propuesto, entre otros organismos, a través de la OEA, la regulación de los derechos que derivan de las neurociencias, por cuanto la aplicación de estas tecnologías tiene la capacidad de limitar o interferir en la vida del humano de una forma tan intensa que requiere regulación. La regulación internacional que sugiere la OEA tiene como fundamento que el uso de las neurotecnologías tiene la potencialidad de anular a la persona, por la posibilidad de que su uso limite o anule la privacidad, la autodeterminación informativa, o la integridad física o psíquica.

2. La regulación nacional analizada sugiere la incorporación de los derechos derivados de las neurociencias al catálogo de derechos fundamentales establecido en el art. 19 de la CPR. En consecuencia, la técnica tanto internacional como nacional para regular los derechos neuronales o neuroderechos es errada a nuestro modo de ver. Revisados y analizados los textos de la OEA como los proyectos de ley chilenos, notamos que el riesgo en el uso de las neurociencias radica en que tienen la posibilidad de

afectar o vulnerar derechos o garantías constitucionales que ya cuentan con protección, como lo es la privacidad, integridad psíquica o la reserva de datos médicos, que no es otra cosa que la privacidad aplicada a un área específica.

En este sentido, lo errado de la conclusión anterior dice relación con que no se estaría regulando la protección de derechos que nazcan de la aplicación de neuroderechos, sino que se estaría plasmando una especie de “derechos espejos”, es decir, los mismos derechos fundamentales ya protegidos, pero el móvil de afectación ya no sería un acto de autoridad o de un privado, sino que sería el uso de las neurotecnologías. Sin embargo, creemos que cambiar el móvil que afecta el derecho –acto de autoridad, acto privado o uso de neurotecnología- no cambia la naturaleza jurídica de lo que se pretende tutelar: la integridad psíquica, privacidad, reserva del dato médico, entre otros.

3. Por lo anterior es que proponemos una distinción conceptual entre los derechos fundamentales y los neuroderechos, partiendo de la base que los primeros son reconocidos. Sin embargo los neuroderechos, son creados a propósito de la creación del humano de la neurotecnología. Lo anterior, nos permite concluir que los neuroderechos no pueden estar incluidos en el catálogo de derechos fundamentales. Su objeto de regulación, principios y contenidos no deben confundirse con la transgresión de los derechos a la integridad psíquica, privacidad y autodeterminación informativa, toda vez que para esto ya existe protección.

Ahora bien, no obstante a nuestro juicio lo errado de planearse los como DDHH de 3° generación, (construido desde la intimidad) es en orden a ser perfectible para convertirse en Derecho a seguir siendo humano, en la óptica de N. Bobbio, estructuralistamente (Teoría del lenguaje de F. de Saussure) con una axiología y visión teórica sincrética (abriendo las puertas y asidero futuro a que ordenadamente, y conforme los avances científicos. fije un marco regulatorio armónico con el resto del ordenamiento jurídico nacional, que permita crear derechos subjetivos, deberes, procedimientos, instituciones y reglas objetivas.

4. En este sentido será determinante el ROL AUTORIDADES -como señala el profesor HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ³⁰, que el Estado intervenga positivamente en la materia, concluyendo este artículo podemos ya vislumbrar que sólo coordinados de manera armónica, coherente y organizada todos los proyectos en actual tramitación al respecto, y apelando al estructuralismo³¹ (Y tesis interpretativa de la Teoría Pura del derecho de Hans Kelsen, según una posible derivada extraída de la exposición del Profesor O. Pfersmann de la Universidad de la Sorbona, en orden a una reformulación del principio de supremacía constitucional en función de una mirada integradora) podríamos explorar avanzar para lograr a futuro establecer y afianzar en Chile, una verdadera protección de las personas vía tutela de su autodeterminación de sus neuroderechos.

Al respecto, con ocasión de la exposición doctoral *Lectio Magistralis "Dirrito pubblico et dirrito privato"* del profesor Giovanni D´amico la grande dicotomía" presentada el día 8 de octubre de 2021 en el post doctorado sobre derecho y nuevas tecnologías, uno de los máximos referentes del derecho civil contemporáneo, de cara al efecto acelerador que la pandemia impuso a la globalización en todo el mundo, dejó entrever que el fin de las autarquías tradicionales de los estados como actores relevantes del orden mundial han cedido paso y primacía de los nuevos actores que revelan las tradicionales fronteras de lo público y privado definiendo así, el signo de nuestros tiempos y cuyo único ensamble integrado hoy son hoy los derechos humanos, haciendo frente ante el despiadado avance de sus esfuerzos reguladores como son, vbgr. el corazón del actual debate en las plataformas digitales en todo el mundo.

³⁰ NOGUERA ALCALÁ Humberto, Ob. Cit., pág. 265.

³¹ La teoría lingüística estructural, se refiere al estudio de las relaciones entre los elementos que forman parte del sistema, proyectado, según la tesis de Saussure, al estudio de "la vida de los signos en el seno de la vida social", lo que apuntado al tema en análisis va determinando como ciertas estructuras primarias se van consolidando en el tiempo, y al mismo tiempo otras van cayendo en la inoperancia y son reemplazadas por otras más idóneas, generando un avance sobre la marcha, que no implica necesariamente la destrucción o reemplazo de todas las estructuras anteriores. Adaptación de fuente [http://es.wikipedia.org/wiki/Estructuralismo_\(lingüística\)](http://es.wikipedia.org/wiki/Estructuralismo_(lingüística)), visitada el 06.05.2009.

Será trascendente aquí, en relación con el rol que a las autoridades cabe al respecto, la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General la República de Chile en el contexto del ejercicio de sus esferas de competencia, y su rol de garante del principio de juridicidad, para ir dilucidando, precisando y estableciendo el alcance del tratamiento de datos en el sector público. No sólo desde nuestro rol fiscalizador) sino, también debe educar y promover buenas prácticas e integridad (PROBIDAD ADMINISTRATIVA) a su respecto Vbgr. en el caso de Chile una Contraloría impulsada en el manejo eficiente de datos para velar y fiscalizar el cuidado y correcto uso de los bienes públicos, con las responsabilidades y resguardos que ella entrañaran.

5. Del proyecto de ley puede destacarse a futuro la eventual necesidad de regulación de aspectos relativos a:

a. DERECHOS PATRIMONIALES, su almacenamiento como memoria y su disponibilidad -incluso hereditariamente-, mediante la vía notarial para sus herederos, transmisibilidad patrimonial y cesión a terceros hará relevante la voluntad o consentimiento en materia de capacidad poniendo en entredicho la teoría general de los actos jurídicos en materia de daños.

b. EN MATERIA PENAL se deberá evitar que se hackeé la conexión con un cerebro para tomar control de los actos de una persona y en la prueba de ello será determinante el uso de herramientas de peritaje informático para examinar el registro de transacciones de los actos por el ejecutado y los respectivos logs, ante el acceso indebido a sus claves de conexión vía computación.

De otra parte, frente al avance que la computación cuántica y la menor seguridad que se le puede brindar enfrentada a ella (atendida su facilidad de factorización multiplatform para violar los respectivos passwords, de manera que un tercero acceda y tome el control de alguien y cometa delitos, borrando luego ese registro o logs de transacciones desde su memoria como si fuera un Pc común), se plantea el imperativo de adopción de superiores niveles ciberseguridad cerebral, de manera que

también es muy importante y necesaria regularla, ya que a su turno ello incide directamente en el tema del sesgo algorítmico en materia de IA.

c. EN MATERIA PROCESAL, -que es en definitiva como se ganan los juicios-, la ley nos plantea desafíos respecto del uso del acceso a los neuro datos como medios de prueba en materia civil (para probar la voluntad y consentimiento) y penal (para probar voluntad y dolo en materia penal. capacidad) especialmente de la víctima, salvo, en materia de delitos de imputación objetiva.

6. Asimismo, y en un espectro más amplio a la labor del jurista y la interdisciplinariedad del tema an análisis se ha de poner especial acento en temas relativos a la BIOÉTICA, GNOSEOLOGIA y EPISTEMOLÓGIA. En efecto, hay un tema aún más fino y futurista a definir de orden epistemológico, filosófico, jurídico, ético y quizás religioso y poco explorado respecto de los cuales da miedo pensar se resuelvan por personas no calificadas (Congresistas partidistas o Convencionales fanáticos) y con legislaciones no acabadas para afrontar temáticas como lo transhumano y el trasplante de un corazón de cerdo a un humano.

El asunto de esta comunión entre las ciencias exactas y las jurídicas pone de manifiesto la necesidad de separar los planos o ámbitos de aplicación en que estas se desarrollan, el del “ser” y el del “deber ser”, pero sin que esta separación se justifique por una confrontación, si no, más bien, una complementación de ambas ciencias.

8. Finalmente, hay un tema complejo al tratar lo posthumano en cuanto a si se puede hacer un uploading informático de la información cerebral, con la intención de un posterior “reloading” en un clon, también cabría una descarga múltiple, lo que nos llevaría a una versión informacional de la polémica sobre la unidad (universal) o singularidad del alma, que ya fue planteada por la escolástica medieval.

9. Lo anteriormente expuesto, no puede más que suponer límites éticos, humanos, sociológicos, morales trascendentes y el momento y lugar por ahora, apelemos en las neo artes liberales integradas interdisciplinariamente y el constitucionalismo humanista del siglo XXI.

La frontera y caja de Pandora ha sido abierta y establecida para el campo del uso inteligente de la ciencia de datos que el investigador chileno Dr. César Hidalgo (MIT, Harvard y Toulouse) acorde las tendencias actuales en ciencia de datos, ya vislumbra podría dar paso a un nuevo manejo político y forma de gobierno en base a datos y que a futuro como algoritmo IA seguro tome mañana esas decisiones para nosotros y sean nuestra neuro IA nuestros órganos ejecutivos, legislativos, de justicia y Contraloría, desempeñando esas funciones de burocracia en forma más eficiente, transparente, regulada y predecible, en pro de dejar a las personas poder dedicarse a actividades más humanas como la creatividad en armonía con el planeta en pro de un desarrollo humanista asistido por la ciencia y el derecho.

10. Finalmente, cabe hacer un último comentario acerca del Altísimo Nivel Científico-Tecnológico del tema que implica un futuro arduo trabajo y estudio en derecho público, constitucional y administrativo por las consecuencias que tendrá en estos campos y su fiscalización, como asimismo, porque bordea el tema de la transformación digital del estado por IA, computación cuántica, ciberseguridad, big data, block chain, Smart contracts, etc. incluso haciendo cada vez más tenues las antiguas divisiones entre lo público y lo privado producto del efecto de la globalización a nivel mundial.

REFERENCIAS

Índice bibliográfico general por autores de obras citadas

BENDA, E., **Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht zum Datenschutz**, En DuD, 1984, N° 2, pp. 89 ss.; H Heussner, op. cit. (en nota 7), pp. 309 ss. Sobre la significación de los valores fundamentales (Grundwerte) para el sistema constitucional de las libertades cfr. A. E. Pérez Luño, Tecnos, Madrid 2° Ed., 1986, pp. 286 ss. y con relación a la dignidad humana, derechos humanos, Estado de Derecho y CPR y el desarrollo de la personalidad, pp. 317 ss. Citado por PÉREZ LUÑO ANTONIO- ENRIQUE, “Libertad Informática y Derecho a la Autodeterminación

Informativa”, Publicada en el Congreso sobre Derecho Informático. Facultad de Derecho de Zaragoza. **Anais...** (22-24 Junio 1989, Ediciones de la Universidad), págs. 359 y siguientes.

BOLETÍN OFICIAL N° 896-07 Honorable Cámara de Diputados y Senado de Chile, p. 3079.

FERRAJOLI, Luigi, **Derechos y Garantías**, Ed. Trotta S.A., Madrid, 1997, pp 37.

HUBMANN (Hubmann, H.) *Das Persönlichkeitsrecht*. Segunda Edición, Colonia, 1967). Citado por PÉREZ LUÑO ANTONIO- ENRIQUE, “Libertad Informática y Derecho a la Autodeterminación Informativa”, Publicada en el Congreso sobre Derecho Informático. **Anais...** Facultad de Derecho de Zaragoza. (22-24 Junio 1989, Ediciones de la Universidad), págs. 359 y siguientes.

MEJÁN, Luis Manuel C., **Derecho a la intimidad y la informática**, Editorial Porrúa, 1994, Segunda Edición 1996, México, pp. 8. Biblioteca personal.

MORALES PRATS, F., **La tutela penal de la intimidad: privacy e informática**. Editorial Destino, Barcelona. 1984. pp. 129.)

MURILLO DE LA CUEVA, Lucas, “El derecho a la Autodeterminación Informativa: la protección de los datos personales frente al uso de la informática”. Editorial Tecnos S.A., Madrid, Págs. 120-124. Citado por Rodolfo Herrera Bravo en su trabajo “La protección de datos personales como garantía básica de los derechos fundamentales”, http://www.adi.cl/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=42&Itemid=53, visitada el 01.06.2009.

NOGUERA ALCALÁ, Humberto, “Reflexiones constitucionales sobre el establecimiento constitucional del habeas data”, En **Ius et Praxis**, año 3, N° 1, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca (Chile), 1997, pág. 265.

PAREDES GONZALES, Julio Cesar. “El hábeas data” URL: http://www.verbalegis.com.bo/index.php?option=com_content&task=view&id=62&Itemid=2, visitada el 17.06.2009

PÉREZ LUÑO, Antonio- Enrique, “Libertad Informática y Derecho a la Autodeterminación Informativa”, Publicada en el Congreso sobre Derecho Informático. **Anais...** Facultad de Derecho de Zaragoza. (22-24 Junio 1989, Ediciones de la Universidad), págs. 359 y siguientes.

PÉREZ LUÑO, Antonio- Enrique., “**Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución**”, Ob. cit., pp. 82 ss. y 120 ss.; id., **Los derechos Fundamentales**, cit., pp. 183 y ss.

PODLECH, A., “Artículo 2 Abs. 1”, en *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (Reihe Alternativkommentare), Luchterhand, Neuwied-Darmstadt, 1984, pp. 341 ss. Citado por PÉREZ LUÑO ANTONIO- ENRIQUE, “Libertad Informática y Derecho a la Autodeterminación Informativa”, Publicada en el Congreso sobre Derecho Informático. Facultad de Derecho de Zaragoza. (22-24 Junio 1989, Ediciones de la Universidad), págs. 359 y siguientes.

SAGÜES, Néstor Pedro, **Elementos de Derecho Constitucional**, Editorial AS-TREA, Tomo II, 2003, Buenos Aires, Argentina

SUÑÉ LLINÁS, Emilio, *Tratado de derecho Informático*. Vol. 1, Universidad Complutense, Madrid, España 2000, pág. 31, Citado por Rodolfo Herrera Bravo en su trabajo “La protección de datos personales como garantía básica de los derechos fundamentales”.

Página web [http://es.wikipedia.org/wiki/Estructuralismo_\(lingüística\)](http://es.wikipedia.org/wiki/Estructuralismo_(lingüística)), visitada el 06.05.2009.

Página web http://www.senado.cl/prontus_galeria_noticias/site/artic/20090710/pags/20090710164630.htm, visitada el 03.08.2009.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS NEURODERECHOS

BRAIN SCIENCE: Mapping the Landscape of Brain and Neuroscience Research. A report prepared by Elsevier Research Intelligence

COGNITIVE AUGMENTATION: CURRENT STATE OF THE ART AND FUTURE PROSPECTS”, *Front. Hum. Neurosci.*, 31 January 2019. At:

COUNCIL (EBC) en “**BRAIN SCIENCE**: Mapping the Landscape of Brain and Neuroscience Research”, pág. 27. (April, 2019).

CÓDIGO DE NUREMBERG, **NIH**. At: <https://history.nih.gov/research/downloads/nuremberg.pdf> (April, 2019).

DECLARACIÓN DE HELSINKI, AMM. PPIOS. ÉTICOS PARA INVESTIGACIONES MÉDICAS EN HUMANOS. At: <http://bcn.cl/29rln> (April, 2019). Pautas éticas internacionales para la investigación biomédica en seres humanos”, Preparadas por el Consejo de Organizaciones

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS, NACIONES UNIDAS. At: <http://bcn.cl/29rlm> (April, 2019).

EUROPEAN UNION: HUMAN BRAIN PROJECT. At: <http://bcn.cl/29rl2> (April, 2019).

FUENTES ET. AL. "SPINAL CORD STIMULATION RESTORES LOCOMOTION IN ANIMAL MODELS OF PARKINSON'S DISEASE", **Science** 20 Mar 2009: Vol. 323,

GOERING, S, YUSTE, R. COMMENTARY: "ON THE NECESSITY OF ETHICAL GUIDELINES FOR NOVEL NEUROTECHNOLOGIES", **Cell**, Volume 167, Issue 4, 3

GRILLNER STEN, ET. AL. "WORLDWIDE INITIATIVES TO ADVANCE BRAIN RESEARCH", **Nature Neuroscience** volume 19, pages 1118–1122 (2016). At: <https://www.nature.com/articles/nn.4371> (April, 2019).

MÓNICA DI LUCA, President of the Federation of European Neuroscience Societies (FENS) and Board Member of the European Brain

NEUROSCIENCE, Vol 12, 2018. Pag 843. At: <https://www.frontiersin.org/article/10.3389/fnins.2018.00843> (April, 2019).

TECNOLOGÍAS Y DISPOSITIVOS DE ASISTENCIA SEGÚN LAS NACIONES UNIDAS. At: <http://bcn.cl/29rlb> (April, 2019).

THE BRAIN INITIATIVE. INSTITUTO NACIONAL DE SALUD (NIH) DE ESTADOS UNIDOS. At: <http://bcn.cl/29rl0> (April, 2019).

TRANSGENE EXPRESSION AND CELL FATE", **Human Gene Therapy** Vol. 30, No. 2, 8 Feb 2019 At: <http://bcn.cl/29rld> (April, 2019).

TRANSLATIONAL SUCCESS", FRONTIERS IN MOLECULAR NEUROSCIENCE, 11, 221. doi:10.3389/fnmol.2018.00221. At: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC6028713/> (April, 2019).

UN IMPLANTE COCLEAR REGENERA NERVIIO AUDITIVO, K. Bourzak, **MIT Tech Review**, 2014. At: <http://bcn.cl/29rlc> (April, 2019).

USING THOUGHT TO CONTROL MACHINES, **THE ECONOMIST**, jon 4th 2018. At: <http://bcn.cl/29u86> (April, 2019).

RRDDIS

FALHAS DA REGULAMENTAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO COMBATE À DISCRIMINAÇÃO ALGORÍTMICA REALIZADA PELO RECONHECIMENTO FACIAL

Failures of Artificial Intelligence regulation in the fight against algorithmic discrimination carried out by facial recognition

Amanda Louise Negri¹
Luís Alexandre Carta Winter²

RESUMO

A tecnologia de reconhecimento facial ainda é incapaz de ser utilizada na esfera da persecução penal sem apresentar vieses demográficos. Esforços em regulamentar o uso da inteligência artificial são notórios, principalmente na Europa. O Brasil ao se basear na legislação europeia, busca um maior controle no uso dessas tecnologias, que já são implementadas na identificação de suspeitos, mesmo diante de violações aos direitos fundamentais, principalmente no que se refere a igualdade racial. Com base nesse contexto a pesquisa busca responder a seguinte pergunta: os projetos que almejam a regulamentação da IA, no Brasil, são eficazes no combate à discriminação algorítmica realizada pelo reconhecimento facial? Para isso, a pesquisa utiliza método dedutivo para compreender as diretrizes propostas pelo Anteprojeto da LGPD penal e pelo Marco Legal da Inteligência Artificial e averiguar se essas medidas são capazes de conter a discriminação algorítmica, observada no uso de tecnolo-

ABSTRACT:

Facial recognition technology is still incapable of being used in criminal prosecution without presenting demographic biases. Efforts to regulate the use of artificial intelligence are notable, mainly in Europe. Based on European legislation, Brazil seeks greater control in the use of these technologies, which are already implemented in the identification of suspects, even in the face of violations of fundamental rights, especially with regard to racial equality. Based on this context, the research seeks to answer the following question: are projects that aim to regulate AI in Brazil effective in combating algorithmic discrimination carried out by facial recognition? Within this objective, the research uses a deductive method to understand the guidelines proposed by the Criminal LGPD Draft and the Legal Framework for Artificial Intelligence and determine whether these measures are capable of containing the algorithmic discrimination, especially in the use of facial recognition technologies for criminal prosecution. As a result, the research concluded that even with overcoming technological

¹ Mestre em Direito, pela PUCPR, Professora do Instituto Rho e membro do NEADI-PUCPR.

² Doutor, Professor na PUCPR, na graduação e no *Strito Sensu*; Professor do Instituto Rho; Coordenador do NEADI-PUCPR.

gias de reconhecimento facial para a persecução penal. Como resultado, a pesquisa apontou que mesmo com a superação falhas tecnológicas que ainda comprometem a eficiência da tecnologia, a permissão do seu uso também deve ser embasada no princípio da transparência, essencial na implementação de inteligências artificiais (IA) pelo poder público. Assim, observada a dificuldade no desenvolvimento de IAs que sejam concomitantemente acuradas e transparentes, ainda se torna inviável a implementação da tecnologia de reconhecimento facial sem que haja manutenção da desigualdade racial

Palavras-chave: globalização, inteligência artificial, reconhecimento facial, desigualdade, discriminação algorítmica

flaws that still compromise the efficiency of the technology, permission for its use must also be based on the principle of transparency, essential in the implementation of artificial intelligence (AI) by public authorities. Thus, given the difficulty in developing AIs that are simultaneously accurate and transparent, it is still unfeasible to implement facial recognition technology without maintaining racial inequality.

Keywords: *globalization, artificial intelligence, facial recognition, inequality, algorithmic discrimination*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; **1. DISCRIMINAÇÃO ALGORÍTMICA E DEBATE SOBRE RECONHECIMENTO FACIAL NO EU AI ACT;** **2. RECONHECIMENTO FACIAL NO BRASIL;** **3. REFLEXÕES SOBRE O COMBATE À DISCRIMINAÇÃO ALGORÍTMICA RACIAL CAUSADA PELO RECONHECIMENTO FACIAL NO BRASIL;** CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Desde meados do século XX, o software é utilizado como uma ferramenta de auxílio ao trabalho e mais adiante, as demais tarefas cotidianas. Com o advento da inteligência artificial (IA), os softwares passam a ter a habilidade de imitar a mente humana para resolução de problemas e tomada de decisão, ou seja, além do trabalho manual, há também um processo de digitalização do trabalho cognitivo. Dentro da IA, a tecnologia que permite a criação de softwares capazes de realizar decisões cognitivas mais complexas é denominada *machine learning* (aprendizado de máquina em português). Softwares dotados dessa tecnologia são capazes de criar

algoritmos³, que aprendem e tomam decisões com base na observação de padrões.

Muito embora a criação de sistemas automatizado com IAs busquem realizar uma análise homogênea dos indivíduos, nem sempre esse resultado é alcançado. Cada etapa do processo de criação do software é permeada por vieses humanos. Afinal, como são programados por serem humanos, os valores de cada indivíduo podem se manifestar por meio das escolhas realizadas na construção do programa.

Assim como, esse viés também se manifesta em torno da base de dados utilizada para treinar a IA, já que seus dados se remetem a decisões humanas. O treinamento desses modelos requer uma quantidade extensiva de dados⁴, que revela preconceitos estruturais que cercam a ação humana, como a discriminação por raça, gênero, religião etc. Como resultado, a inteligência artificial que busca emular a inteligência humana, acaba também por compartilhar seus preconceitos. Considerando a proteção do princípio da igualdade disposto no art. 5 da Constituição Federal a pesquisa se propõe a responder a seguinte pergunta: os projetos que almejam a regulamentação da IA, no Brasil, são eficazes no combate à discriminação algorítmica realizada pelo reconhecimento facial?

Em busca de responder à pergunta proposta, a pesquisa utiliza o método dedutivo e se divide em três partes. Inicialmente, utiliza o método observacional para analisar como discriminação algorítmica realiza a manutenção da desigualdade com base em sistemas que segregam parcelas marginalizadas da população. Com destaque para da tecnologia de reconhecimento facial (também chamada de biometria facial), a pesquisa aponta vieses demográficos, decisões racistas e implicações do uso do *deep learning* e da opacidade dos algoritmos. O método histórico é utilizado

³ Um conjunto finito de instruções, descritas em passo a passo, que se seguidas pela máquina atingem um determinado objetivo (MICROSOFT AZURE,[s.d]).

⁴ Possibilitados principalmente pelos avanços da tecnologia digital como a conectividade e a mobilidade. Nesse contexto surge o *Big Data*, coleções extremamente grandes e diversas de dados estruturados, não estruturados e semiestruturados, com volume variedade e velocidade tão complexos que exigem alto poder computacional para sua análise (GOOGLE CLOUD,[s.d]).

para analisar a iniciativa europeia *EU AI Act* e sua busca pela regulamentação do uso de IAs, assim como, o debate em torno da legalidade do uso de tecnologias de monitoramento.

Na segunda parte, o método histórico é empregado na análise do Anteprojeto da LGPD penal e do Marco Legal da Inteligência Artificial, que se remetem a iniciativas europeias, com enfoque nas disposições que tratam sobre o uso de tecnologias de monitoramento e nos requisitos que permitem sua utilização. O método observacional é utilizado para estabelecer um paralelo entre as propostas e alguns princípios já em vigor na legislação nacional, por meio da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

Por fim, utiliza o método observacional para compreender as adversidades tecnológicas e jurídicas que embasam a discussão em torno do banimento da tecnologia de reconhecimento facial e o método comparativo para averiguar se as restrições propostas pelos projetos brasileiros são suficientes para superar a discriminação algorítmica decorrente do uso de tecnologias de reconhecimento facial para persecução penal. Nas considerações finais, ao pontuar a inviabilidade do uso justo e ético da tecnologia, responde à pergunta inicialmente proposta.

1 DISCRIMINAÇÃO ALGORÍTMICA E DEBATE SOBRE RECONHECIMENTO FACIAL NO EU AI ACT

O uso da inteligência artificial como forma de manutenção do preconceito reflete mais uma camada do descaso com grupos já marginalizados pela sociedade. Não se traduz necessariamente em uma escolha, mas tampouco é um resultado surpreendente ou inevitável. No entanto, nem sempre a identificação dos vieses é suficiente para eliminar a discriminação algorítmica. O software de recrutamento da Amazon, aprendeu a tomar decisões discriminatórias contra mulheres, ao rebaiar sistematicamente currículos femininos para vagas de empregos de conhecimento técnico. Mesmo após a identificação do problema, a empresa foi incapaz de eliminar o viés de gênero e precisou desativar o software (LAVANCHY, 2018).

Assim como o viés de gênero, a discriminação racial é frequente em decisões automatizadas. Safiya Noble (2018, p. 1-2) relata que os resultados discriminatórios são frutos de decisões digitais que reforçam relações sociais opressivas e implementam novos modos de perfilamento racial. Essas decisões partem de uma ausência de cuidado com qual será o resultado de processos automatizados para grupos vulneráveis.

Nesse contexto, Cathy O’Neil (2017, p. 26-27, 66) analisa o viés racial com base no software LSI-R, que utilizava um questionário como base para avaliar o risco de reincidência de presos, e acabava por tomar decisões de cunho racista. O software, na busca por aprender padrões, acaba por menosprezar o comportamento do indivíduo em prol da análise de como “pessoas como ele” se comportaram no passado, tomando decisões enviesadas.

Além dos vieses, outro ponto relevante na discriminação algorítmica é a dificuldade de compreender as decisões realizadas por inteligências artificiais. Frank Pasquale (2011, p. 3) se refere a esses softwares como caixas pretas, é possível “observar suas entradas e saídas, mas não podemos dizer como um se torna o outro”. O uso da tecnologia *deep learning*⁵ realiza cálculos para a observância dos padrões, que frequentemente extrapolam a capacidade de compreensão humana. Para proteger o valor econômico de seus algoritmos, as empresas aliam a opacidade natural desses softwares a proteção do segredo industrial. Como resultado, Noble (2018, p. 28, 181), O’Neil (2017, p. 29) e Pasquale (2011, p. 40) apontam a ausência de transparência nesses sistemas e a dificuldade de auditar seus resultados, o que por sua vez, prejudica a contestação de resultados discriminatórios.

Dentro desse contexto a biometria facial é uma tecnologia que “utiliza filtros gerados por computador para transformar imagens faciais em expressões numéricas que podem ser comparadas para determinar sua similaridade” (LEWIS; CRUMPLER, 2021). Para isso, são extraídas caracte-

⁵ *Deep learning* é uma subárea do *machine learning* que utiliza redes neurais artificiais para alcançar conclusões sem a necessidade de intervenção humana, no qual cada uma das camadas contidas dentro do neurônio escolhe um recurso específico para aprender. (SINGAPORE COMPUTER SOCIETY,[s.d]).

terísticas mensuráveis, estáveis e distintas, como por exemplo as distâncias entre pontos de referência no rosto como olhos, nariz, boca e orelhas (NATIONAL CYBER SECURITY CENTRE, [s.d]).

Assim como outros softwares que utilizam técnicas sofisticadas de IA, o reconhecimento facial está sujeito a vieses principalmente pela ausência de diversidade demográfica na base de dados que será responsável pelo treinamento dos algoritmos. A disparidade racial se tornou notória em 2018 (DOOLEY, 2022, p. 1), após a pesquisa de Joy Buolamwini e Timnit Gebru. Em análise de softwares de reconhecimento facial do Google, Microsoft, IBM e Face++, as autoras descobriram presença de vieses, principalmente no reconhecimento de rostos de mulheres negras, que em média apresentaram uma taxa de erro de 34,7% (contra 0,8% de homens brancos) (BUOLAMWINI; GEBRU, 2018, p. 1-2,6-7).

A sub-representação de indivíduos pretos e principalmente mulheres nos bancos de dados repercute não só na manutenção da desigualdade e do racismo estrutural⁶, como no retrocesso de direitos sociais já consolidados ao perseguir grupos marginalizados, projetando seu passado no seu futuro (O'Neil, 2017, p. 47, 135, 141). Não obstante aplicação do reconhecimento facial em diversas esferas, se torna relevante sua análise na esfera penal, onde é utilizado para identificação de suspeitos.

Em Detroit, o uso do reconhecimento facial para a prisão de suspeitos já resultou em 3 alegações de prisões injustas. As vítimas, todas pretas, foram erroneamente identificadas através da biometria facial e presas por crimes que não cometeram (ACLU, 2023). No Reino Unido o grupo *Big Brother Watch* realizou uma análise de policiamento preditivo⁷ por IA, os dados revelam que mais de 89% dos alertas de reconhecimento facial da polícia até o momento identificaram erroneamente cidadãos como potenciais suspeitos. As taxas de imprecisão se concentram princi-

⁶ O termo se refere ao racismo como uma construção histórica, que imputa e perpetua estigmas sociais a pessoa preta, o que por sua vez promove segregação e preconceito racial (POSSA, 2022, p.134).

⁷ Prática que consiste em análises individuais fim de determinar o risco de uma pessoa cometer infrações ou de reincidir.

palmente dentre pessoas pardas, pretas, mulheres e afetam até mesmo crianças pretas (BIG BROTHER WATCH, 2023).

De frente com os problemas gerados pela aplicação de IAs, em 2020 a União Europeia discutiu o *EU AI Act*, um quadro legal com o objetivo de regulamentar o uso geral da inteligência artificial. O regulamento ainda não foi adotado e faz parte de um vasto conjunto de regras digitais. A essência da proposta reside na classificação do uso de IAs com base no risco que elas representam: inaceitável, alto, limitado e mínimo/nenhum (HOFFMANN, 2023, p. 2-4). Desde a proposta inicial em 2021, três versões foram apresentadas. A primeira do Conselho Europeu em 2022, a segunda com as alterações proposta pelo Parlamento Europeu em 2023 e a terceira em dezembro de 2023, com o acordo entre o Conselho e o Parlamento, que culminou na posterior aprovação do quadro legal em maio de 2023 (EUROPEAN COUNCIL, 2023).

O art. 5 do *EU AI Act* classifica como IAs de risco inaceitáveis, aquelas que representem ameaça para pessoas e por isso tem sua utilização banidas, a exemplo de softwares que incluem: avaliações de risco de pessoas singulares, a fim de avaliar ou prever o risco de uma pessoa singular cometer uma infração penal, com base exclusivamente no perfil de uma pessoa ou na avaliação dos seus traços e características de personalidade; sistemas de IA que criam ou expandem bancos de dados de reconhecimento facial por meio da coleta não direcionada de imagens faciais da Internet ou de imagens de CFTV; a utilização de sistemas de identificação biométrica remota em tempo real, em espaços acessíveis ao público para fins de aplicação da lei, a menos e na medida em que tal utilização seja estritamente necessário etc.

Não obstante o uso do reconhecimento facial realizado por IA esteja banido na UE, sua proibição não é integral e admite três exceções: a busca de vítimas específicas de rapto, tráfico humano, exploração sexual ou pessoas desaparecidas; prevenção de uma ameaça específica, substancial e iminente à vida ou à segurança física ou de uma ameaça real e presente ou genuína e previsível de um ataque terrorista; localização ou identificação de uma pessoa suspeita de ter cometido uma infração penal (desde a

investigação até a sanção) contida em lista de 15 crimes⁸, quando punidas com uma pena privativa de liberdade ou pena restritiva de liberdade pelo período máximo de pelo menos quatro anos (UNIÃO EUROPEIA, 2023).

Com enfoque na identificação biométrica remota, é relevante observar que houve uma discordância entre a posição do Conselho e do Parlamento. Na primeira versão, o Conselho permite, de forma excepcional, a utilização dos softwares desde que mediante registro e uma autorização judicial ou de uma entidade administrativa independente, com base em uma lista restrita de situações pré-definidas (que incluíam 32 crimes) e medidas voltadas ao combate à opacidade (COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, 2022).

Com base no proposto pelo Conselho, excepcionalidade do uso do reconhecimento facial se justifica perante a necessidade da aplicação da lei, de forma que o interesse público supera os riscos de sua utilização (COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, 2022). A mesma posição não é sustentada na segunda versão do *EU AI Act*, que defende sua proibição. Nessa versão, o Parlamento aponta os riscos da utilização do reconhecimento facial e na concentração de poder na mão dos operadores que utilizam essa tecnologia em espaços acessíveis ao público. Além disso, destaca as imprecisões técnicas da biometria facial realizada por IA e a possibilidade de resultados tendencioso que implicam em efeitos discriminatórios, principalmente no que se refere a idade, etnia, sexo ou deficiência (EUROPEAN PARLIAMENT, 2023).

Por fim, após acordo entre o Conselho e o Parlamento, a versão final do quadro legal torna a permitir de forma excepcional a utilização de sistemas de identificação biométrica em locais de acesso público, com base em uma lista menor, de 15 crimes. Além disso seu uso está

⁸ terrorismo, tráfico humano, exploração sexual de crianças e pornografia infantil, tráfico ilícito de entorpecentes ou substâncias psicotrópicas, tráfico ilícito de armas, munições ou explosivos, homicídio, lesões corporais graves, comércio ilícito de órgãos ou tecidos humanos, tráfico ilícito em materiais nucleares ou radioativos, sequestro, retenção ilegal ou tomada de reféns, crimes da competência do Tribunal Penal Internacional, apreensão ilegal de aeronaves ou navios, violação, crime ambiental, assalto organizado ou à mão armada, sabotagem, participação numa organização criminosa envolvida em um ou mais dos crimes listados acima (UNIÃO EUROPEIA, 2023).

condicionado à conformidade e autorização de cada direito nacional, com base em uma avaliação de impacto sobre direitos fundamentais (prevista no art. 27) e na necessidade do sistema estar registrado na base de dados da UE (dispensável em casos de urgência). Além disso, inclui outras medidas de segurança, à exemplo da publicação de relatórios sobre o uso desses sistemas e da ponderação sobre as consequências da sua utilização para os direitos e as liberdades de todas as pessoas afetadas, em especial a gravidade, a probabilidade e a magnitude dessas consequências.

Assim como a Europa, o Brasil enfrenta adversidades no uso da IA. É possível notar que a legislação brasileira se remete a União Europeia (UE) em matéria de regulamentação tecnológica, a Lei Geral de Proteção de Dados tem como inspiração a *General Data Protection Regulation* (GDPR) da UE. O mesmo ocorre com relação ao reconhecimento facial, tratado no Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados para Segurança Pública, e no Projeto de Lei nº 2338/23 que se baseiam respectivamente na Diretiva 680/16 do Parlamento Europeu e no *EU AI Act*. Com base nessas legislações, será realizada uma análise da forma como a legislação brasileira tentará barrar os abusos cometidos pelas tecnologias de reconhecimento facial.

2 RECONHECIMENTO FACIAL NO BRASIL

Na América Latina, a expansão do uso do reconhecimento facial está ligada a segurança pública, na tentativa de mitigar a violência da região (FRANCISCO, 2020, p. 2). Ao final de 2023, o Brasil contabilizava 165 projetos de utilizam a biometria facial, somando mais de 47 milhões de brasileiros potencialmente vigiados por essa tecnologia (O PANÓTIPO, 2023). Para além dos impasses que a própria tecnologia já impõe, o Brasil conta com um contexto que traz ainda mais percalços na utilização do reconhecimento facial.

Marcado pelo racismo estrutural, homens pretos são alvos da abordagem policial. Entre 2011 e 2020 foram contabilizadas 90 prisões in-

justas com base em reconhecimento fotográfico (não necessariamente intermediados por IA), 81% dos identificados eram pessoas pretas (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 2021). No Rio de Janeiro onde a população preta e parda representa 43% do total de cidadãos, 63% relata já ter sido abordado pela polícia (CESEC, 2022).

Exemplos do uso do reconhecimento facial no Brasil denotam diversos problemas nas bases de dados utilizadas. Além dos já mencionados erros na identificação de suspeitos que também resultam em prisões injustas no Brasil, muitos desses casos vem acompanhados do uso de fotos antigas, de baixa qualidade ou até mesmo de fotos de cidadãos inocentes que em virtude de algum erro acabam por integrar a base de dados dos suspeitos da polícia.

A repórter Hellen Guimarães (2021) reuniu diversos casos de prisões fundamentadas em erros de reconhecimento facial por IA. Dentre eles, Alexandre Camargo, preso preventivamente por 37 dias com base em uma foto 3x4 que constava na sua identidade, incorporada à base de dados do Detran, e que erroneamente passou a integrar os registros de suspeitos da Polícia Civil.

Não obstante o Brasil ainda não tenha nenhuma regulamentação a respeito do uso de reconhecimento facial, destaca-se a existência de projetos que tratam do tema. O Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados para Segurança Pública e Investigação Criminal tem como embasamento o art. 4º, III da LGPD, que traça as delimitações da lei e prevê a criação de legislação específica para a utilização de dados nas esferas da segurança pública, defesa nacional e segurança do Estado. Comumente conhecido como LGPD penal, o Anteprojeto foi apresentado a Câmara dos Deputados em 2020, com base nos princípios preestabelecidos na LGPD além de “oferecer balizas e parâmetros para operações de tratamento de dados pessoais no âmbito de atividades de segurança pública e de persecução criminal” (REIS, 2021, p. 3, BRASIL, 2019).

Menções ao reconhecimento facial são realizadas no capítulo VII, dedicado às tecnologias de monitoramento e tratamento de dados de elevado risco. O art. 43 permite a utilização das chamadas “tecnologias de

vigilância acrescida de técnicas de identificação de pessoas indeterminadas em tempo real” somente para fins de persecução penal e mediante autorização por lei e decisão judicial (BRASIL, 2019)

A criação de lei que permita o uso de tecnologias monitoramento, deve conter a análise de impacto regulatório (AIR) e relatório de impacto à proteção de dados pessoais (RIPD). Ambos impõem a observância de princípios bases do Anteprojeto, como a não-discriminação (art. 26, 42, §1 e §2) e a transparência (art. 26). Além de citar a necessidade de descrever quaisquer impactos potencialmente díspares do tratamento de dados e da tecnologia de vigilância ou de sua política de uso em quaisquer populações específicas (art. 42, §2º) e de comprovar a adoção das garantias adequadas para os direitos e liberdades do titular, incluído o direito de solicitar a revisão da decisão por uma pessoa natural (art. 23) (BRASIL, 2019).

O obstáculo tecnologias de monitoramento e a possibilidade de tratamento discriminatório são reconhecidos pelo Anteprojeto, seu uso seguro encontra guarida na base principiológica do Anteprojeto que trata do princípio a não discriminação no art. 6, XI (BRASIL, 2019). Assim como, se encontra em consonância com o mesmo princípio estabelecidos no art. 6, IX da LGPD (BRASIL, 2018) (BRASIL, 2019). Do mesmo modo, a transparência é um dos princípios guias do Anteprojeto (art. 6, VIII e 6, VI na LGPD) e se torna relevante no contexto do reconhecimento facial e suas reiteradas violações de garantias fundamentais, já que além de munir o titular de direitos com uma maior compreensão da decisão tomada pela inteligência artificial, também oferece uma base para contestá-la (BRASIL, 2019; BRASIL, 2018).

Já o Marco Legal da Inteligência Artificial (Projeto de Lei nº 2338/23) segue a mesma estrutura do *EU AI Act* e subdivide o uso da inteligência artificial em graus de risco. Também é guiado por princípios base (art. 3) para o desenvolvimento, implementação e uso da inteligência artificial. com destaque para: participação humana no ciclo da inteligência artificial e supervisão humana efetiva, não discriminação, justiça, equidade e inclusão, transparência, explicabilidade, inteligibilidade e auditabilidade,

devido processo legal, contestabilidade e contraditório, rastreabilidade das decisões etc. (BRASIL, 2023).

No âmbito da segurança pública, o art. 15 trata do uso do reconhecimento facial de forma contínua em espaços acessíveis ao público é classificado como uma exceção dos riscos excessivos. Restrito ainda a hipótese de previsão de lei federal específica, autorização judicial em conexão com a atividade de persecução penal individualizada e somente para crimes que possuam uma pena máxima de reclusão superior a dois anos, na busca de vítimas de crimes ou pessoas desaparecidas ou em casos de crime em flagrante (BRASIL, 2023).

Em seu parágrafo único, adverte sobre a necessidade de o uso do reconhecimento facial prever medidas proporcionais e estritamente necessárias ao atendimento do interesse público, o que inclui a observação dos princípios dispostos na Lei, em especial ao que se refere ao princípio da não discriminação (art. 3, IV) e a necessidade de revisão da inferência realizada pela IA por parte do agente público responsável (art. 3, III) (BRASIL, 2023).

Em análise do Anteprojeto e principalmente do Projeto de Lei, o Laboratório de Políticas Públicas e Internet (LAPIN) advertem sobre o potencial abusivo do uso de tecnologias de reconhecimento facial. O LAPIN considera que a prática deveria ser banida, por se tratar “de medida desproporcional, que privilegia um ambiente de constante e excessivo monitoramento”. Mesmo a supervisão não é capaz de contornar a sua massiva capacidade discriminatória, em contrariedade ao princípio da não discriminação disposto na Lei e na LGPD (AZEVEDO *et all*, 2023, p. 40).

Também em contrariedade a posição adotada pelas legislações propostas, o relatório redigido pelo Conselho Nacional de Justiça através do Grupo de Trabalho de reconhecimento de pessoas (CNJ, 2022, p. 44), adverte contra o uso de tecnologias de reconhecimento facial dada a sua propensão ao racismo algorítmico. O estudo destaca a seletividade racial no sistema de justiça criminal brasileiro, que resulta na sobre representação de pessoas negras dentre os investigados, processados e condenados e encarcerados. Como consequência, os bancos de dados empregados

ao reconhecimento facial são compostos majoritariamente de pessoas pretas o que potencializa os riscos de falsos positivos e de criminalização desse grupo.

Além das legislações o uso de uma tecnologia com alto potencial de segregação racial é contrário aos princípios constitucionais (art. 5, XLI), ao promover a cultura do encarceramento de populações negras e vulneráveis (AZEVEDO *et all*, 2023, p. 40). Nesse sentido, Alisson Possa estabelece um paralelo entre o reconhecimento facial mediado por IA e o Estado de Coisas Inconstitucional, uma figura de violação permanente de direitos caracterizada por três requisitos: i. uma causa estrutural ou histórica; ii. não pode ser atribuída a um único ente, mas ao Estado em seu conjunto; iii. exige a adoção de medidas de longo prazo (POSSA, 2022, p. 133).

O primeiro se mostra evidente na presença do racismo estrutural e do estereótipo social de pessoas negras como criminosas. O envolvimento do Estado, por meio dos três poderes: executivo por meio da força policial que utiliza o sistema, legislativo através da omissão de proibição do uso da tecnologia de reconhecimento facial e o judiciário ao validar as prisões muitas vezes errôneas realizadas através desse sistema. Por fim, a necessidade de medidas de longo prazo, com base no racismo como um processo histórico e estrutural perpetuado pelo uso da tecnologia de reconhecimento facial que enfraquece a luta contra desigualdade e possibilita a perda de liberdade em prol da segurança pública (POSSA, 2022, p. 143-144).

O LAPIN ainda destaca que a possibilidade de utilização dessa tecnologia para prisões em flagrante, como descrita no Projeto de Lei, “é incompatível com a concessão de prévia autorização judicial e dispensa a expedição de lei federal específica”. Também no que concerne ao Projeto, é contraditório que o art. 15 disponha que no âmbito de atividades de segurança pública, somente é permitido o uso de sistemas de identificação biométrica à distância, muito embora o art. 17, XI, XII classifique como inteligência artificial de alto risco o uso de IAs que realizam policiamento preditivo⁹(AZEVEDO *et all*, 2023, p. 38-39; BRASIL, 2023).

⁹ A LAPIN ressalta a necessidade de proibir o uso da inteligência artificial na prevenção de crimes. Segundo o centro de pesquisa, a prática constitui vigilância em massa e

Para além disso, é interessante observar que mesmo com as restrições de segurança que demarcam os projetos de legislações mencionadas, ainda se discute até que ponto elas seriam o suficiente para garantir o uso desse tipo de tecnologia sem a apresentação dos vieses mencionados, motivo esse que embasa a tentativa de banimento por parte do Parlamento da UE e será tema de uma análise aprofundada.

3 REFLEXÕES SOBRE O COMBATE À DISCRIMINAÇÃO ALGORÍTMICA RACIAL CAUSADA PELO RECONHECIMENTO FACIAL NO BRASIL

O uso da inteligência artificial na realização do reconhecimento facial fomenta debates sobre ameaças aos direitos fundamentais como à privacidade, às liberdades de ir e vir, de reunião e manifestação. Não obstante seu uso questionável, a tecnologia ganha espaço no mercado. Estima-se que o reconhecimento facial cresça 10,40% ao ano resultando em um volume de mercado de US\$ 10,34 bilhões até 2030 (STATISTA, [s.d]).

Em um excepcional uso eficiente da tecnologia, o reconhecimento facial empregado para reconhecer os invasores do Capitólio, nos Estados Unidos em 2021. Imagens dos suspeitos da invasão, gravadas no Capitólio ou até mesmo pelos próprios invasores foram analisadas pelos investigadores e comparadas a fotografias e vídeos encontrados nas redes sociais, foram também utilizadas bando de dados que continham fotos de carteiras de motorista e até mesmo passaportes (HARWELL; TIMBERG, 2021). Destaca-se, no entanto, que além das imagens realizadas no Capitólio serem de boa qualidade, dentre os 400 invasores presos ou acusados, 93% são brancos e 86% são homens (CPOST, 2022, p.5).

Ainda assim, suas retiradas falhas em reconhecer tons de pele escuro geram dúvidas relativa à eficácia dessa tecnologia e a torna um potencial reprodutor de racismo estrutural. Com base nesses riscos, a biometria

subverte o princípio da presunção da inocência, já que enquadra todas as pessoas de uma determinada região ou análise como possivelmente culpadas (REIS *et all*, 2021, p. 38-40; AZEVEDO *et all*, 2023, p. 38).

facial foi submetida aos debates observados na UE, a diversas restrições e até mesmo foi banida em alguns estados norte-americanos como Boston e São Francisco (NAJIBI, 2020). A IBM (2020, [s.d]) anunciou que deixaria de investir em tecnologias de reconhecimento facial, a empresa se opõe ao uso de tecnologias que promovem discriminação e injustiça racial. Ela ainda adverte, que seu uso para auxiliar a polícia na proteção de comunidades deve ser acompanhado de maior transparência e testes para averiguar a presença de vieses.

Desde 2018, após o estudo de Buolamwini e Gebru revelar um flagrante viés demográfico nas tecnologias de reconhecimento facial, esforços foram empreendidos em extinguir a discriminação algorítmica. Samuel Dooley *et all* (2022, p. 3) apontam 3 segmentos na resolução de vieses relativos ao reconhecimento facial: pré-processo, durante o processo e após o processo. O trabalho de pré-processamento concentra-se principalmente na curadoria de conjuntos de dados e pré-processamentos, como por exemplo os bancos de dados. Durante o processo as pesquisas são método de treinamento de *machine learning* ou a otimização do algoritmo por si só. Por fim, o pós-processamento busca ajustar a decisão no momento da inferência para alinhar com as definições de justiça quantitativa. Além disso, é importante destacar a existência de softwares com o objetivo de neutralizar esses vieses, como o *IBM AI Fairness 360* e o *Google The What-If Tool* (IBM, [s.d]; GOOGLE RESEARCH,[s.d]).

Não obstante os estudos conduzidos na área, não é possível afirmar que a discriminação algorítmica no uso do reconhecimento facial foi resolvida e, portanto, não existe embasamento tecnológico para conceder a autorização legal de sua utilização. Nesse contexto, Christian Rathgeb *et all* relatam a síntese de opiniões e descobertas de diversos pesquisadores que participaram do evento Justiça Demográfica em Sistemas Biométricos, realizado pela Associação Europeia de Biometria em 2021. Segundo os pesquisadores, não obstante a crescente atenção dedicada a neutralização dos vieses, o campo ainda não foi pesquisado de forma exaustiva e apresenta diversos problemas que interferem no funcionamento ético dessa tecnologia (RATHGEB *et all*, 2022, p. 1-2).

Um sistema biométrico justo precisa produzir o mesmo resultado dentre diferentes grupos demográficos. Para isso, os desenvolvedores carecem de uma métrica pré-definida, de preferência padronizada. Contudo, não obstante as tentativas nenhum consenso global¹⁰ foi alcançado. Mesmo com a definição da métrica, existem outros obstáculos nesse campo, como por exemplo a necessidade não só de comparar algoritmos biométricos individuais, mas também para mensurar seus desempenhos em relação ao dos seres humanos (RATHGEB *et all*, 2022, p. 3-4).

A performance do reconhecimento facial também é afetada por imagens com ruídos, ou seja, elementos externos como fatores ambientais e iluminação. Nesse âmbito, Dolley *et all* realizaram uma pesquisa na busca de vieses em imagens com ruído em sistemas acadêmicos e comerciais. Ambos os sistemas apresentaram disparidades demográficas estatisticamente significativas no que se refere a indivíduos: idosos, que se apresentam como masculino¹¹, pele mais escura e pouca iluminação (DOLLEY *et all*, 2022, p. 2,10).

Como mencionado anteriormente a composição demográfica dos bancos de dados é outro problema que afeta a eficiência do reconhecimento facial. No entanto, muito embora idealmente seja possível medir os diferenciais demográficos, desde que o conjunto de dados possua uma variedade de grupos demográficos que permita avaliações baseadas em cenários distintos, essa variedade não necessariamente resulta em decisões mais justas. Segundo os pesquisadores, isso ocorre porque existe uma relação inversamente proporcional entre os diferenciais demográficos e a precisão do reconhecimento. Existe uma limitação tecnológica que, por ora, impede a criação de um sistema biométrico que mantenha a

¹⁰ Iniciativas locais em torno da busca por padrões já podem ser observadas. Na Austrália a ISO/IEC 19795.1:2022 é utilizada para especificar requisitos sobre protocolos de teste com o objetivo de reduzir preconceitos devido à coleta de dados ou procedimentos analíticos inadequados (STANDARDS AUSTRALIA, 2023).

¹¹ Se comparada com outras pesquisas de vieses, a pesquisa de análise dos resultados de imagens de reconhecimento facial com ruído apresenta contraste no viés de gênero. Segundo os autores, essa diferença provavelmente se justifica no tamanho da cabeça de indivíduos que se apresentam como femininas, que é significativamente maior em razão do cabelo (um marcador de gênero) (DOLLEY *et all*, 2022, p. 9)

eficiência dentre diversos grupos demográficos ao mesmo tempo (RATHGEB *et all*, 2022, p. 4-5).

Dessa forma, inevitavelmente o uso da tecnologia de reconhecimento facial permanece como ferramenta de desigualdade. A reiterada menção do princípio da não-discriminação, torna notório o esforço empreendido tanto pelo Anteprojeto da LGPD Penal quanto no Marco Legal da Inteligência Artificial em traçar requisitos para assegurar decisões mais justas, muito embora ainda não exista a possibilidade de que essas inteligências artificiais sejam capazes de cumprí-los. Logo, no âmbito dessas legislações, seu uso legal se resume a duas possibilidades: um relaxamento dos requisitos que permita sua utilização, mesmo diante da opressão algorítmica ou a imposição do princípio da não discriminação que resulta, em termos práticos, na sua proibição.

Além das adversidades tecnológicas, existem impasses jurídicos em torno da coleta de dados e sua conformidade com legislações de segurança de dados, como a LGPD. A base de dados utilizada para a tecnologia de reconhecimento facial é composta de dados biométricos, considerados como dados sensíveis por ambas as legislações, e por isso, requerem a consentimento de seu titular, de forma específica e destacada e para finalidades específicas (BRASIL, 2018).

Ambos os projetos norteiam a regulamentação da inteligência artificial no princípio da transparência (também disposto na LGDP), com isso buscam a utilização de IAs que sejam manejadas de forma compreensível, auditável e contestável. Dolley *et all* (2022, p. 6) apontam que “um processo de tomada de decisão mais transparente é um requisito fundamental para alcançar uma biometria confiável”, assim como 70% dos especialistas acreditam na supervisão independente para implementações de sistemas de decisão algorítmicos, incluindo abiometria.

Contudo, a transparência por si só, além de configurar um impasse jurídico, também impõe obstáculos tecnológicos. Não obstante a regulamentação seja primordial no desenvolvimento de IAs mais justas e na melhoria da relação de confiança da população com essa tecnologia, pa-

radoxalmente, a imposição de diretrizes na forma como a IA deve ser desenvolvida, pode retardar a criação de sistemas biométricos mais justos.

Cumprir com os requisitos de transparência adiciona custos na produção da IA. Além disso, Aline Macohin (2023, p. 114, 116-117) também menciona a “dificuldade de equilibrar a capacidade de compreensão dos resultados do sistema e sua acurácia”. Os algoritmos interpretáveis ou explicáveis podem resultar em diminuição de eficiência, enquanto aqueles sistemas considerados mais eficientes, por sua vez, muitas vezes têm como base o uso *deep learning* que é naturalmente opaco, de forma que nem os desenvolvedores possuem total compreensão da forma como o modelo funciona.

Mesmo assim, a autora advoga pela necessidade do uso de inteligências artificiais explicáveis pela administração pública, como no caso da utilização de sistemas de reconhecimento facial para a persecução penal. Isso porque a administração pública tem um dever perante o cumprimento dos princípios da publicidade, motivação e conseqüentemente à transparência. Logo, não só o poder público deve estar restrito ao uso de IAs das quais possui pleno entendimento e que não violem nenhuma garantia fundamental, assim como, deve estar preparado para responder questionamentos que emanem das decisões automatizadas e ser capaz de prestar contas ao cidadão (MACOHIN, 2023, p. 153).

Portanto, é possível observar que mesmo diante das diretrizes e requisitos dispostos no Anteprojeto da LGPD Penal e do Projeto de Lei XXX, os impasses tecnológicos e jurídicos que cercam reconhecimento facial impedem sua aplicação, sem que haja transgressão de direitos fundamentais e a manutenção da discriminação racial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os esforços realizados pelo Anteprojeto da LGPD Penal e pelo Marco Legal da Inteligência Artificial, ainda não serão suficientes para garantir o uso de tecnologias de reconhecimento facial sem que haja discriminação algorítmica e violação de direitos fundamentais. O cerne de

seu funcionamento racista está em uma ausência de eficiência da própria tecnologia, o que torna inviável legalizar algo que por essência não funciona de forma neutra.

Primeiro, porque a construção de um aparato tecnológico enfrenta bases ontológicas complexas. Considerando ser uma tecnológica importada, mas que se pretende adequar ao sistema brasileiro, o conceito de ética e de justiça, está longe de ser, aqui, universal.

Segundo, mesmo anos após a exposição de Buolamwini e Gebru os desenvolvedores ainda não foram capazes de anular os vieses presentes nos sistemas de reconhecimento facial. Alguns desses problemas são reflexos históricos, como a representação excessiva de homens brancos que se reflete na amostragem dos bancos de dados e até mesmo dos preconceitos dos programadores que incutem seus vieses (mesmo de que forma inconsciente) nos softwares que desenvolvem. Outras limitações decorrem da própria tecnologia, que ainda tem dificuldade em aliar uma representação demográfica mais ampla e justa com resultados acurados. Logo, é possível observar que nenhuma tecnologia de reconhecimento facial ainda é capaz de observar o princípio da não discriminação, preponderante para a utilização dessa tecnologia nas duas propostas analisadas.

Na hipótese do desenvolvimento de sistemas de reconhecimento facial adequado, o princípio da transparência impõe novos obstáculos, principalmente para a realidade brasileira. O Brasil, como importador de tecnologia, contrata tecnologias das quais não necessariamente tem acesso ao seu funcionamento interno. A explicabilidade dos algoritmos esbarra no seu alto valor econômico, haja vista a desvantagem de mercado em revelar informações que muitas vezes estão protegidas por segredo industrial. Além disso, o reconhecimento facial conta com a opacidade natural de softwares *deep learning*, que dificultam a possibilidade de tornar esses sistemas mais transparentes, sem que haja prejuízo na acurácia do software.

Terceiro, o Brasil ainda conta com problemas anteriores a tecnologia, como bases de dados de suspeitos que muitas vezes possuem fotos antigas, de baixa qualidade ou até de cidadãos inocentes. Além de um

contexto de perseguição penal marcado pelo racismo estrutural, que se revela em uma disparidade no número de abordagens, reconhecimentos e prisões realizadas contra pessoas pretas. De forma que todos esses fatores levam a conclusão de que ainda não há possibilidade dessa tecnologia ser empregada em território nacional. Mesmo com a concretização dos projetos analisados, seu uso resultará inevitavelmente na manutenção da desigualdade racial.

REFERÊNCIAS

ACLU. AMERICAN CIVIL LIBERTIES UNION. **After Third Wrongful Arrest, ACLU Slams Detroit Police Department for Continuing to Use Faulty Facial Recognition Technology**, 6 ago. 2023. Disponível em: <https://www.aclu.org/press-releases/after-third-wrongful-arrest-aclu-slams-detroit-police-department-for-continuing-to-use-faulty-facial-recognition-technology>. Acesso em: 07 out. 2023.

AZEVEDO, Cynthia Picolo Gonzaga de; BUARQUE, Gabriela; PEREIRA, José Renato Laranjeira de. **Nota técnica sobre PL 2338/2023 que busca regular a IA**. Brasília: LAPIN, 2023. 56 p.

BRASIL [Lei Geral de Proteção de Dados]. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1984. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 08 out. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados para segurança pública e perseguição penal**, de 26 de novembro de 2019. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2020/11/DADOS-Anteprojeto-comissao-protecao-dados-seguranca-persecucao-FINAL.pdf>. Acesso em: 08 out. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 2338, de 2023**, de 3 de maio de 2023. Brasília: Câmara dos Deputados, 2023. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/157233>. Acesso em: 08 out. 2023.

BIG BROTHER WATCH. **65 parliamentarians call for “immediate stop” to live facial recognition surveillance**, 6 out. 2023. Disponível em: <https://bigbrotherwatch.org.uk/2023/10/65-parliamentarians-call-for-immediate-stop-to-live-facial-recognition-surveillance/>. Acesso em: 07 out. 2023.

BUOLAMWINI, Joy; GEBRU, Timnit. Gender Shades: Intersectional Accuracy Disparities in Commercial Gender Classification. *In*: Proceedings of Machine Learning Research, v. 81, p. 1–15, 2018. New York, **Conference on Fairness, Accountability, and Transparency**. Disponível em: <https://proceedings.mlr.press/v81/buolamwini18a/buolamwini18a.pdf>. Acesso em: 07 out. 2023.

CESEC. CENTRO DE ESTUDOS DE SEGURANÇA E CIDADANIA. **Negros são os mais abordados pela polícia no rio em qualquer situação**, diz pesquisa, 15 fev. 2022. Disponível em: <https://cesecseguranca.com.br/reportagens/negros-sao-os-mais-abordados-pela-policia-no-rio-em-qualquer-situacao-diz-pesquisa/>. Acesso em: 08 out. 2023.

CNJ. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Grupo de trabalho reconhecimento de pessoas**. Brasília: CNJ, 2022. 172 p.

COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. **Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence and amending certain Union legislative acts - General approach, 25 November 2022**. Brussels, 2022. Disponível em: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14954-2022-INIT/en/pdf>. Acesso em: 07 out. 2023.

CPOST. CHICAGO PROJECT ON SECURITY AND THREATS. **American Face of Insurrection: Analysis of Individuals Charged for Storming the US Capitol on January 6, 2021**. Chicago: CPOST, 2022. 34 p.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Relatórios apontam falhas em prisões após reconhecimento fotográfico**, 24 fev. 2021. Disponível em: <https://www.defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/11088-Relatorios-apontam-falhas-em-prisoas-apos-reconhecimento-fotografico>. Acesso em: 08 out. 2023.

DOOLEY, Samuel *et al.* Robustness Disparities in Face Detection. *In*: **36th Conference on Neural Information Processing Systems**, 2022. Disponível em: https://proceedings.neurips.cc/paper_files/paper/2022/file/f9faef4e1b4dbbd48ef60056ffe14c90-Paper-Datasets_and_Benchmarks.pdf. Acesso em: 07 out. 2023.

EUROPEAN COUNCIL. **Artificial intelligence act: Council and Parliament strike a deal on the first rules for AI in the world**, 9 dez. 2023. Disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2023/12/09/artificial-intelligence-act-council-and-parliament-strike-a-deal-on-the-first-worldwide-rules-for-ai/>. Acesso em: 18 dez. 2023.

EUROPEAN PARLIAMENT. Amendments adopted by the European Parliament on 14 June 2023 on the proposal for a regulation of the European Parliament and

of the **Council on laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts (COM(2021)0206 – C9-0146/2021 – 2021/0106(COD))**, 14 jun. 2023. Strasbourg, 2023. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0236_EN.html. Acesso em: 07 out. 2023.

FRANCISCO, Pedro Augusto P; HURE, Louise Marie; RIELLI, Mariana Marques. **Regulação do reconhecimento facial no setor público**: avaliação de experiências internacionais. Rio de Janeiro: Instituto Igarapé, 2020. 20 p.

GOOGLE RESEARCH. **The What-If Tool**: Interactive Probing of Machine Learning Models, [s.d]. Disponível em: <https://research.google/pubs/the-what-if-tool-interactive-probing-of-machine-learning-models/>. Acesso em: 08 out. 2023.

GOOGLE CLOUD. **What is Big Data?**, [s.d]. Disponível em: <https://cloud.google.com/learn/what-is-big-data>. Acesso em: 07 out. 2023.

GUIMARÃES, Hellen. **Nos erros de reconhecimento facial, um “caso isolado” atrás do outro**, 24 set. 2021. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/nos-erros-de-reconhecimento-facial-um-caso-isolado-atras-do-outro/>. Acesso em: 07 out. 2023.

HARWELL, Drew; TIMBERG, Craig. **How America’s surveillance networks helped the FBI catch the Capitol mob**, 02 abr. 2021. The Washington Post. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/technology/2021/04/02/capitol-siege-arrests-technology-fbi-privacy/>. Acesso em: 08 out. 2023.

HOFFMANN, Mia. **The EU AI Act: A Primer**, 26 set. 2023. CSET. Disponível em: <https://cset.georgetown.edu/article/the-eu-ai-act-a-primer/#:~:text=The>. Acesso em: 07 out. 2023.

IBM. **AI Fairness 360**, [s.d]. Disponível em: <https://aif360.res.ibm.com/>. Acesso em: 08 out. 2023.

IBM. **IBM CEO’s Letter to Congress on Racial Justice Reform**, 11 nov. 2020. Disponível em: <https://www.ibm.com/policy/facial-recognition-sunset-racial-justice-reforms/#:~:text=Each%20of%20the%20citizens%20of,race%2C%20color%20or%20creed>. Acesso em: 08 out. 2023.

LAVANCHY, Maude. **Amazon’s sexist hiring algorithm could still be better than a human**, nov. 2018. IMD Business School. Disponível em: <https://www.imd.org/research-knowledge/digital/articles/amazons-sexist-hiring-algorithm-could-still-be-better-than-a-human/>. Acesso em: 07 out. 2023.

LEWIS, James Andrew; CRUMPLER, William. **How Does Facial Recognition Work?**, 10 jun. 2021. CSIS. Disponível em: <https://www.csis.org/analysis/how-does-facial-recognition-work>. Acesso em: 07 out. 2023.

MACOHIN, Aline. **Inteligência artificial e a transparência na administração pública brasileira**. 2023. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2023. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/xmlui/handle/1884/84997>. Acesso em: 08 out. 2023.

MICROSOFT AZURE. **Machine learning algorithms**, [s.d]. Disponível em: <https://azure.microsoft.com/en-us/resources/cloud-computing-dictionary/what-are-machine-learning-algorithms#:~:text=Each%20algorithm%20is%20a%20finite,to%20achieve%20a%20certain%20goal>]. Acesso em: 07 out. 2023.

NAJIBI, Alex. **Racial Discrimination in Face Recognition Technology**, 24 out. 2020. Disponível em: <https://sitn.hms.harvard.edu/flash/2020/racial-discrimination-in-face-recognition-technology/>. Acesso em: 08 out. 2023.

NATIONAL CYBER SECURITY CENTRE. **Biometric recognition and authentication systems**, [s.d]. Disponível em: <https://www.ncsc.gov.uk/collection/biometrics/face>. Acesso em: 07 out. 2023.

NOBLE, Safiya Umoja. **Algorithms of Oppression: how search engines reinforce racism**. 1ª edição. New York: New York University Press, 2018. 229 p.

O'NEIL, Cathy. **Weapons of Math Destruction: How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy**. Reprint ed. New York: Crown Publishing Group, 2017. E-book. 277 p.

O PANÓTIPO. **Monitor de novas tecnologias na segurança pública do Brasil**, 07 dez. 2023. Disponível em: <https://www.opanoptico.com.br/#regioes>. Acesso em: 08 out. 2023.

PASQUALE, Frank. **The Black Box Society: the secret algorithms that control money and information**. 1ª ed. Cambridge: Harvard University Press, 2015. 311 p.

POSSA, Alisson. O reconhecimento facial como instrumento de reforço do estado de coisas inconstitucionais no Brasil. **IDP Law Review**, [S. l.], v. 1, n. n.2, 2022. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/lawreview/article/view/5943>. Acesso em: 7 out. 2023.

RATHGEB, Christian *et al.* Demographic Fairness in Biometric Systems: What do the Experts say? **IEEE Technology and Society Magazine**, [s.l.], v. 41, n. 4, dec. 2022. Disponível em: <https://arxiv.org/pdf/2105.14844.pdf>. Acesso em: 08 out. 2023.

REIS, Carolina *et al.* **Nota técnica sobre o anteprojeto de lei de proteção de dados para a segurança pública e investigação criminal.** Brasília: LAPIN, 2021, 88 p.

SINGAPORE COMPUTER SOCIETY. **Simplifying the difference:** machine learning vs deep learning, [s.d]. Disponível em: <https://www.scs.org.sg/articles/machine-learning-vs-deep-learning>. Acesso em: 07 out. 2023.

STANDARDS AUSTRALIA. **Biometric systems: How Standards Australia is supporting the growing industry,** 11 jul. 2023. Disponível em: <https://www.standards.org.au/news/biometric-systems-how-standards-australia-is-supporting-the-growing-industry>. Acesso em: 08 out. 2023.

STATISTA. **Facial Recognition** – Worldwide, [s.d]. Disponível em: <https://www.statista.com/outlook/tmo/artificial-intelligence/computer-vision/facial-recognition/worldwide#:~:text=The%20market%20size%20in%20the,US%2410.34bn%20by%202030>. Acesso em: 08 out. 2023.

UNIÃO EUROPEIA. **AI Act:** European Parliament ‘Corrigendum’ of 16th April 2024. Parlamento Europeu, 16 abr. 2024. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0138-FNL-COR01_PT.pdf. Acesso em: 03 maio 2024.



**ESTUDOS DE CASO,
JURISPRUDÊNCIA E LEGISLAÇÃO**

PARTE IV

RRDDIS

GESTIÓN COLECTIVA DEL DERECHO DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS: MEJORES PRÁCTICAS PARA SUPERVISAR LA GESTIÓN COLECTIVA ¹

Collective Management of Copyright and Related Rights: Best Practices for Supervising Collective Management

Vanisa Santiago²

¹ Texto preparado para o “Curso de Formación de Directivos para Jefes de Oficinas de Derecho de Autor”. Programa OMPI-SDAI: aspectos destacados do direito de autor e direitos conexos na América Latina Brasília.

² **1** - Advogada, diretora e em altos cargos executivos de associações brasileiras de direitos autorais durante 29 anos (1958/1967- 1980/2000). Membro da Comissão Jurídica e do Conselho de Administração da CISAC (1990/2000). Representante-delegada no Brasil da sociedade espanhola SGAE (2000/2013); **2** - Professora de Cursos Internacionais sobre Direito de Autor e Conexos organizados pela OMPI-Organização Mundial da Propriedade Intelectual (1986/2008) e pela CISAC-Confederação Internacional das Sociedades de Autores e Compositores na América Latina. **3** - Conferencista e palestrante em Seminários e Congressos sobre Direitos Autorais organizados pela OMPI, pelos Ministérios da Cultura de Espanha e Portugal (1991/1992), pelo Copyright Office dos Estados Unidos e por organismos públicos e privados de países da América Latina. Palestrante no Seminário sobre Propriedade Intelectual e Concorrência OMPI/ INPI/ CAD; no Fórum Nacional de Direito Autoral organizado pelo MinC (2008) e em diversos seminários realizados por entidades públicas e privadas em diversas regiões do Brasil. **4** - Consultora convidada pela OMPI para a discussão da “Lei Tipo sobre Direitos Autorais” e da publicação “Gestão Coletiva de Direitos Autorais e Conexos” de 1989. **5** - Integrante da Delegação oficial Brasileira ao Comité de Especialistas para um Eventual Protocolo à Convenção de Berna, do qual resultaram os Tratados da OMPI de 1996. **6** - Autora de vários textos publicados sobre a matéria e dos “Estudos Técnicos sobre a Gestão Coletiva no Brasil”, nove trabalhos encomendados pela UNESCO e direcionados ao MinC (2013/2014). **7** - Membro Efetivo do Conselho Nacional de Direito Autoral – CNDA (1989) e da Comissão Permanente para o Aperfeiçoamento da Gestão Coletiva – CPAGC – MinC (2015/2017). Palestrante na Reunião Regional para Chefes de Oficina de América Latina – BSB (junho de 2023). Palestrante no Curso de Formação para Chefes de Oficinas de Direitos de Autor OMPI/SDAI – BSB. **8** - Sócia gerente de V.Santiago Consultores Associados desde 2000. **9** – Agraciada com a Ordem do Mérito Cultural - 2015. **10** – Vice Presidente e Consultora Jurídica da Associação Procure Saber.

RESUMEN

La gestión colectiva del derecho de autor y derechos conexos surge como una necesidad para la administración eficiente de los derechos de los creadores en un entorno donde la gestión individual resulta impracticable. Las entidades de gestión colectiva, como la MLC en Estados Unidos, administran derechos y licencias de reproducción digital, proporcionando una estructura organizada para la recaudación y distribución de regalías. Estas entidades suelen operar como organizaciones privadas sin fines de lucro, aunque también pueden ser agencias públicas o semipúblicas, especialmente en países en desarrollo. Históricamente, países como Francia, Alemania y España han adoptado regulaciones para supervisar las entidades de gestión colectiva debido a su posición monopólica y la importancia económica de los derechos de propiedad intelectual. La intervención del Estado busca prevenir abusos de poder y garantizar la transparencia y eficiencia en la administración de los derechos. La supervisión estatal es vital para equilibrar los intereses privados y públicos, asegurando el cumplimiento de las normas nacionales e internacionales, y evitando conflictos de intereses internos.

Palabras clave: Gestión colectiva, derechos de autor, derechos conexos, supervisión estatal, transparencia, tecnología.

RESUMEN

I. LA GESTIÓN COLECTIVA; **II.** ¿CÓMO, POR QUÉ Y CUÁNDO SE JUSTIFICA LA PRESENCIA DEL ESTADO REGULADOR?; **III.** LAS ACTIVIDADES DE SUPERVISIÓN DE LA GESTIÓN COLECTIVA; CONCLUSIONES; REFERENCIAS.

ABSTRACT:

Collective management of copyright and related rights is essential for effectively handling creators' rights when individual management is impractical. Entities like the MLC in the U.S. organize and distribute royalties, operating primarily as non-profit organizations. However, they can also be public or semi-public, especially in developing nations. Regulations in countries such as France, Germany, and Spain reflect the need for state oversight to prevent monopolistic abuse and ensure transparency. Effective supervision involves maintaining financial transparency, avoiding conflicts of interest, and adhering to both national and international standards. The rapid pace of technological change and evolving consumption habits present challenges to traditional management practices, necessitating adaptation to maintain fair and efficient rights administration.

Keywords: *Collective management, copyright, related rights, state supervision, transparency, technology.*

I LA GESTIÓN COLECTIVA

El derecho exclusivo del autor a autorizar o prohibir el uso de sus obras, basado en ordenamientos jurídicos desde el siglo XVIII, puede ejercerse individual o colectivamente, según sea más conveniente a los intereses del titular. La mejor y más completa manera de hacer valer un derecho exclusivo es el ejercicio individual, plenamente viable en el caso de algunas categorías de obras y en ciertos tipos de explotación. Sin embargo, para las obras que puedan ser utilizadas simultáneamente en los más diversos ámbitos, formatos y medios en forma masiva, la gestión individual resulta insuficiente y prácticamente inviable para los creadores, en la mayoría de los casos.

Asimismo, para el ejercicio de los derechos conexos incorporados paulatinamente a las legislaciones nacionales a partir de mediados del siglo XX con la adopción de la Convención de Roma de 1961, sus titulares también encontraron dificultades para ejercer individualmente sus derechos y trataron de crear sus propias entidades de gestión.

Las sociedades de gestión suelen integrar organizaciones internacionales no gubernamentales, para coordinar sus acciones, tales como CI-SAC, BIEM, SCAPR, FIM, FIA, etc.

Las sociedades de gestión generalmente se constituyen como entidades privadas sin fines de lucro, pero también pueden presentarse como agencias, empresas comerciales o como entidades públicas o semipúblicas - éstas, especialmente en los países en desarrollo. Además, hay casos en los que una entidad de gestión colectiva puede ser creada por determinación de un organismo estatal, como es el caso de la norteamericana MLC - Mechanical Licensing Collective, para la administración específica de derechos digitales de reproducción.

MLC es una organización sin fines de lucro designada por la Oficina de Derechos de Autor de EE. UU. de conformidad con la histórica Ley de Modernización de la Música de 2018.

En enero de 2021, MLC comenzó a administrar licencias mecánicas generales para servicios de transmisión y descarga elegibles (proveedo-

res de servicios digitales o Digital Service Providers- DSP en los Estados Unidos, recaudando de los servicios de audio, sin incluir los proveedores de audiovisuales, las regalías relativas a estas licencias y pagando a los compositores, letristas y editores de música.

Para llevar a cabo sus funciones, creó una base de datos de datos de obras musicales, de acceso público, así como un portal que ofrece informaciones detalladas sobre sus operaciones en el FAQ, que puede ser utilizada por sus miembros para enviar y mantener actualizados los datos de sus obras musicales, de forma a recibir los pagos adecuados.

MLC acaba de anunciar, en su portal, que cuenta con más de 38,000 miembros y pagó más de 2 mil millones de dólares en regalías de streaming de audio en 3 años.

II ¿CÓMO, POR QUÉ Y CUÁNDO SE JUSTIFICA LA PRESENCIA DEL ESTADO REGULADOR?

El panorama histórico internacional demuestra que la fundación de SACEM en 1851 fue tan significativa para el Estado francés como la creación de una empresa privada en cualquier otro sector. Considerando tratarse de un asunto privado, de interés para un puñado de personas, el Estado francés, que ya había asistido a la fundación de la SACD en 1777- la sociedad de autores más antigua del mundo en plena actividad - solo tomaría la decisión de dar una atención especial a las organizaciones de esta naturaleza en el año de 1985. Alemania ya había regulado esta actividad en 1965, aunque de forma menos detallada, y pronto la siguieron otros países, como el caso de España, en 1987.

A partir de entonces, la legislación específica de varios países pasó a incorporar normas especiales que deben cumplir las organizaciones dedicadas a actividades de esa naturaleza, que exigían la atenta presencia del Estado regulador.

¿Cuáles fueron las razones que llevaron a este cambio de perspectiva? ¿Qué tendrían los Estados a regular y monitorear? ¿Como justificar la supervisión?

a) La cuestión del monopolio y del abuso de posición dominante

Según el Dr. Ulrich Uchtenhagen³, las autoridades nacionales de algunos países tomaron conciencia de que las organizaciones que gestionaban un repertorio mundial se encontraban en una doble situación de monopolio. Por un lado, ofrecían a los autores una solución única y eficaz para la gestión de sus derechos y, por otro, se presentaban a los usuarios como la única alternativa de negociación posible.

Señaló también que la consideración de que cualquier monopolio conduce inevitablemente al abuso de esta condición podría aplicarse a las organizaciones de gestión colectiva - que se encuentran en una zona de alto riesgo y operan en un entorno que involucra el interés público. Aun así, este tipo de monopolio podría ser aconsejable, reconocido y mantenido siempre que vaya acompañado de un control intenso y neutral.

La responsabilidad de este control recaería en el Estado, que sería responsable de mantener el control de los procedimientos adoptados, permitiendo en todo caso apelaciones o recursos ante tribunales superiores para completar el sistema. La adopción de una supervisión estatal correspondería, por tanto, a una política de prevención y seguimiento, basada en normas específicas destinadas a proteger derechos, preservar las reglas del mercado y combatir los abusos de poder económico y las conductas que conduzcan a la eliminación de competencias o al aumento arbitrario de beneficios.

b) La importancia económica de los derechos intelectuales

Este cambio de escenario también contribuyó a la percepción, por parte del comercio mundial, de la creciente importancia económica de los derechos de propiedad intelectual, reflejada en el PIB de los países. La salvaguardia de los derechos de autor y derechos conexos comenzó a incluirse en tratados multilaterales y multidisciplinarios, como los tratados de libre comercio; el Tratado de Marrakech de 1994, que incorpora el

³ UCHTENHAGEN, Ulrich. **La Gestión Colective des droits d´auteur dans la vie musicale**. OMPI 2002

Anexo 1A de la OMC (los ADPIC) y el Anexo 1C (Entendimiento sobre la Resolución de Discapacidades); y la Decisión Andina 351 del Acuerdo de Cartagena de 1993, limitada a algunos países latinoamericanos, responsable del establecimiento de Direcciones Nacionales en cada uno de ellos.

Con la creación de grupos de países de mercado ampliado por diferentes tratados regionales, los Estados han asumido el papel de garantes de que los derechos de propiedad intelectual serían respetados de manera fiel y ordenada en todos los niveles, ya que existía una gran preocupación de que la legislación sobre propiedad intelectual se convirtiera en un obstáculo a la libre circulación de bienes y servicios.

En el plan internacional, el Acuerdo sobre los ADPIC (o TRIPs, en inglés) incorporó una parte sustantiva del Convenio de Berna, en menor proporción una parte de la Convención de Roma, y partes de los Tratados WCT y WPPT, no ratificados por Brasil, de tal manera que cualquier posible violación de los derechos protegidos por estos instrumentos puede traer consecuencias económicas para los países que lo hayan firmado y ratificado.

En lo que atañe a los usos digitales, aún no se han encontrado soluciones equilibradas que satisfagan a todos los titulares de derechos, estando la gestión de obras y fonogramas en gran medida en manos de asociaciones comerciales y empresas multinacionales.

c) Las actividades que afecten los intereses del Estado

El proceso dinámico de construcción de políticas públicas requiere la formulación de acciones concretas que atiendan las demandas de la sociedad. La intersección entre el interés público y el interés privado se manifiesta en todos los sectores de la vida en sociedad, lo que incluye las áreas de la salud, educación y cultura.

La globalización que aproximó a las naciones, las organizaciones y los individuos, introdujo un sistema complejo de derecho internacional público y privado, declaraciones, tratados y de negociaciones políticas, que comienza esencialmente con la creación de las Naciones Unidas y de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre. En este sistema,

hay un intento cada vez mayor de regular el sistema de derecho internacional y no sólo de resolver conflictos, como se hacía en la época de la diplomacia clásica.

El entendimiento doctrinal de los especialistas en Derecho Internacional Público es unánime en el sentido de que el ordenamiento jurídico de un país está compuesto por las normas del derecho interno, que provienen de los poderes constituidos en este país, y también de los tratados y convenios internacionales ratificados e introducidos según lo requiera su ley nacional.

Enseña el ministro Francisco Rezek que, aunque elaborado en un foro distinto a las fuentes legislativas internas, los tratados no se distinguen de las normas jurídicas producidas internamente. Su idoneidad no es menor que la de las leyes internas y su estatura jerárquica será definida por el país de que se trate.⁴ Una vez efectivada la ratificación internacional, el gobierno debe ser el ejecutor por excelencia de su introducción en el ordenamiento jurídico nacional, mediante una ley específica o mediante su publicidad, así como el controlador de su ejecución de parte de los particulares.

Siendo así, en sus actividades de concesión de licencias, recaudación y distribución, las entidades de gestión colectiva deben ser obligadas a prestar atención a los compromisos de orden público internacional asumidos por el país en el que operan, que pasan a formar parte del conjunto de leyes nacionales internas.

Ésta es una de las razones por las cuales ciertas organizaciones privadas necesitan ser supervisadas por un organismo público especializado que se ocupa de la materia: sus actividades tocan intereses del Estado, como lo demuestran algunos casos concretos ya ocurridos entre sociedades de distintos países respecto de la aplicación de la legislación adecuada a las licencias para empresas operadores de transporte aéreo y marítimo con bandera de países extranjeros y con sede en estos países.

⁴ REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**: curso elementar, Editora Saraiva, São Paulo, 2005

d) Los conflictos de intereses internos

La gestión uniforme del repertorio es uno de los principios fundamentales de una entidad de gestión colectiva, que no debe correr el riesgo de perderse en medio a intereses contradictorios internos. Por ello, es necesario que sean establecidos algunos parámetros, para preservar los límites de la equidad y para que no se produzca un desequilibrio dentro de la organización.

Para evitarlo, la normativa brasileña, por ejemplo, determina que en la solicitud de permiso para realizar las actividades como entidad de gestión colectiva, la organización deberá comprobar que realiza una administración eficaz y transparente, produciendo un informe con una descripción de las medidas y políticas adoptadas para la prevención de fraude e ilícitos, incluso en lo que respecta a la identificación de situaciones que impliquen conflicto de intereses en relación con la actuación de directivos, abogados, peritos y otros proveedores de servicios.⁵

Además, establece que sólo los titulares originales de derechos de autor o derechos conexos directamente afiliados a asociaciones nacionales podrán votar o ser votados para asumir cargos directivos en asociaciones reguladas por la ley.⁶

En España, el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual actualizado en 30/02/2022, establece en el Art 161 que las entidades de gestión determinarán y aplicarán procedimientos para evitar conflictos de intereses y, cuando dichos conflictos no puedan evitarse, adoptar procedimientos destinados a detectar, gestionar, controlar y declarar conflictos de intereses reales o potenciales.

Dicha ley también determina que las personas que formen parte de los órganos de representación y gobierno de la entidad, antes de asumir sus cargos y posteriormente con carácter anual, efectuarán una declaración sobre cuestiones personales y profesionales que puedan generar tales conflictos, además de otras informaciones que la ley detalla. Ese informe

⁵ INSTRUÇÃO NORMATIVA MINC Nº 7, DE 28 DE AGOSTO DE 2023 - DOU - Art.7º, inciso V, alínea d)

⁶ LEY Nº 9610/1988 modificada por la LEY 12.853/2013 - Artículo 97., Párrafos 5 º y 6º

será sometido a la consideración de la asamblea de socios. Cuando el miembro del órgano sea una persona física que actúe en representación de una persona jurídica, deberán ser juntadas una declaración para la persona física y otra para la persona jurídica representada

e) El sistema de remuneración compensatoria

Al margen de los derechos exclusivos que otorgan las normas jurídicas, existen restricciones en las leyes y los tratados internacionales que forman dos grupos básicos, que son las limitaciones y excepciones, consagradas a raíz de necesidades culturales y de interés público. En el grupo de limitaciones encontramos las disposiciones que versan sobre el uso libre y gratuito de las obras, que no requiere autorización del autor y no exige el pago de una remuneración por el uso realizado.

En el ámbito de las excepciones encontramos restricciones que, si no requieren autorización de los titulares, obligan al pago de una compensación por el uso realizado, dando lugar a lo que llamamos “derecho a una simple remuneración” o solo “derecho de remuneración” que no se configura como una oposición al derecho exclusivo ni como el reconocimiento de un derecho al usuario, sino más bien como la regulación de medidas plenamente justificadas, que se incorporan al ordenamiento jurídico en la materia.

En la medida en que la evolución progresiva de los mecanismos de reproducción permitió la obtención de copias de obras protegidas de forma fácil y cada vez más perfecta, las legislaciones pasaron a adoptar sistemas de remuneración compensatoria por las pérdidas injustificadas provocadas por el factor acumulativo que se produjo, determinando que la gestión de los valores producidos en función de la regulación fuera encargada a las organizaciones de gestión colectiva.

En los casos como el de la copia privada, el derecho de alquiler y del derecho de secuencia ésta es la fórmula encontrada para equilibrar los intereses de las fuerzas que actúan en el mercado. Mientras que en los Estados Unidos y en Japón la remuneración por copia privada fue regulada únicamente en relación con las copias producidas por tecnologías digitales, en los países europeos se adoptó una protección más amplia y uniforme.

Además de los casos concretos de las licencias clásicas a los que nos referimos, existen otros en los que el derecho a la remuneración, desde el punto de vista de su papel en las políticas públicas, se considera relevante, como la protección de los derechos “residuales”, como denomina Mihály Ficsor, derivados de la explotación de obras audiovisuales, de gestión colectiva irrenunciable y obligatoria según la Directiva 92/100 de la Comunidad Europea.

Como ya observara el profesor Antonio Delgado, este tipo de regulación especial está evolucionando incluso hacia paradigmas muy cercanos al Derecho del Trabajo, ofreciendo una nueva visión del autor como trabajador cultural.

...la Gestión colectiva no se explica únicamente adjudicándole la significación de complemento necesario al ejercicio del derecho de autor; ella es la manifestación de singularísima importancia de la misma corriente que aflora en la consideración de salario de la remuneración del autor, en el desplazamiento de los contratos de autor, del campo da pura autonomía de la voluntad al de las reglas de protección de los intereses del autor mediante normas de orden público que refuercen su posición negociadora y en la afectación de la gestión colectiva; y de algunos de sus resultados afines de interés social de los autores.⁷

III LAS ACTIVIDADES DE SUPERVISIÓN DE LA GESTIÓN COLECTIVA

a) Las reglas generales

Las sociedades encargadas de la gestión colectiva de los derechos de autor obviamente están sujetas a las normas jurídicas, fiscales, comerciales, económicas y laborales de carácter general vigentes en el país, que incluyen las elaboradas internamente y las disposiciones contenidas en los tratados y convenios internacionales ratificados por el país, así como

⁷ DELGADO PORRAS, Antonio “Función y Régimen Jurídico de Las Sociedades de Gestión Colectiva” – Curso Regional OMPI-Suiza de Formación en Derecho de Autor y Derechos Conexos. San Bernardino, Paraguay - 1993

las que provienen de organismos regionales a los que puedan pertenecer, como la Comunidad Andina y la Unión Europea.

En el modelo clásico de gestión colectiva, en el que los titulares de derechos se reúnen para crear entidades encargadas de administrar sus derechos, las sociedades normalmente están sujetas a reglas especiales, creadas por las leyes nacionales y por redes de organizaciones especializadas no gubernamentales, a las que estén afiliadas, ya referidas en este documento.

b) Las Reglas Especiales

Las normas especiales aplicables a las entidades de gestión colectiva son las previstas en la legislación nacional del país o grupo de países de que se trate. Las buenas prácticas de parte de las autoridades encargadas de la supervisión estatal son las que resultan de la aplicación de dichas normas. El rol de las oficinas públicas, en la mayoría de los casos, comienza en el momento en que se crean las entidades que solicitan autorización o permiso de funcionamiento o, en su caso, el otorgamiento de personalidad jurídica.

Los mecanismos regulatorios específicos utilizados por los países no son idénticos y la creación de cada oficina o agente público depende de la estructura administrativa de cada uno de ellos.

De hecho, en Argentina el otorgamiento de personalidad jurídica a una entidad de gestión colectiva es responsabilidad del Ministerio de Justicia. Es el único país que, en América Latina, prevé un monopolio legal otorgado por el Estado para una determinada categoría de derechos de un mismo grupo de titulares.

En Brasil, el organismo responsable de permitir el funcionamiento de una entidad de gestión está ubicado en el Ministerio de Cultura. En el caso de los países de la Comunidad Andina (Colombia, Ecuador, Perú y Bolivia), la autorización es una condición para que la entidad cumpla con sus funciones, correspondiendo a las respectivas Direcciones Nacionales creadas por la Decisión 351 analizar si el solicitante reúne los requisitos necesarios para hacerlas efectivos.

En el Perú, la legislación ha establecido que la gestión colectiva es excluyente de la individual en el caso de la Ley 28.131 del Artista, determinando que los derechos reconocidos en dicha norma serán administrados por las sociedades de gestión colectiva de los artistas intérpretes o ejecutantes y de los productores de fonogramas y videogramas. En Brasil se permite la gestión individual, incluso si el titular del derecho de autor o de derechos conexos es miembro de una sociedad de gestión colectiva.

Utilizando la herramienta de búsqueda Copilot de Windows para encontrar publicaciones específicas de organismos de supervisión sobre o tema, encontramos solo una: la del INDECOPI⁸, que analiza en detalles todos sus aspectos.

En todo caso, las mejores prácticas para la supervisión de sociedades de gestión reguladas por legislación específica son aquellas que se basan estrictamente en las facultades otorgadas a los agentes públicos en cada país y que tienen como objetivo supervisar y vigilar el cumplimiento de la legislación, asegurando eficiencia y transparencia de la administración que les ha sido encomendada, incluyendo:

- a) control y observancia del cumplimiento de los estatutos y normas internas de la propia sociedad referentes a la recaudación y distribución de las cantidades recaudadas, incluidos los criterios adoptados para el reparto y el calendario del pago a los titulares; a la atención a los socios; a la documentación de las obras y fonogramas; a las tarifas aplicadas; y a los activos adquiridos a su nombre;
- b) la transparencia de la información proporcionada a los interesados de cualquier naturaleza, sean socios, autoridades y público en general, especialmente las de carácter contable, económico y financiero; y la que se refiere a los valores efectivos ingresados a la sociedad;

⁸ Disponível em: <https://repositorio.indecopi.gob.pe/>. Acesso em 18 set. 2023.

- c) no discriminación de los miembros de la sociedad y de los usuarios o clientes de las sociedades;
- d) el mantenimiento de sistemas informáticos que permitan la correcta identificación de las obras y fonogramas que gestiona, así como su actualización permanente;
- e) defender los derechos que tienen confiados, buscando siempre las mejores condiciones en las negociaciones con los usuarios y otros terceros, y actuando, en su caso, con las facultades establecidas para salvaguardar los derechos que se encuentran bajo su custodia.

Otras estructuras de concesión de licencias son las ofrecidas por empresas creadas para prestar servicios de administración de algunas modalidades de derechos de autor y derechos afines, sin el formato tradicional de organizaciones de gestión colectiva o de simples editores o compañías discográficas. Algunas de ellas cuentan con el apoyo de inversores del mercado financiero y ofrecen a sus clientes la posibilidad de recibir anticipos, mediante la aplicación de tipos de interés flexibles, sin que ellos tengan que renunciar a parte de sus derechos o firmar pactos con plazos infinitos.

Por regla general, estas organizaciones, escapan a las normas específicas de la supervisión de las organizaciones de gestión colectiva, actuando directamente en el mercado, principalmente en el ámbito de los derechos de reproducción y distribución de música grabada - de fundamental importancia para el uso de las obras en la era digital, sin que exista garantía alguna de que las operaciones realizadas sean correctas y transparentes, es posible que surjan especulaciones sobre la posible existencia de prácticas desleales en el ámbito de aplicación de las normas de competencia.

Ya en España, los operadores de gestión independientes que pretendan prestar servicios conforme a lo determinado por el Artículo 153 del Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual deberán comunicar al Ministerio de Cultura y Deporte el inicio de sus actividades, infor-

mando sus datos de contacto, de identificación fiscal, las características de los servicios que vayan a prestar y la documentación necesaria para verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en varias disposiciones, debiendo hacer constar en su denominación la referencia “Operador de Gestión Independiente” o, en su defecto, la abreviatura “OGI”.

En ningún caso podrán ser considerados como operador de gestión independiente los productores de grabaciones audiovisuales, los productores de fonogramas, las entidades de radiodifusión, los editores, los gestores de autores o de artistas intérpretes o ejecutantes, ni los agentes que representan a los titulares de derechos en sus relaciones con las entidades de gestión.

Estos nuevos agentes que operan de forma colectiva o conjunta en el mercado digital latinoamericano utilizan los servicios subcontratados de la empresa argentina BackOffice Music Services para realizar los complejos procesos de identificación, elaboración de informes sobre facturación y uso de obras musicales puestas a disposición por las plataformas, permitiendo así la identificación y distribución de los valores generados. Esta empresa opera en cerca de 75 países, incluido Brasil, donde sus contratistas, ya sean organizaciones que agrupan a editores multinacionales o editores “independientes”, mantienen contratos con las plataformas que, a su vez, suelen negociar exclusivamente con aquellos que utilizan los servicios de BackOffice.

CONCLUSIONES

En el Encuentro Regional de Jefes de Oficina de Latinoamérica, organizado por la OMPI y el Ministerio de Cultura de Brasil realizado en este mismo espacio el 14 de junio de 2023, en el que compartimos nuestras reflexiones sobre temas de actualidad, observé que la aceleración del ritmo de la evolución tecnológica y de los hábitos de consumo, que impactan gravemente en el cumplimiento de las normas establecidas en los tratados y en los mecanismos de gestión supera, con creces, los tiempos que los Estados pierden buscando soluciones adecuadas a nuevos pro-

blemas que afectan a unos, más que a otros. Así mismo, hoy en día, las formas, métodos y sistemas tradicionales de control de las actividades de las sociedades de gestión colectiva pueden incluirse en esta observación.

La aparición de otras formas de administración conjunta, que sugieren nuevos tipos de competencia en el mercado, así también el uso indebido de la información, de los sistemas y las herramientas tecnológicas, pueden afectar los resultados obtenidos por las oficinas encargadas de la tarea de supervisar la gestión colectiva de los derechos.

Como afirmó Yuval Harari en la presentación del libro “21 lecciones para el siglo XXI”, “en un mundo inundado de información irrelevante, la claridad es poder. Y la censura no funciona bloqueando el flujo de información, sino inundando a la gente con desinformación y distracciones”.

Fin del documento

REFERENCIAS

DELGADO PORRAS, Antonio “**Función y Régimen Jurídico de Las Sociedades de Gestión Colectiva**” – Curso Regional OMPI-Suiza de Formación en Derecho de Autor y Derechos Conexos. San Bernardino, Paraguay - 1993

INDECOPI. Disponible em: <https://repositorio.indecopi.gob.pe/>. Acesso em: 18 set. 2023.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**: curso elementar, Editora Saraiva, São Paulo, 2005

UCHTENHAGEN, Ulrich. **La Gestión Colective des droits d’auteur dans la vie musicale**. OMPI 2002

RRDDIS

JURISPRUDÊNCIA EUROPÉIA - ANOTAÇÕES SOBRE A COMPETÊNCIA DOS TRIBUNAIS EM CASOS DE VIOLAÇÃO DE MARCA ONLINE POR PUBLICIDADE EM BUSCADORES: DECISÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO CASO C-104/22

EU Case Law – Notes on the Jurisdiction of Courts in Online Trademark Infringement Cases Involving Search Engine Advertising: Decision of the Court of Justice in Case C-104/22

Rodrigo Otávio Cruz e Silva¹

A Sentença do Tribunal de Justiça de 27 de abril de 2023 trata de um procedimento prejudicial relacionado com a interpretação do Regulamento (UE) 2017/1001 sobre a marca da União Europeia. O caso em questão foi apresentado no âmbito do processo C-104/22, originado de uma petição de decisão prejudicial submetida pelo markkinaoikeus (Tribunal de lo Mercantil, Finlândia) em 14 de fevereiro de 2022 e recebida pelo Tribunal de Justiça em 15 de fevereiro de 2022.

As partes envolvidas no processo são Lännen MCE Oy, Berky GmbH e Senwatec GmbH & Co. KG. O Tribunal de Justiça (Sala Quinta) foi composto pelo Sr. E. Regan, Presidente de Sala, e os Sres. D. Gratsias, M. Ilešič, I. Jarukaitis e Z. Csehi, como Juízes. O Advogado Geral foi o Sr. M. Campos Sánchez-Bordona, e o Secretário foi o Sr. A. Calot Escobar.

Durante o processo, foram considerados os escritos apresentados pelas partes, incluindo as observações feitas em nome de Lännen MCE Oy, Berky GmbH, Senwatec GmbH & Co. KG e da Comissão Europeia.

¹ Advogado. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Especialista em Direito Tributário pelo IBET. Bacharel em Direito pela UFSC. Professor Universitário.

Após a análise dos elementos em questão, o Tribunal de Justiça decidiu julgar o caso sem conclusões prévias.

A sentença abordou questões relacionadas com a competência internacional em ações por violação de marca, considerando critérios como o território onde a violação ocorreu ou poderia ocorrer. Foram destacados os artigos 125, apartado 5, e 126 do Regulamento 2017/1001, que estabelecem as competências dos tribunais em casos de violação de marca dentro da União Europeia.

Assim, a sentença do Tribunal de Justiça de 27 de abril de 2023 analisou de forma detalhada as questões de competência territorial em ações por violação de marca, fornecendo orientações importantes para a interpretação e aplicação do Regulamento (UE) 2017/1001 no contexto da União Europeia.

COMPETÊNCIA DOS TRIBUNAIS EM CASOS DE VIOLAÇÃO DE MARCA CONFORME O REGULAMENTO (UE) 2017/1001

O entendimento do julgado é no sentido de que, para determinar a competência dos tribunais em casos de violação de marca, deve-se considerar o critério estabelecido no Regulamento (UE) 2017/1001 sobre a marca da União Europeia. Em particular, o artigo 125, parágrafo 5 desse Regulamento estabelece que o demandante pode exercer sua ação por violação de marca perante os tribunais do Estado membro no território do qual a violação tenha sido cometida ou possa ser cometida.

Esse critério implica que a competência territorial para casos de violação de marca é determinada com base no local onde a infração ocorreu ou pode ocorrer. Portanto, o demandante pode optar por apresentar a ação perante os tribunais do Estado membro onde a violação ocorreu, o que delimita o alcance territorial da competência do tribunal que irá julgar o caso.

Desta forma, os parâmetros para determinar a competência dos tribunais em casos de violação de marca está fundamentado no território

onde a infração foi ou pode ser cometida, conforme estabelecido no Regulamento (UE) 2017/1001 sobre a marca da União Europeia.

O Papel da Publicidade de um Motor de Busca na Competência dos Tribunais em Casos de Violação de Marca.

A publicidade apresentada por um motor de busca desempenha um papel relevante neste caso ao determinar a competência dos tribunais em situações de violação de marca.

O tribunal pode considerar se essa publicidade está direcionada aos consumidores ou comerciantes do Estado em questão, o que pode influenciar a competência do tribunal competente para julgar uma ação por violação de marca. Em casos em que a publicidade é direcionada a um determinado Estado membro, isso pode afetar a decisão sobre qual tribunal tem jurisdição para resolver a questão da violação de marca.

A resolução final do Tribunal de Justiça no caso C-104/22 foi que o titular de uma marca da União Europeia pode exercer uma ação por violação de marca contra um terceiro perante um tribunal de marcas da União do Estado membro em cujo território se encontram consumidores e comerciantes aos quais a publicidade ou ofertas de venda se dirigem, mesmo que o terceiro não mencione explicitamente esse Estado membro entre os territórios de entrega dos produtos.

A decisão também destacou a importância do uso de um signo idêntico à marca em publicidade e ofertas de venda online de produtos idênticos ou similares aos registrados pela marca.

INTEGRA DA SENTENÇA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Quinta)
de 27 de abril de 2023

«Procedimiento prejudicial - Marca de la Unión Europea -
Reglamento (UE) 2017/1001 - Artículo 125, apartado 5 -
Competencia internacional - Acción por violación de marca -
Competencia de los tribunales del Estado miembro en
cuyo territorio se hubiere cometido o pudiere cometerse la
violación - Publicidad presentada por un motor de búsqueda
que utiliza un nombre de dominio nacional de primer nivel -
Publicidad que no precisa la zona geográfica de entrega -
Criterios que deben tenerse en cuenta»

En el asunto C-104/22,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el markkinaoikeus (Tribunal de lo Mercantil, Finlandia), mediante resolución de 14 de febrero de 2022, recibida en el Tribunal de Justicia el 15 de febrero de 2022, en el procedimiento entre

Lännen MCE Oy

y

Berky GmbH,

Senwatec GmbH & Co. KG,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Quinta),

integrado por el Sr. E. Regan, Presidente de Sala, y los Sres. D. Gratsias, M. Ilešič (Ponente), I. Jarukaitis y Z. Csehi, Jueces;

Abogado General: Sr. M. Campos Sánchez-Bordona;

Secretario: Sr. A. Calot Escobar;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos;

consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre de Lännen MCE Oy, por las Sras. E. Hodge y K. Tommila, asianajajat;
- en nombre de Berky GmbH y Senwatec GmbH & Co. KG, por el Sr. P. Eskola, asianajaja;
- en nombre de la Comisión Europea, por la Sra. P. Němečková, los Sres. S. Noë, y J. Ringborg y la Sra. J. Samnadda, en calidad de agentes;

vista la decisión adoptada por el Tribunal de Justicia, oído el Abogado General, de que el asunto sea juzgado sin conclusiones;

dicta la siguiente

Sentencia

- 1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 125, apartado 5, del Reglamento (UE) 2017/1001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre la marca de la Unión Europea (DO 2017, L 154, p. 1).
- 2 Esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio entre Lännen MCE Oy (en lo sucesivo, «Lännen») y las sociedades Berky GmbH y Senwatec GmbH & Co. KG, que forman parte de un mismo grupo de empresas, en relación con la supuesta violación de la marca de la Unión WATERMASTER, de la que Lännen es titular.

Marco jurídico

Reglamento 2017/1001

- 3 El artículo 122 del Reglamento 2017/1001, titulado «Aplicación de las normas de la Unión relativas a la competencia judicial y el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil», dispone en su apartado 2:

«En lo que se refiere a los procedimientos que resultan de las acciones y demandas contempladas en el artículo 124:

- a) no serán aplicables los artículos 4 y 6, los puntos 1, 2, 3 y 5 del artículo 7, ni el artículo 35 del Reglamento (UE) n.º 1215/2012 [del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO 2012, L 351, p. 1)];

[]».

- 4 El artículo 123 de dicho Reglamento, titulado «Tribunales de marcas de la Unión Europea», dispone en su apartado 1:

«Los Estados miembros designarán en sus territorios un número tan limitado como sea posible de tribunales nacionales de primera y de segunda instancia, encargados de desempeñar las funciones que les atribuya el presente Reglamento.»

- 5 El artículo 124 del referido Reglamento, con el epígrafe «Competencia en materia de violación y de validez», establece lo siguiente:

«Los tribunales de marcas de la Unión Europea tendrán competencia exclusiva:

- a) para cualquier acción por violación y - si la legislación nacional la admite - por intento de violación de una marca de la Unión;
- b) para las acciones de comprobación de inexistencia de violación si la legislación nacional las admite;
- c) para cualquier acción entablada a raíz de hechos contemplados en el artículo 11, apartado 2;
- d) para las demandas de reconvención por caducidad o por nulidad de la marca de la Unión contempladas en el artículo 128.»

6 El artículo 125 del Reglamento 2017/1001, titulado «Competencia internacional», establece:

«1. Sin perjuicio de las disposiciones del presente Reglamento, así como de las disposiciones del Reglamento (UE) n.º 1215/2012 aplicables en virtud del artículo 122, los procedimientos resultantes de las acciones y demandas contempladas en el artículo 124 se llevarán ante los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio tenga su domicilio el demandado o, si este no estuviera domiciliado en uno de los Estados miembros, del Estado miembro en cuyo territorio tenga un establecimiento.

[...]

5. Los procedimientos resultantes de las acciones y demandas contempladas en el artículo 124, con excepción de las acciones de declaración de inexistencia de violación de marca de la Unión, podrán también llevarse ante los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se hubiere cometido el hecho o el intento de violación o en cuyo territorio se hubiera cometido un hecho de los contemplados en el artículo 11, apartado 2.»

7 El artículo 126 de este Reglamento, con la rúbrica «Alcance de la competencia», preceptúa:

«1. El tribunal de marcas de la Unión Europea cuya competencia se fundamente en el artículo 125, apartados 1 a 4, será competente para pronunciarse sobre:

- a) los hechos de violación cometidos o que intenten cometerse en el territorio de cualquier Estado miembro;
- b) los hechos contemplados en el artículo 11, apartado 2, cometidos en el territorio de cualquier Estado miembro.

2. El tribunal de marcas de la Unión Europea cuya competencia se fundamente en el artículo 125, apartado 5, será competente únicamente para pronunciarse sobre los hechos cometidos o que intenten cometerse en el territorio del Estado miembro en que radique ese tribunal.»

Reglamento n.º 1215/2012

- 8 El artículo 17, apartado 1, del Reglamento n.º 1215/2012 dispone:
- «En materia de contratos celebrados por una persona, el consumidor, para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad profesional, la competencia quedará determinada por la presente sección, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 6 y en el artículo 7, punto 5:
- [...]
- c) en todos los demás casos, cuando la otra parte contratante ejerza actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o, por cualquier medio, dirija tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido este último, y el contrato esté comprendido en el marco de dichas actividades.»
- 9 El artículo 66, apartado 1, de este Reglamento establece lo siguiente:
- «Las disposiciones del presente Reglamento solamente serán aplicables a las acciones judiciales ejercitadas a partir del 10 de enero de 2015, a los documentos públicos formalizados o registrados oficialmente como tales a partir de esa fecha, y a las transacciones judiciales aprobadas o celebradas a partir de dicha fecha.»

Litigio principal y cuestiones prejudiciales

- 10 Lännen, sociedad domiciliada en Finlandia, fabrica, en particular, dragas anfibas que comercializa con la marca de la Unión WATERMASTER, registrada el 12 de julio de 2004 con el número 003185758.
- 11 El 28 de enero de 2020, dicha sociedad presentó ante el markkinaoikeus (Tribunal de lo Mercantil, Finlandia) una demanda por violación de marca contra Berky y Senwatec, dos sociedades con domicilio social en Alemania y pertenecientes a un mismo grupo de empresas.

- 12 Lännen reprocha a Senwatec haber cometido, en Finlandia, un acto de violación de marca consistente en recurrir a un posicionamiento de pago, en un motor de búsqueda en Internet que opera bajo el dominio nacional de primer nivel de ese Estado miembro, que permite mostrar, a raíz de una búsqueda del término «Watermaster», un anuncio publicitario de sus productos en el sitio web de dicho motor de búsqueda. Así, en el mes de agosto de 2016, la búsqueda en Finlandia del término «Watermaster» en el sitio www.google.fi presentaba como primer resultado un anuncio publicitario Google Adwords de los productos de Senwatec, separado de los demás resultados de búsqueda por una línea y que contenía la palabra «Publicidad».
- 13 El tribunal remitente señala que el enlace publicitario mostrado como resultado de dicha búsqueda y el texto unido a él no presentaban ningún elemento referido especialmente a Finlandia ni a la zona geográfica de entrega de los productos de Senwatec. No obstante, dicho tribunal indica que el sitio web de Senwatec al que conducía dicho enlace publicitario contenía, entre otros, un texto en inglés en el que indicaba que los productos de Senwatec se utilizan en todo el mundo, así como un mapa del mundo en el que se resaltaban mediante sombreado los países en los que Senwatec, según su propia información, desarrollaba actividades. Finlandia no formaba parte de esos países.
- 14 Lännen reprocha a Berky haber violado su marca al haber recurrido, durante los años 2005 a 2019, al posicionamiento natural de imágenes - libremente accesibles en el sitio web para compartir fotografías Flickr.com - de las máquinas de dicha sociedad mediante una metaetiqueta (meta tag) con la palabra clave «Watermaster», que permitía a los motores de búsqueda en Internet identificar mejor esas imágenes. Así, la búsqueda en Finlandia del término «Watermaster» en el sitio web www.google.fi presentaba un enlace hacia una página que mostraba imágenes de máquinas de Berky.
- 15 El tribunal remitente subraya que el enlace mostrado como resultado de la búsqueda no era un enlace publicitario, sino un resultado de búsqueda denominado «orgánico». Los textos que acompañaban a las

imágenes almacenadas en el servicio Flickr.com indicaban los nombres de las máquinas en inglés y los números de modelo de estas. Además, el logotipo de Berky también aparecía unido a las imágenes. Cada imagen iba acompañada de varias metaetiquetas correspondientes a palabras clave, en inglés y en otras lenguas, en particular el término «Watermaster».

- 16 Según Lännen, Berky y Senwatec llevaron a cabo en Internet actividades de promoción comercial dirigidas al territorio de la República de Finlandia y que eran visibles para los consumidores o comerciantes en dicho Estado miembro. Indica que los productos de estas se venden en todo el mundo. Lännen considera que la publicidad controvertida, redactada en inglés, estaba dirigida a un público internacional y destinada a todos los países en los que se puede visualizar.
- 17 En su escrito de contestación, Berky y Senwatec se oponen a la competencia del tribunal remitente alegando que los supuestos hechos de violación de marca no se cometieron en Finlandia.
- 18 Sostienen que sus actividades de promoción comercial no estaban dirigidas a Finlandia, Estado miembro en el que no ofrecen sus productos a la venta y en cuyo mercado no están presentes. Ni el resultado de una búsqueda en el sitio web www.google.fi, ni el uso de una metaetiqueta con la palabra clave «Watermaster» permiten demostrar, a su juicio, que sus actividades estaban dirigidas a Finlandia. Así pues, a fin de determinar la competencia del tribunal remitente, consideran que no es relevante que el contenido supuestamente ilícito sea visible en línea en Finlandia, sino más bien que ese contenido tenga un vínculo pertinente con el referido Estado miembro.
- 19 El tribunal remitente observa que las partes discrepan sobre si el mapa que figura en el sitio web de Senwatec demuestra que la zona de suministro de los productos de dicha sociedad está limitada a una zona geográfica de la que Finlandia parece estar excluida. Según Senwatec, este mapa es uno de los elementos que indican que Finlandia no forma parte de la zona de comercialización de sus productos, mientras que Lännen considera que la zona de comercialización de los produc-

tos de Senwatec es mundial y se extiende más allá de las zonas a las que se refiere ese mapa.

20 En el marco de la comprobación de la competencia de un órgano jurisdiccional ante el que se ha presentado una demanda por razón del lugar en el que se ha cometido la violación de marca, el tribunal remitente considera que, a fin de determinar los territorios de los Estados miembros en los que se encuentran los consumidores o los profesionales a los que está dirigida la publicidad mostrada en un sitio web, procede tener en cuenta, en particular, las zonas geográficas de suministro de los productos de que se trate.

21 Dicho tribunal considera, sin embargo, que a los efectos de tal comprobación podrían resultar pertinentes otros criterios, tal como se desprende, en su opinión, de las conclusiones del Abogado General Szpunar presentadas en el asunto AMS Neve y otros (C-172/18, EU:C:2019:276), sin que, no obstante, resulte claro cuáles podrían ser esos otros criterios, ya que el Tribunal de Justicia no se pronunció sobre este extremo.

22 El tribunal remitente se pregunta, en esencia, si, para determinar su competencia de conformidad con el artículo 125, apartado 5, del Reglamento 2017/1001, puede tenerse en cuenta el Estado miembro del dominio nacional de primer nivel bajo el que opera el sitio web del motor de búsqueda que da acceso a la publicidad constituyente de los hechos de violación de marca alegados.

23 En tales circunstancias, el markkinaoikeus (Tribunal de lo Mercantil) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«La empresa A está establecida en el Estado miembro X, donde tiene su domicilio social, y ha utilizado en un sitio web, en la publicidad o como palabra clave, un signo idéntico a una marca de la Unión que pertenece a la empresa B.

1) En el caso descrito, ¿puede considerarse que la publicidad se dirige a los consumidores o comerciantes del Estado miembro Y, en el que está establecida la empresa B, y es competente un tribunal de mar-

cas de la Unión del Estado miembro Y para conocer de una acción por violación de una marca de la Unión, con arreglo al artículo 125, apartado 5, del Reglamento sobre la marca de la Unión, cuando, en la publicidad presentada por vía electrónica o en un sitio web de un anunciante al que enlaza dicha publicidad, no se indica, por lo menos expresamente, la zona geográfica de suministro de los productos o no se excluye expresamente de esa zona de suministro a ningún Estado miembro concreto? ¿Puede tenerse en cuenta la naturaleza de los productos a los que se refiere la publicidad y el hecho de que la zona de comercialización de los productos de la empresa A, como se afirma, se extienda a todos los países del mundo y, por tanto, abarque todo el territorio de la Unión Europea, incluido el Estado miembro Y?

- 2) ¿Puede considerarse que la mencionada publicidad se dirige a los consumidores o comerciantes del Estado miembro Y si esta se muestra en un sitio web de un motor de búsqueda que opera bajo el dominio nacional de primer nivel del Estado miembro Y?
- 3) En caso de respuesta afirmativa a las cuestiones primera o segunda: ¿Qué otras circunstancias, en su caso, deben tenerse en cuenta para resolver si la publicidad se dirige a los consumidores o a los comerciantes del Estado miembro Y?»

Cuestiones prejudiciales

24 Mediante sus tres cuestiones prejudiciales, que procede analizar conjuntamente, el tribunal remitente pregunta, en esencia, si el artículo 125, apartado 5, del Reglamento 2017/1001 debe interpretarse en el sentido de que el titular de una marca de la Unión que se considere lesionado por el uso que, sin su consentimiento, hace un tercero de un signo idéntico a dicha marca en publicidad y en ofertas de venta en línea de productos idénticos o similares a aquellos para los que está registrada la referida marca puede ejercitar una acción por violación de marca contra ese tercero ante un tribunal de marcas de la Unión

del Estado miembro en cuyo territorio se encuentren consumidores y comerciantes a los que se dirijan esa publicidad o esas ofertas de venta aunque el referido tercero no mencione de manera expresa e inequívoca dicho Estado miembro entre los territorios a los que pueden suministrarse los productos de que se trata.

- 25 Procede recordar que, pese al principio, previsto en el artículo 66, apartado 1, del Reglamento n.º 1215/2012, de la aplicación de dicho Reglamento, a partir del 10 de enero de 2015, a las acciones judiciales relativas a las marcas de la Unión, el artículo 122, apartado 2, del Reglamento 2017/1001 excluye, en particular en relación con las acciones por violación de dichas marcas, la aplicación de ciertas disposiciones del Reglamento n.º 1215/2012, como las reglas establecidas en los artículos 4, 6, 7, apartados 1, 2, 3 y 5, y 35. A causa de esta exclusión, la competencia de los tribunales de marcas de la Unión a que se refiere el artículo 123, apartado 1, del Reglamento 2017/1001 para conocer de las acciones por violación de una marca de la Unión resulta de las reglas establecidas directamente por el Reglamento 2017/1001, que tienen carácter de *lex specialis* con respecto a las reglas formuladas en el Reglamento n.º 1215/2012 (véase, por analogía, la sentencia de 5 de septiembre de 2019, *AMS Neve y otros*, C-172/18, EU:C:2019:674, apartado 34 y jurisprudencia citada).
- 26 Por consiguiente, una acción por violación de marca ejercitada el 28 de enero de 2020 está comprendida, en la medida en que se refiera a una marca de la Unión, en el ámbito de aplicación de las normas de competencia judicial enunciadas en el Reglamento 2017/1001.
- 27 En virtud del artículo 125, apartado 1, de dicho Reglamento, cuando el demandado tenga su domicilio en un Estado miembro, el demandante ejercerá su acción ante los tribunales de este.
- 28 No obstante, el artículo 125, apartado 5, de ese Reglamento dispone que el demandante podrá «también» ejercer su acción ante los tribunales del Estado miembro «en cuyo territorio se hubiere cometido el hecho o el intento de violación».

- 29 El artículo 126 del Reglamento 2017/1001 precisa, en su apartado 1, que, cuando un tribunal de marcas de la Unión conozca de un asunto con fundamento en el artículo 125, apartado 1, de dicho Reglamento, será competente para pronunciarse sobre los hechos de violación cometidos o que intenten cometerse en el territorio de cualquier Estado miembro, y, en su apartado 2, que, cuando dicho tribunal conozca de un asunto sobre la base del artículo 125, apartado 5, del mismo Reglamento, será competente únicamente para pronunciarse sobre los hechos cometidos o que intenten cometerse en el territorio del Estado miembro en que radique ese tribunal.
- 30 De esta distinción se desprende que el demandante, según elija ejercitar la acción por violación de marca ante el tribunal de marcas de la Unión del domicilio del demandado o ante el del territorio en el que se haya cometido o intente cometerse el hecho de violación, determinará el alcance del ámbito de competencia territorial del tribunal al que someta el asunto. En efecto, cuando la acción por violación se basa en el apartado 1 del artículo 125 del Reglamento 2017/1001, se refiere potencialmente a los hechos de violación cometidos en el conjunto del territorio de la Unión, mientras que, cuando se basa en el apartado 5 de dicho artículo, se limita a los hechos de violación cometidos o que intenten cometerse en el territorio de un solo Estado miembro, a saber, aquel al que pertenezca el tribunal que conozca del asunto (véase, por analogía, la sentencia de 5 de septiembre de 2019, AMS Neve y otros, C-172/18, EU:C:2019:674, apartado 40).
- 31 La facultad conferida al demandante para elegir uno u otro fundamento, resultante del empleo del término «también» que figura en el artículo 125, apartado 5, del Reglamento 2017/1001, no puede entenderse en el sentido de que el demandante pueda, en relación con los mismos hechos de violación, acumular acciones basadas en los apartados 1 y 5 de dicho artículo, sino que únicamente expresa el carácter alternativo del foro indicado en el citado apartado 5 en relación con los foros indicados en los demás apartados de dicho artículo (véase, por analogía, la sentencia de 5 de septiembre de 2019, AMS Neve y otros, C-172/18, EU:C:2019:674, apartado 41).

- 32 Al establecer tal foro alternativo y delimitar, en el artículo 126, apartado 2, del Reglamento 2017/1001, la competencia territorial atribuida a dicho foro, el legislador de la Unión permite al titular de la marca de la Unión ejercitar, si lo desea, acciones específicas, cada una de las cuales versará sobre hechos de violación cometidos en el territorio de un solo Estado miembro (véase, por analogía, la sentencia de 5 de septiembre de 2019, *AMS Neve y otros*, C-172/18, EU:C:2019:674, apartado 42).
- 33 En el presente asunto, sin perjuicio de las comprobaciones que incumbe realizar al tribunal remitente, se desprende de los autos que obran en poder del Tribunal de Justicia que los hechos de violación de marca alegados por el titular de la marca de la Unión se refieren a la presentación en línea de contenidos relativos a productos de competidores de dicho titular, mediante posicionamientos de pago y naturales en motores de búsqueda de Internet a partir de un signo idéntico a la referida marca, únicamente en la medida en que esa presentación esté destinada a consumidores o comerciantes localizados en Finlandia.
- 34 Así pues, a fin de determinar si esta presentación en línea estaba realmente destinada a consumidores o comerciantes localizados en Finlandia, el tribunal remitente pregunta, en particular, si la naturaleza de los productos de que se trata, la extensión de la zona de comercialización en cuestión y el hecho de que esta presentación tenía lugar en el sitio web de un motor de búsqueda que opera bajo el dominio nacional de primer nivel de ese Estado miembro son criterios pertinentes para comprobar su competencia internacional en virtud del artículo 125, apartado 5, del Reglamento 2017/1001 y, en su caso, si a tal fin deben tenerse en cuenta otros criterios.
- 35 A este respecto, si bien los hechos de violación de marca alegados contra las sociedades demandadas en el litigio principal, que forman parte de un mismo grupo de empresas, son diferentes entre sí, se ha entablado un solo procedimiento judicial ante el tribunal remitente.
- 36 Por lo tanto, procede determinar si los hechos de violación de marca alegados contra esas dos sociedades permiten declarar, en ambos casos, la existencia de un vínculo suficiente con el Estado miembro en

- que radica el tribunal que conoce de la acción por violación de marca, en el sentido del artículo 125, apartado 5, del Reglamento 2017/1001.
- 37 Además, procede recordar que la verificación de la competencia del tribunal que conoce de una acción por violación de marca no equivale a un examen del fondo de dicha acción (véase, por analogía, la sentencia de 16 de junio de 2016, *Universal Music International Holding*, C-12/15, EU:C:2016:449, apartado 44 y jurisprudencia citada).
- 38 Sería excesivo exigir al órgano jurisdiccional que conoce de una acción por violación de marca que proceda, en el momento de verificar su competencia internacional en virtud del artículo 125, apartado 5, del Reglamento 2017/1001, a un examen minucioso de esos elementos de hecho y de Derecho complejos.
- 39 Por lo tanto, basta con que existan elementos que permitan suponer razonablemente que hayan podido o que puedan cometerse hechos de violación de marca en el territorio de un Estado miembro para que el tribunal de marcas de la Unión perteneciente a dicho Estado miembro sea competente en virtud del artículo 125, apartado 5, del Reglamento 2017/1001.
- 40 En estas circunstancias, procede observar que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el criterio de competencia judicial expresado por los términos «territorio [del Estado miembro en que] se hubiere cometido el hecho o el intento de violación», que figura en el artículo 125, apartado 5, del referido Reglamento, se relaciona con un comportamiento activo del autor de dicha violación (véase, por analogía, la sentencia de 5 de septiembre de 2019, *AMS Neve y otros*, C-172/18, EU:C:2019:674, apartado 44 y jurisprudencia citada).
- 41 En particular, en lo que atañe a la obligación de un tribunal de marcas de la Unión de asegurarse - cuando controla, con arreglo al citado artículo 125, apartado 5, su competencia judicial para conocer de la existencia de una violación de marca en el territorio del Estado miembro al que pertenece - de que los actos imputados al demandado se hayan cometido en dicho territorio, el Tribunal de Justicia ha declarado que, cuando tales actos consisten en publicidad y en ofertas de venta pre-

sentadas por vía electrónica para productos que lleven un signo idéntico o similar a una marca de la Unión sin el consentimiento del titular de dicha marca, ha de considerarse que tales actos han sido cometidos en el territorio en que se encuentren los consumidores o comerciantes a los que se destinen esa publicidad y esas ofertas de venta (véase, por analogía, la sentencia de 5 de septiembre de 2019, AMS Neve y otros, C-172/18, EU:C:2019:674, apartados 46 y 47 y jurisprudencia citada).

42 Así pues, cuando la presentación de contenidos en línea esté destinada, aunque solo sea potencialmente, a consumidores o comerciantes localizados en el territorio de un Estado miembro, teniendo en cuenta que las precisiones acerca de las zonas geográficas de suministro de los productos de que se trate constituyen un indicio de particular importancia a efectos de dicha apreciación (véase, en este sentido, la sentencia de 12 de julio de 2011, L'Oréal y otros, C-324/09, EU:C:2011:474, apartado 65), el titular de una marca de la Unión puede ejercitar en dicho Estado miembro una acción sobre la base del artículo 125, apartado 5, del Reglamento 2017/1001 con el fin de que se declare la existencia de una violación de su marca en ese Estado miembro. En efecto, los tribunales de marcas de la Unión del Estado miembro de residencia de los consumidores o comerciantes a los que se dirigen esa publicidad y esas ofertas de venta son especialmente aptos para evaluar si existe la violación alegada (véase, por analogía, la sentencia de 5 de septiembre de 2019, AMS Neve y otros, C-172/18, EU:C:2019:674, apartado 57).

43 En el caso de autos procede señalar, sin perjuicio de las comprobaciones que corresponde realizar al tribunal remitente, que las zonas geográficas de entrega de los productos de que se trata no se mencionan en el anuncio publicitario a que se refiere el apartado 12 de la presente sentencia. Además, el mapa que figura en el sitio web de Senwatec, que, según Lännen, demuestra la dimensión geográfica global de la zona de comercialización de dicha sociedad, no puede probar por sí solo la existencia de un vínculo con Finlandia, dado que el contexto en el que se integra ese mapa no permite concluir que Senwatec dirija su actividad al mercado finlandés.

- 44 A falta de criterios precisos acerca de las zonas geográficas de entrega de los productos de que se trate, el vínculo con el Estado miembro en cuestión, en el presente asunto Finlandia, debe determinarse a la luz de otros criterios para que la demandante pueda, sobre la base del artículo 125, apartado 5, del Reglamento 2017/1001, ejercitar una acción por violación de marca ante un tribunal de dicho Estado miembro.
- 45 Es cierto que, como se ha recordado en el apartado 25 de la presente sentencia, las disposiciones del Reglamento 2017/1001 relativas a las acciones por violación de marca de la Unión tienen carácter de *lex specialis* con respecto a las reglas formuladas en el Reglamento n.º 1215/2012. Sin embargo, esto no tiene como efecto privar de pertinencia a ese Reglamento en lo referente al esclarecimiento y la interpretación del sentido de conceptos análogos a los que prevé y que, al estar establecidos en el Reglamento 2017/1001, son necesarios para la interpretación de ese Reglamento.
- 46 A este respecto, en lo que atañe a la interpretación del artículo 17, apartado 1, letra c), del Reglamento n.º 1215/2012, el Tribunal de Justicia ha declarado que existen diversos indicios que permiten considerar que un vendedor dirige su actividad al Estado miembro del domicilio del consumidor, a saber, en particular, el carácter internacional de la actividad, la utilización de una lengua o de una moneda distintas de la lengua o la moneda habitualmente empleadas en el Estado miembro en el que está establecido el vendedor, la mención de números de teléfono con indicación de un prefijo internacional, los gastos en un servicio de posicionamiento en Internet con el fin de facilitar el acceso al sitio del vendedor o al de su intermediario a consumidores domiciliados en otros Estados miembros, la utilización de un nombre de dominio de primer nivel distinto al del Estado miembro en que está establecido el vendedor y la mención de una clientela internacional formada por clientes domiciliados en diferentes Estados miembros (véase, por analogía, la sentencia de 7 de diciembre de 2010, Pammer y Hotel Alpenhof, C-585/08 y C-144/09, EU:C:2010:740, apartado 93).

- 47 Esta lista, sin ser exhaustiva, contiene criterios que pueden ser pertinentes a los efectos de la aplicación del artículo 125, apartado 5, del Reglamento 2017/1001. En el presente asunto, es pertinente la puesta a disposición de publicidad y de ofertas de venta en un sitio web con un dominio de primer nivel distinto del del Estado miembro en que está establecido el consumidor.
- 48 Es necesario, no obstante, precisar que la simple posibilidad de acceder a un sitio web desde el territorio cubierto por la marca no basta para concluir que las ofertas de venta que en el mismo se presentan están destinadas a consumidores situados en ese territorio (sentencia de 12 de julio de 2011, L'Oréal y otros, C-324/09, EU:C:2011:474, apartado 64 y jurisprudencia citada).
- 49 De las anteriores consideraciones resulta que constituye un comportamiento activo el hecho de que una empresa pague al operador del sitio web de un motor de búsqueda con un dominio de primer nivel nacional de un Estado miembro distinto de aquel en el que está establecido para que presente, con destino al público de dicho Estado miembro, un enlace hacia el sitio de esa empresa, permitiendo así a un público elegido específicamente acceder a la oferta de sus productos.
- 50 Por tanto, tal posicionamiento de pago constituye un vínculo suficiente, a efectos del artículo 125, apartado 5, del Reglamento 2017/1001, con el Estado miembro a cuyo público se aborda de este modo.
- 51 Por lo que respecta al uso del signo registrado como marca como metaetiqueta en un servicio para compartir fotografías en línea que opera con un dominio de primer nivel genérico, procede considerar que difiere de un posicionamiento de pago a los efectos de apreciar la condición relativa a la existencia de un comportamiento activo dirigido al territorio del Estado miembro en que se hubiere cometido el hecho o el intento de violación de marca. En efecto, en tal supuesto de posicionamiento natural, esta condición no parece poder cumplirse ya que, por una parte, un sitio web con un dominio de primer nivel genérico no está destinado al público de ningún Estado miembro específico y, por otra, la metaetiqueta únicamente tiene por objeto permitir a los mo-

tores de búsqueda identificar mejor las imágenes contenidas en dicho sitio web y, de este modo, aumentar la accesibilidad.

52 En estas circunstancias, el tribunal remitente no podría declararse competente, sobre la base del artículo 125, apartado 5, del Reglamento 2017/1001, a falta de otros criterios que permitan demostrar que tal posicionamiento natural está destinado a un público establecido en Finlandia.

53 En lo que atañe a la naturaleza de los productos de que se trata y a la extensión de la zona geográfica de comercialización, corresponde al órgano jurisdiccional que conoce de una acción por violación de marca apreciar en cada caso en qué medida esos criterios son pertinentes para concluir que un posicionamiento accesible en el territorio cubierto por la marca está destinado a consumidores situados en él (véase, en este sentido, la sentencia de 12 de julio de 2011, *L'Oréal y otros*, C-324/09, EU:C:2011:474, apartado 61).

54 Habida cuenta de todo lo anterior, procede responder a las cuestiones prejudiciales planteadas que el artículo 125, apartado 5, del Reglamento 2017/1001 debe interpretarse en el sentido de que el titular de una marca de la Unión que se considere lesionado por el uso que, sin su consentimiento, hace un tercero de un signo idéntico a dicha marca en publicidad y en ofertas de venta en línea de productos idénticos o similares a aquellos para los que está registrada la referida marca puede ejercitar una acción por violación de marca contra este tercero ante un tribunal de marcas de la Unión del Estado miembro en cuyo territorio se encuentren consumidores y comerciantes a los que se dirijan esa publicidad o esas ofertas de venta, aunque el referido tercero no mencione de manera expresa e inequívoca dicho Estado miembro entre los territorios a los que podrían suministrarse los productos de que se trate, si ese mismo tercero ha hecho uso de tal signo procediendo a un posicionamiento de pago en el sitio web de un motor de búsqueda que utiliza un nombre de dominio nacional de primer nivel de dicho Estado miembro. En cambio, no sucede así por el mero hecho de que el tercero de que se trate haya procedido a un posicionamiento natural

de las imágenes de sus productos en un servicio para compartir fotografías en línea que opera con un dominio de primer nivel genérico empleando metaetiquetas que utilizan como palabra clave la marca en cuestión.

Costas

55 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el tribunal remitente, corresponde a este resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso. En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Quinta) declara:

El artículo 125, apartado 5, del Reglamento (UE) 2017/1001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre la marca de la Unión Europea,

debe interpretarse en el sentido de que

el titular de una marca de la Unión que se considere lesionado por el uso que, sin su consentimiento, hace un tercero de un signo idéntico a dicha marca en publicidad y en ofertas de venta en línea de productos idénticos o similares a aquellos para los que está registrada la referida marca puede ejercitar una acción por violación de marca contra este tercero ante un tribunal de marcas de la Unión del Estado miembro en cuyo territorio se encuentren consumidores y comerciantes a los que se dirijan esa publicidad o esas ofertas de venta, aunque el referido tercero no mencione dicho Estado miembro de manera expresa e inequívoca entre los territorios a los que podrían suministrarse los productos de que se trate, si ese mismo tercero ha hecho uso de tal signo procediendo a un posicionamiento de pago en el sitio web de un motor de búsqueda que utiliza un nombre de dominio nacional

de primer nivel de dicho Estado miembro. En cambio, no sucede así por el mero hecho de que el tercero de que se trate haya procedido a un posicionamiento natural de las imágenes de sus productos en un servicio para compartir fotografías en línea que opera con un dominio de primer nivel genérico empleando metaetiquetas que utilizan como palabra clave la marca en cuestión.



**RESENHAS E
OUTROS ESTUDOS**

PARTE V

RRDDIS

RESENHA DA OBRA: DIREITO AUTORAL E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL. AUTORIA E TITULARIDADE NOS PRODUTOS DA IA¹

*Copyright and Artificial Intelligence: Authorship and
Ownership in AI Products*

Luciana Reusing²

A obra “Direito autoral e inteligência artificial: autoria e titularidade nos produtos da IA” de Luca Schirru, tem como base sua pesquisa de doutorado com o mesmo título defendida na Universidade Federal do Rio de Janeiro, aborda de forma inovadora a interseção entre o direito autoral e as tecnologias de inteligência artificial (IA), sua publicação ocorreu em 2023 pela Editora Dialética.

O autor destaca a necessidade de uma abordagem interdisciplinar para compreender a propriedade de maneira funcionalizada, ultrapassando os limites do texto legal e contextualizando-a na realidade social. Schirru ressalta ainda, a existência de uma disparidade entre o dinamismo e rápido desenvolvimento das tecnologias de IA e a lentidão das transformações legislativas, apontando para a importância de um regime de apropriação adequado aos produtos da IA e seu processo de desenvolvimento.

¹ SCHIRRU, Luca. Sao Paulo: Editora Dialética, 2023.

² Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestrado em Ciência Tecnologia e Sociedade pelo Instituto Federal do Paraná (IFPR). Pós Graduação em Direito Penal Processo Penal com ênfase em Prática Jurídica. Docente de Pós Graduação com as Disciplinas de Bioética e Estatuto da Criança e Adolescente. Coordenadora e Professora de Núcleo de Prática Jurídica. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa GEDAI - UFPR, e do Grupo de Pesquisa TEMA - UTFPR.

A pesquisa realizada por Schirru envolveu a análise crítica do direito autoral vigente frente aos avanços tecnológicos, com foco nas implicações da IA. O autor destaca a necessidade de equilíbrio entre os interesses público e privado, considerando a evolução das tecnologias e a proteção dos direitos autorais. Ademais, a tese aborda a relevância de modelos de apropriação que sejam adaptados às características dos produtos gerados por sistemas de IA.

PRINCIPAIS ASPECTOS ABORDADOS

Os principais pontos abordados na obra, se constituem como um fio condutor para uma leitura que desvende os meandros sobre Direito Autoral e Inteligência Artificial.

Pela leitura da obra, observa-se uma análise transdisciplinar do direito de propriedade intelectual, indo além do texto legal, para compreender a relação da propriedade com o contexto social e os efeitos dos regimes de apropriação, especialmente em relação aos produtos da inteligência artificial.

Na pesquisa realizada, observa-se um uma profunda avaliação, rica de detalhes sobre os direitos autorais, investigando seus fundamentos, objeto de proteção e elementos essenciais, com o objetivo de avaliar a adequação desses direitos para lidar com os produtos gerados por sistemas de inteligência artificial.

No tocante aos aspectos teóricos e práticos da inteligência artificial, o texto prioriza a compreensão das tecnologias utilizadas e analisando casos em que a aplicação dessas tecnologias resultou no desenvolvimento de produtos que, se criados por seres humanos, seriam protegidos pelo direito autoral.

Por fim, a obra possui como ponto de destaque uma criteriosa análise da adequação da legislação autoral vigente no Brasil aos produtos da inteligência artificial e propõe modelos de regimes de apropriação para esses produtos, considerando suas características e processo de desenvolvimento.

Esses pontos de vista abrangentes e críticos adotados na pesquisa de Luca Schirru, que busca compreender e propor soluções para os desafios decorrentes da interseção entre o direito autoral e a inteligência artificial.

A SISTEMATIZAÇÃO EXISTENTE NA ESTRUTURA DA OBRA

O sumário da obra apresenta uma perspectiva pluridisciplinar sobre as questões que envolvem a interseção entre o direito autoral e a inteligência artificial. A estrutura do sumário indica uma progressão lógica e detalhada, iniciando com a introdução do tema e dos objetivos da pesquisa.

Ao longo da obra, o autor explora o referencial teórico relacionado ao direito autoral e à inteligência artificial, mapeando a literatura existente e analisando o conceito de propriedade de forma ampla e contextualizada. A metodologia adotada é descrita, evidenciando as técnicas de pesquisa utilizadas e o trato metodológico empregado para investigar a temática proposta.

A apropriação de produtos da inteligência artificial pelo direito autoral é um dos pontos centrais abordados, com uma apreciação minuciosa sobre a legislação vigente e a necessidade de um arcabouço institucional adequado para regular essas relações complexas. A propriedade é discutida de maneira contextualizada, considerando não apenas os aspectos legais, mas também os fatores sociais e históricos que influenciam os regimes de apropriação.

Por fim, as considerações finais apresentam reflexões sobre a adequação da legislação autoral existente para lidar com os produtos gerados pela inteligência artificial, além de propor modelos de regimes de apropriação que possam atender às demandas e desafios dessa nova realidade tecnológica. O sumário da obra de Luca Schirru demonstra uma interpretação crítica e aprofundada, contribuindo significativamente para o debate e a compreensão dessas questões em constante evolução.

DESENVOLVIMENTO E CONEXÕES ENTRE OS CAPÍTULOS

O primeiro capítulo que trata das propriedades contextualizadas sobre Direito Autoral e Inteligência Artificial apresenta uma compreensão crítica e reflexiva sobre a concepção de propriedade em um enquadramento interdisciplinar. Schirru destaca a importância de considerar não apenas os aspectos jurídicos, mas também os fatores sociais, históricos e econômicos que influenciam a construção e interpretação do conceito de propriedade em uma determinada sociedade.

Ao contextualizar a propriedade dentro de um cenário mais amplo, o autor demonstra uma visão abrangente e multifacetada desse complexo conceito. A referência a estudos das ciências sociais, como história, economia e direito, enriquece a análise, evidenciando a diversidade de perspectivas que podem contribuir para uma compreensão mais profunda da propriedade.

No segundo capítulo que aborda mais especificamente as questões teóricas do Direito Autoral sobre as obras geradas por inteligência artificial destaca a importância da atribuição e extensão de direitos nessa conjuntura complexa e em constante evolução. A opinião aprofundada realizada pelo autor revela a necessidade de repensar as formas tradicionais de atribuição de direitos autorais diante dos desafios apresentados pela produção de obras por sistemas de inteligência artificial.

A questão da autoria e titularidade ganha destaque nesse capítulo, pois a autoria de obras geradas por IA levanta questionamentos sobre quem deve ser considerado o autor legítimo e, conseqüentemente, quem detém os direitos sobre essas criações. A extensão dos direitos autorais para abranger produtos da inteligência artificial requer uma reflexão cuidadosa sobre como garantir a proteção dos interesses dos criadores humanos, ao mesmo tempo em que se reconhece a contribuição das tecnologias de IA para a produção de obras criativas.

A discussão sobre a atribuição e extensão de direitos autorais em relação aos produtos da inteligência artificial envolve não apenas questões legais, mas também implicações éticas, sociais e econômicas. A defi-

nição de um regime de apropriação adequado para esses produtos requer uma visão holística que leve em consideração os diversos interesses em jogo, incluindo incentivos à inovação, acesso à cultura e equidade na distribuição de benefícios.

Sem dúvida Luca Schirru destacou com acuidade a complexidade na atribuição e extensão de direitos no cenário da inteligência artificial, apontando para a necessidade de repensar e adaptar as estruturas legais existentes para lidar de forma eficaz e justa com as novas formas de criação e produção impulsionadas pela tecnologia.

O capítulo terceiro aborda a inteligência artificial destacando as diversas aplicações dessa tecnologia no campo da criação artística, literária e científica. A posição exteriorizada pelo autor revela o impacto significativo que a inteligência artificial tem tido nesses domínios, proporcionando novas oportunidades e desafios para os criadores e para a sociedade como um todo.

A discussão sobre as aplicações da IA na criação artística destaca como artistas e desenvolvedores têm explorado essa tecnologia para superar bloqueios criativos, agregar novas técnicas e ideias, e aproveitar os potenciais lucros em um mercado em constante crescimento. O uso da inteligência artificial na produção de obras artísticas abre caminho para a experimentação e inovação, permitindo a criação de conteúdos originais e impactantes.

No campo da criação literária, a inteligência artificial tem sido utilizada para gerar textos, poemas e narrativas de forma automatizada, desafiando conceitos tradicionais de autoria e originalidade. A capacidade dos sistemas de IA de produzir conteúdos escritos levanta questões sobre a natureza da criatividade e o papel do autor no processo de criação, ampliando o debate sobre os limites e as possibilidades da colaboração entre humanos e máquinas.

A aplicação da inteligência artificial na produção científica tem revolucionado a forma como pesquisas são conduzidas e descobertas são feitas. Sistemas de IA são capazes de analisar grandes volumes de dados,

identificar padrões e realizar previsões com precisão, contribuindo para avanços significativos em diversas áreas do conhecimento.

Ao tratar das aplicações da inteligência artificial no campo da criação artística, literária e científica Schirru destaca a importância e o impacto dessa tecnologia na transformação dos processos criativos e na redefinição dos conceitos de autoria, originalidade e inovação. O crivo realizado pelo autor lança luz sobre as oportunidades e desafios que surgem com a integração da IA nesses domínios, convidando à reflexão sobre o futuro da criação e da produção cultural e científica.

O último capítulo aborda o regime de apropriação dos produtos desenvolvidos por meio do emprego de sistemas de inteligência artificial sob o direito autoral, destacando a importância do conceito de meta-apropriação nesse ambiente complexo e desafiador. A posição teórica dada pelo autor revela a necessidade de repensar as estruturas tradicionais de apropriação de obras diante dos novos paradigmas introduzidos pela inteligência artificial.

A discussão sobre o sistema de meta-apropriação dos produtos de IA destaca a necessidade de considerar não apenas a autoria e a titularidade das obras geradas por sistemas automatizados, mas também a natureza e o processo de criação dessas obras. O conceito de meta-apropriação proposto por Schirru sugere um tratamento mais amplo e contextualizado para a atribuição de direitos autorais, levando em consideração não apenas os aspectos técnicos e legais, mas também os aspectos éticos, sociais e econômicos envolvidos na produção e na utilização de obras de IA.

A meta-apropriação dos produtos de inteligência artificial busca promover uma reflexão crítica sobre as relações entre criadores humanos, sistemas de IA e obras geradas por esses sistemas. Ao reconhecer a complexidade e a interdependência desses elementos, o sistema de meta-apropriação proposto por Schirru visa garantir uma distribuição justa e equitativa dos direitos autorais, considerando os diferentes agentes envolvidos no processo criativo.

O tratamento crítico do regime de apropriação dos produtos desenvolvidos por sistemas de inteligência artificial sob o direito autoral está

presente na obra de Luca Schirru, destacando-se a relevância e a inovação do conceito de meta-apropriação como um tratamento abrangente e contextualizada para lidar com os desafios e as oportunidades apresentados pela produção de obras de IA.

CONSIDERAÇÕES E REFLEXÕES FINAIS

O trabalho de pesquisa subjacente na obra de Luca Schirru sobre direito autoral e inteligência artificial apresenta uma reflexão profunda e provocativa sobre os desafios e as oportunidades que surgem da interseção entre esses dois campos complexos e em constante evolução. O autor destaca a necessidade urgente de repensar as estruturas legais e conceituais existentes para lidar com a produção e apropriação de obras geradas por sistemas de IA, levando em consideração não apenas as questões técnicas e jurídicas, mas também as implicações éticas, sociais e econômicas dessas transformações.

Schirru ressalta a importância de se reconhecer a natureza híbrida e colaborativa da criação de obras de IA, que envolve tanto a contribuição de algoritmos e sistemas automatizados quanto a intervenção e a criatividade humanas. Essa dinâmica complexa desafia conceitos tradicionais de autoria, originalidade e titularidade, exigindo um enfoque mais flexível e contextualizada para a atribuição de direitos autorais e a proteção de obras de IA.

O autor destaca a necessidade de se promover um diálogo amplo e inclusivo entre diferentes atores e setores da sociedade para garantir uma regulação adequada e equitativa das obras de IA. A colaboração entre juristas, tecnólogos, artistas, pesquisadores e legisladores é fundamental para desenvolver políticas e práticas que promovam a inovação, a criatividade e o acesso democrático à cultura e ao conhecimento.

Inobstante, Schirru também alerta para os riscos e desafios que surgem com a crescente integração da inteligência artificial na produção cultural e científica, incluindo questões de viés algorítmico, concentração de poder e desigualdade de acesso. A necessidade de se estabelecer salva-

guardas e mecanismos de controle para proteger os direitos dos criadores e garantir a diversidade e a pluralidade na produção de obras de IA é fundamental para construir um ambiente ético e sustentável para a inovação tecnológica.

Em grande e apertada síntese, a obra oferece uma perspectiva sobre os desafios e as oportunidades que surgem da interseção entre direito autoral e inteligência artificial. O autor destaca a importância de se adotar um pensamento crítico e proativo para lidar com essas questões complexas, visando promover uma regulação justa e equilibrada que estimule a criatividade, a inovação e o progresso social em um mundo cada vez mais digital e interconectado.

REGRAS DE SUBMISSÃO E DIRETRIZES PARA AUTORES

- **Condições para submissão**

Os trabalhos deverão ser apresentados pelo sistema de submissão eletrônica da Revista: <https://revista.ioda.org.br/index.php/rrddis/submissions>. Como parte do processo de submissão à RRDDIS - Revista Rede de Direito Digital, Intelectual & Sociedade, os/as autores/as são obrigados/as a verificar a conformidade do envio em relação a todos os itens listados no sistema. As submissões que não estiverem de acordo com as normas serão devolvidas aos/às autores/as.

A RRDDIS não cobra taxas para a submissão, avaliação, publicação ou download de artigos. A publicação dos artigos não gera qualquer direito de remuneração aos/às autores/as.

- **Diretrizes para Autores**

REGRAS DE SUBMISSÃO

1 PERIODICIDADE E OBJETIVOS

A RRDDIS é uma publicação semestral, de fluxo contínuo, de trabalhos científicos inéditos no âmbito da Ciência Jurídica, visando também a interdisciplinaridade com áreas afins que tratam das novas tecnologias na Sociedade Informacional. Tem como missão difundir a pesquisa e o

conhecimento científico desenvolvidos pelas comunidades brasileira e internacional.

A Revista tem interesse na publicação de artigos, respostas a artigos, comentários jurisprudenciais, estudos, pareceres e resenhas críticas.

A submissão eletrônica textos na RRDDIS adota as padronizações que estão disponíveis no site <https://revista.ioda.org.br/>

2 NORMAS GERAIS

A submissão deverá atender apropriadamente às normas externas (ABNT) mencionadas nas diretrizes.

Os textos submetidos **não** poderão conter qualquer elemento identificador de sua autoria.

Os autores obrigatoriamente devem apresentar seus trabalhos por meio do sistema de submissão eletrônica da Revista, exclusivamente no formato Microsoft Word. Não são aceitos trabalhos submetidos via e-mail nem em formato .pdf.

3 DE NÚMERO AUTORES, SUBMISSÕES E GRAU ACADÊMICO MÍNIMO

Os artigos, comentários jurisprudenciais, estudos, pareceres e resenhas críticas devem ter no máximo três autores/as — formados/as em direito ou em áreas afins —, sendo que pelo menos um/a dos/as autores/as deve possuir título de doutor/a ou possuir notório conhecimento jurídico e científico nas linhas de pesquisa abordadas pela Revista.

Cada autor/a poderá ter um único texto em processo editorial; a Revista adota um intervalo de duas edições entre a publicação de dois trabalhos de um/a mesmo/a autor/a.

A critério da equipe editorial e após deliberação interna, trabalhos que derivem de pesquisas realizadas por grupos maiores de pesquisado-

res/as podem ser considerados, desde que acompanhados de exposição fundamentada.

O processo de admissão de trabalhos da Revista RRDDIS busca atender com rigor aos quesitos de exogenia e de filiação a instituições estrangeiras. Nos termos explicitados pelos relatórios do Qualis Periódicos da Capes, a Revista concede prioridade a artigos de autores vinculados a instituições situadas fora do Paraná e do Brasil.

4 FORMA, EXTENSÃO, IDIOMAS E NORMAS DE FORMATAÇÃO

A Revista RRDDIS aceita textos contendo entre 7.000 e 12.000 palavras (cerca de 17 a 30 páginas em formato A4, fonte Times New Roman, corpo 12, espaçamento 1,5 entre linhas), incluindo título, resumo (100-250 palavras), palavras-chave (3 a 5), títulos de seção, texto principal, notas de rodapé, referências e quaisquer apêndices.

As citações deverão ser incluídas de acordo com o sistema autor-data e as referências devem seguir o padrão contido na norma ABNT NBR 6023:2018.

As notas explicativas deverão ser apresentadas no rodapé do texto (formatação: fonte Times New Roman, corpo 10, espaçamento simples entre linhas).

Citações diretas com mais de três linhas deverão manter recuo em relação à margem esquerda (formatação: fonte Times New Roman, corpo 10, espaçamento simples entre linhas).

São aceitos artigos em português, inglês, espanhol, italiano, francês e alemão.

Os artigos serão publicados em sua língua original. Artigos escritos em português e outras línguas que não o inglês devem apresentar, adicionalmente (também incluídos no limite acima), o título, o resumo e as palavras-chave em inglês.

O resumo deve ser elaborado conforme a ABNT NBR 6028, contendo o objetivo, o método, os resultados e as conclusões do trabalho. As

seções podem ser primárias, secundárias e terciárias, e, conforme a norma ABNT NBR 6024, todas as seções devem conter um texto relacionado a elas (não pode haver dois ou mais títulos de seção em sequência, sem texto entre eles). Não deverão ser utilizados sumários nem epígrafes; as seções de introdução e de referências não deverão ser numeradas.

Resenhas críticas seguem as mesmas regras, mas estão limitadas a 4.000 palavras e o resumo não é obrigatório. A critério da equipe editorial, trabalhos mais curtos ou mais longos podem ser considerados, após exposição fundamentada e deliberação interna.

5 AVALIAÇÃO CEGA

A Revista RRDDIS utiliza o método duplo cego (*double-blind peer review*), o que significa que, durante todo o processo editorial, as identidades dos avaliadores e dos autores são mantidas em sigilo mútuo.

• Declaração de Direito Autoral

Os autores declaram que qualquer texto apresentado, se aceito, não será publicado em outro meio/lugar, em inglês ou em qualquer outra língua, e inclusive por via eletrônica, salvo mencione expressamente que o trabalho foi originalmente publicado na RRDDIS - Revista Rede de Direito Digital, Intellectual & Sociedade.

A Revista RRDDIS desde a sua primeira publicação licencia todos os textos sob a Licença Creative Commons Atribuição 4.0 Brasil (CC BY 4.0 BR), que permite o compartilhamento do trabalho com reconhecimento da autoria e da publicação inicial na Revista;

Os autores que publicam na Revista RRDDIS concordam com os seguintes termos:

- os autores mantêm os direitos autorais e transferem à Revista o direito de primeira publicação, com o trabalho licenciado sob Licença Creative Commons — Atribuição 4.0 Brasil (CC BY 4.0

BR) —, que permite o compartilhamento do trabalho com reconhecimento da autoria e da publicação inicial na Revista;

- os autores têm autorização para assumir contratos adicionais separadamente, para distribuição não exclusiva da versão do trabalho publicada na Revista (ex.: publicar em repositório institucional ou como capítulo de livro), com reconhecimento da autoria e da publicação inicial na Revista;
- qualquer pessoa é livre para compartilhar (copiar e redistribuir o trabalho em qualquer suporte ou formato) e para adaptar (remixar, transformar e criar a partir do trabalho) para qualquer fim, mesmo que comercial, devendo, em qualquer caso, dar o crédito apropriado, prover um link para a licença e indicar se mudanças foram feitas no trabalho original, nos termos da Licença Creative Commons mencionada — Atribuição 4.0 Brasil (CC BY 4.0 BR) — e respeitados a Lei nº 9.610/1998 e outros normativos pertinentes.

- **Política de Privacidade**

Os nomes e endereços de e-mail informados no processo de submissão serão usados exclusivamente para os propósitos da Revista. Tais dados serão disponibilizados somente nos trabalhos publicados, não sendo disponibilizados para outras finalidades ou a terceiros.

As informações pessoais necessárias para a submissão e publicação dos trabalhos serão recolhidas e armazenadas em conformidade com a Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD.

