

RRDDIS

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

v.2

n.3

2022

ISSN 2763-7204  
e-ISSN 2763-7220





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

Periodicidade semestral | janeiro/junho 2022

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.2, n.3, 2022 (jan./jun. 2022)

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

**CONSELHO EDITORIAL**

Alexandre Libório Dias Pereira – Universidade de Coimbra/Portugal

Allan Rocha de Souza – UFRRJ/UFRRJ

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  
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

<b>EDITORIAL.....</b>	<b>11</b>
-----------------------	-----------

**Marcos Wachowicz**

## **PARTE I DIREITO AUTORAL E SOCIEDADE INFORMACIONAL**

<b>AS PERFORMANCES CRIADAS POR INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: O REFLEXO DOS ALGORITMOS NA RESSURREIÇÃO DIGITAL.....</b>	<b>17</b>
---	-----------

*The performances created by Artificial Intelligence: the reflection of algorithms in digital resurrection*

**Marcos Wachowicz**

**Gustavo Fortunato D'Amico**

## **PARTE II AS NOVAS FRONTEIRAS DOS DIREITOS INTELECTUAIS**

<b>AS PLATAFORMAS COMERCIAIS DE PARTILHA EM LINHA DE CONTEÚDOS DIGITAIS E OS DIREITOS DE AUTOR NA UNIÃO EUROPEIA .....</b>	<b>41</b>
--	-----------

*Commercial platforms for online sharing of digital content and copyright in the European Union*

**Alexandre L. Dias Pereira**

## **PARTE III INOVAÇÃO, DIREITO DIGITAL E TECNOLOGIA**

<b>A INFLUÊNCIA DO PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO AMBIENTE DIGITAL NA DECISÃO DO <i>OVERSIGHT BOARD</i> NO CASO TRUMP .....</b>	<b>89</b>
--	-----------

*The influence of the digital environment constitutionalization process on the Oversight Board's decision in the Trump case*

**Raíssa Paula Martins**

**Rodrigo Vieira Costa**

**PARTE IV**  
**ESTUDOS DE CASO,**  
**JURISPRUDÊNCIA E LEGISLAÇÃO**

**AS PATENTES DE PROCESSO NA BIOTECNOLOGIA: UM ESTUDO DE CASO A PARTIR DO RESP Nº 1.610.728/RS ..... 127**

*Process patents in biotechnology: a case study based on Resp no. 1,610,728/RS*

**Marcos da Cunha e Souza**

**AUTORIA E TITULARIDADE DA PROPRIEDADE INTELECTUAL NA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: NOTÍCIAS PELO MUNDO ..... 163**

*Authorship and ownership of IP in AI: news around the world*

**Ryan Abbott**

**PARTE V**  
**RESENHAS E OUTROS ESTUDOS**

**A BATALHA DO *DROIT D'AUTEUR* NA FRANÇA DO SÉCULO XVIII ..... 181**

*The battle over authors' rights in eighteenth-century France*

**Marco Antônio Sousa Alves**

**RESENHA: "CURSO DE CONCORRÊNCIA DESLEAL" ..... 207**

*Review: "Unfair competition course"*

**Marcos Wachowicz**

**REGRAS DE SUBMISSÃO E DIRETRIZES PARA AUTORES ..... 213**

## EDITORIAL

É notável a crescente expansão e consolidação das investigações e dos debates acerca das temáticas de direito digital e direito da sociedade informacional nos últimos anos, tanto no ambiente acadêmico quanto fora dele. Por envolver questões contemporâneas e cada vez mais recorrentes nas relações interpessoais e institucionais, o tema das novas tecnologias e de suas implicações jurídicas e socioculturais permanece em destaque na mídia, nos círculos sociais e, naturalmente, nos centros de pesquisa e de divulgação científica.

Nesse contexto, a publicação da **Revista Rede de Direito Digital, Intelectual & Sociedade (RRDDIS)** emerge como recurso indispensável não apenas para o registro e a difusão do pensamento jurídico a respeito da matéria, mas também para associar os interesses interdisciplinares que atravessam as questões inerentes à Sociedade Informacional em permanente transformação. Com isso, a RRDDIS concretiza sua missão de divulgação da pesquisa e do conhecimento científico desenvolvido pelas comunidades brasileira e internacional, formando uma rede de pesquisadores e especialistas com propósitos convergentes.

É fundamental destacar que o alcance desse objetivo pela RRDDIS também se estabelece pelo **Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial (GEDAI)**, vinculado ao **Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (PPGD-UFPR)**, através do impulso dado pelo **Instituto Observatório do Direito Autoral (IODA)**, associação científica sem fins lucrativos inserida na área

do Direito da Propriedade Intelectual no Brasil, que conta com o apoio internacional da **Rede Ibero-Americana de Propriedade Intelectual (RIAPI)**.

O compromisso com a excelência da publicação revela-se em sua exogenia e sua internacionalização, ao reunir articulistas e trabalhos de instituições de todo o Brasil e também de fora do país. Adicionalmente, além das submissões de pesquisadores nacionais e internacionais e da recepção de trabalhos em idiomas diversos, a RRDDIS conta ainda com uma equipe qualificada de conselheiros e pareceristas afiliados a renomadas instituições brasileiras e estrangeiras, fortalecendo essa rede plural e interativa que se propõe a estabelecer.

Desde a veiculação de sua primeira edição, a RRDDIS foi estruturada de forma sistemática em cinco seções que dialogam entre si, para viabilizar a categorização didática das pesquisas. As seções são:

- (i) Direito Autoral e Sociedade Informacional;
- (ii) As Novas Fronteiras dos Direitos Intelectuais;
- (iii) Inovação, Direito e Tecnologia;
- (iv) Estudos de Caso, Jurisprudência e Legislação; e
- (v) Resenhas e Outros Estudos.

Após dois fascículos publicados e muito bem recebidos pela comunidade acadêmica, a RRDDIS segue, neste terceiro número, ampliando as discussões e propondo novas reflexões a respeito dos direitos digitais e intelectuais com comprometimento e rigor científico.

Na primeira seção, de tema Direito Autoral e Sociedade Informacional, o artigo *As performances criadas por inteligência artificial: o reflexo dos algoritmos na ressurreição digital*, dos pesquisadores **Marcos Wachowicz** e **Gustavo Fortunato D'Amico**, busca discutir a titularidade de obras intelectuais criadas por aplicações de inteligência artificial, com destaque para sua utilização em projetos de ressurreição digital.

Na seção seguinte, que apresenta As Novas Fronteiras dos Direitos Intelectuais, o autor **Alexandre L. Dias Pereira** apresenta no artigo *As plataformas comerciais de partilha em linha de conteúdos digitais e os direitos de*

autor na *União Europeia* uma perspectiva internacional sobre o papel dos direitos de autor na era digital.

Na terceira parte, que leva o título *Inovação, Direito Digital e Tecnologia*, os pesquisadores **Raíssa Paula Martins** e **Rodrigo Vieira Costa** analisam a decisão proferida pelo Oversight Board sobre a suspensão indefinida da conta de Donald Trump no Facebook sob a ótica do processo de constitucionalização digital, em seu trabalho *A influência do processo de constitucionalização do ambiente digital na decisão do Oversight Board no caso Trump*.

A seção destinada a Estudos de Caso, Jurisprudência e Legislação traz primeiramente o artigo *As patentes de processo na biotecnologia: um estudo de caso a partir do RESP nº 1.610.728/RS*, em que o pesquisador **Marcos da Cunha e Souza** propõe um exame crítico das patentes de processo no campo da biotecnologia, buscando desconstruir a visão atual do instituto para acrescentar uma nova perspectiva.

Na sequência, no trabalho *Autoria e titularidade da Propriedade Intelectual na Inteligência Artificial: notícias pelo mundo*, o pesquisador **Ryan Abbott** relata casos, tendências e cenários globais contemporâneos na temática de autoria e titularidade em propriedade intelectual nas ocasiões em que inteligências artificiais estão envolvidas.

A última parte, por fim, volta-se à veiculação de Resenhas e Outros Estudos na área temática da Revista. Nesta edição, o autor **Marco Antônio Sousa Alves** publica o artigo *A batalha do droit d'auteur na França do século XVIII*, em que objetiva aprofundar criticamente a compreensão da emergência dessa tradição de grande influência no direito de autor no Brasil e no mundo.

Ainda, compõe essa seção a *resenha do livro de Pedro Marcos Nunes Barbosa "Curso de Concorrência Desleal"*, obra que não apenas analisa o tema da concorrência desleal e suas imbricações, mas apresenta um enfoque crítico aos fenômenos de comercialização do Direito Civil.

Com a diversidade e profundidade dos trabalhos rigorosamente selecionados, este terceiro fascículo da RRDDIS apresenta a riqueza do panorama científico que considera as temáticas emergentes da Sociedade

Informacional, tanto no Brasil quanto no exterior. Assim, a publicação reafirma seu compromisso em desempenhar com excelência o papel de instrumento articulador e fomentador do debate acadêmico e social, buscando também estimular a condução de mais investigações na área e a ampliação do interesse pelas questões aqui apresentadas.

*Marcos Wachowicz*

Editor



# **DIREITO AUTORAL E SOCIEDADE INFORMACIONAL**

## **PARTE I**

**RRDDIS**

# AS PERFORMANCES CRIADAS POR INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: O REFLEXO DOS ALGORITMOS NA RESSURREIÇÃO DIGITAL

*The performances created by Artificial Intelligence: the  
reflection of algorithms in digital resurrection*

**Marcos Wachowicz<sup>1</sup>**

**Gustavo Fortunato D'Amico<sup>2</sup>**

## RESUMO:

O presente artigo busca compreender como a utilização da tecnologia de *deepfake* influencia nos projetos de ressurreição digital. Esses projetos permitem inserir digitalmente atores já falecidos em obras novas. O *deepfake* consiste em um processo de inteligência artificial em que a máquina consegue combinar materiais para criar obras novas. A combinação entre as duas tecnologias pode ser vista na exposição *Dali Lives*, onde o artista foi digitalmente recriado para interagir com os visitantes do museu. Para isso, utiliza-se como método de estudo, referências bibliográficas de caráter multidisciplinar, legislativas e jurisprudenciais, no Brasil e nos Estados

## ABSTRACT:

*This paper seeks to understand how the use of deepfake technology influences digital resurrection projects. These projects allow the digitally inserting of deceased actors in new works. deepfake is an artificial intelligence process in which the machine can combine materials to create new works. The combination of the two technologies can be seen in the exhibition Dali Lives, where the artist was digitally recreated to interact with visitors to the museum. To achieve the purpose of this study, bibliographic references of a multidisciplinary, legislative and jurisprudential character, in Brazil and in the United States, are used as a method of study. The paper will then present*

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> Advogado. Mestre em Propriedade Intelectual e Transferência de Tecnologia para Inovação pelo PROFNIT/UFPR. Pós-graduado em Propriedade Intelectual e Comércio Eletrônico pela Universidade Positivo, Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Curitiba. Certificado no curso CopyrightX promovido pela Harvard Law School. Pesquisador Sênior no Grupo de Estudos e Direitos Autorais e Industriais (GEDAI/UFPR). Autor do livro “Ressurreição Digital: aspectos jurídicos e repercussões” e organizador da obra “O Direito e a Ressurreição Digital”. E-mail: gustavo@abedavocacia.com.br.

Unidos. Serão apresentados os conceitos de ambas as tecnologias. Em seguida, será discutido, como funciona os direitos dos intérpretes e como ficam nas situações envolvendo as *deepfakes*. Por fim, será analisado como tem sido discutida a titularidade das obras intelectuais criadas por aplicações de inteligência artificial. Conclui-se que no Brasil, a lei não prevê esses tipos de situações, deixando a titularidade nesse material aberta para discussões, evidenciando a necessidade de uma adequação legislativa para dirimir eventuais conflitos que poderão advir da implementação dessas tecnologias no país.

**Palavras-chave:** Ressurreição digital; *deepfake*; direito autoral; inteligência artificial; propriedade intelectual.

*the concepts of both technologies. It will then be discussed, how the copyright of interpreters are protected and how it will be affected in situations involving deepfakes. Finally, it will be analyzed how the ownership of intellectual works created by artificial intelligence applications might be treated in Brazilian laws. It is concluded that, in Brazil, the law does not provide for these types of situations, leaving ownership in these creations open for discussions, evidencing the need for a legislative adequacy to resolve any conflicts that may arise from the implementation of these technologies in the country.*

**Keywords:** Digital resurrection; *deepfake*; copyright; artificial intelligence; intellectual property.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; **1.** O RETORNO DE DALÍ; **2.** AS NOVAS TECNOLOGIAS ENVOLVIDAS NO RETORNO DE DALÍ; **2.1.** A RESSURREIÇÃO DIGITAL; **2.2.** *DEEPFAKES*; **3.** DIREITOS AUTORAIS DO INTÉRPRETE; **4.** A AUTORIA DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

## INTRODUÇÃO

Em *St. Petesburg*, Flórida, os visitantes do *Dalí Museum* se deparam com um totem do tamanho de uma pessoa. Ao analisá-lo, observam uma figura sentada pintando, ou até mesmo lendo o jornal do dia, em seguida, os visitantes, são incentivados a apertarem o botão *start* e o que se sucede é algo, até então, inimaginável.

A figura olha em direção ao visitante, se levanta e, vagarosamente, caminha em direção à tela, quando a silhueta chega à luz, é possível identificar quem é: Salvador Dalí, falecido há mais de 30 anos e que agora aparece diante dos olhos do público.

O pintor cumprimenta os visitantes e tem uma breve conversa com eles, sobre sua vida, sua arte ou acontecimentos recentes, mas a grande surpresa é ao final quando Dalí, ao se despedir, pede para tirar uma *selfie* com eles. Para isso ele retira do bolso um *smartphone* e tira a foto, a qual ele envia, via mensagem, ao visitante, para que este possa compartilhar em suas redes sociais esse momento único.

Essa experiência é a nova exposição permanente do *Dalí Museum* chamada “*Dalí lives*”. O projeto é o resultado de um estudo aprofundado sobre o artista, somado à tecnologia de *deepfake* que resulta em mais um caso da controversa ressurreição digital.

A ressurreição digital é um tema que vem ganhando cada vez mais espaço na indústria do entretenimento, pois ela permite recriar artistas já falecidos para terem sua imagem utilizada em novas obras. Isso tem gerado uma série de discussões sobre a moralidade desses usos, bem como a legalidade dessas produções.

Contudo, esse caso apresenta mais uma questão polêmica, a representação de Dalí é feita por uma inteligência artificial e muito se discute sobre como ficam os direitos sobre as obras criadas por máquinas, principalmente no que se refere à titularidade das suas criações.

Dalí, em vida, foi um dos maiores nomes do surrealismo e conhecido por sua personalidade excêntrica, assim, não é de se estranhar que o seu caso reúna dois dos assuntos mais polêmicos da atualidade.

Dessa forma, o presente artigo, - por meio de revisão de bibliográfica, legislativa e jurisprudencial, tanto do Brasil quanto dos Estados Unidos - busca compreender de que forma o caso *Dalí Lives* reflete nas discussões sobre ressurreição digital e inteligência artificial, e quais são os reflexos dessa nova tecnologia nos direitos autorais.

Contudo, para isso, não discutir-se-á sobre os direitos de imagem do pintor, mas tão somente sobre o direito autoral da obra final, em exposição permanente no museu.

Para isso será feita uma análise das tecnologias envolvidas em ambos os processos. Em seguida, será observado como os direitos autorais

são impactados por esses casos, e quais os obstáculos que ordenamento jurídico poderá enfrentar futuramente.

## 1 O RETORNO DE DALÍ

A exposição permanente *Dalí Lives* foi idealizada como uma forma de celebrar os 115 anos do nascimento do artista.

O projeto foi desenvolvido em parceria entre o museu *The Dalí* e a agência de publicidade *Goodby, Silverstein & Partners* (LEE, 2019) e contou, ainda com o apoio e aprovação da Fundação Gala-Salvador Dalí, responsável pela gestão e proteção da imagem e obras do artista (HARIDY, 2019).

O processo consistiu em uma imensa análise das entrevistas e imagens do artista, em seguida foram selecionados os *frames* em que Dalí estava na posição correta para o projeto, algo em torno de 6.000 *frames*. A próxima etapa, foi inserir todas elas para análise pela inteligência artificial, resultando em mais de 1.000 horas de *machine learning* (THE DALI MUSEUM, 2019).

Em paralelo, além das entrevistas e imagens de arquivo, foram analisados cartas, citações, gravações, textos, anotações e afins do artista, para estabelecer as linhas de diálogo que seriam utilizadas para conversar com os visitantes.

Em seguida, foi contratado um ator, com um biotipo muito similar ao de Dalí, para ser o corpo, e um dublador para imitar a sua voz e mais especificamente imitar seu sotaque muito peculiar, uma mistura de francês, espanhol e inglês (HARIDY, 2019).

Por fim, o ator que faz o corpo é gravado pronunciando diversas frases, para depois ser inserido o rosto criado pela inteligência artificial, somado ao áudio do dublador responsável pela voz do Dalí.

O resultado são 125 vídeos interativos que perfazem um total de 45 minutos de imagens “novas” de Salvador Dalí e que permitem 190.512 combinações possíveis de conversas interativas entre os visi-

tantes e o artista, fazendo com que cada interação seja única (THE DALI MUSEUM, 2019).

Assim, os visitantes do museu podem conversar com o artista sobre histórias de sua vida, suas obras, o clima, entre outras coisas (FOREMAN, 2019), retirando o público do papel de mero expectador e o colocando como parte da situação, auxiliando na imersão na obra de Dalí.

## 2 AS NOVAS TECNOLOGIAS ENVOLVIDAS NO RETORNO DE DALÍ

### 2.1 A ressurreição digital

A realização de um projeto de ressurreição digital de Salvador Dalí, em essência, não se difere conceitualmente daqueles processos que já eram utilizados em outros casos, como no Peter Cushing.

De forma bem sucinta é possível explicar a ressurreição digital como sendo o processo pelo qual “utilizando-se de computação gráfica, artistas conseguem recriar digitalmente a imagem de uma pessoa já falecida, para depois inseri-la em uma obra nova.” (D’AMICO, 2017, p. 117).

O conceito de recriar a imagem de artistas já falecidos em trabalhos novos, não é algo recente, sendo possível encontrar as primeiras tentativas já nos anos 80 (BEARD, 1993).

Desde então, muito se avançou nos efeitos especiais e na computação gráfica, ao ponto de permitir que tais projetos se tornem cada vez mais frequentes. Sendo a participação de Peter Cushing no filme “*Rogue one: a star wars story*”, de 2016, um marco no debate, pois ao se buscar atender uma necessidade de roteiro, optou-se por recriar o ator, haja vista que ele havia representado o personagem no primeiro filme da franquia (ITZKOFF, 2016).

Contudo, enquanto a intenção de recriar Cushing era para dar sensação de continuidade na obra cinematográfica, surgiram casos em que

a tecnologia da ressurreição digital teve o propósito único de inovação, como é o caso envolvendo o ator James Dean.

Em 2019, foi anunciado que seria feito um filme sobre a guerra do Vietnã e entre seus protagonistas estaria James Dean, morto em 1955. O motivo, de acordo com os diretores Anton Ernst e Tati Golykh, é que eles procuraram por todo o mundo mas, infelizmente, não conseguiram encontrar alguém que conseguisse interpretar o personagem melhor que James Dean (GUERRASIO, 2019).

Nos Estados Unidos, para conseguir essas atuações é necessário obter a autorização do espólio do artista para realizar o processo. Isso ocorre porque lá existe a figura dos *Publicity Rights*, o qual pode ser facilmente traduzido como Direito de Publicidade, definido da seguinte forma:

O direito de publicidade engloba o direito intangível de um indivíduo – principalmente de uma figura pública ou celebridade – de controlar o valor e a exploração comercial de seu nome, imagem, aparência ou voz, e de impedir outros de explorarem injustamente esse valor através de propaganda ou outros meios comerciais. (HENDERSON, 2009, p. 169,).<sup>3</sup>

Ainda, sobre o direito de publicidade, Fontein (2017), esclarece que ele fica entre o direito marca e o de privacidade, já que o primeiro garante ao seu titular o direito de não ser perturbado em sua intimidade; e o segundo, procura evitar que consumidores sejam levados a erro por causa de usos enganosos. Dessa forma, podemos verificar que este direito tem por objetivo evitar uma eventual utilização não autorizada ou enganosa da imagem da celebridade, ao mesmo tempo em que permite a ela a possibilidade de explorar economicamente sua exposição (FONTEIN, 2017).

Uma vez obtida a autorização para recriar a aparência do artista falecido, entra em cena o papel dos técnicos que realizam um minucioso

---

<sup>3</sup> Do original em inglês: *The right of publicity encompasses the intangible right of an individual – primarily a public figure or a celebrity – to control the commercial value and exploitation of his or her name, picture, likeness, or voice and to prevent others from unfairly exploiting this value through advertising or trade purposes for commercial benefit.*

estudo das várias imagens do ator, intencionando recriar suas medidas, bem como os pequenos detalhes de sua aparência e de seus trejeitos (movimentos corporais voluntários e involuntários) (ITZKOFF, 2016).

Logo depois, considerando que o modelo digital não tem a capacidade de atuar, é contratado outro ator para fazer a captura de movimento e a voz do personagem. Para isso, é preciso que o ator utilize equipamentos de captura de movimento, os quais serão, posteriormente, inseridos no modelo tridimensional do novo intérprete, para, só então, serem transferidos para o modelo do artista falecido, onde passará pelos últimos ajustes. (SARKAR, 2016).

Contudo, o caso *Dalí Lives* traz uma nova perspectiva, pois enquanto o modelo exposto acima necessita de intervenção de terceiros para moldar e alinhar as performances, o caso Dalí é feito inteiramente por inteligência artificial, sendo o sistema capaz de recriar, quase perfeitamente, o rosto de Dalí sobre o do intérprete, alinhando os rostos e expressões, vez que usa o método conhecido como *deepfake*, o qual passa-se à análise (THE DALI, 2019).

## 2.2 Deepfakes

O nome *deepfake* vem da junção das expressões *deep learning* e *fake*, sendo que este significa falso, enquanto aquele se trata de uma versão mais complexa do *machine learning*.

*Machine learning*, ou aprendizado de máquina, pode ser definido, de forma simplificada, como o processo pelo qual se ensina o computador a realizar atividades simples, com base em experiência, ou seja, a partir de um conjunto de informações base, a máquina analisa estatisticamente as informações para prever cenários possíveis (WACHOWICZ; GONÇALVES, 2019).

Por sua vez, o *deep learning*, ou aprendizado profundo, é uma evolução mais complexa do aprendizado de máquina. Ela se baseia na utilização de redes neurais para encontrar padrões em meio aos dados, como se observa da explanação de Wachowicz e Gonçalves (2019, p. 55):

A tecnologia consiste em uma série de unidades (assimilando-se aos neurônios). Cada uma dessas unidades combina uma série de valores de entrada (inputs) para produzir um valor de saída (output), que por sua vez também é passado para outros neurônios seguindo uma corrente (OSTP, 2016, p. 09). Desse modo, uma aplicação que utilize Deep Learning vai, em uma primeira etapa, analisar uma sequência de dados para chegar em determinado padrão; em seguida vai passar esse padrão por uma segunda camada de análise para chegar em um padrão mais refinado e daí em diante (OSPT *apud* WACHOWICZ; GONÇALVES, 2019, p.55).

Assim, é possível que a rede aprenda uma série de estruturas mais complexas, sem que haja a necessidade de alimentar o sistema com uma quantidade excessiva de dados.

Por sua vez, os *deepfakes* são vídeos digitalmente manipulados por uma inteligência artificial que após aprender as características de um rosto consegue inseri-lo em outro material (ÖHMAN, 2019). Assim, essas obras podem representar indivíduos dizendo, ou até mesmo fazendo, algo que nunca disseram ou fizeram, tudo por meio da troca de rostos.

Do ponto de vista tecnológico, o processo pode ser explanado da seguinte forma (WESTERLUND, 2019, p. 40-41):

... *deepfakes* são o produto das redes contraditórias generativas (RCGs), nomeadamente duas redes neurais artificiais trabalhando junto para criar uma mídia realista (CNN03). Essas duas redes chamadas 'o gerador' e "o discriminador" são treinadas com o mesmo banco de imagens, vídeos ou sons (GRD03). A primeira então tenta criar novas amostras que sejam boas o suficiente para enganar a segunda rede, que trabalha para determinar se a nova mídia parece real (FBR07). Assim, elas forçam o aperfeiçoamento uma da outra (PCM05).<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Do original em inglês: ...*deepfakes are the product of Generative Adversarial Networks (GANs), namely two artificial neural networks working together to create real-looking media (CNN03). These two networks called 'the generator' and 'the discriminator' are trained on the same dataset of images, videos, or sounds (GRD03). The first then tries to create new samples that are good*

Sendo assim, no caso do Dalí, as *deepfakes*, contam com uma rede neural que consegue, com base em análise de dados (imagens e vídeos), reproduzir, de forma quase perfeita, o comportamento, fala ou aparência de Dalí. Em seguida, esse material é cruzado com outro, no caso com a gravação do ator físico. Então, a máquina, com base nas informações coletadas trabalha para substituir o rosto do ator pelo do pintor, Dalí.

Dessa forma, esse conjunto de fatores conseguem representar, então, uma interpretação feita pela inteligência artificial de como Dalí agiria, com base na interpretação do ator. O que gera, uma questão importante no que tange aos direitos autorais dessa nova interpretação.

### 3 DIREITOS AUTORAIS DO INTÉRPRETE

Como abordado anteriormente, nos casos mais tradicionais de ressurreição digital, como é o caso de Peter Cushing, o processo é visto como um esforço colaborativo entre o artista que realiza a performance e a equipe de efeitos visuais, a qual, geralmente, é composta por diversos artistas, os quais utilizam-se dos *softwares* mais avançados de digitalização, animação e de renderização, mas que levam semanas de trabalho para produzir segundos de uma animação (LI, 2019).

O *deepfake*, por sua vez, deixa o trabalho de animação para apenas um sistema de inteligência artificial, o qual aprende a replicar e combinar o rosto do artista que se pretende recriar com a performance gravada, garantindo um resultado em que é quase imperceptível identificar a simulação.

Para entender como essa tecnologia impacta os direitos autorais, é necessário compreender a figura dos direitos dos intérpretes.

O direito do intérprete é previsto na Lei 9.610/98 (LDA), sob a classificação dos direitos conexos, que, apesar, de possuírem a sua natureza muito próxima a do direito de autor, com este não se confunde (FRAGOSO, 2009).

---

*enough to trick the second network, which works to determine whether the new media it sees is real (FBR 07). That way, they drive each other to improve (PCM05).*

Sobre isso, escreve Bittar (2008, p. 152):

Direitos conexos são os direitos reconhecidos, no plano dos de autor, a determinadas categorias que auxiliam na criação ou na produção ou, ainda, na difusão da obra intelectual. São os denominados direitos “análogos” ao de autor, “afins”, “vizinhos”, ou, ainda, “parautorais”, também consagrados universalmente.

Portanto, para o direito, artista intérprete é aquele que, com base em uma obra preexistente, realiza uma atividade criadora, resultando na apresentação de determinada obra sob a perspectiva do artista. Processo esse que, por sua vez, dá à obra uma nova vida, por meio da complementação e da sua atualização em forma visual e/ou auditiva (ASCENSÃO, 1997).

Sobre a sua atividade criadora, o artista intérprete, por força do contido no art. 90 da LDA, possui uma lista de situações nas quais ele pode autorizar ou proibir o uso de suas performances e, para analisar o presente caso, deve-se focar nas hipóteses previstas no inciso V e no parágrafo segundo do referido artigo, o qual estabelece que:

Art. 90. Tem o artista intérprete ou executante o direito exclusivo de, a título oneroso ou gratuito, autorizar ou proibir:

(...)

V - qualquer outra modalidade de utilização de suas interpretações ou execuções.

(...)

§ 2º A proteção aos artistas intérpretes ou executantes estende-se à reprodução da voz e imagem, quando associadas às suas atuações. (BRASIL, 1998)

Assim, pode-se observar que ao ator é permitido o controle sobre os usos comerciais de suas performances, sendo ele capaz de proibir qualquer modalidade de utilização de suas interpretações, bem como impedir a reprodução de sua voz ou imagem, quando associados à sua atuação (COELHO, 2010).

Como já foi visto, no caso de Dalí, um ator foi contratado para ser o corpo e simular os trejeitos, manias e gestos que eram comuns ao pintor, em outras palavras, a interpretação de como seria a pessoa Salvador Dalí.

Sendo assim, o ator teria o direito de limitar as utilizações da sua interpretação. Entretanto, esse direito continua valendo após passar pelo tratamento da inteligência artificial?

Quando as imagens passam pelo tratamento das RCGs, elas conseguem, após analisar milhares de imagens, criar um retrato ou, no caso, um *frame*. O qual, por sua vez, é muito aproximado do material de origem sem que seja, de fato, uma reprodução deles (WESTERLUND, 2019). Em outras palavras, a inteligência artificial não utiliza as imagens da interpretação e nem as imagens de Dalí, ela entrega, na verdade, um resultado que é a interpretação dela sobre os dois, sem que seja, de fato, a reprodução dos materiais de origem, o que pode ser compreendido como uma obra nova.

Dessa forma, a legislação, mesmo objetivando proteger o intérprete quanto aos usos que podem ser feitos com sua interpretação, não o torna o titular do personagem que representa, cabendo a ele apenas a possibilidade de coibir os usos não autorizados de sua performance (ASCENSÃO, 1997).

O ator, então, entregou ao museu a sua interpretação de Salvador Dalí, mas essa obra passou por um segundo tratamento, o processo de *deep learning*, que por sua vez, resultou em uma nova interpretação de Dalí, só que desta vez, realizada pela máquina.

Desta forma, pela regra contida no art.90 da LDA, temos então que ao artista, em tese, é permitido se opor à inserção de seu material no programa de *deep learning*, mas pode reivindicar a autoria do material criado pela inteligência artificial, uma vez que este não possui direitos sobre a obra nova.

Assim, ao contrário do caso de Peter Cushing, em que a interpretação de Guy Henry foi de fato utilizada, havendo apenas a troca dos rostos e ajustes mínimos para que a sincronização ficasse adequada, na interpretação apresentada na exposição *Dalí Lives*, o tratamento feito pelo sistema de *deepfake*, por mais que tenha por base a interpretação do ator, consiste em imagens completamente novas geradas pelo algoritmo, po-

dendo ser visto como uma imitação do artista base, o que não é proibido e sequer tem o poder de ferir o direito do outro intérprete (BEARD, 1993).

Nessa linha, leciona o Professor Ascensão (1997, p. 479):

Mas é impossível, falar em plágio de uma interpretação/execução.

Centenas de artistas tentaram tocar violino como Oistrakh, cantar como Elvis Presley, dançar como Margot Fonteyn. Podem ir desde cópia servil à inspiração – tomar jeito de... Também no Brasil são inúmeros os Paulo Gracindo ou as Gal Costa. Podemos gostar ou não.

O que não podemos é dizer que o “plágio, ou até a cópia servil de uma interpretação/execução, representam um ilícito – e até um crime, na conceituação da lei brasileira. Copiam-se obras, não interpretações.

Sendo assim, pode-se observar que, em que pese haver o direito de oposição conferido pelo artigo 90 da LDA, o mesmo não pode ser invocado no presente caso. Vez que, ao ator não podem ser conferidos direitos sobre a interpretação criada pela máquina, pois a ela pertence a interpretação, ainda que semelhante ao do intérprete.

Dessa sorte, nas palavras de Ascensão: “Justamente porque a interpretação não se objetiva nem se separa do artista, não há em relação a ela a possibilidade de apropriação que existe em relação à obra literária ou artística.” (ASCENSÃO, 1997, p. 479).

Contudo, a parir desse cenário surgem novas questões: se não pertence ao ator, a quem pertence a interpretação criada pela máquina? Pode a inteligência artificial ser autora de uma obra intelectual? Questões estas que serão tratadas na sequência.

## 4 A AUTORIA DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

O debate sobre a autoria das obras criadas por inteligência artificial, tem assumido um grande destaque no meio acadêmico, haja vista o

número crescente de projetos que se utilizam dessa tecnologia para criar quadros, músicas, roteiros, filmes e até mesmo notícias.

Mas apesar de a China já possuir decisão que reconhece a autoria de notícias escritas por uma aplicação de inteligência artificial (POLLO, 2020), para a grande maioria dos países, esta questão ainda não é pacificada.

Em sua tese, Luca Schirru (2020), indica a existência de, pelo menos, quatro correntes que discutem sobre a titularidade da obra criada por sistemas de inteligência artificial. As correntes são: a) domínio público, que se apresenta como a corrente dominante; b) criador do sistema; c) dono da máquina; e d) sistema de inteligência artificial em si.

Porém, o presente artigo se limitará a discutir apenas dois cenários para a situação da autoria, os quais aparentam possuir mais força no debate internacional. O primeiro, é aquele em que as obras pertencem ao dono da máquina; e o segundo, aquele em que as criações pertencem ao domínio público.

Na primeira corrente, existem os que defendem que os direitos sobre as criações das inteligências artificiais deveriam ficar ou com aqueles que desenvolveram o programa ou àqueles que são os donos das máquinas. Nessa linha, é possível indicar como principal base legislativa, o contido na secção 9(3) do Ato de Direitos Autorais, Desenhos e Patentes do Reino Unido (*apud* GUADAMUZ, 2017), que traz expressamente:

No caso de trabalhos literários, dramáticos, musicais ou artísticos gerados por computador, a autoria será concedida a aquele que promoveu os arranjos necessários para que a criação do trabalho ocorresse.<sup>5</sup>

Para os defensores desse argumento, a concessão dos direitos autorais sobre as criações da inteligência artificial, serviria como uma forma de incentivar as empresas a continuarem investindo no aprimoramento

---

<sup>5</sup> Do original em inglês: “*In the case of a literary, dramatic, musical or artistic work which is computer-generated, the author shall be taken to be the person by whom the arrangements necessary for the creation of the work are undertaken.*”

da tecnologia, o que, em tese, não ocorreria no caso das obras serem consideradas de domínio público (DEVARAPALLI, 2018).

Nessa linha, pode-se destacar, ainda, autores como Kalin Hristov (2017), que argumenta um paralelo entre relação proprietário/computador, com um cenário de empregador/empregado. Para a autora, da mesma forma com que o empregador pode ser o titular da obra criada por um de seus empregados, o proprietário da máquina poderia ser o titular da criação autoral da inteligência artificial.

Sendo assim, no caso Dalí, o Museu e a Goodby, Silverstein & Partners, em razão de terem encabeçado o projeto, realizando o levantamento das imagens do artista, selecionando os *frames* que melhor se adequavam ao resultado esperado, feito o levantamento das falas, contratado o ator e o dublador para então programar e alimentar o sistema para que ele pudesse criar sua obra, seriam os titulares absolutos daquele resultado, ou seja, dos 45 minutos de vídeos “novos” de Salvador Dalí.

Entretanto, para a segunda corrente analisada, para que as obras sejam consideradas protegidas pelo direito autoral, é preciso que ocorra um exercício criativo, que seria exclusivo dos seres humanos. E, por essa razão, não seria possível conferir às criações advindas de reprodução da máquina a proteção da lei autoral, o que colocaria estes conteúdos em domínio público.

Esse entendimento está presente na jurisprudência americana, ao atestar que o trabalho só pode ser considerado criativo quando desenvolvido por um ser humano (DEVARAPALLI, 2018). Sendo, inclusive, expresso no serviço de registro de direitos autorais do país a informação de que só serão registrados aqueles trabalhos que tenham sido desenvolvidos por um humano (GUADAMUZ, 2017).

O Brasil, por sua vez, aparece alinhado com a posição norte-americana. Pois, ao tratar das obras intelectuais protegidas e da definição de autor, contidas nos artigos 7 e 11 da Lei de Direitos Autorais, traz a seguinte redação:

Art. 7º. São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro

(...)

Art. 11. Autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica. (BRASIL, 1998)

Dessa forma, a partir da simples leitura do artigo, duas informações saltam aos olhos: as obras protegidas são “criações do espírito” e o autor é “pessoa física”, ou seja, não existe no texto legal, qualquer previsão para as obras criadas por inteligência artificial, vez que, ambas as expressões estão atreladas a figura do ser humano.

Como fundamento para esse posicionamento, é possível observar a posição de José Oliveira Ascensão, para quem os resultados indeterminados obtidos pelas aplicações de inteligência artificial não poderiam ser conferidos ao operador da máquina, vez que a criação intelectual seria um ato individualizado, com um conteúdo específico, à concretização de uma ideia (WACHOWICZ; GONÇALVES, 2019).

Portanto, neste modelo, haveria direitos autorais sobre os elementos que compõe a obra – o texto, a curadoria do material base, a interpretação base –, mas não sobre a performance de Salvador Dalí criada pela aplicação de inteligência artificial. A qual, dessa forma não teria um titular para exercer o controle sobre as utilizações, sendo permitido a qualquer pessoa, sob a perspectiva dos direitos autorais, utilizar e até mesmo criar novas obras com base no material.

Nesse ponto é que reside o maior dilema sobre a titularidade, isto porque, enquanto nas interpretações mais convencionais, como no caso de Peter Cushing, é inegável que a atuação pertence ao ator Guy Henry, visto que coube a ele realizar toda a performance e aos artistas da computação gráfica, a tarefa de adequar o rosto de Cushing sobre o de Henry, numa espécie de maquiagem digital, o que não afasta o seu direito como titular daquela interpretação (D’AMICO, 2017).

No caso de Dalí, não se tem a interpretação do artista *per se*, mas sim uma releitura feita pelo algoritmo para replicar em certa medida aquilo que foi inserido em seu sistema. Assim, por não de tratar do vídeo de fato do artista, mas sim a representação criada pelas RCGs, está, em essência, diante de uma obra nova.

Contudo, ao observar a legislação brasileira, resta possível identificar que, apesar de em um primeiro momento constatar que as obras estariam em domínio público, existem autores que defendem a possibilidade de entregar a titularidade das obras aos titulares ou utilizadores dos programas.

Ao abordar esse tema, Wachowicz e Gonçalves (2019), apresentam os ensinamentos de Denis Borges Barbosa, para quem o autor é aquele que possui um poder decisório sobre a obra, seja pela simples iniciativa, organização ou responsabilidade pelo material, pois ao praticar tais atos estaria exercendo seu papel de originador daquela criação, e que somada aos demais esforços se fundiriam na criação autônoma.

Diante desse cenário é que concluem os autores (WACHOWICZ; GONÇALVES, 2019, p. 83):

Por essa razão é que até o momento não se pode afirmar que uma aplicação de IA possa ser dona de uma obra que ela produza. Até haver algum tipo de pressão de um grupo interessado para que isso ocorra, as obras decorrentes desse método de produção, pelo menos no direito brasileiro, ficarão nas mãos dos titulares e utilizadores desse tipo de programa.

Por todo o exposto, observa-se que o Brasil não possui uma resposta definitiva sobre a questão da autoria, podendo se enquadrar tanto na posição da titularidade pertencente aos programadores e usuários das máquinas quanto a possibilidade de inserção das criações no domínio público.

Assim, diante da ausência de jurisprudência sobre a matéria ou dispositivos legais que atestem a questão da titularidade, a questão encon-

tra-se num estágio nebuloso, podendo o discurso ser adaptado de acordo com a conveniência dos envolvidos, evidenciando a necessidade de uma adequação da legislação brasileira, no sentido de determinar o tratamento que deverá ser dispensado a tais materiais.

## CONCLUSÃO

O Museu Dalí em *St. Petesburg*, Flórida, trouxe ao público a oportunidade de as pessoas interagirem com o artista Salvador Dalí para melhor compreender sua arte. Ao fazer isso, o museu abriu um novo capítulo na discussão sobre a ressurreição digital e seus efeitos, ao somar a referida tecnologia com a inteligência artificial.

A ressurreição digital vem se consolidando como uma realidade do mercado de entretenimento, abordando áreas como o cinema, música e, agora, museus. O processo, cada vez mais, permite recriar com exatidão as celebridades falecidas, permitindo aos fãs terem acesso à uma pequena amostra do que fizeram com que aqueles artistas fossem tão especiais.

O museu, ao aliar essa tecnologia à inteligência artificial apresenta ao público uma nova forma de experimentar esses momentos. A interatividade propiciada pelo sistema, permite ao público sair do papel de meros expectadores para assumir o protagonismo nessa nova interação.

Nesse novo modelo, com base em *deepfake*, o resultado apresentado é uma variação do conteúdo que foi inserido para análise do sistema, cabendo às RCGs criar *frames* que consigam harmonizar os materiais, criando, portanto, uma obra nova.

Sob essa perspectiva analisou-se de que forma as limitações existentes no ordenamento para os artistas intérpretes podem impactar no exercício de direito dos atores sobre a titularidade desse produto resultante do processo de *deepfake*, vez que, apesar de muito parecido, tecnicamente, não podem ser consideradas reproduções das interpretações realizadas no material de origem.

Uma vez que estas performances não podem pertencer aos intérpretes, por serem criações da inteligência artificial, passou-se a discutir a questão sobre a titularidade das criações da inteligência artificial.

Para isso, foram analisadas duas correntes, a primeira que defende a titularidade sendo exercida pelo programador ou usuário do programa gerador da obra e a segunda, defende que a máquina não preenche os requisitos de autoria, sendo, portanto, suas obras pertencentes ao domínio público.

Ao analisar a legislação, foi possível constatar que o texto legal limita a autoria às pessoas físicas, o que coloca o Brasil em harmonia com a segunda corrente apresentada. Contudo, é possível identificar elementos doutrinários que podem ser utilizados para embasar a concessão da titularidade para o programador ou usuário da máquina, haja vista que estes exercem um controle decisório sobre o processo criativo, ao fornecer os insumos que serão utilizados pela máquina ao gerar a obra nova.

Dessa forma, observa-se que o direito brasileiro é capaz de comportar ambas as teorias, o que, indubitavelmente, pode ensejar disputas futuras sobre a titularidade de tais obras, sendo necessário que ocorra um movimento para uniformizar o tema, seja confirmando a necessidade de uma pessoa física, seja criando uma modalidade específica para autoria por dispositivos dotados de inteligência artificial, aos moldes do modelo britânico.

## REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2. ed., ref e ampl, Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

BEARD, Joseph J. Casting call at forest lawn: The digital resurrection of the deceased entertainers – a 21st century challenge for intellectual property law. **Berkeley Technology Law Journal**, Volume 8, 1ª ed. Berkeley: University of California, 1993.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

BRASIL, Lei 9.610/98, de 19 de fevereiro de 1998, Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 20 de fev. de 1997, p. 03.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito civil: direito das coisas e direito autoral**, Volume 04, 3ªed. São Paulo: Saraiva, 2010.

D'AMICO, G.F. Ressurreição digital e direito de imagem: um estudo sobre a reconstrução digital póstuma de Peter Cushing. *In*: CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO, XI, 2017, Curitiba. **Anais do XI Congresso de Direito de Autor e Interesse Público**. Curitiba: GEDAI, 2017. p. 115-140.

DEVARAPALLI, Pratap. Machine learning to machine owning: redefining the copyright ownership from the perspective of Australian, US, UK and EU law. **European Intellectual Property Review**, London, v. 40, n. 11, p. 722-728, Dez. 2018. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3293518](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3293518). Acesso em: 17 jun. 2020.

FONTEIN, Meaghan. Digital resurrections necessitate federal post-mortem publicity rights. **99 Journal of Patent & Trademark Office Society**. Virginia: The Journal of the Patent and Trademark Office Society, 2017. p. 481-489.

FOREMAN, Alison. Salvador Dalí deepfake brings legendary surrealist to life at Florida Museum. **Mashable**. 11 de mai. de 2019. Disponível em: <https://mashable.com/article/salvador-dali-deepfake/>. Acesso em: 17 jun. 2020.

FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito Autoral: Da antiguidade à internet**. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

GUADAMUZ, Andrés. Do Androids Dream of Electric Copyright? Comparative Analysis of Originality in Artificial Intelligence Generated Works. **Intellectual Property Quarterly**, 2017 (2). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2981304>, 2017. Acesso em: 17 jun. 2020.

GUERRASIO, Jason. 64 years after James Dean's death, the actor will star in a new movie. Some in Hollywood are horrified but the advances in visual effects could make it commonplace. **Business Insider**. 11 de nov. de 2019. Disponível em: <https://www.businessinsider.com/james-dean-posthumous-casting-in-new-movie-through-visual-effects-2019-11>. Acesso em: 17 jun. 2020.

HARIDY, Rich. An AI-generated Salvador Dalí is alive and taking selfies in a Florida museum. **New Atlas**. 13 de mai. de 2019. Disponível em: <https://newatlas.com/salvador-dali-ai-generated-computer-museum-exhibition/59641/>. Acesso em: 17 jun. 2020.

HENDERSON, Laurie. Protecting a celebrity's legacy: Living in California or New York becomes the deciding factor. **Journal of Business, Entrepreneurship and the Law** Volume 3, 1ª ed, Malibu: Pepperdine University School of Law, 2009.

HRISTOV, Kalin. Artificial intelligence and the copyright dilemma. **IDEA: The IP Law Review**. New Hampshire, v. 57, n. 3, p. 431-454, Mai. 2017. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2976428](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2976428). Acesso em: 17 jun. 2020.

ITZKOFF, Dave. How 'Rogue One' brought back Familiar Faces. **New York Times**, 27 de dez. de 2016, Disponível em: <https://www.nytimes.com/2016/12/27/movies/how-rogue-one-brought-back-grand-moff-tarkin.html?mcubz=3>. Acesso em: 17 jun. 2020.

LEE, Demi. Deepfake Salvador Dalí takes selfies with museum visitors. **The Verge**. 10 de mai. de 2019. Disponível em: <https://www.theverge.com/2019/5/10/18540953/salvador-dali-lives-deepfake-museum>. Acesso em: 17 jun. 2020.

LI, Hao. Technical Perspective: Photorealistic Facial Digitization and Manipulation. **Communications of the ACM**, New York, v.62, n. 1, p. 95, Jan. 2019. DOI. 10.1145/3292037. Disponível em: <https://cacm.acm.org/magazines/2019/1/233532-technical-perspective-photorealistic-facial-digitization-and-manipulation/fulltext>. Acesso em: 17 jun. 2020.

ÖHMAN, Carl. Introducing the pervert's dilemma: a contribution to the critique of Deepfake Pornography. **Ethics and Information Technology**, Heidelberg, v. 22, n.2, p. 133–140, Nov 2019. <https://doi.org/10.1007/s10676-019-09522-1>. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s10676-019-09522-1>. Acesso em: 17 jun. 2020.

POLLO, Luiza. Inteligência Artificial ganha copyright na China. Máquina pode ser autora? **TAB**. 24 de jan. de 2020. Disponível em: <https://tab.uol.com.br/noticias/redacao/2020/01/24/inteligencia-artificial-ganha-copyright-na-china-mas-maquina-e-autora.htm>. Acesso em: 17 jun. 2020.

THE DALI. Dalí Lives: **Museum Brings Artist Back to Life with AI**. Saint Petesburg. 2019. Disponível em: <https://thedali.org/press-room/dali-lives-museum-brings-artists-back-to-life-with-ai/>. Acesso em: 24 jun. 2020

THE DALI MUSEUM, **Behind the Scenes: Dali Lives**. 8 de mai. de 2019. (04m14s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=BIDaxl4xqJ4&t=12s>. Acesso em: 17 jun. 2020.

SARKAR, Samit. Rogue One filmmakers explain how they digitally recreated two characters. **Polygon**, publicado em 27 de dezembro de 2016. Disponível em: <https://www.polygon.com/2016/12/27/14092060/rogue-one-star-wars-grand-moff-tarkin-princess-leia>. Acesso em: 13 set. 2017.

SCHIRRU, Luca. **Direito Autoral e Inteligência Artificial: autoria e titularidade nos produtos de IA**. Orientador: Allan Rocha de Souza. 2020. Tese (Doutorado) – Programa de PósGraduação em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento, Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020.

WACHOWICZ, Marcos; GONÇALVES, Lukas Reuthes. **Inteligência Artificial e Criatividade: novos conceitos na propriedade intelectual**. Curitiba: GEDAI. 2019.

WESTERLUND, Mika. The Emergence of Deepfake Technology: A Review. **Technology Innovation Management Review**. Ottawa, v. 9, n. 11, p. 39-52, Nov. 2019. DOI. <http://doi.org/10.22215/timreview/1282>. Disponível em: <https://timreview.ca/article/1282#:~:text=Novel%20digital%20technologies%20make%20it,between%20real%20and%20fake%20media.&text=The%20study%20provides%20a%20comprehensive,media%20forgeries%20and%20fake%20news>. Acesso em: 17 jun. 2020.

**Recebido:** 24/08/2021

**Aprovado:** 16/06/2022

**RRDDIS**



**AS NOVAS FRONTEIRAS DOS  
DIREITOS INTELECTUAIS**

**PARTE II**

**RRDDIS**

# AS PLATAFORMAS COMERCIAIS DE PARTILHA EM LINHA DE CONTEÚDOS DIGITAIS E OS DIREITOS DE AUTOR NA UNIÃO EUROPEIA

## *Commercial platforms for online sharing of digital content and copyright in the European Union*

Alexandre L. Dias Pereira<sup>1</sup>

### RESUMO:

As plataformas comerciais de partilha em linha de conteúdos digitais carregados pelos utilizadores comunicam ou disponibilizam ao público obras protegidas por direitos de autor e, para o efeito, carecem de autorização por parte dos titulares de direitos. Se não tiverem autorização, as grandes plataformas não serão responsáveis por direitos autorais se fizerem prova do cumprimento de vários requisitos, designadamente a implementação das melhores práticas no sentido de prevenir e impedir essas infrações. Estas melhores práticas significam, em especial, a utilização de filtros informáticos de controlo de conteúdos, os quais, todavia, podem restringir significativamente a liberdade de expressão dos utilizadores nos media digitais. Entre ilicitudes manifestas e as que o são por marcação por parte dos titulares de direitos, independentemente de outras considerações, vai um longo que caminho que separa duas perspetivas diferentes sobre o papel dos direitos de autor na Era Digital.

**Palavras-chave:** plataformas comerciais em linha; conteúdos digitais; direitos de autor; direitos conexos; direitos dos utilizadores; filtragem; liberdade de expressão.

### ABSTRACT:

*Online commercial platforms communicate or make available to the public content protected by copyright. Despite users upload content, such platforms are required to have authorization from the right holders. In case they do not have it, large platforms will nonetheless not be liable for copyright infringement if they carry out several requirements, namely the implementation of best practices to prevent and stop such infringements. Such best practices mean, in particular, the use of content filters, which however can significantly block freedom of expression in digital media. Between manifest illegalities and those, which are so by earmarking by rights holders, regardless of other considerations, there is a long way that separates two different perspectives on the role of copyright in the Digital Age.*

**Keywords:** online commercial platforms ; digital content; copyright; related rights; user rights; filtering; freedom of expression.

---

<sup>1</sup> Professor Associado da Faculdade de Direito e Investigador do Instituto Jurídico - Universidade de Coimbra, Portugal.

## SUMÁRIO

**1. INTRODUÇÃO; 2. AS PLATAFORMAS COMERCIAIS DE PARTILHA EM LINHA DE CONTEÚDOS DIGITAIS COMO PRESTADORES DE SERVIÇOS DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO; 3. RESPONSABILIDADE DOS PRESTADORES DE SERVIÇOS INTERMEDIÁRIOS DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO; 4. A NECESSIDADE DE UM REGIME ESPECIAL DE RESPONSABILIDADE DAS PLATAFORMAS COMERCIAIS DE PARTILHA EM LINHA DE CONTEÚDOS DIGITAIS PARA EFEITOS DE DIREITOS DE AUTOR E DIREITOS CONEXOS; 5. O DIREITO DE COLOCAÇÃO À DISPOSIÇÃO DO PÚBLICO NA DIRETIVA 2001/29 E NA JURISPRUDÊNCIA DO TJUE; 6. O REGIME ESPECIAL DAS PLATAFORMAS COMERCIAIS DE PARTILHA EM LINHA DE CONTEÚDOS DIGITAIS: ARTIGO 17.º DA DIRETIVA 2019/790; 7. ANÁLISE SUMÁRIA DO ACÓRDÃO *CYANDO*; 8. AS ORIENTAÇÕES DA COMISSÃO SOBRE O ARTIGO 17.º DA DIRETIVA 2019/790; 9. AS CONCLUSÕES DO ADVOGADO GERAL NO CASO *POLÓNIA C. PARLAMENTO EUROPEU*; 10. O PROJETO DE TRANSPOSIÇÃO DO ARTIGO 17.º DA DIRETIVA 2019/790; 11. CONTROLO, REMOÇÃO E IMPEDIMENTO DO ACESSO EM AMBIENTE DIGITAL A CONTEÚDOS PROTEGIDOS SEGUNDO A LEI N.º 82/2021; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.**

## 1 INTRODUÇÃO

Prevenir a distorção da concorrência no mercado interno atentos os novos “modelos empresariais” e numa perspetiva “orientada para o futuro” é um dos principais objetivos da Diretiva 2019/790<sup>2</sup>, face aos desafios colocados, nomeadamente, pelos novos operadores da web 2.0, os chamados prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha. A Diretiva 2019/790 estabelece uma disciplina própria de direitos de autor e direitos conexos para estes novos modelos de negócio, baseados na partilha, com fins comerciais, de conteúdos digitais carregados pelos utilizadores das plataformas. Está em causa, desde logo, colmatar o *value gap* resultante do facto de os media tradicionais (editores, produtores, radiodifusores) canalizarem parte das suas receitas publicitárias para pagamento de direitos de autor, mas os anunciantes investirem cada vez mais nos novos

---

<sup>2</sup> 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, considerandos (1) e (3).

media<sup>3</sup>, em especial nas plataformas comerciais de partilha de conteúdos digitais, cuja responsabilidade, em termos de direitos de autor, não estava claramente definida.

## 2 AS PLATAFORMAS COMERCIAIS DE PARTILHA EM LINHA DE CONTEÚDOS DIGITAIS COMO PRESTADORES DE SERVIÇOS DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

As plataformas comerciais de partilha em linha de conteúdos digitais prestam *serviços da sociedade da informação que têm como principal objetivo ou um dos seus principais objetivos armazenar e facilitar o acesso do público a uma quantidade significativa de obras ou outro material protegido por direitos de autor carregados pelos seus utilizadores, que organizam e promovem com fins lucrativos*. Esta noção não abrange serviços de partilha sem fins lucrativos, como as enciclopédias em linha (ex. Wikipedia) e os repositórios científicos e educativos (ex. Estudo Geral da UC, Europeia), nem as plataformas de desenvolvimento e partilha de software de fonte aberta (ex. GNU/Linux); de igual modo, são excluídos da noção de “plataformas comerciais” os serviços de comunicações eletrónicas na aceção da Diretiva (UE) 2018/1972, os mercados em linha (ex. *eBay*), bem como os serviços em nuvem entre empresas e os serviços em nuvem que permitem aos utilizadores carregar conteúdos para seu próprio uso (Diretiva 2019/790, artigo 2.º/6).

Assim, os serviços de partilha em linha de conteúdos digitais são, desde logo, *serviços da sociedade da informação*, tal como estes são defini-

---

<sup>3</sup> Sobre a Diretiva vd. por ex. PEREIRA, Alexandre Dias, Os Direitos de Autor no Mercado Único Digital segundo a Diretiva 2019/790, **Revista de Direito Intelectual**, 2019 - N.º 2, p. 35-56; SOUSA E SILVA, Nuno, Subsídios para a transposição da Diretiva 2019/790, **Revista de Direito Intelectual**, 2020 - N.º 1, p. 245-272; QUINTAIS, João Pedro, The New Copyright in the Digital Single Market Directive: A Critical Look, **European Intellectual Property Review**, 42/1 (2020), p. 28-41; DUSOLLIER, Severine, The 2019 Directive on Copyright in the Digital Single Market: Some Progress, a Few Bad Choices, and an Overall Failed Ambition, **Common Market Law Review**, vol. 57 (2020), p. 979-1030.

dos no artigo 1.º/1-b) da Diretiva (UE) 2015/1535<sup>4</sup>, ou seja, “qualquer serviço prestado normalmente mediante remuneração, à distância, por via eletrónica e mediante pedido individual de um destinatário de serviços”. A Diretiva (UE) 2015/1535 sobre *normas técnicas* revogou a Diretiva 98/34/CE<sup>5</sup> (com alterações) mas manteve inalterada a noção de serviços da sociedade da informação, bem como em anexo uma lista indicativa de serviços não abrangidos por essa noção, para a qual remete a Diretiva sobre comércio eletrónico<sup>6</sup> (art. 2.º /a), acrescentando que por prestador de serviços se entende “qualquer pessoa, singular ou coletiva, que preste um serviço do âmbito da sociedade da informação” (art. 2/b) e ilustrando a noção no considerando (18) do preâmbulo, nos termos do qual constituem exemplos de serviços da sociedade da informação: a) a venda de mercadorias em linha; b) a celebração de contratos em linha; c) atividades económicas não remuneradas pelo respetivo destinatário, como por ex. prestação de informações em linha ou comunicações comerciais, ou fornecimento de ferramentas de pesquisa, acesso e descarregamento de dados; d) a transmissão de informação por meio de uma rede de comunicações, de fornecimento de acesso a uma rede de comunicações ou de armazenagem de informações prestadas por um destinatário do serviço; e) os serviços transmitidos ponto a ponto, como o vídeo a pedido ou o envio de comunicações comerciais por correio eletrónico.

Enquanto *serviços da sociedade da informação*, os serviços de partilha em linha não abrangem todos serviços excluídos da noção de serviços da sociedade da informação. Por outro lado, nem todos os serviços da sociedade da informação são serviços de partilha em linha, para efeitos de direitos de autor.

---

<sup>4</sup> Diretiva (UE) 2015/1535 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de setembro de 2015, relativa a um procedimento de informação no domínio das regulamentações técnicas e das regras relativas aos serviços da sociedade da informação.

<sup>5</sup> Diretiva 98/34/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 22 de junho de 1998 relativa a um procedimento de informação no domínio das normas e regulamentações técnicas.

<sup>6</sup> Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de junho de 2000 relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno («Diretiva sobre o comércio eletrónico»), transposta para a ordem jurídica interna pelo Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro.

A noção de serviços da sociedade da informação abrange, por ex., os chamados mercados em linha, isto é, o serviço prestado “com recurso a software, nomeadamente um sítio eletrónico, parte de um sítio eletrónico ou uma aplicação, explorado pelo profissional ou em seu nome, que permita aos consumidores celebrar contratos à distância”.<sup>7</sup> De igual modo, essa noção abrange o chamado *serviço digital*, isto é, “um serviço que permite ao consumidor criar, tratar, armazenar ou aceder a dados em formato digital, ou que permite a partilha ou qualquer outra interação com os dados em formato digital carregados ou criados pelo consumidor ou por outros utilizadores desse serviço”.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> Art. 2.º /m do Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de outubro: regula os direitos do consumidor na compra e venda de bens, conteúdos e serviços digitais, transpondo as Diretivas (UE) 2019/771 e (UE) 2019/770. O art. 44.º/1 deste diploma responsabiliza o *prestador de mercado em linha* que, atuando para fins relacionados com a sua atividade, seja parceiro contratual do profissional que disponibiliza o bem, conteúdo ou serviço digital, considerando-o solidariamente responsável, perante o consumidor, pela falta de conformidade daqueles nos termos do referido diploma. Sendo que, nos termos do art. 44.º/2, o prestador de mercado em linha é considerado parceiro contratual do profissional sempre que exerça influência predominante na celebração do contrato, o que se verifica, designadamente, nas seguintes situações: a) o contrato é celebrado ou o pagamento é efetuado exclusivamente através dos meios disponibilizados pelo prestador de mercado em linha, os termos do contrato celebrado com o consumidor são essencialmente determinados pelo prestador de mercado em linha ou o preço a pagar pelo consumidor é passível de ser influenciado por este, ou a publicidade associada é focada no prestador de mercado em linha e não nos profissionais. Para aferir a existência de influência predominante do prestador de mercado em linha na celebração do contrato, podem ser considerados quaisquer factos suscetíveis de fundar no consumidor a confiança de que aquele tem uma influência predominante sobre o profissional que disponibiliza o bem, conteúdo ou serviço digital (art. 44.º/3).

<sup>8</sup> Art. 7.º/r) do DL 84/2021. Por seu turno, a Lei n.º 46/2018, de 13 de agosto, que estabelece o regime jurídico da segurança do ciberespaço, transpondo 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 da informação em toda a União, designa como serviço digital o que no referido diploma de proteção do consumidor é chamado serviço de mercado em linha. Com efeito, o artigo 11.º desta lei estabelece que os prestadores de serviços digitais prestam os seguintes serviços: a) serviço de mercado em linha (i.e. um serviço digital que permite aos consumidores ou aos comerciantes celebrarem contratos de venda ou de prestação de serviços por via eletrónica com comerciantes, quer no sítio na *Internet* do mercado em linha, quer no sítio na *Internet* de um comerciante que utilize os serviços de computação disponibilizados pelo mercado em linha – art. 3.º/q); b) serviço de motor de pesquisa em linha (i.e., um serviço digital que permite aos utilizadores consultarem todos os sítios na *Internet*, ou sítios na *Internet* numa determinada língua,

As plataformas de partilha em linha de conteúdos digitais configuram, portanto, uma espécie de um género mais vasto, o dos serviços da sociedade da informação, agora chamados mais genericamente *serviços digitais*. As plataformas de partilha correspondem principalmente aos serviços de armazenagem em servidor acessível ao público (e, em certo sentido, de computação em nuvem). Neste sentido, a proposta de Regulamento Serviços Digitais define *plataforma em linha* como “um prestador de um serviço de armazenagem em servidor que, a pedido de um destinatário do serviço, armazene e divulgue informações ao público, a menos que essa atividade seja um elemento menor e meramente acessório de outro serviço, que, por razões técnicas objetivas, não possa ser utilizado sem esse outro serviço, e que a sua integração no outro serviço não constitua uma forma de contornar a aplicabilidade do presente regulamento”.<sup>9</sup>

Do exposto, resulta que o operador de uma plataforma de partilha em linha é um prestador de serviços da sociedade da informação de tipo *armazenagem em servidor*. Para efeitos de direitos de autor e direitos conexos, as plataformas comerciais de partilha em linha ficam sujeitas a um regime de responsabilidade especial relativamente ao regime dos fornecedores de armazenagem em servidor previsto na lei do comércio eletrónico.

---

com base numa pesquisa sobre qualquer assunto e que fornece ligações onde podem ser encontradas informações relacionadas com o conteúdo solicitado - art. 3.º/r); e c) *serviço de computação em nuvem* (i.e. um serviço digital que permite o acesso a um conjunto modulável e adaptável de recursos computacionais partilháveis – art. 3.º/p). Todavia, as três espécies de serviços digitais – mercado em linha, motor de pesquisa em linha e computação em nuvem – não esgotam o género “serviço digital”, definido como “um serviço da sociedade da informação prestado à distância, por via eletrónica” (art. 3.º/s). Assim, enquanto serviço da sociedade da informação, o serviço digital será também prestado normalmente mediante remuneração e a pedido individual de um destinatário de serviços.

<sup>9</sup> Art. 2.º/h da Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a um mercado único de serviços digitais (Regulamento Serviços Digitais) e que altera a Diretiva 2000/31/CE, COM(2020) 825 final, Bruxelas, 15.12.2020.

### 3 RESPONSABILIDADE DOS PRESTADORES DE SERVIÇOS INTERMEDIÁRIOS DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

A Diretiva sobre comércio eletrónico regula na secção 4 a responsabilidade dos chamados *prestadores intermediários de serviços*, entendendo como tais a) os serviços de “*simples transporte*” (*mere conduit*), isto é, de “transmissão, através de uma rede de comunicações, de informações prestadas pelo destinatário do serviço”, ou “facultar o acesso a uma rede de comunicações”, incluindo a armazenagem automática, intermédia e transitória das informações transmitidas (art. 12.º); b) os serviços de *armazenagem temporária* (*caching*), ou seja, de transmissão, por uma rede de telecomunicações, de informações prestadas por um destinatário do serviço, mediante armazenagem automática, intermédia e temporária dessa informação (art. 13.º); e c) os serviços de *armazenagem em servidor*, ou seja, de armazenamento de informações prestadas por um destinatário do serviço (art. 14.º). Assim em termos de responsabilidade:<sup>10</sup>

1) No *simples transporte*, o prestador do serviço não é responsável pelas informações transmitidas se não estiver na origem da transmissão e não selecionar o destinatário da transmissão, nem selecionar nem modificar as informações transmitidas; o mesmo valendo para a armazenagem automática, intermédia e transitória das informações transmitidas se servir exclusivamente para a execução da transmissão na rede de comunicações e a sua duração não exceder o tempo considerado razoavelmente necessário a essa transmissão (art. 12.º).

2) Na *armazenagem temporária, automática e intermédia*, o prestador do serviço não é responsável se, efetuando essa armazenagem apenas com o objetivo de tornar mais eficaz a transmissão posterior da informação a pedido de outros destinatários do serviço, a) não modificar a informação, b) respeitar as condições de acesso à e de atualização da informação, c) não interferir com a utilização legítima da tecnologia, tal como amplamente reconhecida e utilizada pelo sector, aproveitando-a para obter dados so-

<sup>10</sup> Cf. artigos 12.º, 13.º e 14.º da Diretiva 2000/31 e, no direito interno, artigos 14.º, 15.º e 16.º do DL 7/2004, respetivamente.

bre a utilização da informação, e d) atuar com diligência para remover ou impossibilitar o acesso à informação que armazenou, logo que tome conhecimento efetivo de que a informação foi removida da rede na fonte de transmissão inicial, de que o acesso a esta foi tornado impossível, ou de que um tribunal ou autoridade administrativa ordenou essa remoção ou impossibilidade de acesso.

3) Na *armazenagem em servidor* de informação prestada por um destinatário do serviço que não atue sob autoridade ou controlo do prestador, este não é responsável por essa informação se a) não tiver *conhecimento efetivo* da atividade ou informação ilegal e, para efeitos de responsabilidade civil, não tiver conhecimento de factos ou de circunstâncias que evidenciam a ilicitude; ou se b) a partir do momento em que tiver conhecimento da ilicitude, atuar com diligência no sentido de retirar ou impossibilitar o acesso às informações.

Em qualquer caso, a isenção de responsabilidade não impede um tribunal ou uma autoridade administrativa de ordenar ao prestador do serviço que previna ou ponha termo a uma infração, nem afeta, tratando-se de “serviços de hospedagem”, disposições nacionais para remover ou impossibilitar o acesso à informação. Por outro lado, a prestação destes serviços não pode ser sujeita a uma *obrigação geral de vigilância* relativamente às informações transmitidas ou armazenadas pelos utilizadores dos serviços, nem a uma *obrigação geral* de procurar ativamente factos ou circunstâncias que indiciem ilicitudes. Ressalva-se, ainda, que os prestadores de serviços da sociedade da informação podem ser sujeitos, ao abrigo de legislação nacional, a um dever de informar prontamente as autoridades públicas competentes sobre as atividades empreendidas ou informações ilícitas prestadas pelos autores aos destinatários dos serviços por eles prestados, bem como a uma obrigação de comunicar às autoridades competentes, a pedido destas, informações que permitam *identificar* os destinatários dos serviços com quem possuam acordos de armazenagem.<sup>11</sup>

Por outro lado, a Diretiva sobre comércio eletrónico não regulou a responsabilidade dos prestadores de hiperligações e de instrumentos

<sup>11</sup> Artigos 15.º/1-2 da Diretiva 2000/31 e 12.º e 13.º do DL 7/2004.

de localização, nem os procedimentos de aviso e retirada (*notice and take down*) e a responsabilidade após a retirada do conteúdo, incumbindo, todavia, a Comissão de elaborar um relatório sobre a necessidade de adaptar a diretiva, designadamente quanto a esses pontos.<sup>12</sup> Por seu turno, o DL 7/2004 alargou o regime de responsabilidade da armazenagem em servidor aos prestadores desses serviços de associação de conteúdos em rede (instrumentos de busca, hiperligações e afins) relativamente a conteúdos ilícitos (art. 17.º); quanto aos procedimentos de aviso e retirada, estabeleceu um mecanismo de solução provisória de litígios para os prestadores de armazenagem em servidor e equiparados, nos termos do qual estes prestadores não são obrigados a remover o conteúdo contestado ou a impossibilitar o acesso à informação só por facto de um interessado arguir uma violação, salvo se a ilicitude for *manifesta* (art. 18.º/1). Não havendo *ilicitude manifesta*, é reconhecida a qualquer interessado legitimidade para recorrer à entidade de supervisão respectiva, a qual tem um prazo de 48 horas para dar uma solução provisória e comunica-la eletronicamente aos intervenientes (art. 18.º/2). À mesma entidade poderá recorrer qualquer interessado na manutenção do conteúdo removido ou de acesso bloqueado (art. 18.º/3). Prevê-se ainda a possibilidade de a entidade de supervisão alterar a todo o tempo a solução provisória, bem como a não responsabilidade dessa entidade qualquer que seja a sua decisão, assim como a não responsabilidade do intermediário por não ter retirado o conteúdo ou impossibilitado o acesso, a pedido de qualquer interessado, exceto se a ilicitude for *manifesta* (art. 18.º/5-6). Esta solução provisória, de natureza administrativa, não prejudica a solução definitiva, nos termos gerais, assim como o recurso, pelos interessados, às vias judiciais. (art. 18.º/6).<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> Art. 21.º/2 da Diretiva 2000/31.

<sup>13</sup> Recorde-se que a lei norte-americana *DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT*, de 1998, foi pioneira na previsão de um mecanismo alternativo de resolução de litígios <<https://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf>> *Vd.* PEREIRA, Alexandre Dias, Direitos de autor, Códigos tecnológicos e a lei Milénio Digital, **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, vol. 75 (1999), p. 475-521.

#### **4 A NECESSIDADE DE UM REGIME ESPECIAL DE RESPONSABILIDADE DAS PLATAFORMAS COMERCIAIS DE PARTILHA EM LINHA DE CONTEÚDOS DIGITAIS PARA EFEITOS DE DIREITOS DE AUTOR E DIREITOS CONEXOS**

Os serviços de partilha em linha desenvolvidos depois da publicação da diretiva sobre comércio eletrónico mostraram que a realidade é sempre mais fértil do que a previsão legal, tornando a referida diretiva insuficiente para regular adequadamente as novas plataformas digitais. Ao contrário do papel relativamente passivo do prestador de armazenagem em servidor, considera-se que as novas plataformas de partilha de conteúdos têm um papel ativo e índole comercial, em virtude de terem como principal objetivo (ou um dos seus principais objetivos) armazenar e facilitar o acesso do público a uma quantidade significativa de obras, carregados pelos seus utilizadores, que organizam e promovem com *fins lucrativos*.

A organização e promoção com fins lucrativos do serviço de partilha em linha de conteúdos digitais justificou um regime especial para estes prestadores, diferente do previsto para os provedores de armazenamento em servidor. Como se lê no considerando (62) da Diretiva 2019/790: “São serviços cuja principal finalidade, ou uma das principais finalidades, consiste em armazenar e permitir que os utilizadores carreguem e partilhem um grande número de conteúdos protegidos por direitos de autor com o objetivo de obter lucros, quer direta quer indiretamente, através da sua organização e promoção, a fim de atrair um público mais vasto, nomeadamente através da sua categorização e o recurso a ações de promoção direcionadas nesses conteúdos.”

Enquanto prestadores de armazenagem em servidor de informação carregada pelos utilizadores, as plataformas digitais de partilha seriam isentas de responsabilidade pelos atos dos utilizadores do serviço nos termos da Diretiva sobre comércio eletrónico, isto é, se não atuassem sob autoridade ou controlo do prestador, não tivessem conhecimento efetivo do ilícito e, para efeitos de responsabilidade civil, de factos ou de circunstâncias que evidenciassem a ilicitude; ou então se atuassem com diligên-

cia no sentido de retirar ou impossibilitar o acesso às informações a partir do momento em que tivessem conhecimento da ilicitude. Em qualquer caso, sobre estes prestadores não imponderia qualquer obrigação geral de vigilância relativamente às informações transmitidas ou armazenadas pelos utilizadores dos seus serviços, nem uma obrigação geral de procurar ativamente factos ou circunstâncias que indiciassem ilicitudes. Isto sem prejuízo, designadamente, de ficarem sujeitos a medidas ordenadas pelo tribunal ou por uma autoridade administrativa para prevenir ou cessar uma infração, nem de disposições nacionais nos termos das quais fossem obrigados a remover ou impossibilitar o acesso à informação.

Por outro lado, em matéria de direitos de autor, a Diretiva 2001/29<sup>14</sup> excluiu do direito de reprodução previsto no seu artigo 2.º os atos de reprodução temporária que sejam transitórios ou episódicos, que constituam parte integrante e essencial de um processo tecnológico e cujo único objetivo seja permitir: a) uma transmissão numa rede entre terceiros por parte de um intermediário, ou b) uma utilização legítima de uma obra ou de outro material, e que não tenham, em si, significado económico. Nessas condições estariam abrangidos os “atos que possibilitam a navegação («browsing») e os atos de armazenagem temporária («caching»), incluindo os que permitem o funcionamento eficaz dos sistemas de transmissão, desde que o intermediário não altere o conteúdo da transmissão e não interfira com o legítimo emprego da tecnologia, tal como generalizadamente reconhecido e praticado pela indústria, para obter dados sobre a utilização da informação”, como se lê no seu considerando (33).

Não são aqui expressamente referidos os atos de armazenagem em servidor, sendo que, relativamente também a esses, e não obstante o prestador do serviço poder estar isento de responsabilidade nos referidos termos, a Diretiva 2001/29 garantiu aos titulares dos direitos a possibilidade de solicitarem uma injunção contra intermediários cujos serviços forem utilizados por terceiros para violar direitos de autor ou direitos conexos

---

<sup>14</sup> 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.

(art. 8.º/3)<sup>15</sup>; possibilidade esta depois também prevista pela Diretiva 2004/48 sobre aplicação efetiva dos direitos de propriedade intelectual<sup>16</sup>, quer como medida cautelar e provisória, quer como medida inibitória.

## 5 O DIREITO DE COLOCAÇÃO À DISPOSIÇÃO DO PÚBLICO NA DIRETIVA 2001/29 E NA JURISPRUDÊNCIA DO TJUE

À luz da Diretiva 2001/29, se dúvidas não restavam de que os utilizadores que carregam conteúdos nas plataformas de partilha praticam comunicação ou disponibilização ao público de obras protegidas por direitos de autor, já o mesmo não era certo relativamente à atividade do operador da plataforma, tendo em conta o regime de responsabilidade da armazenagem em servidor. Sendo certo que a definição dos contornos do direito de comunicação ao público, em especial na modalidade de disponibilização pública em rede, tem sido, no mínimo, muito flexível, no sentido de abranger uma panóplia de utilizações tornadas possíveis pelas novas tecnologias.<sup>17</sup>

O Tratado da OMPI sobre Direito de Autor de dezembro de 1996 (TODA) integrou o direito de disponibilização em linha no direito de comunicação ao público (art. 8º). Idêntica abordagem foi adotada pela Di-

---

<sup>15</sup> Esta solução baseia-se no considerando (59) nos termos do qual, “no meio digital, os serviços de intermediários poderão ser cada vez mais utilizados por terceiros para a prática de violações. Esses intermediários encontram-se frequentemente em melhor posição para porem termo a tais atividades ilícitas. Por conseguinte, sem prejuízo de outras sanções e vias de recurso disponíveis, os titulares dos direitos deverão ter a possibilidade de solicitar uma injunção contra intermediários que veiculem numa rede atos de violação de terceiros contra obras ou outros materiais protegidos. Esta possibilidade deverá ser facultada mesmo nos casos em que os atos realizados pelos intermediários se encontrem isentos ao abrigo do artigo 5.º. As condições e modalidades de tais injunções deverão ser regulamentadas nas legislações nacionais dos Estados-Membros.”

<sup>16</sup> Artigos. 9.º/1-a) e 11.º da *Diretiva 2004/48/CE* do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril de 2004, relativa ao respeito dos direitos de propriedade. No direito interno, vd. art. 227.º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos.

<sup>17</sup> Sobre esta matéria, vd. PEREIRA, Alexandre Dias, Comunicação ao público: um “grande direito” na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia?, **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, vol. 94/II (2018), p. 1399-1411.

retiva 2001/29/CE, definindo o direito exclusivo de comunicação ao público em sentido amplo, de modo a abranger “Qualquer comunicação ao público das suas obras, por fio ou sem fio, incluindo a sua colocação à disposição do público por forma a torná-las acessíveis a qualquer pessoa a partir do local e no momento por ela escolhido” (art. 3º/1). Por seu turno, o Tratado da OMPI sobre Execuções e Fonogramas (TOEF) autonomizou um direito de colocação à disposição do público a favor dos artistas intérpretes ou executantes (art. 10º) e dos produtores de fonogramas (art. 14º), ao invés de o integrar num grande direito de comunicação ao público. Já a Diretiva 2001/29 consagrou também esse novo direito a favor de artistas intérpretes ou executantes, produtores audiovisuais, organismos de radiodifusão, no art. 3.º/2 - sob epígrafe “Direito de comunicação de obras ao público, incluindo o direito de colocar à sua disposição outro material” -, definindo-o como “a colocação à disposição do público, por fio ou sem fio, por forma a que seja acessível a qualquer pessoa a partir do local e no momento por ela escolhido”.

As novas tecnologias da Internet tornaram possíveis novos modos de utilização de obras literárias ou artísticas. Todavia, realidades como as hiperligações, as plataformas de partilha *peer-to-peer* e a computação em nuvem não são expressamente previstas como novos modos de utilização de obras ou prestações protegidas por direitos de autor ou direitos conexos.

A problemática das hiperligações chegou ao TJUE para saber se constituem comunicação ao público da obra hiperligada. Inicialmente o TJUE respondeu negativamente, tratando-se do “fornecimento, num sítio Internet, de hiperligações para obras livremente disponíveis noutro sítio Internet”, sendo que o art. 3º/1 da Diretiva 2001/29 fixara harmonização máxima do conceito de comunicação ao público no sentido de não poder incluir “mais operações do que as abrangidas por essa disposição” (*Svensson*).<sup>18</sup> Uma hiperligação para obra disponibilizada ilicitamente num sítio Internet não seria uma comunicação ao público se não tivesse fins lucrativos por uma pessoa que não conhecia ou não podia razoavel-

---

<sup>18</sup> Acórdão de 13 de fevereiro de 2014, proc. C-466/12, ECLI:EU:C:2014:76. *Vd.* também o Despacho de 21 de outubro de 2014, proc. C-348/13, *BestWater International*, ECLI:EU:C:2014:2315.

mente conhecer a ilicitude da disponibilização da obra. Todavia, sendo a hiperligação feita com fins lucrativos, já existiria comunicação ao público, devendo nesse caso considerar-se que o autor da hiperligação deveria ter conhecimento da ilicitude (*GS Media*).<sup>19</sup> A semelhante entendimento chegou o TJUE relativamente:

a) “à venda de um leitor multimédia[...] no qual foram préinstaladas aplicações complementares, disponíveis na Internet, contendo hiperligações que remetem para sítios Internet, livremente acessíveis ao público, nos quais foram colocadas à disposição do público obras protegidas por direitos de autor sem autorização dos titulares desses direitos” (*Stichting Brein*)<sup>20</sup>;

b) à “colocação à disposição e a gestão, na Internet, de uma plataforma de partilha que, através da indexação de metainformação relativa a obras protegidas e da disponibilização de um motor de busca, permite aos utilizadores dessa plataforma localizar essas obras e partilhá-las no âmbito de uma rede descentralizada (peer-to-peer)” (*Stichting Brein II*)<sup>21</sup>;

c) ao fornecimento a particulares por uma empresa comercial de um serviço de gravação à distância, na nuvem, de cópias privadas de obras protegidas pelo direito de autor, através de um sistema informático, intervindo a empresa ativamente no ato de gravação dessas cópias, sem o consentimento do titular dos direitos (*VCAST*)<sup>22</sup>;

d) “a publicação numa página da Internet de uma fotografia previamente publicada, sem restrições que impeçam que seja descarregada e com a autorização do titular do direito de autor, noutra página da Internet” (*Renckhoff*).<sup>23</sup>

e) “o carregamento, a partir do equipamento terminal de um utilizador de uma rede descentralizada (*peertopeer*) para os equipamentos

<sup>19</sup> Acórdão de 8 de dezembro de 2016, proc. C160/15, ECLI:EU:C:2016:644 (“Playboy”).

<sup>20</sup> Acórdão de 26 de abril de 2017, proc. C527/15, ECLI:EU:C:2017:300.

<sup>21</sup> Acórdão de 14 de junho de 2017, proc. C-610/15, ECLI:EU:C:2017:456 (“The Pirate Bay”).

<sup>22</sup> Acórdão de 29 de novembro de 2017, proc. C265/16, ECLI:EU:C:2017:913.

<sup>23</sup> Acórdão de 7 de agosto de 2018, proc. C161/17, ECLI:EU:C:2018:634

terminais de outros utilizadores dessa rede, dos segmentos, previamente descarregados pelo referido utilizador, de um ficheiro multimédia que contém uma obra protegida, ainda que esses segmentos individuais só sejam utilizáveis, em si mesmos, a partir de uma certa percentagem de descarregamento” (*Mircom*).<sup>24</sup>

Fora da noção de comunicação ao público, incluindo a disponibilização pública em rede para acesso a partir do local e do momento individualmente escolhidos, ficam “cópias no ecrã de um computador do utilizador e as cópias na memória de armazenamento temporária (memória «cache») do disco rígido desse computador, efetuadas por um utilizador final durante a consulta de um sítio Internet, por serem cópias temporárias, transitórias ou episódicas e constituírem parte integrante e essencial de um processo tecnológico” (*Public Relations Consultants Association*).<sup>25</sup> Resta saber qual o relevo da licitude da fonte, tendo em conta o acórdão *ACI Adam* sobre compensação equitativa pela cópia privada.<sup>26</sup> Sendo que, em princípio, a partilha de obras no âmbito de uma rede descentralizada (*peer-to-peer*) extravasa a liberdade de uso privado mesmo que não tenha fins lucrativos, se não for efetuada “em meio familiar”, nos termos do art. 108.º/2 do CDADC.<sup>27</sup>

---

<sup>24</sup> Acórdão de 17 de junho de 2021, proc. C597/19, ECLI:EU:C:2020:1063 (acrescentando não ser “pertinente o facto de, devido às configurações do *software* de partilha client-BitTorrent, esse carregamento ser automaticamente gerado por esse *software*, quando o utilizador subscreveu esse *software*, a partir do equipamento terminal do qual se produz o referido carregamento, dando o seu consentimento à aplicação do mesmo depois de ter sido devidamente informado das suas características”).

<sup>25</sup> Acórdão de 5 de junho de 2014, proc. C360/13, ECLI:EU:C:2014:1195.

<sup>26</sup> Acórdão de 10 de abril de 2014, proc. C-435/12, ECLI:EU:C:2014:254.

<sup>27</sup> Também fora da noção de comunicação ao público ficou a revenda de uma licença de utilização que envolva a revenda de uma cópia de um programa de computador descarregado a partir do sítio Internet do titular do direito de autor; licença inicialmente concedida ao primeiro adquirente sem prazo e através do pagamento de um preço destinado a permitir a este último obter uma remuneração correspondente ao valor económico da referida cópia do programa de computador. O TJUE entendeu estar aqui em causa o direito de distribuição e o respetivo esgotamento europeu, e não o direito de comunicação ao público. *Vd.* acórdão de 3 de julho de 2012, proc. C-128/11, *UsedSoft*, ECLI:EU:C:2012:407.

Mais recentemente, no acórdão *Cyando*, o TJUE excluiu da noção de comunicação ao público “o operador de uma plataforma de partilha de vídeos ou de uma plataforma de armazenagem e de partilha de ficheiros, na qual os utilizadores podem colocar ilegalmente à disposição do público conteúdos protegidos, (...) a menos que contribua, além da mera colocação à disposição da plataforma, para dar ao público acesso a tais conteúdos em violação dos direitos de autor.”<sup>28</sup>

À primeira vista, este acórdão parece contrariar o princípio afirmado pela Diretiva 2019/790. Todavia, a contradição é mais aparente do que real, tendo em conta que a Diretiva se dirige apenas às plataformas comerciais. Vejamos.

## 6 O REGIME ESPECIAL DAS PLATAFORMAS COMERCIAIS DE PARTILHA EM LINHA DE CONTEÚDOS DIGITAIS: ARTIGO 17.º DA DIRETIVA 2019/790

O artigo 17.º da Diretiva 2019/790 estabelece expressamente que a partilha de conteúdos em linha pelos utilizadores desses serviços implica atos de reprodução e de comunicação ao público, que estão sujeitos a autorização do titular de direitos de autor. Estes serviços são excluídos da isenção de responsabilidade prevista para armazenamento em servidor. A autorização concedida à plataforma aproveita aos seus utilizadores, salvo se estes atuarem com carácter comercial ou se a sua atividade gerar receitas significativas, pois nesses casos os utilizadores dos serviços também devem obter autorização.

Todavia, sob pena de a aplicação do direito de autor a estas plataformas implicar alterações profundas ao seu modo de funcionamento, a Diretiva 2019/790 criou um “porto seguro” especial para estas platafor-

---

<sup>28</sup> Acórdão de 22 de junho de 2021, procs. C-682/18 e C-683/18, *Frank Peterson c. YouTube, Elsevier c. Cyando*, ECLI:EU:C:2021:503. Sobre este acórdão, SOFIA DE VASCONCELOS CASIMIRO, «A responsabilidade das plataformas digitais pelos conteúdos de terceiros: o reposicionamento do direito de comunicação ao público no Acórdão YouTube e Cyando (processos C-682/18 e C-683/18)», **Revista de Direito Intelectual**, 2021 - N.º 2, p. 271-278.

mas comerciais, no sentido de não serem responsáveis por direitos de autor se cumprirem um conjunto de requisitos.<sup>29</sup> Assim, os operadores de plataformas comerciais de partilha em linha podem afastar a sua responsabilidade por infração aos direitos de autor e/ou direitos conexos se provarem que envidaram todos os esforços para obter autorização e assegurar, segundo elevados padrões de diligência profissional no setor, a indisponibilidade de obras cuja identificação lhe foi fornecida pelos titulares de direitos, bem como para bloquear ou remover as obras que tenham sido objeto de notificação e para impedir o seu futuro carregamento. Os prestadores destes serviços não ficam sujeitos a nenhuma obrigação geral de monitorização e a adoção de medidas deve ser feita em conformidade com o princípio da proporcionalidade, tendo em conta nomeadamente o tipo, o público-alvo e a dimensão do serviço, bem como a disponibilidade de meios adequados e eficazes e o respetivo custo para os prestadores de serviços.

Além disso, é estabelecido um regime especial para os novos concorrentes: as plataformas surgidas na União nos últimos três anos e com volume de negócios anual inferior a 10 milhões de euros ficam isentas do dever de assegurar a indisponibilidade das obras cuja identificação lhes tenha sido fornecida pelos titulares de direitos; mas, se tiverem em média mais de 5 milhões de visitantes por mês, já são obrigadas a impedir novos carregamentos das obras identificadas e notificadas.

Além da concorrência no mercado único digital, o regime destas plataformas comerciais pretende assegurar igualmente a liberdade de expressão e de informação, de modo que o controlo dos servidores das plataformas não torne indisponíveis conteúdos que não violem direitos de autor, designadamente pela utilização da obra ser autorizada ao abrigo de uma exceção ou limitação, sendo expressamente obrigatórias certas exceções no contexto destes serviços bem como a disponibilização de conteú-

---

<sup>29</sup> Vd. por ex. GRISSE, Karina, *After the Storm – Examining the Final Version of Article 17 of the new Directive (EU) 2019/790*, **Journal of Intellectual Property Law & Practice**, voll 14 (2019), p. 887-99; FROSIO, Giancarlo, *From Horizontal to Vertical: An Intermediary Liability Earthquake in Europe*, **Journal of Intellectual Property Law & Practice**, vol. 12/7 (2017), p. 565-75.

dos gerados pelos utilizadores desses serviços, para fins de citações, crítica, análise, caricatura, paródia ou pastiche.<sup>30</sup> Assim, o controlo a efetuar pelas plataformas não pode resultar em censura de formas de utilização permitidas pela lei dos direitos de autor, nem censura de obras do domínio público, afastando-se, por isso, qualquer possibilidade de se instaurar uma espécie de *Index Librorum Prohibitorum* no ambiente digital.<sup>31</sup>

Aliás, a Diretiva 2019/790 confere um *papel pedagógico* a estas plataformas, incumbindo-as de informarem os utilizadores nas condições gerais de serviço sobre as utilizações permitidas ao abrigo de exceções ou limitações aos direitos de autor e direitos conexos.<sup>32</sup> O que exigirá um es-

<sup>30</sup> Como escreve JÓNATAS MACHADO, *Liberdade de Expressão. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 829, “a proteção dos conteúdos satíricos e caricaturais parece decorrer.. da função social que os mesmos desempenham na estruturação e enriquecimento simbólico e crítico do discurso público.” Sobre a liberdade de paródia ver o acórdão do TJUE, de 3 de setembro de 2014, proc. C-201/13 (*Deckmyn e Vrijheidsfonds*). Para outros acórdãos do TJUE sobre utilizações livres ver por ex. os de 29 de julho de 2019, procs. C-469/17 (*Funke Medien*), C-476/17 (*Pelham*), e C-516/17 (*Spiegel Online*), considerando nomeadamente que a liberdade de informação e a liberdade de imprensa não justificam derrogações aos direitos exclusivos harmonizados pela Diretiva 2001/29 além das previstas aí, embora ressalvando expressamente que a interpretação das exceções deverá também ser “plenamente conforme com os direitos fundamentais garantidos pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia”.

<sup>31</sup> No processo C401/19, República da Polónia contra Parlamento Europeu / Conselho da União Europeia, a República da Polónia pede ao Tribunal de Justiça que anule, a título principal, o artigo 17.º/4, alíneas b) e c), *in fine*, da Diretiva 2019/790 e, a título subsidiário, o artigo 17.º na sua totalidade, em virtude de esta disposição impor aos prestadores de serviços de partilha em linha obrigações de monitorização dos conteúdos que os utilizadores dos seus serviços colocam em linha, a fim de prevenir o carregamento das obras e material protegido que os titulares de direitos não desejam tornar acessíveis nesses serviços, em termos não compatíveis com liberdade de expressão e de informação dos utilizadores desses serviços garantida no artigo 11.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Considerando que esta “monitorização preventiva assumirá, regra geral, a forma de uma filtragem desses conteúdos, realizada com recurso a ferramentas informáticas, o Advogado-Geral HENRIK SAUGMANDSGAARD ØE defendeu, na opinião de 15 de julho de 2021, a validade do artigo 17.º da Diretiva 2019/790, em virtude de esta norma prever garantias suficientes para minimizar o impacto das obrigações de monitorização e de filtragem resultantes dessa norma na liberdade de expressão e de utilização dos utilizadores. Adiante voltaremos a este ponto.

<sup>32</sup> *Vd.*, por ex., a orientações de direitos autorais da Youtube «Creating with common sense» <https://creatoracademy.youtube.com/page/lesson/copyright-guidelines>.

forço adicional de adaptação das plataformas a cada legislação nacional, em virtude de não existir harmonização completa das exceções e limitações. Ou seja, cada plataforma terá que configurar as suas condições de serviço em função da legislação de direitos de autor de cada Estado-Membro, constituindo este *mosaico* legal um desafio não apenas para juristas, mas também para os informáticos ao nível da programação do código que implementa as exceções e limitações.<sup>33</sup>

Além disso, as plataformas devem disponibilizar aos utilizadores um mecanismo de reclamação e de recurso eficaz e rápido, no caso de bloqueio ou de remoção de conteúdos por si carregados. Os titulares de direitos terão que justificar os seus pedidos de bloqueio ou de remoção e as decisões dos prestadores de serviços ficam sujeitas a controlo humano, ao invés de serem tomadas automaticamente por tecnologias de reconhecimento de conteúdos.<sup>34</sup> Finalmente, o mecanismo de “aviso e retirada” não prejudica outros mecanismos imparciais de resolução extrajudicial de litígios, nem o direito dos utilizadores a recursos judiciais eficazes.

Assim, a oferta ao público de acesso a obras e outros materiais carregados pelos utilizadores de serviços comerciais de partilha de conteúdos em linha passa a ser expressamente considerada uma utilização (comunicação ao público ou colocação à disponibilização do público) sujeita a autorização dos respetivos titulares de direitos. Será esta uma lei inter-

---

<sup>33</sup> Para uma fórmula matemática (algoritmo) destinada a fornecer uma base racional à ponderação de valores e direitos fundamentais em colisão – no caso o direito à privacidade e a liberdade de expressão – através de ferramentas informáticas de controlo de conteúdos a utilizar pelas plataformas de comunicação online, mas sem dispensar o controlo humano, vd. SUSI, Mark, *The Internet Balancing Formula*, e ALEXY, Robert, «Mark Susi’s internet balancing formula», **European Law Journal**, vol. 25/2 (2019), p. 198-212, e p. 213-220 (volume dedicado ao tema “Internet and human rights law”).

<sup>34</sup> O controlo da licitude das utilizações não pode ser deixado à máquina, por muito inteligente que seja. Vd. PEREIRA, Alexandre Dias, *Os direitos de autor e os desafios da inteligência artificial: copyright ex machina?*, **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, ano 150.º, n.º 4025 (2020), p. 66-84; LAMBRECHT, Maxime, *Free speech by design – Algorithmic protection of exceptions and limitations in the Copyright DSM directive*, **JIPITEC**, vol. 11 (2020), p. 68-94. Recordando a rábula do grupo humorista britânico LITTLE BRITAIN: “Computer says NO!”.

pretativa, que aclara o direito já constituído, ou pelo contrário consagra uma solução nova especificamente para as plataformas comerciais de partilha em linha de conteúdos digitais?

A este respeito, passemos em revista o acórdão *Cyando*, que foi proferido já depois de ter terminado o prazo de transposição da Diretiva 2019/790.

## 7 ANÁLISE SUMÁRIA DO ACÓRDÃO CYANDO

No acórdão *Cyando*, de 22 de junho de 2021<sup>35</sup>, o TJUE decidiu que, para efeitos do art. 3.º/1 da Diretiva 2001/29, “o operador de uma plataforma de partilha de vídeos ou de uma plataforma de armazenagem e de partilha de ficheiros, na qual os utilizadores podem colocar ilegalmente à disposição do público conteúdos protegidos, não realiza uma «comunicação ao público» destes, ... *a menos que contribua, além da mera colocação à disposição da plataforma, para dar ao público acesso a tais conteúdos em violação dos direitos de autor*. É o que sucede nomeadamente quando esse operador tem conhecimento *concreto* da colocação à disposição ilícita de um conteúdo protegido na sua plataforma e se abstém de o apagar ou de bloquear o acesso a esse conteúdo com diligência, ou quando o referido operador, embora sabendo ou devendo saber que, de um modo geral, conteúdos protegidos são ilegalmente colocados à disposição do público por intermédio da sua plataforma por utilizadores desta, se abstém de implementar as *medidas técnicas adequadas* que se podem esperar de um operador normalmente diligente que se encontre na sua situação para combater de forma credível e eficaz violações dos direitos de autor nessa plataforma, ou ainda quando contribui para a *seleção de conteúdos* protegidos comunicados ilegalmente ao público, fornece na sua plataforma ferramentas destinadas especificamente a partilhar ilicitamente esses conteúdos ou *promove conscientemente* tais partilhas, o que pode ser comprovado pela circunstância de o operador ter adotado um modelo económico que incen-

<sup>35</sup> Acórdão de 22 de junho de 2021, procs. apensos C-682/18 e C-683/18, *Frank Peterson c. YouTube, Elsevier c. Cyando*, ECLI:EU:C:2021:503.

tiva os utilizadores da sua plataforma a nesta procederem ilegalmente à comunicação ao público de conteúdos protegidos”.<sup>36</sup>

O Tribunal interpreta o direito de comunicação ao público, incluindo a colocação à disposição do público, destacando o papel incontornável e o carácter deliberado da intervenção do operador da plataforma, e a existência de público enquanto número indeterminado e considerável de pessoas. O carácter deliberado da intervenção do operador distinguiria a sua atuação da mera disponibilização de meios materiais para permitir ou realizar uma comunicação. Quanto aos elementos que permitem determinar o pleno conhecimento (ou carácter deliberado) das consequências do comportamento do operador com o objetivo de dar ao público acesso às obras, o Tribunal de Justiça identifica a não implementação de medidas técnicas adequadas que se pode esperar de um operador normalmente diligente ou a participação na seleção de conteúdos e o fornecimento de ferramentas destinadas especificamente à partilha ilícita ou a promover essas partilhas (por ex. olhando ao modelo económico, em especial a publicidade). Mais considera que o mero conhecimento da possibilidade de utilização ilícita da plataforma não releva, a menos que o operador tenha sido avisado pelo titular de direitos da ilicitude e não diligencie no sentido de tornar o conteúdo inacessível.

Por outro lado, para o Tribunal de Justiça, o carácter lucrativo do operador não é suficiente para se presumir o conhecimento da infração. O Tribunal esclarece ainda que do acórdão *GS Media*<sup>37</sup> resulta que o autor da hiperligação tem apenas que verificar se a obra em causa está ou não ilegalmente disponibilizada no sítio para o qual conduz a referida hiperligação. Relativamente às plataformas envolvidas no acórdão de junho de 2021, o TJUE considera que o “YouTube” desenvolveu medidas técnicas destinadas a combater de forma credível e eficaz as violações dos direitos de autor na sua plataforma, e que não carrega nem seleciona os conteúdos, nem os visualiza previamente, embora os filtre para detetar

<sup>36</sup> Acórdão de 22 de junho de 2021, procs. apensos C-682/18 e C-683/18, *Frank Peterson c. YouTube, Elsevier c. Cyando*, ECLI:EU:C:2021:503., para. 102 (*italico nosso*).

<sup>37</sup> Acórdão de 8 de setembro de 2016, *GS Media*, proc. C160/15, EU:C:2016:644.

conteúdos protegidos por direitos de autor e disponibilize um botão de notificação de alerta e um processo especial para o efeito. Sendo que, nos termos gerais do serviço, proíbe expressamente as violações de direitos de autor.

Por outro lado, segundo o Tribunal de Justiça, as listas de classificação, as rubricas de conteúdos e os resumos de vídeos recomendados não visariam facilitar a partilha ilícita de conteúdos protegidos nem promover essas partilhas. Ou seja, o modelo económico do “YouTube” assentaria em receitas publicitárias que partilha com os utilizadores e com titulares de direitos, no pressuposto de que os conteúdos estão licitamente disponíveis e não o contrário.

Sobre a aplicação do artigo 14.º/1 da Diretiva do comércio eletrónico a estas plataformas, considera o Tribunal que, para efeitos desta norma, a atividade do prestador de serviços de armazenagem em servidor é puramente técnica, automática e passiva, sem conhecimento nem controlo da informação transmitida ou armazenada, à semelhança do que decidiu no acórdão de 23 de março de 2010.<sup>38</sup> Numa palavra, para beneficiar desse “porto seguro”, o prestador deveria pautar a sua atuação pelo princípio da neutralidade consagrado no acórdão *L’Oréal*<sup>39</sup> a propósito da proteção das marcas no comércio eletrónico. Depois, segundo o Tribunal de Justiça, a utilização de filtros não significa conhecimento nem controlo da informação transmitida ou armazenada (para. 109) e o referido artigo 14.º/1-a) refere-se a atividades e a informações ilegais concretas (para. 112). O prestador só pode cumprir a obrigação de retirar ou bloquear o acesso à informação relativamente a conteúdos concretos, tanto mais que não tem uma obrigação geral de vigilância (para. 113), e o facto de “proceder a uma indexação automatizada dos conteúdos carregados nessa plataforma, de a referida plataforma ter uma função de pesquisa e de recomendar vídeos em função do perfil ou das preferências dos utilizadores não basta para considerar que esse operador tem um conhecimento ‘concreto’ das

---

<sup>38</sup> Proc. apensos C236/08 a C238/08, *Google France e Google*, EU:C:2009:569.

<sup>39</sup> Acórdão de 12 de julho de 2011, proc. C324/09, EU:C:2011:474.

atividades ilegais realizadas nessa mesma plataforma ou das informações ilegais que nela estão armazenadas” (para. 114).

Por outro lado, o Tribunal de Justiça entende que a “efetivação da ‘responsabilidade do perturbador’ pressupõe a violação de obrigações de comportamento cuja extensão depende da questão de saber se e em que medida se pode razoavelmente exigir ao ‘perturbador’ que controle ou vigie terceiros para impedir que os direitos de propriedade intelectual sejam violados” (para. 121). Considerando que o artigo 8.º/3 da Diretiva 2001/29 justifica injunções tanto para cessar violações já cometidas, como para prevenir futuras violações (para. 126)<sup>40</sup>, e que o prestador pode ser destinatário dessas injunções “mesmo na hipótese de não ser considerado responsável” ao abrigo do art. 14.º/1 da Diretiva do comércio eletrónico (para. 131), o Tribunal de Justiça recorda que o direito interno pode prever um “procedimento prévio ao exercício dessa via de recurso, que tenha em conta o facto de o prestador em questão não ser responsável pela violação em causa” (para. 132), até para, desse modo, evitar custas judiciais e não ter que vigiar ativamente todos os conteúdos carregados pelos utilizadores da referida plataforma, o que, aliás, seria contrário ao artigo 15.º da Diretiva do comércio eletrónico.

A análise do acórdão *Cyando* mostra que, na ótica do Tribunal de Justiça, se justifica, *inter alia*, uma obrigação a cargo das plataformas comerciais de partilha em linha de implementarem medidas técnicas adequadas, como sistemas de monitorização e filtragem, sob pena de incorrerem na prática não autorizada de comunicação ao público de obras protegidas por direitos de autor. A utilização destes filtros de direitos de autor não afetará a ausência de uma obrigação geral de vigilância, em virtude de esses filtros deverem ser programados para identificarem e bloquearem ou removerem atividades e informações ilegais concretas, *embora, naturalmente, não seja possível separar o trigo do joio sem passar pela peneira*.

---

<sup>40</sup> Citando a propósito o acórdão de 16 de fevereiro de 2012, proc. C360/10, *SABAM*, EU:C:2012:85.

A referida obrigação de implementação de medidas técnicas eficazes é vista, pelo Tribunal, como um elemento de exclusão do ato de comunicação ao público, ao passo que a Diretiva afirma de pleno que as plataformas comerciais praticam esse ato, embora possam excluir a responsabilidade daí resultante se provarem o cumprimento, nomeadamente, dessa obrigação. Ou seja, o que para o Tribunal é um elemento objetivo da noção de comunicação ao público, para a Diretiva é uma causa de exclusão da responsabilidade das plataformas comerciais.<sup>41</sup>

O artigo 17.º da Diretiva 2019/790 responsabiliza as plataformas comerciais, mas ao mesmo tempo impõe deveres de cooperação aos titulares de direitos, tendo a Comissão apresentado, nas vésperas de terminar o prazo de transposição da diretiva, um conjunto de orientações, que interessa passar em revista.

## 8 AS ORIENTAÇÕES DA COMISSÃO SOBRE O ARTIGO 17.º DA DIRETIVA 2019/790

Nas orientações sobre o artigo 17.º da Diretiva 2019/790 relativa aos direitos de autor no mercado único digital<sup>42</sup>, a Comissão expõe as linhas orientadoras sobre as melhores práticas na cooperação entre as plataformas e os titulares de direitos, procurando salvaguardar um justo equilíbrio entre direitos fundamentais e exceções e limitações aos direitos de autor.

Para começar, a Comissão considera que “O artigo 17.º constitui *lex specialis* em relação ao artigo 3.º da Diretiva 2001/29/CE e ao artigo 14.º da Diretiva 2000/31/CE. [...] Devido à natureza *lex specialis* do artigo 17.º, os Estados-Membros devem aplicar especificadamente esta disposição, em vez de se basear simplesmente na sua aplicação nacional do artigo 3.º da

---

<sup>41</sup> De todo o modo, o Tribunal ressalva expressamente que não está em causa interpretar a Diretiva 2019/790: “As interpretações dadas pelo Tribunal de Justiça em resposta a estas questões não versam sobre o regime, que entrou posteriormente em vigor e que veio a ser instituído pelo artigo 17.º da Diretiva (UE) 2019/790 do Parlamento Europeu e do Conselho” (para. 59).

<sup>42</sup> COM(2021) 288 final, Bruxelas, 4.6.2021.

Diretiva 2001/29/CE”.<sup>43</sup> A consideração de que o artigo 17.º é lei especial tem grande alcance, no sentido de que estabelece um regime específico para as plataformas comerciais de partilha em linha de conteúdos digitais, que surgiram depois das Diretivas 2000/31 e 2001/29.

Por outro lado, a Comissão sublinha que a lista de prestadores de serviços excluídos da noção de plataformas de partilha de conteúdos em linha “não é exaustiva”<sup>44</sup>, e aconselha a colocação em forma de lei dos considerandos (61), (62) e (63) da Diretiva, designadamente o que se refere aos prestadores de serviços cujo objetivo principal seja realizar ou facilitar pirataria. Relativamente aos prestadores abrangidos destaca que a noção é neutra tanto em termos tecnológicos como no que respeita ao modelo negocial e, no que se refere à grande quantidade de ficheiros disponibilizados na plataforma, deve considerar-se não apenas a audiência do prestador, mas também o número de ficheiros carregados pelos utilizadores em geral, sendo que a prossecução de fins lucrativos mediante categorização ou promoção dos ficheiros se dá, tipicamente, “colocando publicidade junto aos conteúdos carregados pelos utilizadores”, mas ressalvando que: “O simples facto de receber uma taxa dos utilizadores para cobrir os custos operacionais de armazenagem dos conteúdos ou solicitar doações ao público, não deve ser considerado uma indicação de fins lucrativos”.<sup>45</sup>

A Comissão ressalva que a autorização do titular de direitos tanto pode ser dada individualmente como através de gestão coletiva, consoante o setor em causa, e até “pode ser concedida gratuitamente, ao abrigo de uma licença «Creative Commons»”.<sup>46</sup> Relativamente às licenças coletivas com efeitos alargados, a Comissão considera que estas “podem ser consideradas em casos específicos e para setores específicos”, por ex. “quando for particularmente difícil identificar todos os titulares de direitos e quando os custos das operações relativas à obtenção dos direitos individuais

---

<sup>43</sup> COM(2021) 288 final, Bruxelas, 4.6.2021, p. 2.

<sup>44</sup> *Ibid*, p. 4

<sup>45</sup> *Ibid*, p. 6.

<sup>46</sup> *Ibid*. p. 7.

forem proibitivamente elevados (considerando 45)”.<sup>47</sup> A autorização concedida aos prestadores aproveita aos utilizadores sem fins comerciais (por ex. “carregamento de um vídeo doméstico que inclua música de fundo por parte dos utilizadores”) ou com receitas não significativas (por ex. carregamento de “tutoriais que incluam música ou imagens e que gerem receitas de publicidade limitadas”), não carecendo o prestador de autorização para o ato do utilizador que já tenha sido autorizado, em conformidade com o considerando (69).

Quanto ao mecanismo específico de responsabilidade na ausência de autorização previsto no artigo 17.º, n.º 4, a Comissão refere, relativamente aos melhores esforços, que devem ser tidas em conta as práticas específicas do mercado em diferentes setores (por ex., saber se a gestão coletiva é ou não prática generalizada) ou antes mecanismos voluntários de mediação. Sendo que, em qualquer caso, “o contacto proactivo com as entidades de gestão coletiva (EGC) que atuem em conformidade com a Diretiva 2014/26/EU para obter uma autorização deve ser considerado um requisito mínimo para todos os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha”.<sup>48</sup> Nesta perspetiva, as plataformas comerciais devem ser obrigadas a contactarem estas entidades de gestão coletiva, de modo a provarem os seus melhores esforços.

A Comissão acrescenta: “Quando um prestador de serviços contacta um titular de direitos, mas este se recusa a entrar em negociações para conceder uma autorização para os seus conteúdos, ou rejeita ofertas razoáveis feitas de boa-fé, deve considerar-se que o prestador de serviços cumpriu a obrigação de envidar os melhores esforços”.<sup>49</sup> Ou seja, não é imprescindível obter a licença, mas é essencial apresentar aos titulares de direitos ou aos seus representantes ofertas razoáveis e de boa fé.

Por outro lado, “os prestadores de serviços devem ser transparentes com os titulares de direitos no que diz respeito aos critérios que pretendem utilizar para identificar e remunerar os conteúdos abrangidos pelo

---

<sup>47</sup> COM(2021) 288 final, Bruxelas, 4.6.2021, p. 7.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 11.

acordo, em particular quando os prestadores de serviços utilizam tecnologia de reconhecimento de conteúdos para comunicar as utilizações dos conteúdos licenciados”.<sup>50</sup> O fornecimento de “informações pertinentes e necessárias” por parte dos titulares de direitos é de grande importância na economia deste regime, de modo a que as plataformas possam detetar eventuais infrações aos direitos de autor, à luz de práticas do setor disponíveis no mercado em determinado momento, incluindo utilização de tecnologia ou de soluções tecnológicas específicas eficazes, como tecnologias de *content ID* (“filtros” de direitos de autor). Considera-se a este propósito que a “tecnologia de reconhecimento de conteúdos baseada na recolha de impressões digitais parece ser amplamente utilizada pelos principais prestadores de serviços no que diz respeito a conteúdos de vídeo e áudio”, mas “não deve ser necessariamente considerada como o padrão de mercado”<sup>51</sup>, tendo em conta outras tecnologias como a dispersão, a marca de água, a utilização de meta-dados, a pesquisa por palavras-passe ou a combinação de diferentes tecnologias.

A aplicação destas tecnologias deve observar o princípio da proporcionalidade, no sentido de que “não deve ser expectável que os prestadores... apliquem as soluções mais dispendiosas ou sofisticadas se, no seu caso específico, isso for desproporcional”, além de não se poder excluir “que, em alguns casos, os conteúdos não autorizados só possam ser evitados na sequência de uma notificação dos titulares de direitos”.<sup>52</sup> De todo o modo, a marcação dos conteúdos pelos titulares de direitos será um fator a considerar para saber se os prestadores de serviços envidaram os melhores esforços para assegurar a indisponibilidade desses conteúdos específicos. Realça a Comissão que “A aplicação do artigo 17.º não deve implicar qualquer obrigação geral de monitorização” (como, aliás, consta do artigo 17.º/8: “a aplicação do presente artigo não implica qualquer obrigação geral de monitorização”).

---

<sup>50</sup> COM(2021) 288 final, Bruxelas, 4.6.2021, 12.

<sup>51</sup> *Ibid.*, 14.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 15

Quanto aos sistemas de notificação e retirada e de notificação e bloqueio, a notificação deve ser precisa e devidamente fundamentada, para dar ao prestador a possibilidade de ter conhecimento efetivo da infração concreta. Relativamente às salvaguardas para utilizações legítimas de conteúdos e aos mecanismos de reclamação e recurso, o artigo 17.º/7 ressalva expressamente a utilização de conteúdos gerados por utilizadores para citações, crítica, análise, ou para efeitos de caricatura, paródia ou pastiche. E a Comissão declara que: “No estado atual dos conhecimentos, nenhuma tecnologia consegue avaliar, de acordo com o padrão exigido por lei, se os conteúdos que um utilizador deseja carregar correspondem a uma infração ou a uma utilização legítima”.<sup>53</sup>

Por essa razão, impedir automaticamente o carregamento através de tecnologia deve em princípio limitar-se aos *carregamentos manifestamente infratores*. Os que não forem manifestamente infratores devem poder ser carregados e ficar sujeitos a controlo humano *ex post* mediante aviso por parte dos titulares de direitos.<sup>54</sup> Para saber se é manifestamente infrator a Comissão indica critérios como o *comprimento / tamanho* do ficheiro copiado, a proporção da cópia na obra do utilizador, o *nível de alteração* da obra, o tipo de conteúdos, o modelo de negócio, “bem como o risco de prejuízo económico significativo para os titulares de direitos”<sup>55</sup> – parecendo abrir a porta a um juízo de *fair use* ou de balanço económico.<sup>56</sup> Assim, segundo a Comissão, a aplicação destes critérios significa que: “As correspondências exatas de obras completas ou de proporções significativas de uma obra devem, normalmente, ser consideradas manifestamente infratoras (...). Tal também será o caso dos carregamentos de uma obra original, que tenha sido simplesmente alterada/distorcida tecnicamente para evitar a sua identificação (como no caso de adicionar uma moldura externa à imagem

---

<sup>53</sup> COM(2021) 288 final, Bruxelas, 4.6.2021, p. 23.

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 23.

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>56</sup> Com mais indicações sobre esta figura do copyright norte-americano, PEREIRA, Alexandre Dias, Fair use e direitos de autor (entre a regra e a exceção), **Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão**, Almedina, Coimbra, 2008, p. 853-869.

ou girá-la 180º)".<sup>57</sup> Já "os conteúdos para os quais os titulares de direitos não tenham dado uma instrução de bloqueio ao prestador SPCL não devem ser considerados manifestamente infratores", o mesmo valendo para o carregamento parcial, em utilizações criativas tipo memes, ou pequenos excertos ao abrigo do direito de citação. Mas mesmo aí, todavia, a Comissão sugere a possibilidade de um controlo humano *ex ante* rápido de conteúdos detetados pela máquina, sobretudo conteúdos particularmente sensíveis ao fator tempo (por exemplo, pré-lançamento de músicas ou filmes ou destaques de transmissões de eventos desportivos recentes).<sup>58</sup>

Quanto aos conteúdos não sensíveis ao fator tempo, já não haveria necessidade de revisão humana *ex ante*, podendo, todavia, o utilizador contestar eventuais bloqueios através do mecanismo de recurso.<sup>59</sup> Nesses casos, far-se-ia um controlo humano *ex post*, decidindo o prestador com base nos argumentos apresentados tanto pelos titulares de direitos como pelos utilizadores, e permanecendo os conteúdos em linha durante esse controlo humano.

A possibilidade de serem bloqueados *ex ante* conteúdos marcados pelos titulares de direitos, ainda que sujeita a controlo humano com caráter de urgente, não é subscrita pelo Advogado Geral Henrik Saugmandsgaard Øe, em *post-scriptum* à sua opinião de 15 de julho de 2021, na qual defendeu a validade do artigo 17.º da Diretiva 2019/790, na medida em que esta norma prevê garantias suficientes para minimizar o impacto das obrigações de monitorização e de filtragem resultantes dessa norma na liberdade de expressão e de utilização dos utilizadores. Nas palavras do

---

<sup>57</sup> **Orientações**, cit., p. 25-6. Segundo a Recomendação (UE) 2018/334 da Comissão, de 1 de março de 2018, sobre medidas destinadas a combater eficazmente os conteúdos ilegais em linha - adotada na sequência da Comunicação da Comissão «Combater os conteúdos ilegais em linha, Rumo a uma responsabilidade reforçada das plataformas em linha», COM(2017) 555 final -, o prestador de serviços de armazenagem em servidor que decida remover ou impossibilitar o acesso a qualquer conteúdo que armazena por considerar que o mesmo é ilegal, não terá que informar o fornecedor de conteúdos dessa decisão e dos respetivos motivos, nem da possibilidade de a contestar, "quando é manifesto que o conteúdo em causa é ilegal e diz respeito a infrações penais graves que envolvem uma ameaça contra a vida ou a segurança das pessoas" (ponto 10).

<sup>58</sup> **Orientações**, cit., p. 25.

<sup>59</sup> *Ibid.*, p. 26.

Advogado-Geral, “as referidas orientações indicam também, de modo inédito, que os titulares de direitos devem ter a possibilidade de «reservar» (*earmark*) o material cuja colocação em linha não autorizada seja «suscetível de lhes causar um prejuízo económico significativo». Esses prestadores devem fazer prova de uma diligência particular relativamente a este material. É ainda indicado que estes últimos não cumprem as suas obrigações de «melhores esforços» se permitirem a colocação em linha de conteúdos que reproduzam esse mesmo material apesar de tais «reservas». Se tal deve ser entendido no sentido de que esses mesmos prestadores devem bloquear *ex ante* conteúdos mediante a simples alegação de um risco de prejuízo económico importante pelos titulares de direitos – não contendo as orientações outro critério que limite objetivamente o mecanismo de «reserva» a casos particulares (...) –, ainda que esses conteúdos não sejam manifestamente contrafeitos, não o posso subscrever, a menos que alterasse tudo o que expus nestas conclusões”.<sup>60</sup>

## 9 AS CONCLUSÕES DO ADVOGADOGERAL NO CASO POLÓNIA C. PARLAMENTO EUROPEU

A questão principal tratada pelo Advogado-Geral (AG) é saber se as ferramentas de reconhecimento automático de conteúdos, que as plataformas comerciais terão que instalar para *filtrar* os conteúdos que os utilizadores colocam em linha e, se for caso disso, *bloquear* alguns deles antes do seu carregamento, são compatíveis com a liberdade de expressão e de informação garantida pela Carta de Direitos Fundamentais da União.

O AG considera que essa obrigação implica uma restrição à liberdade de expressão, mas ressalva que as restrições a esta liberdade são permitidas se tiverem base legal («existência da lei») e se esta reunir qualidades de acessibilidade e de previsibilidade («qualidade da lei»), significando esta última que “uma restrição ao exercício de um direito funda-

---

<sup>60</sup> Conclusões do AdvogadoGeral HENRIK SAUGMANDSGAARD ØE apresentadas em 15 de julho de 2021, proc. C401/19, para. 223.

mental deve ser suficientemente acessível e previsível nos seus efeitos, isto é, ser enunciada com suficiente clareza e precisão para permitir aos interessados, recorrendo, se necessário, a aconselhamento especializado, regular a sua conduta”.<sup>61</sup> Na opinião do AG, o artigo 17.º cumpre estes requisitos, limitando-se a impor aos intermediários em linha “determinadas medidas de monitorização ativa, sobre determinadas informações ilícitas específicas, a determinados intermediários em linha”<sup>62</sup>, e que respeitam o princípio da proporcionalidade, no sentido de serem adequadas, necessárias e proporcionadas (em sentido estrito).

Para começar, “as ferramentas de reconhecimento automático de conteúdo detetam, precisamente, *conteúdos*, e não *violações* dos direitos de autor”, colocando o risco de «sobrebloqueio» e dependendo “da precisão e da veracidade das informações prestadas pelos titulares de direitos”.<sup>63</sup> Na opinião do AG, o n.º 7 do art. 17 “previu um limite claro e preciso para as medidas de filtragem e de bloqueio que devem ser aplicadas pelos prestadores desses serviços nos termos do n.º 4 deste artigo”, impondo-lhes uma “obrigação de resultado”, que é “não impedir a colocação à disposição, nos seus serviços, de conteúdos que reproduzem legitimamente obras e outro material protegido, ainda que essas obras e material tenham sido identificados pelos titulares de direitos”.<sup>64</sup> Além disso, o mecanismo de reclamação e de recurso estabelecido no n.º 9 do art. 17 seria “uma garantia suplementar, e última, para as situações em que, apesar da obrigação

<sup>61</sup> Conclusões do Advogado-Geral HENRIK SAUGMANDSGAARD ØE apresentadas em 15 de julho de 2021, proc. C401/19, para. 94.

<sup>62</sup> *Ibid.* para. 115.

<sup>63</sup> *Ibid.* para. 160.

<sup>64</sup> *Ibid.*, para. 164-5. O AG vai mais longe e considera que “o legislador da União reconheceu expressamente direitos subjetivos em matéria de direitos de autor aos utilizadores dos serviços de partilha. Atualmente, esses utilizadores têm o direito, oponível aos prestadores desses serviços e aos titulares de direitos, de utilizar de modo legítimo, material protegido, nos referidos serviços, incluindo o direito de invocar exceções ou limitações aos direitos de autor e aos direitos conexos” (*ibid.*, para. 161). É, aliás, a tese que defendemos - ALEXANDRE DIAS PEREIRA, *Direitos de autor e liberdade de informação*, Almedina, Coimbra, 2008, p. 649 – e que nos parece consagrada pela transposição da Diretiva 2001/29 com as alterações introduzidas no artigo 75.º do CDADC, e reforçada pela Lei n.º 36/2017, de 2 de junho, que alterou novamente o CDADC de modo a garantir o exercício dos direitos dos beneficiários das utilizações livres de obras.

que consta desse mesmo n.º 7, os referidos prestadores bloqueiam, ainda assim, por erro, esses conteúdos legítimos”.<sup>65</sup>

Em suma, “qualquer medida de filtragem e de bloqueio deve ser «estritamente delimitada», no sentido de que deve visar conteúdos ilícitos e não ter efeito arbitrário ou excessivo sobre os conteúdos lícitos”.<sup>66</sup> O AG pronuncia-se contra o «sobre bloqueio» preventivo de todas essas utilizações legítimas e contra a consequente inversão sistemática do ónus dos utilizadores de demonstrarem essa legitimidade, pelo risco de arrefecimento («chilling effect») que tal implica na liberdade de expressão e de criação. Obrigar as plataformas a utilizarem filtros de conteúdos marcados pelos titulares de direitos sob o pretexto genérico do respetivo interesse económico e bloqueando-os *ex ante* e sistematicamente impediria os utilizadores dos serviços de exercerem os seus direitos relativamente a esses conteúdos, os quais acabariam desprovidos de “toda a atualidade e qualquer interesse para o público”.<sup>67</sup>

Tendo em conta o Acórdão GlawischnigPiesczek<sup>68</sup>, o AG sustenta que “a fim de minimizar o risco de «sobre bloqueio» e, assim, garantir o respeito do direito à liberdade de expressão, um prestador intermediário só pode [...] ser obrigado a filtrar e bloquear informações cuja ilicitude tenha sido previamente demonstrada por um juiz ou, na sua falta, informações cujo caráter ilícito se impõe desde logo, ou seja, manifestamente, sem que seja nomeadamente necessário contextualizá-lo”.<sup>69</sup> Ou seja, o controlo automático deveria ser limitado à ilicitude manifesta (conteúdos quantitativamente “idênticos” ou qualitativamente “equivalentes”), por não exigir uma «apreciação autónoma» ao prestador, o que já não seria o

---

<sup>65</sup> **Conclusões**, cit., para. 170.

<sup>66</sup> *Ibid.*, para. 182

<sup>67</sup> *Ibid.*, para. 184.

<sup>68</sup> Acórdão de 3 de outubro de 2019, proc. C18/18, ECLI EU:C:2019:821, nos termos do qual seria admissível impor ao operador de uma rede social, através de uma medida inibitória judicial, a obrigação de pesquisar e de bloquear, entre as informações colocadas em linha na sua rede “[uma] informação precisa, [...] cujo conteúdo foi analisado e apreciado por um órgão jurisdicional competente [...] que, na sequência da sua apreciação, a declarou ilegal”.

<sup>69</sup> **Conclusões**, para. 198.

caso relativamente a reutilizações de extratos de obras noutros contextos, de conteúdos «transformativos», etc., que podem ser abrangidos por exceções e limitações aos direitos de autor”.<sup>70</sup>

Relativamente aos primeiros, “sendo a contrafação altamente provável, esses conteúdos podem presumirse ilícitos [sendo] proporcionado bloqueálos preventivamente, [e] cabendo aos utilizadores em causa demonstrar a sua licitude (...) Inversamente, em todas as situações equívocas – curtos extratos de obras incluídas em conteúdos mais longos, obras «transformativas», etc. – nas quais, em especial, a aplicação de exceções e limitações aos direitos de autor é razoavelmente previsível, os conteúdos em causa não podem ser objeto de uma medida de bloqueio preventivo”.<sup>71</sup> Em suma, *in dubio pro libertate*.

À possibilidade de os titulares de direitos marcarem conteúdos com interesse económico especial avançada pela Comissão, o AG contrapõe “um mecanismo que permita aos utilizadores indicar (*flagging*), durante ou imediatamente após a colocação em linha, se, segundo eles, beneficiam de uma exceção ou limitação, o que implica, para o prestador em causa, fazer uma análise manual do conteúdo em causa para verificar se a aplicação dessa exceção ou limitação é manifestamente excluída ou, pelo contrário, razoavelmente possível”.<sup>72</sup> Conclui o AG que: “Na hipótese de a ilegalidade não ser evidente tendo em conta estas explicações, por o conteúdo em causa suscitar questões jurídicas complexas e/ou novas em matéria de direitos de autor, a intervenção do juiz, único competente para decidir tais questões, será em princípio necessária. Caberá então aos titulares de direitos recorrer a uma autoridade judicial, com base nomeadamente no artigo 8.º, n.º 3, da Diretiva 2001/29, a fim de que essa autoridade decida sobre esse conteúdo e, admitindo que seja ilícito, ordene o seu bloqueio”.<sup>73</sup>

Assim, na opinião do AG e ao contrário das Orientações da Comissão, as plataformas comerciais não serão responsáveis por conteúdos que

---

<sup>70</sup> **Conclusões**, para. 203

<sup>71</sup> *Ibid.*, para. 205-6.

<sup>72</sup> *Ibid.*, para. 221.

<sup>73</sup> *Ibid.*, para. 218.

não removam ou bloqueiem pelo mero facto de serem marcados pelos titulares de direitos, antes se exigindo aí uma apreciação humana caso a caso sobre a existência de uma ilicitude manifesta ou inequívoca, e que não pode ser substituída pelo bloqueio automático *ex ante* a pedido dos titulares de direitos.

Em dois parágrafos o AG enuncia dois princípios fundamentais neste domínio. O primeiro é baseado na jurisprudência do Tribunal de Justiça, segundo a qual “não decorre de forma alguma do artigo 17.º, n.º 2, da Carta que o direito de propriedade intelectual seja intangível e que a sua proteção deva, assim, ser assegurada de forma absoluta”.<sup>74</sup> O segundo é apresentado como um princípio geral do direito da Internet inscrito no artigo 15.º da Dir. 2000/31, concretizando no ambiente digital a liberdade fundamental de comunicação, e que se impõe “não só aos Estados-Membros, mas também ao legislador da União”.<sup>75</sup> Na opinião do AG, seria contrário à afirmação do princípio fundamental da liberdade de comunicação instaurar, a propósito dos direitos de autor, uma espécie de filtragem automática através de ferramentas informáticas na internet, qual *copyright ex machina*.<sup>76</sup>

## 10 O PROJETO DE TRANSPOSIÇÃO DO ARTIGO 17.º DA DIRETIVA 2019/790

Ao tempo em que elaboramos este texto a Diretiva ainda não foi transposta. Se as respostas do acórdão *Cyando* “não versam sobre o regi-

<sup>74</sup> **Conclusões**, para. 217, citando o acórdão de 27 de março de 2014, proc. C314/12, *UPC Telekabel Wien*, EU:C:2014:192, para. 61.

<sup>75</sup> Nas palavras do AG, “inclino-me a considerar a proibição prevista no artigo 15.º como um *princípio geral* do direito que regula a Internet, na medida em que concretiza, em ambiente digital, a liberdade fundamental de comunicação (...). Aliás, observo que o Tribunal de Justiça já aproximou, na sua jurisprudência, o respeito dessa liberdade e dessa proibição (...). Uma não pode ser posta em prática sem a outra. Daqui resulta, na minha opinião, que a referida proibição ultrapassa o âmbito do referido artigo 15.º e se impõe não só aos Estados-Membros, mas também ao legislador da União.”

<sup>76</sup> Não podemos senão saudar a afirmação deste princípio, remetendo para o que escrevemos há já alguns anos: PEREIRA, Alexandre Dias, **Direitos de autor e liberdade de informação**, Almedina, 2008.

me, que entrou posteriormente em vigor e que veio a ser instituído pelo artigo 17.º da Diretiva” (para. 59), já as *Orientações* da Comissão serão de ter em conta, assim como as conclusões do AG, sem esquecer que o Tribunal de Justiça poderá, em última análise, reduzir a cinzas a referida norma, embora tal não seja provável à luz das referidas Conclusões.

De todo o modo, foi apresentada a Proposta de Lei n.º 114/XIV com vista à transposição da Diretiva (UE) 2019/790, alterando o Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, aprovado em anexo ao Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de março, na sua redação atual (CDADC), o Decreto-Lei n.º 122/2000, de 4 de julho (proteção jurídica das bases de dados), e a Lei n.º 26/2015, de 14 de abril (regime das entidades de gestão coletiva do direito de autor e dos direitos conexos).<sup>77</sup> A transposição do artigo 17.º é feita através da criação de uma secção própria relativa à utilização da obra por prestador de serviços de partilha de conteúdos em linha. É aditado um novo artigo 175.º-A com definições, incluindo a de «prestador de serviços de partilha de conteúdos em linha», como “prestador de um serviço da sociedade da informação - i.e., um serviço prestado a distância por via eletrónica, mediante remuneração ou pelo menos no âmbito de uma atividade económica na sequência de pedido individual do destinatário - que tem como principal objetivo, ou um dos seus principais objetivos, armazenar e facilitar o acesso do público a uma quantidade significativa de obras ou outro material protegido por direitos de autor ou direitos conexos, carregados pelos seus utilizadores, que o prestador de serviços organiza e promove com a finalidade de obter uma vantagem económica ou comercial direta ou indireta” (n.º 1/a). Tal como previsto na Diretiva, não são considerados prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha: a) as enciclopédias em linha sem fins lucrativos; b) os repositórios científicos e educativos sem fins lucrativos; c) as plataformas de desen-

---

<sup>77</sup> Para uma primeira análise, VICENTE, Dário Moura; REMÉDIO MARQUES, J. P.; SOUSA E SILVA, Nuno, Nótula sobre as Propostas de Lei nos 113/XIV e 114/XIV em matéria de Direito de Autor e Direitos Conexos no Mercado Único Digital, **Revista de Direito Intelectual**, 2021 - N.º 2, p. 177-197; ALMEIDA, Beatriz Marques, **Direitos de Autor nas Plataformas de Partilha de Conteúdos em Rede** (*Copyright in Online Content-Sharing Platforms*), Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Jan. 2022, p. 63-8.

volvimento e partilha de programas de computador de fonte aberta; d) os prestadores de serviços de comunicações eletrônicas na aceção da Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro, que aprova a Lei das Comunicações Eletrônicas; e) os mercados em linha; e f) os serviços em nuvem, entre empresas, e serviços em nuvem que permitem ao seu utilizador carregar conteúdos para uso pessoal do utilizador.

O novo artigo 175.º-B, sobre utilização de conteúdos protegidos por prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha, estatuiria constituir *um ato de comunicação ao público, ou de colocação à disposição do público*, por parte de prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha, a disponibilização ao público do acesso a obras ou outros materiais protegidos por direitos de autor ou direitos conexos, carregados pelos utilizadores daqueles serviços. Por isso e para o efeito, os prestadores de serviço, atrás definidos, devem obter autorização dos respetivos titulares de direitos. Essa autorização compreende os atos de comunicação ou colocação à disposição do público realizados pelos utilizadores de tais serviços, se estes não agirem com carácter comercial, direto ou indireto, ou se a sua atividade não gerar receitas significativas. A estas situações não são aplicáveis as limitações de responsabilidade dos prestadores intermediários de serviços em linha previstas no artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 7/2004, de 14 de fevereiro, na sua redação atual, sem prejuízo da aplicabilidade de tais limitações a outras atividades desenvolvidas por aqueles prestadores de serviços. Ressalva-se ainda que o novo regime não prejudica a utilização de obras ou outro material protegido por parte de utilizadores de serviços de partilha de conteúdos em linha que não violem direitos de autor e direitos conexos, nomeadamente as utilizações abrangidas por uma exceção ou limitação.

Depois, o novo artigo 175.º-C responsabilizaria as plataformas comerciais por atos de comunicação pública não autorizados, salvo se demonstrassem que *a)* envidaram todos os esforços para obter uma autorização; *b)* efetuaram, de acordo com elevados padrões de diligência profissional do setor, os melhores esforços para assegurar a indisponibilidade de determinadas obras e outros materiais protegidos, relativamente aos quais os titulares de direitos forneceram aos prestadores de serviços

as informações pertinentes e necessárias; c) agiram, de forma diligente, após receção de uma notificação suficientemente fundamentada pelos titulares de direitos, no sentido de remover ou bloquear o acesso à obra ou outros materiais protegidos, objeto de notificação, dos seus sítios na Internet ou servidores que utilizam para a prestação de serviços, independentemente dos titulares de direitos terem ou não disponibilizado a informação relevante e necessária em momento prévio à notificação, e envidaram os melhores esforços para impedir o futuro carregamento e disponibilização da obra ou outros materiais protegidos, objeto de notificação, nos termos da alínea anterior.

O cumprimento pelas plataformas comerciais das referidas obrigações é aferido segundo o princípio da proporcionalidade e tendo em conta, entre outros, os seguintes elementos: a) o tipo, o público-alvo e a dimensão do serviço, bem como o tipo de obras ou outros materiais protegidos, carregados pelos utilizadores do serviço; e b) a disponibilidade de meios adequados e eficazes, bem como o respetivo custo para os prestadores de serviços.

O novo artigo 175.º-D preveria que as plataformas com menos de três anos de atividade e com um volume de negócios anual inferior a 10 milhões de euros (calculado nos termos da Recomendação 2003/361/CE da Comissão, de 6 de maio de 2003, relativa à definição de micro, pequenas e médias empresas) e um número médio mensal de visitantes individuais inferior a cinco milhões, calculado com base no ano civil, ficariam sujeitas a um regime menos exigente. Com efeito, para afastar a responsabilidade por carregamentos ilegais, deveriam provar apenas que envidaram todos os esforços para obter uma autorização ou licença, e que agiram, de forma diligente, após receção de uma notificação suficientemente fundamentada pelos titulares de direitos, no sentido de remover ou bloquear o acesso à obra ou outros materiais protegidos, objeto de notificação, dos seus sítios na internet ou servidores que utilizam para a prestação de serviços. Ou seja, as novas plataformas teriam durante 3 anos (e na medida em que se mantivessem abaixo dos 5 milhões de utilizadores) um período de adaptação, no sentido de que não seriam obrigadas a instalar medidas técnicas de prevenção, bastando implementar um mecanismo de aviso e retirada.

Ressalvando-se, todavia, que este regime menos apertado não deveria ser objeto de utilização abusiva por parte das grandes plataformas.

Por outro lado, sobre as plataformas impenderia um dever de informação nos termos do novo artigo 175.º-E, segundo o qual, a pedido dos titulares de direitos, as plataformas devem facultar-lhes informações adequadas sobre o funcionamento das suas práticas e, havendo licenciamento, informações sobre a utilização dos conteúdos abrangidos pelos referidos acordos. Além disso, as condições gerais das plataformas deveriam informar os seus utilizadores da possibilidade de utilizarem obras e outros materiais protegidos ao abrigo das exceções e limitações ao direito de autor e direitos conexos previstas no presente diploma ou em qualquer outra fonte de Direito da União, bem como dos procedimentos referidos no novo artigo 175.º-F. Para começar, o procedimento ou mecanismo de reclamação e reapreciação, no sentido de as plataformas comerciais criarem e disponibilizarem aos utilizadores dos respetivos serviços um mecanismo de reclamação e recurso eficaz e rápido contra a remoção ou bloqueio indevidos de obras ou outros materiais protegidos por eles carregados, designadamente para permitir as utilizações livres previstas nas alíneas *h*) e *x*) do n.º 2 do artigo 75.º do CDADC (o direito de citação e o direito de caricatura ou paródia, que passa a ser expressamente previsto no catálogo das utilizações livres). Os titulares de direitos devem fundamentar os seus pedidos de remoção ou bloqueio e as decisões devem ser tomadas sem demora injustificada e estar sujeitas a *controlo humano*, devendo a tramitação dos procedimentos estar disponível em língua portuguesa. Sendo que o referido procedimento não prejudicaria o recurso à resolução extrajudicial de litígios, nos termos do novo artigo 175.º-G, nem às vias judiciais gerais.

Como resulta da análise precedente, a Proposta de Lei segue a Diretiva quase à letra, acrescentando mais ou outro considerando do seu preâmbulo. De um modo geral, a Proposta não incorpora as *Orientações* da Comissão, o que não é necessariamente errado, atento o seu valor normativo e o facto de o Advogado-Geral no *post-scriptum* às suas Conclusões ter emitido reservas significativas quanto ao sentido e alcance de algumas delas, nomeadamente no que respeita à possibilidade de as plataformas

terem que instituir um sistema de bloqueio ou remoção *ex ante* de todos e quaisquer conteúdos marcados pelos titulares de direitos, ainda que o seu carregamento não fosse manifestamente ilícito.

Entretanto, a dissolução da Assembleia da República fez cair esta Proposta de Lei, remetendo para a nova legislatura a transposição da diretiva. Apesar de não ter conseguido transpor a Diretiva, a anterior legislatura ainda aprovou a lei sobre fiscalização, controlo, remoção e impedimento do acesso em ambiente digital a conteúdos protegidos.<sup>78</sup>

## **11 CONTROLO, REMOÇÃO E IMPEDIMENTO DO ACESSO EM AMBIENTE DIGITAL A CONTEÚDOS PROTEGIDOS SEGUNDO A LEI N.º 82/2021**

A Lei 82/2021 regula os procedimentos de fiscalização, controlo, remoção e impedimento do acesso em ambiente digital a conteúdos protegidos pelo direito de autor e pelos direitos conexos, bem como o procedimento administrativo a adotar em caso de disponibilização ilícita de conteúdos protegidos pelo direito de autor e pelos direitos conexos, incluindo as obrigações, no âmbito desse procedimento, dos prestadores intermediários de serviços em rede, definidos no n.º 5 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 7/2004, ou seja, os que “prestam serviços técnicos para o acesso, disponibilização e utilização de informações ou serviços em linha independentes da geração da própria informação ou serviço”.

Em termos gerais, este diploma parece colocar na forma de lei o Memorando de Entendimento celebrado entre a IGAC, as entidades representativas dos titulares de direitos de autor e direitos conexos, e representantes de provedores de acesso à Internet a operar no mercado português.<sup>79</sup> É atribuída competência à Inspeção-Geral das Atividades Culturais (IGAC), enquanto entidade de supervisão setorial em matéria de direito de autor e direitos conexos, no âmbito do DL 7/2004 (art.

<sup>78</sup> Lei n.º 82/2021, de 30 de novembro.

<sup>79</sup> Disponível em: [http://www.apel.pt/gest\\_cnt\\_upload/editor/File/apel/direitos\\_autor/memorando\\_APRITEL\\_IGAG\\_MAPINET.pdf](http://www.apel.pt/gest_cnt_upload/editor/File/apel/direitos_autor/memorando_APRITEL_IGAG_MAPINET.pdf)

2.º). A IGAC, oficiosamente ou na sequência de denúncia, notifica o responsável pela disponibilização ilícita de conteúdos, a fim de, no prazo máximo de 48 horas, fazer cessar essa disponibilização e remover o serviço ou o conteúdo da Internet (art. 3.º/1). Em situações de urgência, a notificação prévia ao responsável pela disponibilização pode ser dispensada. Findo esse prazo e mantendo-se os conteúdos acessíveis, a IGAC notifica o provedor de Internet para remover ou bloquear os conteúdos, no prazo de 48 horas. Todavia, existindo dúvidas fundadas quanto à titularidade dos direitos em causa ou à legitimidade da utilização dos conteúdos pelo responsável pela sua disponibilização, não há lugar à notificação (art. 3º/6).

Esta lei vem regular o procedimento perante a entidade de supervisão previsto no art. 18.º/4 do DL 7/2004. Todavia, não se aplica “aos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha, definidos no n.º 6 do artigo 2.º da Diretiva (UE) 2019/790 [...], os quais são responsabilizados nos termos do artigo 17.º do mesmo diploma e da legislação que o transponha para a ordem jurídica nacional” (art. 1/2). Nesse sentido, deixa de fora as plataformas comerciais de partilha em rede de conteúdos, que são objeto deste trabalho.

## CONCLUSÃO

O sistema de direitos de autor e direitos conexos afirma-se plenamente válido e eficaz no mundo digital. Parafraseando uma frase conhecida de MARK TWAIN, diríamos que as notícias sobre a morte deste instituto foram manifestamente exageradas.<sup>80</sup> Isto não significa que o direito de autor seja atualmente o mesmo que conhecíamos no tempo da tecnologia analógica. Numa palavra, o direito de autor adaptou-se aos desafios da tecnologia digital, digitalizando-se. No sentido de que o que a tecnologia digital tornou possível, quer ao nível de novas formas de expressão criativa, quer ao nível de novos modos de exploração das obras e de outro

---

<sup>80</sup> *Vd.*, com referências, PEREIRA, Alexandre Dias, **Informática, direito de autor e propriedade tecnodigital**, Coimbra Editora, 2001, p. 38-9.

material protegido, assim como no papel do utilizador final, tudo isto o direito de autor assimilou e com isso se fortaleceu.

O desafio mais recente foi lançado pelas plataformas comerciais de partilha em linha de conteúdos carregados pelos utilizadores finais, com a chamada web 2.0 marcada pela interatividade e pela partilha. Estes novos modelos de negócios floresceram ao abrigo do “porto seguro” de responsabilidade dos prestadores de serviços de internet e num quadro de relativa incerteza jurídica em termos de direitos de autor. O legislador da União Europeia, no cumprimento do seu dever de proteger a propriedade intelectual e, ao mesmo tempo, outros direitos fundamentais também consagrados na Carta da União estabeleceu no artigo 17.º da Diretiva 2019 um regime que procura consagrar um justo equilíbrio entre os legítimos interesses em conflito de todas as partes envolvidas.

A oferta ao público de acesso a obras e outros materiais carregados pelos utilizadores de serviços de partilha de conteúdos em linha passa a ser expressamente considerada uma utilização (comunicação ao público ou colocação à disponibilização do público) sujeita a autorização dos respetivos titulares de direitos, a qual abrangerá não apenas a atividade da plataforma, mas também os atos praticados pelos utilizadores dos serviços se estes não agirem com carácter comercial ou se a sua atividade não gerar receitas significativas. A Diretiva afirma o princípio da soberania do autor, no sentido de os titulares de direitos serem livres de autorizar, ou não, esta nova forma de utilização. Isto é, o princípio é o de que “os titulares de direitos não deverão ser obrigados a conceder uma autorização ou a celebrar acordos de concessão de licenças”, como se lê no considerando (61), sendo os titulares de direitos soberanos para autorizar ou não a utilização das suas obras nas novas plataformas de partilha de conteúdos.

Enquanto atividade sujeita a autorização, exclui-se da limitação da responsabilidade prevista na Diretiva sobre comércio eletrónico para os prestadores de serviços de armazenagem em servidor (n.º 3). Na ausência de autorização, estas plataformas comerciais respondem por infração aos direitos de autor, a menos que provem que se esforçaram seriamente ou diligentemente para obter autorização, para não disponibilizar obras

identificadas pelos titulares de direitos ou para bloquear ou remover obras objeto de notificação pelos titulares de direitos e para impedir o seu futuro carregamento. O cumprimento destas obrigações - que passa pela implementação de medidas técnicas adequadas (leia-se tecnologias de reconhecimento de conteúdos) - é aferido à luz do princípio da proporcionalidade, tendo em conta, designadamente, o tipo, o público-alvo e a dimensão do serviço e o tipo de conteúdos carregados pelos utilizadores do serviço, e a disponibilidade de meios adequados e eficazes, bem como o respetivo custo para os prestadores de serviços.

Tendo em conta que as tecnologias de controlo de conteúdos (monitorização e filtragem) podem ser pouco eficazes e/ou muito dispendiosas, considera-se necessário apreciar, caso a caso, a sua onerosidade para salvaguardar a liberdade de empresa e salvaguardar a concorrência no setor.<sup>81</sup> Desde logo, a fim de prevenir a eliminação à nascença de concorrentes, as pequenas e médias empresas que forem novas no setor (i.e. atuarem há menos de três anos e com volume de negócios anual inferior a 10 milhões de euros), têm que provar apenas que se esforçaram seriamente ou diligentemente para obter autorização e, após recebimento de uma notificação, para bloquear o acesso ao ou remover o conteúdo protegido dos seus sítios Internet; se ultrapassarem os 5 milhões de visitantes individuais, terão que provar que se esforçaram seriamente para prevenir futuros carregamentos de obras objeto de notificação adequada por parte dos titulares de direitos. O que na prática significará que as plataformas com mais de 5 milhões de visitantes individuais terão que recorrer a tecnologias de reconhecimento de conteúdos.

Além disso, o controlo dos conteúdos carregados pelos utilizadores não deve impedir utilizações de obras já caídas no domínio público ou utilizações de conteúdos gerados por utilizadores em serviços de partilha de conteúdos em linha para fins de citações, crítica, análise, ou para efeitos de caricatura, paródia ou pastiche (os famosos memes), ao abrigo da liberdade de expressão e de informação, utilizações essas que passam

---

<sup>81</sup> Recorde-se o acórdão de 24 de novembro de 2011, *Scarlet Extended*, proc. C-70/10, ECLI:EU:C:2011:771.

a ser imperativamente garantidas enquanto direitos subjetivos dos utilizadores finais no ambiente digital. Além disso, os titulares de direitos devem justificar devidamente os seus pedidos de bloqueio ou de remoção de conteúdos, para resolver litígios sobre o bloqueio do acesso a obras que carreguem ou que sejam removidas, as plataformas devem disponibilizar aos utilizadores um mecanismo de reclamação e de recurso eficaz e rápido, cujas decisões “são sujeitas a controlo humano”.

Este mecanismo de autorregulação não prejudica a disponibilidade de mecanismos de resolução extrajudicial de litígios, os quais por seu turno também não prejudicam o direito dos utilizadores a recursos judiciais eficazes, nomeadamente mediante acesso a um tribunal ou a outro órgão jurisdicional pertinente para reivindicar a utilização de uma exceção ou limitação, cabendo aliás aos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha informar os seus utilizadores, nas suas condições gerais, da possibilidade de utilizarem obras ao abrigo de exceções ou limitações aos direitos de autor e direitos conexos previstas no direito da União. A fim de otimizar o regime instituído, a Comissão promoverá o diálogo entre as partes interessadas e emitirá orientações sobre as melhores práticas, tendo em conta igualmente os direitos fundamentais e a utilização de exceções e limitações.

Apesar de as tecnologias de reconhecimento de conteúdos terem sido retiradas da letra da lei, tanto o Tribunal de Justiça como o Advogado-Geral e a Comissão já reconheceram que o sistema instituído passará, em larga medida, pela utilização dessas tecnologias (ferramentas informáticas de monitorização e filtragem de conteúdos). A grande questão está em saber qual deverá ser o nível de controlo a efetuar pela máquina. Como vimos atrás, a Comissão reconhece que “No estado atual dos conhecimentos, nenhuma tecnologia consegue avaliar, de acordo com o padrão exigido por lei, se os conteúdos que um utilizador deseja carregar correspondem a uma infração ou a uma utilização legítima”.<sup>82</sup>

Isso não impede a Comissão de recomendar que os Estados-Membros transponham a Diretiva no sentido de prever expressamente a possibilidade de o controlo automático impedir, bloquear e ou remover o

---

<sup>82</sup> **Orientações**, cit., p. 23.

carregamento de conteúdos manifestamente ilícitos, designadamente em situações de reprodução integral idêntica ou equivalente de obras protegidas; recomenda ainda que o mesmo seja válido para conteúdos marcados pelos titulares de direitos. O Advogado-Geral concorda com a primeira solução, mas já se opõe ao controlo automático de todo e qualquer conteúdo marcado pelo titular de direitos, por considerar ser essa uma limitação excessiva à liberdade de expressão e de informação. Defende inclusive que o direito subjetivo dos utilizadores de carregarem conteúdos ao abrigo das utilizações permitidas por lei só por via judicial deve ser limitado, ao invés de ficar sujeito à apreciação autónoma das plataformas, numa orientação claramente *in dubio pro libertate*. Recordando as suas palavras: “o legislador considerou que os «falsos positivos», que consistem em bloquear conteúdos legais, são mais graves do que os «falsos negativos», que consistem em deixar passar determinados conteúdos ilícitos”.<sup>83</sup>

O projeto de transposição do artigo 17.º para o direito interno não incorpora as orientações da Comissão no que respeita ao modo de funcionamento dos filtros de conteúdos, o que nos parece ser uma solução sensata tendo em conta os argumentos aduzidos pelo Advogado-Geral em defesa de uma comunidade digital em que o sistema de direitos de autor reconhece direitos não apenas aos titulares tradicionais (criadores, artistas e produtores), mas também aos utilizadores finais, em nome das suas liberdades fundamentais da comunicação. Da nossa parte, também nos parece que colocar nas mãos dos titulares de direitos a possibilidade de exigirem que as plataformas programem os filtros de modo a bloquear ou remover a priori qualquer conteúdo, em nome do seu interesse económico, é restringir de forma excessiva a liberdade de comunicação no médium digital e, com isso, comprometer seriamente um pilar das sociedades livres e democráticas. Compreende-se e aceita-se o controlo automático para utilizações manifestamente ilícitas, tal como atrás caracterizadas, pese embora se reconheça que mesmo

---

<sup>83</sup> **Conclusões**, cit., para. 207 (acrescentando, em conformidade com o princípio geral da liberdade de comunicação, que “nos casos em que não seja possível, no estado atual da tecnologia, tratandose, por exemplo, de certos tipos de obras e de material protegido, utilizar uma ferramenta de filtragem automática sem implicar uma taxa de «falso positivo» considerável, a utilização dessa ferramenta deve, na minha opinião, ser excluída” (para. 214).

á a tecnologia não dá respostas inteiramente seguras. Fora dessas situações, seria excessivo impedir *ex ante* a comunicação nos media digitais, sem prejuízo do controlo *ex post*. Nesse sentido deve interpretar-se a Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital<sup>84</sup>, que consagra, *inter alia*, a liberdade de expressão e de criação em ambiente digital (art. 4.º), bem como o direito à proteção de conteúdos por direitos de propriedade intelectual, quando remete para lei especial as medidas proporcionais, adequadas e eficazes com vista a impedir o acesso ou a remover conteúdos disponibilizados em *manifesta* violação do direito de autor e direitos conexos (art. 16.º/2, *itálico nosso*).

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Mark Susi's internet balancing formula. **European Law Journal**, v. 25/2, 2019, p. 213-220.

ALMEIDA, Beatriz Marques. **Direitos de Autor nas Plataformas de Partilha de Conteúdos em Rede** (*Copyright in Online Content-Sharing Platforms*), Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Jan. 2022.

CASIMIRO, Sofia de Vasconcelos. A responsabilidade das plataformas digitais pelos conteúdos de terceiros: o reposicionamento do direito de comunicação ao público no Acórdão YouTube e Cyando (processos C-682/18 e C-683/18). **Revista de Direito Intelectual**, n. 2, 2021, p. 271-278.

DUSOLLIER, Severine. The 2019 Directive on Copyright in the Digital Single Market: Some Progress, a Few Bad Choices, and an Overall Failed Ambition. **Common Market Law Review**, v. 57, 2020, p. 979-1030.

FROSIO, Giancarlo. From Horizontal to Vertical: An Intermediary Liability Earthquake in Europe», **Journal of Intellectual Property Law & Practice**, v. 12/7, 2017, p. 565-75.

GRISSE, Karina. After the Storm – Examining the Final Version of Article 17 of the new Directive (EU) 2019/790. **Journal of Intellectual Property Law & Practice**, v. 14, 2019, p. 887-99.

LAMBRECHT, Maxime. Free speech by design – Algorithmic protection of exceptions and limitations in the Copyright DSM directive. **JIPITEC**, v. 11, 2020, p. 68-94.

---

<sup>84</sup> Aprovada pela Lei n.º 27/2021 de 17 de maio.

MACHADO, Jónatas. **Liberdade de Expressão. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social**, Coimbra Editora, Coimbra, 2002.

PEREIRA, Alexandre Dias. Direitos de autor, Códigos tecnológicos e a lei Milénio Digital. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, v. 75, 1999, p. 475-521.

PEREIRA, Alexandre Dias. **Informática, direito de autor e propriedade tecnodigital**, Coimbra Editora, 2001.

PEREIRA, Alexandre Dias. **Direitos de autor e liberdade de informação**, Almedina, Coimbra, 2008.

PEREIRA, Alexandre Dias. Fair use e direitos de autor (entre a regra e a excepção). **Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão**, Almedina, Coimbra, 2008, p. 853-869.

PEREIRA, Alexandre Dias. Comunicação ao público: um “grande direito” na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia?. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, v. 94/II, 2018, p. 1399-1411.

PEREIRA, Alexandre Dias. Os Direitos de Autor no Mercado Único Digital segundo a Diretiva 2019/790. **Revista de Direito Intelectual**, n. 2, 2019, p. 35-56.

PEREIRA, Alexandre Dias. Os direitos de autor e os desafios da inteligência artificial: copyright ex machina?. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, ano 150, n. 4025, 2020, p. 66-84.

QUINTAIS, João Pedro. The New Copyright in the Digital Single Market Directive: A Critical Look. **European Intellectual Property Review**, 42/1, 2020, p. 28-41.

SOUSA E SILVA, Nuno. Subsídios para a transposição da Diretiva 2019/790. **Revista de Direito Intelectual**, n. 1, 2020, p. 245-272.

SUSI, Mark. The Internet Balancing Formula. *European Law Journal*, v. 25/2, 2019, p. 198-212.

VICENTE, Dário Moura; REMÉDIO MARQUES, J. P.; SOUSA E SILVA, Nuno. Nótula sobre as Propostas de Lei nos 113/XIV e 114/XIV em matéria de Direito de Autor e Direitos Conexos no Mercado Único Digital. *Revista de Direito Intelectual*, n. 2, 2021, p. 177-197.

**Recebido:** 25/02/2022

**Aprovado:** 22/05/2022



**INOVAÇÃO, DIREITO DIGITAL E  
TECNOLOGIA**

**PARTE III**

**RRDDIS**

# A INFLUÊNCIA DO PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO AMBIENTE DIGITAL NA DECISÃO DO OVERSIGHT BOARD NO CASO TRUMP

*The influence of the digital environment constitutionalization process on the Oversight Board's decision in the Trump case*

**Raíssa Paula Martins<sup>1</sup>**

**Rodrigo Vieira Costa<sup>2</sup>**

## RESUMO:

O presente trabalho aborda a decisão do *Oversight Board* sobre a suspensão indefinida da conta de Donald Trump no Facebook após publicações do ex-Presidente durante a invasão ao Capitólio. A pesquisa tem como objetivo identificar indícios de influência do processo de constitucionalização do ambiente digital na decisão proferida pelo Comitê, partindo das contribuições teóricas do constitucionalismo digital. Em termos metodológicos, além da utilização de fontes bibliográficas sobre os assuntos abordados, faz uso de fontes documentais, como a decisão do Board, regulamentos adotados pelo Facebook e notícias sobre a criação do órgão. O trabalho está distribuído em três partes. Na primeira, discorre sobre o processo de constitucionalização do ambiente digital. Na segunda, introduz

## ABSTRACT:

*This paper addresses the decision of the Oversight Board on the indefinite suspension of Donald Trump Facebook account after the former President publications during the Capitol invasion. The research aims to identify evidence of influence of the process of constitutionalization of the digital environment in the decision issued by the Committee, based on the theoretical contributions of digital constitutionalism. In methodological terms, in addition to the use of bibliographic sources on the subjects addressed, it uses documentary sources, such as Board's decision, regulations adopted by Facebook, and news about the creation of the body. The paper has three parts. In the first, it discusses the process of constitutionalization of the digital environment. In the second, it introduces some notions about the work of the Oversight Board. In the last one, it analyzes the decision*

- 
- <sup>1</sup> Mestranda em Direito pela Universidade Federal Rural do Semi-Árido (PPGD/UFERSA). Membro do DiGiCULT/UFERSA - Estudos e Pesquisas em Direito Digital e Direitos Culturais. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Estácio de Sá. Graduada em Direito pela Universidade Federal Rural do Semi-Árido.
  - <sup>2</sup> Coordenador do Curso de Direito da Universidade Federal Rural do Semi-Árido. Investigador Visitante com Estágio Pós-Doutoral no Centro de Estudos Sociais (CES) na Universidade de Coimbra (2020-2021). Docente Permanente do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal Rural do Semi-Árido (PPGD/UFERSA). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Pesquisador-Líder do DiGiCULT/UFERSA - Estudos e Pesquisas em Direito Digital e Direitos Culturais.

algumas noções sobre o trabalho do *Oversight Board*. Na última, analisa a decisão proferida no caso Trump sob a ótica do processo de constitucionalização digital. Ao final, conclui que a decisão do *Oversight Board* contém elementos que demonstram a influência do processo de constitucionalização digital, como a preocupação com a observância do devido processo, a abertura à participação popular, as recomendações sobre transparência e a fixação de critérios específicos para justificar a restrição de direitos humanos.

**Palavras-chave:** *Oversight Board*; Donald Trump; constitucionalismo digital; redes sociais; direitos humanos.

*issued in the Trump case from the perspective of the digital constitutionalization process. In the end, it concludes that the Oversight Board decision contains elements that demonstrate the influence of the digital constitutionalization process, such as the concern with the observance of due process, openness to popular participation, recommendations on transparency, and the establishment of specific criteria to justify the restriction of human rights.*

**Keywords:** *Oversight Board*; Donald Trump; digital constitutionalism; social networks; human rights.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; **1.** O PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO AMBIENTE DIGITAL; **2.** A CRIAÇÃO DO *OVERSIGHT BOARD*; **2.1.** AS CONSULTAS PARA IMPLEMENTAÇÃO DO *OVERSIGHT BOARD*; **2.2.** O FUNCIONAMENTO DO *OVERSIGHT BOARD*; **3.** A DECISÃO DO *OVERSIGHT BOARD* NO CASO TRUMP; **3.1.** ANÁLISE DA DECISÃO DO *OVERSIGHT BOARD*; **3.1.1.** ELEMENTOS ESTRUTURAIS DA DECISÃO; **3.1.2.** A ANÁLISE DO *OVERSIGHT BOARD*; **3.2.** INFLUÊNCIAS DO PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DIGITAL NA DECISÃO DO *OVERSIGHT BOARD*; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

## INTRODUÇÃO

O impacto gerado pelas transformações tecnológicas tem alcançado diferentes setores da vida humana, dentre eles, a política. A mesma internet utilizada para articular manifestações democráticas pode ser utilizada para propagar a desinformação, gerando significativos desafios regulatórios. Assim, qualquer proposta precisa ser cautelosa e equilibrada o suficiente para não incorrer em censura ou numa postura condescendente com atitudes contrárias aos direitos humanos.

Nesse cenário, os debates sobre a moderação de conteúdo se multiplicam. As discussões se voltam para as medidas que podem ser tomadas por diferentes atores, como os Estados, as grandes empresas da área tecnológica, a sociedade civil e a população em geral. É nesse contexto que o Facebook cria o *Oversight Board* (Comitê de Supervisão), em operação oficialmente desde outubro de 2020 (HARRIS, 2020). Através do Comitê, a empresa busca aperfeiçoar a moderação dos conteúdos publicados no Facebook e no Instagram, conferindo mais transparência e melhores fundamentos para suas decisões.

O *Oversight Board* anunciou os primeiros casos selecionados em dezembro de 2020 e, um mês depois, já foi desafiado por uma demanda de alta complexidade: analisar se o Facebook agiu corretamente ao remover duas postagens feitas por Donald Trump durante a invasão do Capitólio.

A análise da decisão proferida pelo *Oversight Board* nesse caso é importante, especialmente, para visualizar a interação de uma grande plataforma com a temática dos direitos humanos, sobretudo num período em que se fala de constitucionalismo digital e de um processo de constitucionalização do ambiente digital. Ademais, numa conjuntura em que diferentes vias regulatórias são debatidas, é necessário se atentar quando uma empresa do porte do Facebook apresenta uma proposta, visto que o seu modelo pode servir de base para outras plataformas.

Diante disso, este trabalho propõe a seguinte reflexão: é possível identificar indícios de influência do processo de constitucionalização do ambiente digital na decisão do *Oversight Board* no caso Trump? Para responder à questão delimitada, discorre-se sobre o processo de constitucionalização do ambiente digital; introduz-se algumas noções sobre o trabalho do *Oversight Board* e, por fim, analisa-se a decisão proferida no caso Trump sob a ótica do processo de constitucionalização digital.

A elaboração deste trabalho foi construída a partir do uso de fontes documentais e bibliográficas. No processo de pesquisa, foram consultados documentos como notícias que narraram o processo de construção do *Oversight Board*, a decisão do Comitê no caso Trump, os Padrões da Comunidade do Facebook sobre organizações e indivíduos perigosos, além

dos documentos que regem o Board. A pesquisa também se apoiou nas abordagens teóricas de Edoardo Celeste e de Giovanni De Gregorio sobre o constitucionalismo digital e nas contribuições de Kate Klonick sobre a criação do *Oversight Board*, dentre outros autores.

O trabalho contém três partes: na primeira, são abordadas algumas noções introdutórias sobre o constitucionalismo digital e o processo de constitucionalização do ambiente digital; na segunda, são apresentadas algumas informações sobre o contexto de criação do *Oversight Board* e sobre a regulamentação do funcionamento do Comitê; na parte final, o contexto da invasão ao Capitólio é abordado, alguns aspectos centrais da decisão do Board no caso Trump são expostos e, por fim, a decisão é analisada à luz do processo de constitucionalização do ambiente digital.

## 1 O PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO AMBIENTE DIGITAL

O estudo do constitucionalismo geralmente inclina o olhar do pesquisador para dois aspectos basilares, dos quais outras reflexões são extraídas: os direitos fundamentais e o equilíbrio entre os poderes (DIMOULIS; MARTINS, 2014; MARMELSTEIN, 2014). Esses dois elementos, embora apresentados separadamente, possuem inter-relações importantes. Por exemplo, a preservação dos direitos fundamentais muitas vezes depende da existência de uma estrutura onde os poderes não estão concentrados nas mãos de um único agente ou instituição, sendo, na verdade, compartilhados por diferentes atores, dotados de funções distintas e de capacidade de fiscalização mútua.

O cenário de avanço tecnológico traz desafios relativos justamente a esses dois aspectos mencionados. Recentemente, o debate sobre o reconhecimento facial evidenciou o modo como a tecnologia pode afetar direitos humanos. Utilizado, muitas vezes, com finalidades relacionadas à segurança pública, o reconhecimento facial tem gerado preocupações associadas ao direito à privacidade e à proteção de dados pessoais, bem

como relativas ao risco de abordagens discriminatórias, decorrentes de falhas e vieses presentes na inteligência artificial<sup>3</sup>.

Outro exemplo que pode ser mencionado nesse contexto se relaciona à Internet das Coisas (Internet of Things - IOT), “termo utilizado para designar a conectividade entre vários tipos de objetos do dia-a-dia sensíveis à internet” (SANTOS, 2016, p. 5). Esses dispositivos, que captam informações sobre as rotinas das pessoas e sobre os ambientes por elas frequentados, proporcionam inúmeras facilidades, mas, simultaneamente, trazem desafios em razão da quantidade de dados pessoais que coletam e dos impactos que podem gerar para a privacidade.

Além da repercussão sobre os direitos humanos, as tecnologias também têm chamado atenção pelas transformações provocadas no âmbito da concentração do poder (MOROZOV, 2018; ZUBOFF, 2020). Geralmente, as discussões sobre isso tinham ênfase nas interações entre atores estatais. Com a ascensão das Big Techs<sup>4</sup>, esse quadro sofreu algumas modificações, visto que é cada vez mais comum essas empresas desempenharem um papel de controle e de poder que, em alguma medida, assemelha-se ao desempenhado pelo Estado. Isso ocorre porque as decisões tomadas por esses grupos muitas vezes reverberam sobre o exercício de direitos fundamentais, como acontece, por exemplo, quando uma plataforma modera conteúdo e, assim, impacta o direito à liberdade de expressão.

Em meio a essa ascensão de fortes atores privados, alguns questionamentos e dúvidas surgem. A atuação do Estado, pelo menos em tese, deve ser norteada pelo interesse público, sendo possível que a popula-

---

<sup>3</sup> A título de exemplo, em 2019, uma mulher foi confundida pela tecnologia de reconhecimento facial com outra que havia praticado um homicídio. Como ela estava sem os documentos pessoais durante a abordagem, foi conduzida a uma delegacia do Rio de Janeiro, sendo liberada após seus familiares apresentarem seus documentos (WERNECK, 2019). Nos EUA, um homem foi preso após ser erroneamente identificado por software de reconhecimento facial como o responsável por um roubo em uma loja de luxo (BRITO, 2020).

<sup>4</sup> Para Morozov (2018, p. 144), as Big Techs são “(...) grandes empresas associadas a plataformas de uso intensivo de dados, quase todas situadas na América do Norte, e também cada vez mais na China (...)”.

ção manifeste críticas e reivindicações quando agentes estatais adotarem postura diversa. No caso das Big Techs, todavia, há a tendência de que, inexistindo regulamentação pública que norteie atividades suas que impactem direitos humanos, a lógica empregada seja a de mercado (GREGORIO, 2021). Nesse sentido, pode-se mencionar a busca cada vez mais frequente pela captura da atenção do usuário, algo decorrente do modelo de negócios adotado, que depende do tempo despendido pelo indivíduo visualizando a plataforma digital e os anúncios contidos nela (GOLIA, 2021). Aqui, as escolhas de design, orientadas por intuitos lucrativos, podem impactar o exercício de direitos fundamentais. A ordenação de publicações nos feeds das redes sociais, por exemplo, pode resultar no maior ou menor destaque de determinados conteúdos, tendo a capacidade de afetar o direito à liberdade de expressão.

Os dois elementos citados – a lógica econômica e as escolhas de design – remetem às lições de Lawrence Lessig (2006). Para ele (2006), a regulação no ambiente virtual não sofre influência apenas das normas estatais, sendo afetada também pelo mercado, pela infraestrutura e pelas normas sociais (LEONARDI, 2012). Lessig (2006) visualiza tanto potencial regulatório na arquitetura da internet que chega a afirmar que o código é lei.

O que se vê nesse cenário exposto é que o avanço tecnológico introduz novos atores e novos instrumentos com poder de influência sobre o exercício de direitos fundamentais. A liberdade de expressão, antes suscetível a restrições impostas por legisladores e/ou por magistrados, agora pode ser impactada também pelas escolhas de executivos e programadores das Big Techs. Com o gerenciamento cada vez mais comum de aspectos essenciais da vida dos indivíduos sendo feito pelas plataformas, tem surgido na academia a preocupação de se transpor alguns parâmetros constitucionais para o mundo digital, notadamente no que diz respeito à regulação do discurso (OLIVA, 2020).

Uma das razões para isso decorre da percepção de que as novas tecnologias geraram uma alteração no equilíbrio constitucional. Edoardo Celeste (2019, p. 3) sustenta que o equilíbrio constitucional seria “a

condição ideal produzida pela aplicação das normas do direito constitucional em um determinado ordenamento jurídico”. Para ele, as tecnologias digitais alteram esse equilíbrio ao atingirem elementos basilares do constitucionalismo, o que fazem quando (1) ampliam as possibilidades de exercício dos direitos fundamentais; (2) desencadeiam novas ameaças aos direitos fundamentais; e (3) afetam o equilíbrio entre os poderes no ecossistema digital (CELESTE, 2019).

Numa tentativa de estimular respostas a essas problemáticas, surge a ideia do constitucionalismo digital. Esse conceito não se refere a uma nova forma de constitucionalismo, mas a uma nova área de estudos voltada às interações entre as tecnologias digitais e o direito constitucional, abrangendo tanto os impactos gerados pelas tecnologias sobre o direito quanto o modo como as tecnologias são afetadas pela regulação exercida pelo Estado (GREGORIO, 2021).

Celeste (2019, p. 12) conceitua o constitucionalismo digital como “a ideologia que busca estabelecer e garantir a existência de um quadro normativo para a proteção dos direitos fundamentais e o equilíbrio de poder no ambiente digital”. Aqui, é importante explicar que o uso do termo “ideologia” é feito em referência a um conjunto de valores e ideais, e não no sentido frequentemente empregado de um conjunto de ideias utilizado para encobrir uma determinada realidade. Nessa linha, o constitucionalismo digital provê as bases teóricas para a constitucionalização do ambiente digital, entendida como o processo pelo qual esse conjunto de ideias e valores é implementado (CELESTE, 2019).

Os debates sobre a constitucionalização do ambiente digital se desenvolvem num cenário onde discussões anteriores já problematizaram a influência dos princípios constitucionais em diferentes áreas jurídicas e contextos sociais, havendo, agora, uma reflexão mais específica acerca do impacto gerado no meio virtual. O processo de constitucionalização do direito civil, por exemplo, ainda que dotado de contornos mais gerais, forneceu algumas bases para o que se discute hoje como constitucionalização do ambiente digital. Sobre a constitucionalização do direito civil, vale mencionar a definição abaixo de Gustavo Tepedino (2012, p. 16):

*Socialização, despatrimonialização, repersonalização, constitucionalização* do Direito Civil, em seus diversos matizes, tendem a significar que as relações patrimoniais deixam de ter justificativa e legitimidade em si mesmas, devendo ser funcionalizadas a interesses existenciais e sociais, previstos pela própria Constituição - que ocupa o ápice da hierarquia normativa -, integrantes, portanto, da nova ordem pública, que tem na dignidade da pessoa humana o seu valor maior.

Nota-se que aspectos antes considerados basilares para as relações jurídicas perdem a primazia para elementos alçados a posições de proeminência no texto constitucional. No caso do direito civil, o patrimônio e a autonomia, por exemplo, permanecem relevantes, mas são temperados por ditames contidos na Constituição. Para os estudiosos da constitucionalização do direito civil, há a presença de um fenômeno chamado “filtragem constitucional”, que, nas palavras de Luís Roberto Barroso (2005, p. 38), “consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados”<sup>5</sup>.

Com isso, há um movimento de repersonalização influenciado pela ênfase na pessoa humana, de forma que a centralidade do patrimônio passa a ser substituída pelo destaque concedido à pessoa, num movimento de repersonalização (LÔBO, 1999). Nesse cenário, o Direito deixa de tutelar prioritariamente interesses econômicos para proteger também direitos que, muitas vezes, não são traduzidos monetariamente, como a privacidade, a liberdade de pensamento, a liberdade de crença, dentre outros.

Nesse processo, a ênfase na tutela de direitos também foi acompanhada por novas noções relacionadas aos atores aos quais as garantias jurídicas são opostas. Se, comumente, os direitos do indivíduo já constituíam limites à atuação dos Poderes estatais, com a constitucionalização, a oposição de direitos como elementos de restrição atingiu, também, os

---

<sup>5</sup> Em linha semelhante, Paulo Lôbo (1999, p. 100) afirma: “Na atualidade, não se cuida de buscar a demarcação dos espaços distintos e até contrapostos. Antes havia a disjunção; hoje, a unidade hermenêutica, tendo a Constituição como ápice conformador da elaboração e aplicação da legislação civil. A mudança de atitude é substancial: deve o jurista interpretar o Código Civil segundo a Constituição e não a Constituição segundo o Código, como ocorria com frequência (e ainda ocorre).”

particulares. Sobre isso, Barroso (2005, p. 31) defende que a constitucionalização “para os particulares, estabelece limitações à sua autonomia da vontade, em domínios como a liberdade de contratar ou o uso da propriedade privada, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito a direitos fundamentais”.

Quando se fala da constitucionalização do ambiente digital isso se torna perceptível nas sugestões cada vez mais recorrentes de que as plataformas digitais estabeleçam parâmetros de devido processo, adotem práticas transparentes e justifiquem suas decisões perante o usuário, mesmo que não sejam atores públicos. As motivações para que as plataformas procedam nessa linha podem ser diversas. Podem ser decorrentes, por exemplo, de disposições legais, de orientações de organizações internacionais, de pressões da sociedade civil ou da preocupação com a própria legitimidade diante do usuário.

No presente trabalho, a análise se voltará à identificação de indícios da influência desse processo de constitucionalização do ambiente digital na decisão do *Oversight Board* no caso Trump, a fim de constatar, primordialmente, momentos em que o Comitê direciona sua atenção para elementos como a proteção dos direitos fundamentais e o equilíbrio dos poderes.

## 2 A CRIAÇÃO DO *OVERSIGHT BOARD*

As redes sociais surgiram como um eficiente meio para conectar amigos e familiares, sem se apresentarem, de início, como uma arena para os debates políticos. No entanto, logo as plataformas digitais demonstraram seu potencial para promover interações diversas, inclusive de teor político. Como consequência, a democracia se torna suscetível aos impactos advindos de informações e perspectivas compartilhadas nas redes sociais. Assim, é importante que essas plataformas, além de reconhecerem sua influência política, assumam a responsabilidade decorrente disso, o que envolve, por exemplo, enxergar os seus usuários não apenas como clientes, mas como cidadãos democráticos (CHAMBERS, 2021).

O Facebook tem recebido cobranças assim, principalmente depois de episódios como o plebiscito que decidiu a saída do Reino Unido da União Europeia, as eleições norte-americanas de 2016 e as revelações de ex-funcionários da Cambridge Analytica sobre o uso indevido de dados de usuários da rede social<sup>6</sup>. As preocupações quanto à plataforma se relacionam não apenas às questões concernentes à privacidade do usuário, mas também aos procedimentos de moderação de conteúdo, tema que vem ganhando ainda mais destaque com o avanço da desinformação. Em reação, o Facebook tem feito alterações nas suas políticas de conteúdo e se pronunciado publicamente a fim de realçar seu compromisso com a democracia, os direitos fundamentais e a transparência<sup>7</sup>.

É nesse cenário, de pressões externas e de tentativas internas de adequação, que surge a ideia do *Oversight Board*. Em novembro de 2018, Mark Zuckerberg (2018) se manifestou, em uma nota, afirmando que o Facebook não deveria decidir sozinho sobre questões importantes relativas à liberdade de expressão e à segurança de seus usuários. Anunciou, então, que a plataforma estava planejando a criação de um novo órgão que ajudaria a melhorar os procedimentos de apelação, proferindo decisões transparentes e vinculantes (ZUCKERBERG, 2018).

As reações à proposta foram diversas, pontuando-se, principalmente, algumas preocupações. Kate Klonick (2020) compilou algumas inquietações manifestadas na época, como o receio de que o Comitê funcionasse como um instrumento de censura; de que o *Oversight Board* servisse para o Facebook fugir de possíveis regulamentações estatais; de que o órgão se tornasse um bode expiatório do Facebook, assumindo a culpa

---

<sup>6</sup> Na época, o Facebook se pronunciou publicamente estimando em cerca de 87 milhões o número de pessoas cujos dados teriam sido compartilhados indevidamente com a Cambridge Analytica (SCHROEPFER, 2018).

<sup>7</sup> Em agosto de 2021, por exemplo, o Facebook publicou um relatório de aplicação dos padrões de comunidade referente ao segundo trimestre do referido ano, no qual realça algumas métricas referentes à remoção de discurso de ódio da rede, à promoção de conteúdos confiáveis sobre a Covid-19 e a criação de novas categorias de relatórios sobre segurança infantil (ROSEN, 2021). Na mesma ocasião, o Facebook também anunciou a criação do “Relatório de conteúdo amplamente visualizado”, por meio do qual busca permitir que o usuário tenha noção de quais conteúdos ficam mais em evidência na plataforma (STEPANOV, 2021).

por decisões em casos complexos; de que serviria apenas aos interesses do Facebook; e de que seria uma ideia que não sairia do papel.

Outras objeções à figura do Comitê de Supervisão são levantadas com base na função que o órgão pretende exercer. Considerando a frequência com que o Board se deparará com demandas relacionadas aos direitos fundamentais, questiona-se até que ponto não haveria uma delegação de funções públicas (a exemplo da jurisdição das Cortes Constitucionais) a uma entidade privada, num cenário onde inexiste um controle ou um direcionamento estatal quanto à moderação de conteúdo feita e onde a participação popular ainda é incipiente (COSTA, 2021). A isso, soma-se ainda a incerteza quanto ao nível de independência<sup>8</sup> do *Oversight Board*, visto que o fundo responsável por seu financiamento recebeu recursos, inicialmente, advindos do Facebook (COSTA, 2021).

A despeito da desconfiança com que a ideia foi recebida, o Facebook levou o plano adiante. Uma das razões para isso é que a proposta do *Oversight Board* pode ser um importante mecanismo para o Facebook preservar a sua coerência e legitimidade, sobretudo quando se considera que um dos princípios basilares adotados pela plataforma é a voz, no sentido de fornecer um ambiente onde as pessoas possam se expressar livremente. Além disso, o Comitê pode contribuir para fortalecer a confiança do usuário na empresa, um elemento que, segundo Zuckerberg (2020), depende da criação de padrões legítimos pelas plataformas. Em termos econômicos, preservar a confiança do usuário é extremamente relevante. Nesse aspecto, a criação do *Oversight Board* dialoga com as bases do modelo de negócios do Facebook, uma vez que esse depende do sucesso dos anúncios disponibilizados na plataforma, o que, por sua vez, está re-

---

<sup>8</sup> A proposta de Regulamento de Serviços Digitais do Parlamento Europeu e do Conselho trouxe, no art. 28, a ideia de uma auditoria independente. Não se trata de algo idêntico ao Comitê de Supervisão criado pelo Facebook, uma vez que seu escopo é mais abrangente que o do Board. Ainda assim, o modelo sugerido pela União Europeia pode contribuir para o debate ao exigir alguns requisitos que a entidade responsável pela auditoria deverá observar. Desses, destacamos especificamente neste ponto a independência em relação à plataforma, que aparece como a primeira condição listada no artigo 28 e que é, justamente, um dos pontos que vem sendo questionado ao Facebook (COMISSÃO EUROPEIA, 2020).

lacionado à confiança que os usuários têm na rede e o tempo que gastam utilizando seus recursos (KLONICK, 2020).

## 2.1 As consultas para implementação do *Oversight Board*

O Facebook considerou que essa busca por mais transparência, por padrões legítimos e pela valorização da voz do usuário precisaria estar presente no *Oversight Board* não apenas após a sua fundação, mas também durante o processo de criação do próprio Comitê, sob pena do órgão ser tido como ilegítimo<sup>9</sup> antes mesmo do início de seu funcionamento. Nessa linha, a empresa buscou abrir espaço para a participação de diferentes atores sociais durante o período de construção do *Oversight Board*.

Para conferir um tom mais participativo à criação do órgão, o Facebook abriu um processo de consulta pública (HARRIS, 2019a). Uma das primeiras etapas da consulta envolveu o preenchimento de um formulário com opções pré-definidas e de um questionário com espaço livre para respostas escritas (FACEBOOK, 2019). As perguntas diziam respeito a elementos como a quantidade de membros que deveriam compor o Comi-

---

<sup>9</sup> Discussões sobre legitimidade num cenário de surgimento de um órgão como o *Oversight Board*, cuja atividade pode impactar o exercício de direitos, são comuns e podem ser frutíferas caso contribuam para o aperfeiçoamento da entidade. O próprio Poder Judiciário brasileiro, ainda que constituído por critérios firmados no ordenamento jurídico e sendo parte do poder público (diferentemente do Board), sofre críticas atinentes à sua legitimidade. Uma das razões para isso está associada ao seu papel contra-majoritário, assim explicado por Barroso: “órgãos e agentes públicos não eleitos têm o poder de afastar ou conformar leis elaboradas por representantes escolhidos pela vontade popular” (2005, p. 56). No caso do Board, e de outras iniciativas das plataformas digitais voltadas à regulação de conteúdo, um dos caminhos possíveis a se seguir é o de indicar que as atividades do órgão não serão exercidas em concorrência ou de forma exclusiva, mas de forma complementar ao trabalho do poder público, como Lanza e Jackson (2021, p. 17) pontuam: “(...) international experts argue that this type of mechanism should be complementary to judicial guarantees, and that they should coexist in the pursuit of the protection of human rights. Thus, there could be a fruitful dialogue between the decisions of national and international courts and the decisions of mechanisms such as the FOB” (tradução nossa: “(...) especialistas internacionais argumentam que esse tipo de mecanismo deve ser complementar às garantias judiciais e devem coexistir na busca pela proteção de direitos humanos. Assim, poderia haver um diálogo frutífero entre as decisões de cortes nacionais e internacionais e as decisões de mecanismos como o FOB”).

tê, os critérios de seleção de seus membros, a importância da diversidade no órgão, as espécies de orientação que o *Oversight Board* poderia fornecer, os grupos da sociedade que o Comitê poderia consultar para obter esclarecimentos, dentre outros. O processo de consulta também promoveu a realização de 28 workshops e mesas-redondas em diferentes partes do mundo, com a finalidade de ouvir experts e organizações com atuação em temas como liberdade de expressão, direitos humanos, tecnologia e democracia (CLEGG, 2019). A empresa também realizou encontros com número de participantes mais reduzido do que havia nos workshops, que contavam com cerca de 40 a 50 indivíduos, quando desejava se reunir com pessoas específicas que não tinham disponibilidade para comparecer nos workshops (KLONICK, 2020). Através dessas consultas, o Facebook informou ter recebido contribuições de mais de duas mil pessoas, contando com representantes de 88 países<sup>10</sup> (HARRIS, 2019b).

O processo de consulta foi utilizado pelo Facebook como uma espécie de termômetro, permitindo à empresa aferir o feedback de seto-

---

<sup>10</sup> A realização do processo de consulta mencionado não eximiu o *Oversight Board* de críticas. Há dúvidas, por exemplo, quanto ao grau de independência que o organismo conseguirá construir perante o Facebook, aspecto muitas vezes suscitado junto com a crítica aos procedimentos adotados pela empresa quando da constituição do Comitê (LANZA; JACKSON, 2021). Na época, o Facebook escolheu os membros iniciais do Board e teria falhado em criar um corpo diverso em termos de representação de minorias geográficas ou identitárias (LANZA; JACKSON, 2021). Nesse mesmo cenário, porém, há a perspectiva de que a legitimidade de algo como o Board se constrói com o tempo, na medida em que as decisões são proferidas e debatidas (LANZA; JACKSON, 2021). Para Helfer e Land (*web*, 2021), a postura do Board tem seguido a linha adotada por órgãos internacionais no início de suas atividades: “Such bodies are cautious in their early years when their mandate is uncertain and precarious. After they have created a track record with states and other constituencies through the exercise of reasoned decision-making, they may seek to expand their authority and capaciously interpret human rights law” (tradução nossa: “tais órgãos são cautelosos em seus primeiros anos, quando seus mandatos são incertos e precários. Depois de criar um histórico com os Estados e outros eleitores, através da tomada de decisões fundamentadas, eles podem buscar expandir sua autoridade e interpretar de forma ampla normas de direitos humanos”). Uma vez que o processo de constituição do Board já passou e não há a possibilidade de a empresa reiniciá-lo a partir de outros termos, inclusive atendendo a expectativas quanto a uma composição mais diversa, resta para o órgão o desafio de manter a postura anteriormente adotada de estar aberto às consultas públicas, de forma que a participação da sociedade auxilie a aperfeiçoar o funcionamento do Comitê e as críticas à legitimidade possam, em alguma medida, receber alguma resposta.

res diversos da sociedade sobre a proposta de criação do Comitê. Serviu também para ajudar na elaboração de documentos que regulam o órgão, como o Estatuto e os Regulamentos Internos do *Oversight Board*<sup>11</sup>. O Estatuto traz as bases gerais para o funcionamento do Comitê, firmando algumas orientações a respeito de sua composição, das bases de análise utilizadas nas decisões, do procedimento a ser seguido para avaliação dos casos, do relacionamento entre o Facebook, o Comitê e o Trust<sup>12</sup>, dentre outras. O Regulamento Interno aborda esses tópicos trazendo mais detalhes, além de inserir um campo específico (art. 3º) com disposições sobre o procedimento de apelação que o usuário deve seguir.

## 2.2 O funcionamento do *Oversight Board*

Depois da fase de consultas e de um trabalho interno de preparação, o Facebook anunciou, em 22 de outubro de 2020, que o *Oversight Board* começaria a receber casos para análise (HARRIS, 2020). Nos termos de seus Regulamentos Internos, o Comitê passa, então, a atuar com o propósito de “proteger a liberdade de expressão por meio de decisões independentes e fundadas em princípios sobre peças de conteúdo e da emissão de recomendações acerca das políticas de conteúdo do Facebook” (OVERSIGHT BOARD, p. 5, 2021a).

Os pedidos de revisão, antes do encaminhamento ao Board, são selecionados por uma comissão de seleção de casos, que estabelecerá critérios de escolha que poderão ser modificados ao longo do tempo (art. 1, seção 1, item 1.2, subitem 1.2.1). Em seu site, o Comitê discorre sobre esses critérios, expondo que serão priorizados os casos que atinjam um

---

<sup>11</sup> Em inglês, esses dois documentos são chamados de Charter e Bylaws e poderiam ser traduzidos, respectivamente, como Carta e Estatuto. No entanto, a página do *Oversight Board* em português utiliza os termos Estatuto (para Charter) e Regulamento Interno (Bylaws). Assim, neste artigo, serão utilizadas as expressões empregadas oficialmente pelo Comitê.

<sup>12</sup> O Trust tem a missão de garantir que o Board atue em conformidade com o seu propósito. Em termos de responsabilidade, deve, por exemplo, garantir da separação entre o Facebook e o Comitê (art. 2º, Seção 2, item 2.11) e assegurar a proteção da gestão dos recursos alocados para apoiar a operação do Comitê (art. 2º, Seção 2, item 2.1, subitem 2.2.1).

número substancial de pessoas e que suscitem reflexões importantes sobre a liberdade de expressão, os direitos humanos e a implementação dos padrões e valores do Facebook (OVERSIGHT BOARD, 2021c). Um trecho do Estatuto ainda menciona que a seleção será feita com base nos casos que têm maior potencial de orientar decisões e políticas futuras (art. 2, seção 1, do Estatuto). Embora o documento fixe algumas diretrizes para a seleção, a possibilidade de modificação dos critérios a qualquer tempo, sem um procedimento de como isso ocorreria, dá tons discricionários à escolha dos casos a serem apreciados.

Após a escolha pela comissão, o Comitê receberá o caso e terá até 90 dias para decidir, salvo situações excepcionais. Na análise dos conteúdos submetidos a sua apreciação, o Board pode requerer ao Facebook a remoção ou manutenção da postagem. Nesses casos, a decisão é vinculante, a menos que seja contrária à lei. Por outro lado, quando o Comitê traz orientações sobre as políticas de conteúdo do Facebook, suas declarações possuem caráter de recomendação (art. 2º, seção 2.3, dos Regulamentos Internos).

Os casos submetidos ao Comitê podem advir de apelações dos usuários, que esgotaram todas as vias de questionamento no âmbito do Facebook, ou por meio de requerimento do próprio Facebook (art. 1º, seção 3, dos Regulamentos Internos). Aqui, é importante destacar que a base de análise das decisões do *Oversight Board* são as políticas de conteúdo e os valores do Facebook (art. 1º, seção 3, dos Regulamentos Internos). O Estatuto do *Oversight Board* também traz como norte para as decisões os precedentes firmados pelo Comitê em casos anteriores e as normas de direitos humanos, eximindo o órgão da obrigação de aplicar leis locais (art. 2º, seção 2, e art. 7º do Estatuto).

Os Regulamentos Internos também definiram que os primeiros pedidos de revisão, apresentados após o início do funcionamento do Comitê, deverão ter como objeto conteúdos como postagens, fotos, vídeos e comentários (art. 3º, seção 1, item 1.1, subitem 1.1.1). Futuramente, as pessoas poderão apresentar questionamentos relativos a grupos, páginas, perfis, eventos e anúncios (art. 3º, seção 1, item 1.1, subitem 1.1.2). O

Regulamento, ao trazer essas novas possibilidades para um tempo futuro, não menciona um momento específico em que essas outras hipóteses passarão a ser analisadas pelo Comitê.

Em termos de composição, o Estatuto do *Oversight Board* estabelece que o Comitê possuirá, no mínimo, 11 membros e que *provavelmente* chegará ao número de 40 membros, não fixando, todavia, um número máximo (art. 1, seção 1). Dentre as características exigidas de um membro, o Estatuto menciona a aptidão para realizar uma deliberação ponderada, ter mente aberta para o trabalho em equipe, habilidade para tomar decisões e conhecimento na área de governança digital, afastando pessoas que possam ter conflitos de interesses que minem a independência do julgamento (art. 1º, seção 2).

A apresentação feita nos parágrafos anteriores não esgota a regulamentação do trabalho realizado pelo Comitê, mas auxiliará na compreensão de alguns aspectos contidos na decisão do caso Trump. Além disso, ajudará a evidenciar a influência do processo de constitucionalização do ambiente digital, algo que pode ser notado tanto nas etapas de estruturação do Board quanto na decisão proferida sobre a remoção das postagens de Trump.

Conforme visto, o constitucionalismo digital tem como fundamentos principais a proteção dos direitos fundamentais e a preservação do equilíbrio de poderes. Aqui, é importante realçar a perspectiva de Celeste (2019) no sentido de que o processo de constitucionalização do ambiente digital não ocorre apenas quando resulta na formalização de regras aplicáveis ao meio virtual, mas envolve, também, etapas até mesmo anteriores à construção de documentos normativos, como nos momentos de discussões na esfera pública. No caso do *Oversight Board*, a influência das concepções do constitucionalismo digital pode ser vista tanto na fase de debates, durante as consultas, como na regulamentação disposta no Estatuto e nos Regulamentos Internos.

Nos primeiros anúncios sobre o Comitê, é possível perceber alguma influência da ideia de preservação do equilíbrio entre poderes, uma vez que o órgão é sempre apresentado como um mecanismo que permitiria ao

Facebook não decidir sozinho sobre questões importantes para a democracia e para os direitos humanos. A criação de um órgão independente seria uma forma da empresa abdicar de uma parcela do próprio poder. Durante o período em que o Facebook desenhava a proposta do *Oversight Board*, esse modo de lidar com o poder também se manifestou na abertura à participação da sociedade, evidenciada pela realização de workshops, mesas-redondas e reuniões e pelo recebimento de submissões escritas.

A relação da plataforma com os direitos humanos também é algo que esteve no radar dos responsáveis por estruturar o Comitê. De forma recorrente, o Facebook fala sobre garantir voz às pessoas dentro da rede social. Todavia, os reflexos da influência do processo de constitucionalização do ambiente digital no Board não se limitam apenas ao destaque conferido à liberdade de expressão. Essa influência pode ser identificada também em disposições constantes nos Regulamentos Internos e no Estatuto que possuem caráter mais procedimental. Os documentos não estabelecem apenas, por exemplo, que os valores adotados pelo Facebook devem ser preservados, mas, também, o modo como o Comitê fará isso. Assim, há dispositivos com a fixação de prazos para as análises, a delimitação da competência do órgão, as condições de acesso ao procedimento de apelação, os fundamentos que servem de base para as decisões, os efeitos decisórios, dentre outros aspectos.

É perceptível, portanto, que as bases teóricas do constitucionalismo digital exerceram algum nível de influência na formulação da proposta do *Oversight Board*. A seguir, pretende-se analisar se essa influência, além de presente nos debates que antecederam a criação do órgão e nos documentos que regulamentam o Comitê, também se manifestou no momento em que o Board precisou decidir um caso complexo.

### 3 A DECISÃO DO *OVERSIGHT BOARD* NO CASO TRUMP

O mundo acompanhou perplexo a invasão do Capitólio por apoiadores do então Presidente Donald Trump, no dia 06 de janeiro de 2021. Horas antes, Trump discursou para os seus eleitores nas proximidades da

Casa Branca e os incitou a se dirigirem ao local onde o Congresso realizaria a contagem e a certificação dos votos do Colégio Eleitoral. Trump buscava mobilizar seus aliados argumentando que a vitória de Joe Biden teria sido resultante de fraude eleitoral, em que pese sua incapacidade de apresentar provas que demonstrassem a veracidade de suas alegações<sup>13</sup>.

A tese de fraude foi levantada por Trump antes mesmo da realização das eleições, surgindo com a proposta de que o pleito fosse adiado (G1, 2020; DEUTSCHE WELLE, 2020). Com a derrota identificada na apuração dos votos, estando pendente apenas a formalidade de certificação do resultado pelo Congresso norte-americano, Trump se pronunciou, no fim de 2020, convocando seus apoiadores para um protesto “selvagem” na data em que o Congresso se reuniria para certificar o resultado eleitoral, 06 de janeiro de 2021 (UOL, 2020).

Nesse dia, após um discurso de Trump, seus aliados se dirigiram ao Capitólio, onde entraram em conflito com a polícia, invadiram a repartição e tentaram se dirigir aos espaços ocupados pelos parlamentares (BBC NEWS, 2021). A invasão resultou na morte de 05 pessoas e deixou outras feridas (HEALY, 2021).

Enquanto o ataque estava em curso, Trump publicou, às 16h21 (EST), um vídeo no Facebook e no Instagram se dirigindo aos seus apoiadores, no qual dizia:

Sei que vocês estão sofrendo, sei que vocês estão magoados. Tivemos uma eleição que nos foi roubada. Foi uma vitória esmagadora, e todos sabem disso, especialmente o outro lado. Mas vocês têm que ir para casa agora. Precisamos de paz. Precisamos de lei e ordem. Precisamos respeitar nosso grande povo com base na lei e na

---

<sup>13</sup> (1) O procurador-geral dos Estados Unidos informou que o Departamento de Justiça não localizou provas de fraude eleitoral que pudessem modificar o resultado do pleito (MARS, 2020). (2) Trump e seus apoiadores buscaram reverter o resultado da eleição através do Judiciário, mas não demonstraram, em nenhum dos processos, fundamentos capazes de colocar em xeque a lisura das eleições realizadas (REUTERS, 2021); (3) Declaração conjunta do Conselho de C ordenação Governamental de Infraestrutura Eleitoral e da Comissão Executiva de Coordenação do Setor de Infraestrutura Eleitoral afirmou que não foram localizadas evidências de quaisquer irregularidades na apuração dos votos que pudesse comprometer o pleito eleitoral (NASSED, 2020).

ordem. Não queremos que ninguém se machuque. É um momento muito difícil. Nunca houve um momento como esse, no qual uma coisa desse tipo aconteceu e eles foram capazes de roubar a eleição de todos nós; de mim, de vocês, de nosso país. Essa eleição foi fraudulenta, mas não podemos fazer o jogo dessa gente. Precisamos de paz. Então, vão para casa. Amamos vocês. Vocês são muito especiais. Vocês viram o que acontece. Vocês viram como outros são tratados, que são tão maus e perversos. Sei como vocês estão se sentindo. Mas vão para casa e vão em paz (Oversight Board, web, 2021b).

Às 17h41 (EST), o Facebook removeu a postagem com fundamento nos Padrões da Comunidade sobre organizações e indivíduos perigosos. Tempos depois, às 18h07 (EST), quando a polícia passou a ter maior controle da situação, Trump postou uma mensagem escrita no Facebook, afirmando:

Essas são as coisas e eventos que acontecem quando uma vitória esmagadora e sagrada é tomada de maneira vil e sem cerimônia de grandes patriotas que vêm sendo injustamente maltratados há tanto tempo. Vão para casa com amor e em paz. Lembrem-se deste dia para sempre! (Oversight Board, web, 2021b).

Sob a mesma justificativa para a remoção do vídeo, o Facebook retirou a mensagem postada por Trump às 18h15 (EST), suspendendo-o no Facebook e no Instagram por 24h. No dia seguinte, a plataforma anunciou que o bloqueio seria mantido indefinidamente. Em 21 de janeiro, após a posse de Joe Biden como Presidente dos Estados Unidos, a empresa comunicou ter encaminhado o caso para apreciação do *Oversight Board*.

### 3.1 Análise da decisão do *Oversight Board*

Nas subseções a seguir, serão apresentadas algumas informações sobre a decisão proferida pelo *Oversight Board*, passando, inicialmente, por aspectos formais, como o tempo transcorrido até a publicação do pronun-

ciamento, a estruturação da análise elaborada e o procedimento adotado. Em seguida, serão evidenciados alguns fundamentos considerados pelo Board em sua decisão, como os padrões da comunidade, os valores da plataforma e determinados parâmetros dos direitos humanos. Busca-se, dessa forma, viabilizar, ao fim desta seção, uma análise referente à possível influência do processo de constitucionalização do ambiente digital em alguns pontos da decisão do *Oversight Board*.

### 3.1.1 Elementos estruturais da decisão

O Facebook encaminhou o caso ao *Oversight Board* com duas solicitações. Primeiro pediu para o Comitê analisar se a suspensão por prazo indefinido da conta de Trump seria uma medida condizente com os valores adotados pela plataforma. Depois, manifestou o desejo de receber recomendações sobre casos em que a conta suspensa pertence a um líder político.

Após 104 dias do recebimento do caso, o Comitê publicou a decisão<sup>14</sup> em sua página no dia 05 de maio de 2021, ultrapassando o prazo de 90 dias definido nos Regulamentos Internos. A extensão do prazo foi informada no perfil do *Oversight Board* no Twitter, sob a justificativa de que o órgão estava analisando cuidadosamente os comentários enviados pela população em geral sobre o caso, os quais chegaram ao número expressivo de 9.666 respostas (OVERSIGHT BOARD, 2021c, web).

A decisão foi estruturada e conteve elementos como: (1) um resumo de seus termos; (2) uma descrição fática do ocorrido; (3) os padrões utilizados para a análise; (4) uma declaração do criador do conteúdo questionado; (5) um posicionamento do Facebook; (6) uma síntese dos comentários enviados por terceiros; (7) a análise do Comitê; e (8) a decisão do Comitê sobre as perguntas encaminhadas.

Na declaração de conteúdo enviada em nome de Trump, foi feita a solicitação de que o acesso à conta fosse restaurado, sob as alegações de que as postagens do ex-Presidente não poderiam ser consideradas como

<sup>14</sup> O caso recebeu o número 2021-001-FB-FBR.

uma ameaça à segurança pública e que não haveria uma ligação direta entre o discurso do ex-Presidente e os atos de violência no Capitólio. A defesa de Trump ainda argumentou que a análise do *Oversight Board* deveria tomar como base a legislação dos Estados Unidos.

O Facebook, ao prestar informações, comunicou que o bloqueio da conta de Trump teve como fundamento os seus Padrões da Comunidade sobre organizações e indivíduos perigosos, que proíbem a exaltação e o apoio de eventos violentos e de pessoas envolvidas em atos de violência. A plataforma entendeu que o ex-Presidente praticou a conduta proibida quando se referiu aos invasores do Capitólio como “grandes patriotas”, o que seria uma forma de exaltação, e também quando manifestou apoio a eles, ao falar, por exemplo, que os amava e que eles eram muito especiais. A exaltação também teria transparecido na fala de Trump sobre aquele ser um dia para se recordar para sempre. O Facebook também justificou sua decisão alegando que a invasão ao Capitólio foi uma ameaça sem precedentes à democracia norte-americana.

Os comentários de terceiros abordaram pontos como a conformidade do bloqueio indefinido da conta com a proteção da liberdade de expressão; a transparência do Facebook quanto aos critérios de remoção de contas; a aplicação das políticas de conteúdo da plataforma quando um agente político estiver envolvido; a possibilidade de que publicações anteriores de Trump no Facebook tenham contribuído para o ataque de 06 de janeiro de 2021, dentre outros aspectos.

### **3.1.2A análise do *Oversight Board***

A partir de tais contribuições e da análise da política de conteúdo da plataforma, o *Oversight Board* construiu sua decisão. No que diz respeito à problemática central, isto é, o bloqueio indefinido da conta de Trump, o Comitê entendeu que o Facebook acertou ao suspender a conta, mas errou ao aplicar um bloqueio indefinido. A falha, nesse aspecto, decorre da inexistência de previsão de suspensão com prazo indeterminado nos Padrões da Comunidade, que apenas se referem a suspensões definitivas

ou com prazo expresso. Como fruto desse entendimento, determinou que o Facebook especifique, em seis meses, uma penalidade com prazo definido, considerando a gravidade da violação e o risco de danos futuros<sup>15</sup>.

Para chegar a essa conclusão, o *Oversight Board* precisou utilizar alguns parâmetros norteadores. Uma das seções da decisão indica quais foram essas referências, mencionando as políticas de conteúdo do Facebook, os valores da plataforma e os padrões de direitos humanos. As políticas de conteúdo abrangem documentos como os padrões da comunidade, os termos de serviço e os termos de uso. Neles há diretrizes sobre o que o usuário pode ou não fazer e, também, as balizas que devem ser observadas pela plataforma na moderação de conteúdo. Os valores<sup>16</sup>, por sua vez, possuem um caráter mais principiológico, estabelecendo as concepções fundamentais que devem permear a aplicação das políticas de conteúdo.

Na análise feita a partir das políticas de conteúdo, o *Oversight Board* concordou com o Facebook no aspecto de que as postagens de Trump violaram os Padrões da Comunidade sobre organizações e indivíduos perigosos, entendendo que as publicações dele se enquadraram no que os padrões preveem sobre exaltação e apoio de pessoas envolvidas com atos violentos.

O Comitê ainda entendeu que a decisão de suspensão foi tomada em conformidade com os valores do Facebook. Segundo a plataforma, a restrição da voz do usuário é feita com base nos demais valores adotados (FACEBOOK, 2021a). No caso Trump, a limitação foi fundada no valor segurança, especificamente no que diz respeito à preservação da ordem pública.

A análise do *Oversight Board* também dialogou com parâmetros dos direitos humanos, especialmente os Princípios Orientadores sobre Em-

---

<sup>15</sup> Após a decisão do *Oversight Board*, o Facebook se pronunciou e definiu uma suspensão de 2 anos para Trump (CLEGG, 2021).

<sup>16</sup> O Facebook possui 5 valores centrais: **voz**: está relacionada à preservação e promoção da liberdade de expressão na plataforma; **autenticidade**: tem a ver com o esforço para que a plataforma hospede apenas conteúdos reais feitos por pessoas reais; **segurança**: o Facebook tem o objetivo de proporcionar um local seguro, onde as pessoas possam se expressar sem enfrentar intimidações; **privacidade**: conectado à proteção dos dados pessoais do usuário; e **dignidade**: demonstra a visão da plataforma de que todos os usuários são iguais e merecem respeito. (OVERSIGHT BOARD, 2021e).

presas e Direitos Humanos (UNGP) e o art. 19 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos - PIDCP. O Comitê considerou condições previstas no direito internacional para que a liberdade de expressão seja restringida, citando três: (1) as regras devem ser claras e acessíveis (também mencionada como “legalidade”); (2) a restrição deve ter um objetivo legítimo; (3) a limitação deve ser necessária e proporcional ao risco de dano.

Sobre o requisito da legalidade, o Comitê entendeu que os padrões de comunidade sobre organizações e indivíduos perigosos são claros e se amoldam adequadamente às publicações de Trump. O órgão ainda ressaltou que o padrão para organizações e indivíduos perigosos possui alguns problemas em termos de clareza, conforme demonstrado em outra decisão<sup>17</sup>, mas que esses defeitos não prejudicaram a análise feita no caso Trump. Algo criticado pelo Board foi a fragmentação das políticas de conteúdo do Facebook, aspecto que pode tornar complexo para o usuário identificar as regras aplicáveis em determinadas situações. Mais uma vez, o Comitê mencionou a inadequação da suspensão indefinida aplicada, em virtude da inexistência de previsão.

Em relação à condição do objetivo legítimo, a decisão fez referência ao art. 19, item 3, do PIDCP, que delimita as possibilidades de restrição à liberdade de expressão às situações em que a limitação for necessária para proteger os direitos e a reputação de outras pessoas, a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas. Aqui, o Board realçou que a decisão do Facebook foi tomada de acordo com a necessidade de proteção da segurança e da ordem pública.

---

<sup>17</sup> Ao falar sobre isso, o Comitê fez referência ao caso 2020-005-FB-UA, que surgiu após o Facebook remover a postagem de um usuário com uma frase incorretamente atribuída a Goebbels. O usuário alegou ter compartilhado a citação com o intuito de traçar um paralelo entre Goebbels e Trump, não tendo, assim, a intenção de enaltecer o ministro nazista. O Facebook, por sua vez, argumentou que o usuário apenas compartilhou a citação, sem fazer qualquer comentário crítico, de forma que a ausência de contexto resultou na remoção do conteúdo. O Comitê entendeu que o Facebook falhou nesse caso ao não deixar claro nos padrões de comunidade sobre organizações e indivíduos perigosos que o compartilhamento de conteúdo sobre essas pessoas e/ou grupos deve necessariamente vir acompanhada de uma crítica que afaste a interpretação de que o usuário estaria manifestando apoio (OVERSIGHT BOARD, 2021f).

Quanto à proporcionalidade e à adequação, o Comitê informou ter solicitado ao Facebook informações sobre como as escolhas de design da plataforma poderiam ter aumentado o alcance das publicações de Trump e, assim, contribuído para a invasão ao Capitólio. Como o Facebook se recusou a responder essa pergunta, o Board afirmou que, nesse contexto, não seria possível aferir se a adoção de medidas menos gravosas que a suspensão da conta poderia ter sido eficaz.

Para verificar a necessidade e adequação da restrição aplicada, o Comitê fez uso do Plano Rabat<sup>18</sup>, a fim de examinar se o discurso de Trump teria criado um risco de grave incitação de atos de violência.

O Board identificou um contexto de tensão construído a partir de manifestações do ex-Presidente antes dos acontecimentos do dia 06 de janeiro e durante a invasão ao Capitólio. Essa tensão foi produzida a partir das reiteradas alegações, sem comprovação, de que as eleições tinham sido fraudadas e dos estímulos para que a população interrompesse o roubo se dirigindo ao Capitólio (*“stop the steal”*, era o que se dizia). O Comitê entendeu ainda que o status ostentado por Trump, enquanto Presidente, contribuiu para o risco de violência, pois sua posição passava credibilidade e podia transmitir aos seus apoiadores a sensação de que eles não seriam punidos por seus atos. Analisando o alcance das publicações de Trump, que possuía 35 milhões de seguidores no Facebook e 24 milhões no Instagram, o órgão visualizou nesse aspecto outro elemento amplificador do risco das postagens feitas. O Comitê, ainda partindo do Plano Rabat, afirmou que não tinha condições de avaliar as intenções de Trump, mas que ele “provavelmente sabia ou deveria saber que essas comunicações correriam o risco de legitimar ou incentivar atos de violência” (OVERSIGHT BOARD, web, 2021b). As palavras do ex-Presidente com recomendações de que as pessoas retornassem para casa foram consideradas superficiais e incapazes de interromper as tensões em cur-

---

<sup>18</sup> O Plano Rabat estabelece algumas diretrizes para o combate do ódio nacional, racial e religioso que gere discriminação hostilidade ou violência. O documento fixa algumas condições para que a liberdade de expressão seja restrita, como o contexto; a pessoa que proferiu o discurso; a intenção do locutor; o conteúdo e a forma; a extensão da fala; a probabilidade de que o discurso resulte em uma agressão real (OHCHR, 2021).

so. Diante desses elementos, o *Oversight Board* concluiu que a postura de Trump contribuiu para o alimentar as tensões que culminaram nos atos violentos ocorridos em 06 de janeiro e, por isso, a resposta do Facebook foi adequada e proporcional.

Apresentados os fundamentos, o Comitê partiu para os elementos decisórios do seu pronunciamento. O órgão determinou, com caráter vinculante, que o Facebook fixe uma suspensão em conformidade com os Padrões da Comunidade, isto é, que não seja indefinida.

Além disso, o Comitê trouxe orientações, sem caráter vinculante, para a política de conteúdo. O Facebook tinha pedido recomendações sobre a suspensão de contas de líderes políticos. O Comitê aconselhou a plataforma a não estabelecer uma distinção inflexível entre os agentes políticos e outros atores influentes na sociedade, salientando que o aspecto prioritário de análise é o nível de dano que pode advir da influência ostentada por um usuário sobre os outros. Ressalvou, no entanto, que a influência exercida por agentes políticos pode ter especificidades, como a credibilidade decorrente da ocupação de um posto público e o risco de que a população entenda manifestações de seus líderes como uma garantia de que atos violadores de direitos ficarão impunes.

Ademais, o Comitê propôs que situações de discursos políticos delicados sejam encaminhados a uma equipe especializada em aspectos linguísticos e contextuais do cenário político em que foi proferida a publicação sob análise. Também orientou o Facebook a esclarecer a aplicação da permissão de conteúdo de valor jornalístico<sup>19</sup>, a qual, segundo a rede, não foi utilizada para manutenção das postagens de Trump. O órgão ainda recomendou ao Facebook um maior detalhamento de suas políticas quanto à aplicação de sanções aos usuários, sugerindo que haja mais explicações sobre o procedimento usado para notificar, calcular e aplicar

---

<sup>19</sup> Essa permissão é utilizada quando o Facebook identifica um conteúdo que viola suas diretrizes, mas decide manter a postagem por entender que pode haver um interesse público em ter acesso à publicação (FACEBOOK, 2021b). Recentemente o Wall Street Journal, publicou uma investigação feita com base em documentos internos do Facebook por meio da qual identificou indícios de que a empresa não aplica os mesmos critérios para análise da manutenção de conteúdo postados por “usuários comuns” e por pessoas influentes (CANALES, 2021).

penalidades. Em casos de suspensão, instruiu a plataforma a ser clara sobre a possibilidade de retomada da conta pelo usuário e sobre critérios que poderão afetar e, até mesmo, impedir o retorno do usuário.

Outra orientação importante do Comitê se referiu aos cuidados que o Facebook deve tomar para se prevenir de abusos, evitando, por exemplo, que a estrutura da plataforma seja utilizada de modo indevido por usuários influentes. Nesse sentido, recomendou que a empresa investigue o quanto suas escolhas de design podem ter contribuído para a propagação da narrativa de fraude eleitoral e, por consequência, para os eventos de 6 de janeiro de 2021.

### 3.2 Influências do processo de constitucionalização digital na decisão do *Oversight Board*

As bases teóricas principais do constitucionalismo digital são a proteção dos direitos humanos e a preservação do equilíbrio de poder no ambiente virtual. Na decisão, em diferentes momentos, o Board dialoga com esses dois elementos dando evidências de que o processo de constitucionalização digital tem afetado a percepção do órgão.

A proteção aos direitos humanos não se encerra em previsões gerais que indiquem o comprometimento com a tutela de determinadas garantias. Mais do que isso, é preciso garantir a implementação desses direitos e evitar o seu esvaziamento em casos em que é necessário limitá-los. Nesse sentido, uma das formas para fortalecer os direitos humanos tem sido a adoção de parâmetros de devido processo.

Na decisão do Comitê, isso se torna visível quando os membros responsáveis pela decisão aplicam critérios já previstos nas políticas de conteúdo do Facebook, evitando, por exemplo, criar novos parâmetros durante o processo decisório. A utilização de fundamentos arbitrários seria prejudicial tanto para o equilíbrio na relação usuário-plataforma, já marcada pela existência de poderes assimétricos (o que é mais intenso se o indivíduo não for um ator influente), quanto para a legitimidade do Comitê, uma vez que lhe é possível orientar modificações nas políticas

de conteúdo, mas não lhe compete criar novas regras. No caso Trump, o *Oversight Board* tomou essa precaução ao não legitimar a aplicação de uma suspensão indefinida, visto que essa medida não está prevista nas políticas do Facebook (SOUZA; ARHEGAS, 2021).

Outro momento em que o Comitê escolheu expressamente se vincular ao que está expresso em seus Regulamentos Internos foi quando rejeitou a solicitação da defesa de Trump de que a decisão deveria observar a legislação norte-americana (DOUEK, 2021). Se o Board tivesse concordado em aplicar a legislação local, não somente contrariaria sua própria regulamentação, como também tornaria necessário que o mesmo raciocínio fosse seguido em outros casos, o que poderia ocasionar conflitos entre a empresa e os Estados, quando surgissem interpretações divergentes.

Além de dificuldades operacionais, como a necessidade de que houvesse pessoas especializadas no ordenamento jurídico de cada país onde o Facebook opera, a aplicação de lei local poderia dar margem para uma tendência de utilização da plataforma, com o assentimento do Comitê, para se conferir efeitos globais a normas locais (KLONICK, 2020). O risco de uma situação como essa pode ser visualizado a partir de uma situação hipotética. Consideremos um país onde um governo autoritário se utiliza de uma legislação abusiva para silenciar a oposição, sob pretextos de proteção da segurança nacional. Se o Comitê passa a adotar legislações nacionais como parâmetro para suas decisões, em um caso como o citado, teria de aplicar normas com dispositivos contrários aos direitos humanos. E ainda com o risco de que os efeitos decorrentes dessa norma local, ao serem aplicados em toda a plataforma, alcançassem efeitos globais.

Um aspecto que também pode ser destacado quanto às escolhas procedimentais do *Oversight Board* diz respeito à possibilidade ofertada pelos Regulamentos Internos de que o responsável pelo conteúdo preste uma declaração. Mesmo que as alegações possam não ser suficientes para inclinar a posição do Comitê em um determinado sentido, a chance de manifestação permite ao usuário expor seus argumentos, favorecendo o contraditório. Ademais, a oposição expressada também contribui para a qualidade da decisão do Board, que terá de lidar com o ônus argumentativo de demonstrar a inadequação das alegações do usuário.

O processo de constitucionalização do ambiente digital também é favorecido pela abertura à participação popular. Esse elemento esteve presente, em algum nível, durante a construção do *Oversight Board*, como exemplifica o processo de consulta global, e pode ser identificado também na possibilidade que o Comitê confere à população em geral de enviar submissões sobre os casos. Além disso, na decisão proferida, há um campo específico para sintetizar as contribuições feitas, o que permite ao leitor verificar em que medida as sugestões apresentadas foram consideradas ou não na análise do Comitê.

Outro elemento que auxilia na proteção dos direitos humanos é a transparência. Sobre isso, o Comitê trouxe alguns importantes apontamentos. Por exemplo, em relação à aplicação de penalidades, a decisão orientou o Facebook a ser mais transparente, demonstrando ao usuário quantas violações, notificações e penalidades serviram de base para a plataforma aplicar uma punição. Essa postura auxiliaria o indivíduo a compreender melhor não apenas a decisão proferida, mas também a adotar uma conduta que esteja em conformidade com as políticas do Facebook.

O aspecto da transparência também teve destaque na recomendação feita pelo *Oversight Board* para que o Facebook avalie a contribuição que suas escolhas de *design* podem ter tido para a propagação da tese de fraude eleitoral e para o ataque ao Capitólio. Esse ponto demonstra que o Board, a depender da reação da plataforma, pode contribuir não apenas para um procedimento de revisão mais claro, como também para um funcionamento mais transparente do Facebook.

Em certo ponto, contudo, a regulamentação do *Oversight Board* não foi tão clara. Nos Regulamentos Internos, conforme explicado no tópico 3.3, uma disposição do art. 3º informa que os usuários só poderão solicitar revisões relacionadas a perfis em um tempo futuro, limitando os apelos atuais aos casos envolvendo postagens específicas, fotos, vídeos e comentários. O caso Trump, que envolve o bloqueio de um perfil, não se iniciou a partir do pedido de um usuário, mas através do encaminhamento do próprio Facebook, uma possibilidade prevista pelos Regulamentos Internos. Sobre essas hipóteses, os Regulamentos Internos (OVERSIGHT

BOARD, web, 2021a) dispõem que: “além dos critérios expressamente estabelecidos no Artigo 3, o Facebook pode encaminhar tipos adicionais de conteúdo para a revisão do Comitê”<sup>20</sup> (art. 2º, seção 2, item 2.1). Ou seja, enquanto o usuário tem possibilidades limitadas de acionamento do *Oversight Board*, o Facebook parece ter a liberdade de fazê-lo em qualquer hipótese. Talvez, a justificativa para o tratamento diferenciado tenha a ver com as condições operacionais do Comitê, que poderiam ser prejudicadas se, nessa fase de implantação, o órgão se deparasse com um conjunto mais vasto de demandas. Mas essa é apenas uma suposição. O ideal seria que os Regulamentos Internos buscassem reduzir as assimetrias entre usuário e plataforma ou, quando inviável, pelo menos apresentassem razões que justificassem o tratamento diferenciado.

Algo que também é importante quando se fala da proteção dos direitos humanos são os critérios utilizados para, excepcionalmente, restringi-los. Nesse ponto, o *Oversight Board* balizou sua decisão em diretrizes fixadas em diplomas e documentos de direitos humanos, mencionando o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Plano Rabat, por exemplo. A clareza quanto aos critérios adotados e a opção por parâmetros fixados em normas que privilegiam os direitos humanos são aspectos positivos a se destacar. No entanto, algo que chama atenção nos argumentos do *Oversight Board* é a justificativa apresentada para defender a necessidade da suspensão da conta de Trump. O Comitê afirma que, embora não possa avaliar as intenções do ex-Presidente, considera que ele sabia ou deveria saber que suas postagens poderiam legitimar ou apoiar atos de violência. Esse tipo de conjectura pode conduzir o Board a um caminho arriscado de restrição de direitos com base em pressuposições, uma vez que suas decisões possuem valor de precedente e orientam análises futuras. Ademais, pode-se questionar se o órgão precisaria ter enveredado nessa avaliação de caráter mais subjetivo, visto que a mera exaltação e/ou apoio a pessoas envolvidas em atos violentos já configuraria violação dos padrões de comunidade, tornando desnecessário avaliar se o usuário teria contribuído ou não para os atos de violência em si.

---

<sup>20</sup> No original: “Outside of the criteria expressly stated in Article 3, Facebook may refer additional content types to the board for review”.

Diante dos aspectos analisados acima, é possível verificar a influência do processo de constitucionalização do ambiente digital em alguns pontos da decisão do *Oversight Board*, através da valorização de elementos como o devido processo, a abertura à participação popular, a transparência e o uso de critérios específicos para a justificativa de restrições aos direitos humanos. Pontos questionáveis da decisão indicam reflexões e desafios que o Comitê tem pela frente, mas não invalidam o trajeto trilhado até o momento.

## CONCLUSÃO

O advento de novas tecnologias traz consigo desafios em diferentes setores da vida, dentre eles, o âmbito jurídico. Isso ocorre porque ao mesmo tempo em que surgem novas possibilidades de exercício de direitos também surgem novas ameaças. Além disso, novos atores entram em cena cumprindo papéis que podem ser decisivos para os direitos humanos.

Situações como essa, de alteração do equilíbrio constitucional, mobilizam a academia para pensar em novos arranjos teóricos que possam ajudar a lidar com os desafios que surgem. Exemplos disso são algumas noções introdutórias sobre o constitucionalismo digital e sobre o processo de constitucionalização do ambiente digital vistas neste trabalho, que auxiliam a pensar na proteção dos direitos humanos e no equilíbrio dos poderes no mundo virtual.

Sob essa perspectiva teórica, atores privados, como as plataformas digitais, passam a ter responsabilidades concernentes à proteção de direitos humanos a partir do momento em que se propõem a moderar conteúdo e, dessa forma, intervêm no exercício da liberdade de expressão. Assim, ainda que constituam pessoas jurídicas de direito privado, esses atores passam a ter responsabilidades que antes ficavam concentradas nas mãos de agentes estatais, o que evidencia um processo de modificação do equilíbrio entre o poder público e o privado.

Diante de suas novas funções, as plataformas digitais passaram a ser cobradas a adotarem posturas condizentes com a proteção dos direitos

humanos e da democracia. É como fruto desse cenário que surge o *Oversight Board*. Neste trabalho, buscou-se analisar a decisão proferida pelo Comitê no caso Trump a fim de verificar elementos indicadores da influência do processo de constitucionalização do ambiente digital. Alguns aspectos identificados demonstraram a influência sofrida pelo *Oversight Board*, como a preocupação com o devido processo, a abertura à participação popular, as orientações voltadas ao aperfeiçoamento da transparência e o uso de critérios específicos para a justificativa de restrições aos direitos humanos.

Outros pontos da decisão evidenciaram elementos que precisam ser aprimorados, como as vias de acionamento do *Oversight Board* que são oferecidas aos usuários e aquelas acessíveis ao Facebook. A análise do Comitê quanto à necessidade da suspensão de Trump também trouxe preocupações quanto à formação de um precedente que pode permitir a restrição de direitos humanos com base em conjecturas.

Tratando-se de uma experiência pioneira, é natural que haja melhorias a serem implementadas pelo Comitê. A própria aplicação das determinações e das recomendações feitas pelo Board ao Facebook pode ser um desafio a ser enfrentado, a depender do nível de observância adotado pela plataforma. De todo modo, a decisão no caso Trump, assim como a própria estruturação do Board, parece conferir evidências de uma predisposição do órgão de adotar parâmetros fornecidos pelo constitucionalismo digital, até mesmo para que sua legitimidade seja preservada. A consolidação dessa tendência poderá se confirmar ou não ao longo dos próximos anos, na medida em que o Comitê ampliar o seu leque de decisões.

## REFERÊNCIAS

ATRÁS NAS pesquisas, Trump levanta bandeira da fraude. **DEUTSCHE WELLE**, [S.l.], 24 ago. 2020. Disponível em: <https://p.dw.com/p/3hRM5>. Acesso em: 31 jul. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 240, p. 1-42, 2005. DOI: 10.12660/rda.v240.2005.43618. Dis-

ponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em: 27 ago. 2022.

BRITO, Carina. Sistema de reconhecimento facial erra, e homem negro é preso por engano. **UOL**, [S.l.], 25 jun. 2020. Disponível em: <https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2020/06/25/homem-e-presos-apos-erro-de-tecnologia-de-reconhecimento-facial-nos-eua.htm>. Acesso em: 02 ago. 2021.

CANALES, Katie. Facebook quietly lets 5.8 million politicians and celebrities get special enforcement of its rules, report says. **BUSINESS INSIDER**, [S.l.], 13 set. 2021. Disponível em: <https://www.businessinsider.com/facebook-content-moderation-58-million-users-xcheck-2021-9>. Acesso em: 04 out. 2021.

CAPITOL RIOTS: A visual guide to the storming of Congress. **BBC**, [S.l.], 07 jan. 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-55575260>. Acesso em: 31 jul. 2021.

CELESTE, E. Digital constitutionalism: a new systematic theorisation. **International Review of Law, Computers & Technology**, v. 33, n. 1, p. 76–99, 2 jan. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/13600869.2019.1562604>. Acesso em: 18 jun. 2021.

CHAMBERS, S. Truth, Deliberative Democracy, and the Virtues of Accuracy: Is Fake News Destroying the Public Sphere? **Political Studies**, v. 69, n. 1, p. 147–163, 1 fev. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/0032321719890811>. Acesso em: 12 jun. 2021.

CLEGG, Nick. **Charting a Course for an Oversight Board for Content Decisions**. 28 jan. 2019. Disponível em: <https://about.fb.com/news/2019/01/oversight-board/>. Acesso em: 03 ago. 2021.

CLEGG, Nick. **In Response to Oversight Board, Trump Suspended for Two Years; Will Only Be Reinstated if Conditions Permit**. 04 jun. 2021. Disponível em: <https://about.fb.com/news/2021/06/facebook-response-to-oversight-board-recommendations-trump/>. Acesso em: 07 ago. 2021.

COMISSÃO EUROPEIA. **Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a um mercado único de serviços digitais (Regulamento Serviços Digitais)** e que altera a Diretiva 2000/31/CE. 15 dez. 2020. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020P-C0825&from=PT>. Acesso em: 14 out. 2021.

COSTA, Rodrigo Vieira. **Liberdade de expressão e neutralidade da rede: impactos da nova Diretiva da União Europeia sobre Direitos Autorais no Mercado Digital sobre o Direito de Autor brasileiro**. 2021. Relatório de Pesquisa de

Pós-Doutoramento (Programa de Pós-Doutorado) – Centro de Estudos Sociais (CES), Universidade de Coimbra, Coimbra, 2021.

DOUEK, Evelyn. It's Not Over. The Oversight Board's Trump Decision Is Just the Start. **Lawfare**, [s.l.], 5 maio 2021. Disponível em: <https://www.lawfareblog.com/its-not-over-oversight-boards-trump-decision-just-start>. Acesso em: 04 ago. 2021.

FACEBOOK. **Padrões da Comunidade**. 2021a. Disponível em: <https://www.facebook.com/communitystandards/>. Acesso em: 31 jul. 2021.

FACEBOOK. **Public Consultation**: Oversight Board. Abr. 2019. Disponível em: [https://about.fb.com/wp-content/uploads/2019/04/oversight-board\\_-\\_preview-of-substantive-consultation-questions-1.pdf](https://about.fb.com/wp-content/uploads/2019/04/oversight-board_-_preview-of-substantive-consultation-questions-1.pdf). Acesso em: 03 ago. 2021.

FACEBOOK. **Nossa abordagem para conteúdo interessante**. 2021b. Disponível em: <https://transparency.fb.com/features/approach-to-newsworthy-content/>. Acesso em: 06 ago. 2021.

FACT CHECK: Courts have dismissed multiple lawsuits of alleged electoral fraud presented by Trump campaign. **Reuters**, [S.l.], 15 fev. 2021. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/uk-factcheck-courts-election-idUSKBN2AF1G1>. Acesso em: 31 jul. 2021.

GOLIA, Angelo Jr. **Beyond Oversight**: Advancing Societal Constitutionalism in the Age of Surveillance Capitalism. Rochester, NY: Social Science Research Network, 25 fev. 2021. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/abstract=3793219>. Acesso em: 7 jul. 2021.

GREGORIO, Giovanni de. The Rise of Digital Constitutionalism in the European Union. **International Journal of Constitutional Law**, v. 19, n. 1, p. 41-70, 13 abr. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icon/moab001>. Acesso em: 13 jun. 2021.

HARRIS, Brent. **Getting Input on an Oversight Board**. 1 abr. 2019a. Disponível em: <https://about.fb.com/news/2019/04/input-on-an-oversight-board/>. Acesso em: 03 ago. 2021.

HARRIS, Brent. **Global Feedback and Input on the Facebook Oversight Board for Content Decisions**. 27 jun. 2019b. Disponível em: <https://about.fb.com/news/2019/06/global-feedback-on-oversight-board/>. Acesso em: 03 ago. 2021.

HARRIS, Brent. **Oversight Board to Start Hearing Cases**. 22 out. 2020. Disponível em: <https://about.fb.com/news/2020/10/oversight-board-to-start-hearing-cases/>. Acesso em: 04 ago. 2021.

HEALY, Jack. These Are the 5 People Who Died in the Capitol Riot. **The New York Times**, 11 jan. 2021. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2021/01/11/us/who-died-in-capitol-building-attack.html>. Acesso em: 31 jul. 2021.

HELPER, Laurence; LAND, Molly K. Is the Facebook Oversight Board an International Human Rights Tribunal? **Lawfare**, [s.l.], 13 maio 2021. Disponível em: <https://www.lawfareblog.com/facebook-oversight-board-international-human-rights-tribunal>. Acesso em: 27 ago. 2022.

JOINT STATEMENT from Elections Infrastructure Government Coordinating Council and Sector Coordinating Council Executive Committees. **NASED**, Washington, 12 nov. 2020. Disponível em: <https://www.nased.org/news/jointstatement111220>. Acesso em: 31 jul. 2021.

KLONICK, K. The Facebook Oversight Board: Creating an Independent Institution to Adjudicate Online Free Expression. **The Yale Law Journal**, v. 129, n. 8, p. 2418-2499, 30 jun. 2020. Disponível em: [https://www.yalelawjournal.org/pdf/KlonickFeature\\_yczqzsm.pdf](https://www.yalelawjournal.org/pdf/KlonickFeature_yczqzsm.pdf). Acesso em: 18 jul. 2021.

LANZA, Edison; JACKSON, Matías. Content Moderation and self-regulation mechanisms: The Facebook Oversight Board and Its Implications for Latin America. **The Dialogue**, [s.l.], set. 2021. Disponível em: <https://www.thedialogue.org/wp-content/uploads/2021/09/Facebook-Oversight-Board-Report-EN.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2022.

LESSIG, Lawrence. **Code**: version 2.0. New York: Basic Books, 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 36, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/453>. Acesso em: 27 ago. 2022.

MARS, Amanda. Departamento de Justiça dos EUA não encontra prova de fraude capaz de alterar o resultado eleitoral. **El País**, Washington, 01 dez. 2020. <https://brasil.elpais.com/internacional/2020-12-01/departamento-de-justica-dos-eua-nao-encontra-prova-de-fraude-capaz-de-alterar-o-resultado-eleitoral.html>. Acesso em: 31 jul. 2021.

MOROZOV, Evgeny. **Big Tech**: a ascensão dos dados e a morte da política. Tradução de Claudio Marcondes. São Paulo: Ubu Editora, 2018.

OHCHR. **Página simples sobre “incitação ao ódio**. 2021. Disponível em: [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/Articles19-20/ThresholdTest-Translations/Rabat\\_threshold\\_test\\_Portuguese.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/Articles19-20/ThresholdTest-Translations/Rabat_threshold_test_Portuguese.pdf). Acesso em: 04 out. 2021.

OLIVA, Thiago Dias. Content Moderation Technologies: Applying Human Rights Standards to Protect Freedom of Expression. **Human Rights Law Review**, v.

20, n. 4, p. 607–640, 9 dez. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngaa032>. Acesso em: 07 jul. 2021.

OVERSIGHT BOARD. **Decisão sobre o caso 2021-001-FB-FBR**. 05 maio 2021b. Disponível em: <https://oversightboard.com/decision/FB-691QAMHJ/>. Acesso em: 31 jul. 2021.

OVERSIGHT BOARD. **Overarching Criteria for Case Selection**, 2021c. Disponível em: <https://oversightboard.com/sr/overarching-criteria-for-case-selection>. Acesso em: 03 ago. 2021.

OVERSIGHT BOARD. **Oversight Board Bylaws**. Jan. 2021a. Disponível em: <https://oversightboard.com/sr/governance/bylaws>. Acesso em: 03. ago. 2021.

OVERSIGHT BOARD. **(1/2): The Board will announce its decision on the case concerning former US President Trump’s....** 16 abr. 2021c. Twitter: @OversightBoard. Disponível em: <https://twitter.com/OversightBoard/status/1383058573949829121?s=20>. Acesso em: 04 ago. 2021.

OVERSIGHT BOARD. **Estatuto do Comitê de Supervisão**. 2021d. Disponível em: <https://oversightboard.com/governance/>. Acesso em: 03 ago. 2021.

OVERSIGHT BOARD. **Conheça o Comitê**. 2021e. Disponível em: <https://oversightboard.com/meet-the-board/>. Acesso em: 05 ago. 2021.

OVERSIGHT BOARD. **Decisão sobre o caso 2020-005-FB-UA**. 2021f. Disponível em: <https://oversightboard.com/decision/FB-2RDRCVQ/>. Acesso em: 05 ago. 2021.

ROSEN, Guy. **Community Standards Enforcement Report, Second Quarter 2021**. 18 ago. 2021. Disponível em: <https://about.fb.com/news/2021/08/community-standards-enforcement-report-q2-2021/>. Acesso em: 04 out. 2021.

SANTOS, Pedro Miguel Pereira. **Internet das coisas: O desafio da privacidade**. Dissertação (Mestrado em Sistemas de Informação Organizacionais) – Instituto Politécnico de Setúbal, 2016. Disponível em: <https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/17545/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Pedro%20Santos%20140313004%20MSIO.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2021.

SCHROEPFER, Mike. **An Update on Our Plans to Restrict Data Access on Facebook**. 04 abr. 2018. Disponível em: <https://about.fb.com/news/2018/04/restricting-data-access/>. Acesso em: 02 ago. 2021.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; ARHEGAS, João Victor. Oversight Board e a suspensão de Trump do Facebook e Instagram | Amigos da Corte T.2 EP #2. **ITS Rio**, [s.l.], 26 maio 2021. Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=0Kcka\\_AkA98&t=604s](https://www.youtube.com/watch?v=0Kcka_AkA98&t=604s). Acesso em: 04 ago. 2021.

STEPANOV, Anna. **Introducing the Widely Viewed Content Report**. 18 ago. 2021. Disponível em: <https://about.fb.com/news/2021/08/widely-viewed-content-report/>. Acesso em: 04 out. 2021.

TEPEDINO, Gustavo. Marchas e Contramarchas da Constitucionalização do Direito Civil: a Interpretação do Direito Privado à Luz da Constituição da República. **(Syn)Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 15-21, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7431>. Acesso em: 27 ago. 2022.

TRUMP PROMETE protesto “selvagem” em Washington para 6 de janeiro. **UOL**, [S.l.], 19 dez. 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2020/12/19/trump-promete-protesto-selvagem-em-washington-para-6-de-janeiro.htm>. Acesso em: 31 jul. 2021.

TRUMP SUGERE adiar eleições nos EUA. **G1**, [S.l.], 30 jul. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/eleicoes-nos-eua/2020/noticia/2020/07/30/trump-sugere-adiar-eleicoes-nos-eua.ghtml>. Acesso em: 31 jul. 2021.

WERNECK, Antônio. Reconhecimento facial falha em segundo dia, e mulher inocente é confundida com criminosa já presa. **O Globo**, [S.l.], 11 jul. 2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/reconhecimento-facial-falha-em-segundo-dia-mulher-inocente-confundida-com-criminosa-ja-presa-23798913>. Acesso em: 02 ago. 2021.

ZUCKERBERG, Mark. **A blueprint for content governance and enforcement**. Nov. 2018. Disponível em: <https://www.facebook.com/notes/mark-zuckerberg/a-blueprint-for-content-governance-and-enforcement/10156443129621634/>. Acesso em: 03 ago. 2021.

ZUCKERBERG, Mark. **Big Tech Needs More Regulation**. 18 fev. 2020. Disponível em: <https://about.fb.com/news/2020/02/big-tech-needs-more-regulation/>. Acesso em 02 ago. 2021.

ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo da vigilância**: a disputa por um futuro humano na nova fronteira do poder. Tradução Luis Filipe Silva. Lisboa: Relógio D'Água, 2020.

**Recebido:** 18/02/2022

**Aprovado:** 20/06/2022



**ESTUDOS DE CASO,  
JURISPRUDÊNCIA E LEGISLAÇÃO**

**PARTE IV**

**RRDDIS**

# AS PATENTES DE PROCESSO NA BIOTECNOLOGIA: UM ESTUDO DE CASO A PARTIR DO RESP Nº 1.610.728/RS

## *Process patents in biotechnology: a case study based on Resp no. 1,610,728/RS*

**Marcos da Cunha e Souza<sup>1</sup>**

### **RESUMO:**

O objetivo do presente trabalho foi o de examinar as patentes de processo no campo da biotecnologia, sob a luz do Recurso Especial nº 1.610.728/RS (2019). Em seguida, efetuar uma análise crítica deste julgamento. Dessa análise buscou-se desconstruir a visão atual do instituto para acrescentar uma nova perspectiva. O método utilizado foi o hipotético-dedutivo, a partir de pesquisa jurisprudencial, normativa e doutrinária, brasileira e estrangeira. Ao final, chegou-se à conclusão de que os fundamentos do julgado merecem ser revistos. A legislação brasileira, quanto a este instituto, precisa ser interpretada em consonância com o Acordo TRIPS e com as normas estrangeiras que o inspiraram. As

### **ABSTRACT:**

*The objective of the present work was to examine process patents in the field of biotechnology, under the light of Special Appeal nº 1.610.728/RS (2019). Then, carry out a critical analysis of this judgment. From this analysis, we sought to deconstruct the current vision of the institute to add a new perspective. The method used was the hypothetical-deductive one, based on jurisprudential, normative and doctrinal research, both Brazilian and foreign. In the end, it was concluded that the grounds of the judgment deserve to be reviewed. Brazilian legislation, regarding this institute, needs to be interpreted in accordance with the TRIPs Agreement and with the foreign standards that inspired it. The words contained in the law must be taken into account and interpreted according*

---

<sup>1</sup> Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (1992), possui MBA em Direito da Economia e da Empresa pela Fundação Getúlio Vargas, mestrado em Direito (2014) pela PUC/PR (Linha de Pesquisa: Estado, Atividade Econômica e Desenvolvimento Sustentável) e doutorado em Direito (2021) pela PUC/PR (linha de pesquisa: Direito Econômico e Desenvolvimento). Já lecionou em cursos da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR), Universidade do Rio de Janeiro (UNIRIO), da Universidade Veiga de Almeida (UVA) e da Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Desde 2009 é professor em diferentes cursos de graduação, do Centro Universitário Uninter, além de ministrar aulas em diferentes cursos de pós-graduação, tanto presenciais, quanto na modalidade EaD. É ainda membro do Instituto de Geografia e História Militar do Brasil (IGHMB), da Comissão de Direito Internacional da OAB/PR e do Núcleo de Estudos Avançados de Direito Internacional e Desenvolvimento Sustentável da PUC PR. Foi, durante 15 anos, assessor da Procuradoria Regional da República no Rio de Janeiro.

palavras contidas na norma devem ser levadas em conta e interpretadas de acordo com o seu sentido técnico. As normas de propriedade intelectual precisam ser examinadas como parte de um sistema.

*to their technical meaning. Intellectual property rules need to be examined as part of a system.*

**Palavras-chave:** Propriedade intelectual; Patente de processo; Cultivares; Acordo TRIPs; Biotecnologia.

**Keywords:** Intellectual property; Process patent; cultivars; TRIPs Agreement; Biotechnology.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; **1. A ORIGENS NORMATIVAS DA CONTROVÉRSIA;** **2. O MODELO DE NEGÓCIO DAS TRANSNACIONAIS;** **3. O RESP Nº 1.610.728/Rs;** **4. REEXAMINANDO AS PATENTES DE PROCESSO; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.**

## INTRODUÇÃO

O desenvolvimento de tecnologias disruptivas - e verdadeiramente herméticas aos olhos da grande maioria dos operadores do Direito - tem imposto obstáculos consideráveis à adequada aplicação das normas de Propriedade Intelectual. Como compreender a extensão de uma patente, ou a sua eventual violação, se os magistrados e advogados não forem capazes de compreender o verdadeiro teor das reivindicações da patente concedida pelo INPI?

Um julgado relativamente recente do STJ (RESP nº 1.610.728/RS) trouxe essa questão à tona sob diferentes ângulos. A apreciação do pedido dos autores, voltado ao reconhecimento dos privilégios dos agricultores de que trata o art. 10 da Lei de Proteção de Cultivares (LPC), acabou sendo eclipsado por questões voltadas à biotecnologia, especialmente ao objeto de patentes obtidas pela empresa transnacional Monsanto. Viu-se a necessidade de, a par do exame da LPC (Lei nº 9.456/1997), verificar o cabimento da Lei de Propriedade Industrial (LPI – Lei nº 9.279/1996) ao caso. Mas, mais do que isso, houve a necessidade de discutir o que é um

microrganismo patenteável e quais os efeitos de uma patente de processo no caso de sementes transgênicas.

São situações em que o operador do Direito precisa se socorrer de profissionais de outras áreas do conhecimento, para tentar entender se um gene pode ser considerado um microrganismo, ou uma substância química, ou apenas parte de ser vivo natural ou, ainda, mero material biológico encontrado na natureza. Sob tal contexto, deveriam os magistrados se cercarem das manifestações do perito judicial, assim como os assistentes técnicos, para que a decisão judicial não seja divorciada da realidade científica. Isso, contudo, nem sempre ocorre, transformando certas decisões judiciais em um verdadeiro jogo de dados aleatório.

Não há espaço, neste momento, para abordar todas as questões relevantes que o estudo do RESP nº 1.610.728/RS nos oferece em suas milhares de páginas. O presente trabalho se bastará no exame de um único ponto: o papel e os efeitos da patente de processo em uma invenção biotecnológica. Como natural desdobramento, buscar-se-á refletir como esse papel, caso não seja bem compreendido, pode se tornar uma brecha para que haja proteção a inventos que o legislador brasileiro expressamente desejou excluir do nosso sistema.

Para que se alcance este objetivo, será necessário apontar aos leitores não habituados ao tema um apanhado das normas que servirão de base à futura argumentação. Em seguida, apresentar-se-á uma breve noção de como as empresas transnacionais – com destaque para a Monsanto – buscaram criar um modelo de negócios que garantisse o recebimento de *royalties* sobre o uso de sementes e sobre a venda da produção de vegetais transgênicos (soja, algodão, milho, etc.). Pois é a partir desse modelo de negócios que surgirá a controvérsia analisada pelo RESP nº 1.610.728/RS. Em seguida, examinar-se-á o julgamento do referido processo onde, dentre vários outros aspectos, o STJ adotou uma tese favorável à Monsanto, quanto à interpretação das regras relacionadas às patentes de processo. Por fim, refutar-se-á a posição do STJ, buscando demonstrar que ela está em desacordo com o Direito brasileiro e com a própria natureza daquilo que é uma patente de processo.

O método de abordagem será o hipotético-dedutivo, com base em pesquisa bibliográfica, normativa e jurisprudencial, brasileira e estrangeira.

## 1 A ORIGENS NORMATIVAS DA CONTROVÉRSIA

Avanços da engenharia genética, a partir da década de 1970, abriram a possibilidade para o desenvolvimento de organismos geneticamente modificados (OGMs). Tal tecnologia, além de demandar mão de obra muito específica, necessitava de vultosos investimentos, cujo retorno financeiro dependeria de garantias legais no campo da propriedade intelectual.

Para os estudiosos do tema, é conhecida a figura do microbiologista Ananda Chakrabarty que precisou recorrer à Suprema Corte norte-americana para obter a patente de uma bactéria que, manipulada geneticamente, incorporou a capacidade de degradar hidrocarbonetos poluidores, provenientes do petróleo<sup>2</sup>. Revendo a decisão do escritório norte-americano de patentes (USPTO), a Suprema Corte decidiu (1980) que a bactéria era patenteável, dado que continha características substancialmente diferentes daquelas encontradas na natureza, graças à intervenção humana<sup>3</sup>. Ademais, oferecia uma solução técnica para um problema técnico.

Com o passar dos anos, foram surgindo também animais e plantas geneticamente modificadas, o que produziu um sem número de debates, tanto na sociedade, como entre estudiosos de diferentes ramos do conhecimento.

Tomando as plantas geneticamente modificadas como exemplo, estes seres vivos e o seu respectivo material de multiplicação (como a se-

---

<sup>2</sup> SOUZA, Marcos da Cunha e; WINTER, Luís Alexandre Carta; GOMES, Eduardo Biacchi. A propriedade intelectual e a dupla proteção dos vegetais transgênicos. **Revista de Direito Empresarial – RDEmp**, Belo Horizonte, ano 11, n. 2, p. 63-100, maio/ago. 2014.

<sup>3</sup> ROWE, Elizabeth A., Patents, Genetically Modified Foods, and IP Overreaching. **Southwestern Law Journal**, volume 64, 2011., p.865 e SRINIVAS, Krishna Ravi. Intellectual property rights and bio commons: open source and beyond. **International Social Science Journal (ISSJ)** - Vol. 58 No. 188, 2006, p. 320.

mente), são frutos da transferência de genes entre espécies que, normalmente, não seriam aptas a cruzar-se por meio de processos naturais<sup>4</sup>. Em muitos casos, a transferência envolve a inserção de genes de bactérias em espécies vegetais.

Assim, pela tecnologia do DNA recombinante ou engenharia genética, o cientista pode identificar e inserir no genoma de um determinado organismo, um ou mais genes responsáveis pela característica que se pretende alcançar e que, normalmente, atenderá alguma demanda do mercado. Assim, há a possibilidade de desenvolver flores com padrões de cor excepcional ou frutas que não ficam escuras quando sofrem batidas. No campo da agricultura, o uso mais frequente desta tecnologia está voltado ao desenvolvimento de vegetais tolerantes a herbicidas, resistentes a certos insetos, vírus e, também, ao aumento da produtividade<sup>5</sup>.

Contudo, no Brasil, até o surgimento da Organização Mundial do Comércio (OMC) e das leis que regulamentaram seus efeitos, não havia uma proteção às variedades vegetais (cultivares), mesmo que geneticamente modificadas. O Acordo de Marrakesh, que veio a constituir a OMC, trouxe no seu bojo o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio<sup>6</sup>, que na doutrina brasileira atende por sua sigla em inglês: TRIPs (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*).

O TRIPs impôs regras a todos os ramos da Propriedade Intelectual, aumentando o nível global de proteção às criações da mente humana. Por outro lado, ele não é um instrumento com poder suficiente para homogeneizar as normas dos países membros. E esse é um aspecto de grande importância para o presente trabalho, pois o legislador brasileiro, a partir de 1995, irá tentar manobrar pelas brechas do Acordo, de modo a atender

---

<sup>4</sup> MARQUES, J. P. Remédio. **Biotecnologia(s) e Propriedade Intelectual**. Volume I. Coimbra: Almedina, 2007<sup>a</sup>, p. 29.

<sup>5</sup> MONQUERO, Patrícia Andréa. Plantas transgênicas resistentes aos herbicidas: situação e perspectivas. **Bragantia**, Campinas, v.64, n.4, p.517-531, 2005, p. 519. Disponível em: <https://www.scielo.br/brag/v64n4/a02v64n4.pdf> Acesso em: 25 out. 2020.

<sup>6</sup> Daí porque a doutrina portuguesa e de língua espanhola usa a sigla ADPIC.

certos interesses nacionais. Basicamente, tentar-se-á abrandar ao máximo a proteção aos inventores e desenvolvedores de variedade vegetais (melhoristas e obtentores), dada a crença de que o Brasil não é um país vocacionado à criação de novas tecnologias.

Para o Brasil foi especialmente significativa a exigência do art. 27(1) do TRIPs<sup>7</sup>, no sentido de que “**qualquer invenção, de produto ou de processo**, em todos os setores tecnológicos, será patenteável, desde que seja nova, envolva um passo inventivo e seja passível de aplicação industrial” (grifo nosso). Ocorre que o Código de Propriedade Industrial então vigente no Brasil (Lei nº 5.772/1971), para estimular a industrialização brasileira, não permitia a concessão de patentes de processos e produtos farmacêuticos, além de outras restrições no setores de alimentos e produtos químicos<sup>8</sup>.

O termo invenção normalmente reporta o público leigo à ideia de invenções de produtos, como um novo sistema de freios, ou de telas para celulares. Mas existem também as **patentes de processo**, que são citadas no referido art. 27(1) do TRIPs e estão sob o foco do presente trabalho. Denis Barbosa assim as define:

Quando a tecnologia consiste na utilização de certos meios para alcançar um resultado técnico através da ação sobre a natureza, tem-se no caso uma patente de processo. Assim, o conjunto de ações humanas ou procedimentos mecânicos ou químicos necessários para se obter um resultado (aquecer, acrescer um ácido, trazer o produto a zero absoluto) serão objeto desse tipo de patente<sup>9</sup>.

A patente de processo pode estar presente em diferentes campos da atividade econômica, sendo de uso frequente na biotecnologia<sup>10</sup>. Assim, por exemplo, um cientista poderia desenvolver um novo processo capaz

---

<sup>7</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Acordo TRIPs**. Disponível em: [https://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/27-trips\\_04c\\_e.htm#5](https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips_04c_e.htm#5). Acesso em: 13 out. 2020.

<sup>8</sup> Art. 9º, alíneas “b” e “c” da Lei 5.772/71.

<sup>9</sup> BARBOSA, 2010, vol. II, p.1271.

<sup>10</sup> SOUZA, *op. cit.*, 2021, p. 37.

de inserir no genoma de uma planta o gene de uma bactéria dotada de uma característica desejável e inédita<sup>11</sup>. A engenharia genética será apta a uma patente de processo quando envolva uma intervenção humana “do ponto de vista da causação de um qualquer efeito técnico” no âmbito “de obtenção de uma matéria biológica (...) com vistas à satisfação de uma necessidade de produção”<sup>12</sup>.

Neste contexto, cumpre apontar que o Acordo TRIPs prestigia a proteção a ser dada às patentes de processo, em paralelo àquela conferida às patentes de produtos. O art. 28 assim determina:

1. Uma patente conferirá ao seu titular os seguintes direitos exclusivos:

a) quando o objeto da patente for um produto, o de evitar que terceiros sem seu consentimento produzam usem, coloquem a venda, vendam, ou importem com esses propósitos aqueles bens;

b) quando o objeto da patente for um processo, o de evitar que terceiros sem seu consentimento usem o processo, usem, coloquem a venda, vendam, ou importem com esses propósitos pelo menos o produto obtido diretamente por aquele processo.

2. Os titulares de patente terão também o direito de cedê-la ou transferi-la por sucessão e o de efetuar contratos de licença<sup>13</sup>.

No âmbito do Acordo TRIPs, outro aspecto a ser referido é a proteção conferida aos criadores de seres vivos geneticamente modificados. O Acordo prevê a possibilidade de que todos eles venham a ser objeto de patentes de invenção. Reconhece, entretanto, que cada país pode adotar exceções nesta área. Este aspecto veio a ser disciplinado na alínea ‘b’ do art.

<sup>11</sup> SOUZA, WINTER, GOMES, *Op. cit.*, p. 91.

<sup>12</sup> MARQUES, 2007, p. 275.

<sup>13</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio - Acordo TRIPs**. Disponível em: <https://www.gov.br/inpi/pt-br/backup/legislacao-1/27-trips-portugues1.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2020.

27(3) que, na tradução para o português, anexada ao Decreto nº 1.355/94, peca por erro de tradução hábil a causar interpretações equivocadas<sup>14</sup>.

O verdadeiro sentido do texto é o seguinte: o acordo permite a exclusão da patente das plantas e animais (ainda que geneticamente modificados) e processos essencialmente biológicos para a produção de plantas e animais. Contudo, impõe a concessão de patentes no tocante aos microrganismos e aos processos não biológicos e microbiológicos<sup>15</sup>. Pela lógica do sistema de patentes, espera-se que tais microrganismos e processos não biológicos e microbiológicos tenham sofrido intervenção humana e cumpram os requisitos de patenteabilidade.

O texto não define o que sejam microrganismos. Seria lícito presumir que, ao caracterizar algo como um microrganismo, os legisladores ou magistrados lançassem mão das ciências biológicas. Infelizmente, não foi o que ocorreu, em vários casos. Esta questão, contudo, será objeto de outro trabalho.

Quanto às cultivares, o referido art. 27 (3), 'b' estipula que: “os Membros concederão proteção às variedades vegetais, **seja por meio de patentes, seja por meio de um sistema *sui generis* eficaz, seja por uma combinação de ambos**” (grifo nosso).

O Acordo TRIPs também não define o que é um “sistema *sui generis* eficaz”. Mas era certo que cada país precisaria adotar uma legislação que não pudesse ser questionada pelos demais membros da OMC. Deste modo, o Brasil adotou o modelo de 1978 da União Internacional para a Proteção de Obtenções Vegetais<sup>16</sup> (UPOV) ao desenvolver sua primeira Lei de Proteção de Cultivares (Lei nº 9.456/1997).

Naquilo que interessa ao presente trabalho, as alterações legislativas implicaram não apenas no surgimento de uma lei específica sobre as novas variedades vegetais (cultivares), mas também questões relaciona-

---

<sup>14</sup> Vide p. 421 da Ata anexa ao Decreto nº 1.355/94. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/anexo/and1355-94.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and1355-94.pdf). Acesso em: 15 dez. 2013.

<sup>15</sup> SOUZA, 2014<sup>a</sup>, p. 85.

<sup>16</sup> Union Internationale pour la Protection des Obtentions Végétales

das ao patenteamento de seres vivos e de invenções de processos relacionados à biotecnologia.

Contudo, desagradando as empresas transnacionais que dominam as tecnologias transgênicas na área da agricultura, a LPC proibiu a concessão de patentes sobre variedades vegetais, ao determinar que (grifo nosso):

Art. 2º A proteção dos direitos relativos à propriedade intelectual referente a cultivar se efetua mediante a concessão de Certificado de Proteção de Cultivar, considerado bem móvel para todos os efeitos legais e **única forma de proteção de cultivares e de direito** que poderá obstar a livre utilização de plantas ou de suas partes de reprodução ou de multiplicação vegetativa, no País.

A Lei nº 9.279/1996 (LPI) por sua vez, aproveitou ao máximo a brecha autorizada pelo TRIPs no referido art. 27(3). Ela não admite o patenteamento do “todo ou parte dos seres vivos, exceto os microorganismos transgênicos que atendam aos três requisitos de patenteabilidade - novidade, atividade inventiva e aplicação industrial” (art. 18, III). E não considera invenção “o todo ou parte de seres vivos naturais e materiais biológicos encontrados na natureza, ou ainda que dela isolados, inclusive o genoma ou germoplasma de qualquer ser vivo natural e os processos biológicos naturais” (art. 10, IX).

Por fim, tentando preservar práticas ancestrais de nossos agricultores, a LPC reconheceu certos privilégios desses em face dos direitos dos melhoristas e obtentores<sup>17</sup>. Nesse sentido, a referida norma, em seu art. 10, determina que:

Não fere o direito de propriedade sobre a cultivar protegida aquele que: I - reserva e planta sementes para uso próprio, em seu estabelecimento ou em estabelecimento de terceiros cuja posse detenha;

---

<sup>17</sup> O melhorista é aquele que desenvolve a variedade, é o seu autor. A Lei nº 9.456/97 o define como “a pessoa física que obtiver cultivar e estabelecer descritores que a diferenciem das demais” (art. 3º, I). O obtentor é aquele que financia o desenvolvimento da variedade, o cessionário ou titular dos direitos patrimoniais.

II - usa ou vende como alimento ou matéria-prima o produto obtido do seu plantio, exceto para fins reprodutivos; (...) IV - sendo pequeno produtor rural, multiplica sementes, para doação ou troca, exclusivamente para outros pequenos produtores rurais (...).

Assim procedendo, o legislador brasileiro adotou regras consideravelmente menos protetivas em relação às tecnologias incorporadas às sementes transgênicas. Cabia então, às empresas transnacionais, desenvolvedoras de tais tecnologias, buscar uma brecha na legislação brasileira que lhes permitisse cobrar *royalties* sobre as colheitas transgênicas, bem como obrigar o agricultor a abandonar a prática de separar parte da produção para o replantio.

Uma das soluções buscadas foi a de encontrar um meio de aplicar as regras das patentes de invenção às cultivares, apesar da já referida vedação do art. 2º da Lei de Proteção de Cultivares. É o que se costuma chamar de dupla incidência de direitos da propriedade intelectual sobre cultivares transgênicas<sup>18</sup>. Em outras palavras, incidir sobre as cultivares transgênicas dois sistemas concomitantes de proteção à propriedade intelectual, o sistema de patentes e o sistema de cultivares, gerando uma sobreposição que anula as exceções de cada sistema, especialmente os privilégios dos agricultores.

## 2 O MODELO DE NEGÓCIO DAS TRANSNACIONAIS

No que tange à lavoura transgênica e ao modelo de negócio que a Monsanto desenvolveu no Brasil, podemos recuar até o ano de em 1974. Foi quando surgiu o herbicida glifosato<sup>19</sup>, vendido sob a marca Roundup. Este defensivo agrícola tem a capacidade de exterminar uma grande va-

---

<sup>18</sup> SOUZA, Marcos da Cunha e. **A refutação da dupla incidência de direitos da propriedade intelectual sobre cultivares transgênicas frente ao compromisso brasileiro com o Acordo TRIPS**. Tese de doutorado defendida em fevereiro de 2021. Curitiba: PUC/PR, 2021.

<sup>19</sup> MORI, Letícia. BBC. **Glifosato**: mitos e verdades sobre um dos agrotóxicos mais usados do mundo. Publicado em: 23 fev. 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-47320332>. Acesso em: 26 jan. 2021.

riedade de ervas daninhas, “através do bloqueio da enzima 5-enolpiruvato-shiquimato-3-fosfato sintase (EPSPS), interrompendo o metabolismo da planta”<sup>20</sup>.

O glifosato é um herbicida tão poderoso, que mesmo as lavouras seriam exterminadas pelo seu efeito. A ampliação do seu uso dependia de uma solução a ser ofertada pela engenharia genética. Ela veio na década de 1980 quando a Monsanto descobriu que a bactéria *Agrobacterium tumefaciens*, um microrganismo comum no solo, possuía o gene cp4-epsps que a tornava imune ao glifosato<sup>21</sup>. Pode-se então, através da engenharia genética, inserir o referido gene em algumas plantas, tornando-as igualmente resistentes ao herbicida<sup>22</sup>. Logo se espalhou pelo mundo um modelo de produção conhecido como *glyphosate-resistant crops* (GRC)<sup>23</sup>, ou seja, lavouras resistentes ao glifosato.

A soja transgênica RR, desenvolvida pela Monsanto, chegou clandestinamente ao Brasil na década de 1990. Contudo, à primeira vista, este produto não poderia ser patenteado (LPI, art. 10 c/c 18) e, como cultivar, a proteção da LPC (Lei nº 9.456/1997) não impedia que o agricultor vendesse livremente a sua produção ou que reservasse parte das sementes para a próxima semeadura. Isso retirava da Monsanto, e de outras empresas do setor, a oportunidade de receber royalties dos agricultores, tal qual ocorria e ainda ocorre em países europeus, além do Canadá e Estados Unidos.

A Monsanto, contudo, através de uma série de manobras que não cabem ser analisadas aqui, fez um grande número de acordos com empresas e entidades do setor, no sentido de convencê-las ao pagamento dos *royalties*. Por trás destes acordos, sempre alegou ter a legislação brasileira a seu favor. Da análise dos debates ocorridos no seio das cooperativas e

---

<sup>20</sup> SOUZA, 2021, *op. cit.*, p. 59.

<sup>21</sup> CHARLES, Daniel. **Lords of the Harvest: Biotech, big money and the future of food.** Cambridge : Basic Books, 2002, p. 77-104.

<sup>22</sup> MONQUERO, *Op. cit.*, p. 521.

<sup>23</sup> DUKE, Stephen O. **The history and current status of glyphosate**, p. 4. Lincoln: University of Nebraska, 2017. Disponível em: <https://digitalcommons.unl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2784&context=usdaarsfacpub>. Acesso em: 25 abr. 2020.

associações de produtores, vê-se que também teve peso o fenômeno da assimetria informacional, afeta à Análise Econômica do Direito<sup>24</sup>.

Nesse passo, foi se formando uma cadeia de entidades, que foram dando corpo a um modelo de negócios engenhoso, que começa no desenvolvimento de novas cultivares, em parceria com empresas obtentoras brasileiras, e termina quando o agricultor comercializa a sua produção e paga os *royalties*.

Graças a esta cadeia de entidades associadas, caso o produtor rural, no momento da comercialização da produção, declare que sua safra não é transgênica, o comprador ou intermediário poderá realizar um teste de transgenia, com a ajuda de um reagente químico<sup>25</sup>. Identificado um forte traço de transgenia, mesmo que uma parte da produção seja convencional, os *royalties* serão cobrados sobre a totalidade. Não há previsão contratual de um percentual de tolerância<sup>26</sup>.

No início deste século o valor dos *royalties* era modesto. Na safra de 2004 cobrou-se apenas R\$ 0,60 por saca de 60 kg de soja<sup>27</sup>. Cinco anos depois chegou a 2% sobre toda a colheita. Em 2014 alcançou o patamar de 7,5% sobre a produção real ou estimada<sup>28</sup>, percentual que se mantém a partir de então.

### 3 O RESP Nº 1.610.728/RS

No início deste século, um dos fundamentos para aplicar as regras da LPI sobre as cultivares transgênicas, com a consequente cobrança de *royalties* dos agricultores, relaciona-se à já referida “patente de proces-

<sup>24</sup> SOUZA, 2021, *op. cit.* p. 124-128.

<sup>25</sup> SOUZA, 2021, *op. cit.*, ANEXO II, ACORDO DE LICENCIAMENTO DE TECNOLOGIA E QUITAÇÃO GERAL, cláusula 3.2.

<sup>26</sup> SOUZA, 2021, *op. cit.*, Anexo I, cláusula X.

<sup>27</sup> GUERRANTE, Rafaela Di Sabato. Comportamento Estratégico das Grandes Empresas do Mercado de Sementes Geneticamente Modificadas. **Impulso**, Piracicaba, 15(36): 59-76, 2004., p. 66.

<sup>28</sup> ÁVILA, Charlene de. Apontamentos sobre a cobrança de royalties da soja RR1 e outras questões emblemáticas em propriedade intelectual. **PIDCC**, Aracaju, Ano III, Edição nº 07/2014, p.14 a 49 Out/2014, p. 20.

so”<sup>29</sup>. Ou seja, adota-se um processo específico para a produção de um dado produto que, no presente caso, será uma nova cultivar. Um exemplo é o processo de biobalística para a inserção do gene de um vírus no material genético de uma planta, gerando um vegetal transgênico.

Para que o processo possa ser patenteado, ele não pode ser um processo natural. Isso porque o nosso sistema não reconhece como invenção nem a mera descoberta (art. 10, I, Lei nº 9.279/96), nem “os processos biológicos naturais” (art. 10, IX, Lei nº 9.279/96). De fato, não faria sentido conceder a alguém uma proteção de 20 anos<sup>30</sup> sobre um processo baseado em fenômenos que ocorrem espontaneamente na natureza, como os mecanismos biológicos de reprodução e multiplicação.

Para as empresas transnacionais de biotecnologia, o efeito prático de uma patente de processo encontra-se no art. 42, II da LPI, que assim dispõe:

Art. 42. A patente confere ao seu titular o direito de impedir terceiro, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar com estes propósitos:

I - *omissis*;

II - processo ou produto obtido diretamente por processo patenteado.

---

<sup>29</sup> A patente de processo foi conceituada na subseção 1.2.1.1. Denis Barbosa assim a define: “Quando a tecnologia consiste na utilização de certos meios para alcançar um resultado técnico através da ação sobre a natureza, tem-se no caso uma patente de processo. Assim, o conjunto de ações humanas ou procedimentos mecânicos ou químicos necessários para se obter um resultado (aquecer, crescer um ácido, trazer o produto a zero absoluto) serão objeto desse tipo de patente”. (BARBOSA, 2010, vol II, p. 1271).

<sup>30</sup> No Brasil, as patentes de invenção são protegidas por 20 anos, contados da data de depósito (Lei nº 9.279/1996, art. 40, *caput*). Esse prazo poderá ser alargado, e frequentemente o é, nas patentes farmacêuticas e biotecnológicas, ocorrendo a hipótese do parágrafo único do mesmo artigo. Fonte: BRASIL. Poder Legislativo. **Lei nº 9.279, de 14 de maio 1996**. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9279.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm). Acesso em: 26 fev. 2020.

Patenteando-se o processo tecnológico pelo qual um gene é inserido no genoma de uma planta, é possível – na visão das obtentoras transnacionais - impedir que terceiros produzam, usem, coloquem à venda, vendam ou importem as sementes obtidas pelo processo patentado<sup>31</sup>.

Apesar dos acordos realizados pela Monsanto, várias associações de produtores rurais acabaram se opondo ao pagamento de royalties, por diferentes fundamentos. Dentre as ações judiciais ajuizadas, quis o destino que ganhasse destaque uma ação coletiva iniciada, em abril de 2009, por três sindicatos rurais do Rio Grande do Sul<sup>32</sup> contra a Monsanto do Brasil LTDA e a Monsanto Technology LCC<sup>33</sup> junto à 15ª Vara Cível do Foro Central de Porto Alegre<sup>34</sup>. Nela os autores pleiteavam o respeito às prerrogativas dos agricultores conferidas pela Lei nº 9.456/1997. Mas havia, na causa de pedir, questões envolvendo o conteúdo e a abrangência de patentes da Monsanto.

Em sua contestação<sup>35</sup>, a Monsanto apresenta vários argumentos importantes, ora pelo seu aspecto técnico-jurídico, ora por revelar sua visão própria sobre o mercado de sementes.

A Monsanto afirma que o objeto do processo não guarda relação com a lei de cultivares, mas sim com a “Lei de Patentes”. Afirma que seu direito está garantido por “um leque de patentes (...) que protegem a tecnologia RR na soja”<sup>36</sup>, assim como pelo art. 44 da LPI, que assegura ao titular “o direito de obter indenização pela exploração indevida de seu objeto”. Des-

---

<sup>31</sup> SOUZA, Marcos da Cunha e; WINTER, Luís Alexandre Carta; GOMES, Eduardo Biacchi. A propriedade intelectual e a dupla proteção dos vegetais transgênicos. **Revista de Direito Empresarial – RDEmp**, Belo Horizonte, ano 11, n. 2, p. 63-100, maio/ago. 2014.

<sup>32</sup> Sindicatos rurais de Passo Fundo, Sertão e Santiago.

<sup>33</sup> Sociedade empresária norte-americana.

<sup>34</sup> Processo nº 001/1.09.0271958

<sup>35</sup> MONSANTO DO BRASIL LTDA. Contestação de 04 de maio de 2009, p. 451-518. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Pleno). Recurso Especial nº 1.610.728 – RS. Recorrente: Sindicato Rural de Sertão e Outros. Recorrido: Monsanto Co e Outra. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data de julgamento: 09 out. de 2019. **DJe** 14/10/2019. RSTJ vol. 256 p. 457. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portaltp/Inicio>. Acesso em: 25 jan. 2020.

<sup>36</sup> *Idem*, p. 475.

te modo, o uso de “sementes salvas”, garantido pela LPC, “nunca” atinge os direitos do titular de uma patente e “não admite qualquer exceção”<sup>37</sup>. Neste sentido, há que ressaltar que as sementes negociadas regularmente são fruto de parcerias com outras instituições – como a EMBRAPA – responsáveis pelas variedades de soja (cultivares) que, por meio de licenças específicas, contém a tecnologia RR, patenteada pela Monsanto<sup>38</sup>.

O laudo pericial<sup>39</sup> foi realizado pelo Dr. Luiz Carlos Federizzi, engenheiro agrônomo e professor da UFRGS<sup>40</sup>. Uma parcela considerável do laudo tratou de fragilidades das cinco patentes da Monsanto que, àquela época, buscavam justificar a proteção da tecnologia RR. O perito aponta que algumas das patentes não guardam relação com a referida tecnologia. Mas há que se dar relevo aos aspectos que envolvem o foco do presente trabalho.

Aduz o perito que a concessão da patente PI 1100008-2 é adequada, dado que o invento envolve um processo de produção de planta geneticamente modificada, com a utilização de um vetor plasmídeo. Embora a questão seja complexa para o estudioso do Direito, não há como evitá-la. Afinal, este estudo envolve os efeitos de uma patente de processo sobre cultivares transgênicas. O vetor plasmídeo é uma:

molécula circular de DNA com duplicação autônoma, no qual um fragmento de DNA estranho pode ser inserido para a sua multiplicação em uma célula hospedeira ou para a integração em célula hospedeira ou para a integração no genoma<sup>41</sup>.

<sup>37</sup> MONSANTO DO BRASIL LTDA. Contestação de 04 de maio de 2009, p. 451-518. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Pleno). Recurso Especial nº 1.610.728 – RS. Recorrente: Sindicato Rural de Sertão e Outros. Recorrido: Monsanto Co e Outra. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data de julgamento: 09 out. de 2019. **DJe** 14/10/2019. RSTJ vol. 256 p. 475. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>. Acesso em: 25 jan. 2020.

<sup>38</sup> *Idem*, p. 481.

<sup>39</sup> FEDERIZZI, Luiz Carlos. **Parecer Técnico do Processo 001/1090106915-2**, p. 2232-2731. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Pleno). Recurso Especial 1.610.728 – RS. Recorrente: Sindicato Rural de Sertão e Outros. Recorrido: Monsanto Co e Outra. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. 09 de outubro de 2019, p. 40. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>. Acesso em: 25 jan. 2020.

<sup>40</sup> É importante referir que o perito é doutor em genética e melhoramento de plantas pela Universidade da Califórnia.

<sup>41</sup> *Idem*, p. 2240.

Percebe-se, pois, que o vetor age como uma ferramenta, em um processo de inserção de um fragmento de DNA<sup>42</sup> em uma célula alvo. *In casu*, “ele permite a introdução e integração do gene de resistência ao glifosato no genoma da soja”<sup>43</sup>. E assim, contrariando alguns dos argumentos da Monsanto, vê-se que a patente não é do gene, pois isso não seria possível no nosso ordenamento jurídico. A patente PI 1100008-2 é uma patente de processo. E indo um pouco além, o perito esclarece que o próprio vetor plasmídeo – a molécula circular de DNA usada - também não é objeto da patente. Pois,

o vetor por si mesmo não apresenta nenhuma utilidade, ele somente é útil no momento que é inserido de maneira estável em uma planta de modo que esta planta apresenta resistência/tolerância ao herbicida. Diz-se de maneira estável quando as características desejadas são passadas as progênies (filhas) pelos métodos tradicionais de reprodução da espécie<sup>44</sup>.

Essas questões são centrais<sup>45</sup> e não deveriam ter sido ignoradas pelo Superior Tribunal de Justiça.

Embora o magistrado tenha julgado procedente em parte o pedido<sup>46</sup>, pode-se dizer que concedeu todos os direitos expressos no art. 10, incisos I, II e IV da LPC, exonerando os sojicultores de *royalties*, taxa tecnológica ou indenização.

No entender do magistrado, as rés somente podem efetuar a cobrança de *royalties*, taxa tecnológica ou indenização “por ocasião do licenciamento da tecnologia Roundup Ready **para que terceiros desen-**

<sup>42</sup> O ácido desoxirribonucleico (ADN) é mais conhecido pela sua sigla em inglês, DNA. A Lei nº 11.105/2005 define-o como “material genético que contém informações determinantes dos caracteres hereditários transmissíveis à descendência” (art. 3º, II).

<sup>43</sup> BRASIL, *op. cit.*, p. 2245.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 2251.

<sup>45</sup> Sobre essa tecnologia e sua analogia com os sistemas informáticos, vide: MARQUES, J. P. Remédio. **Biologia(s) e Propriedade Intelectual**. Volume I. Coimbra: Almedina, 2007<sup>a</sup>, p. 148-152.

<sup>46</sup> BRASIL, *op. cit.*, p. 3367-3416.

**volvam cultivares de soja com a tecnologia (...)**, mas jamais sobre o produto vivo (soja)<sup>47</sup>, ou seja, “sobre a produção da soja transgênica”<sup>48</sup>. Em outras palavras, ele confirma que estes valores são devidos pelas empresas obtentoras e multiplicadoras, em favor da Monsanto. Mas não são devidos pelos agricultores.

Interposto recurso pela Monsanto, este foi acolhido pela Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Além de aspectos que fogem ao tema do presente trabalho, o TJ/RS admitiu os efeitos já descritos de uma patente de processo, sob o ponto de vista das transnacionais<sup>49</sup>.

As partes autoras interpuseram Recurso Especial<sup>50</sup> dando ênfase aos critérios da especialidade da LPI e LPC, além do critério cronológico, dado ser a LPC mais recente e mais clara sobre a temática. Tratou também da relação entre a vedação à dupla incidência e o modelo de 1978 da UPOV. Alegaram, ainda, que a interpretação dada às patentes de processo (art. 42, II da LPI) constitui uma violação transversal ao art. 18, III da LPI, que veda a patente de plantas.

O Recurso Especial nº 1.610.728/RS foi julgado em 9 de outubro de 2019. Em seu voto, a relatora - ministra Nancy Andrighi - fez uma longa abordagem sobre os limites da controvérsia, as linhas gerais da tutela jurídica da propriedade intelectual e os sistemas específicos envolvendo as cultivares e as invenções. A exposição, em tom didático, pouco difere daquilo que foi abordado até o momento. A exceção se dá quando a ministra afirma que:

[...] as recorridas ostentam a condição de titulares dos direitos decorrentes do **patenteamento de um processo específico de**

---

<sup>47</sup> *Op. cit.*, Sentença, p. 3391.

<sup>48</sup> *Idem*, p. 3413.

<sup>49</sup> *Idem*, p. 4462.

<sup>50</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Pleno). Recurso Especial nº 1.610.728 – RS. Recorrente: Sindicato Rural de Sertão e Outros. Recorrido: Monsanto Co e Outra. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data de julgamento: 09 out. de 2019. **DJe** 14/10/2019. RSTJ vol. 256 p. 457, p. 5.308. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/porta1p/Inicio> Acesso em: 25 jan. 2020.

**transgenia e do produto respectivo (relativo ao gene CP4 EPSPS)**, o qual, inserido em certas espécies vegetais, lhes confere resistência ao herbicida glifosato.

De se destacar que os royalties cujo pagamento os recorrentes pretendem ver afastados com o ajuizamento da presente ação referem-se ao uso reprodutivo de sementes que contém a tecnologia patenteada<sup>51</sup>. (grifo nosso)

Prosseguiu a relatora a referir que os privilégios do agricultor (art. 10 da Lei nº 9.456/1997):

[...] não têm correspondência no atual regime de proteção patentária instituído pela Lei 9.279/96.

É dizer, tais limitações, impostas ao direito do titular do Certificado de Proteção de Cultivar, por não estarem elencadas na LPI, não podem, automaticamente, ser aplicadas ao detentor de patentes, sob pena de restringir indevidamente os direitos que a lei lhe confere<sup>52</sup>.

Em seguida, a relatora mostra ter adotado um dos principais argumentos das empresas rés, ao asseverar que:

Patentes e proteção de cultivares, como visto, são diferentes espécies de direitos de propriedade intelectual, que objetivam proteger bens intangíveis distintos. Não há, por isso, incompatibilidade entre os estatutos legais que os disciplinam, tampouco prevalência de um sobre o outro, pois se trata de regimes jurídicos diversos e complementares, em cujos sistemas normativos inexistem proposições contraditórias a qualificar uma mesma conduta<sup>53</sup>.

<sup>51</sup> ANDRIGHI, Nancy. Voto no julgamento do RESP nº 1.610.728/RJ, p. 6255. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Pleno). Recurso Especial nº 1.610.728 – RS. Recorrente: Sindicato Rural de Sertão e Outros. Recorrido: Monsanto Co e Outra. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data de julgamento: 09 out. de 2019. **DJe** 14/10/2019. RSTJ vol. 256 p. 457 Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portaltp/Inicio Acesso em: 25 jan. 2020>.

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 6258.

<sup>53</sup> *Op. cit.*, p. 6259.

Em outras palavras:

[...] a proteção da propriedade intelectual na forma de cultivares (LPC) abrange o material de reprodução ou multiplicação vegetativa da planta inteira, enquanto o sistema da LPI protege, especificamente, o processo inventivo ou o material geneticamente modificado [...] <sup>54</sup>

Dentro desta visão da Monsanto e da ministra relatora, cada lei é aplicada separadamente, tendo em vista o objeto que cada uma abrange. O art. 10 da Lei de Cultivares é aplicável. Mas, como as sementes carregariam tecnologia transgênica patenteada, a LPI também se aplica, anulando, na prática, o efeito da LPC. Deste modo, a LPC seria despicienda para a solução da controvérsia, pois a temática se esgota no exame da patente e seus efeitos.

Segue-se, então, a discussão sobre se o material orgânico inserido nas sementes seria um microrganismo transgênico e, portanto, um produto patenteável. Este ponto, embora bastante relevante, escapa ao presente estudo e será abordado em futuro trabalho.

Prosseguindo em sua linha de raciocínio, a ministra cita o jurista Denis Barbosa para dizer que “a patente de processo protege o produto resultante do processo; e não há qualquer vedação de patentes de processo de plantas ou animais” <sup>55</sup>. Este é, de fato, um ponto incontroverso, mas cuja extensão depende do exame do princípio da exaustão.

A exaustão, ou esgotamento, é uma hipótese de limitação dos efeitos de uma patente. Diz respeito ao controle ou ingerência do titular da PI sobre os sucessivos negócios jurídicos ocorridos a partir, por exemplo, da primeira alienação do bem submetido ao direito de patente <sup>56</sup>. É, segundo Barbosa,

---

<sup>54</sup> *Op. cit.*, p. 6261.

<sup>55</sup> BARBOSA, Denis Borges, apud ANDRIGHI, Nancy, *op. cit.*, p. 6263.

<sup>56</sup> MARQUES, J. P. Remédio. **Biotecnologia(s) e Propriedade Intelectual**. Volume I. Coimbra: Almedina, 2007<sup>a</sup>, p. 1094, vol. I.

[...]a doutrina segundo a qual uma vez que o titular tenha auferido o benefício econômico da exclusividade (‘posto no comércio’), através, por exemplo, da venda do produto patenteado, cessam os direitos do titular da patente sobre ele<sup>57</sup>.

É o caso de uma fábrica de componentes patenteados de computador que vende seus produtos para uma montadora de computadores que, após realizar a montagem, com peças vindas de diferentes origens, comercializa o produto final (novo computador) sem ter que pagar nada a mais para a primeira fábrica. Assim, “na exaustão, o produtor já terá recebido a remuneração por ele mesmo determinada quando da colocação inicial no mercado, o que significa dizer que a exaustão não lhe pode causar nenhum prejuízo direto”<sup>58</sup>.

A exaustão, segundo Maristela Basso, está intimamente relacionada à doutrina do *first sale* (primeira venda). Uma vez realizada a primeira venda, salvo disposição em contrário, o titular não tem mais controle sobre as vendas posteriores<sup>59</sup>.

Naquilo que interessa à presente hipótese, a ministra relatora afastou o princípio da exaustão a ter em vista o disposto no art. 43 inciso VI da LPI. Lembrando que o art. 42 da LPI trata dos direitos dos titulares de patentes de produto e de processo, tem-se que estes direitos não se aplicam (art. 43):

VI - a terceiros que, no caso de patentes relacionadas com matéria viva, utilizem, ponham em circulação ou comercializem um produto patenteado que haja sido introduzido licitamente no comércio pelo detentor da patente ou por detentor de licença, **desde que o produto patenteado não seja utilizado para multiplicação ou propagação comercial da matéria viva em causa.** (grifo nosso)

<sup>57</sup> BARBOSA, Denis Borges. **Tratado da Propriedade Intelectual**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2020, tomo II, p. 1618.

<sup>58</sup> *Idem*, p. 1618, nota 1081.

<sup>59</sup> BASSO, Maristela. **Propriedade Intelectual e importação paralela**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2011, p.4.

A interpretação que a ministra relatora fez deste dispositivo foi a de que:

A toda evidência, a opção legislativa foi a de deixar claro que a exaustão, quando se cuida de patentes relacionadas à matéria viva, atinge apenas a circulação daqueles produtos que possam ser enquadrados na categoria de matéria viva não reprodutível, circunstância que não coincide com o objeto da pretensão dos recorrentes<sup>60</sup>.

Esta interpretação, entretanto, não parece guardar coincidência com o dispositivo mencionado.

A patente da Monsanto não se relaciona a uma matéria viva. Conforme assevera Rodrigues, de maneira contundente:

[...] a construção gênica e o vetor não constituem uma matéria viva, matéria tratada pelo Art. 43 e inciso VI da LPI, **e, tampouco, elas são utilizadas para variar ou propagar outros produtos**, como disciplina o Art. 43 e inciso V da LPI.

Também corrobora para que não sejam aplicados esses incisos do Art. 43, o fato de que as plantas, as células vegetais, os tecidos vegetais e as partes reprodutivas e multiplicativas da planta não serem matérias patenteáveis pelo Art. 18(III) da LPI ainda que sejam geneticamente modificadas e oriundas de processos de produção patenteáveis.<sup>61</sup>

---

<sup>60</sup> ANDRIGHI, Nancy. Voto no julgamento do RESP nº 1.610.728/RJ, p. 6265. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Pleno). Recurso Especial nº 1.610.728 – RS. Recorrente: Sindicato Rural de Sertão e Outros. Recorrido: Monsanto Co e Outra. Relatora: Ministra Nancy Andrigli. Data de julgamento: 09 out. de 2019. **DJe** 14/10/2019. RSTJ vol. 256 p. 457 Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/porta/p/Inicio> Acesso em: 25 jan. 2020.

<sup>61</sup> RODRIGUES, Roberta Lopes. **A Propriedade Intelectual nos OGMs- um estudo de caso da soja geneticamente modificada para tolerância ao herbicida à base de glifosato**. Orientadores: Alexandre Guimarães Vasconcelos e Celso Luiz Salgueiro Lage. Rio de Janeiro: UFRJ/CCS/P BV. Tese (Doutorado em Ciências - Biotecnologia Vegetal), p. 183-184. Grifo nosso.

De fato, seja qual for a ideia que o conteúdo do julgado faça do objeto patenteado pela Monsanto (o vetor plasmídeo, o gene em si, a sequência de DNA, etc.) é certo que, uma vez inserido pelo processo biotecnológico, ele não é o responsável pela propagação das gerações seguintes da planta. Estas irão se propagar pelo processo agrícola de plantio.

Ou seja, o que o art. 43, VI da LPI afirma é que haverá exaustão, “desde que o **produto patenteado** não seja utilizado para multiplicação ou propagação comercial **da matéria viva em causa**” (grifo nosso). Ora, mesmo que o produto patenteado pudesse ser o gene que torna a planta resistente ao glifosato – o que não se admite no nosso Direito – ele não tem como ser utilizado **para** multiplicação ou propagação. Ele não tem essa função na planta. Sua função é tornar a planta resistente ao glifosato. Nessa linha, cumpre lembrar que a própria ministra e a Monsanto sustentam a tese de que a LPI e a LPC protegem bens diversos. A relatora do recurso, repita-se, sustenta que:

[...] a proteção da propriedade intelectual na forma de cultivares (LPC) abrange o material de reprodução ou multiplicação vegetativa da planta inteira, enquanto o sistema da LPI protege, especificamente, o processo inventivo ou o material geneticamente modificado [...]<sup>62</sup>

Ademais, a patente é, no inciso em comento do art. 43, necessariamente de um “produto” apenas, e não de um processo. Isto está expresso. O produto patenteado em questão seria, a teor do art. 18, III da LPI, muito provavelmente, um microrganismo geneticamente modificado necessário à reprodução de uma matéria viva qualquer. *In casu*, não se identifica nesse processo que microrganismo é esse. Deste modo, o objeto da exceção do art. 43, VI não tem relação com as situações em causa.

A multiplicação ou propagação comercial que a LPI deseja inibir está dentro do espírito daquilo que a Lei de Proteção de Cultivares também proíbe. Ou seja, um agricultor que adquiere sementes de uma licenciada

<sup>62</sup> Recurso Especial nº 1.610.728 – RS, *op. cit.*, p. 6261.

da Monsanto não pode cultivar estas sementes com intuito de vender a produção para outros agricultores tornando-se, assim, um concorrente da licenciada e da própria Monsanto. Mas ele pode, nos termos do art. 10 da LPC, vender sua produção como matéria-prima para a indústria, dentre outras coisas.

Ainda que os objetos protegidos sejam diferentes, vê-se aqui uma perfeita interação entre o sistema da LPC e da LPI. E o próprio exemplo citado pela ministra relatora, dito como “esclarecedor”, confirma esta interpretação:

Quem compra a espiga de milho, protegida por processo de reprodução, pode comer, vender, fazer pipoca ou enfeite de sala de jantar. Pode até mesmo plantar o milho num potinho na varanda. Mas não pode tornar-se competidor do titular da patente, reproduzindo milho para fins comerciais<sup>63</sup>.

A relatora conclui o tema da exaustão afirmando que os privilégios dos agricultores, no sentido de reservar parte da colheita para replantio (LPC, art. 10, I) ou para troca e doação, sendo pequeno produtor rural (LPC, art. 10, IV), “equivale a esvaziar o conteúdo normativo do dispositivo em questão [art. 43, VI da LPI], tornando-o letra morta, o que se revela inadmissível do ponto de vista técnico-jurídico”<sup>64</sup>.

Dentre os ministros que participaram do julgamento, houve manifestação escrita apenas do ministro Marco Buzzi, que acompanhou a relatora<sup>65</sup>. Como resultado, o recurso especial foi unanimemente rejeitado.

Para os efeitos do art. 947 do CPC (assunção de competência), foi firmada a seguinte tese pelo STJ:

---

<sup>63</sup> BARBOSA, 2017, p. 611 apud ANDRIGHI, 2019, p. 6265.

<sup>64</sup> ANDRIGHI, *op. cit.*, p. 6267.

<sup>65</sup> BUZZI, Marco. Voto-vista, p. 6273. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Pleno). Recurso Especial nº 1.610.728 – RS. Recorrente: Sindicato Rural de Sertão e Outros. Recorrido: Monsanto Co e Outra. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data de julgamento: 09 out. de 2019. **DJe** 14/10/2019. RSTJ vol. 256 p. 457 Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>. Acesso em: 25 jan. 2020.

as limitações ao direito de propriedade intelectual constantes do art. 10 da Lei 9.456/97 – aplicáveis tão somente aos titulares de Certificados de Proteção de Cultivares – não são oponíveis aos detentores de patentes de produto e/ou processo **relacionados à transgenia cuja tecnologia esteja presente no material reprodutivo** de variedades vegetais<sup>66</sup>. (grifo nosso)

Dado o histórico do julgado, não restou claro o que se entende por “transgenia cuja tecnologia esteja presente no material reprodutivo”. Se levarmos em conta o parecer técnico do perito do juízo, o INPI não concedeu uma patente do gene cp4-epsps. Até porque, como se demonstrou, ele foi descoberto pela Monsanto na década de 1980<sup>67</sup>, não podendo ser objeto de patente requerida nos Estados Unidos e no Brasil vários anos depois. O que ele concedeu foi uma patente de processo para a inserção do gene através de um vetor plasmídeo.

## 4 REEXAMINANDO AS PATENTES DE PROCESSO

Embora na seção anterior tenha-se apontado algumas discordâncias pontuais no que toca às conclusões do julgado do STJ, algumas questões precisam ser melhor exploradas. Deste modo, não será exagero algum iniciar o tema apresentando um conceito a mais de patente de processo. Segundo Gama Cerqueira:

Compreendem-se nessa classe tanto os processos químicos como os mecânicos. Podem consistir num ato ou operação, ou numa série de atos ou operações, praticados em determinada ordem, em certo ambiente, durante certo tempo, etc.

O que caracteriza esta classe de invenções é que elas têm por objeto um meio para se obter um produto ou um resultado industrial<sup>68</sup>.

<sup>66</sup> Recurso Especial nº 1.610.728 – RS, *op. cit.*, p. 6234.

<sup>67</sup> CHARLES, Daniel. **Lords of the Harvest: Biotech, big money and the future of food**. Cambridge : Basic Books, 2002, p. 77-104.

<sup>68</sup> CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da Propriedade Industrial**, volume II, tomo I, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 45.

Uma conclusão possível é a de que, embora a Monsanto tenha saído vitoriosa no RESP nº 1.610.728/RS, a assunção de competência, a ter por base apenas a tese firmada para efeito do art. 947 do CPC, não tem qualquer efeito prático. A semente transgênica RR tem em seu material reprodutivo o gene cp4-epsps que, pela lei brasileira, não pode ser o objeto de qualquer patente<sup>69</sup>. Viu-se que o objeto da patente PI 1100008-2 é o processo utilizado para o transporte e não o material genético transportado. Ora, se a tese do STJ diz que “não são oponíveis aos detentores de patentes de produto e/ou processo relacionados à **transgenia cuja tecnologia esteja presente no material reprodutivo** de variedades vegetais”, a princípio, a transgenia, no caso concreto, ficou do lado de fora da coisa julgada. Nesse ponto, reitera-se que o perito afirmou que “o vetor por si mesmo não apresenta nenhuma utilidade”<sup>70</sup> depois que é usado para a sua breve função. Ele somente é útil no momento da inserção do gene desejado na célula alvo.

A Monsanto, em mais de uma oportunidade, afirmou que a LPC é irrelevante para o exame da questão<sup>71</sup>. Até porque, eventualmente, pode-se ter situações em que a Monsanto não tenha qualquer participação no registro da cultivar. Pode ser que a cultivar pertença apenas à obtentora indiana, ou argentina, ou brasileira que, mediante licença, inseriu a tecnologia transgênica em uma variedade vegetal convencional. A empresa também não questiona que os privilégios dos agricultores, expressos no art. 10 da LPC, estão de acordo com as brechas deixadas pela dita Convenção. Para esta e outras empresas, sequer existe uma sobreposição. A controvérsia, segundo elas, resume-se no fato de que elas são detentoras

<sup>69</sup> Como já demonstrado. Vide, ainda: ÁVILA, Charlene de. A antinomia jurídica da intercessão entre patentes e cultivares. In: BARBOSA, Denis Borges; WACHOWICZ, Marcos. **Propriedade Intelectual: desenvolvimento na agricultura**. Curitiba: GEDAI/UFPR, 2016, p. 169.

<sup>70</sup> *Idem*, p. 2251.

<sup>71</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Processo C428/08. **A tradução para o português é do próprio tribunal**. Disponível em: [https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j\\_6/pt/](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/pt/). Acesso em: 10 dez. 2020. Assim relatou o advogado geral, perante o TJUE: “A Monsanto declara que não tem nenhuma pretensão relativamente à farinha, afirmando que, se o ADN patenteado não estivesse contido na farinha, não teria tido nenhum fundamento para demandar as sociedades importadoras”.

de uma patente de processo ou de produto e desejam que os direitos daí decorrentes sejam aplicados.

Quanto à patente de processo, é verossímil a versão de que estas empresas usam procedimentos biotecnológicos modernos, patenteados, para inserir genes extraídos de uma espécie qualquer em células de plantas, produzindo Organismos Geneticamente Modificados (OGM)<sup>72</sup>.

Sobre este aspecto, o art. 28(1) do TRIPs, que o STJ se preocupa em não ver violado<sup>73</sup>, aduz o seguinte (grifo nosso):

1. Uma patente conferirá a seu titular os seguintes direitos exclusivos:

b) quando o objeto da patente for um processo, o de evitar que terceiros sem seu consentimento usem o processo, usem, coloquem a venda, vendam, ou importem com esses propósitos pelo menos o produto obtido **diretamente** por aquele processo<sup>74</sup>.

Imagine-se um copo de plástico descartável, dos mais ordinários. Ele compõe o estado da técnica há mais de vinte anos e, como invenção, já caiu em domínio público. Pode surgir, entretanto, um novo processo para a fabricação deste copo, capaz de economizar energia e matéria-prima. Este processo poderá ser patenteadado. Caso alguém, sem a autorização do titular da patente, copie o processo de fabricação (a invenção) e inicie a fabricação em massa daqueles copos de plástico ordinários, vislumbrar-se-á uma contrafação em duas esferas. Haverá a violação pelo uso do processo patenteadado e também pela venda dos copos que foram fabricados pelo processo patenteadado. Assim, se tais copos, fabricados no Brasil,

<sup>72</sup> LEHFELD, Lucas de Souza. A evolução da biotecnologia no campo e a atuação da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança: CTNBio na tutela da Biodiversidade. In: PLAZA, Charlene Maria Coradini de Ávila et al. (Coord.). **Propriedade intelectual na agricultura**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.176.

<sup>73</sup> Recurso Especial nº 1.610.728 – RS, *op. cit.*, p. 6268.

<sup>74</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio** - Acordo TRIPs. Disponível em: <https://www.gov.br/inpi/pt-br/backup/legislacao-1/27-trips-portugues1.pdf> Acesso em: 08 jun. 2020.

chegarem à Europa, estes carregamentos poderão ser retidos nos portos de entrada, por violação à patente de processo. Mesmo sendo copos absolutamente banais.

Sobre a temática, assim dispõe o art. 42 da Lei 9.279/96 (grifo nosso):

Art. 42. A patente confere ao seu titular o direito de impedir terceiro, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar com estes propósitos:

I - produto objeto de patente;

II - processo ou produto obtido **diretamente** por processo patenteado.

§ 1º *Omissis*.

§ 2º Ocorrerá violação de direito da patente de processo, a que se refere o inciso II, quando o possuidor ou proprietário não comprovar, mediante determinação judicial específica, que o seu produto foi obtido por processo de fabricação diverso daquele protegido pela patente.

Rapidamente se nota a semelhança entre o art. 42, II da LPI e o respectivo art. 28(1) “b” do Acordo TRIPs.

A justiça dos Países Baixos, em um processo envolvendo a importação de farinha de soja argentina, abordou a questão dos efeitos da patente de processo da Monsanto, a concluir que<sup>75</sup>:

Aceitando que a planta de soja e a soja foram obtidas diretamente pelo método, o tribunal concluiu que as etapas subsequentes de trituração, separação e tratamento eram ‘muito drásticas para ainda assumir uma relação direta entre os métodos e o farelo de soja’. A farinha de soja não constitui, portanto, um produto obtido diretamente pelo método patenteado<sup>76</sup>.

<sup>75</sup> CORTE DE JUSTIÇA DE HAIA. **Monsanto v Cefetra B.V., Cefetra Feed Service B.V., Cefetra Futures B.V e Alfred C. Toepfer International GmbH, nº 249983/HA ZA 05-2885 e 270268/HA ZA 06-2576**.

<sup>76</sup> A decisão foi dada no idioma holandês. Assim, para este trecho, tomou-se por base as versões em inglês encontradas em dois diferentes doutrinadores: KOCK, *Op. cit.*, p. 497; CARPENTER, *Op. cit.*, p. 1191.

O raciocínio da justiça neerlandesa bem se adequa à interpretação dos efeitos de uma patente de processo, tanto à luz do Acordo TRIPs, quanto à luz da nossa LPI. Em princípio, as normas não têm palavras inúteis. Assim, o art. 28(1) “b” do Acordo TRIPs poderia cumprir seu papel se fizesse referência ao “produto obtido por aquele processo”. Mas o legislador fez questão de incluir a palavra “diretamente” (“produto obtido **diretamente** por aquele processo”). Não parece ser sensato acreditar que esta palavra seja despicienda para a interpretação do texto do Acordo. Ao contrário, ela é bastante eloquente, especialmente no campo da biotecnologia e das sementes transgênicas em particular.

Voltando ao exemplo inicial, o que o art. 28(1) “b” pretende impedir é o uso do processo patenteado por terceiros, e não o copo em si. O copo será retido no porto pela sua origem, e não por aquilo que ele é, pelas suas características intrínsecas.

Ora, o agricultor que colhe a sua safra de soja, não está obtendo aqueles grãos diretamente do processo patenteado. Os grãos nasceram de uma planta cultivada pelo agricultor, que veio de uma semente que foi reproduzida, por métodos naturais, pela empresa que multiplica as sementes criadas pelo obtentor. Não há mais, nessa fase, um processo de biobalística, ou de vetor plasmídeo, para introdução do gene que dará a resistência a um herbicida, por exemplo. O processo patenteado deu-se gerações atrás. O agricultor não compra as sementes junto ao obtentor, mas sim de empresas licenciadas que multiplicam as sementes iniciais<sup>77</sup>. E principalmente, o agricultor não está usando o processo patenteado, aquele que o regime de patentes pretende proteger. O processo patenteado foi usado apenas pelo titular da patente, ou por alguém por ele autorizado, quando da criação da cultivar transgênica. Não há que se falar, portanto, em um uso do processo patenteado pelo agricultor. Em outras palavras, os grãos adquiridos, assim como os colhidos pelo agricultor são oriundos de um processo biológico natural de eclosão da semente e crescimento da planta.

---

<sup>77</sup> Ainda que estas multiplicadoras pertençam ao mesmo grupo econômico da obtentora.

Resumindo, a função da patente de processo é impedir que alguém, sem autorização, use o processo patenteado. Não há notícia de que os agricultores brasileiros possuam laboratórios onde, mediante o uso de vetores plasmídeos, eles estejam inserindo o gene cp4-epsps em suas sementes. Logo, eles não estão violando a patente de processo cada vez que vendem as suas colheitas.

A lei de patentes britânica - Patents Act 1977 – tem uma regra semelhante ao art. 28(1) “b” do TRIPs, ao determinar que:

Seção 60 - Sujeito às disposições desta seção, uma pessoa infringe a patente de uma invenção se, mas somente se, enquanto a patente estiver em vigor, ele fizer qualquer uma das seguintes coisas no Reino Unido em relação à invenção sem o consentimento do titular da patente, ou seja

(...)

(c) quando a invenção for um processo, ele aliena, se oferece para alienar, usa ou importa qualquer produto obtido **diretamente por meio desse processo**, ou guarda o produto para descarte ou outra finalidade<sup>78</sup>.

O Juiz Pumfrey, em processo julgado pela England and Wales High Court, envolvendo farelo de soja argentina, viu-se compelido a interpretar esse dispositivo. Ele assim ponderou (grifo nosso):

A transformação desta planta ocorreu há muitas gerações. Desde então, a soja tem sido cultivada por multiplicadores ou retida por fazendeiros para o plantio; as plantas foram cultivadas e os novos grãos colhidos; e depois de algumas gerações, os grãos colhidos foram processados para a ração da carga do [navio] Podhale. Eu aceito que todas as plantas de soja Round Up Ready na Argentina são descendentes diretos desta planta original, e posso ver como se pode dizer que esta enorme montanha de farelo de soja (5000 toneladas apenas no Podhale) pode ser descrita como o último pro-

<sup>78</sup> REINO UNIDO. Patents Act 1977. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1977/37/section/60/2003-04-01?view=plain>. Acesso em: 12 jan. 2021.

duto da transformação original da planta-mãe. **Mas não consigo ver que possa ser adequadamente descrito como o produto direto dessa transformação, uma frase que reservaria para a planta transformada original.** Este aspecto da reivindicação deve fracassar<sup>79</sup>.

Por fim, a patente de processo foi concebida para processos mecânicos e químicos, assim como modos de fazer, de modo a proteger o processo em si. Visa impedir que um processo mais eficiente do que outros seja copiado, privando seu inventor da vantagem competitiva gerada por essa criação. Porém, da forma como as transnacionais pretendem vê-lo utilizado, o foco não é impedir a cópia, por terceiros, do processo patenteado. O que se busca é, por vias transversas, usar a patente de processo para proteger o gene contido na semente, o que não está de acordo com a natureza deste instituto. Quer-se vedar a livre comercialização de um produto nascido de um processo biológico natural. Ora, o produto, *in casu*, é uma cultivar e é a lei de cultivares que deve disciplinar seu uso e sua comercialização.

Em obra coletiva produzida pelo instituto Max Planck, dá-se ênfase à palavra “diretamente” (*directly*) para concluir que “a proteção integral só tem relevância se for comprovado que o produto foi fabricado por meio do procedimento de patente”<sup>80</sup>. Ora, demonstrado está que a semente colhida pelos agricultores brasileiros não guarda relação direta com o procedimento biotecnológico que gerou a transgenia. Portanto, aqui não há violação ao Acordo TRIPs, quando da aplicação dos privilégios concedidos aos agricultores pela LPC.

---

<sup>79</sup> ENGLAND AND WALES HIGH COURT. **Monsanto Technology LLC v Cargill International SA & Anor [2007] EWHC 2257 (Pat) (10 October 2007)**, parágrafo 37, grifo nosso. Disponível em: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Patents/2007/2257.html>. Consultado em: 20 ago. 2019.

<sup>80</sup> STOLL, Peter-Tobias; BUSCHE, Jan; AREND, Katrin. **WTO – Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p. 517.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A decisão do STJ no julgamento do RESP Nº 1.610.728/RS oferece muitas reflexões importantes. No campo das patentes de processo aponta uma necessidade de analisarmos este tema de maneira mais sistêmica e com apoio na doutrina e nos julgados estrangeiros.

Por ser um tema pouco debatido no Brasil, é necessário examinar suas origens no Acordo TRIPs e no direito estrangeiro que, como se viu, tem grandes semelhanças com o texto da norma brasileira. Assim, pode ser que o legislador brasileiro não saiba porque a palavra “diretamente” foi incorporada ao Direito brasileiro. Mas ela certamente não está ali sem uma função, e os julgados europeus confirmam essa impressão.

Realmente, cada palavra importa. Quando o inciso V do art. 43 da LPI menciona o termo “produto patenteado”, o termo produto tem um significado técnico preciso e não pode ser usado para se referir à patente de processo ou a um produto que não foi patenteado, como um gene.

Os poucos dispositivos que tratam sobre o tema não podem ser analisados isoladamente. O fato da LPI e da LPC tratarem da proteção de objetos diversos não significa que elas não conversem entre si. O legislador pretendeu impedir que as cultivares fossem também protegidas pelo sistema de patentes e, ao se examinar a lei atentamente, percebe-se que ele inseriu, nos dois textos, disposições neste sentido.

Por fim, patentes de processo relacionadas à biotecnologia devem ser examinadas não apenas à luz do Direito, mas também à luz das ciências biológicas. Deste modo, aprende-se que um microrganismo é um organismo vivo microscópico e não uma molécula ou um gene. As provas periciais não podem ser vistas como mera formalidade. As partes e os magistrados de primeiro grau devem ser cuidadosos na sua produção e suas conclusões devem ser refutadas ou aceitas, mas nunca ignoradas, como se viu no presente caso. É muito curioso que processos dessa complexidade possam ser decididos referindo-se apenas a legislação e doutrinadores da área do Direito.

## REFERÊNCIAS

ANDRIGHI, Nancy. **Voto no julgamento do RESP nº 1.610.728/RJ**, p. 6255. *In*: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS PRODUTORES DE ALGODÃO – ABRAPA. **Estudo dos impactos da operação de aquisição da Monsanto pela Bayer sobre os produtores de algodão do Brasil**, evento 445391, p. 29-30. *In*: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). Processo administrativo nº 08700.000270/2018-72. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfpBcXQO-FGP0zGtyuYGxbUAJvLUI4tTGQIkw7TqsExiRVMS](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfpBcXQO-FGP0zGtyuYGxbUAJvLUI4tTGQIkw7TqsExiRVMS). Acesso em: 11 nov. 2020.

ÁVILA, Charlene de. Apontamentos sobre a cobrança de royalties da soja RRI e outras questões emblemáticas em propriedade intelectual. **PIDCC**, Aracaju, Ano III, Edição nº 07/2014, p.14 a 49, Out/2014.

ÁVILA, Charlene de. A antinomia jurídica da intercessão entre patentes e cultivares. *In*: BARBOSA, Denis Borges; WACHOWICZ, Marcos. **Propriedade Intelectual: desenvolvimento na agricultura**. Curitiba: GEDAI/UFPR, 2016

BARBOSA, Denis Borges. Trips e a experiência brasileira. *In*: VARELLA, Marcelo Dias (Org.). **Propriedade Intelectual e Desenvolvimento**. São Paulo: Lex Editora, 2005.

BARBOSA, Denis Borges. **A pretensa e a verdadeira crise na proteção de cultivares**. (2012). Disponível em: [http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/crise\\_protecao\\_cultivares.pdf](http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/crise_protecao_cultivares.pdf). Acesso em: 22 ago. 2020.

BARBOSA, Denis Borges. O objeto e dos limites ao direito sobre cultivares – doutrina e precedentes correntes. *In*: BARBOSA, Denis Borges; WACHOWICZ, Marcos. **Propriedade Intelectual: desenvolvimento na agricultura**. Curitiba: GEDAI Publicações/UFPR, 2016.

BARBOSA, Denis Borges. **Tratado da Propriedade Intelectual**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014, tomo IV.

BARBOSA, Denis Borges. **Tratado da Propriedade Intelectual**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2020, tomo II.

BARBOSA, Denis Borges; WACHOWICZ, Marcos (org). **Propriedade intelectual: desenvolvimento na agricultura**. Curitiba: GEDAI/UFPR, 2016.

BARBOSA, Denis Borges. **Propriedade Intelectual: A aplicação do Acordo TRIPs**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

BASSO, Maristela. **Propriedade Intelectual e importação paralela**. São Paulo: Editora Atlas S.A.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Pleno). Recurso Especial nº 1.610.728 – RS. Recorrente: Sindicato Rural de Sertão e Outros. Recorrido: Monsanto Co e Outra. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data de julgamento: 09 out. de 2019. **DJe** 14/10/2019. RSTJ vol. 256, p. 457. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>. Acesso em: 25 jan. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 1.355/94**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/anexo/and1355-94.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and1355-94.pdf). Acesso em: 15 dez. 2021.

BRASIL. Poder Legislativo. **Lei nº 9.279**, de 14 de maio 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19279.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19279.htm). Acesso em: 10 fev. 2022.

BRASIL. Poder Legislativo. **Lei nº 9.456, de 25 de abril de 1997**. Institui a Lei de Proteção de Cultivares e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9456.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.456%2C%20DE%2025%20DE%20ABRIL%20DE%201997.&text=Institui%20a%20Lei%20de%20Prote%C3%A7%C3%A3o%20de%20Cultivares%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs%20de%20Art.,com%20o%20estabelecido%20nesta%20Lei](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9456.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.456%2C%20DE%2025%20DE%20ABRIL%20DE%201997.&text=Institui%20a%20Lei%20de%20Prote%C3%A7%C3%A3o%20de%20Cultivares%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs%20de%20Art.,com%20o%20estabelecido%20nesta%20Lei). Acesso em: 14 fev. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Pleno). **Recurso Especial nº 1.610.728 – RS**. Recorrente: Sindicato Rural de Sertão e Outros. Recorrido: Monsanto Co e Outra. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data de julgamento: 09 out. de 2019. **DJe** 14/10/2019. RSTJ, vol. 256, p. 457. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio> Acesso em: 25 jan. 2022.

BUZZI, Marco. **Voto-vista**, p. 6273. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Pleno). Recurso Especial nº 1.610.728 – RS. Recorrente: Sindicato Rural de Sertão e Outros. Recorrido: Monsanto Co e Outra. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data de julgamento: 09 out. de 2019. **DJe** 14/10/2019. RSTJ, vol. 256 p. 457 Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>. Acesso em: 25 jan. 2020.

CARPENTER, Craig C.. **Seeds of Doubt: The European Court of Justice's Decision in Monsanto v. Cefetra and the Effect on European Biotechnology Patent Law**. The International Lawyer, Vol. 44, No. 4 (WINTER 2010). Disponível em : <http://www.jstor.org/stable/41806618>. Acesso em: 04 dez. 2020.

CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da Propriedade Industrial**, volume II, tomo I, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010

CHARLES, Daniel. **Lords of the Harvest: Biotech, big money and the future of food**. Cambridge : Basic Books, 2002.

CORTE DE JUSTIÇA DE HAIA. **Monsanto v Cefetra B.V., Cefetra Feed Service B.V., Cefetra Futures B.V. e Alfred C. Toepfer International GmbH**, nº 249983/HA ZA 05-2885 e 270268/HA ZA 06-2576.

DUKE, Stephen O. **The history and current status of glyphosate**, p. 4. Lincoln : University of Nebraska, 2017. Disponível em: <https://digitalcommons.unl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2784&context=usdaarsfacpub>. Acesso em: 25 abr. 2020.

ENGLAND AND WALES HIGH COURT. **Monsanto Technology LLC v Cargill International SA & Anor [2007] EWHC 2257 (Pat) (10 October 2007)**. Disponível em: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Patents/2007/2257.html>. Acesso em: 20 ago. 2019.

FEDERIZZI, Luiz Carlos. **Parecer Técnico do Processo 001/1090106915-2**, p. 2232-2731. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Pleno). Recurso Especial 1.610.728 – RS. Recorrente: Sindicato Rural de Sertão e Outros.

GUERRANTE, Rafaela Di Sabato. **Comportamento Estratégico das Grandes Empresas do Mercado de Sementes Geneticamente Modificadas**. Impulso, Piracicaba, 15(36): 59-76, 2004. Disponível em: <https://docplayer.com.br/5515379-Comportamento-estrategico-das-grandes-empresas-do-mercado-de-sementes-geneticamente-modificadas.html>. Acesso em: 04 jan. 2020.

KOCK, Michael A., Purpose-bound protection for DNA sequences: in through the back door? **Journal of Intellectual Property Law & Practice**, 2010, Vol. 5, No. 7 p. 495-513.

LEHFELD, Lucas de Souza. A evolução da biotecnologia no campo e a atuação da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança: CTNBio na tutela da Biodiversidade. In: PLAZA, Charlene Maria Coradini de Ávila et al. (Coord.). **Propriedade intelectual na agricultura**. Belo Horizonte: Fórum, 2012,

MARQUES, J. P. Remédio. **Biotecnologia(s) e Propriedade Intelectual**. Volume I. Coimbra: Almedina, 2007<sup>a</sup>.

MONQUERO, Patrícia Andréa. Plantas transgênicas resistentes aos herbicidas: situação e perspectivas. **Bragantia**, Campinas, v.64, n.4, p.517-531, 2005, p. 519. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/brag/v64n4/a02v64n4.pdf>. Acesso em: 25 out. 2020.

MORI, Letícia. BBC. **Glifosato: mitos e verdades sobre um dos agrotóxicos mais usados do mundo**. Publicado em: 23 fev. 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-47320332>. Acesso em: 26 jan. 2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Acordo TRIPS**. Disponível em: [https://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/27-trips\\_04c\\_e.htm#5](https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips_04c_e.htm#5). Acesso em: 13 out. 2020.

REINO UNIDO. **Patents Act 1977**. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1977/37/section/60/2003-04-01?view=plain>. Acesso em: 12 jan. 2021.

RODRIGUES, Roberta Lopes. **A Propriedade Intelectual nos OGMs- um estudo de caso da soja geneticamente modificada para tolerância ao herbicida à base de glifosato**. Orientadores: Alexandre Guimarães Vasconcelos e Celso Luiz Salgueiro Lage. Rio de Janeiro: UFRJ/CCS/P BV. Tese (Doutorado em Ciências - Biotecnologia Vegetal)

ROWE, Elizabeth A., Patents, Genetically Modified Foods, and IP Overreaching. **Southwestern Law Journal**, v. 64, 2011.

SRINIVAS, Krishna Ravi. Intellectual property rights and bio commons: open source and beyond. **International Social Science Journal (ISSJ)**- Vol. 58 No. 188, 2006, p. 320

SOUZA, Marcos da Cunha e. **A refutação da dupla incidência de direitos da propriedade intelectual sobre cultivares transgênicas frente ao compromisso brasileiro com o Acordo TRIPS**. Tese de doutorado defendida em fevereiro de 2021. Curitiba: PUC/PR, 2021.

SOUZA, Marcos da Cunha e. A evolução do sistema de patentes sob a ótica da eficiência. **Ius Gentium**, v. 8, p.177 - 203, 2014. Disponível em: <https://www.uninter.com/iusgentium/index.php/iusgentium/article/view/112/pdf>. Acesso em: 10 out. 2019.

SOUZA, Marcos da Cunha e; WINTER, Luís Alexandre Carta; GOMES, Eduardo Biacchi. A propriedade intelectual e a dupla proteção dos vegetais transgênicos. **Revista de Direito Empresarial – RDEmp**. Belo Horizonte, ano 11, n. 2, p. 63-100, maio/ago. 2014.

STOLL, Peter-Tobias ; BUSCHE, Jan ; AREND, Katrin. **WTO – Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Processo C 428/08**. Disponível em: [https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j\\_6/pt/](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/pt/). Acesso em: 10 dez. 2020.

**Recebido:** 16/02/2022

**Aprovado:** 12/06/2022

**RRDDIS**

# AUTORIA E TITULARIDADE DA PROPRIEDADE INTELECTUAL NA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: NOTÍCIAS PELO MUNDO<sup>1</sup>

## *Authorship and ownership of IP in AI: news around the world*

**Ryan Abbott<sup>2</sup>**

### RESUMO:

O texto relata na íntegra conferência ministrada no XV Congresso de Direito de Autor e Interesse Público. A fala abordou cenários globais contemporâneos na temática de autoria e titularidade em propriedade intelectual nos casos em que inteligências artificiais estão envolvidas.

**Palavras-chave:** Inteligência artificial; Propriedade intelectual; Autoria; Titularidade.

### ABSTRACT:

*The text reports in full a conference given at the XV Congress of Copyright and Public Interest. The speech addressed contemporary global scenarios on the subject of authorship and ownership of intellectual property in cases where artificial intelligences are involved.*

**Keywords:** Artificial intelligence; Copyright; Authorship; Ownership.

Para discutir exemplos notáveis a respeito de autoria e titularidade da propriedade intelectual na inteligência artificial, é oportuno relatar primeiramente o estudo de caso de uma situação envolvendo o conglomerado alemão Siemens, apresentado em 2019 na primeira Conferên-

---

<sup>1</sup> Transcrição, tradução e adaptação da conferência “**Authorship and ownership of IP in AI: news around the world**”, proferida pelo autor Ryan Abbott no XV Congresso de Direito de Autor e Interesse Público (CODAIP), em novembro de 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=CiKX5o5-6w0>. Acesso em: 20 jan. 2022.

<sup>2</sup> Ryan Abbott, MD, JD, MTOM, PhD, é Professor de Direito e Ciências da Saúde na Faculdade de Direito da Universidade de Surrey, e Professor Assistente Adjunto de Medicina na UCLA. Médico e advogado de patentes, a pesquisa de Abbott sobre direito e tecnologia ajudou a moldar o diálogo internacional sobre estes tópicos. Serviu como especialista para a Organização Mundial da Saúde, a Organização Mundial da Propriedade Intelectual, a Comissão Europeia e o Parlamento do Reino Unido. Abbott também liderou os primeiros pedidos de patente de invenções feitas de forma autônoma por uma IA. Em 2019, ele foi nomeado um dos 50 melhores profissionais em Propriedade Intelectual pela revista *Managing IP*. Site: <https://ryanabbott.com>.

cia sobre Inteligência Artificial e Propriedade Intelectual da Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI) – a *WIPO Conversation on Intellectual Property and Artificial Intelligence* (WIPO, 2019).

Nas imagens reproduzidas abaixo, é possível ver um componente verde – uma suspensão de carro –, e ao lado dele um componente de aparência metálica, que é um design de suspensão de carro que foi desenvolvido por uma IA (Inteligência Artificial).



*Fonte: SIEMENS, 2019.*

A Siemens decidiu que essa nova suspensão de carro feita pela IA tinha algum valor industrial e desejava registrar uma patente sobre ela. Mas descobriram que não podiam fazê-lo porque nenhuma das pessoas envolvidas no processo estava disposta a se declarar como inventores.

Em síntese, os envolvidos dispunham de uma IA que poderia ser usada para otimizar componentes industriais. Assim, forneceram informações que estavam publicamente disponíveis sobre suspensões de carros que buscavam – informações acessíveis e bem conhecidas –, e então a IA criou um design que obviamente era valioso, mas nenhuma das pessoas envolvidas fez nada de inventivo. Como resultado, a Siemens viu-se, em sua perspectiva, incapaz de solicitar uma patente porque não havia nenhum ser humano que pudesse ser listado no pedido como inventor.

Essa situação não é “ vaidade ” dos engenheiros alemães, apenas: nos Estados Unidos da América (EUA), é uma ofensa criminal listar-se incorreta e deliberadamente como um inventor de patentes. E, a menos que seja feito de boa-fé, também é motivo para uma patente ser considerada inválida ou inexecutável.

Trata-se de um problema comercial que se torna cada vez mais comum à medida que se avança de modo crescente de um paradigma no qual as pessoas costumavam fazer as coisas diretamente na pesquisa e desenvolvimento para um paradigma no qual as pessoas estão construindo máquinas cada vez mais sofisticadas para fazer coisas que seriam essencialmente feitas por humanos.

As imagens abaixo formam parte de um documento recente da Comissão de Segurança Nacional sobre Inteligência Artificial, um comitê que o Congresso convocou nos EUA em 2018, co-presidido por Eric Schmidt – CEO do Google por muitos anos –, e cujo relatório de 750 páginas foi publicado em 2021 (NATIONAL SECURITY COMMISSION ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE, 2021).



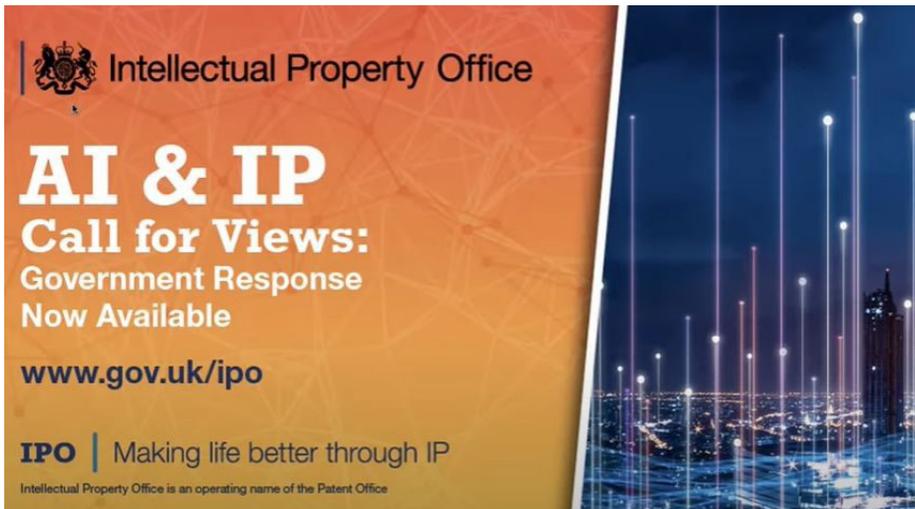


Fonte: NATIONAL SECURITY COMMISSION ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE, 2021.

Essencialmente, reportou-se que os EUA não estavam preparados para serem internacionalmente competitivos na nova “corrida armamentista” da IA – particularmente com a China –, e precisavam se mobilizar para gastar 32 bilhões de dólares por ano em financiamento de pesquisas sobre IA, equivalente ao que publicamente gastam, em média, com o financiamento de pesquisas biomédicas. Em suma, não se tratava apenas de uma questão de estratégia industrial, mas até mesmo de uma questão de segurança nacional.

Um componente central dessa estratégia é a política de propriedade intelectual (PI), incluindo minha predileção pessoal, a “Invenção por IA” (*“Inventorship by AI”*, na segunda imagem). A importância da inteligência artificial como uma estratégia industrial e como uma questão de segurança nacional não está sendo perdida em países como China e Estados Unidos, e também na Comissão Europeia e no Reino Unido. Há uma série de trabalhos colaborativos e esforços concorrentes para criar políticas neste campo, não apenas com um teor econômico, mas também como um teor legal, para garantir que sejam obtidos os melhores resultados sociais possíveis da IA e que os riscos sejam mitigados. E há um entendimento crescente de que uma parte fundamental desse esforço é a IA e a PI.

Assim, escritórios de patentes em todo o mundo começaram recentemente a desenvolver e lidar com políticas neste espaço. Em 2020, o Escritório de Propriedade Intelectual do Reino Unido (*UK Intellectual Property Office*) divulgou uma chamada de opiniões (imagem abaixo) sobre IA e PI e publicou seu relatório no início de 2021.



Fonte: GOV.UK, 2020.

O documento reportou que foram percebidas algumas maneiras pelas quais a IA desafiou as crenças dominantes sobre o sistema de PI de formas que poderiam demandar adaptações. Em razão disso, o Escritório lançou posteriormente uma consulta pública sobre a necessidade e as possíveis maneiras de mudar a lei.

É importante destacar que a questão não se trata apenas da IA criando coisas, mas também diz respeito a uma IA fazendo o tipo de coisa que seria uma violação se uma pessoa física o fizesse, ou que desafia os padrões relacionados ao comportamento humano. Por exemplo, em relação a marcas registradas, temos IAs como a Siri (Apple) ou a Alexa (Amazon) fazendo compras para nós. Que tipo de marcas registradas Alexa consideraria confusas? Como o uso de marcas registradas muda à medida que a IA se torna tanto consumidora quanto vendedora de bens

e serviços on-line? Ou o que acontece com programas como o Clearview, que usam bilhões de fotografias da web para treinar o reconhecimento facial: trata-se de algum tipo de violação se é usado para treinar uma IA?

Recentemente, diferentes jurisdições começaram a olhar para essas questões com mais seriedade. Algumas dessas são questões antigas, como “*um software pode ser patenteado?*” ou “*como proteger os dados?*”. Mas mesmo esses problemas mais antigos adquirem maior importância à medida em que as patentes de software se tornam mais valiosas, ao mesmo tempo em que a IA se torna mais valiosa e os dados se tornam mais valiosos. Isso porque hoje se pode fazer mais com a IA, e os dados são usados para treinar IA de maneiras que realmente não eram possíveis há alguns anos.

Assim, a OMPI – a agência da ONU essencialmente responsável por questões envolvendo PI –, vem promovendo uma série de reuniões com os setores interessados, não necessariamente para fornecer soluções normativas, mas para ajudar os países a explorar essas temáticas. Hipoteticamente, em algum momento, pode surgir um tratado multilateral sobre IA e PI, mas antes que isso aconteça é possível que seja desenvolvida uma inteligência artificial geral, porque esse é um processo lento. Então, por enquanto, esse movimento tem sido mais no sentido de envolver as partes interessadas, fazendo com que explorem essas questões e cheguem a suas próprias conclusões.

Tenho um interesse particular no contexto da IA e em fazer esses tipos de coisas patenteáveis, como ocorre no caso da Siemens. Isso é muito interessante por várias razões, mas levanta uma série de questões. Por exemplo, se não há um inventor humano tradicional, pode-se obter uma patente? Se uma patente pudesse ser obtida, quem ou o que seria o inventor? Ou alguma coisa seria um inventor, mas com que fundamento? E, nesse caso, quem seria o “dono” da coisa?

Até alguns anos atrás, não havia realmente nenhuma lei sobre isso em lugar algum. Há algumas leis de patentes em determinadas jurisdições que exigem que os inventores sejam pessoas físicas, seja por estatuto ou jurisprudência, mas não em todos os lugares. Países como Mônaco e Chipre, que são estados-membros do Escritório Europeu de Patentes, re-

latam não exigir que um inventor seja uma pessoa física. Israel também não exige que um inventor seja listado em um pedido de patente. E mesmo em jurisdições onde há registros escritos exigindo ou sugerindo que um inventor seja uma pessoa física, historicamente isso apenas apareceu no contexto de uma empresa poder – ou não – se tornar uma inventora. Porque a maioria das patentes são, na verdade, mantidas não por pessoas físicas, mas por pessoas “artificiais” na forma de empresas.

Mas há uma diferença significativa entre ter uma empresa como inventora e ter uma inteligência artificial inventando algo. Porque mesmo que fosse muito mais fácil para as empresas se listarem como inventoras, as empresas literalmente agem por meio de agentes humanos. E se uma empresa “inventa” algo, sempre há uma pessoa física em algum lugar que efetivamente fez a invenção. Se essa pessoa não tivesse que ser listada como inventora, isso a privaria de reconhecimento, e poderia também privá-la de determinadas vantagens econômicas onde há regimes de compartilhamento de benefícios para inventores, como na União Europeia ou sob algum contrato específico.

Por outro lado – pelo menos nos tipos de casos que me interessam mais –, quando a IA está fazendo a parte tradicionalmente inventiva do processo, não se tem uma pessoa que está sendo deixada de fora. Então trata-se, realmente, de uma circunstância peculiar. Naturalmente, a IA é usada o tempo todo em pesquisa e desenvolvimento, e isso não chega ao nível de considerá-la como uma inventora. Mas a pergunta certa a ser feita é se há uma pessoa fazendo a parte tradicionalmente inventiva da atividade – e essa parte da atividade varia de acordo com a jurisdição.

Nos Estados Unidos, exige-se que um inventor tenha em mente todas as reivindicações de uma invenção e a ideia de como a invenção deve ser aplicada na prática. Isso significa que existem várias maneiras pelas quais alguém que faz uma IA pode não ser um inventor. Por exemplo, é possível projetar uma IA que pode otimizar componentes industriais como a suspensão de um carro, e depois licenciar essa IA para outra parte interessada que não está envolvida na construção da IA, mas a usa. E se a pessoa que constrói a IA não conhece o produto específico que a IA está

criando, não poderia ser um inventor em uma patente, pelo menos não da maneira que isso é tradicionalmente reconhecido.

Também se poderia pensar em uma situação em que um inventor de patente dá à máquina uma meta a ser concluída, mas isso não faz de uma pessoa um inventor. Se sou um consultor executivo de negócios na Pfizer e digo a uma sala cheia de 400 pesquisadores farmacêuticos que quero que eles inventem uma nova vacina contra a COVID e eles inventam, isso, em regra, não me tornará um inventor.

É possível também considerar o exemplo em que o indivíduo pode ser um inventor de algo proveniente de um produto de IA, desde que seja a primeira pessoa a reconhecer o valor desse produto. Muitas vezes, há boas alegações para isso: se, por exemplo, a IA fornece dez suspensões de carros, o indivíduo deve testá-las e encontrar a melhor. Mas onde o valor do produto da IA é óbvio, não fica claro que haja alguém que tenha feito algo que exija alguma habilidade inventiva ou que seja passível de tornar-se um inventor.

Existem mais leis que abordam essa questão na perspectiva dos direitos autorais. O Reino Unido, em 1988, foi o primeiro país a explicitamente fornecer proteção de direitos autorais para obras geradas por computador, e essas são descritas como obras criadas sem um autor tradicional. Nesses trabalhos, o produtor humano da obra – a pessoa que se compromete a fazer com que a obra seja criada –, é juridicamente ficcional ou considerado o autor, e a obra é protegida por 50 anos após o ano em que é criada. Evidentemente, é difícil basear o prazo de proteção na vida do computador como se costuma fazer com os autores que são pessoas físicas, porque as máquinas nunca morrem – e também nunca vivem. Mas apenas alguns países ao redor do mundo fazem isso.

Os EUA, desde 1973, foram na direção contrária e explicitamente proibiram a proteção de obras geradas por computador. Portanto, se não houver uma pessoa física que seja o autor, não se pode obter proteção de direitos autorais para produtos de IA. E essa é uma situação bastante desafiadora: por exemplo, se houver alguma IA que torne uma música co-

mercialmente muito valiosa, há um forte um incentivo para simplesmente listar que você foi o autor dela – e é improvável que a IA reclame disso.

Mas esta não é uma lei nos Estados Unidos como é no Reino Unido. Trata-se de uma política do Copyright Office, e tal política foi baseada no caso *Burrow-Giles v. Sarony*, de 1884, que foi o caso da Suprema Corte que considerou que fotografias poderiam receber direitos autorais. Nesse caso, o tribunal considerou que quaisquer ideias na mente de um autor que tenham uma expressão tangível são elegíveis para proteção. E o Copyright Office interpretou isso para pensar que, como as máquinas não têm mente, não se pode proteger sua produção – ou, por exemplo, a produção de macacos.

Essa política chegou perto de ser contestada há cerca de uma década, quando um macaco-de-crista tirou sua própria fotografia usando um equipamento de câmera pertencente ao fotógrafo da natureza David Slater. O fotógrafo tentou reivindicar direitos autorais sobre a imagem quando outras pessoas a usaram sem sua permissão, mas, em última análise, o Copyright Office esclareceu que fotografias tiradas por macacos não eram passíveis de proteção. O assunto parecia pacificado até que o PETA (*People for the Ethical Treatment of Animals* - Pessoas pelo Tratamento Ético dos Animais) processou o Sr. Slater no Tribunal Distrital da Califórnia, alegando que o macaco era o dono da fotografia e que eles iriam ajudá-lo com o processo. O caso foi arquivado, não com fundamento na política, mas com fundamento na legitimidade do macaco como parte do processo. O tribunal considerou que, se macacos não têm capacidade processual expressamente prevista na lei, eles não podem processar nada.

Assim, decidimos testar isso no contexto de patentes e descobrir como os tribunais realmente lidariam com esse tipo de questão. Tínhamos uma IA, constituída por uma série substancial de redes neurais, e não tínhamos uma pessoa que dissesse à máquina para resolver um problema ou que a treinasse para resolver uma situação específica, e a máquina reconhecia o valor de sua produção antes que uma pessoa o fizesse. Então ajuizamos esse pedido internacionalmente:

(12) INTERNATIONAL APPLICATION PUBLISHED UNDER THE PATENT COOPERATION TREATY (PCT)

(19) World Intellectual Property Organization  
International Bureau

(43) International Publication Date  
23 April 2020 (23.04.2020)



(10) International Publication Number  
**WO 2020/079499 A1**

(51) International Patent Classification:  
*B65D 6/02* (2006.01)      *B65D 21/02* (2006.01)  
*B65D 8/00* (2006.01)      *B65D 1/02* (2006.01)  
*B65D 6/00* (2006.01)      *A61M 16/00* (2006.01)  
*B65D 13/02* (2006.01)      *A61M 21/00* (2006.01)

(21) International Application Number:  
PCT/IB2019/057809

(22) International Filing Date:  
17 September 2019 (17.09.2019)

(25) Filing Language: English

(26) Publication Language: English

(30) Priority Data:  
 18275163.6      17 October 2018 (17.10.2018)      EP  
 18275174.3      07 November 2018 (07.11.2018)      EP

(71) Applicant: **THALER, Stephen L.**, [US/US]; 1767 Waterfall Dr., St Charles, Missouri 63303 (US).

(72) Inventor: **DABUS, The invention was autonomously generated by an artificial intelligence**; 1767 Waterfall Dr., St Charles, Missouri 63303 (US).

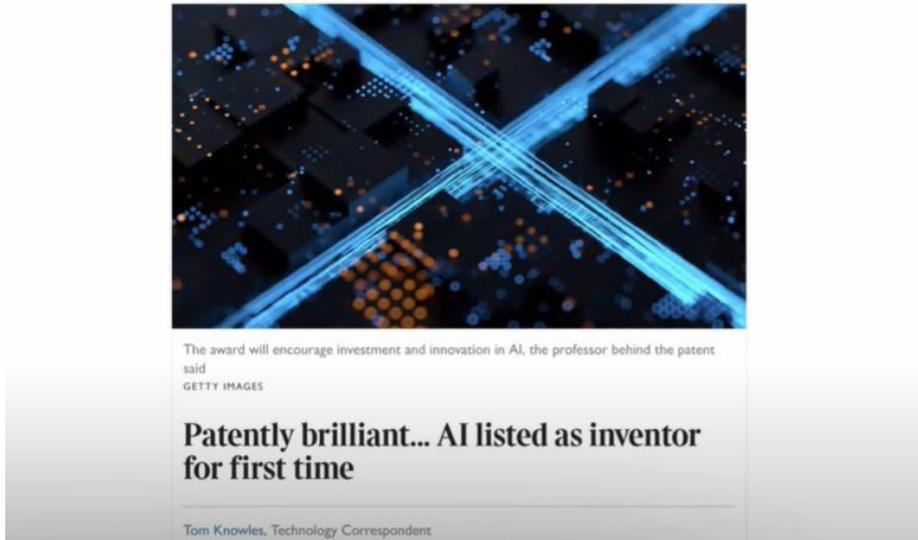
(74) Agent: **ABBOTT, Ryan**; 11601 Wilshire Blvd #2080, Los Angeles, CA 90024 (US).

(81) Designated States (unless otherwise indicated, for every kind of national protection available): AE, AG, AL, AM, AO, AT, AU, AZ, BA, BB, BG, BH, BN, BR, BW, BY, BZ, CA, CH, CL, CN, CO, CR, CU, CZ, DE, DJ, DK, DM, DO, DZ, EC, EE, EG, ES, FI, GB, GD, GE, GH, GM, GT, HN, HR, HU, ID, IL, IN, IR, IS, JO, JP, KE, KG, KH, KN, KP, KR, KW, KZ, LA, LC, LK, LR, LS, LU, LY, MA, MD, ME, MG, MK, MN, MW, MX, MY, MZ, NA, NG, NI, NO, NZ, OM, PA, PE, PG, PH, PL, PT, QA, RO, RS, RU, RW, SA,

Fonte: ABBOTT, 2021.

No pedido, o inventor é listado como a IA porque ela funcionalmente “inventou” e também para impedir que alguém reivindicasse créditos por um trabalho que não fez, e não necessariamente para fornecer algum tipo de direito de reconhecimento às máquinas. Evidentemente, a máquina não possuiria a patente – tanto porque as máquinas não têm personalidade jurídica quanto porque não faria sentido algum –, então o proprietário da máquina é listado como o proprietário da patente.

Essencialmente, se queremos que as pessoas usem inteligência artificial sofisticada na pesquisa e desenvolvimento e que se preocupem com patentes para investir em pesquisa e desenvolvimento dessa natureza, esses tipos de produtos precisam de proteção. Nessa hipótese, o proprietário da IA é o proprietário mais apropriado para isso sob os princípios da *common law* de propriedade como posse, pela qual você tem título de alguma propriedade com base na titularidade de outra propriedade. Se sou o proprietário dessa IA chamada “DABUS”, uma impressora 3D, e ela me faz um recipiente de bebida, eu sou o proprietário desse recipiente de bebida. E se ela cria um design para um novo recipiente de bebida, não vejo razão para que eu também não seja o proprietário disso.

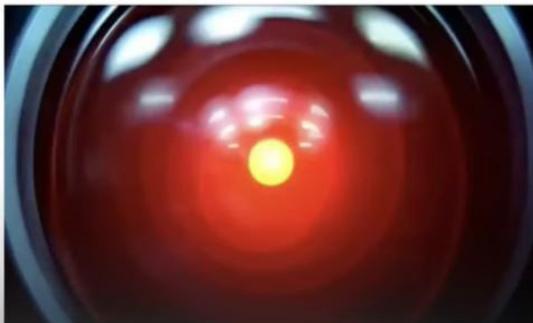


*Fonte: KNOWLES, 2021.*

Em julho de 2021, foi emitida a nossa primeira patente nesse caso, pela África do Sul, com a IA listada como inventora e com o proprietário da IA listado como proprietário da patente. A África do Sul não faz exames substantivos de patentes, então não se verifica se uma patente é nova, não óbvia e útil antes de emití-la. Mas o Reino Unido e o Escritório Europeu de Patentes examinaram os pedidos e decidiram que eles não eram óbvios e úteis no exame preliminar. Nas jurisdições onde os pedidos foram negados, foram invocados motivos de formalidade, nomeadamente que não havia sido listado o inventor certo. Mas a África do Sul analisa as formalidades, e ainda assim decidiu emitir a patente.

## I'm sorry Dave I'm afraid I invented that: Australian court finds AI systems can be recognised under patent law

Federal court judge says allowing artificial intelligence systems, as well as humans, to be inventors is 'consistent with promoting innovation'



▲ The Hal 9000 artificial intelligence system from the film 2001: A Space Odyssey. An Australian judge has ruled

*Fonte: TAYLOR, 2021.*

Três dias depois, o juiz Beach no Tribunal Federal da Austrália emitiu uma decisão fundamentada de 41 páginas afirmando que não havia razão para que a máquina não pudesse ser a inventora de uma patente. E, pelo menos no nosso caso, por conta de o proprietário da IA ser o requerente de patente mais apropriado e também o proprietário da patente. Agora, decisão está em fase recursal.

# THE NATIONAL LAW JOURNAL

NOT FOR REPRINT

Click to print or Select 'Print' in your browser menu to print this document.

Page printed from: <https://www.law.com/nationallawjournal/2021/04/06/federal-judge-cool-to-the-idea-of-ai-as-a-named-inventor/>

## Federal Judge Says Law Is 'Crystal Clear': AIs Cannot Be Named Inventors

U.S. District Judge Leonie Brinkema said the Artificial Intelligence Project is raising "a fascinating argument" about who can be named as an inventor on a patent, but that it would be best addressed to Congress.

By Scott Graham | April 06, 2021

*Fonte: GRAHAM, 2021.*

Para não dar a impressão de que estamos obtendo patentes em todo o mundo, até o momento os Estados Unidos, o Reino Unido, a Europa e a Alemanha rejeitaram ou negaram esses pedidos. Nos Estados Unidos, tivemos nosso recurso negado pelo Distrito Leste da Virgínia, e estamos apelando agora para o circuito federal. Acabamos de perder uma apelação no Tribunal de Apelação do Reino Unido, embora tenha havido uma decisão dividida pelo juiz Birss – uma das principais autoridades em PI na Inglaterra –, argumentado que não há razão para não conceder a patente ou para que o Dr. Thaler – o proprietário da IA – não tenha direito a ela. O juiz Arnold, também um importante jurista de PI no país, discordou do pleito junto com a juíza Laing, e o pedido está atualmente pendente de recurso perante a Suprema Corte do Reino Unido, que deve decidir se aceita a apelação ou não.

Paralelamente, na Índia, concluiu-se há pouco tempo uma consulta parlamentar recomendando que a lei seja alterada explicitamente para fornecer proteção a esses tipos de invenções. O processo, naturalmente, pode levar mais alguns anos e o resultado ainda é incerto. Na Coreia do Sul, o presidente anunciou recentemente que esse tipo de produto de IA também deve receber proteção. Portanto, tanto os legisladores quanto os tribunais estão se interessando por essas temáticas e suas repercussões.

Para fazer alguns breves apontamentos adicionais, é oportuno recordar que há questionamentos se esse tipo de invenção afeta ou não os padrões de patenteabilidade. Se houver máquinas inventoras, fará alguma diferença para a pessoa que tem habilidades na arte? Será alterada a dificuldade para obter uma patente? A resposta é sim e não. Não, no sentido de que inventores não definem o padrão do que seria uma pessoa com habilidade comum na técnica, e a pessoa com habilidade comum na técnica é justamente o “teste” – um tipo de heurística mental – usado para definir o que tornaria uma patente óbvia e, conseqüentemente, não digno de obter um registro de patente.

Porém, na medida em que as máquinas estão sendo cada vez mais usadas por pesquisadores médios, mais coisas se tornarão óbvias para eles, porque se tornarão pesquisadores mais bem informados. Eles terão acesso a mais dados e isso os ajudará a realizar mais ações, como reconhecer padrões em grandes conjuntos de dados. Em algum momento, uma vez que a IA segue se aperfeiçoando, essa pode vir a ser a maneira padrão de resolução de problemas.

Por exemplo, quando o “COVID-25” aparecer, pode ser que empresas como a Moderna, a Pfizer e a Johnson & Johnson se dirijam para companhias como BenevolentAI, Helix e Atomwise e usem IA muito sofisticada para sequenciar patógenos para prever a ligação de anticorpos a eles ou para isolar segmentos dos patógenos, e incorporar novas vacinas. Conseqüentemente, as pessoas não terão mais um papel tão ativo nesses processos. Nesse cenário, os processos certamente sofrerão mudanças pois a pessoa com habilidade técnica comum será uma pessoa com habilidade técnica comum fazendo uso de uma máquina inventiva – ou talvez o padrão seja apenas a máquina inventiva.

É pertinente pensar o quão disruptivo isso será em algumas áreas. Por exemplo, no caso de anticorpos monoclonais – basicamente o que todos os medicamentos biológicos mais vendidos são –, só pode haver alguns deles porque são sequências de proteínas relativamente curtas, e há o suficiente para que os pesquisadores humanos possam passar uma eternidade investigando. Mas não há tantos anticorpos que uma IA

suficientemente sofisticada não possa sequenciar e, atualmente, ainda prever o que esse tipo de anticorpo fará.

Quando se tem computadores capazes de cobrir completamente espaços como este com inovação, e talvez até publicar esse tipo de coisa online, pode se tornar impossível de obter qualquer tipo de registro de patente nesse campo. Por outro lado, isso pode ser bom porque o custo de inovar neste espaço será então bastante reduzido.

Na hipótese de se acreditar na ideia de que haverá máquinas que farão qualquer tarefa intelectual que uma pessoa pode fazer, incluindo melhorar sua própria programação e, portanto, tornar-se superinteligente, conseqüentemente tudo se tornará óbvio para um computador superinteligente. Então, em algum momento, pode não haver mais patentes, porque será impossível obtê-las, uma vez que tudo seria óbvio. Nesse ponto, há que se pensar se ainda será necessário esse tipo de proteção da propriedade intelectual.

Mesmo para aqueles que não estão inteiramente imersos no tema de patentes, essa discussão tem uma série de implicações realmente interessantes para outras áreas da lei ou outras áreas de PI. À medida em que as máquinas ocupam cada vez mais no lugar das pessoas e fazem coisas semelhantes às humanas, a lei comumente trata esse comportamento de maneira bastante diferente do comportamento de uma pessoa – muitas vezes de formas negativas, ainda que sem essa intenção.

Grande parte desse debate não é novidade: alegadamente, máquinas inventam desde os anos oitenta ou mesmo os anos setenta, e máquinas também fazem trabalhos artísticos desde pelo menos os anos sessenta. O que é novidade é a capacidade das máquinas de fazer isso de maneira funcional, e o fato de que a IA está começando a fazer trabalhos criativos com efetivo valor comercial.

Hoje, há galerias de arte dedicadas a trabalhos gerados por IA, e não mais recebem manchetes por isso. Assim, penso que a importância jurídica dessa mudança é o momento que se passa da IA fazendo algumas dessas coisas como novidade científica para fazer isso em uma base comercialmente importante. E isso é algo que especialmente advogados

e empresários terão que aprender a lidar e descobrir quais regras pretendem garantir, para que se possa obter o máximo da IA e mitigar os riscos envolvidos tanto quanto possível.

## REFERÊNCIAS

ABBOTT, Ryan. **Authorship and ownership of IP in AI**: news around the world. Palestra proferida no XV Congresso de Direito de Autor e Interesse Público (CODAIP), 3 nov. 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=CiKX5o5-6w0>. Acesso: 20 jan. 2022.

GOV.UK. **Artificial intelligence and intellectual property**: call for views, 2020. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/consultations/artificial-intelligence-and-intellectual-property-call-for-views>. Acesso em: 28 jan. 2022.

GRAHAM, Scott. Federal Judge Says Law Is ‘Crystal Clear’: AIs Cannot Be Named Inventors. **The National Law Journal**, 6 abr. 2021. Disponível em: <https://www.law.com/nationallawjournal/2021/04/06/federal-judge-cool-to-the-idea-of-ai-as-a-named-inventor/>. Acesso em: 20 jan. 2022.

KNOWLES, Tom. Patently brilliant... AI listed as inventor for first time. **The Times**, Technology, 28 jul. 2021. Disponível em: <https://www.thetimes.co.uk/article/patently-brilliant-ai-listed-as-inventor-for-first-time-mqj3s38mr>. Acesso em: 28 jan. 2022.

NATIONAL SECURITY COMMISSION ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE. **Final Report**. 19 mar. 2021. Disponível em: <https://www.nscai.gov/wp-content/uploads/2021/03/Full-Report-Digital-1.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2022.

SIEMENS. Mechatronics Concept Designer. Disponível em: <https://resources.sw.siemens.com/es-ES/fact-sheet-mechatronics-concept-designer>. Acesso em: 28 jan. 2022.

TAYLOR, Josh. I’m sorry Dave I’m afraid I invented that: Australian court finds AI systems can be recognised under patent law. **The Guardian**, Technology, 30 jul. 2021. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2021/jul/30/im-sorry-dave-im-afraid-i-invented-that-australian-court-finds-ai-systems-can-be-recognised-under-patent-law>. Acesso em: 28 jan. 2022.

WIPO. **Artificial Intelligence and Intellectual Property Policy**, 2019. Disponível em: [https://www.wipo.int/about-ip/en/artificial\\_intelligence/conversation.html](https://www.wipo.int/about-ip/en/artificial_intelligence/conversation.html). Acesso em: 28 jan. 2022.

**Recebido:** 01/02/2022

**Aprovado:** 02/04/2022



**RESENHAS E  
OUTROS ESTUDOS**

**PARTE V**

**RRDDIS**

# A BATALHA DO DROIT D'AUTEUR NA FRANÇA DO SÉCULO XVIII

## *The battle over authors' rights in eighteenth-century France*

Marco Antônio Sousa Alves<sup>1</sup>

### RESUMO:

O artigo tem por objetivo investigar o aparecimento do *droit d'auteur* na França do século XVIII, visando a aprofundar criticamente nossa compreensão da emergência dessa tradição que teve e ainda tem grande influência na conformação do direito de autor em todo o mundo e, de modo especial, no Brasil. Seguindo uma perspectiva genealógica, enfatizaremos as batalhas travadas em torno desse tema, com destaque para o embate entre os filósofos franceses Denis Diderot e marquês de Condorcet. Defenderemos que o direito moderno de autor não deve ser visto simplesmente como o resultado de uma evolução ou a consagração de um direito natural. Apesar de ter promovido uma clara transformação no sistema regulatório do *Ancien Régime*, o novo direito dos autores serviu também à manutenção de velhas práticas monopolísticas, que tenderam a ser ocultadas, a partir de então, sob o manto da retórica

### ABSTRACT:

*The article aims to investigate the appearance of droit d'auteur in eighteenth-century France, in order to critically deepen our understanding of the emergence of this tradition that had and still has a great influence on the shaping of copyright throughout the world and especially in Brazil. Following a genealogical perspective, we emphasize the battles over this issue, highlighting the clash between the French philosophers Denis Diderot and the Marquis of Condorcet. We will argue that the modern authors' rights should not be seen simply as the result of an evolution or as the consecration of a natural right. Despite having promoted a clear change in the regulatory system of the Ancien Régime, the new law also served to maintain old monopolistic practices, hidden since then under the cover of authorial, proprietary, and bourgeois rhetoric. This article is based on the analysis of a heterogeneous set of sources from the time, such as philosophical essays, legal documents, court decisions, petitions and bills, in addition*

---

<sup>1</sup> Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Membro permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD/UFGM). Doutor em Filosofia pela UFGM, com estágio de pesquisa na École des hautes études en sciences sociales (EHESS/Paris), tendo a tese recebido o Prêmio UFGM de Teses e Menção Honrosa do Prêmio CAPES de Tese 2015. Bacharel em Direito e em Filosofia e Mestre em Filosofia. Foi pesquisador de pós-doutorado (PNPD/CAPES) no Programa de Pós-Graduação em Filosofia da UFGM (2014-2017) e pesquisador visitante na Queen's University em Kingston, Canadá (2021-2022). Membro do Grupo de Pesquisa CNPq "Da autoria literária: história, atualidade e perspectivas".

autoral, proprietária e burguesa. O presente estudo baseia-se na análise de um conjunto heterogêneo de fontes da época, como ensaios filosóficos, documentos legais, decisões judiciais, petições e projetos de lei, além de considerar diversas pesquisas recentes desenvolvidas sobre o tema por juristas, filósofos e historiadores.

**Palavras-chave:** *Droit d'Auteur*; Direito de Autor; História do Direito; Diderot; Condorcet.

*to considering several recent researches on the subject developed by jurists, philosophers and historians.*

**Keywords:** *Droit d'Auteur*; Authors' Rights; History of Law; Diderot; Condorcet.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; **1. HISTÓRIA DE UM CONFLITO: DOS PRIVILÉGIOS REAIS AOS DIREITOS DO AUTOR;** **2. MAPEANDO O CAMPO DE DISSENSÃO: DIDEROT VS. CONDORCET;** **3. AS ALTERAÇÕES LEGAIS QUE MARCARAM O APARECIMENTO DO *DROIT D'AUTEUR*;** CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

## INTRODUÇÃO

Quem se interessa pela história do direito moderno de autor certamente aprendeu que ele teve sua origem no século XVIII a partir das inovações legislativas ocorridas inicialmente na Inglaterra e, na sequência, na França. Com perspectivas distintas, as duas fontes deram então nascimento a dois sistemas específicos: o *copyright* e o *droit d'auteur*. O primeiro, diz-se, seria um sistema de viés mais comercial e utilitarista, que ganhou expressão global com a Convenção de Genebra (*Universal Copyright Convention – UCC*) de 1952, a cargo da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO). Já o segundo teria uma coloração individualista e de ampla proteção autoral, dando forma ao sistema unionista que foi consagrado internacionalmente ainda no século XIX nas diretrizes da Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas de 1886, a cargo da Organização Mundial da

Propriedade Intelectual (OMPI). O sistema inglês seria caracterizado pela formalidade do registro como pré-condição para a proteção legal, enquanto o direito francês nasceria da própria criação e possuiria um caráter pessoal ou moral. O documento legal fundador do *copyright* seria o *Statute of Anne* de 1710, já a tradição francesa do *droit d'auteur* teria seu pontapé inicial na lei pós-revolucionária de 1793. Nessa oposição frequentemente traçada, é comum o *copyright* ser associado a um sistema que privilegia os interesses do mercado, enquanto o *droit d'auteur* enfatizaria o interesse do autor e os direitos da personalidade.

A história, entretanto, talvez seja bem mais cinza e nuançada do que pode parecer à primeira vista. Neste artigo, pretendemos aprofundar nossa compreensão acerca do nascimento do direito moderno de autor por meio de um estudo sobre as batalhas que marcaram o aparecimento do *droit d'auteur* na França do século XVIII. As questões relativas à emergência do *copyright* no direito inglês escapam, portanto, ao objeto deste estudo. Nas linhas que se seguem, mostraremos que a afirmação do *droit d'auteur* ocorreu em um contexto extremamente belicoso, com discursos antagônicos, diversos interesses em conflito e uma intensa disputa. Defenderemos que seu surgimento está longe de ser o resultado consensual de uma evolução jurídica ou a mera consagração de preceitos fundados na Justiça, na Natureza e na Razão, em nome dos mais sagrados direitos advindos do gênio criador humano. Pretendemos demonstrar também que os interesses comerciais estão longe de ser negligenciados ou deixados em segundo plano na tradição francesa, ressaltando como os mesmos aparecem de forma mais ou menos velada no seio do novo discurso autorral e proprietário.

Pretendemos, neste trabalho, levar mais a sério a história em sua complexidade, um esforço que talvez nos liberte desse modo reducionista e enganador de compreender a origem do direito de autor. Propomos seguir aqui uma sugestão de Michel Foucault (2005), que, ao analisar e retomar ao seu modo o projeto nietzschiano de uma investigação genealógica, defendeu a necessidade de colocarmos por terra o mito ou ilusão da origem. Em sua ótica, a história seria muito mais cinzenta e seu estudo exigiria um trabalho bem mais meticuloso e paciente. Trabalhar com a

história significa debruçar-se sobre fontes embaralhadas, que escondem os acasos e as lutas envolvidas, funcionando como máscaras, disfarces ou artimanhas (FOUCAULT, 2005, p. 260). Ao invés de uma origem nobre, iluminada e triunfante, este artigo situa a emergência do *droit d'auteur* na França do século XVIII como uma entrada em cena que “sempre se produz em um determinado estado de forças” (FOUCAULT, 2005, p. 268). Em suma, o genealogista procura fazer um uso crítico da história, cortando as raízes ilusórias e apagando as venerações, de modo a libertar-nos dessas “origens” míticas e aprisionadoras.

É comum, infelizmente, a história ser concebida de maneira causal, linear e triunfal, com seus heróis e mitos. Talvez a história do direito seja um dos campos no qual essa tendência seja ainda mais perceptível. Por exemplo, os decretos franceses de 1791 e 1793, pós Revolução Francesa, são vistos comumente como leis libertadoras, o apogeu de uma evolução doutrinária que “superou” todos os conflitos e contradições. Nesse sentido, é lapidar a opinião da jurista francesa Marie-Claude Dock acerca da disputa que envolveu autores e livreiros: “essa batalha, que durará mais de meio século, de 1725 até 1791/1793, terminará com a vitória e o triunfo dos direitos da inteligência (*la victoire et le triomphe des droits de l'intelligence*)” (DOCK, 1962, p. 4, tradução nossa).

Mais do que uma percepção linear e evolucionista da história, o que salta aos olhos na maneira como os juristas normalmente concebem o direito de autor moderno é a tendência à “naturalização” da autoria e dos direitos advindos da relação de criação intelectual, como ressalta o professor autorialista norte-americano Peter Jaszi (1991, p. 459). Ao invés de algo contingente, o direito dos autores tende a ser visto como uma ideia antiga e eterna, como uma necessidade natural do espírito humano. A jurista mencionada acima, Marie-Claude Dock, chega ao disparate de afirmar, ignorando todos os fatos, que já havia uma clara percepção moral e patrimonial do direito de autor na Roma Antiga (DOCK, 1962, p. 41). O fato de as leis serem silentes quanto à matéria até o século XVIII é visto por ela não como um sinal da inexistência desse direito, mas sim como uma “ilustração eloquente” (*l'illustration la plus éloquente*) de que se trata de um direito natural e eterno, que sempre existiu sem necessida-

de de qualquer legislação positiva (DOCK, 1962, p. 52). É simplesmente inconcebível para essa jurista francesa que o direito de autor possa não ter existido, de tão natural e espontâneo que ele lhe parece. Aliás, a primeira frase de seu livro, intitulado *Contribution historique à l'étude des droits d'auteur*, deixa muito claro qual o ponto de partida da “contribuição histórica” que se propõe: “[...] a criação humana é velha como o mundo. A partir do momento que um pensamento foi emitido e que sua emissão foi percebida com a ajuda da fala, da escrita ou de qualquer outro meio de comunicação com os outros homens, uma obra nasceu” (DOCK, 1962, p. 2, tradução nossa).

É preciso prevenir-se contra esse tipo de perspectiva que reduz a complexidade histórica a uma sucessão do “mesmo”, que, ao longo do tempo, vai apenas evoluindo e assumindo formas mais nítidas até chegar ao presente. Também é importante, por outro lado, não reduzir todas as transformações a momentos de pura ruptura, que fazem nascer figuras e noções absolutamente novas, que não encontrariam qualquer raiz histórica. É esse permanente jogo entre o velho e o novo que dá vida à nossa experiência histórica, que é marcada, sobretudo, pelos conflitos. Entretanto, com o tempo, as disputas tendem a ser apagadas pelos vencedores, mascaradas por um discurso que “naturaliza” aquilo que foi produzido historicamente e que toma por universal e necessário aquilo que é essencialmente contextual e contingente. Em suma, os vencedores apresentam suas leis como se fossem meras afirmações da Razão, silenciando as vozes derrotadas e ocultando as lutas efetivas. Nossa pretensão aqui é justamente fazer ouvir essas vozes dissonantes e dar a ver aquilo que foi ocultado por debaixo de “nobres ideais”.

O desenvolvimento deste artigo está estruturado em três partes. Em um primeiro momento, trataremos das mudanças ocorridas no sistema dos privilégios reais ao longo do século XVIII, destacando o contexto extremamente conflituoso e os interesses em disputa que marcaram o debate francês acerca do direito de autor. Na segunda parte, uma ênfase especial recairá sobre o embate teórico-filosófico travado por Diderot e Condorcet, que foram os porta-vozes de duas visões antagônicas sobre o tema. Na terceira e última parte, o foco será direcionado para as alte-

rações legislativas que marcaram o aparecimento do *droit d'auteur*, com destaque para os arestos ou decisões do Conselho do Rei de 1777 e para as leis pós-revolucionárias de 1791 e 1793.

## 1 HISTÓRIA DE UM CONFLITO: DOS PRIVILÉGIOS REAIS AOS DIREITOS DO AUTOR

Para entender o debate sobre o direito de autor no século XVIII é preciso recuar pelo menos até o século XV, para levar em conta os mecanismos de regulação da impressão estabelecidos na Europa a partir do advento da prensa tipográfica por Gutenberg. Os novos tempos trazidos pela palavra impressa ameaçavam os poderes reais e eclesiásticos, que temiam sua potência sediciosa ou herética. Para fazer frente a esses novos perigos, um sistema inédito de censura prévia e regulação da edição foi construído ao longo dos séculos XVI e XVII. Nasce, nesse contexto, a exigência do *imprimatur* e os privilégios reais (*privilèges*). Agindo geralmente em conjunto, a Igreja e o poder real ergueram um amplo sistema punitivo, no qual o autor aparece como alguém a ser vigiado e, muitas vezes, perseguido. Portanto, antes das leis do século XVIII, os autores já apareciam em textos legais, mas não como detentores de direitos, sejam eles de natureza patrimonial ou moral. Confirma-se, desse modo, a tese esboçada por Michel Foucault em sua célebre conferência intitulada *Qu'est-ce qu'un auteur?*, na qual sustenta que, antes de aparecer como proprietário no seio do direito, o autor foi alvo de uma “apropriação penal”, tomado como um potencial transgressor que deveria ser identificado para que pudesse ser devidamente controlado e, eventualmente, punido (FOUCAULT, 2001, p. 827).

Em sua copiosa tese de doutorado, o professor de história do direito da Université Panthéon-Assas, Laurent Pfister, observa que o privilégio é concebido como um direito fundado na graça do rei, uma prerrogativa de natureza pública, e não um direito privado, individual (PFISTER, 1999, p. 20). O sistema dos privilégios reais e da censura prévia começa a ser estabelecido na França no início do século XVI, em uma ação conjunta que envolvia a monarquia, a Igreja, a Universidade de Paris e a corporação dos livreiros. O longo reinado de Luís XIV, o *Roi Soleil*, entre 1643 e 1715, ape-

nas confirmou uma tendência centralizadora e controladora, com poucos livreiros parisienses gozando da graça real. O ápice desse processo é visível no “Regramento sobre o comércio do livro” (*Règlement pour la Librairie et Imprimerie de Paris*) de 1723, um massivo documento legal, com 123 artigos divididos em 16 capítulos, elaborado em comum acordo entre a Comunidade de Livreiros de Paris e o Soberano, que intensificou o poder da corporação e as medidas de punição e vigilância (FRANCE, 1723).

Ao longo do século XVIII, assistimos a um processo de transformação desse cenário. Na Inglaterra, o privilégio real (*Royal Charter* ou *Royal Grant*) concedido à Comunidade de Livreiros de Londres é posto em questão em um contexto que levou à emergência do *copyright*, assim como os privilégios perpétuos dos livreiros parisienses são também postos em xeque na França. Talvez a grande diferença entre os dois países seja a natureza mais corporativa do sistema inglês, em contraposição ao sistema mais centralizado nas mãos do monarca na França. Mas, nos dois países, assistiremos a uma transformação similar, dos *right in copies* para o moderno *copyright*, e dos *privilèges en librairie* e dos *privilèges d'auteur*, previstos a partir de 1777, para o *droit d'auteur*, afirmado claramente no final do século, após a Revolução.

Mas esse processo não deve ser visto como uma pura ruptura ou a simples aparição de algo novo. Acima de tudo, assistimos a um rearranjo dos elementos em jogo e uma mudança de estratégia: o discurso em defesa da propriedade dos autores sobre suas obras decorreu, sobretudo, de uma tentativa dos livreiros/editores de manter o monopólio de exploração. Quando o poder real intensificou a limitação aos monopólios e revogou grande parte das prerrogativas concedidas aos livreiros de Paris, eles então, como fizeram seus colegas londrinos, abandonam o discurso dos privilégios reais e abraçaram a defesa do direito de propriedade do autor (PFISTER, 1999, p. 19-20; CHARTIER, 2000, p. 13-15). Vejamos, com mais detalhe, como esse processo ocorreu na França ao longo do século XVIII.

Logo após o *Regramento sobre o comércio do livro*, de 1723, começou-se a perceber uma clara mudança na relação entre a Coroa e os livreiros parisienses, indicando que o sistema dos privilégios reais começava a dar

sinais de crise. Em um aresto de 1725, por exemplo, o Conselho do Rei decidiu pôr fim aos “abusos” (*abus*) e à “avareza” (*avarice*) de alguns livreiros que prolongavam seus privilégios com o único fim de prejudicar seus concorrentes (PFISTER, 1999, p. 211). Em resposta a essa mudança na postura real, os livreiros parisienses deixaram de defender simplesmente seus privilégios perpétuos e passaram a adotar um discurso distinto, apoiado sobre uma retórica autoral e burguesa.

Um interessante exemplo nesse sentido pode ser encontrado no mesmo ano de 1725 em um panfleto intitulado *Mémoire en forme de requête à M. le Garde des Sceaux*, que foi escrito pelo advogado dos livreiros parisienses Louis d’Héricourt (PFISTER, 1999, p. 231). A propriedade literária é então comparada a uma propriedade material qualquer e, em decorrência do direito de sucessão, defende-se a perpetuidade do direito detido pelos livreiros. Encontramos esses mesmos argumentos por diversas vezes ao longo do século XVIII. Por exemplo, no verbete dedicado ao “direito de cópia” (*droit de copie*) da Enciclopédia, escrito em 1755 pelo livreiro parisiense Michel-Antoine David, defende-se que, tendo o autor vendido sua obra ao livreiro, este se sub-roga de todos os direitos de propriedade do primeiro (DAVID, 1755, p. 146-147; LOUGH, 1987, p. 171).

Apesar das constantes oscilações políticas, a necessidade de uma reforma mais radical no sistema francês dos privilégios reais tende a aparecer de forma cada vez mais nítida em meados do século XVIII. O rei inclina-se em favor de um mercado livreiro mais aquecido, ainda que controlado, e tende a condenar vivamente a teoria e a prática monopolística dos livreiros parisienses (PFISTER, 1999, p. 342). Malesherbes, que assume a direção das atividades editoriais francesas a partir de 1750, tem um importante papel nesse sentido, defendendo abertamente a necessidade de revisão no regramento ainda amplamente em vigor de 1723, que foi estendido a todo o Reino em 1744 (MALESHERBES, 1994; BIRN, 1989, p. 61).

Algumas decisões tomadas pelo Conselho do Rei a partir de então apontam nessa direção, como o caso das netas de La Fontaine, que conseguiram em 1761 uma importante vitória sobre a Comunidade de Livreiros

de Paris, alegando que as obras de seu avô lhes pertenciam naturalmente, por direito sucessório. Outra decisão no mesmo sentido foi a que envolveu o autor dramático e membro da Academia francesa Crébillon, que em 1752 obteve um privilégio de quinze anos para publicar o conjunto de suas obras. Esse caso é bastante curioso, pois os livreiros parisienses se valeram de argumentos baseados no direito de propriedade contra o próprio autor. Fica claro que o discurso proprietário está a serviço, sobretudo, dos interesses dos livreiros, não dos autores. O advogado dos livreiros, Roux, bate insistentemente na tecla que o autor teria vendido livremente, e por dinheiro, toda a propriedade sobre suas obras, de modo que sua demanda repousaria sobre uma manifesta má-fé (PFISTER, 1999, p. 318-321).

## 2 MAPEANDO O CAMPO DE DISSENSÃO: DIDEROT VS. CONDORCET

Receosos e revoltados com as mudanças em curso, os livreiros parisienses procuraram contra-atacar logo, e, para isso, serviram-se de um porta-voz de peso, o filósofo e escritor Denis Diderot, a quem encomendaram um texto que foi escrito em 1763 e ganhou o título de “Carta sobre o comércio do livro” (*Lettre sur le commerce de la librairie*). Esse texto merece, em razão de sua importância, clareza e provocação ostensiva, ser analisado com um pouco mais de calma. Diderot seguirá a mesma linha empregada pelos livreiros londrinos e pelo jurista Louis d’Héricourt quase trinta anos antes, ou seja, ele procurará “salvar” a perpetuidade dos privilégios dos livreiros parisienses fazendo deles um direito dos autores, uma espécie de propriedade como outra qualquer que lhes foi cedida e que não se funda na graça do soberano, mas sim na natureza e na justiça.

No seio de sua retórica em defesa do sagrado direito dos autores, Diderot sustenta a manutenção dos privilégios de edição, “provando” que não se trata de um filho da censura, mas sim de uma decorrência da liberdade absoluta que os homens possuem de estabelecer contratos entre si. Cito algumas das perguntas formuladas por Diderot que deixam clara a comparação realizada entre a propriedade material e a imaterial e, também, a extensão do direito do autor aos “substitutos”, que são os

livreiros/editores que legitimamente compram as obras de seus criadores, sub-rogando-os em seus direitos:

Uma obra não pertence a seu autor tanto quanto sua casa ou suas terras? Não pode ele alienar para sempre sua propriedade? Seria permitido, por qualquer razão ou pretexto que seja, espoliar aquele que livremente o substitui em seus direitos? Esse substituto não merece ter para esse direito toda proteção que o governo concede aos proprietários contra os outros tipos de usurpadores? (DIDEROT, 2002, p. 52).

A propriedade intelectual ganha assim o *status* de um direito fundamental do cidadão e apenas um tirano ousaria espoliar os proprietários de seus bens. E estende-se este direito ao livreiro/editor, que o adquire do autor: “[...] ora, o direito do proprietário é a verdadeira medida do direito do comprador” (DIDEROT, 2002, p. 68). Indo além, Diderot não se contenta em apenas comparar a propriedade intelectual às demais formas de propriedade, mas ressalta o caráter mais natural dela, ainda mais inviolável e sagrada:

Com efeito, que bem pode um homem possuir se uma obra do espírito, fruto único de sua educação, de seus estudos, de suas noites insones, de seu tempo, de suas pesquisas, de suas observações; se as mais belas horas, os melhores momentos de sua vida; se seus próprios pensamentos, os sentimentos de seu coração, sua porção mais preciosa, aquela que nunca morre, que o imortaliza, não lhe pertencer? Como comparar o homem, a própria substância do homem, sua alma, e o campo, a pastagem, a árvore ou a vinha que a natureza ofereceu no início igualmente a todos, de que o indivíduo só pôde apoderar-se pela cultura, o primeiro meio legítimo de posse? Quem teria mais direito de dispor de sua coisa pelo dom ou pela venda do que o autor? (DIDEROT, 2002, p. 67-68).

Diderot é bem enfático em sua defesa do respeito à propriedade dos autores e dos livreiros/editores. Mesmo no caso de obras esgotadas, Dide-

rot não permite que cópias não autorizadas sejam realizadas. A solução, mesmo neste caso, estaria no fortalecimento dos privilégios, na manutenção das leis de propriedade e na caça aos piratas: “persiga severamente os contrafatores, vá até as cavernas destes ladrões clandestinos” (DIDEROT, 2002, p. 104). Reforçando a extensão do direito do autor sobre suas obras ao livreiro/editor que paga por esse direito, afirma o pensador francês:

Repito, o autor é o mestre de sua obra, ou ninguém na sociedade é mestre de seu bem. O livreiro a possui do mesmo modo que a obra pertencia ao autor; ele tem o incontestável direito de utilizar-se dela como lhe convier em repetidas edições. Seria tão insensato impedir que o faça quanto condenar um agricultor a deixar suas terras incultas, ou um dono de casa deixar seus cômodos vazios (DIDEROT, 2002, p. 68-69).

Esse tipo de discurso exemplarmente ilustrado pelo texto de Diderot tende a naturalizar o direito do autor sobre suas obras e a conferir ao criador a mais absoluta e inviolável das propriedades, transmissível a quem este desejar, através de simples contrato, por tempo indeterminado. Essa retórica autoral, claramente a serviço dos interesses comerciais dos livreiros/editores, confere ao titular do direito de propriedade um grande controle sobre as obras, substituindo-se um monopólio por outro. Não mais amparado pelo rei, o negócio editorial permanece, agora baseado no direito natural do autor. Aliás, essa mudança espelha exemplarmente o espírito do século XVIII: destrona-se o rei e eleva-se o indivíduo burguês. Saímos da censura prévia da Coroa e dos privilégios reais perpétuos para cairmos no individualismo possessivo burguês.

Mas é preciso cuidado com a retórica empregada: não se trata exatamente de defender nenhum direito individual inato. Mais do que uma defesa dos autores, o discurso autoral é, claramente, uma estratégia para manter e reforçar um monopólio corporativo. Isso fica claro no fato de não encontrarmos, nos inflamados discursos dos livreiros/editores, qualquer referência à proibição de o autor imprimir e vender seus próprios livros, como previa o artigo 4º do *Regramento* de 1723 ainda em vigor nessa

época (FRANCE, 1723). Pelo contrário, o que se ressaltava era o fato de o contrato de cessão implicar na transferência de todos os direitos. Aliás, quando recorriam à Justiça, os livreiros parisienses não hesitavam em evocar essa proibição contra o interesse dos autores, o que mostra como a defesa da propriedade natural sobre os frutos do intelecto era usada contra os próprios criadores.

Um claro exemplo disso pode ser visto no caso Luneau, julgado em 1768, que envolveu o escritor Luneau de Boisjermain e o livreiro Granjé, a quem ele teria cedido a obra *Histoire universelle* e depois se arrependido do negócio em razão dos “erros grosseiros” (*erreurs grossières*) verificados na impressão (FELTON, 2010, p. 255-257). Linguet, o advogado de Luneau, procurou proteger seu cliente das restrições corporativas acusando os livreiros de exercerem um despotismo e uma tirania que contradizia a natureza, a Razão e as leis. Inspirado em Locke e no próprio discurso dos livreiros/editores da época, Linguet sustentou que a proibição que recaía sobre os autores, impedindo-os de venderem suas próprias obras, era algo que feria claramente o direito natural do legítimo proprietário (PFISTER, 1999, p. 232-240).

Assim, o autor, longe de ser um livre proprietário que podia dispor como bem entendesse de seu bem, estava antes submetido a uma organização corporativa, forçado a transferir seus “direitos inatos” a um livreiro/editor. Essa obrigação, evidentemente restritiva e lesiva ao suposto “direito natural e inviolável” dos autores, não era questionada e, quando muito, como fez Diderot, era dito que havia um casamento de interesses entre o autor e o livreiro, pois o primeiro não deveria lidar diretamente com a questão mercantil. Em suma, em nome do direito dos autores, o que os livreiros/editores realmente fizeram foi manter e mesmo reforçar o seu monopólio corporativo.

Certamente, esse discurso de Diderot e dos livreiros parisienses provocará diversas reações contrárias, das quais gostaria de mencionar três, com destaque para uma, vinda de outro grande filósofo francês: Marie Jean Antoine Nicolas de Caritat ou Marquês de Condorcet. A primeira delas trata-se de um panfleto/resposta intitulado *Mémoire sur les abus qui se*

*sont introduits dans la Librairie à l'occasion des privilèges*, escrito pelo inspetor de polícia Joseph d'Hémery em 1764. Nele, o inspetor propõe conceder privilégios apenas aos autores e, após a morte deles, os mesmos deveriam cessar e cair em domínio público (não seriam nem dos editores, nem da família) (PFISTER, 1999, p. 301-308). Outra reação crítica veio dos livreiros do interior da França, que defendiam uma ampliação do domínio público e uma restrição maior aos privilégios detidos pelos livreiros parisienses. Nesse sentido, em 1776, é redigido o panfleto intitulado *Mémoire à consulter pour les librairies et imprimeurs de Lyon, Rouen, Toulouse, Marseille, Nismes concernant les privilèges de librairie et continuation d'iceux*, que argumenta contra a noção de propriedade intelectual e a favor de uma circulação mais livre dos impressos em nome da instrução pública (PFISTER, 1999, p. 278). Por fim, a última reação, de natureza mais teórico-filosófica, é aquela que vemos em um texto de Condorcet de 1776, intitulado *Fragments sur la liberté de la presse*, que defende o fim da apropriação privada e a livre circulação das criações do espírito. Vejamos com mais calma os argumentos contidos nesse texto.

A crítica à censura realizada pelo marquês é movida por um claro ideal iluminista: “O que exige a utilidade pública? Que os homens se iluminem. Ora, o que há de mais contrário às Luzes que a censura dos livros? O espírito perde sua força ao perder sua liberdade” (CONDORCET, 1847, p. 304-305, tradução nossa). Mas, além de ser contrário à censura prévia e ao monopólio real, Condorcet argumentou também contra o monopólio comercial, criticando a ideia individualista de que o autor seria o legítimo proprietário de suas obras. Contrariando o interesse dos livreiros/editores parisienses, Condorcet não admitia o caráter natural da propriedade literária e afastava qualquer assimilação dela às demais formas de propriedade material:

Sente-se que não pode haver qualquer relação entre a propriedade de uma obra e a de um campo, que pode ser cultivado por apenas um homem, ou de um móvel que serve apenas a um homem, a qual, por conseguinte, a propriedade exclusiva é fundada sobre a natureza da coisa. Assim, a propriedade literária não é derivada da ordem natural, e defendida pela força social, mas é uma proprie-

dade fundada pela sociedade mesma. Não é um verdadeiro direito, é um privilégio (CONDORCET, 1847, p. 308-309, tradução nossa).

Sobre esses privilégios concedidos aos autores ou livreiros/editores, Condorcet dizia ser preciso examinar se eles eram de fato necessários, úteis ou nocivos ao progresso das Luzes. A resposta dele a essas questões foi bastante clara: a propriedade literária seria desnecessária, inútil e até injusta (CONDORCET, 1847, p. 309). Ao invés de influenciar positivamente a descoberta de “verdades úteis” (*vérités utiles*), a propriedade literária atingiria de maneira nefasta a difusão dessas verdades, sendo uma das principais causas da separação na sociedade entre os homens esclarecidos e a massa inculta, para quem a maior parte das verdades úteis permanecia ainda desconhecida. Imaginando um mundo em que as ideias pudessem circular livremente, Condorcet defendeu que progresso das Luzes exigia a liberdade de criação, reprodução e difusão do conhecimento e da arte, o que tornaria indevida qualquer apropriação individual dos bens culturais.

A importância das Luzes aparece também claramente em um texto posterior de Condorcet, *Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain*, escrito entre 1793 e 1794. No amplo quadro apresentado do progresso do espírito humano, Condorcet concede um lugar de destaque à imprensa. Graças a ela, juntamente com a instrução pública, as verdades solidamente estabelecidas seriam expostas a todos os homens, permitindo o exercício universal da razão e a libertação do jugo político ou religioso (CONDORCET, 1822, p. 149-152).

A contraposição entre as teses expostas por Diderot e as defendidas por Condorcet mostra o quão amplo era o campo de dissensão existente à época e também como eram múltiplas as possibilidades que se encontravam abertas para a futura reordenação do mundo do livro (HESSE, 1991a, p. 101-105; 1991b, p. 114-117; RIDEAU, 2008). Em suma, o século XVIII foi palco de uma intensa batalha em relação ao tema da propriedade que os autores deveriam ou não ter sobre suas obras. Construções filosóficas, doutrinas jurídicas, práticas corporativas e interesses comerciais

ou políticos os mais diversos entraram em disputa. Nessa guerra, foram muitas as armas empregadas e bem variadas as táticas de que se fez uso, de modo que tentar conceber o nascimento do direito moderno de autor como uma simples conquista da Razão, ou como um mero reconhecimento praticamente consensual de um direito natural, é uma simplificação grosseira, uma evidente deturpação e até mesmo uma cegueira desonesta com relação à complexidade que marcou esse processo.

### 3 AS ALTERAÇÕES LEGAIS QUE MARCARAM O APARECIMENTO DO *DROIT D'AUTEUR*

Passemos então à crônica da legislação francesa para identificar com mais precisão quando e de que maneira foi atribuído formalmente aos autores um direito de propriedade sobre suas obras. Bem antes das leis pós-revolucionárias de 1791 e 1793, vários textos legais já haviam atribuído um direito de exploração ao autor, submetendo tais prerrogativas ao regime de direito privado comum (PFISTER, 1999, p. 207). Os seis arestos ou decisões do Conselho do Rei de 30 de agosto de 1777, conhecidos pelo título de *Arrêts de Necker*, constituem o principal documento legal nesse sentido. Pode-se dizer que vemos, pela primeira vez na França, a figura do autor aparecer como detentora de direitos. Embora ainda estejamos no seio do *Ancien Régime*, é nítido o deslizamento que faz com que o privilégio real se assemelhe cada vez mais a um direito do autor (DARNTON, 2010, p. 28-29; PFISTER, 1999, p. 364, HESSE, 1991b, p. 111).

Os arestos foram preparados pelo economista Anne Robert Jacques Turgot e pelo jurista e ministro Guillaume-Chrétien de Lamoignon de Malesherbes, que representavam a voz fisiocrata em favor de um absolutismo esclarecido. Embora Turgot não fosse mais ministro em 1777, suas reformas levadas a cabo no ano anterior criaram um contexto favorável para o fim dos monopólios, prevendo uma ampla reforma na regulação do comércio livreiro, que foi confrontado a várias resistências e terminou por fracassar. O princípio da liberdade de trabalho defendido por ele antecipou, em certo sentido, o reconhecimento do direito do autor de viver de sua atividade intelectual (PFISTER, 1999, p. 376).

Dos seis arestos, o mais significativo deles é o que trata da duração dos privilégios, pois nele vemos o claro reconhecimento de um direito de autor. Dos outros arestos, convém mencionar apenas aquele dedicado à luta contra a contrafação, comprometendo-se o rei a punir mais severamente tal prática e, para tornar a lei mais eficaz, ele, por um “ato de indulgência” (*acte d’indulgence*), eximiu de punição aqueles que, embora tivessem pirateado no passado, se comprometessem a cumprir a nova lei. Assim, um prazo foi conferido para que esses livreiros regularizassem suas posses ilegais com um carimbo assinado pelo inspetor de polícia na primeira página dos livros (FRANCE, 1777b). Já o aresto que trata da duração dos privilégios possui treze artigos antecedidos por uma longa e esclarecedora exposição de motivos, da qual cito o trecho seguinte:

[...] o privilégio de edição (*privilège en librairie*) é uma graça fundada na justiça (*grâce fondée en justice*) que tem por objeto, quando concedida ao autor, a recompensa por seu trabalho, e, quando concedida ao livreiro, a garantia do retorno de seus investimentos e a compensação por seus gastos (FRANCE, 1777a, tradução nossa).

Como o texto deixa claro, o direito do autor é visto ainda como fruto de uma graça real, não o reconhecimento de um direito natural do indivíduo, embora tal graça seja considerada “fundada na justiça”. No seio do privilégio real passa a residir uma espécie de ambivalência, dado que o mesmo passa a possuir natureza diferente, com regimes jurídicos distintos, quando concedido ao autor ou ao livreiro. E, invertendo a tendência das legislações dos séculos anteriores, é agora ao autor que o direito será prioritariamente concedido: “[...] o autor tem, sem dúvida, um direito mais garantido a uma graça mais ampla (*l’auteur a sans doute un droit plus assuré à une grâce plus étendue*)” (FRANCE, 1977a, tradução nossa).

Nesse sentido, o artigo 5º do Aresto em questão garante ao autor o direito de vender seus próprios livros, desde que detenha seus privilégios, direito esse que é considerado perpétuo e transmissível aos herdeiros. Porém, uma vez que tal direito é cedido ao livreiro, a natureza jurídica dele se modifica e o monopólio de exploração passa a extinguir-se com a mor-

te do autor, como determina o artigo 6º. Ou seja, a nova decisão atribui ao livreiro um direito de gozar do privilégio apenas enquanto o autor estiver vivo, afirmando que conceder um período de proteção superior a esse seria converter o “gozo de uma graça” (*une jouissance de grâce*) em uma “propriedade de direito” (*propriété de droit*), além de perpetuar “um favor” (*une faveur*) e consagrar um monopólio abusivo (FRANCE, 1777a). Nesse sentido, o artigo 2º impede o livreiro de solicitar qualquer prorrogação do privilégio. Em suma, enquanto permanece nas mãos do autor, o privilégio é uma propriedade dele e constitui um elemento de seu patrimônio privado (transferível a seus herdeiros), mas, uma vez nas mãos dos livreiros, o privilégio muda sua natureza e duração, perdendo o caráter de uma propriedade e ganhando a natureza de uma graça temporária.

Tal concepção contrariou, evidentemente, a pretensão dos livreiros parisienses. Em sua justificativa, o rei afirmou explicitamente que pretendia, com tal determinação, “aumentar a atividade do comércio” (*augmenter l'activité du commerce*), argumentando que mais valia um “gozo limitado, mas certo” (*une jouissance limité, mais certaine*) do que um “gozo indefinido, mas ilusório” (*une jouissance indéfinie, mais illusoire*) (FRANCE, 1777a, tradução nossa). Posteriormente, essa dupla natureza do privilégio de edição ficou ainda mais evidenciada no relatório (*compte rendu*) realizado em 1779, a pedido do Parlamento, pelo advogado geral do rei (*l'avocat général du roi*) Antoine Louis Séguier. Após analisar os novos arestos, as diversas requisições e consultas feitas e a história do instituto do privilégio de edição, ele concluiu, em defesa da nova legislação, que as prerrogativas do criador e as do cessionário não tinham realmente a mesma natureza jurídica, de onde decorria a diferença na duração do privilégio.

Os livreiros parisienses, certamente os grandes derrotados com essa mudança, reagiram imediatamente à nova legislação e provocaram uma intensa discussão jurídica (HESSE, 1991a, p. 40-45). Embora argumentassem em defesa de uma prática corporativa monopolística, é interessante perceber que o advogado dos livreiros parisienses, Cochu, defendia de maneira radical a “propriedade sagrada” (*propriété sacrée*), “evidente” (*évidente*) e “incontestável” (*incontestable*) que os autores tinham sobre suas obras (COCHU apud DOCK, 1962, p. 134). Por certo, é baseado nesse

novo direito afirmado e reconhecido pelo rei que os livreiros prosseguirão com seus argumentos e criticarão a distinção feita em razão da qualidade do titular do privilégio, tomando tal discriminação como um grave erro jurídico e uma violação ao direito natural. Isso porque, de acordo com o direito comum (*droit commun*), a transferência de um direito confere ao seu adquirente a mesma duração e prerrogativas idênticas àquelas possuídas pelo primeiro detentor (PFISTER, 1999, p. 389). Ou seja, os livreiros não atacam o direito concedido aos autores, mas sim a restrição que recai sobre esse direito quando cedido ao livreiro. Procura-se, sem qualquer dúvida, misturar os direitos do autor/criador com os do editor/empresário, dizendo-se que, ao restringir-se a possibilidade de cessão da propriedade, não é ao cessionário que se despoja, mas sim ao próprio autor. Como fica claro, defende-se o direito do autor, mas apenas para, através dele, proteger o monopólio da edição e as práticas corporativas características do mercado livreiro.

Nessa mesma linha, o advogado e ensaísta político Simon-Nicolas-Henri Linguet escreveu em 1777, nos *Annales politiques, civiles et littéraires du dix-huitième siècle*, vários ensaios sustentando que os privilégios eram declarativos (e não constitutivos), ou seja, que eles “nada davam aos autores” (*le privilège ne donne rien à l’auteur*) que já não fosse deles por direito, de modo que a concessão do privilégio aos autores não passava de um mero reconhecimento oficial de uma propriedade natural, e não o resultado de uma liberalidade do rei (LINGUET, 1777, p. 28-29). Linguet sustentou ainda que a afirmação de que o privilégio seria uma “graça fundada na justiça” era uma contradição nos próprios termos, posto que uma justiça não poderia nunca ser uma graça (LINGUET, 1777, p. 26). Reforçando o caráter natural da propriedade dos autores, Linguet também considerou ilógico o privilégio mudar de natureza simplesmente porque mudou o beneficiário. Sendo assim, defendeu a duração ilimitada do direito do autor: “[...] dado que é a propriedade que o motiva, então não pode perecer” (*parce que la propriété qui le motive, ne peut pas périr*) (LINGUET, 1777, p. 30, tradução nossa).

Apesar das reações contrárias, as disposições dos arestos de 1777 não sofreram grandes alterações até 1789, quando a Revolução desenca-

deu novas mudanças. Grupos mais libertários, influenciados por Condorcet, voltaram-se contra todo resquício da censura e defenderam o exercício ilimitado da liberdade de imprensa, sem qualquer monopólio ou propriedade sobre as criações intelectuais. Em oposição a tal postura, com o apoio dos livreiros parisienses, outros defenderam o respeito à propriedade literária sagrada, inviolável e eterna. Grupos mais moderados, por sua vez, reivindicaram uma propriedade literária limitada, na forma de um monopólio temporário de exploração. De certa forma, nos anos que se seguiram à Revolução, diversos projetos de lei, panfletos e discursos apontaram para as mais variadas direções, em uma batalha que encontrou uma conciliação instável com a aprovação das leis de 1791 e 1793.

Enquanto uma nova regulação era discutida, os livreiros parisienses tentaram insistentemente influenciar a Assembleia Nacional, destacando o perigo político e cultural que poderia advir da livre circulação do impresso. Logo após a Revolução, embora a liberdade de imprensa tenha sido declarada e diversos privilégios reais tenham sido suprimidos, um Comitê provisório municipal de polícia de Paris, na tentativa de impedir a circulação de panfletos contrários aos novos ideais, confiou à Comunidade dos Livreiros de Paris a tarefa de controlar toda publicação (PFISTER, 1999, p. 410). Sendo assim, como ressalta a historiadora Carla Hesse, professora da University of California, Berkeley, a corporação continuou exercendo sua função principal, de policiamento de seu monopólio, de modo que, ao menos em um primeiro momento, ela parecia sair vitoriosa da Revolução (HESSE, 1989, p. 77).

Em setembro de 1790, os livreiros parisienses chegaram a enviar uma requisição à Assembleia pedindo a inteira restauração de seus privilégios. Contudo, no mesmo ano, o abade e ensaísta político Emmanuel Joseph Sieyès, sob influência de Condorcet, redigiu e apresentou à Assembleia um projeto de lei que não veio a ser aprovado, no qual a instrução pública tinha um papel de destaque. Em seu artigo 14, o projeto previa a proteção da propriedade literária, limitada a dez anos após a morte do autor, nos seguintes termos: “[...] o progresso das Luzes e, por consequência, a utilidade pública, juntam-se às ideias de justiça distributiva para exigir que a propriedade de uma obra seja assegurada ao autor

pela lei” (SIEYÈS apud PFISTER, 1999, p. 426, tradução nossa). O projeto associava também a propriedade e a responsabilidade sobre o texto, exigindo dos autores “virtudes cívicas” (*vertus civiques*). Sieyès apresentou, assim, um típico argumento utilitarista, dizendo que proteger legalmente a propriedade e o comércio das obras do espírito constituiria um meio eficaz para encorajar a criação intelectual, a utilidade pública e o progresso das Luzes (PFISTER, 1999, p. 428; HESSE, 1991a, p. 105-108).

No ano seguinte, outro projeto também não aprovado foi apresentado pelo deputado alsaciano François-Antoine-Joseph de Hell, dando voz às reivindicações dos livreiros parisienses e defendendo uma propriedade literária perpétua. Esse texto, aliás, é um dos primeiros a empregar a expressão “direito de autor” (*droit d’auteur*) como sinônimo de “direito de propriedade literária” (*droit de propriété littéraire*). A proposta de Hell, em seu artigo 3º, previa a conversão de todos os privilégios reais em propriedades invioláveis. Trata-se, na prática, ainda que envolvido por um discurso burguês, de uma volta ao *Regramento* de 1723, com direitos exclusivos de duração ilimitada aos livreiros. No seio desse projeto, a pirataria ou contrafação era tratada, mais do que como um roubo (*un vol*), como um desrespeito aos direitos humanos, sendo alvo de um arsenal repressivo extremamente vasto e severo (PFISTER, 1999, p. 436-442; HESSE, 1991a, p. 112-113).

Em 13 de janeiro de 1791, finalmente, uma lei foi aprovada, tratando do direito de representação teatral. O deputado bretão Isaac-René-Guy Le Chapelier, encarregado de escrever o relatório, pronunciou na ocasião a famosa frase: “[...] a mais sagrada, a mais legítima, a mais inatacável e, se posso assim dizer, a mais pessoal de todas as propriedades, é a obra fruto do pensamento de um escritor” (LE CHAPELIER apud PFISTER, 1999, p. 445, tradução nossa). Aboliu-se, assim, o privilégio exclusivo da *Comédie française*, que era uma corporação semelhante à dos livreiros parisienses, que gozava dos favores reais (privilégios exclusivos perpétuos) no domínio das representações teatrais.

A nova lei estabeleceu um compromisso entre a liberdade de representação e o direito do autor dramático. Não é de se estranhar que os

dramaturgos tenham sido um dos primeiros a reivindicar os direitos de autor na França, haja vista a situação particularmente difícil que a *Comédie française* lhes impunha (BONCOMPAIN, 1976, p. 92; KEWES, 1998, p. 12-13). A discussão dos direitos dos autores/dramaturgos é, aliás, particularmente interessante, pois ilustra a passagem de uma cultura teatral coletivista e performática, que priorizava o palco, a oralidade e a criação colaborativa, para uma nova cultura que passou a aproximar o teatro da poesia e a conceber a criação das peças de forma mais autoral, priorizando o texto e o indivíduo criador. Uma personagem importante nesse processo foi Pierre-Augustin Caron de Beaumarchais, que, além de escritor e homem do teatro, era um empreendedor editorial. Em 1780, ele redigiu o *Compte rendu de l’Affaire des auteurs dramatiques et des comédiens français*, atacando a *Comédie française* e defendendo o “direito dos autores dramáticos” (BEAUMARCHAIS, 2001a, p. 47). Ainda no *Ancien Régime*, o *Regramento* de 9 de dezembro de 1780 acolheu em parte suas solicitações (BONCOMPAIN, 1976, p. 323). Após a Revolução, em 1791, Beaumarchais, ainda o porta-voz dos autores dramáticos, encaminhou uma petição à Assembleia Nacional, que foi decisiva para a aprovação da lei sobre a questão no mesmo ano (BEAUMARCHAIS, 2001b; HESSE, 1991a, p. 115-116).

E pouco mais de dois anos depois, em 19 de julho de 1793, um decreto tratando do direito de reprodução em geral em apenas sete artigos foi votado pela Convenção e aprovado na França, a pedido do deputado Joseph Lakanal, que, fazendo eco às palavras de Le Chapelier, afirmou: “[...] de todas as propriedades, a menos susceptível de contestação [...] é, sem dúvida, aquela advinda das produções do gênio (*productions du génie*)” (LAKANAL apud DOCK, 1962, p. 155, tradução nossa). Cita-se aqui o famoso artigo primeiro dessa nova lei:

Os autores de escritos de todo gênero, os compositores de música, os pintores e desenhistas, que gravam imagens em quadros ou desenhos, usufruirão, ao longo de toda a sua vida, do direito exclusivo (*droit exclusif*) de vender, deixar vender, distribuir suas obras no território da República e ceder sua propriedade (*propriété*) total ou parcialmente (FRANCE, 1793, tradução nossa).

Edifica-se, assim, um regime privado para a propriedade literária, baseado no princípio da livre disposição dos bens, de modo que autor e livreiro/editor passaram a ser submetidos a um mesmo regime jurídico. Além disso, a lei manteve a obrigação do depósito legal e previu penas severas para os piratas ou contrafatores, incluindo o confisco e a aplicação de uma multa equivalente ao valor de três mil exemplares (FRANCE, 1793).

Normalmente, essa lei é vista pelos juristas como o marco do nascimento do *droit d'auteur*, a afirmação de um nobre ideal centrado na pessoa do autor e fundado em direitos naturais. Tal visão é certamente parcial e ingênua. Nascendo de uma colagem de perspectivas e de interesses dificilmente conciliáveis, fica mais fácil entender a eterna dúvida sobre a natureza desse novo direito, o que será objeto de infindáveis discussões doutrinárias. Afinal, trata-se de um direito natural, de uma propriedade do autor, de um direito da personalidade ou apenas de um monopólio temporário que serve para a promoção do conhecimento e das artes? Em suma, a natureza do direito de autor permanecerá um enigma jurídico, cabendo à doutrina e à jurisprudência atribuir, com grande esforço, algum contorno mais ou menos nítido. Mas, apesar de seu caráter lacunar e ambíguo, essas leis de 1791 e 1793 regerão, em suas linhas gerais, o direito de autor francês até 1957, influenciando também diversas legislações pelo mundo afora, inclusive no Brasil (PFISTER, 1999, p. 493).

## CONCLUSÃO

Ao reler criticamente essa página da história do direito, o objetivo deste artigo não foi minimizar a significativa transformação que aconteceu na regulação da impressão na França do século XVIII e nem negar que as mudanças legislativas ocorridas permitem falar em um nascimento do direito moderno de autor. O que se pretendeu aqui, sobretudo, foi contextualizar melhor essas mudanças e ressaltar seu aspecto extremamente conflituoso. Daí o título escolhido para este artigo, “A batalha do *droit d'auteur* na França do século XVIII”, que tem a intenção justamente de destacar o caráter bélico, os embates produzidos por uma pluralidade de vozes dissonantes.

Com o foco dirigido para o direito francês do século XVIII, procuramos salientar como a alteração no discurso dos livreiros parisienses, da antiga defesa dos privilégios reais perpétuos para a nova retórica autoral e proprietária, pode ser lida, sobretudo, como uma nova estratégia que tem por objetivo manter em funcionamento o sistema corporativo baseado em monopólios ou direitos exclusivos de exploração comercial. Olhando por debaixo do fausto dos Tribunais ou da pompa dos Parlamentos, nas entrelinhas do direito, é possível perceber como velhas práticas mercantis sobreviveram sob o manto do novo direito natural de coloração liberal. Sem censura prévia e sem privilégios reais, a Igreja e o monarca saem de cena para a entrada do novo autor proprietário, detentor de um direito sagrado e de uma ampla liberdade contratual, que servirá, a partir de então, de base para um novo rearranjo regulatório tipicamente moderno do mundo da impressão. O *Ancien Régime* colapsa, mas os negócios prosperam e precisam de novos parceiros e discursos. O grande inimigo dessa nova narrativa burguesa é o pirata, aquele que desrespeita a moral proprietária e as regras do jogo mercantil. Mais do que um respeito aos criadores e aos seus supostos direitos naturais, o que está, acima de tudo, em questão na França do século XVIII é uma nova estratégia de proteção do negócio editorial.

Para concluir, gostaríamos de lembrar alguns ensinamentos de Michel Foucault no curso *Em defesa da sociedade*, proferido em 1976 no Collège de France. O filósofo francês defendeu na ocasião uma nova maneira de olhar para a história, promovendo um “saber histórico das lutas” que faria aparecer os combates silenciados ou ocultados sob o manto dos discursos englobantes e privilegiados (FOUCAULT, 1997, p. 9-10). Foucault alerta para a necessidade de se denunciar a paz dos vencedores, de mostrar como a lei não nasce da natureza, mas sim das batalhas reais (FOUCAULT, 1997, p. 43). Em resumo, ele exorta os historiadores a olharem por debaixo daquilo que tomamos por justo ou do que foi instituído como legal (FOUCAULT, 1997, p. 48). Foi esse tipo de perspectiva, em suma, que guiou a presente investigação sobre a afirmação dos direitos modernos de autor no século XVIII. Buscamos, assim, mostrar as batalhas efetivas e a astúcia por detrás do *droit d'auteur*, que é basicamente uma construção histórica contingente e instável.

## REFERÊNCIAS

BEAUMARCHAIS, Caron de. Compte rendu de l’Affaire des auteurs dramatiques et des comédiens français [1780]. In: BAETENS, Jan (org.). **Le combat du droit d’auteur**. Paris: Les Impressions nouvelles, 2001a. p. 47-54.

BEAUMARCHAIS, Caron de. Pétition à l’Assemblée nationale: contre l’usurpation des propriétés des auteurs par des directeurs de spectacles, lue par l’auteur au Comité d’instruction publique le 23 décembre 1791. In: BAETENS, Jan (org.). **Le combat du droit d’auteur**. Paris: Les Impressions nouvelles, 2001b. p. 55-62.

BIRN, Raymond. Malesherbes and the call for a free press. In: DARNTON, Robert; ROCHE, Daniel (eds.). **Revolution in print: the press in France: 1775-1800**. Berkeley/London: University of California Press, 1989. p. 50-66.

BONCOMPAIN, Jacques. **Auteurs et comédiens au XVIIIe siècle**. Librairie Académique Perrin, 1976.

CONDORCET, Jean-Antoine-Nicolas de Caritat, marquis de. **Esquisse d’un tableau historique des progrès de l’esprit humain**. Suivie de Réflexions sur l’esclavage des nègres [1795]. Paris: Masson et Fils, 1822. Disponível em: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k281802/f3.image>. Acesso em: 13 maio 2020.

CONDORCET, Jean-Antoine-Nicolas de Caritat, marquis de. Fragments sur la liberté de la presse [1776]. In: CONDORCET, Jean-Antoine-Nicolas de Caritat, marquis de. **Œuvres de Condorcet**. Tome 11. Paris: Firmin Didot Frères, 1847. p. 253-314.

DAVID, Michel-Antoine. Droit de copie. In: DIDEROT, Denis; D’ALEMBERT, Jean le Rond (eds.). **Encyclopédie ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers**, vol 5. Paris: Briasson / David / Le Breton / Durand, 1755. p. 146-147. Disponível em: <https://www.biodiversitylibrary.org/item/159489#page/174/mode/1up>. Acesso em: 13 maio 2020.

DIDEROT, Denis. **Carta sobre o comércio do livro** [1763]. Tradução: Bruno Feitler. Prefácio de Roger Chartier. Título original: Lettre sur le commerce de la librairie. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2002.

DOCK, Marie-Claude. **Contribution historique à l’étude des droits d’auteur**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1962.

CHARTIER, Roger. Qu’est-ce qu’un auteur? Révision d’une généalogie. **Bulletin de la Société Française de Philosophie**, n. 4, p. 1-37, 2000.

DARNTON, Robert. **Bohème littéraire et révolution: le monde des livres au XVIIIe siècle**. Tradução: Éric de Grolier. Paris: Gallimard, 2010.

FELTON, Marie-Claude. When authors made books: a first look at the content and form of self-published works in Paris (1750-1791). **European Review of History / Revue européenne d'histoire**, v. 17, n. 2, p. 241-263, 2010. Disponível em: <http://www.academia.edu/391843>. Acesso em: 13 maio 2020.

FOUCAULT, Michel. **Il faut défendre la société**: cours au Collège de France (1976). Paris: Seuil/Gallimard, 1997.

FOUCAULT, Michel. Qu'est-ce qu'un auteur? (1969). In: FOUCAULT, Michel. **Dits et Écrits**, vol. I. Paris: Gallimard, 2001. p. 817-849.

FOUCAULT, Michel. Nietzsche, a genealogia, a história (1971). In: FOUCAULT, Michel. **Ditos e escritos**, vol. II: arqueologia das ciências e história dos sistemas de pensamento. Organização: Manoel Barros da Motta. Tradução: Elisa Monteiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 260-281.

FRANCE. **Règlement pour la Librairie et Imprimerie de Paris, arrêté au Conseil d'État du Roy, Sa Majesté y étant, le 28 février 1723**. Paris: L'Imprimerie Royale, 1723. Disponível em: <http://gallica.bnf.fr>. Acesso em: 18 dez. 2012.

FRANCE. **Arrest du Conseil d'État du Roi portant sur la durée des privilèges en librairie. Du 30 août 1777**. Lille: L'Imprimerie N.J.B. Peterinck-Cramé, Imprimeur ordinaire du Roi, 1777a. Disponível em: <http://gallica.bnf.fr>. Acesso em: 18 dez. 2012.

FRANCE. **Arrest du Conseil d'État du roi concernant les contrefaçons des livres, soit antérieures au présent Arrêt, soit celles qui seront faites en contravention des défenses portées audit Arrêt. Du 30 août 1777**. Lille: L'Imprimerie N.J.B. Peterinck-Cramé, Imprimeur ordinaire du Roi, 1777b. Disponível em: <http://gallica.bnf.fr>. Acesso em: 18 dez. 2012.

FRANCE. **Décret de la Convention Nationale du 19 juillet 1793, l'an deuxième de la République Française relatif aux droits de propriété des auteurs d'écrits en tout genre, compositeurs de musique, peintres et dessinateurs**. (Avec le rapport de Lakanal). 1793. Disponível em: [www.copyrighthistory.org](http://www.copyrighthistory.org). Acesso em: 18 dez. 2012.

HESSE, Carla. Economic upheavals in publishing. In: DARNTON, Robert; ROCHE, Daniel (eds.). **Revolution in print: the press in France, 1775-1800**. Berkeley/London: University of California Press, 1989. p. 69-97.

HESSE, Carla. **Publishing and cultural politics in revolutionary Paris, 1789-1810**. Berkeley: University of California Press, 1991a. Disponível em: <http://ark.cdlib.org/ark:/13030/ft0z09n7hf/>. Acesso em: 13 maio 2020.

HESSE, Carla. Enlightenment Epistemology and the Laws of Authorship in Revolutionary France, 1777-1793. In: POST, Robert (ed.). **Law and the order of**

**culture.** Berkeley: University of California Press, 1991b. p. 109-131. Disponível em: <http://ark.cdlib.org/ark:/13030/ft9q2nb693/>. Acesso em: 13 maio 2020.

JASZI, Peter. Toward a theory of copyright: the metamorphoses of “authorship”. **Duke Law Journal**, v. 1991, n. 2, p. 455-502, 1991.

KEWES, Paulina. **Authorship and appropriation: writing for the stage in England, 1660-1710.** Oxford University Press, 1998.

LINGUET, Simon-Nicolas-Henri. **Annales politiques, civiles et littéraires du dix-huitième siècle.** Tomo III. Londres. 1777. Disponível em: <http://gallica.bnf.fr>. Acesso em: 19 dez. 2012.

LOUGH, John. **L'Écrivain et son public: commerce du livre et commerce des idées en France du Moyen Âge à nos jours.** Tradução do inglês: Alexis Tadié. Paris: Le Chemin Vert, 1987.

MALESHERBES, Chrétien-Guillaume de Lamoignon de. **Mémoires sur la librairie. Mémoire sur la liberté de la presse.** Apresentação de Roger Chartier. Paris: Imprimerie nationale, 1994.

PFISTER, Laurent. **L'auteur, propriétaire de son œuvre: la formation du droit d'auteur du XVIIe siècle à la loi de 1957.** 1999. Tese (Doutorado em Direito) - Faculté de Droit, de Sciences Politiques et de Gestion, Université Robert Schuman (Strasbourg III), Strasbourg, 1999.

RIDEAU, Frédéric. Commentary on Condorcet's Fragments on the Freedom of the Press (1776). In: BENTLY, L.; KRETSCHMER, M. (eds.). **Primary Sources on Copyright (1450-1900).** 2008. Disponível em: [www.copyrighthistory.org](http://www.copyrighthistory.org). Acesso em: 28 jul. 2010.

**Recebido:** 06/10/2021

**Aprovado:** 12/06/2022

# RESENHA: “CURSO DE CONCORRÊNCIA DESLEAL”

## Review: “Unfair competition course”

Marcos Wachowicz<sup>1</sup>

### RESUMO:

Trata-se de resenha do livro “Curso de Concorrência Desleal”, de Pedro Marcos Nunes Barbosa, que não apenas analisa o tema da concorrência desleal e suas imbricações, mas apresenta um enfoque crítico aos fenômenos de comercialização do Direito Civil.

**Palavras-chave:** Concorrência Desleal; Direito Civil; Direito Comercial.

### ABSTRACT:

*The text reviews the book “Unfair Competition Course”, by Pedro Marcos Nunes Barbosa, which not only analyzes the theme of unfair competition and its imbrications, but also presents a critical approach to the commercialization phenomena of Civil Law.*

**Keywords:** *Unfair competition; Civil law; Commercial law.*

A obra “Curso de Concorrência Desleal” escrita pelo Professor Pedro Marcos Nunes Barbosa no ano corrente, está dividida em três partes e nove capítulos dos quais:

- a primeira parte intitulada de “As situações Jurídicas Subjetivas do Direito Civil nos Ambientes de Concorrência e da Rivalidade”.
- a segunda parte intitulada de “As situações Jurídicas Subjetivas da Concorrência Desleal e os Novos Paradigmas”.
- a terceira e derradeira parte intitulada de “As situações Jurídicas Subjetivas do Aproveitamento Parasitário e o Diálogo com a Rivalidade e a Concorrência.

---

<sup>1</sup> 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.

O texto em sua objetividade e coesão busca por meio de dissertação não apenas analisar o tema da concorrência desleal e suas imbricações, mas apresentar um enfoque crítico aos fenômenos de comercialização do Direito Civil, como: o empréstimo não-adaptado de institutos típicos à fungibilidade e disputa de clientela para eixos fiduciários, o paternalismo jurídico, e a necessidade de incentivo a regulação que melhore a qualidade da concorrência no país.

Na primeira parte o Professor Pedro Marcos Nunes Barbosa, apresenta de forma peculiar conceitos das relações jurídicas complexas quais sejam a rivalidade e concorrência e suas características deveras antagônicas, o que se estende ao regime jurídico.

Ainda na primeira parte, é apresentado os perfis da concorrência e a liberdade de competir seguida da necessidade de uma vigilância incansável do Direito, a fim de evitar que se transforme em um instrumento para ilegalidades, abusos e desvios, visualizados no comparativo entre concorrência ilegal, interdita e desleal.

Na segunda parte, contempla um recorte histórico-legislativo, por meio do diálogo entre fontes com o Tratado-Contrato da Convenção União de Paris (CUP), o Decreto Legislativo nº 1.355/1994, a Constituição Federal Brasileira de 1988, Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002, com minuciosa atenção a boa-fé objetiva (empresarial-concorrencial).

Dando continuidade a segunda parte, sua abordagem perfaz o perfil contemporâneo da concorrência desleal, que pode ser averiguada usando o critério da deontologia profissional, ou seja, um conjunto de normas, princípios e deveres que regulam comportamentos exigíveis em um profissional, mesmo que inexistente a sua positivação – “ethos”, entendido como hábito ou costume.

Isso porque há possibilidade de ocorrer violação do “ethos” profissional, e conseqüentemente um indício da deslealdade competitiva, em razão da liberdade de competição, como a exemplo da publicidade, considerada um dos principais vetores de concorrência desleal.

Contudo, importante observar que a violação do “ethos” profissional jamais servirá como critério determinante de concorrência desleal, já que a violação de retidão profissional pode atingir núcleos de interesses distintos do competitivo.

Isso se deve ao fato que as violações éticas continuam tendo natureza de “ethos” mesmo que o agente econômico seja monopolista de fato, e porque muitas profissões são reguladas por códigos e legislações que não poderiam ser mercantilizadas para serem suscetíveis de concorrência, salvo por uma interpretação extensiva.

Por fim, o autor apresenta o exercício da deslealdade com um enfoque contemporâneo, que desafiam a aplicabilidade dos critérios já utilizados nas formas clássicas de causar dano, haja vista a inexistência de um rol taxativo de atos de concorrência desleal.

Os atos de concorrência desleal decorrem de uma situação jurídica específica abusiva, capaz de gerar responsabilidade objetiva, que para a doutrina e jurisprudência podem ser fixados por certos atos reiterados por seus agentes nos mais variados mercados.

Tais atos devem ser tidos como: injustos, danosos, distantes da calculabilidade de um ator proativo daquele mercado e fora da normalidade do “ethos” daquele setor, para que sejam considerados desleais.

Deste modo, é possível observar que há uma inesgotável fonte de abuso do direito de concorrer, que em razão do aprimoramento de sua(s) técnica(s), detectar a origem do dano se torna mais difícil por estar inserido nos núcleos de interesse da concorrência.

No que pese a terceira parte da obra, é dedicada a estudar as variações da teoria da concorrência desleal, bem como as considerações de ordem prática em detrimento dos ambientes teóricos.

Observa-se uma tendência internacional de que a propriedade intelectual no ambiente legislativo expanda suas fronteiras a prática concorrência desleal para todas as profissões.

As tutelas não estão mais alcançando as profissões estritamente mercantis, mas as intelectuais (segundo setor), em razão da divulgação

de seus produtos e o comportamento no mercado, já que a meta pela qual a concorrência se manifesta é a clientela, entendida pela doutrina como destinatário imediato.

Em síntese, na legislação brasileira independentemente de quem seja o emissor, primeiro, segundo ou terceiro setor, não haveria mais campo de exclusão profissional para os atos de concorrência desleal.

Tais atos, segundo autor, estão situados em relações empresariais nas quais há uma disputa efetiva da clientela, ou ao menos potencial, sendo ambas suscetíveis de repreensão na esfera cível.

Todavia, ao se tratar da concorrência desleal parasitária, esta requer que o ato ilícito seja reiterado, e em situação similar ao concurso de condutas danosas tipicamente elencadas no direito penal.

Pospor-se a tais condutas danosas uma sanção mais severa, haja vista o bem jurídico ser atingido em escala exponencial, sujeitando também os demais núcleos de interesses, a suportar os impactos negativos.

Assim, o emissor da conduta danosa, ora ofensor reiterado age habitualmente seja de forma ostensiva, seja camuflada. Quando ostensiva, mesmo que os danos causados sejam reiterados é mais fácil de ser observada e sancionada. A camuflada, é observada a médio e a longo prazo, requerendo uma maior atenção.

Para tanto, ao entender-se que a concorrência desleal é uma conduta típica ao abuso de direito, o artigo 187 do Código Civil de 2002, urge em determinar que tal conduta atrai para o ofensor a responsabilidade civil objetiva.

Isto porque da hermenêutica do referido artigo se extrai que comete também ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, acaba ultrapassando os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pelos bons costumes ou pela boa-fé.

Entretanto, ainda no Código Civil de 2002 no Título IX, estão consignadas fontes normativas concernentes a hipóteses de responsabilidade civil objetiva, seja pelo fator do risco criado, intrínseco a atividade empresarial, das escolhas empregatícias formuladas ou pelo réu-Estado ou

pelos prestadores de serviço público nesta qualidade, não sendo obrigado o ofendido a demonstrar à culpa do ofensor.

Apesar do ofendido não ser obrigado a demonstrar à culpa do ofensor, não se pode renunciar a demonstração do dano, haja vista ser o objeto da decisão meritória a justificar e fundamentar o valor a ser indenizado oriundo da conduta ofensiva.

O dano há que ser concreto, ou seja, que seu(s) prejuízo(s) são reais, e não apenas presumidos, pois conforme o artigo 186 do Código Civil de 2002, os requisitos são ao dano são cumulativos, e perfaz o dever de reparar a ofensa, por violação de direito ou prática de dano a outrem.

Assim sendo, a culpa do ofensor é irrelevante para a determinação do *quantum debeatur* (valor da indenização), que a responsabilidade civil abrange os danos patrimoniais e extrapatrimoniais, que o grau de culpabilidade e a reiteração do ato ofensivo podem ser um critério para o dever de reparar, e que as tutelas inibitórias ao contrário do pleito compensatório, podem ser os meios mais eficazes à inibição das condutas desleais, já que não se exige prova do dano, nem da culpa, conforme artigo 5º, X da Constituição Federal Brasileira de 1988 e artigo 12 do Código Civil de 2002.

**Recebido:** 14/06/2022

**Aprovado:** 28/06/2022

**RRDDIS**

## 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, Intelectual & 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.

