

UM PANORAMA ACERCA DO REQUISITO DA ORIGINALIDADE À LUZ DOS NÍVEIS PORTUGUÊS E DA UNIÃO EUROPEIA

AN OVERVIEW OF THE REQUIREMENT OF ORIGINALITY IN THE LIGHT OF THE PORTUGUESE AND EUROPEAN UNION LEVELS

Claudia Marchetti da Silva

  silva-claudia@edu.ulisboa.pt

Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade Metodista de São Paulo, Doutoranda em Direito Fiscal pela Universidade de Lisboa. Investigadora do Centro de Investigação de Direito Europeu, Económico, Financeiro e Fiscal.

Yara Medeiros da Nóbrega

  yara_nobrega@hotmail.com

Bacharela em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ. Mestranda em Direito e Ciência Jurídica na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Advogada.

A originalidade consiste em um dos mais notórios, porém igualmente complexos requisitos de proteção autoral das obras. O presente artigo busca, assim, de forma sucinta aclarar tal critério, apresentando os principais posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais referentes à matéria, tanto especificamente no ordenamento jurídico português, quanto em nível da União Europeia, aplicável aos países-membros, bem como abordar as indefinições em torno desse requisito quando o “autor” da obra é a inteligência artificial, possibilitando uma visão mais abrangente e complementar sobre a matéria. Diante da exposição afere-se que diferentes elementos são associados ao quesito a que presentemente se alude, bem como fatores com os quais não se confunde, revelando também a importância das decisões dos tribunais para o esclarecimento de seu conteúdo. A abordagem do presente trabalho, diante do escrutínio da legislação, doutrina e jurisprudência no intuito de verificar as prin-

Originality is one of the most notorious, but equally complex, copyright protection requirements for works. This article therefore seeks to briefly clarify this criterion, presenting the main doctrinal and jurisprudential positions relating to the matter, both specifically in the Portuguese legal system and at the level of the European Union, applicable to member countries, as well as address uncertainties surrounding this requirement when the “author” of the work is artificial intelligence, enabling a wider and complementary view on the subject. In view of the exposition, it is verified that different elements are associated with the issue currently mentioned, as well as factors with which it is not to be confused with, also revealing the importance of court decisions in the clarification of its content. The approach of this work, in view of the scrutiny of legislation, doctrine and jurisprudence in order to verify the main provisions relating to the requirement of originality, took place in a qualitative modality, focused on the subjective

cipais disposições atinentes ao requisito da originalidade, deu-se na modalidade qualitativa, voltada ao aspecto subjetivo e exploratório, com dados não quantificados; objetivo de natureza descritiva, que elucida o objeto de análise e relação entre elementos; e procedimentos/técnicas eminentemente bibliográfica.

Palavras-chave: Direitos autorais. Originalidade. Ordenamento jurídico português e europeu.

and exploratory aspect, with unquantified data; objective of a descriptive nature, which elucidates the object of analysis and the relationship between elements; and eminently bibliographic procedures/techniques.

Keywords: Copyright. Originality. Portuguese and European legal system.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO; 2 O REQUISITO DA ORIGINALIDADE NO SISTEMA AUTORAL; 2.1 A ORIGINALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS; 2.1.1 A Originalidade na União Europeia; 3 ARTE, ORIGINALIDADE E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL; 4 CONCLUSÕES; REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Desde os primórdios da humanidade até os tempos hodiernos o ser humano busca meios de expressar sentimentos, anseios e desejos diante da vida. Desta forma, qualquer sistema jurídico dotado de garantias fundamentais resguarda tais manifestações, o que pode ocorrer por uma multiplicidade de vieses, sendo um dos meios para tal os direitos autorais.

Resta esclarecer, nessa senda, que nem todas as exteriorizações são protegidas pelo sistema autoral, mas apenas aquelas que atendam às exigências delimitadas nos respectivos sistemas jurídicos. No ordenamento português, a definição de obras protegidas pelo sistema autoral reside no artigo 1º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (CDADC), doravante referenciado apenas como CDADC, que as considera, segundo o nº 1 de tal artigo, criações intelectuais dos domínios literário, científico e artístico.

Não se encerram no artigo supra as delimitações referentes às obras protegidas, pois através do artigo 2º do CDADC introduz-se a originalidade, considerado um dos basilares e mais complexos requisitos de proteção.

Tendo em conta a característica de Portugal como país-membro da União Europeia, cujo posicionamento acerca dos direitos autorais estende-se aos componentes, expõe-se os principais posicionamentos doutrinários e decisões judiciais acerca da matéria tanto especificamente no ordenamento português, quanto em nível comunitário, possibilitando uma compreensão mais abrangente e complementar sobre o requisito da originalidade.

Mas a originalidade, como expressão criativa, é uma atividade exclusivamente humana?

Ser criativo, é uma condição que se deve, segundo o neurocientista António Damásio, à presença da mente. Há dois dispositivos que derivam da mente: o sentimento e a consciência (DAMÁSIO, 2020, p. 52-53). Embora as máquinas tenham ganhado outro significado na medida que puderam realizar tarefas, não somente físicas, mas cognitivas, que costumavam ser exclusivamente humanas, não sentem (apenas simulam) e muito menos são dotadas de consciência. Por outro lado, podemos conceber a inteligência artificial como mero instrumento, tal como um pincel ou uma máquina fotográfica.

Pois bem, esclarecido o conteúdo a ser destrinchado, passa-se a algumas considerações iniciais acerca da originalidade que, conforme será exposto posteriormente, assemelham-se também à realidade depreendida na jurisdição portuguesa.

2 O REQUISITO DA ORIGINALIDADE NO SISTEMA AUTORAL

No tocante à matéria a ser tutelada pelo sistema autoral, dois passos podem ser aferidos, sendo o primeiro a verificação da expressão presente em uma das categorias prescritas na lei e, em seguida, a apuração de sua correspondência com os critérios legais. (GODSTEIN; HUGENHOLTZ, 2019, p. 176).

A originalidade, assim, consiste em um notório requisito de proteção (KOESSLER, 2012, p. 1; MARGONI, 2016, p. 3) sendo responsável pela linha tênue que define os trabalhos a serem abarcados, ou não, pela tutela (SHERMAN, 2002, p. 407; MARGONI, 2016, p. 3). Por vezes referida como pedra angular ou pedra de toque, sua relevância é reconhecida tanto pela lei, quanto pelos tribunais (VALLÉS, 2009, p. 102).

Nessa seara, Mario Are preconiza a existência de duas acepções possíveis para a originalidade, sendo a primeira subjetiva e relacionada com a origem, de modo que tal elemento concerne à obra como oriunda de pessoa determinada (ARE, 1963, p. 59). Em contrapartida, o escopo objetivo refere-se à distinção das obras em decorrência de suas características particulares (ARE, 1963, p. 60).

Tal elemento não se traduz, todavia, numa questão simplória Vallés (2009, p. 102), assente que uma concepção inexpressiva de seu conteúdo prejudica a função do sistema autoral (ROSATI, 2018, p. 598).

No plano internacional, ressalta-se que a noção da originalidade já estava presente no momento inicial do processo de criação da Convenção de Berna (JUDGE; GERVAIS, 2009, p. 399), constando de forma implícita (MARGONI, 2016, p. 3).

Reflete, ademais, a relação entre o artista e seu trabalho (CAMP, 2007, p.255), que, efetivamente, busca sempre a característica de ser original, mesmo que a interpretação seja diversa entre pessoas (JUDGE; GERVAIS, 2009, p. 376).

Ou seja, percebe-se que a compreensão atinente ao requisito da originalidade é vital para o enquadramento da obra como protegida pelos direitos de autor, reconhecida assim não apenas doutrinariamente, mas também pelas cortes. Não obstante, na medida em que se revela um critério importante, a apreensão do seu cerne revela-se uma questão intrincada.

Tendo em conta que as decisões do sistema jurídico devem ser justas, o entendimento referente ao seu conteúdo revela-se um mister, e a assimilação do seu conteúdo em termos desconexos pode prejudicar o próprio intuito do sistema autoral. Desse modo, passa-se a abordar tal requisito no cenário português através da exposição de sua presença no CDADC e as principais apreensões doutrinárias e jurisprudenciais.

Possibilita-se, assim, a instrução e aprofundamento de conhecimentos acerca da matéria para os leitores lusitanos, bem como a expansão de saberes para os brasileiros, que se deparam com a sua acepção em outros ordenamentos.

2.1 A ORIGINALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

Acerca da originalidade no sistema autoral português, o art. 2º do CDADC assevera:

Artigo 2.º (Obras originais)

1- As criações intelectuais do domínio literário, científico e artístico, quaisquer que sejam o género, a forma de expressão, o mérito, o modo de comunicação e o objectivo, compreendem nomeadamente: [...]

2- As sucessivas edições de uma obra, ainda que corrigidas, aumentadas, refundidas ou com mudança de título ou de formato, não são obras distintas da obra original, nem o são as reproduções de obra de arte, embora com diversas dimensões. (PORTUGAL, 1985)

Conforme é sabido, para que as obras sejam resguardadas pelo sistema autoral devem atender aos requisitos dispostos em lei (VIEIRA, 2005, p. 251). Através da epígrafe do art. 2º, cuja descrição contém a referência às obras originais, introduz-se o critério da originalidade (AKESTER, 2019, pp. 41-42), decorrendo tal exigência não apenas do artigo 2º, mas igualmente do art. 3º (AKESTER, 2019, p. 44; AKESTER, 2013, p. 75).

A originalidade, assim, consiste em uma condição essencial de resguardo, de modo a apartar as produções abarcadas pelo âmbito de proteção autoral, das excluídas de tal tutela (RENDAS; SILVA, 2019, p. 10; ROCHA, 2008, p. 733).

O artigo em comento novamente apresenta a noção de criação intelectual ou do espírito, e apresenta elementos negativos que não interferem na concessão da guarida, (AKESTER, 2019, p. 41) ressaltando que a lista de categorias é meramente exemplificativa (AKESTER, 2019, p. 48).

Aspectos relevantes sobre o requisito consistem na sua interligação com a criação, (ROCHA, 2008, p. 752) bem como com a criatividade, sendo a obra a expressão da personalidade de seu autor (REBELLO, 1994, p. 87). Com efeito, da criatividade depreende-se a marca pessoal do autor (ASCENSÃO, 1992, p. 91).

Em sentido oposto, a originalidade não se confunde com a novidade (Rebello, 1994, p.87), tampouco com o mérito (ROCHA, 2011, p. 167). Podem ser apresentados como componentes da originalidade no sistema português a ausência de cópia e individualidade (AKESTER, 2019, p. 46). Reconhece Alexandre Libório Dias Pereira que tal critério possui especialmente um sentido negativo, tanto de irrelevância do mérito, quanto da natureza utilitária ou funcional para fins de proteção (PEREIRA, 2008, p. 390).

Em que pese tais considerações doutrinárias, é de suma importância ressaltar que a lei não elucida acerca do conceito de originalidade (AKESTER, 2019, p. 44; AKESTER, 2013, p. 75). Desta feita, diante da ausência de uma definição de seu conteúdo, afirma-se que a originalidade é um conceito aberto (ROCHA, 2011, p. 163).

Há, assim, dificuldade na verificação de sua presença em uma obra, à semelhança do que ocorre em aferir separação entre a ideia e forma pela qual se exterioriza (Rebello, 1994, p. 89). Diante da falta de definição legal, as decisões acerca da temática revestem-se de importância especial ao possibilitar a análise e elucidação do requisito.

No tocante à jurisprudência acerca da matéria, Patrícia Akester assevera que são associados à originalidade os seguintes elementos: marca pessoal do autor,

individualidade, ausência de banalidade, bem como novidade (AKESTER, 2019, p. 45; AKESTER, 2013, p. 76). Devendo-se ressaltar nesta última hipótese que, segundo José Alberto Vieira, a novidade não é requisito para concessão da tutela (VIEIRA, 2005, p. 266).

Apresentam-se também decisões constantes no livro *Direito de Autor nos Tribunais*, das quais se destacam três no presente momento. O primeiro caso (*Parabéns a você*, Tribunal da Relação de Lisboa, 1993), remete a um plot de programa televisivo semelhante a um já existente, salientando-se na decisão a ponderação da irrelevância do valor literário, artístico ou científico, sendo significativo, sim, a originalidade. Reconhece, ademais, três elementos para a proteção da criação, quais sejam: a intelectualidade, exteriorização e originalidade. Decidiu-se, ao final, pela ausência de violação (RENDAS; SILVA, 2019, pp. 31-36).

Em seguida, caso *Réplica de Coração Humano*, Tribunal da Relação do Porto, 2004, remete a uma criação de um coração feita por um assistente, que sofreu uma alteração desautorizada para fins de divulgação de um filme. Um elemento considerável na decisão é o reconhecimento de que não há originalidade na obra, pois apenas reproduziu um coração tal como é, e que nem todas as obras são passíveis de proteção, apenas as que apresentem criatividade, expressa na personalidade do autor. Diante da ausência da originalidade, não foi concedida proteção (RENDAS; SILVA, 2019, pp. 36-39).

O terceiro caso (*Enunciado de Exames Nacionais*, Tribunal da Relação de Lisboa, 2018), refere-se à publicação de exames nacionais, tendo-se decidido pela ausência de sua caracterização como obra. Notável a ponderação de que a criação é emergente do espírito humano, sendo necessária a criatividade que, por muitas vezes, é usada como sinônimo de originalidade, e o reconhecimento da ausência de mérito para fins de tutela (RENDAS; SILVA, 2019, pp. 49-63).

Para a proteção das obras pelo sistema autoral deve-se atentar a criatividade nelas contida, sendo possível, através desta, a separação entre obras originais e equiparadas (REBELLO, 1994, p. 67).

Os elementos para que a criação intelectual seja obra tutelada, são, pois, a originalidade, a possibilidade de apreensão sensorial, uma expressão comunicativa literária ou artística, oriunda de esforço criativo, não relevando o mérito ou o caráter funcional (PEREIRA, 2008, p. 392).

Perante o exposto, afere-se que, à semelhança do verificado na perspectiva geral, no sistema português reside na originalidade o elemento que possibilita identificar obras abarcadas ou excluídas do âmbito de proteção autoral.

Diante da ausência de definição legal para seu conteúdo, para o esclarecimento da sua aceção, por sua vez, identificam-se duas perspectivas: os elementos associados a tal critério e os elementos que com ele não se confundem; e nas decisões judiciais são analisadas diferentes vertentes para a deliberação. Identificou-se, no geral, a mormente conexão do elemento em questão com a criatividade, na vertente de marca pessoal do criador.

Diante da categoria de Portugal como país que se encontra inserido na União Europeia, deve observar os preceitos exarados neste âmbito, que dispõe de instrumentos como as Diretivas, que visam harmonizar e implementar medidas legais, inclusive em relação aos direitos autorais.

Conforme será exposto, verifica-se a originalidade abordada em Diretivas, bem como matéria submetida à crivo de decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE). A compreensão deste requisito essencial de proteção para obras nesta esfera revela-se expediente valioso por si só, relevância acrescida na medida em que possibilita a visão complementar à exposição no contexto português, acarretando uma percepção abrangente sobre a matéria.

2.1.1 A Originalidade na União Europeia

Conforme já mencionado anteriormente, a atribuição central para a tutela autoral consiste na originalidade dos trabalhos (EECHOUD; HUGENHOLTZ; GOMPEL; GUIBAULT; HELBERGER, 2009, p. 40), revelando tal apontamento igualmente uma regra a nível comunitário.

Nesse tocante, grande parte dos países, ao invés de expressar o requisito de forma explícita, notória, o introduz implicitamente quando da descrição da matéria protegida (VALLÉS, 2009, p. 106).

Esclarece-se, de início, que sobre tal requisito são constatadas duas formas de harmonização, sendo a primeira vertical e de natureza legislativa, proveniente das Diretivas (MARGONI, 2016, p. 8). A segunda, horizontal, é oriunda das decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia, daqui em diante referenciado como TJUE, sobre a matéria (MARGONI, 2016, p. 8).

Referente à primeira hipótese, tem-se que o mercado interno foi o principal propulsor da busca por uma harmonização relativa aos direitos autorais (MARGONI, 2016, p. 1; JUDGE; GERVAIS, 2009, p. 388), destacando-se, nesse segmento, os aspectos econômicos e a duração da tutela (EECHOUD; HUGENHOLTZ; GOMPEL; GUIBAULT; HELBERGER, 2009, p. 31). As matérias protegidas não eram dotadas de prioridade, especialmente tendo em conta a dificuldade em se alcançar um consenso sobre a temática (EECHOUD; HUGENHOLTZ; GOMPEL; GUIBAULT; HELBERGER, 2009, p. 31).

Não obstante, em regiões que prezam pelo mercado único, como resulta o caso da União Europeia, é necessário que haja uma aproximação de conceitos em relação aos conteúdos tutelados (VALLÉS, 2009, p. 119). Ressalta-se, todavia, que as diretivas não apresentam um conceito do work, não havendo harmonização nesse tocante, ou um entendimento comum a todos os países (VALLÉS, 2009, p. 119).

Primeiramente, o enfoque recairá na harmonização vertical, para, então, analisar-se acerca da função do TJUE no esclarecimento do requisito em comento.

Três diretivas são fundamentais e trazem em seu âmago a originalidade como requisito, quais sejam: Diretiva 96/9/CE - Relativa à Proteção Jurídica das Bases de Dados; Diretiva 2006/116/CE - Relativa ao Prazo de Proteção do Direito de Autor e de Certos

Direitos Conexos; Diretiva 2009/24/CE – Relativa à Proteção Jurídica dos Programas de Computador (AKESTER, 2013, p. 74; EECHOUD; HUGENHOLTZ; GOMPEL; GUIBAULT; HELBERGER, 2009, p. 41; Judge; Gervais, 2009, pp. 384-385).

Das diretivas, salientam-se dois aspectos primordiais. O primeiro consiste na compreensão da originalidade como criação intelectual do autor (AKESTER, 2013, p. 74; JUDGE; GERVAIS, 2009, p. 386; KARNELL, 2002, p. 75), em que pese ainda a existência de incerteza em relação ao seu significado exato (GRIFFITHS, 2014, p. 1103). O segundo traduz-se na exclusão de demais critérios para fins de outorga da proteção (JUDGE; GERVAIS, 2009, p. 386; KARNELL, 2002, p. 75), apresentando caráter negativo (Karnell, 2002, p. 75). Relaciona-se a originalidade a tal eliminação (GOMPEL; LAVIK, 2013, p. 29).

Em que pese a proibição do estabelecimento de demais requisitos de proteção, recai nos tribunais a decisão de enquadramento de um trabalho no critério de criação intelectual do autor (MARGONI, 2016, pp. 22-23). Havendo probabilidade de que estes interpretem tal critério de modo a atender seus próprios padrões (MARGONI, 2016, p. 23).

As mencionadas diretivas, todavia, não apresentam os fundamentos a justificar a eliminação de outros elementos para fins de tutela (GOMPEL; LAVIK, 2013, p. 4). Igualmente, é ausente nas legislações a explanação acerca de seu significado, como o mérito e a qualidade, acarretando incerteza (GOMPEL; LAVIK, 2013, p. 9).

Relativo à matéria protegida, elucida-se que as diretivas existentes não esgotam a totalidade de categorias aptas à tutela pelo direito de autor, havendo liberdade dos Estados-membros nesse aspecto (EECHOUD; HUGENHOLTZ; GOMPEL; GUIBAULT; HELBERGER, 2009, p. 43). Bem como os artigos a tratar da originalidade, os mencionados instrumentos legais almejam esclarecer a acepção de trabalhos literários e artísticos para os países (KARNELL, 2002, p. 74).

Ademais, registra-se também uma quarta norma com menção à originalidade, a Diretiva 2001/84/CE - Relativa ao Direito de Sequência em Benefício do Autor de uma Obra de Arte Original que Seja Objeto de Alienações Sucessivas, todavia, com sentido diverso do presentemente comentado (VALLÉS, 2009, p. 129). Veja-se, em tal regramento, o termo é usado para identificar os objetos a que se aplica, ou seja, o original, em oposição às cópias (VALLÉS, 2009, p. 130).

No tocante ao escopo de atuação da TJUE, esse tem exercido um papel fundamental na interpretação do direito autoral europeu (MARGONI, 2016, pp. 1-2). Das três fases de aproximação entre os direitos autorais e normas comunitárias, a atuação de tal instituto marca o último período (LUCAS-SCHLOETTER, 2014, p. 7).

Consiste em tópico hodierno a harmonização realizada referente à matéria protegida e originalidade (GOMPEL; LAVIK, 2013, p. 1). Para o tribunal, a acepção deste último fator revela-se na origem do trabalho por intermédio de seu autor, ou seja, na criação intelectual do autor (GOMPEL, 2014, p. 99).

Através da decisão do caso Infopaq, o TJUE abrangeu o espectro de aplicação da criação nos moldes supracitados (GRIFFITHS, 2014, p. 1103; ROSATI, 2018, p. 597), em que pese na harmonização legislativa constar apenas as diretivas (ROSATI, 2018, p. 597).

Conforme dispõe o livro Direito de Autor nos Tribunais, o caso Infopaq (TJUE, 2009) concerne a uma controvérsia acerca de uma empresa que fazia recortes de matérias de

demais jornais e fornecia o serviço de clipping de acordo com as preferências do leitor, tendo o sindicato ajuizado uma ação sobre a violação de direitos autorais, e questão prejudicial remetida ao Tribunal de Justiça (RENDAS; SILVA, 2019, pp. 39-43).

Através da Corte Europeia de Justiça estabeleceu-se que o critério de originalidade se aplicava a todos os trabalhos (LUCAS-SCHLOETTER, 2014, p. 13; GRIFFITHS, 2014, p. 1102), tendo o caso Infopaq o pioneirismo nesse sentido (GRIFFITHS, 2014, p. 1102). Questões de destaque consistiram igualmente na verificação da criatividade como forma de analisar o direito de reprodução, tal qual a aplicação de um princípio geral de interpretação pelos países membros no tocante a exceções e limitações (GRIFFITHS, 2014, p. 1102).

Associam-se à interpretação da originalidade como criação intelectual do autor, ademais, as escolhas livres e criativas (GOMPEL, 2014, p. 96). Com efeito, o TJUE preza pelas escolhas livres e criativas a fim de conceder proteção (GOMPEL, 2014, p. 100, pp. 104-105), relacionando-se este elemento à autonomia de seu criador (GOMPEL, 2014, p. 104).

Não se exigem outros critérios para a proteção das obras, sendo suficiente a criação intelectual do autor (GOMPEL, 2014, p. 95). Busca-se, com a irrelevância de fatores como o mérito, qualidade e propósito, que as cortes não avaliem a obra através de perspectivas estéticas ou financeiras (GOMPEL; LAVIK, 2013, p. 38).

Outro elemento para a exclusão de tais fatores relaciona-se com a opinião subjetiva de cada julgador diante de uma criação, de modo que se impossibilita uma interpretação jurídica comum (GOMPEL; LAVIK, 2013, p. 17). Dessa forma, as cortes não devem denegar a proteção de trabalhos por ausência de mérito ou qualidade (GOMPEL; LAVIK 2013, p. 18).

Nessa senda, a proteção das obras depende apenas da originalidade, não sendo o cumprimento de tal requisito de difícil alcance (GOMPEL, 2014, p. 95; ROSATI, 2018, p. 597). Efetivamente, em que pese a aparência de impraticabilidade em se alcançar o requisito da originalidade exigido a nível comunitário conforme o entendimento jurisprudencial, com produções eminentemente culturais, tal quadro não encontra respaldo na realidade (GOMPEL, 2014, p. 95).

Todavia, nem sempre se revela de fácil concretização o uso exclusivo do requisito da originalidade, com ausência da avaliação de algum critério qualitativo (GOMPEL; LAVIK, 2013, pp. 2-3). Na prática, o sucesso comercial de uma obra ou autores renomados parecem favorecer a tutela dos trabalhos, a despeito da proibição de demais requisitos (GOMPEL; LAVIK, 2013, p. 18).

3 ARTE, ORIGINALIDADE E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

A obra *Théâtre D'opéra Spatial* que retrata personagens de uma ópera barroca em um cenário galáctico, conquistou o primeiro lugar na categoria amadora de arte digital em um concurso de artes, pouco relevante, da Feira Estadual de Colorado, nos Estados Unidos. A interessante relevância vem do fato de que o criador, Jason Allen de Pueblo, utilizou o software *Midjourney* (ferramenta que utiliza a inteligência artificial para traduzir

em imagens perguntas em texto através de seus algoritmos¹⁾ sem que os jurados soubessem. Em sua defesa, alegou que não havia qualquer impedimento expresso no edital do concurso.

Em 2016, o banco ING e a empresa americana Microsoft, em parceria com a *Delft University of Technology* (Holanda), desenvolveram o projeto *The Next Rembrandt*²⁾. Um sistema de inteligência artificial, mais precisamente de *Deep Learning*³⁾, analisou as 346 obras conhecidas do pintor holandês Rembrandt (1606 – 1669) e criou, a partir desses dados, uma pintura inédita impressa em 3D que imita os traços e características das obras do artista. Para que isso fosse possível, foi necessária uma equipe de mais de 20 (vinte) profissionais trabalhando em tempo integral no projeto durante 18 (dezoito) meses.

Parece estranho, mas alguns robôs, mais precisamente *softwares* instrumentalizados pela inteligência artificial, já se consolidam como grandes "artistas" e "pintores" sem nunca terem sujado as mãos de tinta, como óbvio. O mais famoso deles é o Botto que faturou com a venda de suas obras de arte, desde sua criação por um programador alemão, mais de 3 milhões de dólares.

Ainda que o direito não tenha a finalidade de inovar ou emitir juízos sobre conceitos que estão fora de seu campo, tampouco estabelecer definições universais, é necessário estabelecer objetividade, tornando-os passíveis de regulamentação legal. Neste sentido, é possível questionar se tais quadros devem, realmente, ser considerados obras de arte.

A palavra "*arte*" vem do latim *ars* e corresponde ao termo grego *techne*, técnica, significando: o que é ordenado ou toda espécie de atividade humana submetida a regras. Em sentido lato, significa habilidade, destreza, agilidade. Em sentido estrito, instrumento, ofício, ciência. Seu campo semântico se define por oposição ao acaso, ao espontâneo e ao natural. Por isso, em seu sentido mais geral, arte é um conjunto de regras para dirigir uma atividade humana qualquer. Nesse sentido, falamos em arte médica, arte política, arte bélica, retórica, lógica, poética, dietética. (MELO, 2009)

A construção do significado de "*arte*" foi feita em uma época de desvalorização do trabalho manual, exclusividade dos escravos. A evolução da dignidade da arte se deu com a distinção entre o conceito de arte utilidade e arte beleza. Hoje, temos que "*arte*" (incluindo fotografia, música, cinema etc.) é uma expressão criadora ou um trabalho de expressão de interpretações humanas. A inteligência artificial estreitou as fronteiras entre arte e técnica e a tornou tênue com a presença da tecnologia de ponta nas artes.

A originalidade e exclusividade a bens digitais é definida por uma espécie de certificado digital, estabelecido via *blockchain* - um "livro de registros" onde diversas transações digitais podem ser registradas - e identificada como NFT ("*Non-fungible Token*" ou "Token não-fungível", em tradução livre). Pela sua natureza não fungível, cada NFT é um objeto

1. A palavra algoritmo, deriva do nome de um matemático do século IX chamado Alcuarismi, significa apenas um conjunto de instruções a seguir passo a passo." SUSSKIND, D. (2020). Um mundo sem trabalho. Como responder ao avanço da tecnologia. Ideias de ler, 59.

2. Pintor holandês do barroco europeu que vigorou nos séculos XVI e XVII na Europa, considerado um dos mais importantes pintores do período.

3. No *machine learning*, o sistema precisa de uma informação inicial estruturada para gerar aprendizado. Trata-se de uma ajuda humana, um "empurrão" para a máquina entender, processar a informação e finalmente aprender. O *deep learning* é uma evolução. Processa informações mais complexas pelo uso de diferentes níveis de redes neurais encontrando meios autônomos de aprender.

único. Na prática, a arte "original" pode despertar o interesse de colecionadores de arte. O NFT atrelado a um "bem" digital comum, com bilhões de cópias na Internet, serve para criar uma escassez em torno desse item, já que no meio desse bilhão de cópias, apenas uma tem esse atestado de "originalidade". Trata de um mercado bilionário em crescimento num ambiente não controlado por órgãos fiscalizadores.

A intervenção do Estado na área de inovação, com respeito às regras constitucionais, é ordenadora do conjunto de ações de regulação que deve ser estabelecida para este novo mercado. Além disso, a lei deve centrar-se no ser humano de forma a garantir os direitos individuais, proteger dos riscos e promover os benefícios da inteligência artificial.

Nesta perspectiva, a resposta legal que nos parece mais adequada, é conceituar a inteligência artificial, que depende da disponibilidade e do fluxo contínuo de dados para simular a criação de uma obra de arte, como um instrumento de amplificação das habilidades humanas e afastar, qualquer ideia, de atribuição de personalidade jurídica.

4 CONCLUSÕES

Desta feita, constatada a originalidade como requisito imprescindível, verifica-se idem a ampla escassez de definições legais, tanto nos sistemas português, quanto da União Europeia. Uma das possíveis causas para tanto poder-se-ia traduzir no intento de flexibilização do seu conteúdo de acordo com o momento vivenciado.

Independente das razões, resulta que diante da ausência cabe à doutrina realizar o escrutínio referente à temática e especialmente aos tribunais esclarecer o seu sentido em casos práticos, de modo que pode-se depreender o delineamento do critério em fatores associados ou não. Desta feita, de modo semelhante ao verificado no âmbito português, na esfera comunitária, a originalidade associa-se à criatividade, na aceção de personalidade do criador, de sua marca própria nas obras.

Não obstante a necessidade de conformidade de entendimento entre diferentes ordenamentos no caso da União Europeia, pelos múltiplos membros, pode-se considerar símile a dinâmica de delimitação do seu conteúdo nos dois domínios, pois se no caso português tem-se a exigência legal, bem como decisões para esclarecer seu conteúdo, o mesmo verifica-se no âmbito europeu por intermédio das Diretivas, que apresentam o critério, e as decisões que elucidam seu teor.

No mundo artístico, a originalidade continua um tema atual e polêmico, como atesta a recém-inaugurada exposição no Museu do Prado, em Madri, intitulada: "Nos Limites da Criatividade: Cópias, Versões, Pastiches e Falsificações", dedicada a obras decorrentes de cópias de outros trabalho, noticiada na revista Veja (PÉCHY; FIRPO, 2023, p. 81).

Diante da relevância e amplitude do critério abre-se espaço para escrutínio de outras temáticas correlatas oriundas do avanço da sociedade e tecnologia, a exemplo da correlação da originalidade com as obras de arte produzidas por inteligência artificial, abordada nesta artigo, bem como adequação de obras de arte contemporânea aos requisitos de proteção autoral, que inicialmente parecem opostas.

Assim, tem-se que para além da aferição da originalidade para proteção autoral em obras de arte tangíveis, tal requisito transcende o aspecto físico e alcança também

as obras digitais produzidas por inteligência artificial, cujo critério é atestado por meio de blockchain. O valor econômico envolvido em ambas as criações pode ser um dos fatores a impulsionar o interesse estatal em sua regulação, que, conforme asseverado, é necessário e deve ocorrer dentro de limites constitucionais. Resta acompanhar o constante desenvolvimento tecnológico vivenciado pela sociedade, e como o Estado irá manifestar-se e resguardar tais avanços, na esfera autoral ou em outras.

REFERÊNCIAS

AKESTER, Patrícia. **Direito de Autor em Portugal, nos PALOP, na União Europeia e nos Tratados Internacionais**. Coimbra: Almedina, 2013.

_____. **Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos**: Anotado. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2019.

ARE, Mario. **L'Objetto Del Diritto Di Autore**. Milão: Giuffrè. 1963.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil**: Direito de Autor e Direitos Conexos. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

CAMP, Julie C. Van. Originality in Postmodern Appropriation Art. **The Journal of Arts Management, Law, and Society**, [s.l.], v. 36, n. 4, pp.247-258, Ago. 2007. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.3200/JAML.36.4.247-258>. Acesso em: 12 dez. 2020.

DAMÁSIO, A. **Sentir e Saber**: A caminho da consciência. São Paulo: Bertrand, 2020.

EECHOUD, Mireille van; HUGENHOLTZ, P. Bernt; GOMPEL, Stef van; GUIBAULT, Lucie; HELBERGER, Natali. **Harmonizing European Copyright Law**: The Challenges of Better Lawmaking. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2009.

GODSTEIN, Paul; HUGENHOLTZ, P. Bernt. **International Copyright Law**: Principles, Law and Practice. 4. ed. Nova York: Oxford University Press, 2019.

GOMPEL, Stef van. Creativity, Autonomy and Personal Touch: A Critical Appraisal of the CJEU's Originality Test for Copyright. *In*: EECHOUD, Mireille van (Org.). **The Work of Authorship**. Amsterdã: Amsterdam University Press, 2014, pp. 95-144. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/j.ctt12877zb.6?seq=1#metadata_info_tab_contents. Acesso em: 16 out. 2020.

GOMPEL, Stef van; LAVIK, Erlend. Quality, Merit, Aesthetics and Purpose: An Inquiry into EU Copyright Law's Eschewal of Other Criteria than Originality. **Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper Series**, [s.l.], n. 2013-51, Institute for Information Law Research Paper, n. 2013-03, p. 01-39, Set. 2013. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2326425. Acesso em: 7 dez. 2020.

GRIFFITHS, Jonathan. Role Of the CJUE in The Development of EU Copyright Law. *In*: STAMATOUDI, Irini; TORREMANNS, Paul (Org.). **EU Copyright Law – A Commentary**. Cheltenham: Edward Elgar, 2014, p. 1098-1126.

JUDGE, Elizabeth F.; GERVAIS, Daniel. Of Silos and Constellations: Comparing Notions of Originality in Copyright Law. **Cardozo Arts & Entertainment Law Journal**, [s.l.], v. 27, n.2, pp. 375-408, 2009. Disponível em: https://cardozoaelj.com/wp-content/uploads/Journal%20Issues/Volume%2027/Issue%202/Judge_and_Gervais.pdf. Acesso em: 16 dez. 2020.

KARNELL, Gunnar W. G. European Originality: A Copyright Chimera. **Scandinavian Studies in Law**, [s.l.], v. 42, p. 73-81, Abr. 2002. Disponível em: <https://lawpub.se/utills/downloadsection/5441> Acesso em: 12 dez. 2020.

KOESSLER, James. Something for Nothing? The Standard of 'Originality' in Copyright Law. **SSRN**, [s.l.], p. 1-17, Dez. 2012. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2194343 Acesso em: 15 dez. 2020.

LUCAS-SCHLOETTER, Agnès. Is there a Concept of European Copyright Law? History, Evolution, Policies and Politics and the Acquis Communautaire. In: STAMATOUDI, Irini; TORREMANS, Paul (Org.). **EU Copyright Law – A Commentary**. Cheltenham: Edward Elgar, 2014, p. 7-22.

MARGONI, Thomas. The Harmonisation of EU Copyright Law: The Originality Standard. **SSRN**, [s.l.], p. 1-31, Jun. 2016. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2802327. Acesso em: 17 dez. 2020.

MELO, Argentino Campos. O Universo das Artes. Resenha Crítica do capítulo "O universo das artes" In.: CHAUÍ, Marilena. **Convite à Filosofia**. 2009. Disponível em: <https://ideiasemarteeducacao.blogspot.com/2009/05/o-universo-das-artes.html>. Acesso em 20 ago 2023.

PÉCHY, Amanda; FIRPO, Mafê. Assim É Se Lhe Parece. **Veja**, São Paulo, ano 56, n.31, p. 81-82, 9 ago. 2023.

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

PORTUGAL. **Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos**. Diário da República n.º 61/1985, Série I de 1985-03-14, Ministério da Cultura, 14 mar. 1985.

REBELLO, Luiz Francisco. **Introdução ao Direito de Autor**. V. I. Lisboa: Sociedade Portuguesa de Autores; Publicações Dom Quixote, 1994.

RENDAS, Tito; SILVA, Nuno Sousa. **Direito de Autor nos Tribunais**. 2. ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2019.

ROCHA, Maria Victória. Contributos para a Delimitação da "Originalidade" como Requisito de Protecção da Obra pelo Direito de Autor. In: DIAS, Jorge de Figueiredo; CANOTILHO, José Joaquim Gomes; COSTA, José de Faria (Org.). **Ars Iudicandi - Estudos em Homenagem ao Professor Doutor António Castanheira Neves**. V. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 733-792.

____. Obras de Arquitectura como Obras Protegidas pelo Direito de Autor. In: ALMEIDA, Carlos Ferreira de; GONÇALVES, Luís Couto; TRABUCO, Cláudia (Org.). **Contratos de**

Direito de Autor e de Direito Industrial. Coimbra: Almedina, 2011, p. 159-209.

ROSATI, Eleonora. Why Originality in Copyright is Not and Should Not be a Meaningless Requirement. **Journal of Intellectual Property Law & Practice**, [s.l.], v. 13, n. 8, p. 597-598, Ago. 2018. Disponível em: <https://academic.oup.com/jiplp/article/13/8/597/5034084>. Acesso em: 15 dez. 2020.

SHERMAN, Brad. Appropriating the Postmodern: Copyright and the Challenge of the New. *In*: MCCLEAN, Daniel; SCHUBERT, Karsten (Org.). **Dear Images: Art, Copyright and Culture**. Londres: Institute of Contemporary Arts; Ridinghouse, 2002, p. 404-419.

VALLÉS, Ramón Casas. The Requirement of Originality. *In*: DERCLAYE, Estelle (Org.). **Research Handbook on the Future of EU Copyright**. Cheltenham: Edward Elgar, 2009, p. 102-132.

VIEIRA, José Alberto Coelho. **A Protecção dos Programas de Computador pelo Direito de Autor**. Lisboa: Lex, 2005.