



RRDDIS

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

v. 5

n. 10

2025

ISSN 2763-7204

e-ISSN 2763-7220



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

Periodicidade semestral | julho/dezembro 2025

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, Heloísa G. Medeiros,
Maria Helena Japiassu Marinho de Macedo, Ligia Loregian Penkal

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.5, n.10, 2025 (jul./dez. 2025)

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

Edison Campos

Lígia Loregian Penkal

CONSELHO EDITORIAL

Alexandre Libório Dias Pereira – Universidade de Coimbra/Portugal

Angela Kretschmann – UFPR

Antônio Carlos Morato – USP

Beatriz Bugallo – Universidad de La República/Uruguai

Carla Eugenia Caldas Barros – UFS

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/Ecuador

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

José Augusto Fontoura Costa – USP

Karin Grau-Kuntz – IBPI/Alemanha

Letícia Canut – Centro Universitário Estácio

Liz Beatriz Sass – UFSC

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
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
Lígia Loregian Penkal
Maria Helena Japiassu Marinho de Macedo
Oscar Carlos Cidri Neto
Pedro de Perdigão Lana

PARECERISTAS

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

LINHA EDITORIAL (POLÍTICA EDITORIAL)

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

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

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

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

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

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

SUMÁRIO

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

Marcos Wachowicz

PARTE I

DIREITO AUTORAL E SOCIEDADE INFORMACIONAL

HOW TO PROTECT FOOD PRESENTATION BY INTELLECTUAL PROPERTY	19
--	----

*Como proteger a apresentação de alimentos por
meio da propriedade intelectual*

Maria Victória Rocha

CONTRATOS DE AGENCIAMENTO MUSICAL: A POSSIBILIDADE DE ADAPTAÇÃO DE SOLUÇÕES DO DIREITO ALIENÍGENA PARA O PROBLEMA DA FALTA DE EQUIDADE ENTRE OS PACTUANTES	81
--	----

*Musical agency contracts: the possibility of adapting foreign legal solutions to the
problem of inequity between contracting parties*

Francisco Humberto Cunha Filho | João Flávio Lima Benevides

PARTE II

AS NOVAS FRONTEIRAS DOS DIREITOS INTELECTUAIS

CUATRO BASES ESTRATÉGICAS PARA LA TRANSFORMACIÓN DIGITAL DEL ESTADO	109
---	-----

Quatro bases estratégicas para a transformação digital do Estado

Rodolfo Herrera Bravo

DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS COMO INSTRUMENTOS COMERCIALES EN LAS PLATAFORMAS DIGITALES: SITUACIONES QUE PUEDEN DERIVAR EN ILÍCITOS CONCURRENCIALES.....	133
---	-----

*Direito autoral e direitos conexos como instrumentos comerciais nas plataformas
digitais: situações que podem derivar em ilícitos concorrenciais*

Beatriz Bugallo Montaña

PARTE III

INOVAÇÃO, DIREITO DIGITAL E NOVAS TECNOLOGIAS

A RESPONSABILIDADE CIVIL PELO VAZAMENTO DE DADOS NAS PLATAFORMAS DIGITAIS	213
--	-----

Civil liability for data leaks on digital platforms

Jailson de Souza Araújo | André Rambo Batistella

ALGORITMOS E DEMOCRACIA: A RECONFIGURAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA ESFERA PÚBLICA DIGITAL	239
--	------------

Algorithms and Democracy: The Reconfiguration of Freedom of Expression in the Digital Public Sphere

Maria Cristina Gobbi | Tiago Negrão Andrade

PARTE IV

ESTUDOS DE CASO, JURISPRUDÊNCIA E LEGISLAÇÃO

PANORAMA REGULATÓRIO SOBRE PROTEÇÃO DE DADOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES: NORTE E SUL GLOBAL EM PERSPECTIVA	265
---	------------

Regulatory Landscape of Children's Data: Global North and South in Perspective

Lynn Alves | Mariona Grané

ANÁLISE JURIMÉTRICA DA SUCESSÃO DE BENS DIGITAIS COM BASE EM DECISÕES JURISPRUDENCIAIS BRASILEIRAS	299
---	------------

Jurimetric Analysis of the Succession of Digital Assets Based on Brazilian Case Law

Martinho Martins Botelho | Núbia Welany Farias do Nascimento Soares

PARTE V

RESENHAS E OUTROS ESTUDOS

RESENHA CRÍTICA: “A DIGITALIZAÇÃO DA COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA CIVIL: UMA ABORDAGEM IBERO-AMERICANA.”	315
--	------------

Rodrigo Otávio Cruz e Silva

RESENHA DO LIVRO “DIREITO E NÃO-COISAS”	323
--	------------

Luciana Reusing | Lígia Loregian Penkal

RUMO AO BRASIL CRIATIVO: DESAFIOS E PERSPECTIVAS DA POLÍTICA NACIONAL DE ECONOMIA CRIATIVA	331
---	------------

Cláudia Leitão

REGRAS DE SUBMISSÃO E DIRETRIZES PARA AUTORES	347
--	------------

EDITORIAL

A décima edição da *Revista Rede de Direito Digital, Intelectual e Sociedade (RRDDIS)*, volume 5, ano de 2025, inicia com a seção especial **Direito Autoral e Sociedade Informacional**, reunindo reflexões contemporâneas que atravessam os campos da criatividade, da proteção autoral e da reorganização jurídica na era digital.

Em um cenário de transformação tecnológica acelerada, no qual o direito digital e a propriedade intelectual assumem centralidade social, econômica e cultural, a RRDDIS se consolida como espaço estratégico de produção e circulação científica.

Com abordagem interdisciplinar e projeção nacional e internacional, a revista promove o diálogo avançado entre pesquisadores e especialistas, fortalecendo uma rede colaborativa voltada ao enfrentamento dos desafios jurídicos da era digital.

Nossos tópicos temáticos são meticulosamente estruturados em Partes para fomentar um diálogo robusto e frutífero entre diversas disciplinas, promovendo uma rede colaborativa entre pesquisadores, especialistas e acadêmicos.

Parte I – Direito Autoral e Sociedade Informacional

Abrindo esta seção, o artigo **“Como Proteger a Apresentação de Alimentos pela Propriedade Intelectual”**, de autoria de **Maria Victória Rocha**, oferece uma análise inovadora sobre as possibilidades jurídicas de tutela da apresentação de alimentos enquanto expressão estética e criativa. A autora problematiza os limites e potencialidades do

sistema de propriedade intelectual, em especial o direito autoral e o desenho industrial, na proteção de formas visuais e arranjos gastronômicos, situando sua discussão no contexto da economia criativa e da cultura digital.

Na sequência, o artigo **“Contratos de Agenciamento Musical: a possibilidade de adaptação de soluções do direito encontrado para o problema da falta de equidade entre os pactuantes”**, assinado por **Francisco Humberto Cunha Filho** e **João Flávio Lima Benevides**, propõe uma investigação crítica sobre os desequilíbrios contratuais no mercado fonográfico brasileiro. A partir de um diálogo comparado com sistemas jurídicos estrangeiros, os autores exploraram mecanismos alternativos que possam inspirar soluções normativas e práticas mais justas e simétricas nas relações entre artistas e agentes musicais, em especial diante da crescente complexidade das dinâmicas digitais de distribuição e monetização da música.

Ambos os artigos refletem o compromisso da RRDDIS com a produção acadêmica de excelência e com o incentivo a abordagens críticas, comparadas e interdisciplinares no campo do direito autoral e suas conexões com a sociedade informacional.

Parte II – As Novas Fronteiras dos Direitos Intelectuais

Dando continuidade à presente edição, a **Parte II – As Novas Fronteiras dos Direitos Intelectuais** amplia o horizonte analítico da RRDDIS ao situar a propriedade intelectual no contexto das transformações estruturais do Estado e das dinâmicas concorrenciais nas plataformas digitais.

O artigo **“Quatro bases estratégicas para a transformação digital do Estado”**, de autoria de **Rodolfo Herrera**, propõe uma reflexão estruturante sobre os pilares normativos e institucionais que devem orientar os processos de digitalização estatal. Ao examinar os fundamentos estratégicos para a modernização administrativa, o autor articula governança digital, inovação tecnológica e responsabilidade pública, destacando que a transformação digital do Estado não se resume à adoção

de ferramentas tecnológicas, mas implica reconfigurações jurídicas, organizacionais e culturais. A análise contribui para compreender como o Direito pode atuar como vetor de estabilidade e segurança jurídica em ambientes digitais cada vez mais complexos.

Na sequência, o estudo **“Derecho de autor y Derechos conexos como instrumentos comerciales en las plataformas digitais: situações que podem derivar em ilícitos concorrentes”**, de **Beatriz Bugallo**, examina a utilização estratégica de direitos autorais e conexões no ecossistema das plataformas. A autora investiga situações em que o exercício desses direitos pode extrapolar sua função protetiva e converter-se em instrumento de suspensão concorrencial, suscitando debates relevantes sobre abuso de direito, práticas anticompetitivas e equilíbrio regulatório. O artigo revela a crescente interdependência entre propriedade intelectual e direito da concorrência no ambiente digital, apontando para a necessidade de abordagens sistêmicas e coordenadas.

Os textos que compõem esta seção evidenciam que as novas fronteiras dos direitos intelectuais estão diretamente conectadas à governança digital, à regulação de mercados tecnológicos e à redefinição das relações entre Estado, plataformas e titulares de direitos. Ao promover esse diálogo transnacional e interdisciplinar, a RRDDIS reafirma seu compromisso com a análise crítica dos desafios jurídicos emergentes na economia do conhecimento.

Parte III – Inovação, Direito Digital e Novas Tecnologias

A Parte III desta edição projeta o debate jurídico para o centro das tensões contemporâneas envolvendo proteção de dados, responsabilidade civil e a arquitetura algorítmica que estrutura a esfera pública digital.

O artigo **“A Responsabilidade Civil pelo Vazamento de Dados nas Plataformas Digitais”**, de autoria de **André Rambo Batistella** e **Jailson de Souza Araújo**, examina os fundamentos jurídicos da responsabilização decorrente de incidentes de segurança da informação. A partir de uma leitura sistemática do regime de proteção de dados e dos princípios da responsabilidade civil, os autores discutem a natureza

objetiva ou subjetiva da responsabilidade das plataformas digitais, os critérios de imputação e os parâmetros de quantificação do dano. O estudo contribui para a consolidação de um modelo interpretativo que equilibra inovação tecnológica, proteção da personalidade e segurança jurídica no ambiente digital.

Na sequência, o artigo **“Algoritmos e Democracia: A Reconfiguração da Liberdade de Expressão na Esfera Pública Digital”**, de **Tiago Negrão Andrade** e **Maria Cristina Gobbi**, propõe uma reflexão crítica sobre o impacto dos sistemas algorítmicos na formação da opinião pública e na dinâmica democrática. Ao analisar a mediação automatizada de conteúdos, a curada algorítmica e seus efeitos sobre a visibilidade informacional, os autores problematizam a reconfiguração contemporânea da liberdade de expressão, evidenciando os desafios regulatórios e institucionais decorrentes da centralidade das plataformas digitais na circulação de ideias.

Os textos que compõem esta seção revelam que a inovação tecnológica não pode ser dissociada de uma reflexão jurídica profunda sobre responsabilidade, governança e direitos fundamentais. Ao articular proteção de dados, responsabilização das plataformas e democracia digital, a RRDDIS reafirma sua vocação como espaço atualizado para o enfrentamento crítico das transformações estruturais da sociedade informacional.

Parte IV – Estudos de Caso, Jurisprudência e Legislação

Nesta parte da RRDDIS abre-se uma abordagem aplicada e analítica, com vista à observação concreta dos movimentos regulatórios e jurisprudenciais que moldam o Direito na sociedade digital contemporânea.

O artigo **“Panorama Regulatório sobre Dados: Norte e Sul Global em Perspectiva”**, de **Lynn Alves** e **Mariona Grané**, propõe uma leitura comparada dos modelos regulatórios de proteção de dados pessoais, examinando as assimetrias e convergências entre os países do Norte e do Sul Global. As autoras analisaram os diferentes paradigmas normativos, as influências transnacionais e os desafios de harmonização regulatória, evidenciando como as disputas geopolíticas, econômicas e

tecnológicas impactam a construção de regimes jurídicos de governança de dados. O estudo reforça a importância de uma perspectiva plural e inclusiva na formulação de políticas públicas digitais.

Na sequência, o artigo **“Análise Jurimétrica da Sucessão de Bens Digitais com Base em Decisões Jurisprudenciais Brasileiras”**, de **Martinho Martins Botelho** e **Nubia Welany Farias do Nascimento Soares**, apresenta uma abordagem empírica e metodologicamente inovadora ao investigar como o Poder Judiciário brasileiro vem abordando a temática da herança digital. A partir da análise quantitativa e qualitativa de decisões judiciais, os autores identificam padrões interpretativos, lacunas normativas e tendências de consolidação jurisprudencial, contribuindo para o amadurecimento do debate sobre patrimônio digital, direitos da personalidade e sucessão na era da informação.

Ao privilegiar estudos de caso, análise jurisprudencial e exame legislativo comparado, esta seção reafirma o compromisso da RRDDIS com a articulação entre teoria e prática. A transferência de marcos regulatórios funcionais e de interpretações judiciais teóricas revela-se condição essencial para a construção de segurança jurídica em um ambiente marcado pela inovação constante e pela complexidade tecnológica.

Parte V – Resenhas e Outros Estudos

A **Parte V – Resenhas e Outros Estudos** reafirma o compromisso da RRDDIS com a circulação crítica do conhecimento e com o diálogo acadêmico plural, ao apresentar análises de projetos recentes e reflexões estratégicas sobre políticas públicas voltadas à economia criativa e à transformação digital.

Abrindo esta seção, a **resenha da obra “A Digitalização da Cooperação Judiciária Civil: Uma Abordagem Ibero-Americana”**, coordenada por **Guillermo Palao Moreno** e **Valesca Raizer Borges Moschen**, com organização de **Bruna Bisi Ferreira de Queiroz**, é elaborada por **Rodrigo Otávio Cruz e Silva**. O texto examina os impactos da digitalização nos mecanismos de cooperação jurisdicional internacional, destacando os desafios tecnológicos, normativos e institucionais que

permitem a integração jurídica no espaço ibero-americano. A revisão evidencia a relevância da obra para o fortalecimento da cooperação transnacional em um cenário marcado pela desmaterialização processual e pela crescente interconectividade entre sistemas judiciais.

Na sequência, **Luciana Reusing** e **Lígia Penkal** apresentam uma **resenha do livro “Direito e não-coisas”**, de **Cinthia Obladen de Almeida Freitas**, explorando as profundas transformações conceituais que emergem da crise da categoria clássica de “coisa” no Direito Civil. A análise dialoga com as repercussões da digitalização e da imaterialidade dos bens, problematizando os limites das categorias tradicionais diante dos ativos digitais, dados e novas formas de valor econômico e simbólico.

Encerrando esta parte, o estudo **“Rumo ao Brasil Criativo: desafios e perspectivas da Política Nacional de Economia Criativa”**, de **Cláudia Leitão**, oferece uma reflexão estratégica sobre a formulação e implementação de políticas públicas voltadas à economia criativa no contexto brasileiro. A autora examina os entraves estruturais, as oportunidades institucionais e o papel da cultura, da inovação e da propriedade intelectual como vetores de desenvolvimento sustentável e inclusão social.

Esta seção demonstra que o debate jurídico contemporâneo não se limita à análise normativa ou jurisprudencial, mas exige diálogo permanente com a produção bibliográfica desenvolvida e com a formulação de políticas públicas estruturantes.

Expressamos nossa profunda gratidão a todos os colaboradores e leitores que, com seu envolvimento constante, tornam possível a continuidade deste projeto editorial.

Convidamos todos a explorar as contribuições enriquecedoras desta edição, que, com muito rigor científico e muita dedicação, ampliam o debate sobre os direitos digitais e intelectuais.

Marcos Wachowicz



DIREITO AUTORAL E SOCIEDADE INFORMACIONAL

PARTE I



HOW TO PROTECT FOOD PRESENTATION BY INTELLECTUAL PROPERTY

Como proteger a apresentação de alimentos por meio da propriedade intelectual

Maria Victória Rocha¹

“We eat with our eyes first!”

(Apicious)

ABSTRACT

The protection of food presentation through intellectual property law is an evolving area that intersects culinary arts, branding, and legal frameworks. Food plating and presentation may receive protection under copyright, design, trademarks, trade dress, trade secret or other means, namely self-regulatory standards, confidentiality agreements and fiduciary duties. This paper explores the legal mechanisms available to safeguard unique food presentations, including the impact that intellectual property rights may have on innovation and competition in the culinary industry. We highlight the equilibrium between artistic expression, commercial identity, and fair competition in food presentation. The right balance between protection and public domain, difficult to

RESUMO

proteção da apresentação de alimentos por meio do direito da propriedade intelectual é uma área em evolução que cruza as artes culinárias, o branding e os enquadramentos jurídicos. A montagem e a apresentação dos pratos podem receber proteção por direitos de autor, desenho ou modelo (design), marcas, trade dress, segredo comercial ou outros meios, nomeadamente normas de autorregulação, acordos de confidencialidade e deveres fiduciários. Este artigo explora os mecanismos jurídicos disponíveis para salvaguardar apresentações de alimentos únicas, incluindo o impacto que os direitos de propriedade intelectual podem ter na inovação e na concorrência na indústria culinária. Destacamos o equilíbrio entre expressão artística, identidade comercial e concorrência leal na apresentação dos alimentos. O justo equilíbrio entre a proteção e o domínio

¹ Professor at Universidade Católica Portuguesa, Escola do Porto; member of CEID- Católica Research Centre For The Future of Law; sênior member of GEDAI/UFPR-Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial da Universidade Federal do Paraná. This work is part of the Research Project PID2023-147552NB-I00: «Industria alimentaria y bienes inmateriales» (*Food Industry and Intangible Assets*), funded by Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (Agencia Estatal de Investigación) of Spanish Government and by European Regional Development Fund of the European Union-MICIU/AEI/10.13039/501100011033 and ERDF/EU. <https://orcid.org/0000-0002-0518-9223>. Email: virocha@ucp.pt; victoriarocha@netcabo.pt

achieve, must guide us in an area based in heritage and innovation.

Keywords: Food presentation; #foodporn; Self-regulation; Non-disclosure agreements; Cumulation of protections.

público, o que é difícil de alcançar, deve orientar-nos numa área baseada na herança cultural e na inovação.

Palavras-chave: Apresentação de alimentos; #foodporn; Autorregulação; Acordos de confidencialidade; Aumulação de proteções;

SUMMARY

1. INTRODUCTION. 2. COPYRIGHT PROTECTION OF FOOD PRESENTATION. 3. COPYRIGHT PROTECTION OF FOOD PRESENTATION IN A BIDIMENSIONAL WAY. 4. COPYRIGHT PROTECTION OF THE TRIDIMENSIONAL PRESENTATION OF THE DISH. 4.1. SUBJECT MATTER. 4.2. WORK OF APPLIED ART. 5. PROTECTION OF FOOD PRESENTATION BY DESIGN. 6. CUMULATIVE PROTECTION BY COPYRIGHT AND DESIGN. 6.1. COFEMEL PRELIMINARY RULING 6.2. WHAT HAPPENED AFTER COFEMEL? 6.2.1. BROMPTON CASE. 6.2.2. PORTUGUES CASE LAW 6.2.3. CASE LAW IN THE EU MEMBER STATES. 6.3. DOES THE EU DESIGN HARMONIZATION CHANGE THE PRESENT UNCERTAINTY EU SITUATION? 7. PROTECTION OF FOOD PRESENTATION BY TRADEMARK AND TRADE DRESS. 8. OTHER WAYS OF PROTECTING CULINARY CREATIONS AND THEIR PRESENTATION. 9. CONCLUSION. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUCTION

Food presentation is the art of modifying, processing, arranging, or decorating food to enhance its aesthetic appeal. Everyone loves their food to be arranged and served correctly creating theatre effect. The various presentation techniques impact the customers psychologically. Also, people judge the hygiene standards, taste and quality of a restaurant or a place by looking at the way the food is presented even before tasting it.

The presentation of food often refers to its visual composition on the plate, ready to be eaten, that is, to the presentation, or “plating” of the dish. It is a critical aspect of the customers dining experience. Presentation techniques allow the food to be displayed to its best potential. “Plating” of the dish adds colour and texture to the it. Garnishes and ac-

companiment also play an important role. Presentation makes food more tasteful.

Dinning can also be an art experience. I still remember what I felt at “Mesa de Lemos”, by Chef Diogo Rocha. It was like an experience in a museum, but further better than many museum exhibitions. In my memory remains the way the food was presented, in different types of pottery, with different colours and hights. I close my eyes and still feel the visual aspect of the food, with its different and unexpected textures, shapes and colours. The order by which the food was served, the ambience of the restaurant, with its minimalistic architecture and fabulous view over the vineyards, the accompanying wines, where also part of this unique experience. The surprising flavours, just by looking at the way the food was presented, were anticipated and felt in my brain before any taste.

But we can refer to food presentation in a broader sense. Because there is not just the actual food experience in the restaurant.

The explosion of interest in culinary creations we witness today began in the mid-20th century. From time on, thousands of flashy cookeries, recipe books and e-books became available.

The introduction of TV cooks and TV cookery programs (e.g., Master Chef, Top Chef, Good Eats, Cake Boss, Chopped, Iron Chef, Ramsay’s Kitchen Nightmares, Anthony Bourdain: No Reservations, Jamie at Home, Hell’s Kitchen, Nigella Lawson) brought attention for the culinary world to an unprecedented level. Television networks started to fight for the most popular chefs and cooks, who now have prime time programs where they perform cooking shows or where they evaluate cooking skills of contestants’ talent shows.

We witness the phenomenon of the “superstar chef”².

² See CEREIA, Elena and RURALE, Andrea, “Haute Cousine System and its Cultural Dimension: When Chefs are the New Artists”, ESA Research Network Sociology of Culture Midterm Conference: Culture and the Making of Worlds, October 2010, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1692084> (last access on 03-02-2025); JANSSENS, M-C, “Copyright for Culinary Creations: a seven course tasting menu with accompanying wines”, Centre for Intellectual Property Rights, University of Leuven, January 2013; CUNNINGHAM, E., “Protecting Cuisine Under the Rubric of Intellec-

Displaying photos or videos of food on social media is common now. The “#foodporn” is used on social media to tag photos or videos of visually appealing food. It refers to the trend of sharing highly stylized and often indulgent images of food that are meant to evoke a strong emotional response (like how glamour or pornography is intended to arouse). According to Wikipedia, food porn is an over-glamourized visual presentation of food.

Our current fixation with looking at food is teetering on obsession. The coined phrase “food porn” describes this obsession.

Using social media has also become a new way to present and sell food and beverages, and there are websites and Apps to help you to find the best places where you can eat (e.g., TheFork, TasteAtlas, Michelin Guide, TripAdvisor).³

tual Property Law: Should the Law Play a Bigger Role in Kitchen?”, 9 **J. HIGH TECH. L.** 21, 2009, pp.21-51.

³ Here are some popular shows and series on YouTube, Facebook, Instagram, and Streaming Food Series that focus on food:

a) YouTube: Mark Wiens - Migrationology – Travel and food vlogs featuring authentic local cuisine from around the world; Best Ever Food Review Show – Sonny Side explores unique and exotic foods globally; First We Feast (Hot Ones) – Celebrities eat increasingly spicy wings while answering questions; Tasty by BuzzFeed – Quick and creative recipe videos; Sorted Food – British chefs and friends explore food trends, recipes, and cooking challenges; Luke Martin (Chopstick Travel) – Focuses on street food and authentic cuisine in Asia and beyond; Strictly Dumpling (Mike Chen) – Travels across continents to review famous restaurants and hidden gems; The Food Ranger (Trevor James) – Covers deep street food experiences in Asia, the Middle East, and beyond; Great Big Story (Tastemade & CNN) – Short documentaries on unique food traditions around the world; Guga Foods – Focuses on BBQ, meat, and food experiments; Street Food Around the World (DW Documentary & BBC Food) – Features vendors and local culinary traditions.

b) Facebook: Tasty by BuzzFeed – Quick recipes and global food trends; Food Insider – Covers unique foods, restaurants, and food traditions worldwide; So Yummy – Features creative food hacks and quick recipes; Twisted (Jungle Creations) – Over-the-top recipes with a fun twist; Chef’s Table (Netflix via Facebook) – High-end culinary storytelling from famous chefs worldwide.

c) Instagram (Food Influencers & Shows): @foodgod (Jonathan Cheban) – Shares luxury and viral food trends; @actionbronson – Rapper & chef showcasing worldwide food culture; @buzzfeedtasty – Short and eye-catching recipe videos; @nytcooking – Recipes and food stories from The New York Times; @thefoodranger – Trevor James’

Along with the growing success of cookery books, e-books, magazines, e-magazines, TV and Netflix shows, websites, cookery blogs, Facebook and Instagram images and videos relating to food, food web forums, many chefs and their reviewers, costumers and fans, look upon cooking as a form of art. There are overall museums dedicated to food (e.g., Food Museum in Hangzhou, China; Museum of Food and Drink (MOFAD) in New York, USA; Amsterdam Cheese Museum in the Netherlands; China Watermelon Museum in Beijing, China; Shin-Yokohama Ramen Museum in Yokohama, Japan; Museum Kimchikan in Seoul, South Korea; Alimentarium in Vevey, Switzerland; Cité du Vin in Bordeaux, France; Cup Noodles Museum in Osaka and Yokohama, Japan. In Portugal, we highlight Museu do Pão, in Seia; Museu da Cerveja, in Lisbon; Museu do Vinho do Porto, in Porto; WOW, in Vila Nova de Gaia; Museu da Alimentação, in Coimbra; Museu do Azeite, in Moura, Alentejo; Museu do Chocolate, in Óbidos).

Chefs are culinary artists. Their recipes and dishes are as pleasing to the palate as to the eye⁴. The same applies to drinks and barmen. Thus, the question of whether food can be protected by intellectual property laws is still a pressing subject.

We have already written about this topic in a broader sense, dealing with copyright and related rights protection, industrial property rights

travel-food discoveries; @strictlydumpling – Mike Chen’s global food adventures; @streetfoodglobal – Showcases Street food vendors from various countries.

d) Streaming Food Series (Available on YouTube, Netflix, or Social Media): Street Food (Netflix) – A deep dive into local food vendors in Asia, Latin America, and the U.S.; Somebody Feed Phil (Netflix) – Host Phil Rosenthal travels the world eating diverse foods; Anthony Bourdain: Parts Unknown (CNN, YouTube, HBO Max) – Legendary food and culture show; MasterChef & Hell’s Kitchen (Gordon Ramsay) – Popular cooking competitions with global reach; Chef’s Table (Netflix & Facebook) – Documentary series featuring top chefs; Ugly Delicious (Netflix) – David Chang explores how food connects cultures.

⁴ In this sense, REED Natascha N., “Eat your art out: Intellectual Protection for Food”, **Blog Trademark, Copyright, Advertising & the Law**, 21, June, 2016, at Eat Your Art Out: Intellectual Property Protection for Food | Trademark, Copyright, Advertising & the Law | Foley Hoag LLP, last access on 03-02-2025.

protection (patents, design, trademarks and other distinctive signs) as well as with rules against unfair competition and trade secrets.⁵

In this article we focus mainly on food presentation and the way to protect it by Intellectual Property, or by other means, always trying to find the right balance between open source and exclusive rights protection. The culinary world is and will remain a mix of tradition and innovation, thus fair competition is an important goal to achieve.

2 COPYRIGHT PROTECTION OF FOOD PRESENTATION

In most cases culinary creations and their aesthetic presentation do not qualify to be protected by copyright. Either because the subject matter is not protectable (e.g. a common recipe has only ideas and methods which cannot be protected)⁶, because it lacks originality (most recipes are trivial, basic, and should remain in public domain), or because of both reasons. Food presentation can also be too trivial to deserve copyright protection.

We must never forget that an overprotection by copyright (or other exclusive intellectual property rights) may have a “chilling effect” on creativity. A correct balance must be struck between protecting the works of creators on one hand, while also maintaining a culture of free artistic inspiration⁷.

⁵ See ROCHA, M. Victória, “The Mondrian Cake: may Intellectual Property protect signature food?”, **Revista Eletrônica de Direito (RED)**, 19, Junho 2019, 2, pp. 165-184.

⁶ Copyright does not protect ideas or methods [See Portuguese Copyright Code/Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (CDADC) Article 1, nº2].

⁷ See BONADIO, Enrico, WEISSENBERGER, “Food Presentations and Recipes: Is There a Space for Copyright and Other Intellectual Property Rights?”, **A Philosophy of Recipes**, January 2022, pp.199–214 DOI: 10.5040/9781350145948.ch-14. We read the pre-copyedited, author-produced version this book chapter accepted for publication in Andrea Borghini – Patrick Engisch (eds.), **A Philosophy of Recipes: Making, Tasting, Valuing** (Bloomsbury 2021), following peer review, available at food presentation copyright - This is a pre-copyedited, author-produced version of a book chapter - Studocu (last access on April, 29, 2025). In this article we refer to the pages of this version.

There is also confusion regarding the relation between the recipes and the final dishes. We consider the dish the result of the recipe, like the sculpture is at the end of the project, or the building is the result of the architecture project. Considered as an immaterial good, the sculpture and the building can both be protected by copyright (the buyer of the house or the buyer of the sculpture, as a rule, don't become copyright owners of either).

If we are talking about the aesthetic appearance of a fine dining dish, that is, the "plating" of the dish, the recipes ought to be followed. We could say that there may be a two-dimensional phase (the project) and a three-dimensional one (the three-dimensional result). We are trying to protect the result, but that doesn't mean that the intermediate phases cannot be protected if the criteria deserve protection by copyright (as does the project of architecture works, or even the first sketches or drawings, the same happening with sculptures, and food). It all depends on what we are trying to protect when we are talking about culinary art. Some recipes might deserve protection (few), some cookbooks also deserve protection. The same happens with some menus or titles of dishes.⁸

We have higher concerns with the aesthetics of the final dish, that is, its "plating".

For the culinary creation to be protected by copyright in Portugal and in the European Union (EU), it must be an original exteriorized creation of the intellect of a human being. This creation must be of the literary, artistic or scientific domain.

The culinary creation must come from a human being (as a rule, companies cannot be authors, but there may be exceptions in the case of collective works, cf. articles 16 and 19 of CDADC). The work cannot be an independent creation of nature, animals or an output of artificial intelligence. Namely, it cannot be the simple result of the prompts, in case of Generative Artificial Intelligence (which is now commonly used to create

⁸ With detail see ROCHA, "The Mondrian Cake...", pp. 167-170. For a deep approach regarding protection of food by Spanish Copyright, see ROBERT GUILLÉN, Santiago, **Alta Cocina y Derecho de Autor**, Reus, Madrid, 2017. The Portuguese Copyright Code (CDADC) is more demanding regarding the protection of titles (cf. Article 4).

new dishes and food presentations, according to the prompts given by the user). Though nature, animals (and artificial intelligence) may be used by the author as instruments.

The work must come from the mind. It doesn't matter who executes it. Nevertheless, in many cases the author creates and executes the work (e.g., the sculptor, the chef, the cook, the writer). If the immaterial good is expressed through a physical medium, which often occurs, we must distinguish the author of the immaterial good, the work, from the owner of the physical medium where the work is incorporated, who doesn't get copyrights just by owning of the tangible medium where the work is incorporated (see Article 10 of CDADC, exceptions in Articles 157 and 167).

Without exteriorization the work remains within the mind of the author and cannot be perceived by the senses of others. Thus, it cannot be protected. Even if the author decides not to disclose the work, it must be separated from the mind of the author in the sense that it may be cognizable by others. If that occurs, it can be protected.

Originality is fundamental for a work to be protected. The concept normally is not defined in copyright laws, and can differ a lot from country to country, mainly when we compare Continental copyright systems with Anglo-American copyright ones. In the European Union (EU) there has been a strong effort to harmonize the concept, in four directives, and, mostly in the case law of the Court of Justice of the European Union (CJ/CJUE). EU legislature has provided a limited harmonization of the standard of originality, in respect to software (Article 1, nº3, of the Software Directive 91/250, now Article 1, nº3, of the Software Directive 96/9), databases (Article 3, nº1 of the Database Directive 96/9), photographs (Article 6 of the Term Directive 93/98, now Article 6 of the Term Directive 2006/116) and works of visual art in the public domain (Article 14 of the Digital Single Market Directive 2019/790). In all these Directives originality is intended as the "author's own intellectual creation". The InfoSoc Directive 2001/29 is based on the same principles of those directives. Thus, the work is protected under the InfoSoc Directive 2001/29 if it is original because it is its author's own intellectual creation.

The CJ, in its case law, has progressively intended to clarify the meaning of the expression “author’s own intellectual creation”. The “originality” requirement is only fulfilled when there is a space of freedom (*Spielraum*), and the author makes creative choices, namely choosing elements, its sequence, and combination (like words, figures or mathematical concepts), in an original manner⁹ and exercising creative freedom.¹⁰ As Eleonora ROSATI¹¹ summarizes, what is required is for the author “to express [their] creative abilities in the production of the work by making free and creative choices” so that they can “stamp the work created with [their] personal touch”.¹² In fact “mere intellectual effort and skill” in creating a work are not relevant to establishing originality.¹³ Also, the originality criterion is not satisfied when the creation of a work “is dictated by technical considerations, rules or constraints which leave no room for creative freedom”.¹⁴

The CJ considers “originality” an autonomous concept of the EU.¹⁵

The concept of “work” as also been defined by the CJ as referring to subject matter that is “expressed in a manner which makes it identifiable with sufficient precision and objectivity, even though that expression is not necessarily in permanent form”.¹⁶ The CJ considers “work” an autonomous concept of the EU.

⁹ In this sense, *Infopaq*, C-5/08, EU:C:2009:465, at 45; *Bezpečnostní softwarová asociace*, C-393/09, EU:C:2010:816 at 50; *SAS Institute*, C-406/10, EU:C:2012, at 67.

¹⁰ See **Football Association Premier League**, C-403/08 and C-429/08, Eu:C:2011:631, at 98.

¹¹ ROSATI, Eleonora, **Copyright in the Digital Single Market, Article-by-Article Commentary to the Provisions of Directive 2019/790**, Oxford University Press, Oxford, 2021, pp.80-81.

¹² *Painer*, C-145/10, EU:C:2011:798, at 89 and 92.

¹³ *Funke Medien*, C-469/17, EU:C:2019:623, at 23.

¹⁴ *Cofemel*, C-683/17, EU:C:2019:721, at 31; *Football Dataco*, C-604/10, EU:C:2012:115, at 39; *Brompton Bicycle*, C-833/18, EU:C:2020:461, at 24-26.

¹⁵ See *Funke Medien*, C-469/17, EU:C:2019, 623, at 19; *Cofemel*, C-683/17, EU:C:2019:721, at 30,31; *Brompton Bicycle*, C-833/18, EU:C:2020:461, at 23.

¹⁶ In this sense, see *Levola Engelo*, C-310/07, EU:C:2018:899, at 40. The CJUE denied protection to a flavour, because it was too subjective to be considered a work. The same was decided in *Cofemel*, though it is not clear why, because in this case the subject matter was the design of G-Star Denim jeans, hoodies and T-shirts. See *Cofemel*, C-683/17,

Let us make clear that though the CJ considers “work” an autonomous concept of the European Union, the *Cofemel* ruling was far from being clear about the requirements for protection of works of applied art, designs, and works of design in the EU. This means that until now, the EU Member States have been deciding according to national law traditions. In fact, there has been no harmonization, despite the *Cofemel* ruling.¹⁷

Besides satisfying the above mentioned four requirements, the work is only protected if it is a work of the literary, artistic, or scientific domain (Article 1, nº1 CDADC). Literary domain means that the work uses a language (e.g., software uses a language), it doesn’t mean that we must be before a work of literature. If the work is expressed through images, textures, colours, shapes, amongst other aspects, and creates an aesthetic emotion of any kind, it will be considered a work of the artistic domain.¹⁸

3 COPYRIGHT PROTECTION OF FOOD PRESENTATION IN A BIDIMENSIONAL WAY

As we wrote above, there is much interest in gastronomy, which means that there are many cookbooks and e-books, cook magazines and

EU:C:2019;721, at 32. In the same sense, *Brompton Bicycle*, C-833/18, EU:C:2020;461, at 25.

¹⁷ With detail, see our ROCHA, M. Victória, “PROTEÇÃO AUTORAL DAS OBRAS DE DESIGN NA UNIÃO EUROPEIA APÓS O ACÓRDÃO COFEMEL” **RRDDIS- Revista Rede de Direito Digital, Intelectual & Sociedade**, V. 3, n. 6, 2023, p. 71-121.

¹⁸ The scientific domain, referred to in Portuguese CDADC and other national copyright laws, is criticizable. First because it can lead to confusion. If there is an invention of the scientific or technical domain, it can only be protected through industrial property law, either as patent or utility model, or as a secret of commerce, using the general rules against unfair competition, or referring to law abuse. Copyright doesn’t protect the scientific contents. If someone writes a book about a new cooking device, and doesn’t protect it by industrial property rights, namely a patent, copyright won’t prevent a company from manufacturing that device using the information that is in the book. Copyright prevents the copying of the book’s expression. And the work is a work of the literary domain because it uses language. If the work has images, it can be a work of the artistic domain. It is not a work of the scientific domain. There are very seldom cases of works of the scientific domain, namely diagrams that cannot be considered artistic. For all these reasons we think it would be better if this domain wasn’t referred to in copyright.

e-magazines, gastronomic guides, cook shows and documentaries that can be considered audiovisual works, and many food photographs or videos in social media.

If we want to protect this type of presentation, gastronomy doesn't present special problems. A cookbook or a cook magazine, a gastronomic guide, audiovisual works related to cooking, or works of photography can all be protected by copyright if the requirements above mentioned meet. For example, imagine the author, a famous chef, decides to create a book or an e-book with his most important signature dishes (in Portugal, the cookbook of Maria de Lurdes Modesto inspired generations). Choosing some recipes instead of others, choosing the sequence of the recipes, the layout and even images to make the book more appealing, are sufficient elements to create a work that can be protected by copyright, as a compilation or creative database. If no images are used, it will be a work of the literary domain. If images, namely appealing photos are used, it will be both a work of the literary and artistic domain. If it is an interactive digital book, where cook shows or documentaries, and gastronomic critics appear, and the user can choose the path within the work, it can be multimedia work.

But a book about the hundred ways to cook pasta can also be protected by copyright, because there is a space of freedom and the author can make choices, even if the author is not a well-known chef or cook. Copyright also protects the so called "small change" (*Kleine Münze*), works where originality exists because the work is not commonplace, trivial, being the result of free choices of the author.

There are menus or titles of dishes that deserve protection by copyright, because they have "originality" in the above-mentioned sense.¹⁹

¹⁹ Thought in Portugal, according to Article 4 of the CDADC, the protection of titles is more demanding. Article 4 (Title of the work) "1 - The protection of the work extends to the title, regardless of registration, if it is original and cannot be confused with the title of any other work of the same genre by another author that has been previously disseminated or published. 2 - These requirements are deemed not to be met: a) Titles consisting of a generic, necessary or usual designation of the subject or object of works of a certain genre; b) Titles consisting exclusively of the names of historical, historical-dramatic or literary and mythological characters or the names of living per-

Also, given the ever-growing culinary obsession for food in the form of culinary shows, food blogs, omnipresence of the social media “foodie” culture, the question of protecting recipes is becoming increasingly relevant.

Recipes may or may not be protected by copyright, depending on the type of recipe. In most cases they don’t deserve protection because they are just a set of ingredients and instructions to follow to get the result, the dish, or the cake (that are also too trivial and don’t deserve protection, as a rule). But there are recipes that either by the way they are written, or by the complexity they present, or because of both, deserve protection also by copyright. We are thinking of recipes that are in romances, or novels, or written in a poetic way. They can be protected as literary works. But let’s address the recipe itself. Recipes of complex signature dishes, created by chefs, that have a complex architecture to reach the dish (e.g. “Viaje a la Habana” or of “Menestra de verduras en texturas”, culinary works already considered classics, the first by the brothers Roca, the second by Ferran Adrià²⁰) also ought to be protected, as the project of a sculpture, or of a work of architecture is.²¹ One may not

sonalities. 3 - The title of an undisclosed or unpublished work is protected if it fulfils the requirements of this article and has been registered together with the work.”

²⁰ Considering that recipes of signature dishes can be protected by copyright, see ROBERT GUILLÉN, ob. cit., p. 68 ff. As the author points out, if we take a work like the “Menestra de verduras en texturas” of Ferran Adrià, the recipe has more than 25 ingredients, and 25 or more manipulations, the recipe is so complex that the probability to reach the same result without copying it is almost zero. The originality can exist in the interior architecture of the work. All the elements of the recipe reflect what is essential in the dish. Thus, it is not a simple list of ingredients and orders, it has originality. In a culinary work creativity has two main characteristics, related, but with two ways of expression: visual and taste. The creation of taste is an intellectual and creative activity, that joins imagination, intuition and intelligence. There is a mental taste that appears first in the brain. Chef Roger Vergé wrote: “faire la cuisine, c’est faire oeuvre créatrice, c’est marier des mets comme le poète des mots, c’est plaquer des accords de saveurs, c’est inventer des harmonies nouvelles et subtiles”. LAFFONT, Robert, *Ma cuisine du soleil. Les recettes originales de Roger Vergé*, Robert Laffont ed., Paris, 1996, p. 11. The protection of recipes is also addressed by BONADIO, WIESENBERGER, “Food presentation...”, cit., predominantly under US law, pp. 8-13.

²¹ BONADIO, WIESENBERGER, “Food presentation...”, cit., pp. 9-13, refer the protection of recipes via social norms and case law. Certain guidelines and self-enforced norms already exist within the culinary industry, with cooks that are found copying other

forget that the partial presentation of the several parts of the final dish can also be protected because the final presentation of the dish may be a

chef's recipes being exposed to negative gossip and exclusion within the community. A famous case is the one of Melbourne-based chef Robin Wickens who in 2005 became known for his uber-creative culinary creations, such as his pickled cucumber-dried mango concoction or his smoked yoghurt. It was discovered that these creative works were not his own but had been copied from recipes developed at several American restaurants (from the plating to the accompanying silverware). Chef Robin Wickens was exposed for his "recipe plagiarism" by the online culinary forum eGullet after he published photos of the creations on his restaurant website.

Case law in the US send mixed signals. The first decision is of 1884 in *Belford, Clarke & Co v. Scribner*. The plaintiff contested that over 170 recipes from his cookbook had been fully copied. The lower Court sided with the plaintiff. The ruling was upheld by the District Court and by the US Supreme Court. In 1924, the *Fargo Mercantile Co v. Richter Co* involved a bottle label with new an original recipe. The Eighth Circuit found that the recipes on the label were protected by copyright because they were "original compositions serving the useful purpose of advancing the culinary art". After the publication of MELVILLE NIMMER, *Nimmer on Copyright*, in 1963, a legal scholar that maintained that recipes should not be protected by copyright, the US courts began to exclude recipes from copyright protection. In *Publications Int'l Ltd v. Meredith Corp*, decided by the Seventh Circuit, the protection 50 yoghurt Danone recipes was denied. The District Court considered that the recipes ought to be protected by copyright, but the Court of Appeal took the opposite stance, because they were methods and contained lists of facts. Nevertheless, the Court left open the question of whether and to what extent a recipe laced with a particular creative language might be protected. In *Lambing v. Godiva Chocolatier*, the plaintiff claimed that the famous chocolatier Godiva had copied both recipe and design of its distinct chocolate truffle named "David's Trinidad". The Sixth Circuit rejected the claim, considering recipes just functional directions for achieving a result, excluded from copyright protection. In the case *Barbour v. Head*, the plaintiffs sued the defendants arguing that they had published recipes from the Cowboy Chow cookbook in an online magazine and a cookbook. The District Court of Southern Texas, in 2001, found the recipes in question were more than mechanical listings of ingredients and cooking directions, being sufficiently expressive to be protected by copyright.

What emerges from the US case law is "a scant and somewhat muddled picture of the copyrightability of recipes (BONADIO, WEISSENBERGER, op. cit., p. 13).

In the EU Member States, the situation doesn't differ. In France, for example a Court considered recipes mere sets of instructions or methods of assembling ingredients, thus they are know-how and lack originality for copyright protection. On the contrary, in Italy a Court found that copyright is available for recipes, considering that their language and text, as well as the selection process and the research underpinning them, show the creative nature of the chef's personal contribution -Milan Court N° 9763/2013 (BONADIO, WEISSENBERGER, ob.cit., p13).

We can conclude that like in the US, case law regarding recipes in Continental Copyright is scarce and somehow contrasting.

complex work, resulting from assembling all these parts, which can also be considered works.

Because of 3-D printing evolution, that now allows also to print 3D food, it is also important to protect the contents of the 3D file, if it contains an original culinary work, even if the tridimensional shape is not yet printed.

4 COPYRIGHT PROTECTION OF THE TRIDIMENSIONAL PRESENTATION OF THE DISH

4.1 Subject matter

The sensible shape of the culinary work has been described by philosopher Jean-Paul Jouary as a “melody of flavours on a plastic art background”.²²

The culinary work, as immaterial good protected by copyright, can be represented in various ways, can be expressed in several sensible shapes. What we want to protect is not the physical shape, but the immaterial good. One of the sensible shapes of the culinary creation is the result of the creative process, that is the dish that we are going to see and taste, which is presented in three dimensions.

While it has long been common to draw inspiration from, or even copy, culinary creations of highly qualified chefs or cooks with little interest in legal suits, several cases and disputes gave rise to the question of whether the “plating” of the dishes could be protected by copyright, thereby granting chefs and cooks protection over their food presentation. In the Information Society, where information (and misinformation) is more accessible than ever, and now with the problems raised by Generative Artificial Intelligence, the phenomenon of food plagiarism, or food copying, became a hot trend.

²² The translation is ours. JOUARY, Jean-Paul, FERRAN ADRIA, ¿COCINERO O ARTISTA? *Un filósofo en El Bulli*, Alianza Editorial, Madrid, 2012, p.21.

Food presentation, or food “plating” is not mentioned in the copyright laws as protectable subject matter. This also has to do with the fact that the creativity that exists in the culinary world today was not foreseen a few decades ago when copyright laws in several countries in the world were introduced. That is no problem because copyright laws only give examples of protected works (see, in Portugal, Article 2 of CDADC). Portuguese law is in line with the Bern Convention for the Protection of Literary and Artistic Works of 1886 which provides a non-exhaustive list of works subject to protection. Also, copyright was born thanks to technology (the printing machine by Guttenberg) and evolves every time new technologies appear and give rise to new types of works (the hot trend now relates to artificial intelligence generated works).

The culinary world has advanced to such an extent that today it would be difficult not to recognize the creative activity of chefs (and well-known cooks) as works of art and chefs (and well-known cooks) as artists, and thus authors.

The food presentation on the plate ought to enter the category of artistic works, because we can consider that we are before sculptural creations. Certain food presentations fit very well in the definition. There are many sculptural artists that use food as their material of choice (as they use trash, plastics, or crochet. In Portugal, well-known Bordalo II uses trash, and well-known Joana Vasconcelos uses plastics or fabrics, namely crochet). Moreover, food presentations are perfectly comparable even to more traditional forms of sculptural works which use wood, stone or metal. It is undoubtful that if certain food presentations were made of such traditional materials there would be no doubts in considering them artistic copyright protected works. The mere fact that authors, like chefs, use less conventional materials in their creations cannot be an obstacle for protecting these works.

Work is an immaterial good and protection by copyright doesn't depend on the material where the work is expressed.

As a conclusion, because any type of material can be used to create a sculptural work, the same copyright protection that applies traditional

or not so traditional sculptures, may equally apply to sculptures made of food. Enrico BONADIO and Natalie WEISSENBERGER give the example of sculptures made of salmon roe and sweet red onion crème fraîche, topped with salmon tartare resembling ice cream cones, as if these appetizers were made of traditional materials, like marble, stone, or wood²³.

4.2 Work of applied art

A culinary work is a work of applied art, because beyond aesthetics it has the nutritional function. No doubt it can be an artistic work that we can compare to other areas of human creation, like art, architecture, music, theater, dance or cinema. We can be before a creative intellectual creation. But it has a function to fulfill. The presentation of the dish can only be protected by copyright if there is a space of freedom for the aesthetics, beyond the shape that is necessary to fulfill the nourishing function. And besides that, if choices were made in such a way to consider the presentation original, according to the above-mentioned criteria.

If the food presentation is common, trivial, it cannot be protected²⁴. But that doesn't mean that less common, more extravagant, unexpected culinary presentations which combine, namely colours, textures and placement in an artistic way should not be protected. If the above-mentioned requirements of originality meet, we are before artistic protectable work. In haute cuisine the originality in the food plating is normally very high (e.g. the examples of "Oysters and Pearls" and "Salmon Cornet" signature dishes of late chef Thomas Keller at the French Laundry; the "Orkney Scallop, Hazelnut, Clementine and Manjimup Truffle", at The Clove Club

²³ BONADIO, WEISSENBERGER, "Food Presentations...", cit., p. 13; see also SMITH, CATHAY Y. N., "Food Art: Protection "Food Presentation" Under U.S. Intellectual Property Law", **The John Marshall Review of Intellectual Property Law**, 14, 1, 2014, pp. 2-23, in particular pp. 6-7.

²⁴ The *Kim Seng Co v. J & A Importers Inc* (C.D. Cal 2011) exemplifies this. The issue was to know whether a bowl of food containing rice sticks, egg rolls and grilled meat was original enough to be copyrightable. The plaintiff alleged that the defendant had infringed the copyright on their "bowl of food sculpture", by using the exact same image on their packaging. The Court ruled that the bowl in question was comprised of unprotectable common elements, thus the dish lacked the originality requirement.

in London's Shoreditch district; the "Almond's Nougat" dessert, at the Quique Dacosta in Spain, which is described as "pure poetry").²⁵

Originality in food presentations may come in many ways. It may result from multiple elements that are selected and arranged in such a way that they create an innovative and original visual food work. There are abundant examples of such arrangements in modern gastronomy. Modern chefs create their plates by combining, elaborating and twisting already known components and ingredients. Although the individual elements of such dishes may not deserve protection, the created combination can embody a high degree of creative selection thereby qualifying as original artistic works.

Because chefs and cooks often draw inspiration from their colleagues' creations or even from other forms of art (e.g., the Mondrian Cake by Caitlin Freeman), the plating of the dish can be a derivative work, implying the consent of the authors that allowed the use of their creations if they didn't fall under public domain (See Article 3 CDADC).²⁶

²⁵ These examples are given by BONADIO, E., WEISSENBERGER, N., "Food Presentations...", cit., p.3.

²⁶ Chefs are often deemed to work in an open-source model. This model entails that the chefs' ideas, besides deriving from fellow chefs and other art creators, often originate from the predecessors that passed along their knowledge creating a culinary tradition shaped by several generations. According to BUCCAFUSO, C.J. ("On legal Consequences of Sauces: Should Thomas Keller's Recipes Be Per Se Copyrightable?", **Cardozo Arts & Ent. L. J.**, 24, 2007, pp. 1122-1155), this specific factor of the culinary world is referred to as the "hospitality gene". This entails a certain "culture of hospitality", meaning that chefs view food as something to be shared, and possibly used as inspiration. This makes it more difficult for many "plating" presentations to meet the originality criteria. We don't agree. Contrary to what the author states, we don't consider this to be specific of the culinary world. Several traditional artistic movements are related to the practice of borrowing images and details from other artists, as well as from popular culture (e.g., Pop Art, that challenged the traditional concept of fine art by incorporating elements from the news, celebrities and advertising, taking the material out of its initial context and transposing it into an opposite artistic location), and "appropriation art" (e.g., Picasso, Georges Braques and Marcel Duchamp) which is based on the use and arrangement of preexisting objects or images). Also, the fashion word functions as a very similar approach as the culinary world. Sharing our view see BONADIO, WEISSENBERGER, "Food Presentations..." cit., pp.3-5.; see also CUNNINGAM, E., "Protecting Food under the Rubric of Copyright: Should the Law Play a Bigger Role in the Kitchen? **Journal of Hight Technology Law**, 9, 21, 2009, pp. 22-51; ROCHA, "The Mondrian Cake..." cit., pp.167-170, especially p. 170.

The culinary creation, in its physical presentation, depends on time and space. Food dishes are (for the most part) destined to vanish because they are designated and intended to be eaten. It has durability limited to the duration of the support on which it is expressed. Its material permanence can only exist in its repetition. The repetition allows the durability of the ephemeral. But even if the expression of the result is ephemeral, because the dish is created to disappear, that doesn't affect the protection of the work by Continental copyright. The ephemeral character of the support does not affect the protection of the work. Article 2, nº2 of the Bern Convention and Article 2 of the WIPO Copyright Treaty of 1996 give freedom for each Member Country to decide if they grant protection to works that haven't been fixed in durable material support. In Continental copyright, namely in Portugal, the protection doesn't depend on the fixation of the work in a tangible medium of expression, opposite to what occurs, as a rule, in the United States.²⁷ In Portugal the protection

²⁷ The US copyright Act provides that a work is subject to copyright if the relevant subject matter is an original work of authorship, fixed in a tangible medium, and contains artistic aspects separable from its utilitarian functions. The requirement of fixation seems problematic due to the inherently non-permanent nature of food. In the *Kim Seng Co v. A Importers Inc* (C.D. Cal 2011) the Court found that culinary creations are perishable and therefore not fixed, thus non eligible for copyright protection. The Court quoted previous case law from the US Seventh Circuit's *Kelley v. Chicago Park District Case* (7th Cir. Feb. 15, 2011), that revolved around the question of whether an artistically conceived garden could be copyrightable. Because it changes all the time, the Court out the copyright protection of the garden.

But in *Kelley Case* the Seventh Circuit Court expressly stated that the physical impermanence does not necessarily conflict with the fixation requirement. The Court recognized that “no medium of expression lasts forever”. What is likely of importance, as BONADIO and WEISSENBERGER point out and the Court recognized in *Kim Seng Case*, is the purpose of the requirement, which is to “ease problems of proof of creation and infringement” (op.cit., pp. 5-7). As both authors exemplify, fixation does not equate to permanence, and there are many examples outside the culinary world that confirm this. The authors use the famous *My Bed* exhibition by Tracey Emin, displayed in Tate Britain in London in 1999, finalist for the Turner Prize. The work had an inherently impermanent nature. Inspired by a difficult time in the artist's life, the work was an unmade, disheveled bed surrounded by various items varying from bottles of Absolut Vodka to house slippers. Each time the piece was exhibited in a new location, it needed to be taken apart and reassembled, changing its composition. It was easy for passers-by to touch the bed if they wished to do so. In 1999 two performance artists even jumped on the bed believing that the piece could be improved. Despite the work not being appreciated by all, no critic ever doubted it was a work of art, despite the

is independent of the gender, the form of expression, the merits, the way of communication and the function. As an exception, the protection depends on fixation only in case of choreographies and pantomimes [Article 2, nº1, (d) CDADC].

This means that, though culinary works have a function and are ephemeral, because in their expression in a dish or cake, or other type of food tastable presentation, they have a limited period of protection, they can be protected by copyright. However, if they are to be repeated, there are many forms of expression that allow repetition, namely if they are represented in the ways seen above (3). Nevertheless, sometimes the goal is not to repeat the experience, and that doesn't prevent protection of ephemeral immaterial work. There are many ephemeral works besides culinary creations, like oral works, musical improvisations, ephemeral art, amongst others.

5 PROTECTION FOOD PRESENTATION AS DESIGN

The visual presentation of food can be protected by design if it has novelty, individual character and applies to the aesthetic appearance of the product.

In the EU we have two types of design protection: as registered design (the protection can go up to 25 years counting from the application for register, 5 years renewable, up to 25 years); as nonregistered design (the protection is of 3 years from the moment the design was disclosed within the EU, there are no costs, and we have "a copyright approach", because the protection only prevents from copying).

According to new Regulation (EU) 2024/2822 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2024 amending Council Regulation 6/2002 on Community designs and repealing Commission Regu-

lack of physical permanence. If we accept that fixation requires permanence, we will reach the absurd result of exclude from copyright artistic works that are movable and impermanent. We may add other examples, like street art which is doomed to change and disappear. Or outside sculptures whose shape changes with the weather and the wind.

lation 2246/2002²⁸ (from now on mentioned as EUDR), the concept of product has been enlarged, because certain products cannot be separated from their appearance, which happens, namely with digital products. In Article 3 of the new EUDR, which includes definitions, (1) “design” means the appearance of the whole or a part of a product resulting from the features, in particular the lines, contours, colours, shape, texture and/or materials, of the product itself and/or of its decoration, including the movement, transition or any other sort of animation of those features; (2) “product” means any industrial or handicraft item, other than a computer program, regardless of whether it is embodied in a physical object or materializes in a non-physical form, including: (a) packaging, sets of articles, spatial arrangements of items intended to form an interior or exterior environment, and parts intended to be assembled into a complex product; (b) graphic works or symbols, logos, surface patterns, typographic typefaces, and graphical user interfaces; (3) “complex product” means a product that is composed of multiple components which can be replaced, permitting disassembly and reassembly of the product.” The same changes are repeated in Article 2 of UE Design Directive (from now on mentioned as EUDD), mentioned in footnote 27. EUDD entered into force on 8 December 2024, with a transposition deadline for EU Member States by 9 December 2027.

The new definition of “product” excludes expressly computer programs [Article 3 (2) of EUDR and Article 2 of the EUDD], which must be interpreted with some flexibility because the concept of product now includes nonphysical objects and graphical user interfaces. The concept of “design” is enlarged reflecting the evolution of information technologies, clearly including the movement, transition or any other sort of animation of the characteristics that define the appearance of a product [Article 3 (1) of the EUDR and Article 2, (1) of the EUDD]. The concept of “product” now includes expressly spatial arrangements of items intended to

²⁸ Access the EUDR at Regulation - EU - 2024/2822 - EN - EUR-Lex. The EU design reform also implied the adoption of new Directive (EU) 2024/2823 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2024 on the legal protection of designs, which revokes former European Community Design Directive 98/71/CE. Access the new Directive at Directive - EU - 2024/2823 - EN - EUR-Lex.

form an interior or exterior environment (e.g., the interior of a store or the appearance of a children's playground, or, more important, in our case, the interior of a restaurant or bar).²⁹

This means that digital presentations of food can now also be protected by design in the EU and in the future design laws of the Member States, after the transposition of the EUDD.

In Portuguese CPI (Articles 173 ff) we only have registered designs, and the UE reform didn't reach the Portuguese law yet.

Protection through design is a very interesting way of protecting the visual appearance of a dish, or other types of protection of food presentation. Nevertheless, because most recipes come from generations, and are usually shared, in many cases the requirements of novelty and/or of individual character are difficult to fulfill.³⁰

²⁹ See KUR, Annette, ENDRICH-LAIMBOCK, Tobias., HUCKSCHLAG, Marc, "Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 23 January 2023 on the "Design Package" (Amendment of the Design Regulation and Recast of the Design Directive, **Maxx Planck Insitute for Innovation & Competition Research Paper nº 23-05**, at Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 23 January 2023 on the 'Design Package' (Amendment of the Design Regulation and Recast of the Design Directive) by Annette Kur, Tobias Endrich-Laimböck, Marc Huckschlag :: SSRN, (last access 25.06.2025), pp.8-9; SILVA, P. Sousa e, "A Revisão da disciplina europeia dos desenhos ou modelos. Traços essenciais. **Revista de Direito Intelectual**, 1, 2024, pp. 97-99.

³⁰ According to Articles 4, 5 and 6 we find the concepts of novelty and individual character. Article 4 (1) of EUDR states that "A design shall be protected by an EU design, if it is new and has individual character". There were no substantial changes in the concepts of novelty and individual character, as we can see reading the amended version of Regulation 6/2002, available at Consolidated TEXT: 32002R0006 — EN — 01.05.2025. Article 5, (1) determines that "design shall be considered to be new if no identical design has been made available to the public:(a) in the case of an unregistered European Union design, before the date on which the design for which protection is claimed has first been made available to the public; (b) in the case of a registered European Union design, before the date of filing of the application for registration of the design for which protection is claimed, or, if priority is claimed, the date of priority". According to (2) the same Article, "designs shall be deemed to be identical if their features differ only in immaterial details". Article 6 deals with individual character. According to (1), a "design shall be considered to have individual character if the overall impression it produces on the informed user differs from the overall impression produced on such a user by any design which has been made available to the public:(a) in the case of an unregistered European Union design, before the date on which the design for which protection is claimed has first been made available to the

6 CUMULATIVE PROTECTION BY COPYRIGHT AND DESIGN

In the EU, and in Portugal, designs, works of applied art and works of design can have cumulative protection by copyright and industrial property rights. The exterior appearance of a product can be protected as work, by copyright, and as design, by industrial property.

Article 96 (2) of Council Regulation (EC) 6/2002 of 12 December 2001 on Community designs,³¹ already dealt with cumulation of protections, and a similar approach can be seen Article 96 (2) of amended version introduced by EUDR. Article 17 of Directive 98/71/EC of the European Parliament and of the Council of 13 October 1998 on the legal protection of designs³² (DD) and Article 23 of the EUDD, that revoked the first one, is also substantially similar³³.

The Portuguese Industrial Property Code³⁴ (CPI) addresses the protection of design in Article 173 and ff. The Portuguese Copyright Code (CDADC)³⁵ addresses the protection of this subject matter by copyright.

The exterior appearance of a product may be protected as exclusive industrial property right and as copyrighted work. The requirements of

public; (b) in the case of a registered European Union design, before the date of filing the application for registration or, if a priority is claimed, the date of priority". Article 6, (2), determines that in "assessing individual character, the degree of freedom of the designer in developing the design shall be taken into consideration." The EUDD also doesn't change these concepts.

Articles 175, 176 and 177 CPI have identical concepts of novelty and individual character for Portuguese registered design.

³¹ OJ L 3, 5.1.2002, p. 1–24. According to the consolidated text, Article 96 (2) now stated that "design protected as an EU design shall also be eligible for protection by copyright as from the date on which the design was created or fixed in any form, provided that the requirements of copyright law are met".

³² OJ L 289, 28.10.1998, p. 28–35

³³ Article 23 of EUDD, headed "Relationship to copyright", determines that "A design protected by a design right registered in or in respect of a Member State in accordance with this Directive shall also be eligible for protection by copyright as from the date on which the design was created or fixed in any form provided that the requirements of copyright law are met".

³⁴ Código da Propriedade Industrial 2018 (DL n.º 110/2018, 10 de dezembro).

³⁵ Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos 1986 (DL n.º 63/85, 14 de março).

both protections are different. In certain situations, there may be a cumulation of protections, as stated under Articles 194 CPI, 96 (2) 6/2006, first version, and current version as amended by EUDR, and 2 (1) (i) CDA-DC. The cumulation of protections was imposed by article 17 of Directive 98/71 (DD), but each Member State might seemingly determine the conditions of protection, including the degree of “originality”, as stated in the second sentence of this provision.

The Portuguese legislator did not define the concept of “originality”, leaving that matter to be addressed by legal scholarship and case law. The legislator transcribed the wording of the first part of Article 17 of the CDE³⁶ ignoring the invitation of the second part of the same provision. Article 194 CPI (that repeats Article 200 CPI 2003) titled “Relationship with copyright” states that “any registered design shall also be eligible for protection under copyright law as from the date when the design was created, or defined, in any form”.

The inertia of the national legislature led to doubts on the meaning and scope of article 194 CPI regarding the requirements for cumulation of protection.

Because of the wording of Article 194 (and before that, of art 200 CPI 2003), which only refers to “registered design”, doubts on whether unregistered design could benefit from cumulation of protections were also raised. Nevertheless, if the EU law protects unregistered design, it also applies for copyright protection.³⁷

³⁶ Article 17 of Directive 98/7 headed ‘Relationship to copyright’ states: “A design protected by a design right registered in or in respect of a Member State in accordance with this Directive shall also be eligible for protection under the law of copyright of that State as from the date on which the design was created or fixed in any form. The extent to which, and the conditions under which, such a protection is conferred, including the level of originality required, shall be determined by each Member State.”

³⁷ In the judgment of the Court of Appeal of Guimarães of 27 February 2012, Case *JM Carvalho Araújo v Bruma* (Proc 1607/103TBRRG), when the 2003 CPI was in force, and the provision concerning cumulation of protections of design and copyright was Article 200 of said CPI (repeated in Article 194 CPI 2018), the Court of Appeal ruled that cumulation of protections was only possible when the design is registered. That interpretation is wrong. Article 96(2) CDR allows copyright protection to any design protected by the CDR, regardless of whether it is registered or unregistered (the latter is protected under Article 11 CDR). In Portugal, the cumulative protection of unregis-

It is crucial to know whether and when design may be protected by copyright, namely because copyright grants much longer protection and does not require any formality to arise.

Regarding works of applied art, such as the signature dish in its three-dimensional presentation, there were always doubts about the standards of originality necessary for copyright protection. Article 96, nº2 CDR and Article 17 CDD point towards a partial cumulation of protections, though traditionally the French system approaches the total cumulation of protections³⁸, the German system has been very strict, demanding a higher degree of originality (the so called, now abandoned, *Gestaltungshöhe*³⁹) in order to allow cumulation of protections⁴⁰, and the Italian system, as others, before the EU legislation did not allow cumulation of protections⁴¹. Since the *Flos* Case, this last option has been denied

tered Community designs is inevitable because of CDR. Article 194 CPI 2018 cannot be understood by considering only the wording of the provision. Recent amendments of the CDR and the new Directive on EU Design reflect this idea. About unregistered design, see LOUREDO CASADO, Sara, **El Diseño Industrial no Registrado**, Aranzadi-Thomson Reuters, 2019, p. 237 ff.

³⁸ In France the principle that art entails a unitary concept, and that one should not distinguish pure art from applied art, for the purpose of protection, always prevailed. The French system is based in the position of POUILLET, E., **Traité Théorique et Pratique de la Propriété Littéraire et Artistique et du Droit de Représentation**, 1 ed., 1879 and **Traité Théorique et Pratique des Dessins et Modèles**, 1 ed., 1868, though misinterpreted by the French courts. See, ROCHA, “Proteção autoral...”, cit., *RRDIS* cit., pp.76-77.

³⁹ *Gestaltungshöhe* is a German legal concept used in intellectual property law, especially in copyright and design law. It refers to the required “level of creativity” or “creative height” that a work must reach in order to qualify for legal protection. In translation, it is often rendered as “threshold of originality” or “degree of creative originality.” The concept is used to distinguish between mere technical, functional, or commonplace creations and those that reflect sufficient individual artistic expression to deserve protection.

⁴⁰ The German system is based in ULMER, E., *Urheber und Verlagsrecht*, Springer, Heidelberg, p.111 ff. With more detail, ROCHA, “Proteção autoral...”, cit., *RRDIS*, pp.77-78.

⁴¹ On these three systems see SILVA, Pedro SOUSA e, **Direito Industrial. Noções Fundamentais**, Almedina, Coimbra, 2022, pp.163-168; GONÇALVES, Luís Manuel COUTO, **Manual de Direito Industrial**, 11ª ed., Almedina, Coimbra, 2024, pp. 164-169; ROCHA, above mentioned “Proteção Autoral...”, *RRDIS* cit., pp.74-83.

by the CJ⁴². Thus, in the EU, the choice is between a partial cumulation or an almost total cumulation of protection.

In Portugal case law, before the *Cofemel* preliminary ruling⁴³ was erratic and unpredictable because Portuguese scholarship had (and still has) divergent approaches regarding the concept of “artistic” creation under Article, 2, n^o1 (i) CDADC. Article 2 provides a non-exhaustive list of protectable subject matter, including in section 1, subparagraph (i) “works of applied art, industrial designs and design work that constitute and artistic creation”^{44/45}

⁴² C-168/09, *Flos SpA v. Semero Casa e Famiglia SpA*, paras. 36, 37, 38. With more detail, see, ROCHA, “Proteção autoral...”, *RRDIS* cit., pp. 83-84.

⁴³ C-683/17 *Cofemel v G-Star Raw*, EU:C:2019:721.

⁴⁴ Regarding the relation between article 194 of CPI 2018 (before, article 200 CPI 2003) and article (2)(1)(i) CDADC, though scholars considered that Portugal had a partial cumulative protection, many of them demanded a higher degree of artistic value for cumulation of protections to be possible. Bárbara Ribeiro Quintela considered that the artistic creation “was an extra obligation imposing an assessment of the merits of the subject matter in question” (QUINTELA, Bárbara RIBEIRO “A tutela jurídica da moda pelos regimes dos desenhos ou modelos”, **Direito Industrial**, Vol. V, 2008, p. 477 ff., p. 501 ff, p.506 ff.). This approach is still shared by Menezes Leitão, who considers that cumulation of protections shall only be possible if there is a qualified artistic creation, in the sense that the protected design raises, in addition to its functional application, an assessment of merit in aesthetic terms, which is the subject of external recognition (LEITÃO, Luís Manuel TELES de MENEZES, **Direito de Autor**, 5^a ed., Almedina, Coimbra, 2023, p.93.) Oliveira Ascensão considered that works of applied art could only be protected by copyright when their artistic character clearly prevailed over the industrial destination of the object (ASCENSÃO, José de OLIVEIRA, **Direito de Autor e Direitos Conexos**, Reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 92 ff, p. 94).

⁴⁵ Most Portuguese scholars have always been against the idea of entering into the artistic value because copyright protection is independent of the merits of the creation (as stated in the general clause of Article 2 CDADC). Designs, works of applied art, and works of design ought to be protected by copyright if, as happens with any type of work, the requirements of copyright protection meet. In the opinion of many Portuguese scholars, if we are considering an artistic work, recognized as such by the work’s specialized circles, the subject matter at issue ought to be protected by copyright as work. Not all designs should be protected by copyright, but only those that constitute an “artistic work”, which has nothing to do with merits but has to do with the recognition as such by specialized circles. If deemed necessary, there should be expert evidence. Whether or not something is an “artistic work” is a fact that must be proved.

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

Due to the lack of clarity in Article 2, nº1, (i) CDADC and the lack of consensus among Portuguese scholarship, together with the lack of a general definition of the concept of “work” and of “originality” regarding works of applied art on the part of the EU legislator, it was impossible to predict how Portuguese courts would decide the issue of cumulation between design protection and copyright protection⁴⁶.

Revista de Direito Intelectual, 1, 2021, p.221, pp.228-231; SILVA, P. Sousa e, “Desenhos ou modelos no novo CPI. O que muda e o que não muda com o Ac. *Cofemel*”, **Revista de Direito Intelectual**, 2, 2019, p.189, pp.196-197.

Scholars like José Alberto Vieira, criticizing the way design, works of applied art, and works of design appear in the CDADC, consider that the reason why subparagraph (i) uses the expression “artistic creation” instead of the usual expression “intellectual creation”, which appears in the body of Article 2, nº2, and in Article 1 CDADC, is only because creativity in this type of works has to do with its aesthetical aspect. The expression does not mean that an extra requirement is needed. Subparagraph (i) is just a different way of saying that the general requirement of “intellectual creation” must exist for the subject matter to be protected by copyright

⁴⁶ The following are the most important examples of Portuguese case law before the CJEU *Cofemel* preliminary ruling: (1) Court of Appeal of Porto, in 2006, granted copyrights to a furniture designer of a model of armchair and ordered the defendant to pay the author compensation for the infringement of those rights [Decision of 23 November 2006 (Proc 0633334, dgsi.pt)]; (2) Court of Appeal of Guimarães, in 2012, refused copyright protection to a range of designer taps for the kitchen and bathroom, conceived by architect Carvalho de Araújo, because they were not considered an artistic creation [Decision of 27 February 2012 (Proc 1607/103TBBRG, dgsi.pt)]; (3) Court of Appeal of Lisbon, in 2017, considered that design of jeans, sweatshirts, and t-shirts should be protected by copyright [Decision of 21 February 2017 (Proc 268/13.2YHLSB, dgsi.pt)]. This decision was appealed to the Portuguese Supreme Court (STJ) which decided to stay the proceedings and requested a preliminary ruling from the CJEU, which was the basis of the STJ decision of 15 January 2020, *Cofemel v G-Star* (Proc 268/13.2YHLSB.L1. S1, Rel Maria do Rosário Morgado); (4) Court of Appeal of Porto, in 2018, considered that it would be inappropriate to classify a line of garden furniture as an artistic creation [Decision of 25 October 2018 (Proc 364/12.3TVPRT, dgsi.pt)]; (5) Court of Appeal of Lisbon, in 2018, refused to protect paper bins, garden benches, and concrete planters as copyrighted works. They were considered objects of urban furniture, of an industrial nature, with a merely functional design. Thus, they could not be considered artistic creations [Decision of 9 January 2018 (Proc 76/14.3YHLSB, dgsi.pt), confirmed by the STJ decision of 27 September 2018 (dgsi.pt)]; (6) Court of Appeal of Lisbon, in 2018, considered that the design of light fittings by architect Souto de Moura deserved protection by copyright [Decision of 10 April 2018 (Proc 225/13/13.9YHLSB.L1-7, dgsi.pt)]. On the same grounds, the STJ confirmed this decision without waiting for the results of the CJEU’s preliminary ruling on the *Cofemel* case.

This led to the request for a preliminary ruling by the CJ in the *Cofemel* Case. The Portuguese Supreme Court decided to stay the proceedings and refer two questions to the CJ for a preliminary ruling.⁴⁷

With the first question, the STJ wanted to know if the interpretation by the CJ of Article 2 (a) of Directive 2001/29⁴⁸ precluded national legislation -in the case, the provision in Article 2 (1) (i) of CDADC-which confers copyright protection on works of applied art, industrial designs and works of design which, over and above their practical purpose, create their own visual and distinctive effect from an aesthetic point of view, being their originality the fundamental criterion that grants the protection in the area of copyright.

With the second question the STJ wanted to know if the interpretation by the CJ of Article 2 (a) of Directive 2001/29 precludes national legislation – in the case, the provision in Article 2 (1) (i) of CDADC- that confers copyright protection on works of applied art, industrial designs and works of design if, in light of a particularly rigorous assessment of

⁴⁷ The *Cofemel* case has been the subject of extensive analysis by national and international scholarship. Besides the Portuguese scholars already mentioned, see CARBAJO CASCÓN, Fernando, “Objetos Industriales, Derecho de Autor y Libre Competencia, Consideraciones a partir de las SSTJEU de 12 de Septiembre de 2019 (“Cofemel”) y 11 de Junio de 2020 (“Brompton”)”, **Cuadernos de Derecho Transnacional**, 2020, 12 (2) p. 913; CARBAJO CASCÓN, Fernando, “La protección de los diseños de moda en la Unión Europea (entre el diseño industrial y el derecho de autor)”, **Cuadernos del Centro de Estudios de Diseño y Comunicación**, 2020, 106, pp. 139–162; ENDRICH-LAIMBÖCK, Tobias, “Little Guidance for the Application of Copyright Law to Designs in *Cofemel*” *GRUR-International*, 2020, 69 (3), pp. 264-269; GÜVEN, Korey, “Eliminating “Aesthetics” from Copyright Law: The Aftermath of *Cofemel*” *GRUR-International*, 2022, 71(3), pp 213-225; KUR, Annette, “Unité de l’Art Is Here to Stay- Cofemel and its Consequences”, **Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper**, December 2019, n° 19-16, pp. 1-22; LEISTNER, Matthias, “Einheitlicher europäischer Werkbegriff auch im Bereich der angewandten Kunst - Warum sich für die deutsche Praxis dennoch nicht viel ändern sollte”, *GRUR*, 11, 2019, pp. 1114-1119; ROSATI, Eleonora, “CJEU Rules that Copyright Protection for Designs Only Requires Sufficient Originality”, **Journal of Intellectual Property Law & Practice**, Vol. 14, (12), December 2019, pp. 931–932; RENDAS, Tito, “Copyright Protection of Designs in the EU: How Many Originality Standards Is Too Many?” **Journal of Intellectual Law & Practice**, Vol. 13(6), 2018, June 2018, pp. 439-441.

⁴⁸ Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the information society [2001] OJ L167, 9 (already mentioned above as InfoSoc Directive).

their artistic value and taking account [of] the dominant views in cultural and institutional circles, they qualify as an “artistic creation” or “work of art”.⁴⁹

6.1 *Cofemel* Preliminary Ruling

In the *Cofemel* Preliminary Ruling (Case C-683/17) the CJ made the following key decisions:

(i) Designs (such as clothing, furniture, or industrial products) can be protected by copyright law under EU law, but only if they meet the standard requirement of “originality”. This means the design must be the author’s own intellectual creation, without any additional requirement of artistic or aesthetic merit. Thus, national laws cannot impose stricter requirements. The CJ confirmed that a uniform standard of “originality” applies across the EU, including all types of works.

Copyright and design rights are separate. The ruling clarified that copyright and design rights are independent legal regimes. While design

⁴⁹ What the STJ wanted to know, given the divergent positions in Portuguese scholarship and in Portuguese case law, was whether the reference to “artistic creation” in Article 2(1)(i) CDADC, means that the works of applied art, designs, and works of design listed in this subparagraph must satisfy a different, higher threshold to achieve copyright protection, or whether all categories of works are subject to the common standard of “originality”. But instead of asking whether the standards for protection of works of applied art are the same as for other categories of works, the STJ referred two questions with two different types of qualifiers: one requiring an aesthetically significant visual effect, going beyond the subject matter’s utilitarian function; the other referring to a markedly strict assessment of artistic character according to the opinion prevailing in cultural and institutional circles. The way the STJ put the first question created a dilemma for the CJ. The Court wanted to use the criteria enunciated in *Infopaq* and subsequent case law, but the CJEU and especially the Advocate General (AG), did not want to grant protection to the subject matter at issue. Therefore, both declared that while cumulation of design and copyright cannot be excluded, this is not the general rule, but rather an exception in certain cases, with a clear subtext meaning, excluding cases like this (see C-683/17 *Cofemel*, para 52; see also the reasoning of AG Spuznar, regarding the harmful consequences of overprotection of works of applied art or designs by copyright (C-683/17 *Cofemel*, EU:C:2019:363, Opinion of AG Spuznar, paras 50–66). Criticizing the way the STJ questioned the CJEU, see KUR, cit., pp. 5-6; ROCHA, “Proteção autoral...”, **Revista de Direito Intelectual**, cit., p.234; ROCHA, “Proteção Autoral...”, **RRDDIS**, cit., p.91.

rights protect the appearance of a product for a limited period, copyright provides longer protection but only for works that meet the “originality” threshold.

The *Cofemel* harmonized the concept of “work” under EU copyright law, reinforcing that a design can qualify as copyright-protected work if it meets two key conditions. The first is the “originality” requirement. The work must be the author’s own intellectual creation, meaning it reflects the author’s free and creative choices and is not dictated by technical, functional, purely utilitarian considerations or by orders of a third party (namely in the case of works made for hire or under an employment contract). The second is the identifiable expression. For something to be “work,” it must be expressed in a way that makes it identifiable with sufficient precision and objectivity. Ideas are not protected, but only the expression of those ideas. But not all exteriorization can be protected. If we are before a striking visual effect, but it is subjective, it cannot be considered a “work”. The “work” must have a precise and identifiable form (which was not the case, according to the CJ).

The decision of the CJ was not clear in many aspects, but it established the unequivocal solution of partial cumulation of protection.⁵⁰

For some scholars, the indication that cumulation can only occur in “certain cases” seems too vague. A total overlap of protections between design and copyright of a certain subject matter is precluded by the structural diversities between those fields. The author-centered concept of originality in copyright law entails the concept of subjective novelty and the possibility of protecting parallel creations. Copyright protects a design against acts of copying, while design law grants absolute protection against any new design producing the same overall impression (though nonregistered EU designs have a “copyright approach” protection). Differences between design law and copyright law are conceptual, not gradual. Partial cumulation exists independently of the “level” of originality required for the protection of designs. Partial cumulation is a description, not a goal that must be achieved by applying the criterion of

⁵⁰ Paragraph 42 mentions C-310/17, *Levola Hengelo*, EU :C:2018:899, para 38.

“originality” (Paragraphs 50 to 52 of the CJ ruling regarding copyright/design interface are merely descriptive statements).⁵¹

Other scholars consider that paragraphs 51 and 52 of the CJ decision formulate rules or guiding principles for interpreting copyright law. Since copyright lasts longer, copyright protection is broader and must be limited to certain designs that are particularly worthy of protection. Total cumulation, by granting longer copyright protection to designs, would undermine the still nuanced legislative decisions regarding design law with its narrower scope of protection (namely, defined by its length, the need to register, and stricter exceptions or limitations). From this could follow a rule-exception ratio that seeks to limit cumulative protection.⁵² We agree with the authors that believe the CJ was clear in requiring a restricted partial cumulation of protections.

The CJ made clear that not all types of exteriorization are enough for a “work” to exist. The CJ further determined that the concept of “work”, according to the InfoSoc Directive, implies “the existence of a subject matter that is identifiable with sufficient precision and objectivity” (paras 32 and 33).⁵³ The work is the expression of the author’s individual creation. Precision and objectivity do not exist when the identification of the subject matter is essentially based on the sensations of individuals that perceive it, which are necessarily subjective (para 34).⁵⁴

For the first time, the CJ stated unequivocally that the concept of “work” is harmonized in the EU (going further than C-310/17 *Levola Hengelo*, para 33, which was not so assertive). Since C-5/08 *Infopaq*, the CJ has decided that if a work falls within the application of the InfoSoc Directive, the protection only exists when the work is “its author’s own intellectual

⁵¹ See ENDRICH-LAIMBÖCK, op. cit., p. 267 ; KUR, op. cit., pp. 10–11.

⁵² CARBAJO CASCON, “Objetos industriales...” cit., pp. 925-933 and “La protección de los diseños de moda en la Union Europea” cit., pp. 148-156; SILVA, P. SOUSA e, “Tutela Jusautorial...”, cit., pp. 179-182;

⁵³ In this paragraph, the CJEU mentions C-310/17 *Levola Hengelo*, EU:C:2018:899, paras 40 and 41.

⁵⁴ In this paragraph, the CJEU mentions C-310/17 *Levola Hengelo*, EU:C:2018:899, para 42.

creation”, the work is the result of “free and creative choices” (C-403/08 *Football Association Premier League and C-429/08 Karen Murphy*), and the subject matter displays the personal touch of the author (C-145/10 *Painer*).⁵⁵

Though the CJ stressed that the conditions for granting copyright protection to works of applied art, works of design, and designs are a matter for uniform interpretation throughout the EU, the Court only stated general principles and did not give clear and sensible guidelines. It sent an ambiguous message, repeating standard formulae already known from previous case law, instead of clarifying the concepts of “work” and of “originality” in what concerns designs, works of applied art, and works of design. The approach that the CJ did not follow would have been especially important to elucidate those concepts, giving substantive notions that would replace the ones existing in national laws.⁵⁶ Besides giving no guidelines, the CJ’s decision is confusing and somewhat contradictory. Indeed, it may be said that, rather than clarifying the issue, it complicates the solution to a problem that is becoming more and more acute in the market due to the tendency of design creators and industry to invoke copyright to protect designs for a longer period. The CJ does not provide an objective and coherent hermeneutical basis for delineating the scope of the protection that should be granted to hybrid intangible goods such as design creations. The Court does not solve the design/copyright interface and its application to designs, creating uncertainty in what regards competition in an increasingly important market sector. The CJ was faced with a dilemma. Regarding the concept of “originality”, it applied the criteria enunciated in *Infopaq* and subsequent case law. But the CJ, and especially AG Spuznar, knowing that this concept could lead to too broad a cumulation of copyright and design protection, felt the need to clarify that such cumulation is not the general rule, but rather an exception, applicable only in “certain cases”, with a clear subtext reading “but not in a case like this”.⁵⁷

⁵⁵ See ROSATI, “CJEU Rules...”, cit., pp. 931–932.

⁵⁶ In this sense, SILVA, P. SOUSA e, “Tutela Justa autoral...”, cit., pp. 183–184.

⁵⁷ See the wording in KUR, op. cit., p. 6; see also CARBAJO CASCON, “La protección de los diseños de moda en la Unión Europea”, cit., p. 153.

The AG claimed that this could be inferred from the idea/expression dichotomy that governs copyright. He held that characteristics such as the “specific composition based on shapes, colours, words and numbers”, the “combination of colours”, the “placement of the pocket on the stomach”, or “the way the jeans are made by assembling the three pieces”, which *Cofemel* was alleged to have copied, should be considered as ideas capable of being expressed differently, or even as practical solutions, and should not be protected by copyright (para 60). By relying on the innovative and unique (at that time) character of its G-Star Elwood design, which was introduced in 1996, the AG considered that it seemed that G-star was seeking copyright protection for its reputation and distinctive character of its goods, which are normally protected as trademarks (para 61). Though the infringement of copyright exists even if only parts of the work are reproduced, they must contain elements that are the expression of the intellectual creation of the author’s work.⁵⁸ That is not the case when the copied elements are merely inspired by the ideas expressed by the work. Though the assessment of whether the elements are ideas or parts drawn from the work must be carried out by the national court on a case-by-case basis, in the context of that assessment, that court must grant that the subject matter in respect of which protection is sought is sufficiently identifiable (para 61).⁵⁹ Copyright differs from design protection. An exclusive design right is being infringed, in line with the wording of article 10(1) CDR, if a design does not produce on the informed user a different overall (visual) impression. The concept of the overall (visual) impression is completely alien to copyright (para 63). Copyright protects a specific work, not a work which has a visual aspect that causes a different overall (visual) impression. Copyright does not require objective novelty. Parallel creations, provided they are original, are lawful and enjoy full protection as separate works. The same is true if a creation is inspired by earlier works. If that creation does not constitute an unauthorized reproduction of original elements of another’s work, there

⁵⁸ In this paragraph, the AG refers to C-5/08 *Infopaq International*, EU:C:2009:465, para 39.

⁵⁹ In this paragraph, the AG refers to C-310/17 *Levola Hengelo*, EU:C:2018:899, para 40.

is no copyright infringement, irrespective of whether the overall (visual) impression is different (see paras 64 and 65). In the opinion of the AG, the Court must distinguish what may fall within design protection and what may fall within copyright protection because the protections have different requirements and different purposes, thus avoiding confusion between the two protection regimes (para 66).

The CJ emphasized that the subject matter of copyright must be expressed in a way that makes it identifiable with “sufficient precision and objectivity” (paras 33 and 34, with reference to C-310/17 *Levola Hengelo*, para 40). The Court held that the ‘aesthetic’ appearance of an object is necessarily subjective. Moreover, the presence of an ‘aesthetically significant visual effect’ of a design cannot justify the protection of such design as work, under copyright (para 50).⁶⁰

In *Cofemel*, both the CJ and the AG send mixed signals between the words being used and the standards that the Court wants to apply.⁶¹ The AG, quoting the description of the special features of the clothing of G-Star, includes them in the field of unprotectable ideas. We think that the AG confuses such description, which may convey an idea with several options for its expression, with the actual clothing of G-Star, which presents a specific and identifiable manifestation of such ideas.⁶²

The reference made by the AG to functionality could be understood as establishing a rule that the closer an item corresponds in its appearan-

⁶⁰ LEISTNER stresses that the CJ’s emphasis on the requirement that subject matter of copyright “be expressed in a manner which makes it sufficient precision and objectivity” seems to conflate the criteria for concretizing the object of protection with sufficient certainty and the criteria for assessing originality of a work. This author assumes that the CJ was concerned that if the aesthetic appearance ought to be considered relevant, practically every design would qualify for copyright protection. See LEISTNER, op. cit., p. 1117. ENDRICH-LAIMBÖCK, cit., p. 266, contends that the CJ rejection of the “aesthetical significant visual effect” is motivated by the consideration that the assessment ought to be focused on the creative process itself and not on its result. According to the CJ, requirements that relate to the characteristics of the subject matter that do not necessarily reflect the required characteristics of the process of creation cannot be part of the originality criterion or be an alternative to such criterion.

⁶¹ In this sense, KUR, op. cit., p. 7, with whom we totally agree.

⁶² KUR, op. cit., p.7

ce to the gender (jeans, t-shirts, sweatshirts), the less it appears to rely on creative choices. But if this reasoning is followed in relation to works of applied art or designs, more will be required to demonstrate that there is a personal creation, re-establishing different standards in relation to other categories of works.⁶³ The creative choices do not concern the motive, which may be “prototypical” (like in the *Renckhoff* case) but find their expression in the details. In *Cofemel*, the designs at issue were the result of the free choices of the designers of G-Star regarding details of the clothing. Also, no clear guidance results from the CJ’s contention that the assessment of whether a subject matter qualifies as “work” must be based on objective criteria rather than on a subjective appreciation of aesthetic quality. Aesthetics, in the sense of “beauty” or “eye-pleasing character” of an object, is a matter of personal taste, and is totally inappropriate and obsolete in the context of copyright. But the CJ does not address the subject matter in this sense. In the ruling, the sense of “aesthetic” seems to represent the opposite of “functional”. The term is very close in its meaning to what the CJ regards as the result of free creative choices made by the authors of the works.⁶⁴

The CJ made it clear that the only valid concept of “originality” in EU copyright law is the subjective criterion, according to which originality is the author’s own intellectual creation that reflects their personality and is the result of free creative decisions in the sense that it is not affected by technical considerations. Therefore, the criterion of creative originality or creative degree applied by several national courts of the Member States was ruled out. Thus, the access of designs to the protection offered by copyright can no longer be justified by the appreciation of a greater creativity expressed in more recognizable aesthetic-artistic visual elements. At the same time, however, the CJ states that the cumulation of protections can only exist in certain situations. Not every design can be considered a work. But if all intellectual creations of the author that reflect their personality may qualify for copyright protection, including

⁶³ See, for photographs, C-161/17 *Land Nordrhein-Westfalen v. Dirk Renckhoff*, EU:C:2018:634.

⁶⁴ See KUR, cit., 7–9.

works of design and works of applied art, how can one differentiate those creations that only deserve protection as design from those that deserve cumulative protection under copyright?

The CJ suggests that the differentiating element does not reside in the concept of “originality”, but in the previous concept of “work”. But, at the same time, the CJ states that the existence of a work cannot be characterized solely by the presence of a visual aesthetic effect in a creative object. How is it possible to know when a work is protected by copyright? There seems to be a subtext in the CJ ruling. A “plus” is required to distinguish between design and an artistic work. But is this not confirmation that the difference lies in the identification in the object of a “plus” of creativity?

The CJ refuses to resort to the aesthetic element to identify the presence of an original work, but in the field of designs, the aesthetic element is always present because what is protected is the form or ornament of a product when it is novel and has individual character. The “plus” of creativity that allows affirmation that a design is also a work lies in the identification of aesthetic-artistic elements in the object, especially when the type of work (work of applied art) constitutes a sub-type of an artistic work (that has an intrinsic artistic character).⁶⁵

⁶⁵ For more detail, in this sense see CARBAJO CASCÓN, “La protección de los diseños de moda en la Unión Europea”, cit., pp. 153–56. Basically, it seems that the CJ advocates a solution like that established by US case law: a design can only access copyright protection if the object in which it is applied presents aesthetic elements that allow us to identify it as a work of art separable from the practical use of the industrial object. The huge difference is that in the US the industrial object and its elements are protected separately (the US “useful doctrine”), while in the EU the protection can be cumulative. If the object presents artistic elements, it will be able to enjoy both, the protection granted by design law and that offered by copyright (which will remain once the design protection has expired).

Where artistic features are incorporated into a functional product (e.g., garment, design table, food plating) these features are still eligible for protection subject to various conditions. In several jurisdictions, including the US, such artistic features are protected if they are separable from the underlying product. This doctrine is based on the idea that for a creative work which also as a utilitarian function to attract copyright, it must be conceptually separable from the product in which it is incorporated.

After *Cofemel*, national provisions expressly differentiating between the relevant work categories must be considered as infringing EU law as interpreted by the CJEU. Nevertheless, the standards applied are a matter of court practice, and national courts may simply adapt to the CJEU language regime while heeding the subtext implied in *Cofemel* that protection for works of applied art should not be granted too easily. This means, in practice, that national courts may continue to interpret the cumulation of protections in different ways. The *Cofemel* ruling did not lead to harmonization in this area. The restrictive interpretation the CJ offers of what should be considered original work seems to lead to a dead end.

The ruling of the CJ was that article 2(a) of the InfoSoc Directive must be interpreted as precluding national legislation from conferring protection, under copyright, to designs such as the clothing designs at issue in the main proceedings, on the ground that, over and above their practical purpose, they generate a specific, aesthetically significant visual effect. Nevertheless, reading the ruling and looking to what was proved in the main proceedings, it is not clear why the designs of G-Star could not be protected as individual creations of its authors, reflecting their personality and freedom of choices, and why the creations were not recognized as being identifiable with sufficient precision and objectivity.

The food as presented on a plate is “useful” in the sense that it provides nutritional value to who consumes it. The relevant issue here is to know whether the dish stimulates in the mind of the consumer a concept separate from its nutritional value. According to BONADIO, WEISSENBERG (op. cit., p.8), as consumers of fine dining (or even not so fine cuisine) know, the experience of enjoying a dish may go well beyond simply obtaining its nutritional value. The growing of haute cuisine world, as well as the success of culinary television shows, and the pervasive social media “foodie” culture, testimony the consumers’ desire for beautifully presented culinary creations and the increasing emphasis placed on the plating of the food than the food itself. Thus, it may be argued that even in countries like the US most dishes and their visual appearance may also be determined by creative expressions independent of their functional influences and therefore possibly attract copyright. In *Star Athletica v. Varsity Brands* (580 U.S.2017), the Supreme Court held that the pictorial and graphic features of cheerleaders’ uniforms could be applied to other medium and could be protected by copyright. Considering this decision, culinary presentations that contain artistic qualities independent of any functionality might now receive copyright protection (in this sense, see also SMITH, op. cit., p. 142).

The reasons for the ambiguous decision seem to be in the subtext conveyed by the CJ, which, in a certain way, defies the standard promoted.

6.2 What happened after *Cofemel*?

After the CJ *Cofemel* ruling, many cases came before the courts of EU Member States with different rulings, and the CJ ruled in the *Brompton* Case of 11 June 2020.

6.2.1 The Brompton Case

In the *Brompton* Case⁶⁶, of 11.6.2020, in which the aesthetics of a folding bicycle was at stake, the CJ reaffirmed the criteria of the *Cofemel* Case, stating that if a subject matter has originality, it can also benefit from the protection granted by copyright, even it has a functional character, provided there is space of freedom, that is, if the technical constraints do not prevent the author to make free and creative choices. If the shape is determined only by technical constraints, rules, or other limitations that don't leave space for creative freedom or leave such a short margin that there is confusion between the idea and its expression, there cannot be copyright protection. The CJ repeated that the technical character of a product doesn't prevent copyright protection. If we are before an individual creation of the author, able to reflect the author's personality, manifesting their free and creative choices (which corresponds to the concept of "originality") and manifesting itself in an object identifiable

⁶⁶ CJ ruling of 11.06.2020, SI, *Brompton Bicycle Ltd v. Chedech/Get2Get*, ECLI:EU:C:2020:461. The decision was this: "Articles 2 to 5 of Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society must be interpreted as meaning that the copyright protection provided for therein applies to a product whose shape is, at least in part, necessary to obtain a technical result, where that product is an original work resulting from intellectual creation, in that, through that shape, its author expresses his creative ability in an original manner by making free and creative choices in such a way that that shape reflects his personality, which it is for the national court to verify, bearing in mind all the relevant aspects of the dispute in the main proceedings".

with sufficient precision and objectivity (that is, that may be considered a “work”) there can be copyright protection.⁶⁷

6.2.2 *Portugues case law*

In Portugal there is already case law after the CJ *Cofemel* ruling, starting with the judgment of the Portuguese Supreme Court (STJ) in the case that originated the request for the preliminary ruling. The Portuguese courts, following the idea that there is a subtext hidden in *Cofemel* ruling, initially became very strict. Only if the works of applied art are recognized as “artistic” by the experts in the field, there can be copyright protection (institutional criterion).

In *Cofemel* Case, Portuguese STJ denied copyright protection to the *G-Star* designs. In the main proceedings⁶⁸ the essential question was whether the “ARC” jeans design and the graphic design incorporated into the “ROWDY” sweatshirts and t-shirts, both belonging to *G-Star* and imitated by *Cofemel*, under the trademark “Tiffosi”, which were not protected by industrial property, could be protected as works according to Portuguese copyright. To ascertain whether the subject matter at issue could be considered copyright protected work, the Supreme Court followed entirely the ruling of the CJ ((nº 11 of the STJ decision, 62-67).

It was proved that the *G-Star* “ARC” design is characterized by the way each of the three denim modules of different lengths and shapes is cut and assembled. Using such modules of different lengths and shapes, a leg with a 3D effect is created, folding in and back, and thus twisting around the user’s leg (twisted leg effect); further contributing to this effect are the darts included in the model for the placing of the knee, one on each leg. The “ARC” design is characterized by the alluded design with 3D effect and its leg cut with twisted leg effect, resulting from the position of the assembled three modules, the vertical position of the seams, and the seams

⁶⁷ About this case see, SILVA, P. SOUSA e, “Tutela Justa autoral...”, cit., pp. 184.185; ROCHA, “Proteção autoral...”, **RRDDIS** cit., pp. 102-103.

⁶⁸ Judgment of 15 January 2020, *G-Star Raw CV v Cofemel—Sociedade de vestuário* (STJ Proc. 268/13.2YHLSB.L1. S1).

on the back of the knees in the form of darts. Nevertheless, the *G-Star* design of the “ARC” jeans, created by designers Rixt van der Trol and Pierre Morriset, working for *G-Star*, according to the STJ, could not be protected by copyright because they were not appropriable. Regarding the fashion industry, clothes, ideas, and concepts are often expressed in fashion trends, or in a common fashion fund, part of the public domain, thus they cannot be protected by copyright. The STJ considered the “ARC” design elements as trends, thus not protectable by copyright. The same applies to the *G-Star* design of the T-shirts and hooded sweatshirts “ROWDY”, created by designer Ruud de Bruin, who also works in the design department of the company. These designs include several elements in their composition, namely the image stamped on the front of the T-shirts and hooded sweatshirts, the colour scheme, the numbers, and the placement of the pockets. Though *G-Star* invests in unique and innovative design, with new materials, cuts, and styles, that does not mean that the designs conceived by the company’s designers qualify for protection as works by copyright. Even if they are new and have a singularity, that is not enough for copyright protection; nor is the visual striking effect from an aesthetic point of view, namely achieved by the “ARC” jeans or by “ROWDY” T-shirts and hooded sweatshirts (nº 11 of the STJ decision, 67-72).

The STJ considered that the case law of the CJ harmonized the concept of “originality”, but annulled the decision of the Court of Appeal of Lisbon, ruling that the designs at issue could not be classified as works according to Article 2, nº1 (i) CDADC in an interpretation consistent with EU law, *maxime* with the InfoSoc Directive (nº 12 of the STJ decision, 76-77). Thus, *Cofemel* won the case in the Portuguese Supreme Court of Justice.

The CJ ruling went too far, giving this guidance to STJ in relation to facts. The STJ was in some way bound by the indications wrongly given in the specific case by the CJ in its preliminary ruling, clearly pointing to the effect that the design of the clothing at issue could not be classified as “work”.⁶⁹

⁶⁹ See the in-depth analysis of CARBAJO CASCÓN, “La protección de los diseños de moda en la Unión Europea”, cit., pp. 151–156; SILVA, P. SOUSA e, “Tutela Jusautoral de Obras de Design na esteira do Acórdão Cofemel”, cit., p. 184.

The Court of Appeal of Lisbon, in a judgment of 21 April 2020⁷⁰ in which an alleged imitation of markers of the well-known trademark “STABILO BOSS” was at issue, decided that the protection of the design of “Stabilo PEN 68” by copyright is only possible if we are looking at a work. This was not the case. Quoting the *Cofemel* decision, amongst others, and stressing that Portugal has a partial cumulation, but going beyond *Cofemel*, the Court of Appeal considered that artistic work is not just a creation of someone’s intellect. Besides being original, it must involve intellectual work, going beyond the commonplace, and enriching the available cultural framework and must be recognized by art experts as such (institutional approach).⁷¹

The Court of Appeal of Lisbon, on 18 May 2021,⁷² in which the alleged copy of a design of a passenger shelter of the *Larus* Company was at issue, decided in a similar way. To protect the design passenger shelter by copyright, it would have been necessary to prove that the same was included in a creative project of expression and was personal interpretation of the object at issue transcending its functional vision. The aesthetic effect that the Court recognized in the passenger shelter was not sufficient to support this understanding. Beyond the requirements for protection of design by industrial property, that is, novelty and individual character, copyright protection demands the subject matter to be the result of an individual creation of the author that reflects their personality, because the author makes free and creative choices. The Court of Appeal, in this judgment, quoted both *Cofemel* and *Stabilo* and denied copyright protection.⁷³

⁷⁰ Proc 279/18.1YHLSB.L1-PICRS (Rel Ana Pessoa), dgsi.pt. In this case, *Shwan-Stabilo Schwanhauser GmbH e Co KG* brought an action against *Branco e Negro, Lda* and *Clave Denia, S.A.*, amongst other reasons, because the latter companies produce, distribute, and sell in physical stores in Portugal, named Ale-Hop, and on the internet, pens that copy the design of Stabilo Pen 68, allegedly protected by copyright (amongst other intellectual property rights).

⁷¹ See 30–34 of the decision. The Court quotes SILVA, P. SOUSA e, “Desenhos ou modelos no novo CPI...”, cit., p.198 and p. 202.

⁷² Proc 146/20.9YHLSB.L1 (Rel Isoleta de Almeida Costa), *Larus—Artigos para Construção e Equipamento, Lda v. Bricantel—Comércio de material elétrico de Bragança, SA e outros* (dgsi.pt).

⁷³ See II-B of the decision. The Court also stated that there was no evidence in the process to determine who could be the author (the designer or the company) for

The Court of Appeal of Lisbon, on 18 May 2022,⁷⁴ delivered a judgment involving the trademark and design “CAVALINHO”, where the plaintiff sought to protect the drawing of a horse through copyright. The Court denied protection. Referencing *Cofemel*, the Court held that partial cumulation is possible if we are before copyright protected work, which implies that the subject matter at issue reflects the personality of its author, their free, arbitrary, and creative choices, and that it is identifiable with sufficient precision and objectivity. In this case, there was no evidence in relation to the authorship of the subject matter at issue. The Court could not establish if the author was an artist, a designer, a craftsman, a worker of the company, a team, or an anonymous artist. Not knowing who the author might be, the Court could not conclude whether the design reflected their personality. The requirement of originality was not fulfilled.⁷⁵ As for the second requirement, the aesthetic effect of a design or of a distinctive sign of commerce is subjective, experienced by everyone who looks at it. The subject matter here was not identifiable with sufficient precision and objectivity to be qualified as “work” under the InfoSoc Directive.⁷⁶ For these reasons, the Court decided that the design of a horse, used in the distinctive signs and design patterns of the appellant could not qualify for copyright protection under the CDADC.⁷⁷

That said, the Appeal Court ruled that even if both requirements referred to were met, the design of the horse used in the distinctive signs of the appellant did not fulfil the degree of originality demanded by Article 2º CDADC. This question was not addressed in either the *Cofemel* CJ ruling or in the *Cofemel* STJ decision. The Court of Appeal deepened the concept of artistic creation and held that to determine the degree of originality demanded by the CDADC the work of art must be created by

the purpose of art 14 CDADC, related to works made for hire (see II-A of the decision).

⁷⁴ Proc 286/21.7YHLSB.L1-PICRS (Rel Paula Pott) in: dgsi.pt.

⁷⁵ See para 103 of the decision.

⁷⁶ See paras 101–04 of the decision.

⁷⁷ See paras 103–05 of the decision.

an artist and is only artistic if society recognizes it as such.⁷⁸ In assessing whether a work is artistic from the perspective of its surroundings, the Court should not consider its conception of art because such a criterion would be controversial and arbitrary. Factors such as the opinion of experts, artists in the same field, or art dealers, as well as publications in art books, its presence in museum collections, or expertise, are decisive.⁷⁹ In this case, in the absence of allegation and proof of these elements, the Court could not find that the degree of originality required by article 2(1)(i) CDADC existed. As before, the Court followed the institutional approach.

In *Secto 4200 lamps*⁸⁰ (created by a very well-known architect, Seppo Koho, in cooperation with the plaintiff), Case of 05.02.2024, the Court of Appeal of Lisbon recognized copyright protection if the intellectual creation is the expression of free and creative choices, if there is autonomy before technical, or external restraints and if the work reflects the personality of the author (being the author's own intellectual creation). The evaluation should be done by the judge, regardless of the judge's personal taste and regardless of institutional recognition. The Court ruled that *Secto lamps* deserved copyright protection. The Court followed the rulings of the CJEU, namely the *Cofemel* Case. The Court stated that originality is a legal concept, thus it is up to the Court to rule if a certain subject matter has originality or not. Personal tastes or conceptions of the judges are irrelevant. The institutional recognition by the specialized circles may exist or not, though such recognition may be a strong indicator that we are before a protected work. But even if there is no institutional recognition we may be before work. Art history shows that major art movements weren't immediately recognized by the establishment (see what happened with impressionists and the French *droit de suite*) The only criteria to determine if a work is original is to assess if the subject matter is the author's own intellectual

⁷⁸ See para 106 of the decision, quoting SILVA, P. SOUSA e, *Direito Industrial, Noções Fundamentais*, cit., p. 191.

⁷⁹ See paras 107–10 of the decision.

⁸⁰ Proc. 253/21.0YHLSB.L1-PICRS (Rel. Alexandre Au-Yong Oliveira).

creation. To be protectable work the subject matter at issue must also be expressed in an identifiable subject with sufficient precision and objectivity.

In this case, the Court of Appeal of Lisbon stresses that originality is a subjective concept, allowing parallel creations, and considers that the institutional criteria (of the three former cases of the Court of Appeal of Lisbon) is far from being essential.

In Case Design Lava BV⁸¹, regarding a design that the plaintiff uses and sells on its mattresses, of 02.05.2025, the Court of Appeal of Lisbon emphasized that the originality is a law concept, not an artistic one. What must be proved is that there is originality and that the design is a work. There is no need for recognition by the artistic circles (cf. specially n^os 45,46,47, 48). Once again, the Court stresses that what is important is that originality and work, as recognized by the TJUE in *Cofemel* exist in the subject matter in question. Once again, the Court abandoned the institutional criteria.

As we can see, not even in Portugal the *Cofemel* concepts are nowadays interpreted in the same way by the Courts.

6.2.3 Case law in the EU Member States

In the EU Member States, the rulings continued to diverge, though the CJUE had considered in *Cofemel* Case that the concepts of “originality” and “work” were harmonized concepts of the EU. And this, though the national courts repeated the *Cofemel* standards.

In the UK, in the Case *Response Clothing*, the ruling from the Intellectual Property Enterprise Court of 21.01.2020, considered that a tissue pattern for women’s blouses could be considered a work according to the *Cofemel* criteria. The national courts cannot treat in a different way works of pure art and works of applied art. One cannot be demanding in terms

⁸¹ Proc. 371/23.0YHLSB.L1-PICRS (Rel. Alexandre Au-Yong Oliveira).

of originality. The pattern didn't exist before and was the result of free and creative choices of its author.⁸²

Referring to *Cofemel* Case, the Corte Suprema di Cassazione, in Case Kiko, ruling of 08.02.2020, qualified as work of architecture, subject to Article 5, nº2 of Legge sul Diritto d'Autore, the interior design of a shop of cosmetics. The Italian Court considered that the project reflected a unitary conception, adopting a defined and visual relevant scheme, revealing a clear stylistic approach or organized and coordinated components to create a functional and harmonic ambience, manifesting the personal touch of the author.⁸³

In the opposite sense, in the *Ilse Jacobsen* Case, the Supreme Court of Denmark (IJH) decided, in 10.06.2020, that the RUB1 boots created by the stylist could not be a copyright protected work, though they created visual significative aesthetical effect. The design of the boots brought together elements of the traditional leader boots with long boot laces and rubber elements. Unlawful competition was also denied.⁸⁴

In the *Krakatau Parka* Case, a Court of Appeal in the Netherlands considered the design of a parka of two pieces, an internal part and an external part, is protected by copyright according to the *Cofemel* criteria,

⁸² Proc. IP-2017.000174 [2020] EWHC 148 (IPEC) case *Response Clothing Ltd v. The Edinburgh Wollen Mill Ltd*. About this case read **The Bird and Bird Team** "Fashion-related IP decisions round-up 2020", Vol. 16, 6, June 2021, pp. 595-625; SILVA, P. SOUSA e, "Tutela Justaatorial...", cit., pp. 185; ROCHA, "Proteção autorial..." **RRDDIS** cit., pp. 104-105.

⁸³ Proc. 17223/2018, *Wycon, S.p.a. v. Kiko S.p.a.* About this case, read "Caso KikoWycon: la tutela del concept store tra diritto d'autore e concorrenza sleale", **Italy Intellectual Property Blog** (ipinitalia.com), last access on 30 September 2024; ROSATI, Eleonora, "Italian Supreme Court applies CJEU Cofemel decision to make up store layout", *JIPLP*, Vol. 15,7,2020, p. 501; The Bird and Bird Team, **JIPLP**, Vol. 16, 6, June 2021, pp. 595-625; SILVA, P. SOUSA e, "Tutela Jusatorial..." cit., pp.185-185; ROCHA, "Proteção autorial..." **RRDDIS** cit., pp. 105.106.

⁸⁴ Decision of the Supreme Court of Denmark of 10 June 2020, Case Nº BS-7741/2019-H-JR A/S v. *Morso Sko Import A/S Danish Consolidated Act on Copyright nº 1144 of October 2014, Sec 1 (1)*, last access on 30 September 2024; About this case, read KIANZAD, BEHRANG, "Did the Danish Supreme Court Give the Fashion Industry a Kantian Boot? **GRUR International**, 70, 2, 2021, pp. 159-163; **The Bird and Bird IP Team**, **JIPLP**, Vol. 16, 6, June 2021, pp. 595-625; SILVA, P. SOUSA e, "Tutela Jusatorial..." cit., p.186; ROCHA, "Proteção Autorial..." **RRDDIS** cit., pp. 106-107.

because it is the result of creative choices and is clearly recognizable as a creation of the author. The decision led to the opposite consequences of what occurred in the *Cofemel* Case.⁸⁵

The Supreme Court of Spain, in the ruling of 16.02.2021, *Laureano* Case, denied copyright protection to a bullfighting fight, referring to *Levola Engelo* and *Cofemel* Cases, because the subject matter could not be identifiable with sufficient precision and objectivity, that is, we were not before a “work”.⁸⁶

6.3 Does the EU design harmonization change the present uncertainty EU situation?

The EU regulation of design, and the harmonization of design has been a huge success. Nevertheless, the technical evolution demanded a revision of the Regulation 6/2002 and of Directive 98/71/CE. The revision aims to adapt design protection for the digital environment and 3D printing, simplify the EU register, and align European and national procedures. Some changes aim to align design protection with trademark changes occurred in 2017.

Nevertheless, in what concerns the controversies of the overlapping of protections by copyright and design, there is no evolution. The EUDR and the EUDD reflect the guidance given by the CJ in *Cofemel* and *Brompton* Cases.

The main change regarding this issue in Regulation (EU) 2024/2822 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2024 amending Council Regulation (EC) 6/2002 on Community designs and repe-

⁸⁵ Decision of the Court of Appeal of Anhem-Leewarden, Proc. 2020:4773, *The Sting v. Krakatau*. Sobre o caso, leia-se SILVA, P. SOUSA e, “Tutela Jusautoral...”, cit., p.186; ROCHA, “Proteção Autoral...” **RRDDIS** cit., pp. 107-108.

⁸⁶ Proc. 82/2021, *Laureano v. Registrador Territorial de la Propiedad Intelectual de Extremadura*. About this case, read ALTABA, M. S., “Is bullfight a work of art? Not in Spain, apparently”, *IIC*, 52, 2021, pp. 807-819; SILVA, P. SOUSA e, “Tutela Justautoral...”, cit., p. 186; ROCHA, “Proteção Autoral...” **RRDDIS** cit., p.108.

aling Commission Regulation (EC) 2246/2002⁸⁷ is that Article 96, (2), doesn't refer to the national legislation of the Member States. It now states that a "design protected as an EU design shall also be eligible for protection by copyright as from the date on which the design was created or fixed in any form, provided that the requirements of copyright law are met." The same happens with Directive (EU) 2024/2823 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2024 on the legal protection of designs⁸⁸. Article 23, that deals with the relationship to copyright, determines that a "design protected by a design right registered in or in respect of a Member State in accordance with this Directive shall also be eligible for protection by copyright as from the date on which the design was created or fixed in any form provided that the requirements of copyright law are met". There is no reference to the law of the Member States, as occurred with Article 17 of Directive 71/98.

If the CJ considers, both, "originality" and "work" concepts of the EU, it makes no sense to insist on a remission to national law of Member States.⁸⁹

Nevertheless, the harmonization that was granted by *Cofemel* was insufficient, as the erratic case law in the EU in relation to cumulative protection of design and copyright proves.

This means that in relation to this subject, the design reform doesn't add anything to what happened after the *Cofemel* ruling.⁹⁰

⁸⁷ JO L, 2024/2822, 18.11.2024, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2024/2822/oj>

⁸⁸ OJ L, 2024/2823, 18.11.2024, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2024/2823/oj>

⁸⁹ Consideration 36 of the Regulation 2024/2822 determines that "Given the advanced harmonization of copyright law in the Union, it is appropriate to adjust the principle of cumulation of protection under Regulation (EC) No 6/2002 and under copyright law by allowing designs protected by EU design rights to be protected as copyright works, provided that the requirements of copyright law are met".

⁹⁰ In the same sense, KUR, Annette, ENDRICH-LAIMBÖCK, Tobias, HUCKSCHLAG, Marc, "Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 23 January 2023 on the 'Design Package' (Amendment of the Design Regulation and Recast of the Design Directive) (January 23, 2023). **Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper N° 23-05**, Available at Microsoft Word - MPI_Opinion on the Design Package_01-25_clean.docx (last access, 10.04.2025); see also SILVA, P. SOUSA e, "A revisão da disciplina europeia dos dese-

Getting back to food presentation, in its three-dimensional shape, this means that in Portugal and in all EU countries, it can be protected cumulatively by copyright and design, if the requirements of both sets of rules meet. Anyway, for the time being the concept of “originality” and of “work”, because of the inconsistencies of the *Cofemel* ruling, may lead to uncertainty. Doubts remain whether to know in which circumstances works of applied art, such as three-dimensional artistic presentations of food, which are very similar to sculptures, though having functionality (because ultimately, they are meant to be eaten and have a nutritive value) can be qualified as intellectual creations of the author. Also, it is not clear which factors should be considered for that qualification (e.g., the opinion of experts in that field, reproductions in art books, presence in museums? Or is the institutional recognition not decisive?).

The harmonization of the CJ was too abstract and somewhat contradictory, not being sufficient to solve actual cases with a reasonable degree of certainty and legal security. The inconsistent case law across EU Member States after *Cofemel* demonstrates the inadequate harmonization of design protection by copyright.

In the CJ two preliminary rulings are still pending that may bring some light to the matter, because they are intended to clear up many of the problems that still exist. We are referring to *Mio and others*⁹¹ and to *Konektra*⁹² Cases. These cases also prove that harmonization in the EU is far from being achieved.

nhos ou modelos. Traços essenciais”, **Revista de Direito Intelectual**, 1, 2024, pp. 93-104, p. 103; FIDALGO, V. PALMELA, “O novo regime jurídico europeu em matéria de desenhos e modelos. As alterações substântivas”, **Revista de Direito Intelectual**, 2, 2024, pp. 171-193, pp. 190-193.

⁹¹ Case C-580/23, *Mio and Others*: Request for a preliminary ruling from the Svea Hovrätt, Patent- och marknadsöverdomstolen (Sweden) lodged on 21 September 2023 — *Mio AB, Mio e-handel AB, Mio Försäljning AB v. Galleri Mikael & Thomas Asplund Aktiebolag*, OJ C, C/2023/964, 27.11.2023, ELI: <http://data.europa.eu/eli/C/2023/964/oj>.

⁹² Case C-795/23, *Konektra*: Request for a preliminary ruling from the Bundesgerichtshof (Germany) lodged on 21 December 2023 — *Konektra GmbH and LN v. USM U. Schärer Söhne AG*. OJ C, C/2024/1844, 11.3.2024, ELI: <http://data.europa.eu/eli/C/2024/1844/oj>.

7 PROTECTION OF FOOD PRESENTATION BY TRADEMARK AND TRADE DRESS

Trademarks are signs, namely words, names, symbols, colours, slogans, shapes of a product or of its packaging, holograms, sounds, smells, patterns, textures, which manufactures or sellers use to distinguish their products or services from identical or similar products or services of other manufactures or sellers, thus avoiding confusion in the market regarding the source of the good or service. Trademarks have also other functions, besides indication of source, namely they can be indicators of quality (e.g., prestige trademarks, or notorious trademarks) and reduce customers' search time (advertising function).

Chefs and restaurants may trademark their names and the typical menus. The same happens with manufacturers and sellers that trademark their products or services. They also have the possibility of registering as trademark shapes, as three-dimensional trademarks, leading to the protection of the visual typical appearance of a food item or a dish. A three-dimensional trademark refers to the shape of the product or to its packaging in three dimensions (length, width and height). The notion of three-dimensional trademark ought to be strict, that is, refer only to shape and not include any other elements (e.g., nominative, graphic or colours). The distinctiveness requirement should only be related to the shape itself. The CJ seems to be in line with this opinion.⁹³

Nevertheless, the EUIPO, since the UE Trademark Regulation of 2017, accepts the so called “enlarged three-dimensional trademark”, that is, a three-dimensional trademark that besides the shape also includes other elements, namely nominative, graphic or labels.⁹⁴

Anyway, we must not forget that in the EU (and in Portugal) three-dimensional registration of trademarks is strict⁹⁵. It must not comprise

⁹³ This is the opinion of GONÇALVES, L. M. COUTO, **Manual de Direito Industrial**, cit., p. 210. See also the famous Louboutin Case, CJ Ruling C-163/16, of 12 June 2018.

⁹⁴ Mentioned by GONÇALVES, L. M. COUTO, **Manual de Direito Industrial**, cit., p. 211, footnote 487.

⁹⁵ With detail, see GONÇALVES, L. M. COUTO, **Manual de Direito Industrial**, cit., pp. 207-215. Registry of the smell, taste or texture of food as trademark is even more

the shape or other characteristic imposed by the nature of the product; the shape or other characteristic necessary to obtain a technical result; the shape or other characteristic that grant substantial value to the product (in this sense TM Directive 2015, Article 7 n°1, (e) and Article 209, n°1, (b) of the Portuguese CPI). The goal is to avoid distortion of free competence in the market. Three-dimensional trademarks cannot acquire secondary meaning (see Article 231, n°2 CPI). Classical examples of trademark registration for shapes are the Coca-Cola bottle and the Toblerone package.

Though trade dress has a large tradition in the US, applying also to the general appearance of the restaurant, in Portugal traditionally trade dress applies to the overall appearance of labels, wrapping or containers in which a producer packaged its product (see Article 233 CPI). Trade dress may include features such as size, shape, colour, textures, graphics, or even the design of the product. Trade dress has the same functions as trademarks, and it must be new, have a distinctive character and be non-functional to deserve protection. Trade dress, by its intrinsic nature, serves to identify a particular source. That makes it different from design protection.

Portuguese CPI protects trade dress in a disastrous way. If the trade dress is not registered and a third party imitates said trade dress, the previous user of the trade dress must register it to have an exclusive right over it.

If a third party comes and imitates someone's trade dress this should be considered an act of unlawful competition, an act of confusion, forbidden by Article 313 CPI. This is not a problem related to trademarks. But the Portuguese law does the opposite. It is treated as a trademark issue. The legislator claims that there is a trademark (a virtual one) consisting of the packaging and labeling of the product and demands that

problematic. Though possible under EUTM Regulation and Portuguese CPI (Articles 208 and ff), that abolished the necessity of graphic representation, still the strict interpretation of the CJ Sieckmann Case tends to prevail. The clear and precise representation requirement is always denied in these cases. With more detail see ROCHA, "The Mondrian Cake...", cit., pp. 174-175.

the user applies for the register of a new trademark in order to protect that presentation. Article 233, nº2 CPI determines that those interested in refusing to register the trademarks referred to in this article may only intervene in the respective proceedings after they have applied to register their trademark with the elements of the external appearance referred to in paragraph 1⁹⁶. But if the interested party can obtain the same result under Article 232, nº1, (h) CPI, what's the interest of Article 233? The trademark ought to be refused (h) when it is recognizable that the applicant intends to compete unfairly or that unfair competition is possible regardless of the applicant's intention.^{97/98}

Trade dress, an underdeveloped area of law, with a historically generous interpretation, may be the perfect solution for the protection of culinary creations⁹⁹. "Plating" of dishes may come under one of three categories of trade dress: "plating" as product packaging, considering food as a product and the unique "plating" as its packaging (though this may imply issues when the plating itself is suitable to be eaten); "plating" as a *tertium quid*, meaning that the food presentation ought to form a part of a separate category, similar to restaurant décor, because it is part of the restaurant experience but it is not the main product or, in a strict sense, its packaging; signature dishes as service trademarks. When a dish is

⁹⁶ Article 233 (Imitation of unregistered packaging or labelling) "1 - Registration shall also be refused of trademarks which, under the terms of article 238(1)(b) and (c), constitute a reproduction or imitation of a certain external aspect, namely of packaging or labels, with the respective shape, colour and arrangement of sayings, medals, rewards and other elements, demonstrably used by others in their registered trademarks. 2 - Those interested in refusing to register the trademarks referred to in this article may only intervene in the respective proceedings after they have applied to register their trademark with the elements of the external appearance referred to in the previous paragraph".

⁹⁷ GONÇALVES, L. M. COUTO strongly criticizes the Portuguese solution, in *Manual de Direito Industrial*, cit., pp. 285-286; in the same sense, SILVA, P. SOUSA e, *Direito Industrial*, cit., pp. 289-290.

⁹⁸ Logotypes, rewards, geographical indications and designations of origin, when registered, may also play a very important role in protecting culinary creations by industrial property rights. With more detail, see ROCHA, "The Mondrian Cake..." cit., p. 177, footnote 47.

⁹⁹ In this sense, STRAUS, N., "Trade Dress Protection for Cuisine: Monetizing Creativity in low-IP Industry", *UCLA Law Review*, 60, 2012, pp.184-260, especially p. 242.

inherently distinctive and serves as a source indicator for a restaurant, as the above-mentioned Thomas Keller's Salmon Cornets do, this might fall under the category of service trademark.¹⁰⁰

Trade dress enforcement raises several problems. Proving trade dress infringement requires the plaintiff to prove that the defendant's use of his or the plaintiff's trademark causes, or may cause, confusion to customers as to the source of the product.

This may be difficult to prove for presentation of the dish, that is, food plating. Unlike the well-known Coca-Cola bottle or of Toblerone packaging, restaurants' food "plating" styles are not ubiquitously known, and customers are unlikely to believe that the copying restaurant's dish is somehow associated with the original. Nevertheless, this will depend on the circumstances of each case.¹⁰¹

The scope of protection would be very narrow if a chef sought protection only for a signature dish. Obtaining protection for each dish on a menu would be very inconvenient and not very accommodating for changing menus and dishes. Nevertheless, authors like Straus rightly point out that trademark law, trade dress (and we add unfair competition) rules) is an area with an expansionary history and may prove to the most hopeful frontier to protect signature dishes.¹⁰²

8 OTHER WAYS OF PROTECTING CULINARY CREATIONS AND THEIR PRESENTATION

Unfair competition rules, including trade secrets, non-disclosure agreements, fiduciary duties and social norms, are other ways of protecting gastronomy, including three-dimensional food presentation.¹⁰³

¹⁰⁰ For a deeper approach see STRAUS, "Trade Dress Protection for Cuisine...", cit., p. 242.

¹⁰¹ STRAUS, N., "Trade dress...", cit., p. 242.

¹⁰² STRAUS, N., "Trade dress...", cit., pp. 248-252.

¹⁰³ With detail and examples, see ROCHA, "The Mondrian Cake...", cit., pp. 177-179.

culinary performance can also be protected by related rights.¹⁰⁴ Culinary databases may also be protected by the *sui generis* right of the manufacturer of databases related to the culinary world.¹⁰⁵ Because, in this study, we are mostly dealing with food aesthetics, we didn't mention patents or utility models. But if the culinary creation is a new solution for a technical problem, with industrial applicability, patents can be the right form of protection.¹⁰⁶ New utensils and cook robots can also be protected by patents or utility models.

Protecting food presentation by intellectual property can be a very important source of royalties and of the recognition of moral rights of chefs (and cooks).

Intellectual property rights are considered fundamental rights according to Article 17 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union and of Protocol 1, Article 1, of the European Convention of Fundamental Rights. They are also foreseen as fundamental rights in Article 42 of the Portuguese Constitution.

Anyway, we must not forget that one must be careful, especially if we are dealing with copyrights, that last for a long time (as a rule, in the EU, patrimonial rights term is life of the author plus 70 years after the authors death. Moral rights can even have a longer term of protection, not yet harmonized), or tridimensional trademarks, that can last forever (ten years from the application, with infinite renewals of 10 years, for as long as there is serious use).

Overprotection can damage free competition and innovation. Authors like RAUSTIALA and SPRIGMAN even consider knockoffs the fuel for innovation and creativity in the food industry (like in other industries).¹⁰⁷

There is a long-standing culture of hospitality and a sharing and borrowing approach in the culinary industry. Sharing recipes and cooking

¹⁰⁴ With detail and examples, see ROCHA, "The Mondrian Cake...", cit., pp. 170-171.

¹⁰⁵ With detail and examples, see ROCHA, "The Mondrian Cake...", cit., pp. 169.

¹⁰⁶ With detail and examples, see ROCHA, "The Mondrian Cake...", cit., pp. 171-173.

¹⁰⁷ RAUSTIALA, K., SPRIGMAN, C., **The Knockoff economy, how imitation sparks innovation**, Oxford University Press, New York, 2012, pp. 57-95.

methods is common in the culinary world. The recipes, dishes and cooking skills of today are the result of generations and are often part of cultural heritage. Gastronomy is a combination of heritage and innovation. Chefs seem to endorse the idea about sharing and hospitality, which conflicts with the idea of exclusive ownership of recipes and dishes if they are given the credits and are acknowledged in some way.

Besides law-based intellectual protection, there is self-regulation created by the culinary industry on which chefs rely.¹⁰⁸ Here there are three main principles. The first one is that a chef must not copy other chefs' innovative recipes exactly. The second one is that if a chef reveals a recipe related to a colleague, that chef must not pass the information to anybody else, mainly colleagues, except if authorized to do so. The third one is that colleagues must give credits to developers of significant recipes and/or methods, and/or techniques as authors of that information. This last guideline focusses primarily on attribution to the original creator by providing words such as "adapted from" or "inspired by".

Chefs do respect these three general principles, namely punishing infringers by a refusal to provide further information and by lowered reputation in the community.

It is not common for chefs to invoke copyright protection, except in relation to cookbooks, e-cookbooks, magazines, e-magazines, photographic works or audiovisual works of all types.

Trade secrets play an important role in the protection of culinary creations. Trade secret (harmonized in the EU) is intended to protect information (including formulas, patterns, compilations, program devices, methods or processes) which grants economic value (actual or potential), from not being generally known and is subject of efforts that are reasonable to maintain secrecy (see Article 313 ff CPI). To be considered a trade secret, the subject matter, including methods, processes or formulas of

¹⁰⁸ See International Association of Culinary Professionals ethical guidelines, available at IACP CODE OF ETHICS (last access on March 9, 2025). Similarly, the Food Blog Alliance has provided guidance in the domain of social rules that apply to food bloggers. See Food Blog Alliance - Your Ultimate Food Community – Share Recipes, Get Answers & Explore Culinary Delights! (last access on March 13, 2025).

recipes, must have an independent economic value and there must be means put in place by the creator or proprietor to protect secrecy.

Many well-known food companies rely on trade secrets to protect their recipes or formulas (e.g. Coca-Cola recipe, KFC's chicken, MacDonald's Big Mac "special sauce"). But trade secret protection is also used by smaller restaurants claiming trade secret infringement by ex-chefs and employees. Reputed chefs, relying on gastronomic precedents belonging to the culinary public domain, tend to keep some ingredient or some combination of ingredients, as well as manipulation of them secret, adding their personal touch to the popular recipe or dish. That way they can maintain a culinary edge over their competitors.

Trade secret protection may be very useful for smaller-scale restaurants and for individual chefs (or cooks) because the barriers to obtaining protection are relatively low, especially as compared to obtaining patents. However, there is very limited legal protection once the secret becomes known. Secret information can be revealed through inadvertence or even independent discoveries, and improper misappropriation may be difficult to prove. That's one of the reasons why non-disclosure agreements and fiduciary duties are so important. Another problem in relation to trade secrets protection has to do with the growing potential reverse engineering of recipes, given the new advancements in technology, namely in Generative Artificial Intelligence, which may be used in deciphering the exact ingredients and proportions that were used.¹⁰⁹

Non-disclosure agreements seem to be widely used for culinary creations. These are contractual tools which ensure confidentiality of information between two or more parties. Together with fiduciary duties, they add one layer of protection of trade secrets. Many chefs mandate that employees sign non-disclosure agreements. Molecular gastronomist deceased chef Homaru Cantu, besides relying on strong intellectual property rights protection, required all employees and visitors to his kitchen to sign non-disclosure agreements before entering.

¹⁰⁹ With more detail, BONADIO, WEISSENBERGER, "Food Presentation...", cit., p. 17; ROCHA, "The Mondrian Cake...", pp. 177-178.

Non-disclosure agreements are also supported by the International Association of Culinary Professionals ethical code which states that restaurants and their chefs should provide a written contract stipulating the responsibilities of the employees upon their departure, especially regarding their use of proprietary information.

Civil law considers contract infringement, the breach of the duty of confidentiality and the use of secrets of the company by the former employees and collaborators in the post-contract phase.

The high turnover rate and the practice of partaking in frequent internships and traineeships, however, can make enforcement of non-disclosure agreements (or fiduciary duties) more difficult in practice.

Requiring all kitchen guests, whether they are visiting chefs, members of the media, or even clients, to sign non-disclosure agreements though possible, may be too much, creating a secrecy that goes against the “hospitality gene” that is part of the culinary culture.¹¹⁰

9 CONCLUSION

It is a fact that our society is obsessed with glamorous presentation of food, which led to coin the expression “food porn”, due to the millions of photos and videos of food in social media (*foodie social media culture*). We take a photo or make a video (namely reels) before we eat. This became a professional way of doing business by chefs, cooks, and other players in the market (see, as a simple example, www.casapappagalo.it).

Although cuisine and food presentation are frequently copied and imitated, intellectual property rights may give broad protection to chefs, restaurant owners and food industry companies. To the law, we must add self-regulation ethical codes and non-disclosure agreements.

The opinion of judges, culinary industry insiders, scholars and experts differs very much as to the appropriate way to ensure that chefs’

¹¹⁰ With more detail, BONADIO, WEISSENBERGER, “Food Presentation...”, cit., p.17; ROCHA, “The Mondrian Cake...”, pp. 177-178.

(and cooks') efforts are not unduly exploited. While some maintain that chefs and cooks, like any other type of creator, ought to have copyright and other types of industrial rights protection, others are hesitant in disturbing the low intellectual property equilibrium which the culinary world is believed to inhabit.

Nevertheless, a simple internet search or a look at foodie magazines reveals that the issue of whether copyright and other industrial property rights should be available for culinary creativity is a clearly increasing concern to many chefs and cooks, restaurants and Intellectual Property experts. Though the culinary history relies on the sharing and borrowing (the *hospitality gene*), as the industry develops and competitiveness between chefs, cooks and restaurants continually rises, it is understandable and inevitable that chefs, cooks, restaurants and food companies may find attractive and important to protect the culinary creations through intellectual property rights. In the coming years we will see increasingly more cases of chefs (as well as cooks, restaurant owners and food companies), claiming exclusive rights over their creations whether through copyrights or industrial property rights, or other means. This is likely to compel courts to pronounce the matter more regularly and consistently. That's why it is of paramount importance to strike an adequate balance between protection and free use. Overprotection can have a chilling effect on the culinary world creativity and innovation. In this study we aimed to establish the basis for this equilibrium regarding food presentation.

Food presentation can be protected both in its bidimensional appearance and in its three-dimensional shape. The first type of presentation doesn't cause specific problems regarding intellectual property rights. The protection of the three-dimensional shape of the food presentation, that is, the "plating" of the dish, is much more defying, namely in the EU.

As a rule, "plating" can be protected by copyright when we are before an original artistic work. Food artistic presentations are like sculptures, and their author is an artist. In haute cuisine, they even have strong originality. The chef (cook) can be protected as an author. Nevertheless,

artistic plating is a work of applied art, because besides the artistic aspects, food complies with the nutritional function.

Regarding the standards for the protection of works of applied art in the EU, though, cumulation with design protection cannot be ruled out, there have been very different approaches in EU Member States as to the level of originality required, because EU Design Regulations and Directives left much freedom for national laws and there are different traditions regarding this subject.

The leading case on this subject is the *Cofemel* Case. However, the CJ didn't solve the harmonization problem. The ruling was vague and somewhat contradictory regarding the harmonization of the protection of works of applied art and its relation to the overlapping of protections by design. Though the CJ considered that "originality" is the same for all types of works and partial cumulation ought to be adopted, it didn't leave clear guidance to solve actual cases. Though "originality" and "work" were considered by the CJ harmonized concepts of the EU, one doesn't understand why the *G-Star* designs were not considered to be "works", but mere subjective impressions. There seems to be a somehow hidden subtext in the CJ ruling that even contradicts the concept of "originality" on which the CJ relied. That's why after *Cofemel* countries in the Member States of the EU still decided according to their national tradition. That is, no harmonization was until now reached. Not even in Portugal, where the *Cofemel* Case originated.

Design protection can be very interesting for the protection of food plating, though the novelty and individual character requirements may be hard to fulfill, because cuisine is a mixture of tradition and innovation. The new Regulation on design doesn't solve the problem left by *Cofemel*. Nor does the new Directive on the subject solve the question. However, the enlargement of the concepts of "design" and "product" allow the protection of virtual food presentation and of the interior of a restaurant or a bar by way of design.

Three-dimensional trademarks, service trademarks, trade dress, rules against unfair competition, trade secrets, non-disclosure agreements

and fiduciary duties can also be interesting ways of protecting food presentation.

We must also consider the self-regulation codes of conduct, which play a very important role.

Excessive protection, given the history and tradition of gastronomy, may harm creativity, innovation, and ultimately competition. Most chefs favour a more open approach, within certain boundaries, namely the granting of the credits. But that doesn't mean that others don't have the opposite view and prefer to rely on intellectual property, or other types of exclusive protection.

The wanted type of protection required also has to do with the form of presentation to be protected (two-dimensional or three-dimensional), and to know whether the protection is required by chefs (or restaurant/bar owners) for signature dishes or by food industry companies.

BIBLIOGRAPHY

ASCENSÃO, José de OLIVEIRA, **Direito de Autor e Direitos Conexos**, Reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

BONADIO, Enrico, WEISSENBERGER, Natalie, "Food Presentations and Recipes: Is There a Space for Copyright and Other Intellectual Property Rights?", **A Philosophy of Recipes**, January 2022, pp.199–214, DOI: 10.5040/9781350145948.ch-14. We red the pre-copypedited version of this chapter, pp. 1-18, available at food presentation copyright - This is a pre-copypedited, author-produced version of a book chapter - Studocu

BUCCAFUSO, C.J. "On legal Consequences of Sauces: Should Thomas Keller's Recipes Be Per Se Copyrightable?", **Cardozo Arts & Ent. L. J.**, 24, 2007, pp. 1122-1155.

CARBAJO CASCÓN, Fernando, "La protección de los diseños de moda en la Unión Europea (entre el diseño industrial y el derecho de autor)", **Cuadernos del Centro de Estudios de Diseño y Comunicación**, 2020, 106, pp. 139-162.

CARBAJO CASCÓN, Fernando, "Objetos Industriales, Derecho de Autor y Libre Competencia, Consideraciones a partir de las SSTJEU de 12 de Septiembre de

2019 (“Cofemel”) y 11 de Junio de 2020 (“Brompton”)”, **Cuadernos de Derecho Transnacional**, 2020, 12 (2), p.913 ff.

CEREA, Elena, RURALE, Andrea, “Haute Cousine System and its Cultural Dimension: When Chefs are the New Artists”, **ESA Research Network Sociology of Culture Midterm Conference: Culture and the Making of Worlds**, October 2010, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1692084>

CUNNINGHAM, E., “Protecting Cuisine Under the Rubric of Intellectual Property Law: Should the Law Play a Bigger Role in Kitchen?”, 9 *J. HIGH TECH. L.*, 21, 2009, pp.21-51.

ENDRICH-LAIMBÖCK, Tobias, “Little Guidance for the Application of Copyright Law to Designs in *Cofemel*”, **GRUR-International**, 2020, Vol.69 (3), pp.264-26.

FIDALGO, V. PALMELA, “O novo regime jurídico europeu em matéria de desenhos e modelos. As alterações substantivas”, **Revista de Direito Intelectual**, 2, 2024, pp. 171-193

GONÇALVES, Luís Manuel COUTO, **Manual de Direito Industrial**, 11ª ed., Almedina, Coimbra, 2024.

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

JANSSENS, Marie-Christine, “Copyright for Culinary Creations: A Seven Course Tasting Menu With Accompanying Wines”, Centre for Intellectual Property Rights, University of Leuven, January 2013, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2538116> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2538116>

JOUARY, Jean-Paul, FERRAN ADRIA, ¿COCINERO O ARTISTA? **Un filósofo en El Bulli**, Alianza Editorial, Madrid, 2012.

KUR, Annette, ENDRICH-LAIMBÖCK, Tobias, HUCKSCHLAG, Marc, “Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 23 January 2023 on the ‘Design Package’ (Amendment of the Design Regulation and Recast of the Design Directive) (January 23, 2023). **Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper N° 23-05**, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4344539> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4344539>

KUR, Annette Kur, “Unité De L’Art Is Here to Stay - Cofemel and Its Consequences”, **Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper** No. 19-16, December 2019, pp.1-22

LAFFONT, Robert, **Ma cuisine du soleil. Les recettes originales de Roger Vergé**, Robert Laffont ed., Paris, 1996.

LEISTNER, Matthias, “Einheitlicher europäischer Werkbegriff auch im Bereich der angewandten Kunst - Warum sich für die deutsche Praxis dennoch nicht viel ändern sollte”, **GRUR**, 11, 2019, pp. 1114-1119

LEITÃO, Luís Manuel TELES de MENEZES, **Direito de Autor**, 5ª ed., Almedina, Coimbra, 2023.

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

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

RAUSTIALA, K., SPRIGMAN, C., **The Knockoff economy, how imitation sparks innovation**, Oxford University Press, New York, 2012.

REED Natascha N., “Eat your art out: Intellectual Protection for Food”, **Blog Trademark, Copyright, Advertising & the Law**, 21, June, 2016, at Eat Your Art Out: Intellectual Property Protection for Food | Trademark, Copyright, Advertising & the Law | Foley Hoag LLP

ROBERT GUILLÉN, Santiago, **Alta Cocina y Derecho de Autor**, Reus, Madrid, 2017.

ROCHA, Maria Victória, “The Mondrian Cake: may Intellectual Property protect signature food?”, **Revista Eletrônica de Direito (RED)**, 19, junho 2019, 2, pp. 165-184.

ROCHA, Maria Victória, “PROTEÇÃO AUTORAL DAS OBRAS DE DESIGN NA UNIÃO EUROPEIA APÓS O ACÓRDÃO COFEMEL” RRDDIS- **Revista Rede de Direito Digital, Intelectual & Sociedade**, V. 3, n. 6, 2023, pp. 71-121.

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

RENDAS, Tito, “Copyright Protection of Designs in the EU: How Many Originality Standards Is Too Many?” **Journal of Intellectual Law & Practice**, Vol. 13 (6), June 2018, pp. 439-441, <https://doi.org/10.1093/jiplp/jpy037>

ROSATI, Eleonora, **Copyright in the Digital Single Market, Article-by-Article Commentary to the Provisions of Directive 2019/790**, Oxford University Press, Oxford, 2021.

ROSATI, Eleonora, “CJEU Rules that Copyright Protection for Designs Only Requires Sufficient Originality”, **Journal of Intellectual Property Law & Practice**, Vol. 14 (12), December 2019, pp. 931-932.

SILVA, P. SOUSA e, “A revisão da disciplina europeia dos desenhos ou modelos. Traços essenciais”, **Revista de Direito Intelectual**, 1, 2024, pp. 93-104

SILVA, Pedro SOUSA e, **Direito Industrial. Noções Fundamentais**, Almedina, Coimbra, 2022.

SILVA, Pedro SOUSA e, ‘Desenhos ou modelos no novo CPI. O que muda e o que não muda com o Ac. *Cofemel*’, **Revista de Direito Intelectual**, 2, 2019, pp. 189-204.

SMITH, CATHAY Y. N., “Food Art: Protection “Food Presentation” Under U.S. Intellectual Property Law”, **The John Marshall Review of Intellectual Property Law**, 14, 1, 2014.

STRAUS, N., “Trade Dress Protection for Cuisine: Monetizing Creativity in low-IP Industry”, **UCLA Law Review**, 60, 2012, pp.184-260

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

Recebido em 19 de setembro de 2025

Aprovado em 25 de outubro de 2025



CONTRATOS DE AGENCIAMENTO MUSICAL: A POSSIBILIDADE DE ADAPTAÇÃO DE SOLUÇÕES DO DIREITO ALIENÍGENA PARA O PROBLEMA DA FALTA DE EQUIDADE ENTRE OS PACTUANTES

*Musical agency contracts: the possibility of adapting
foreign legal solutions to the problem of inequity between
contracting parties*

Francisco Humberto Cunha Filho¹

João Flávio Lima Benevides²

RESUMO

Este trabalho analisa criticamente os contratos de agenciamento musical frente ao ordenamento jurídico brasileiro, destacando os desafios para coibir cláusulas abusivas e garantir a proteção efetiva dos direitos dos artistas. A indústria musical brasileira, fortemente impactada pela digitalização e pelas novas plataformas de *streaming*, enfrenta crescente complexidade contratual, acentuada por profundas assimetrias de poder entre músicos, especialmente em início de carreira, e grandes empresas do setor. Contratos redigidos unilateralmente frequentemente contêm cláusulas de difícil compreensão e de caráter abusivo, como a cessão irrestrita de direitos patrimoniais e as cláusulas

ABSTRACT

This article critically analyzes music agency contracts under Brazilian law, highlighting the challenges in curbing abusive clauses and ensuring effective protection of artists' rights. The Brazilian music industry, strongly impacted by digitalization and new streaming platforms, faces increasing contractual complexity, accentuated by profound power asymmetries between musicians, especially those at the beginning of their careers, and large companies in the sector. Unilaterally drafted contracts often contain clauses that are difficult to understand and abusive in nature, such as unrestricted assignments of economic rights and excessively long exclusivity clauses, which compromise the artistic and financial autonomy of musicians. Although Brazil's current copyright legislation

¹ Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (1990), Mestre em Direito (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará (1999), Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2004) e Pós-Doutor pela Universidade de Milão - Bicocca (2018).

² Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR), com sólida atuação no setor jurídico do entretenimento, especialmente em direitos autorais e contratuais no mercado musical. Atualmente integra a equipe jurídica da 30PRAUM, contribuindo com a análise e elaboração de contratos, estratégias de proteção autoral e estruturação de parcerias.

de exclusividade excessivamente longas, que comprometem a autonomia artística e financeira dos músicos. A atual legislação autoral brasileira, embora tenha representado um avanço significativo à época de sua promulgação, não acompanha as transformações recentes do mercado musical, deixando brechas para práticas contratuais predatórias. A metodologia do estudo baseia-se na análise documental de legislações nacionais e estrangeiras, aliada ao estudo comparado de modelos normativos dos Estados Unidos e da União Europeia. Conclui-se que a proteção dos direitos autorais e da liberdade profissional artística, esta reconhecida como direito fundamental, exige reformas urgentes na legislação brasileira, as quais podem se inspirar em modelos estrangeiros já consolidados. Tais mudanças não representam apenas uma necessidade técnica, mas uma escolha política e cultural imperativa em favor da valorização dos criadores e da construção de um ambiente mais justo para a música nacional.

Palavras-chave: Contratos de agenciamento musical; Equilíbrio contratual; Direitos autorais.

represented significant progress at the time of its enactment, it has not kept pace with recent transformations in the music market, leaving gaps for predatory contractual practices. The methodology of the study is based on documentary analysis of national and foreign legislation, combined with a comparative study of normative models from the United States and the European Union. It is concluded that the protection of copyright and the freedom of artistic professional practice, recognized as a fundamental right, requires urgent reforms in Brazilian legislation, which can be inspired by already consolidated foreign models. Such changes are not merely a technical necessity, but a political and cultural imperative aimed at valuing creators and building a fairer environment for national music.

Keywords: Contractual imbalance; Musical agency contracts; Copyright; Civil Law; Artist protection.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO. 2. O PRINCÍPIO DO EQUILÍBRIO CONTRATUAL NOS CONTRATOS DE AGENCIAMENTO MUSICAL. 3. ASSIMETRIA DE PODER E CLÁUSULAS ABUSIVAS NA INDÚSTRIA MUSICAL. 4. PERSPECTIVAS DE PROTEÇÃO E PROMOÇÃO DO EQUILÍBRIO NOS CONTRATOS MÚSICAIS. 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A indústria musical brasileira passou por profundas transformações nas últimas décadas, impulsionadas sobretudo pela digitalização do mercado, que, em certa medida, facilitou o acesso às artes. Embora es-

sas mudanças tenham ampliado as possibilidades de difusão e de crescimento das produções musicais, elas também agravaram desigualdades já existentes no setor, especialmente no que se refere à formalização de contratos entre artistas e empresas. Nesse cenário, destaca-se o contrato de agenciamento musical, amplamente utilizado pelas chamadas *majors*, grandes empresas que concentram o poder econômico e o domínio sobre diversas etapas da cadeia produtiva da música. Tal contrato, muitas vezes redigido de forma unilateral, inclui cláusulas de difícil compreensão para artistas em início de carreira, o que compromete a autonomia, a liberdade criativa e a justa remuneração. Assim, a promessa de apoio à carreira artística, fundada em investimentos consideráveis, pode se converter em uma armadilha jurídica, na qual a parte hipossuficiente³ (o artista) acaba abrindo mão de prerrogativas fundamentais, como o controle sobre suas obras e a gestão de sua própria carreira.

Portanto, evidencia-se um problema jurídico relevante, que é a falta de aplicação efetiva dos princípios norteadores do Direito Civil, em especial o princípio do equilíbrio contratual, nos contratos de agenciamento musical no Brasil. Pois, embora o ordenamento jurídico nacional consagre princípios fundamentais para o tema, como o do equilíbrio contratual, tais preceitos revelam-se de pouca efetividade na prática da indústria fonográfica.

Isso decorre, em grande medida, da ausência de regulamentações específicas para esse contrato e da carência quase generalizada de suporte jurídico especializado aos artistas, gerando um estado de vulnerabilidade estrutural nas relações contratuais do setor. Diante da recorrência e da gravidade dos abusos contratuais observados na indústria musical brasileira, situação essa agravada pela escassez de estudos acadêmicos focalizando os contratos de agenciamento musical, torna-se evidente a relevância de um aprofundamento teórico-jurídico sobre o tema.

Cabe ressaltar, ainda, que essa realidade contratual desequilibrada não afeta apenas direitos privados dos artistas, mas também com-

³ Entende-se hipossuficiência no sentido amplo, abarcando a falta de apoio jurídico, a falta de recursos e o desconhecimento jurídico.

promete princípios constitucionais de relevo, como a liberdade de expressão artística e profissional (art. 5º, IX e XIII, CF/88) e o direito de acesso à cultura (art. 215, CF/88). A perpetuação de práticas contratuais abusivas na indústria musical brasileira pode, portanto, representar um entrave à diversidade cultural e à democratização do setor, tornando urgente a construção de instrumentos jurídicos que promovam efetivamente o equilíbrio nas relações contratuais e valorizem a função social da atividade artística.

A metodologia adotada neste trabalho consiste em análise bibliográfica e documental, com base em fontes legislativas, doutrinárias nacionais e estrangeiras. A abordagem é qualitativa, voltada à compreensão crítica da aplicação (ou não) dos princípios civis nos contratos de agenciamento musical, bem como de suas consequências jurídicas e sociais. O recorte temporal adotado abrange o período posterior à promulgação da Lei nº 9.610/1998 (Lei de Direitos Autorais), marco normativo que estrutura a proteção autoral no Brasil contemporâneo, até os modelos contratuais emergentes na era do *streaming* e da distribuição digital, como aqueles firmados por artistas com plataformas ou distribuidoras. Foram utilizados também marcos normativos como o Código Civil brasileiro, a Lei de Direitos Autorais, a Diretiva (UE) 2019/790 e o título 17 do U.S. Code. Nesse contexto, a pergunta que orienta esta pesquisa é: em que medida o direito alienígena aponta soluções jurídicas e políticas adaptáveis à normatividade brasileira, no sentido de combater a falta de equidade entre contratantes em contratos de agenciamento musical?

Portanto, este artigo tem como objetivo central investigar em que medida soluções jurídicas e políticas desenvolvidas em ordenamentos estrangeiros, como o norte-americano e o europeu, podem ser adaptadas à realidade brasileira para combater a falta de equidade nas relações contratuais entre artistas e agentes da indústria musical. Busca-se destacar a conexão do tema com fundamentos do Direito Civil e com os primados constitucionais da dignidade da pessoa humana, da liberdade do exercício profissional artístico e do acesso universal às fontes da cultura. Para tanto, na Seção 1 serão discutidos os contornos do princípio do equilíbrio contratual no direito brasileiro e as características dos contratos de

agenciamento musical. Em seguida, a Seção 2 analisará como o poder econômico das grandes empresas e a consequente vulnerabilidade dos artistas resultam em cláusulas abusivas e em desequilíbrio negocial. Por fim, a Seção 3 abordará as possibilidades jurídicas de proteção aos artistas, apresentando propostas de reforma legislativa, baseadas em modelos internacionais, culminando em uma conclusão voltada a sintetizar os achados e sugerir encaminhamentos.

2 O PRINCÍPIO DO EQUILÍBRIO CONTRATUAL NOS CONTRATOS DE AGENCIAMENTO MUSICAL

O princípio do equilíbrio contratual, também conhecido como princípio da equivalência das obrigações, um dos pilares do Direito Civil contemporâneo, afirma que os contratos devem estabelecer prestações proporcionais entre as partes, evitando ganhos excessivos e/ou desequilíbrios que prejudiquem uma delas (Rizzardo, 2023). O desenvolvimento deste princípio e de suas vertentes trazem uma mudança de paradigma, como por exemplo a mitigação ao entendimento de que o contrato constitui uma relação inalterável (Tartuce, 2020), ou seja, o Direito brasileiro atual, embora respeite as obrigações ali estabelecidas, deve agir de forma a coibir a desproporcionalidade das obrigações. Dessa forma, a intervenção do Estado nos contratos tornou-se legítima para garantir que eles reflitam valores como justiça, equilíbrio e função social (Lôbo, 2024).

A aplicação conjunta desses postulados visa evitar que os contratos se tornem instrumentos de exploração, especialmente em contextos de grande assimetria de poder econômico. Nesses casos, o equilíbrio contratual atua como mecanismo de proteção do lado mais fraco, assegurando respeito a seus direitos básicos e evitando a imposição de condições excessivamente onerosas ou unilaterais. Em contrapartida, princípios também tradicionais na esfera cível, como a autonomia da vontade, precisaram ser mitigados.

O clássico princípio da autonomia da vontade, entendido como a possibilidade de as partes exercerem livremente os seus desejos e, conse-

quentemente, pactuarem o conteúdo de seus contratos, foi relativizado para coibir abusos. No regime clássico da autonomia privada, partia-se da suposição de que todos os contratantes se encontravam em condições de igualdade para negociar livremente. No entanto, essa concepção, ao ignorar as disparidades econômicas entre as partes, acabou, muitas vezes, servindo para encobrir desigualdades reais e mascarar relações assimétricas sob a aparência de acordos voluntários e equilibrados (Gomes; Brito; Brito, 2022).

Entretanto, apesar de um arcabouço principiológico robusto, persistem desafios quanto à efetivação prática do equilíbrio contratual. Um dos principais entraves é a relativa vagueza desses conceitos, que dependem da interpretação judicial em cada caso concreto. O que configura “onerosidade excessiva” ou violação da “função social” pode variar significativamente, gerando insegurança jurídica e aplicações por vezes inconsistentes. Ainda assim, em determinadas hipóteses, o equilíbrio contratual deve assumir papel central, especialmente quando uma das partes, em posição economicamente fragilizada, não dispõe de alternativa viável senão aceitar as condições impostas.

Essa lógica é particularmente evidente no campo da música, onde os contratos de agenciamento artístico se apresentam como instrumentos determinantes na carreira de músicos profissionais. Em geral, trata-se do primeiro grande contrato que um artista assina, marcando um divisor de águas em sua trajetória profissional (Junior, 2005).

Ao firmá-lo, espera-se que o artista possa concentrar-se em sua criação artística, delegando ao agente as questões negociais, burocráticas e promocionais de sua carreira. Em troca, o agente (ou a empresa) obtém uma remuneração, normalmente consistente em um percentual dos ganhos do artista, e pode assumir obrigações como negociar shows e eventos, planejar estratégias de marketing e imagem, intermediar contratos de patrocínio e licenciamento de marca, bem como orientar os rumos profissionais do agenciado. Ou seja, o artista “ganha” um sócio que supostamente vai investir em sua carreira e que, por possuir, em tese, uma vasta experiência de mercado, é capaz de alavancar os seus rendimentos.

Dado esse contexto, é inegável a relevância desses contratos, pois deles costumam depender as oportunidades de exposição midiática e de crescimento profissional na indústria musical. No entanto, sua estrutura pode variar enormemente e, não raro, incorporar cláusulas que afetam diretamente a autonomia e a segurança financeira do artista. Alguns elementos contratuais típicos merecem destaque:

- **Remuneração do agente:** usualmente calculada como um percentual (comissão) sobre as diversas receitas do artista. Esse percentual pode oscilar conforme o estágio da carreira e o grau de investimento do agente. Artistas iniciantes, sem histórico no mercado, frequentemente cedem percentuais elevados como forma de atrair o investidor para o seu talento, ao passo que músicos consagrados conseguem negociar comissões menores ou restritas a determinadas atividades (KRETSCHMER, 2004). A definição pouco transparente desses percentuais, porém, pode reduzir significativamente os rendimentos líquidos do criador, gerando desde o início uma relação economicamente desfavorável a ele.
- **Cláusula de exclusividade:** vincula o artista exclusivamente a um agente ou empresa por determinado período. Em tese, a exclusividade se justifica para que o empresário colha os frutos de seus investimentos na carreira do músico, garantindo comprometimento mútuo. Contudo, ela também limita a liberdade profissional do artista, impedindo-o de buscar oportunidades paralelas. Sem critérios razoáveis, a exclusividade pode amarrar o músico a um único intermediário mesmo quando este não atende às expectativas, inviabilizando que o autor explore livremente seu trabalho.
- **Duração contratual:** os prazos variam, porém, sendo que os excessivamente longos revelam-se especialmente problemáticos, pois estabelecem o vínculo de forma quase permanente e dificultam a rescisão pelo artista insatisfeito. Em casos extremos, somando-se cláusulas de renovação automática ou penalidades

severas por rescisão antecipada, o contrato pode criar uma verdadeira relação de dependência do artista face à empresa, lembrando situações análogas a servidões pessoais do passado, algo incompatível com a noção de dignidade da pessoa humana e com a liberdade de iniciativa cultural.

- **Cessão de direitos autorais e de fonogramas:** talvez o ponto mais sensível. É frequente que, ao assinar com uma gravadora ou agenciadora, o artista transfira integralmente os direitos patrimoniais sobre suas obras gravadas (fonogramas) para a empresa. Pelo ordenamento brasileiro vigente, notadamente a Lei nº 9.610/1998 (Lei de Direitos Autorais – LDA), essa cessão é juridicamente possível. Na prática do mercado, isso significa que os artistas não detêm os direitos sobre suas próprias gravações, limitando sua autonomia na exploração comercial futura de suas obras. Em tais casos, o músico passa a depender totalmente da gravadora para quaisquer usos do fonograma, desde licenciamentos para filmes e para anúncios até disponibilização em plataformas digitais. Um exemplo ilustrativo é o Agravo de Instrumento n.º 0709784-22.2022.8.07.0000⁴, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em que o juízo reconheceu indícios de cláusulas potencialmente abusivas, capazes de comprometer a liberdade de atuação do artista e gerar dependência contratual excessiva.
- **Amplitude dos serviços e receitas abrangidas:** alguns contratos de agenciamento limitam-se a aspectos específicos garantindo ao artista autonomia sobre outras dimensões de sua carreira, como gravações e como merchandising. Porém, outros

⁴ Processo n.º 0709784-22.2022.8.07.0000. Em decisão proferida pela 6ª Turma Cível do TJDF, foi concedida tutela de urgência para suspender os efeitos de contrato de agenciamento artístico firmado com artista iniciante. O tribunal reconheceu indícios de cláusulas potencialmente abusivas, que restringiam a liberdade profissional do artista e geravam dependência excessiva em favor da produtora. A decisão destacou a ausência de transparência nos termos pactuados e a posição de hipossuficiência da parte contratada, invocando os princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato como fundamentos para a intervenção judicial.

contratos adotam uma abordagem global, sendo estes conhecidos como os contratos 360°. Nesse modelo, amplamente utilizado pelas grandes gravadoras, a empresa participa de todas as fontes de receita do artista: vendas de música (física e digital), direitos autorais, shows, patrocínios, publicidade, licenciamento de imagem, venda de produtos relacionados, entre outros (Melon, 2014). O contrato 360° representa, em essência, um pacote completo de gerenciamento da carreira, o que pode ser conveniente para o artista sob certos aspectos, mas implica uma cessão abrangente de direitos e participação nos lucros. Dessa forma, diante da abrangência do contrato, sem salvaguardas adequadas, o resultado é uma diluição significativa dos ganhos do criador e uma ingerência empresarial em praticamente todas as suas decisões profissionais.

Essas cláusulas, ao serem impostas de forma unilateral, ilustram a assimetria contratual e reforçam a vulnerabilidade do artista no contrato de agenciamento musical, pois impõem obrigações extremamente onerosas ao artista sem a devida contrapartida por parte da empresa. Por exemplo, quando a cessão dos direitos autorais é total e por prazo indeterminado, sem mecanismos de revisão ou remuneração proporcional, o artista perde completamente o controle sobre sua própria obra. Da mesma forma, cláusulas que fixam percentuais elevados em favor do empresário ignoram a contribuição substancial do artista na produção do conteúdo, configurando uma desproporção que fere o princípio da equivalência das prestações. Essas práticas são especialmente graves quando direcionadas a músicos iniciantes, que, por desconhecimento ou necessidade, acabam aderindo a condições prejudiciais à sua dignidade e autonomia.

Dessa maneira, a imposição de cláusulas que restringem excessivamente a liberdade criativa e econômica dos artistas compromete não apenas seus direitos individuais, mas também valores constitucionais mais amplos, como a liberdade profissional e artística (art. 5º, IX e XIII, CF/88) e o acesso à cultura (art. 215, CF/88). A concentração de poder contratual

nas mãos de poucas empresas e a padronização de cláusulas abusivas reduzem a pluralidade de vozes na música e dificultam o florescimento de uma indústria cultural diversa e democrática.

Assim, a próxima seção analisará que, na prática da indústria musical, o princípio do equilíbrio contratual é frequentemente negligenciado ou distorcido, resultando em contratos marcados por profunda assimetria.

3 ASSIMETRIA DE PODER E CLÁUSULAS ABUSIVAS NA INDÚSTRIA MUSICAL

A indústria musical, em nível global, é caracterizada por uma forte disparidade econômica, na qual um número reduzido de empresas controla grande parte do mercado e exerce influência significativa sobre a produção, a distribuição e a promoção de conteúdo musical. Ademais, detêm um catálogo extenso e diversificado, além de recursos financeiros e logísticos que dificilmente encontram paralelo entre os agentes independentes. Esse cenário de oligopólio confere às grandes empresas um poder de barganha extraordinário, permitindo-lhes definir padrões contratuais e impor condições praticamente uniformes aos artistas que desejam ingressar no *mainstream* do mercado fonográfico (Lima, 2025).

Como consequência, músicos em início de carreira ou sem respaldo financeiro adequado frequentemente se veem compelidos a aceitar termos contratuais que, embora lhes abram as portas da visibilidade e do investimento profissional, restringem sua liberdade criativa e reduzem sua participação nos lucros gerados por suas próprias obras. Essa situação é agravada pela pressão social e econômica para “fazer parte” da indústria, muitas vezes percebida como única via de sucesso, combinada à falta de assistência jurídica especializada. Assim, torna-se difícil identificar cláusulas danosas que demandam negociar alterações substanciais.

Mesmo na pátria do liberalismo e da indústria cultural, essa lógica de desequilíbrio já havia sido reconhecida há décadas, como no caso *Fred*

Fisher v. Witmark (EUA, 1943)⁵, em que a Suprema Corte norte-americana apontou a vulnerabilidade econômica dos autores diante das gravadoras e editoras, situação que favorece contratos amplamente vantajosos às empresas do setor. Entre os principais problemas identificados nesses contratos estão cláusulas que impõem obrigações excessivas e desproporcionais, tais como percentuais elevados de retenção de receitas, prazos contratuais demasiadamente longos, restrições à liberdade criativa e cláusulas de exclusividade abrangentes (Junior, 2005).

Em um cenário ideal, o princípio do equilíbrio contratual atuaria como verdadeiro contraponto a esses excessos, servindo de mecanismo de proteção ao artista para assegurar a equivalência material das prestações. Entretanto, a realidade mostra que faltam instrumentos jurídicos específicos para impor maior justiça nesses ajustes.

Diferentemente de outros campos (como o direito do consumidor, em que há regramentos rígidos contra cláusulas abusivas em contratos de adesão), a indústria musical opera em um espaço de ampla liberdade contratual, no qual vigora quase irrestritamente o princípio *pacta sunt servanda*. Os contratos de agenciamento e de cessão de direitos autorais, sendo negócios jurídicos entre particulares no âmbito artístico, não são submetidos a controles prévios de conteúdo por nenhum órgão regulador e tampouco encontram na legislação disposições muito detalhadas que limitem determinadas cláusulas. Assim, a não ser pelo filtro genérico dos princípios civis aplicado caso a caso pelo Poder Judiciário, há pouca interferência desses instrumentos, na prática.

O resultado é a quantidade de artistas que precisaram aceitar condições desfavoráveis por falta de alternativas. A inexistência de competição significativa, dado o domínio das grandes empresas, coloca o criador diante de um dilema entre assinar o contrato nos termos ofertados ou permanecer à margem das estruturas profissionais de produção e de divulgação musical.

⁵ *Fred Fisher Music Co. v. M. Witmark & Sons*, 318 U.S. 643 (1943). Caso julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, em que se reconheceu a desigualdade contratual entre autores e editoras musicais no momento da cessão de direitos autorais, ainda que antes do registro da obra.

A transformação digital do mercado fonográfico contribuiu para acentuar ainda mais essa assimetria contratual. Com a queda acentuada das receitas oriundas da venda de CDs e downloads, o streaming passou a representar quase 99% do total de vendas da indústria musical brasileira em 2024 (Rolling Stone Brasil, 2025). Embora tenha ampliado o consumo de música, esse modelo oferece aos artistas remuneração extremamente baixa: plataformas como o Spotify pagam, em média, apenas entre US\$ 0,004 e US\$ 0,009 por execução (Dimont, 2017), valor que ainda sofre reduções significativas em razão das deduções feitas por gravadoras e intermediários. Como consequência, mesmo milhões de reproduções não garantem retorno financeiro suficiente para sustentar uma carreira artística independente.

Esse novo cenário tem impulsionado a celebração dos chamados contratos 360°, que, quando firmados em contextos de vulnerabilidade e com baixa transparência, tendem a ser amplamente desfavoráveis aos músicos. A disparidade econômica estrutural da indústria reforça, assim, a necessidade de mecanismos jurídicos que garantam maior transparência, controle e participação dos criadores nas receitas geradas por suas obras.

Essa “liberdade de contratar”, na prática, revela-se altamente assimétrica, fazendo com que muitos contratos de agenciamento se aproximem de contratos de adesão, com termos padronizados impostos unilateralmente pelas empresas. A conjunção entre a falta de informação e a presença de cláusulas desequilibradas afasta esses contratos do ideal de equivalência material que deveria orientá-los. Quando apenas a empresa auferе vantagens duradouras, enquanto o artista recebe benefícios imediatos e efêmeros — como adiantamentos ou visibilidade inicial — rompe-se o princípio do equilíbrio contratual.

Dessa forma, a conjunção da falta de informação com as cláusulas desequilibradas faz com que muitos contratos de agenciamento se afastem da equivalência material que deveria presidi-los. Pois, quando apenas a empresa auferе vantagens duradouras, enquanto que o músico

recebe apenas um benefício imediato e fugaz (adiantamentos, divulgação inicial), rompe-se o equilíbrio contratual.

Essa realidade, marcada pela desproporção entre as partes e pela imposição de cláusulas que beneficiam exclusivamente os empresários ou agentes, vem sendo enfrentada pontualmente pelo Judiciário brasileiro. Em recente decisão proferida pela 4ª Vara Cível de Cuiabá⁶, foi reconhecida a abusividade de um contrato de agenciamento artístico celebrado com uma cantora de 17 anos, emancipada apenas para firmar o contrato. O ajuste previa exclusividade por 15 anos, prorrogável por mais 15, e estabelecia uma divisão de cachês na qual 75% caberiam aos empresários e apenas 25% à artista, mesmo sem qualquer comprovação de investimentos realizados por eles. O juízo entendeu que tais cláusulas impunham vantagem exagerada, configuravam abuso de direito, declarando-as nulas e rescindindo o contrato.

Situação semelhante foi analisada pelo Tribunal de Justiça de Goiás (TJGO)⁷, que anulou cláusulas de um contrato de agenciamento por entender que os empresários assumiam todos os bônus, deixando os ônus à artista agenciada, sem apresentar comprovação de investimentos ou prestação de contas. Nessa linha, embora o contrato de agenciamento envolva obrigações de meio e não de resultado, como esclareceu o TJGO em outra decisão⁸, a imposição de cláusulas penais manifestamente excessivas e desproporcionais pode ser revista judicialmente com base no art. 413 do Código Civil.

⁶ Processo n.º 1013841-07.2021.8.11.0041. Sentença da 4ª Vara Cível de Cuiabá reconheceu a abusividade de contrato celebrado entre cantora emancipada de 17 anos e empresários que retinham 75% dos rendimentos e impunham exclusividade por 15 anos. O juízo declarou nulas as cláusulas contratuais por violação à boa-fé e à função social do contrato, e rescindiu o vínculo.

⁷ Apelação Cível n.º 5414909-14.2020.8.09.0051. O Tribunal de Justiça de Goiás considerou abusivas cláusulas contratuais que impunham ônus excessivos a dupla sertaneja agenciada, sem prestação de contas ou comprovação de investimentos por parte dos empresários. Reconheceu a onerosidade excessiva e determinou a rescisão contratual.

⁸ Apelação Cível n.º 0217823-30.2012.8.09.0107. O tribunal entendeu que, embora o contrato de agenciamento imponha obrigações de meio, cláusula penal por rescisão antecipada pode ser reduzida quando manifestamente excessiva. Aplicou-se o art. 413 do Código Civil, garantindo equilíbrio financeiro contratual.

Tais precedentes evidenciam que o desequilíbrio negocial nos contratos da indústria musical não é apenas uma abstração teórica, mas um problema concreto enfrentado por artistas em início de carreira, que reforça a urgência de mecanismos normativos claros e específicos para prevenir tais abusos. Esse desequilíbrio não impacta apenas o artista de forma individual, mas também afronta princípios constitucionais ligados à cultura, à dignidade da pessoa humana e à liberdade profissional. Conforme destaca Cunha Filho (2017), a liberdade do exercício profissional artístico deve ser reconhecida como um direito fundamental, o que evidencia a multiplicidade de garantias violadas pela prática reiterada desses contratos desproporcionais.

Frente a esse diagnóstico, torna-se imprescindível discutir caminhos para reverter ou mitigar esses desequilíbrios, de modo a alinhar a prática contratual da indústria musical aos parâmetros do direito civil contemporâneo e aos valores maiores do ordenamento.

Em âmbito internacional, um caso emblemático ilustra os extremos a que artistas têm recorrido para recuperar sua autonomia diante de contratos desequilibrados. A cantora Taylor Swift, por exemplo, optou por regravar integralmente seus primeiros seis álbuns de estúdio, a fim de reaver o controle sobre as gravações master de suas músicas (Harvard Law, 2024). Essa medida extraordinária deveu-se ao fato de seus contratos originais com a gravadora preverem a cessão da titularidade dos fonogramas à empresa, o que impedia a artista de dispor livremente de suas obras já gravadas. Ao lançar versões regravadas de seus discos (“Taylor’s Version”), Swift conseguiu se reapropriar dos frutos econômicos de sua criação. O impacto foi tamanho que grandes gravadoras passaram a impor cláusulas que proíbem regravações por 15, 20 ou até 30 anos após o término do contrato, período que vai muito além do padrão anterior (Caraan, 2023).

O episódio Swift evidencia duas faces do problema: de um lado, mesmo artistas de renome ficam sujeitos a contratos leoninos que os obrigam a medidas drásticas para recuperar seus direitos; de outro, sem regulamentação protetiva, o setor tende a perpetuar práticas contratuais

ainda mais restritivas, exacerbando o desequilíbrio em vez de corrigi-lo. A seguir, analisam-se mecanismos já implementados nos Estados Unidos e na União Europeia, que podem inspirar soluções concretas ao contexto brasileiro.

4 PERSPECTIVAS DE PROTEÇÃO E PROMOÇÃO DO EQUILÍBRIO NOS CONTRATOS MUSICAIS

Diante das assimetrias contratuais evidenciadas na indústria musical brasileira, este capítulo examina medidas legislativas e práticas internacionais que podem servir como referência para o ordenamento jurídico nacional. Nos últimos anos, países e blocos econômicos relevantes têm adotado medidas normativas voltadas ao reequilíbrio das relações contratuais entre artistas (autores e intérpretes) e os agentes responsáveis pela exploração econômica de suas obras. Esse movimento regulatório reflete uma crescente preocupação legislativa em diversos ordenamentos com a necessidade de assegurar tanto o acesso contínuo a obras protegidas quanto a remuneração justa dos criadores. Conforme apontam Geiger e Bulayenko (2020), os direitos estatutários de remuneração vêm sendo cada vez mais considerados como uma solução política viável para enfrentar tais desafios, atuando como mecanismos corretivos frente às desigualdades estruturais dos contratos autorais.

A União Europeia, por exemplo, aprovou a Diretiva (UE) 2019/790⁹, conhecida como Diretiva de Direitos Autorais no Mercado Único Digital.

O objetivo é modernizar e padronizar as políticas nesta área, de modo a fomentar investimentos tanto públicos como privados no mercado europeu, visando, ainda, impulsionar as indústrias criativas e garantir que os utilizadores sejam considerados prioritários. (Vaquerinho, 2024)

⁹ A Diretiva (UE) 2019/790 foi progressivamente transposta para os ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros da União Europeia, incluindo países como França e Portugal, que adaptaram suas legislações nacionais para incluir dispositivos sobre transparência contratual, remuneração proporcional e direito de revogação contratual em benefício de autores e intérpretes.

Esta Diretiva traz um capítulo inteiro dedicado a melhorar a posição contratual de autores e de artistas frente a produtores, as plataformas e aos intermediários. Dentre as inovações dela, destacam-se: o estabelecimento de uma remuneração apropriada e proporcional aos autores pela exploração de suas obras (art. 18); a imposição de uma obrigação de transparência aos contratantes, que devem fornecer regularmente aos autores informações sobre o uso de suas obras e receitas obtidas (art. 19); um mecanismo de ajuste contratual que permite ao autor reivindicar remuneração adicional se a compensação acordada inicialmente se tornar desproporcionalmente baixa em relação ao sucesso comercial da obra; e um direito de revogação ou rescisão (art. 22) conferido ao autor para casos em que a obra cedida com exclusividade não esteja sendo explorada pelo cessionário, permitindo-lhe recuperar seus direitos.

Tais medidas representam uma ruptura com o modelo tradicional, ao introduzir instrumentos de valorização da transparência, da remuneração justa e da possibilidade de revisão de cláusulas desvantajosas. Segundo o European Copyright Society (2020), as intervenções propostas nos artigos mencionados representam uma tentativa de regular o mercado de criação cultural, justamente por reconhecer a posição contratual enfraquecida de autores e intérpretes na cessão de direitos (Dusollier, 2020). A adoção no Brasil dos direitos previstos na Diretiva Europeia demandaria ajustes legislativos específicos, particularmente na Lei nº 9.610/98. Além disso, seria necessário enfrentar resistências dos setores empresariais estabelecidos, bem como garantir mecanismos jurídicos eficazes para a fiscalização e a aplicação prática desses direitos, algo que demandaria infraestrutura jurídica e regulatória robusta.

Em contraste com os avanços implementados na Europa, o cenário brasileiro ainda carece de instrumentos legais semelhantes. Nesse sentido, destaca-se o recente julgamento do STJ (REsp 2.029.976/SP, 3ª Turma, nov. 2024) envolvendo dois compositores renomados, no qual a Corte entendeu que contratos de cessão de direitos autorais firmados há décadas configuravam transferências definitivas e irrevogáveis de direitos (MIGALHAS, 2024). Dessa forma, os artistas buscavam retomar a exploração de 72 composições cedidas a uma editora nos anos 1960/70, alegando

desequilíbrio diante das mudanças tecnológicas, mas o Tribunal negou o pedido de rescisão contratual, mantendo válidas as cessões originárias. Esse precedente evidencia que, na ausência de um mecanismo legal de revisão ou reversão dessas cessões, os autores permanecem vinculados a acordos potencialmente desvantajosos indefinidamente, mesmo num contexto mercadológico completamente distinto. Tal realidade reforça a urgência de reformas legislativas que introduzam instrumentos de reequilíbrio para permitir que artistas recuperem seus direitos após certo tempo ou diante de percepção econômica insuficiente.

Nos Estados Unidos, embora prevaleça um modelo mais liberal de contratos, o regime próprio que adotam oferece certa proteção para os artistas, como por exemplo o instituto da rescisão de transferências (*termination of transfers*). A legislação norte-americana, especificamente os §§ 203 e 304 do título 17 do seu código de copyright, permite que autores ou seus herdeiros revertam os direitos previamente cedidos após determinados prazos. Para obras criadas e transferidas a partir de 1º de janeiro de 1978, o § 203 prevê uma janela de cinco anos que se abre 35 anos após a cessão, já para obras publicadas entre 1923 e 1963 e cujos direitos foram renovados, o § 304(c) estabelece que a primeira janela se abre 56 anos após a publicação, e o § 304(d) introduz uma segunda oportunidade, iniciada 75 anos após a data de publicação original, em virtude da *Copyright Term Extension Act*¹⁰. Essas janelas são irrenunciáveis e, segundo Altemose (2025), elas oferecem aos autores uma nova oportunidade de se beneficiar de sua obra.

A implementação de um mecanismo semelhante ao *termination of transfers* poderia ser relevante no contexto brasileiro, especialmente para mitigar contratos excessivamente longos ou economicamente desproporcionais. Contudo, desafios jurídicos significativos surgiriam, tais como a adaptação ao modelo brasileiro de proteção autoral, que tradicionalmente

¹⁰ O *Copyright Term Extension Act* é uma das principais leis norte-americanas sobre direitos autorais, responsável por ampliar os prazos de proteção. Ver: UNITED STATES. **Copyright Term Extension Act**, Pub.L. 105–298, 112 Stat. 2827, Oct. 27, 1998. Disponível em: <https://www.congress.gov/bill/105th-congress/house-bill/2589>. Acesso em: 27 maio 2025.

não contempla instrumentos dessa natureza, bem como a resistência previsível das grandes empresas fonográficas.

Essas experiências estrangeiras (EUA) e internacionais (União Europeia) servem de inspiração ao ordenamento brasileiro, indicando que reformas legais podem promover maior equidade nas relações contratuais da indústria musical sem inviabilizar a atividade econômica do setor. Elas indicam caminhos jurídicos relevantes ao promoverem maior equilíbrio, transparência e justiça nas relações contratuais da indústria musical, evidenciando soluções que poderiam inspirar o ordenamento brasileiro.

Diante do exposto, observa-se que as experiências internacionais analisadas demonstram ser possível implementar mecanismos legais que atenuem os desequilíbrios contratuais característicos da indústria musical. Medidas como a obrigação de transparência, a possibilidade de revisão contratual e o direito à rescisão revelam um esforço normativo voltado à valorização dos criadores e à proteção de seus direitos patrimoniais. Tais inovações, ao reconhecerem a fragilidade contratual dos autores e intérpretes, contribuem para consolidar um ambiente mais justo e equilibrado sem inviabilizar a atividade econômica do setor. Para o Brasil, essas iniciativas são importantes referências para orientar reformas legislativas capazes de suprir as lacunas atualmente existentes. Nesse sentido, uma atualização da Lei 9.610/98 (Lei de Direitos Autorais - LDA) poderia considerar especificamente as propostas referentes à fixação de um prazo máximo razoável para a cessão de direitos autorais em contratos de agenciamento musical, exigência de prestação regular de contas detalhadas sobre as receitas obtidas pela exploração das obras, possibilidade de reajuste e rescisão de contratos quando o cessionário não realizar a exploração efetiva da obra cedida ou quando a remuneração oferecida não for suficiente.

Cabe ainda considerar soluções extra-legislativas para mitigar o desequilíbrio contratual. O fortalecimento de associações profissionais de músicos e de sindicatos da categoria pode servir como contrapeso na negociação contratual, estabelecendo parâmetros mínimos de equidade. Em diversos países, acordos coletivos setoriais têm limitado cláusulas abusi-

vas e garantido remunerações mais justas aos artistas, como por exemplo na Europa, onde existem contratos-padrão negociados por sindicatos de autores e intérpretes, visando assegurar percentuais mínimos de royalties e transparência nos relatórios de exploração (Lacourt; Radel-Cormann; Valais, 2023). No contexto brasileiro, iniciativas como a elaboração de códigos de boas práticas pela indústria fonográfica, com adesão de grandes gravadoras e agenciadores, ou mesmo a criação de uma câmara setorial para mediar conflitos, poderiam complementar a legislação. Tais medidas voluntárias não substituem a reforma legal, mas podem antecipar a proteção de artistas enquanto mudanças normativas mais amplas não são implementadas, além de fomentar um ambiente de negociação mais equilibrado e profissionalizado.

Por fim, vale observar que o próprio contexto nacional impõe desafios à implementação dessas medidas, diante da concentração do mercado fonográfico em poucas empresas dominantes e da dependência econômica de pequenas gravadoras (Vieira, 2012). Nesse cenário, torna-se ainda mais urgente a adoção de mecanismos jurídicos que assegurem maior equilíbrio nas relações contratuais e valorizem efetivamente a figura do criador. A construção de um ambiente normativo mais justo demanda não apenas a revisão de cláusulas abusivas, mas também o reconhecimento do papel central do artista na cadeia produtiva da música. Promover segurança jurídica e condições contratuais mais equitativas é fundamental para garantir a sustentabilidade do setor cultural e o respeito aos direitos fundamentais envolvidos na criação artística.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em resposta ao problema de pesquisa proposto, conclui-se que o direito estrangeiro oferece, em larga medida, soluções jurídicas e políticas adaptáveis ao ordenamento brasileiro para mitigar a falta de equidade em contratos de agenciamento musical. A análise evidenciou mecanismos consolidados nos Estados Unidos e na União Europeia capazes de reequilibrar as relações contratuais entre artistas e agenciadores. Nos EUA, desde a reforma da lei de direitos autorais em 1976, vigora o instituto

da *termination of transfers*, que confere aos autores o direito de rescindir a cessão de direitos após 35 anos, mediante notificação prévia. Portanto, trata-se de ferramenta de correção de assimetrias, pois ela permite que, passado tempo considerável, os criadores recuperem o controle de suas obras e participem de forma mais justa dos frutos econômicos gerados. Frutos esses que, frequentemente, beneficiariam desproporcionalmente os intermediários e as grandes empresas ao longo das décadas.

Em contraste, a Lei brasileira 9.610/98 carece de previsão análoga. Salvo estipulação contratual em contrário, não há impedimento no ordenamento pátrio capaz de evitar que contratos prevejam prazos excessivamente longos (inclusive por todo o período de proteção autoral). Além disso, o ordenamento também não oferece ao autor margem legal para rever ou extinguir antecipadamente uma transferência desvantajosa. Dessa forma, a experiência norte-americana sinaliza uma importante inovação a ser considerada no Brasil: a inclusão de um direito de rescisão periódica das cessões, como forma de assegurar equilíbrio e justiça contratuais a longo prazo.

No âmbito do direito da União Europeia, a Diretiva 2019/790/UE consagrou um conjunto de medidas voltadas a reforçar a posição negocial de autores e artistas intérpretes ou executantes em face dos exploradores de suas obras. Dentre essas medidas, destaca-se o direito dos autores e artistas intérpretes ou executantes a uma remuneração apropriada e proporcional pelas licenças ou cessões que realizarem (art. 18). Embora os Estados-membros tenham liberdade para decidir os mecanismos de aplicação, o objetivo da norma é assegurar que os criadores não sejam remunerados de forma simbólica ou desproporcional em relação ao valor real de exploração de suas obras. Trata-se de uma diretriz fundamental para coibir práticas contratuais abusivas e fomentar maior equilíbrio econômico entre contratantes, além de representar um ponto de partida relevante para o debate sobre a atualização da legislação brasileira, que não contém dispositivo similar em seu corpo normativo.

Outro ponto que merece atenção, é previsão da obrigação de transparência (art. 19), que impõe aos licenciados ou cessionários o dever de

prestar regularmente aos autores informações atualizadas, pertinentes e abrangentes sobre a exploração de suas obras. Tal obrigação garante ao criador acesso a dados de receita, modalidades de uso e demais elementos necessários para verificar se a remuneração pactuada permanece adequada. Ademais, a Diretiva 2019/790 estabeleceu expressamente o direito de revogação (art. 22), facultando ao autor ou artista, nas licenças ou cessões exclusivas, resolver o contrato caso a obra não esteja sendo explorada pelo contratante. Esse direito de revogação por falta de exploração protege o criador contra o engavetamento indefinido de sua criação por terceiros, permitindo-lhe buscar novos parceiros ou meios de difusão se o contratante original não cumprir a expectativa de utilização econômica da obra.

Tais aportes do direito comparado revelam-se plenamente adaptáveis ao contexto brasileiro e serviram de base para as proposições de reforma da Lei 9.610/98 delineadas ao longo deste estudo. A introdução de um direito de rescisão autoral periódico, nos moldes do sistema americano, e de cláusulas legais de transparência, revisão de remuneração e revogação por não uso, inspiradas no direito europeu, mostra-se não apenas viável do ponto de vista normativo, como também desejável à luz dos princípios e objetivos fundamentais do ordenamento brasileiro. A viabilidade jurídica decorre da compatibilidade dessas inovações com a estrutura da nossa Lei de Direitos Autorais e da experiência bem-sucedida de sua aplicação em outros cenários jurídicos, ajustando-se as especificidades ao contexto nacional.

Já a pertinência político-social dessas adaptações repousa no imperativo de promover maior justiça nas relações contratuais culturais, o que encontra ressonância direta na Constituição de 1988. A Carta Magna consagra a cultura e a arte como valores constitucionalmente protegidos, impondo ao Estado o dever de fomentar condições para seu acesso e fruição por todos. Ao mesmo tempo, garante a liberdade de expressão artística e valoriza a criação intelectual, reconhecendo o artista como protagonista no desenvolvimento cultural do País. O princípio da dignidade da pessoa humana, basilar na ordem jurídica brasileira, reforça a necessidade de

tutela ao autor enquanto trabalhador criativo, para que não seja reduzido a mero objeto de exploração contratual.

Nesse sentido, instrumentos que reequilibrem os contratos de agenciamento musical, assegurando remunerações proporcionais, possibilidade de retomada de direitos e transparência nos resultados da exploração, concretizam esses preceitos constitucionais. Além de promoverem condições mais equânimes de participação nos benefícios econômicos da obra intelectual, o que valoriza o autor como agente cultural digno e livre, e simultaneamente incentiva a produção e circulação de bens culturais em benefício da sociedade (atendendo ao mandamento de acesso democrático à cultura).

Por fim, não se pode ignorar o papel complementar das soluções extrajurídicas discutidas. Códigos de boas práticas elaborados por entidades do setor musical e a atuação vigorosa de associações de classe e coletivos de artistas desempenham função crucial na efetivação desses princípios. A autorregulamentação setorial pode antecipar padrões contratuais mais justos, enquanto a mobilização coletiva dos criadores dá voz ativa aos titulares de direitos na construção de um ambiente contratual mais equilibrado. Essas iniciativas voluntárias, alinhadas com as mudanças legislativas propostas, reforçam a eficácia das medidas e evidenciam sua legitimidade no meio cultural.

Em suma, as experiências do direito alienígena não apenas apontam caminhos concretos para combater a desigualdade entre contratantes nos contratos de agenciamento musical, como demonstram ser possível implementá-los de modo harmônico com a normativa brasileira. A adoção dessas soluções revela-se juridicamente exequível, socialmente oportuna e consonante com os princípios constitucionais pátrios, contribuindo para assegurar maior justiça contratual, valorização do criador e estímulo à diversidade cultural no Brasil. Todas essas razões reforçam a relevância e a urgência de se promover tais adaptações no sistema brasileiro, concluindo-se, portanto, que o direito comparado oferece respostas sólidas e inspiradoras ao desafio de equilibrar as relações contratuais na

indústria da música, em pleno respeito aos valores fundamentais do nosso ordenamento.

REFERÊNCIAS

ALTEMOSE, R. The sooner the better? How to optimize bargaining power when serving notice of copyright termination. **Columbia Journal of Law & the Arts**, Nova Iorque, v. 48, n. 3, p. 43, 2025. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=5199604>. Acesso em: 24 maio 2025.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 maio 2025.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Agravo de Instrumento n.º 0709784-22.2022.8.07.0000**. 6ª Turma Cível. Relator: Des. Leonardo Roscoe Bessa. Julgado em 29 set. 2022. Acórdão n.º 1623652. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br>. Acesso em: 11 de mai. 2025.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. **Processo n.º 1013841-07.2021.8.11.0041**. 4ª Vara Cível de Cuiabá. Sentença proferida pela Juíza Vandymara G.R. Paiva Zanolo. Disponível em: <https://tjmt.jus.br>. Acesso em: 24 maio 2025.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. **Apelação Cível n.º 5414909-14.2020.8.09.0051**. 6ª Câmara Cível. Relator: Des. Jairo Ferreira Júnior. Julgamento em 08 jun. 2023. Disponível em: <https://www.tjgo.jus.br>. Acesso em: 24 maio 2025.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. **Apelação Cível n.º 0217823-30.2012.8.09.0107**. 2ª Câmara Cível. Relator: Des. Zacarias Neves Coelho. Julgamento em 09 abr. 2018. Disponível em: <https://www.tjgo.jus.br>. Acesso em: 24 maio 2025.

CARAAN, S. Major record labels are changing their contracts to prohibit artists from re-recording their albums for at least 10 years. **Hypebeast**, 31 out. 2023. Disponível em: <https://hypebeast.com/2023/10/record-labels-taylor-swift-rerecording-contract-changes>. Acesso em: 17 jun. 2025.

CUNHA FILHO, F. H. **Teoria dos direitos culturais**: fundamentos e finalidades. 2. ed. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2020. 176 p. ISBN 9786586111101.

DIMONT, J. Royalty inequity: why music streaming services should switch to a per-subscriber model. **Hastings Law Journal**, [S.l.], v. 69, p. 675, 2017. Disponível em: https://repository.uclawsf.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3808&context=hastings_law_journal. Acesso em: 17 jun. 2025.

DUSOLLIER, S. V. C.; et al. Comment of the European Copyright Society: Addressing selected aspects of the implementation of Articles 18 to 22 of the Directive (EU) 2019/790 on copyright in the digital single market. **Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law**, v. 11, n. 2, p. 132–148, 2020. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3695935. Acesso em: 24 maio 2025.

UNITED STATES. **Copyright Term Extension Act**, Pub.L. 105–298, 112 Stat. 2827, Oct. 27, 1998. Disponível em: <https://www.congress.gov/bill/105th-congress/house-bill/2589>. Acesso em: 10 maio 2025.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Fred Fisher Music Co. v. M. Witmark & Sons**, 318 U.S. 643, 5 abr. 1943. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/318/643/>. Acesso em: 25 fev. 2025.

GEIGER, C.; BULAYENKO, O. **Creating statutory remuneration rights in copyright law**: what policy options under the international legal framework?. CEIPI Research Paper no. 2020-05. Strasbourg: CEIPI – Centre for International Intellectual Property Studies, nov. 2020. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3722108>. Acesso em: 24 maio 2025.

GOMES, O; BRITO, E.; BRITO, R. P. **Contratos**. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. 1 recurso online. ISBN 9786559645640. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9786559645640>. Acesso em: 10 mai. 2025.

HARVARD LAW SCHOOL. How Taylor Swift changed the copyright game by re-making her own music. **Harvard Law Today**, 2024. Disponível em: <https://hls.harvard.edu/today/how-taylor-swift-changed-the-copyright-game-by-remaking-her-own-music/>. Acesso em: 17 jun. 2025.

JUNIOR, N. G. **O direito autoral no show business**: tudo que você precisa saber. Rio de Janeiro: Gryphus, 2005.

KRETSCHMER, M. **Music artists' earnings and digitisation**: a review of empirical data from Britain and Germany. 2004. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/76359.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2025.

LACOURT, A.; RADEL-CORMANN, J.; VALAIS, S. **Fair remuneration for audiovisual authors and performers in licensing agreements**. Strasbourg:

European Audiovisual Observatory, 2023. (IRIS Plus 2023-3). Disponível em: <https://go.coe.int/26aV9>. Acesso em: 17 jun. 2025.

LIMA, M. M. B. **As maiores da música e o mercado fonográfico nacional**. 2009. 268 f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2009. Disponível em: <https://repositorio.unicamp.br/Busca/Download?codigoArquivo=498289&tipo-Midia=0>. Acesso em: 12 maio 2025.

LÔBO, P. **Direito civil**. v. 3: contratos. 10. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2024. 1 recurso online. ISBN 9788553623129. Acesso em: 17 mai. 2025.

MELON, C. A. Entre tapas e beijos: a reestruturação da indústria fonográfica na era da reprodutibilidade digital. **Música Popular em Revista**, Campinas, SP, v. 3, n. 1, p. 37–53, 2014. DOI: 10.20396/muspop.v3i1.12958. Disponível em: <https://econtents.bc.unicamp.br/inpec/index.php/muspop/article/view/12958>. Acesso em: 12 maio. 2025.

MIGALHAS. **Roberto e Erasmo Carlos perdem no STJ disputa por direitos de canções**. 3ª Turma mantém validade de cessões de direitos feitas nos anos 1970. 2024. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/419778/roberto-e-erasmo-carlos-perdem-no-stj-disputa-por-direitos-de-cancoes>. Acesso em: 17 jun. 2025.

RIZZARDO, A. **Contratos**. 21. ed. rev., atual., reform. Rio de Janeiro: Forense, 2023. 1 recurso online. ISBN 9786559648153. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9786559648153>. Acesso em: 10 mai. 2025.

TARTUCE, F. **Manual de direito civil**: volume único. 10. ed. rev., atual. e ampl. – [2. reimpr.] Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

UNIÃO EUROPEIA. 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. **Jornal Oficial da União Europeia**, L 130, p. 92–125, 17 abr. 2019. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2019/790/oj>. Acesso em: 10 maio 2025.

VAQUEIRINHO, B. D. **A responsabilidade das plataformas digitais em direitos de autor e proteção do consumidor**. 2024. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2024. Disponível em: <https://estudogeral.uc.pt/handle/10316/114965>. Acesso em: 24 maio 2025.

VIEIRA, M. M. F.; DARBILLY, L. V. C.; BARROS, D. F. O fenômeno da empresari-zação e a busca por alternativas na produção, comercialização e distribuição da música no Brasil como formas de resistência. **Organizações & Sociedade**, v. 19, n. 61, p. 333–355, abr. 2012. Acesso em: 25 maio 2025.

Recebido em 24 de junho de 2025

Aprovado em 18 de agosto de 2025



AS NOVAS FRONTEIRAS DOS DIREITOS INTELECTUAIS

PARTE II



CUATRO BASES ESTRATÉGICAS PARA LA TRANSFORMACIÓN DIGITAL DEL ESTADO

Quatro bases estratégicas para a transformação digital do Estado

Rodolfo Herrera Bravo¹

RESUMEN

La transformación digital del Estado responde a una necesidad de nuevo relacionamiento de éste con la ciudadanía. Sin embargo, no se limita a la automatización de procesos y procedimientos administrativos, sino que debe ir a la par con acciones que le ofrecen a la nueva gestión pública, mayor profundidad, sostenibilidad y deferencia hacia las personas. Este artículo reflexiona sobre cuatro de esas bases estratégicas, complementarias de la ciberseguridad, la privacidad por diseño y la inteligencia artificial, a saber: el reconocimiento de un derecho fundamental de acceso a servicios públicos de calidad, una política pública de identificación digital, comunicaciones electrónicas en lenguaje claro y, por supuesto, la gestión documental electrónica.

Palabras clave: Transformación digital; Acceso universal; Procedimientos electrónicos; Lenguaje claro; Identificación digital

RESUMO

A transformação digital do Estado responde à necessidade de um novo relacionamento entre o Estado e a cidadania. No entanto, não se limita à automatização de processos e procedimentos administrativos, devendo caminhar lado a lado com ações que ofereçam à nova gestão pública maior profundidade, sustentabilidade e consideração pelas pessoas. Este artigo reflete sobre quatro dessas bases estratégicas, complementares à cibersegurança, à privacidade desde a concepção (privacy by design) e à inteligência artificial, a saber: o reconhecimento de um direito fundamental de acesso a serviços públicos de qualidade; uma política pública de identificação digital; comunicações eletrônicas em linguagem clara; e, claro, a gestão documental eletrônica.

Palavras-chave: Transformação digital; Acesso universal; Procedimentos eletrônicos; Linguagem clara; Identificação digital.

¹ Master en Derecho e Informática, Universidad Complutense de Madrid. Profesor de Derecho Administrativo y Derecho de las Tecnologías, Universidad de las Artes, Ciencias y Comunicación - UNIACC

SUMARIO

1. LA TRANSFORMACIÓN DIGITAL COMO UNA REINVENCIÓN GUBERNAMENTAL. 2. LAS 4 BASES ESTRATÉGICAS PROPUESTAS. 2.1. ACCESO UNIVERSAL A SERVICIOS DIGITALES DE CALIDAD COMO DERECHO FUNDAMENTAL. 2.2. GESTIÓN DOCUMENTAL ELECTRÓNICA. 2.3. COMUNICACIÓN ELECTRÓNICA CON LENGUAJE CLARO. 2.4. POLÍTICA PÚBLICA DE IDENTIFICACIÓN DIGITAL. 3. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA

1 LA TRANSFORMACIÓN DIGITAL COMO UNA REINVENCIÓN GUBERNAMENTAL

Las sociedades modernas van alternando periódicamente nuevas hegemonías en la toma de decisiones públicas. Hay coaliciones políticas que se fragmentan, fusionan, nacen y desaparecen cada cierto tiempo; grupos empresariales con alto poder económico e influencia política; o movimientos sociales representativos, como los grupos feministas, contra la violencia de género o los que luchan por la calidad de la educación o la reforma de las pensiones, por mencionar algunos. Incluso, aparecen nuevos actores en el quehacer público, normalmente bajo la figura de liderazgos alternativos extremos y sin compromiso democrático.

Sin embargo, en cualquier caso, en una democracia real, los ciudadanos no son súbditos que simplemente acatan cualquier decisión que les afecte, sino que aspiran a tener cierta injerencia en ella. El ciudadano se reconoce a sí mismo como un actor relevante y no un mero espectador. De hecho, cobran fuerza los movimientos ciudadanos que se resisten a tolerar abusos de quienes, trastocando su calidad de servidores públicos, justifican con su desidia las tardanzas, contradicciones y errores en sus cometidos.

En ese escenario, la sociedad civil es una legítima contradictora de los órganos estatales, especialmente en aquellos temas, actividades o sectores en donde está altamente cualificada para intervenir en procesos de toma de decisión sobre asuntos públicos. Solo por mencionar algunos ejemplos, pienso en organizaciones comunitarias y profesionales dedi-

cadras a materias científicas, tecnológicas, medioambientales, sanitarias, culturales o de integración de minorías. Desde esa acera, la sociedad civil, potenciada a través de los medios de comunicación formales e informales, está en posición de exigir periódicamente rendición de cuentas a sus autoridades².

A su vez, en la acera de enfrente, la situación del Estado también ha cambiado, ya que es evidente que el aparato gubernamental y administrativo no es infalible y acusa debilidades. Por ejemplo, la desigualdad social de un país, en sus distintas manifestaciones -sean brechas de género, salariales, tecnológicas o de acceso a oportunidades, por mencionar algunas-, se puede ver agudizada al tratar de materializar derechos sociales, económicos y culturales, con respuestas provenientes desde la tecnocracia, incapaz de comprender las demandas de la población. Además, no siempre los órganos administrativos tienen la capacidad para lograr resultados con la misma efectividad que ciertos grupos que se generan en el sector privado. Basta pensar en la frecuente comparación entre servicios de salud y educación que prestan paralelamente tanto entes públicos como privados, donde generalmente se prefiere a estos últimos en términos de calidad y satisfacción, a pesar de las dificultades económicas de la mayoría de la población para acceder a ellos.

En este contexto, la gestión administrativa se encuentra particularmente expuesta ante la opinión pública, más aún en un paradigma de transparencia que, en el caso chileno, fue establecido constitucionalmente como base de la institucionalidad, desde 2005. Como resultado de ello, si los ritmos cansinos y torpes de algunos organismos estatales quedan en evidencia, ahora resultan insostenibles e injustificables, sin que valgan, por ejemplo, excusas basadas solo en la insuficiencia de recursos, máxime si consideramos el imperativo de equidad al que creo debe aspirar la función pública para satisfacer efectivamente las necesidades colectivas de la comunidad.

² Véase ATTILI, Antonella, “Ciudadanía, sociedad civil y la redefinición de los espacios públicos”, en: **Revista de Estudios Políticos** (Nueva época) N°126, octubre-diciembre, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, pp.144-148.

El principio de transparencia de la función pública fuerza el cambio de la gestión administrativa, no solo gracias al reconocimiento de un derecho fundamental de acceso para conocer información pública, sino también desde una dimensión de control, de integridad pública y de modernización. Es decir, la transparencia actúa como un factor determinante para transformar la gestión del Estado, especialmente de cara a la ciudadanía.

Gracias a la transparencia es posible visualizar entropías en la gestión, optimizar los procedimientos administrativos y abrirlos hacia la comunidad. En esa línea, constantemente surgen diversas propuestas para implantar modelos de gestión que brinden mayor eficiencia al Estado, un mejor uso de los recursos, mayor apoyo tecnológico, el logro eficaz de las metas administrativas y, por supuesto, el término de la opacidad estatal. A modo de ejemplo, una de esas miradas viene desde la corriente de *new public management*³, que busca solucionar los vicios que erosionan la gestión pública, a través de estandarizar las Administraciones Públicas bajo un mismo esquema de organización y funcionamiento. Con ello se aspira a desplazar la burocracia -en sus acepciones negativas⁴-

³ Las ideas generales de esta corriente se reiteran en sub-modelos que enfatizan ciertos aspectos, pero que, en definitiva, coinciden en buscar las respuestas en la experiencia empresarial. A modo de ejemplo, existe un Modelo OCDE que orienta una propuesta hacia el ciudadano-cliente, con miras al crecimiento de la economía de mercado para financiar las prestaciones que aquél requiere; otro modelo, denominado Post-burocrático, propone transitar desde el interés público a los resultados que ven los clientes, pasar de la eficiencia a la calidad y el valor, del control a la adhesión a las normas, de la imposición de responsabilidad a la *accountability*, sin quedarse en reglas y procedimientos; y una visión de Gobierno Empresarial que, no obstante reconocer diferencias entre las instituciones públicas y las empresas privadas incluso en cuanto a los fines perseguidos por unas y otras, aspira a nuevos estilos administrativos descentralizados e innovadores, flexibles y adaptables. En esta oportunidad no desarrollaré mi opinión crítica sobre tales postulados, simplemente adelanto la improcedencia de trasplantar modelos empresariales privados a realidades públicas, dado que éstas responden a mayores restricciones legales, sujeción a garantías de procedimiento y porque aspiran a finalidades distintas, todo lo cual exige, a mi juicio, modelos *ad hoc*.

⁴ El Diccionario de la Lengua Española da cuatro acepciones a la palabra “burocracia”: 1. Organización regulada por normas que establecen un orden racional para distribuir y gestionar los asuntos que le son propios; 2. Conjunto de los servidores públicos; 3. Influencia excesiva de los funcionarios en los asuntos públicos; y 4. Administración ineficiente a causa del papeleo, la rigidez y las formalidades superfluas. En este caso, aludo a las acepciones 3 y 4 al referirme a ella y a sus adjetivos.

asumiendo rasgos más flexibles, competitivos y más apartados del contacto con la política.⁵

Este modelo ha sido asociado a una necesidad de “reinventar” los gobiernos -parafraseando la obra de Osborne y Gaebler, sobre este tema-, en el entendido de que las sociedades civilizadas no pueden funcionar eficazmente sin un gobierno que también lo haga.⁶ Hay un reconocimiento de que la confianza en el aparato estatal, sobre todo asociado a la gestión de las autoridades que estén de turno, se encuentra fuertemente erosionada, producto de las parálisis burocráticas que inmovilizan a la sociedad civil. Por esa razón, esta corriente propone quitar poder a esas burocracias y entregárselo a la comunidad, cambiando el debate sobre el tamaño del Estado por uno referido a la calidad y cercanía de sus servicios⁷.

Sin embargo, cuando surgieron estos nuevos discursos en la década de los noventa, inmediatamente se advirtió que trataban de hacerse cargo de viejos problemas⁸ que, con justa razón, podían imputarse, en parte, a la pasividad demostrada por las administraciones públicas burocráticas. Acá me refiero a esa inacción que se ha arrastrado hasta nuestros días en distintos países del orbe, frente a las crisis de gobernabilidad, las desigualdades sociales y económicas, las críticas a los sistemas de representación, la falta de respuestas oportunas de parte de las autoridades, la resistencia

⁵ Véase Guerrero, Omar, “Nuevos Modelos de Gestión Pública”, [en línea] en: **Revista Digital Universitaria**, Vol.2, N°3, 2001. UNAM, <http://www.revista.unam.mx/vol.2/num3/art3/index.html>, [Consultado el 31/10/25].

⁶ Véase Osborne, David, y Gaebler, Ted, **La Reinención del gobierno: la influencia del espíritu empresarial en el sector público**. Barcelona, Ediciones Paidós, 1994.

⁷ La tesis de *reinventing government* agrega que el gobierno debe centrarse en dirigir y organizar más que en hacer cosas, orientando su gestión a los resultados y no a un formalismo burocrático, y en el que la inspiración sea la necesidad del cliente. Sin embargo, no siempre ha tenido una feliz traducción fuera de Estados Unidos, gracias a intérpretes que transformaron los postulados en argumentos dirigidos principalmente a cuestionar el tamaño estatal sólo a fuerza de privatizaciones, alejándose del real espíritu de la obra.

⁸ Véase a Santana, Leonardo, y Negrón, Mario, “Reinventing Government: nueva retórica, viejos problemas”, [en línea], en: **Revista del CLAD Reforma y Democracia** N°6, julio 1996, <http://old.clad.org/portal/publicaciones-del-clad/revista-clad-reforma-democracia/articulos/006-julio-1996/0027700.pdf>, [Consultado el 21/12/19].

recalcitrante a los cambios y, por supuesto, al velo de secretismo sobre la información pública o, por el contrario, el exceso de celo en su cuidado.

Frente a los vicios y errores que la transparencia deja al descubierto y que deben ser desterrados o corregidos, cobra sentido la idea de un modelo de gestión apoyado en algún instrumento con potencial transformador. En este punto, por ejemplo, Holmes reconoce que dicha herramienta -no mencionada en la obra de Osborne y Gaebler-, es tecnológica y, específicamente, la encuentra en Internet⁹, en cuanto red digital mundial que permite reducir esperas excesivas, simplificar trámites, impulsar políticas públicas, cambiar la apatía de la comunidad frente al Estado y comunicar mejor las decisiones de las autoridades.

Coincido con Holmes, aunque ahora debemos agregar la utilización de herramientas de inteligencia artificial, por el protagonismo que se le está dando a nivel mundial y su capacidad de transformación disruptiva en la forma en que tomamos decisiones en todo nivel, lo que la posiciona como una poderosa tecnología para acelerar la innovación en el Estado.

Por supuesto, Internet y la inteligencia artificial son solo herramientas, eso sí, con enorme potencial transformador, pero que no bastan por sí solas. Sería tan absurdo como pensar que, solo por regalar notebook a los escolares mejorará la calidad de la educación y aprenderán más y mejor, sin un trabajo de fondo. Por ello, para transformar digitalmente al Estado, las herramientas tecnológicas necesitan ser utilizadas éticamente y en un contexto sólidamente democrático. Sobre esto último, en democracias meramente formales, donde la corrupción es alta y el control es débil, el uso de Internet y de la inteligencia artificial podría derivar en instrumentos de manipulación, de discriminación por sesgos o donde se admita solo bajo escenarios favorables para los gobiernos de turno. Sería ingenuo esperar que, gracias a sus virtudes, la tecnología transformará

⁹ En esa línea el periodista Douglas Holmes señala que la reinención del Estado requiere “[...] en gran medida un instrumentador [sic]. Algo que estimule el trabajo en equipo y la compartición [sic] de la información [...]. Algo que sea útil para los negocios. Algo que sea relevante para la vida cotidiana de los ciudadanos y que satisfaga sus necesidades y sus circunstancias personales. Algo como Internet”. HOLMES, Douglas, **E-gob Estrategias para el uso eficiente de Internet en el gobierno**, México, Mc Graw Hill Interamericana Editores, 2001, p.2.

por arte de magia a los gobiernos totalitarios y corruptos, en democráticos e íntegros. En realidad, la gestión electrónica de un tirano no es sino la codificación digital de los abusos que comete en el mundo físico.

Sin perjuicio de lo anterior, considero que lo más riesgoso es el “lobo con piel de oveja”, es decir, ese gobierno elegido democráticamente, que se desenvuelve en un Estado de Derecho, aparentemente con instituciones que deberían ejercer controles cruzados a la arbitrariedad, pero en donde se normaliza que las autoridades excedan sus atribuciones. Ese espacio resulta perfecto para que las dictaduras germinen, ejerzan control tecnológico de la disidencia y manipulen la información para conculcar libertades de la ciudadanía, normalmente “justificadas” bajo el discurso del miedo y la seguridad, es decir, de esas mismas personas a quien supuestamente representa. Por eso reitero la idea de que el uso de Internet y de inteligencia artificial por parte del Estado, sólo es beneficioso si se realiza dentro de democracias sólidas.

Por lo tanto, cualquier diseño dirigido a transformar digitalmente al Estado no solo debe apuntar a la automatización, sino también necesita ciertas bases estratégicas que le den sostenibilidad, mayor eficacia y profundidad a los cambios. En tal sentido, a continuación, voy a presentar cuatro temáticas que considero claves para esos objetivos, seleccionadas a partir de mi experiencia de más de veinte años participando en proyectos de gobierno electrónico y transformación digital en Chile. Por supuesto, no pretenden ser los únicos, pero sí pueden resultar útiles para orientar proyectos de cara a la ciudadanía.

2 LAS 4 BASES ESTRATÉGICAS PROPUESTAS

2.1 Acceso universal a servicios digitales de calidad como derecho fundamental

Como primera base para una estrategia de transformación digital del Estado considero importante el reconocimiento de un derecho fundamental de acceso universal a servicios digitales de calidad. Me parece

una condición de dignidad lógica si el Estado ahora pasa a realizar sus comunicaciones y servicios fundamentalmente en medios digitales. Es algo similar a la alfabetización impulsada desde el derecho a la educación, ya que ahora se requerirá que las personas tengan a disposición la tecnología necesaria para solicitar, recibir y consumir esos nuevos servicios. Sin embargo, la estrategia no se debe limitar solo a la infraestructura, la masificación de puntos de conexión, la velocidad y capacidad del canal de comunicación y la cantidad de dispositivos en manos de la comunidad. Es necesario apuntar también a una condición mayor.

Si la población no es capaz de reclamar por el respeto de un derecho de acceso a servicios digitales, no excluyente y con garantías básicas, podría ocurrir una paradoja en donde la transformación estatal, motivada por acercarse de mejor manera a la ciudadanía, termine aumentando las brechas actuales y ocasionando tratos discriminatorios hacia las personas, basados en condiciones económicas, etarias, de género, de educación, de localización geográfica, entre otras. Por lo tanto, lo considero como un derecho que crea condiciones para el normal desenvolvimiento de todas las personas en una sociedad moderna, en donde el Estado que se transforma digitalmente no pierde de vista su fin objetivo de promover el bien común.

En la transformación digital del Estado, el acceso a contenidos y servicios digitales es el arquitrabe que une a los entes públicos con la ciudadanía. Por esa razón, junto con las políticas y proyectos orientados a extender la cobertura, rapidez y masificación de las herramientas técnicas que lo hacen posible, el acceso a una Internet de calidad apropiada podría asegurarse a partir del reconocimiento explícito de este nuevo derecho fundamental.

Si se contara con un reconocimiento constitucional expreso de un derecho de acceso universal a servicios digitales de calidad -para no limitarlo solo a la red Internet-, todas las personas podrían exigir su respeto, en los términos de progresividad que correspondan. Ello permitiría demandar el cumplimiento de ciertos requisitos técnicos mínimos de calidad, preestablecidos por vía legal, reglamentaria o contractual, tanto

frente a los particulares involucrados, como las empresas de telecomunicaciones y los proveedores de acceso a Internet, como también de cara al Estado, en especial, uno que se transforma digitalmente. De este modo, si la ciudadanía no pudiera conectarse a las plataformas del Estado por incompatibilidad de sus dispositivos o por mal servicio de sus proveedores de acceso privados, o si recibiera un servicio de menor calidad que el presencial y en papel debido a problemas de velocidad de conexión o bloqueo de contenidos, o por discriminación a tipos de usuario o de zonas geográficas, sus reclamos ya no serían solo lamentos al vacío, sino pretensiones legítimas justiciables.

Moralmente resulta de toda justicia que cualquier persona, independiente de su condición y circunstancias, pueda acceder a las herramientas que hoy permiten participar y beneficiarse del progreso tecnológico. Bajo las nuevas formas de relacionamiento en la sociedad actual, basada en gran medida, en la participación en entornos virtuales, toda persona debería poder desarrollar su personalidad en ellos. Por tanto, existe una pretensión moral que se justifica sobre rasgos de la dignidad humana y, por ende, es de carácter universal. Ahora es necesario positivarla constitucionalmente para darle eficacia a su finalidad y, de este modo, contar con un contenido exigible ante los demás, cuya materialización y garantía se desarrollaría progresivamente.

2.2 Gestión documental electrónica

La segunda base estratégica corresponde a la automatización del quehacer administrativo y la gestión de sus documentos íntegramente en soporte electrónico. Se trata de un esfuerzo importante que implica revisar con profundidad los procedimientos administrativos y los actos que aquéllos generan, con el objeto de reemplazar el papel y la presencialidad por los formatos digitales y la actuación a distancia.

Lo anterior supone que las actuaciones del Estado se realicen únicamente por medios electrónicos (salvo contadas excepciones), no sólo respecto del documento o acto administrativo resultante (por ejemplo,

decretos, resoluciones, dictámenes, certificados u oficios electrónicos), sino también el procedimiento como tal, soportado en un expediente electrónico desde un inicio hasta su total tramitación. Ello implica habilitar la interoperabilidad entre sistemas de distintos órganos públicos, para que se compartan datos pertinentes para sustanciar un procedimiento o un trámite, y realizar las comunicaciones de forma digital y válida, incluso para realizar la notificación de los actos administrativos finales.

Un ejemplo concreto de esta base estratégica lo podemos encontrar actualmente en Chile, con la implementación de la Ley N° 21.180, sobre Transformación Digital del Estado. Se trata de un ambicioso proyecto que se está desarrollando y del cual es posible rescatar varias ideas interesantes que paso a mencionar:

- a) El primer paso firme que se dio en Chile data de 2002, cuando reconoció valor jurídico a los documentos electrónicos -entre ellos, los generados por el Estado-, gracias a la Ley N° 19.799, sobre Documentos Electrónicos, Firma Electrónica y Servicios de Certificación de dicha firma. A partir de esa ley, la documentación del Estado y de los particulares, firmada electrónicamente, goza de equivalencia funcional, es decir, tiene el mismo valor y produce los mismos efectos que la que consta en papel. Por lo tanto, los actos administrativos electrónicos se homologan a los papeles en cuanto a validez y efectos, en la medida que se encuentren suscritos por medio de firma electrónica y, además, se reputan escritos.¹⁰
- b) No obstante, a partir de esa fecha las iniciativas de transformación digital de la gestión pública fueron, en gran medi-

¹⁰ Ley N° 19.799, artículo 3°: “Los actos y contratos otorgados o celebrados por personas naturales o jurídicas, suscritos por medio de firma electrónica, serán válidos de la misma manera y producirán los mismos efectos que los celebrados por escrito y en soporte de papel. Dichos actos y contratos se reputarán como escritos, en los casos en que la ley exija que los mismos consten de ese modo, y en todos aquellos casos en que la ley prevea consecuencias jurídicas cuando consten igualmente por escrito.”; artículo 5°: “Los documentos electrónicos podrán presentarse en juicio [...]”; y artículo 7°: “Los actos, contratos y documentos de los órganos del Estado, suscritos mediante firma electrónica, serán válidos de la misma manera y producirán los mismos efectos que los expedidos por escrito y en soporte de papel.”.

da, opcionales y producto de proyectos individuales de algunos órganos públicos, durante dos décadas. En ese tiempo se lograron importantes avances, por ejemplo, en materia de contratación pública electrónica, generación de certificados electrónicos, documentos tributarios electrónicos y pagos en línea, por mencionar algunos. Sin embargo, también se observaba una disparidad importante en la masividad de órganos públicos.

- c) Antes de la Ley de Transformación Digital del Estado la estrategia se centraba en suscribir electrónicamente los actos administrativos finales, para contar con documentos electrónicos originales generados por el Estado. Sin embargo, la tramitación para llegar a ellos podía realizarse en papel. Además, las comunicaciones entre órganos públicos, los antecedentes que ingresan al expediente y las actuaciones que salen de él han sido, en su mayoría, en papel o a través de actividades físicas, como las cartas certificadas o las notificaciones personales.
- d) En 2019, la mencionada Ley N° 21.180 reconoció que la transformación digital del Estado no avanzaba al ritmo necesario y advirtió que Chile todavía estaba lejos del punto deseado para aplicar de mejor manera los principios de servicialidad, eficiencia y eficacia en el actuar de los órganos de la Administración del Estado. Lo anterior no era por un problema de recursos, ya que la tecnología estaba disponible masivamente y a bajo costo. Más bien se debía a un problema de voluntad política y de gestión, interpretación que comparto y que me lleva a calificar este período de dos décadas, como el de un Estado procrastinador por una falta de visión estratégica a largo plazo.
- e) Esto provocó un cambio de estrategia que desplazó la atención desde el documento electrónico hacia el procedimiento administrativo que lo genera. Además, el legislador pasó del carácter opcional de la transformación a una obligación transversal a toda la Administración del Estado, respecto de todos

los procedimientos administrativos, para que sean completamente electrónicos a partir de 2028, de manera progresiva y diferenciada según el tipo de órgano público y su realidad tecnológica.

- f) El resultado esperado bajo esta obligación de transformación digital del Estado es contar, en términos generales, con órganos administrativos que iniciarán sus procedimientos a partir de formularios electrónicos, en donde parte de los datos requeridos se obtendrán directamente desde los sistemas que se encuentran en el Estado. Luego, el procedimiento se desarrollará incorporando en un expediente electrónico los documentos en formato digital. A partir de ese expediente electrónico las comunicaciones con otros órganos públicos dejarán de realizarse en papel, centralizándose en una plataforma. Finalmente, se generará un acto administrativo en soporte digital, suscrito electrónicamente por la autoridad competente y que se notificará a los interesados a través de otra plataforma centralizada de la Administración, a partir de un “domicilio digital único” (una cuenta para ser notificado) que se habilitará a toda persona con cédula de identidad.

Sin perjuicio de todo lo explicado hasta ahora, la gestión documental electrónica no se limita a la automatización de procedimientos. También hay otras fases claves de la tramitación electrónica que es importante considerar para llevar adelante una estrategia de transformación digital en el Estado. En particular me refiero al archivo, la conservación y la eliminación documental, tanto en papel como electrónica. No abordarlas o soslayar su importancia puede derivar en importantes crisis documentales para el Estado, que luego puede resultar muy complejo y costoso solucionarlas. Veamos algunas de ellas a partir de ciertas interrogantes:

- **¿Es legalmente válida una copia digitalizada de un documento en papel? ¿Es factible jurídicamente reemplazar el soporte de papel por el electrónico?**

El cambio de soportes (del papel a lo electrónico) necesita un respaldo legal expreso y claro. De lo contrario, la digitalización que se realice para hacer frente a los serios problemas de falta de espacio físico apto para almacenar papeles sería una tarea a medias. La razón se debe a la imposibilidad del reemplazo en los casos en donde se exige guardar originales y no solo copias, como ocurre cuando un documento electrónico es el resultado de la digitalización de un documento original de papel.

En ese escenario, el legislador debe permitir el cambio de soportes, reconociendo validez de original a esas copias digitales, ya que solo así facilitaría la eliminación de los papeles.

- **¿Cuánto tiempo deben conservarse los documentos en poder de órganos del Estado?**

En este punto, los documentos suelen sujetarse a legislaciones particulares muy distintas y que, eventualmente, podrían disponer obligaciones de conservación mínima expresamente, en cuyo caso habría que ceñirse a ellas, según corresponda. Sin embargo, en la mayoría de los casos el legislador guarda silencio, por lo que es útil adoptar un criterio de conservación documental por un tiempo que resulte razonable.

En mi opinión, para llegar a ese criterio resulta fundamental tener en cuenta la relevancia de que goza la transparencia de la función pública dentro un país. En Chile, como señalé, corresponde a un principio de rango constitucional, por lo que todo apunta a favorecer la conservación documental, como regla general, no sólo de los actos administrativos finales, sino también de otros documentos que sirvan de fundamento a esas decisiones administrativas.

En cuanto al tiempo, cada ordenamiento jurídico puede dar señales. Por ejemplo, pueden tomarse como referencia los plazos más extensos que existan en materia de prescripción u otro criterio similar. En este sentido, los órganos públicos podrían mantener bajo consulta directa a

sus sistemas los documentos más recientes, por ejemplo, para un período de 10 años, y el resto más antiguo conservarlo en soportes físicos externos resistentes al paso del tiempo y consultables a demanda caso a caso.

- **¿Qué criterio seguir para eliminar un documento en poder del Estado?**

La conservación documental no debe ser obstáculo para la eliminación cuando ella está justificada excepcionalmente, por ejemplo, cuando resulta válido el cambio de soporte que señalé antes.

Sin embargo, en mi opinión, tratándose de un documento original electrónico, el problema no debería plantearse, ya que habría dos caminos. Si la situación está regulada habría que limitarse a cumplir con la norma jurídica que dispone la obligación de eliminar el documento cumplido cierto plazo o verificada cierta condición. En el segundo caso, de no existir regulación que lo aborde, la transparencia de la función pública aconsejaría no eliminarlo, sino únicamente habría que cambiarlo de soporte, de acuerdo con el avance tecnológico, la frecuencia de consulta y la búsqueda de medios de conservación más eficientes y sostenibles en el tiempo.

- **¿Cómo abordar la conservación de documentos no oficiales, de particulares, en poder de órganos públicos?**

Los órganos públicos constantemente reciben documentos generados o aportados por particulares. Solo pensemos en los cientos de currículums, declaraciones, propuestas, correos electrónicos, documentos tributarios, entre muchos otros. Evidentemente, no se trata de documentos oficiales ni actos administrativos, pero igualmente pueden estar en dos situaciones: pueden gozar o carecer de interés público. En el primer caso, es posible que estos documentos contengan razones o datos que sirvan para explicar determinados actos administrativos o actuaciones de las autoridades y, en tal sentido, constituyen fundamentos directos de esas decisiones. Por ejemplo, un currículum presentado por un postulante a un cargo en un órgano administrativo será de interés público si luego es seleccionado, porque su contratación habrá considerado como uno de los

fundamentos, precisamente, la experiencia y estudios declarados en ese documento.

Sin embargo, los documentos de particulares también podrían considerarse como antecedentes que únicamente interesan a la persona que los proporciona y que no aportan para una decisión posterior del órgano público. En esa hipótesis, su conservación por parte de un órgano administrativo parece menos justificada y, por el contrario, resulta más sensato devolverlos al interesado y eliminar las copias que tenga. No obstante, en este punto, para efectos de seguridad jurídica, resulta clave una postura clara del legislador, sea de forma general o específica, según el tipo de documento presentado por el particular o por la información que contiene.

2.3 Comunicación electrónica con lenguaje claro

Una clara ventaja de la documentación electrónica y la digitalización de contenidos es su capacidad de multiplicar su alcance, facilitando su transmisión instantánea y disponibilidad. Pero la transformación digital no solo cambia la comunicación con el Estado en esos términos, sino también en su contenido y en la forma en que se expresa. Un nuevo Estado necesita un nuevo discurso, un nuevo lenguaje y una nueva forma de relacionarse con la ciudadanía.

Si no, pensemos cuán inútil sería aspirar a una mejoría en la percepción sobre el Estado, si éste no es capaz de hablar el mismo “idioma” que la ciudadanía, producto del argot administrativo con el que se redactan oficios, actos administrativos, dictámenes, certificaciones e, incluso, informaciones dirigidas precisamente a la comunidad. El redactarlos de manera críptica, distante, demasiado impersonal y cargados de siglas, lejos de ser un imperativo legal, se trata solo de una incapacidad de darse a entender.

La comunicación del Estado necesita realizarse mediante un lenguaje claro para, precisamente, apalancar la transformación digital y la transparencia de la función pública. Tanto es así que, si no se aplica correctamente en estas temáticas, los avances que tenga el Estado podrían

ser ignorados o interpretarse como meramente formales y no de fondo, aunque en realidad sean profundos.

No obstante, el lenguaje claro no siempre se interpreta correctamente. Algunos lo miran como una excesiva vulgarización del lenguaje técnico y oficial de la Administración del Estado, con temor de que pueda atentar contra la certeza jurídica que ofrecen los términos técnicos contenidos en los actos administrativos, afectando así, en último término, su correcta interpretación.

En mi opinión ese riesgo sólo es aparente, a menos que el lenguaje claro se caricature y se implemente mal. Esta nueva forma de comunicación no busca la ambigüedad, la imprecisión o la informalidad. Por el contrario, aspira a una mayor comprensión y eficacia, aprovechando estilos de redacción más directos, simples, sin adornos lingüísticos inoficiosos y con una sintaxis y semántica sencilla y ordenada lógicamente. A partir de ese piso, el entendimiento de las personas se puede facilitar aún más, por ejemplo, con apoyos visuales y de diseño. Por lo tanto, no significa una renuncia al rigor técnico necesario en cada caso.

El lenguaje claro en las comunicaciones digitales cobra una importancia aún mayor, producto de que se vuelve más habitual el uso de formularios en línea para iniciar trámites, presentar peticiones, recibir asistencia automatizada bajo inteligencia artificial o ingresar antecedentes en un procedimiento electrónico. En esas circunstancias, el ciudadano normalmente se encuentra solo frente a la pantalla, de modo que la comunicación y las exigencias aplicables deben ser muy precisas y en un idioma que le resulte familiar al interesado. De lo contrario, podría incrementar el número de solicitudes que terminen rechazadas por falta de completitud, errores o poca claridad en la petición.

Del mismo modo, como la transformación digital del Estado apunta a los procedimientos administrativos, las notificaciones también se realizan electrónicamente. Por ese motivo, es relevante que el contenido de lo notificado sea muy preciso respecto de lo resuelto, indicando los pasos a seguir, las posibles acciones a realizar por parte del interesado y la

oportunidad en que se entenderá practicada dicha notificación, para dar certeza sobre sus efectos.

Por último, en relación con el lenguaje claro también se observa, cada vez con más frecuencia, el uso de canales de comunicación informales por parte de órganos públicos, especialmente redes sociales, con el objeto de crear una mayor cercanía con las personas a quienes se dirige. Se trata de un complemento a la redacción oficial de los actos administrativos, muy útil para ciertas decisiones y actuaciones que, por su contenido de interés público, merecen ser explicadas de mejor manera a través de formatos más gráficos y coloquiales, pero sin perder las formalidades legales propias de sus versiones oficiales.

2.4 Política pública de identificación digital

Con la transformación digital el Estado cambia la forma en que éste se relaciona con las personas, pasando a utilizar canales, medios y formatos digitales. Además, la distancia física se vuelve más evidente y, con ello, los riesgos también cambian. En ese sentido, contar con una política pública de identificación digital, que sea incluyente, accesible y segura para las personas es otra de las bases fundamentales.

Para su construcción es necesario hacerse cargo de interrogantes que frecuentemente surgen al implementar proyectos de gestión electrónica en la Administración del Estado. Por ejemplo, ¿qué cantidad y tipo de datos se recolectarán para que el ciudadano pueda identificarse al ingresar a un sistema de información de un órgano público? ¿Existirán mecanismos oficiales de autenticación? ¿En qué condiciones se podrá acudir a una identificación digital con datos obtenidos desde otros sistemas, gracias a la interoperabilidad? ¿Cuál será el piso mínimo de seguridad exigido para evitar suplantaciones?

A mi juicio, una política pública de identificación digital debe tener presente siempre que la finalidad de la autenticación es conseguir un grado aceptable de confianza, respecto de la identidad de quien accede a un sistema de información. Bajo esa premisa básica habría que diseñar los

trámites y procedimientos administrativos electrónicos en términos tales que requieran únicamente aquellos datos personales imprescindibles para identificar al solicitante de forma segura. Por supuesto, esto varía dependiendo de qué tan precisa y fidedigna se requiera la identificación en cada situación particular.

Por ejemplo, para acceder a información pública los datos de identificación exigidos deberían ser los mínimos, con el objeto de no inhibir el ejercicio de este derecho a través de la recolección innecesaria de datos. Podría bastar con una identificación basada en el nombre y apellido, o incluso, tomar como criterio la aceptación de solicitudes anónimas, con reserva de identidad o solo con datos de contacto para recibir notificaciones¹¹. De este modo, sería un contrasentido que, producto de la transformación digital del Estado, aumente en todos los casos el grado de identificación requiriendo, por ejemplo, el número de la cédula de identidad o del pasaporte en todas las solicitudes, utilizando autenticaciones biométricas o solicitando otros datos adicionales a los mencionados inicialmente. En el ejemplo señalado, hay que tener en cuenta que se trata de información pública a la que puede acceder legítimamente cualquier persona, sin necesidad de expresión de causa o motivo.

Otra situación similar la encontramos en los sistemas de denuncia en línea que ofrecen algunos órganos públicos. En este caso, si la identidad de los denunciantes puede ser fácilmente conocida por los demás, incluyendo el denunciado, aquéllos podrán sentirse inhibidos a denunciar irregularidades o ilícitos, por temor a sufrir represalias. En cambio, eso no ocurriría si la autenticación en un sistema informático de denuncia en línea se diseña a partir de la privacidad por defecto, permitiendo las denuncias con reserva de identidad. Es decir, si bien el denunciante debe ingresar datos de identificación y de contacto, el órgano público asume

¹¹ A modo de ejemplo, el artículo 12 de la Ley Modelo Interamericana 2.0 sobre Acceso a Información Pública, preparada por la Organización de Estados Americanos y publicada el 8 de abril de 2021, cuando se refiere a los requisitos de la solicitud de información solo exige datos de contacto para recibir notificaciones, no el nombre del solicitante, salvo que pida datos personales. http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicacion_Ley_Modelo_Interamericana_2_0_sobre_Acceso_Informacion_Publica.pdf [En línea] [Consultado el 31/10/25].

la obligación de tramitar la denuncia bajo estrictas medidas de confidencialidad, evitando que se revele la identidad del denunciante frente a terceros. Bajo esta forma de autenticación se protege al denunciante, al no quedar expuesto ante los demás y, al mismo tiempo, se consigue seriedad y fiabilidad en el sistema, al evitar denuncias totalmente anónimas que puedan ser hechas de mala fe o sin rigurosidad alguna.

Sin embargo, si la solicitud tuviera por objeto acceder a datos personales, sean propios o de terceros, o a información bajo propiedad intelectual de particulares, o que se encuentre bajo alguna reserva legal, sí será necesario un nivel mayor de identificación, más allá de solo el nombre y apellidos. A diferencia del primer caso, acá no se trata de información que se presume pública, sino que presenta un nivel de acceso y conocimiento más restringido, solo para ciertas personas. Por esa razón se justifica una verificación fehaciente de la identidad, por ejemplo, a través de datos adicionales como el número o la presentación de la cédula de identidad o, incluso, la utilización de medios de autenticación biométricos, en casos más extremos y excepcionales. De esa forma se lograría ese grado aceptable de confianza, evitando que la información sea entregada a personas no autorizadas. De hecho, incluso en caso de que corresponda entregarla legítimamente a terceros, distintos de sus titulares, este grado de identificación mayor permitiría conocer a quién se comunica la información y recurrir en su contra si llega a afectar los derechos de los titulares de datos.

En relación con la cantidad de datos personales requeridos por un sistema de acceso a trámites también habría que seguir reglas específicas. Acá, según los principios de finalidad y proporcionalidad del tratamiento de datos personales deberá solicitarse únicamente la cantidad de datos de identificación y contacto del peticionario que resulte suficiente para cumplir correctamente con los fines de la tramitación del procedimiento en cuestión. De este modo, el órgano público no debe pedir más datos personales que aquellos que bastan para lograr ese fin.

En este sentido, a modo de ejemplo, si el trámite busca otorgar un subsidio o algún otro beneficio basado en alguna situación de precarie-

dad del beneficiario, junto con identificar de modo fidedigno a la persona que postula, deberá agregar aquellos datos que lo habilitan para ese beneficio, tales como vínculos de parentesco, situación socioeconómica, género, edad o discapacidad, por mencionar algunos. En cambio, si la gestión fuera solicitar una reunión con ciertas autoridades sujetas a un régimen de publicidad, como ocurre en Chile con la Ley de Lobby, será necesario conocer a qué persona natural o jurídica representa o por quien intercede; si lo hace de forma remunerada o no; y el motivo de la reunión, entre otros. No así, en el caso del trámite para pagar en línea una multa de tránsito, porque la autenticación se construirá principalmente sobre el número de la cédula de identidad del dueño del vehículo y los datos de éste. Es decir, la cantidad y tipo de datos que se recolectan para realizar un trámite electrónico varía constantemente, entre un procedimiento y otro.

En cuanto a la seguridad en el acceso a los sistemas de la Administración debe encontrarse garantizada desde su diseño y por defecto, en toda política pública de identidad digital. Esto implica contar con medidas apropiadas para mitigar los riesgos que existen, especialmente en caso de suplantación de identidad, sea que los datos los ingrese directamente la persona a la que se refieren, o si se transmiten automáticamente entre órganos públicos. En el primer caso, en donde la persona ingresa sus datos, por ejemplo, habrá que poner el foco ante amenazas de ciberataques contra la autenticación, dirigidos a interceptar contraseñas a través de acciones de ingeniería social como phishing, vishing, pharming u otras, o mediante capturas automáticas de credenciales, todo lo cual deriva en la probabilidad de suplantación de las personas que acceden a sistemas electrónicos. En el otro caso, en que interoperan los sistemas, los ciberataques podrían apuntar contra la disponibilidad de éstos, a través de denegaciones de servicio, o podrían realizarse para afectar la integridad de los datos que se transmiten, alterándolos, eliminándolos o reemplazándolos sin autorización.

La seriedad de este asunto se hace patente si pensamos, por ejemplo, en la innumerable cantidad de trámites que realiza la ciudadanía para acceder a prestaciones del Estado, a créditos, bonos, certificaciones,

subsídios y otros beneficios. También, por la gran cantidad de información personal que contienen los registros del Estado, en materia educacional, de salud, tributaria y patrimonial, por mencionar solo algunos.

Producto de lo anterior, la identificación digital debe descansar en mecanismos que garanticen un nivel de seguridad adecuado frente a esos riesgos y amenazas. Por supuesto, esto no es baladí ni tampoco simple. De hecho, su implementación puede complejizar los proyectos de transformación digital del Estado y, con ello, aumentar los costos que hay que considerar. Por ejemplo, en el caso de Chile, el Gobierno ha debido incorporar gradualmente desde 2025, como piso mínimo de la identificación digital, un multifactor de autenticación para el mecanismo que ha masificado desde 2010 entre la ciudadanía para acceder a trámites en línea: la Clave Única.

3 CONCLUSIONES

A partir de este artículo he presentado cuatro bases estratégicas que pueden dar robustez a los complejos procesos de transformación digital en el sector público. No son las únicas, ya que también ocupan un papel muy relevante la ciberseguridad, producto de las nuevas amenazas y riesgos que se enfrentan en entornos digitales; la materialización de la privacidad desde el diseño y por defecto, como la clave para el tratamiento de datos personales por parte de órganos públicos; y, por supuesto, la gobernanza frente a las herramientas de inteligencia artificial por parte del Estado. Temas que tal vez aborde en otra oportunidad.

Por ahora, me limito a presentar estas cuatro bases estratégicas que miran hacia la gestión administrativa electrónica y la nueva forma de relacionamiento del Estado con la ciudadanía. Por un lado, se encuentra la necesidad de adoptar como sector público decisiones arriesgadas y complejas dirigidas a cambiar la forma en que trabaja diariamente cualquier órgano público, exigiendo ahora que todas sus actuaciones y comunicaciones oficiales sean por medios electrónicos. También, considerando cambios en la forma de validar la identidad de quienes acuden al Estado

en línea, no solo para evitar fraudes contra los órganos públicos, sino también para seguridad de la propia ciudadanía. Además, materializando un nuevo trato hacia la ciudadanía, tan sencillo, pero a la vez complejo, como es la utilización de un lenguaje claro en las comunicaciones electrónicas. Y finalmente, apuntando a las condiciones esenciales para que las personas aprovechen y disfruten las ventajas de un nuevo Estado, transformado digitalmente, gracias al reconocimiento y garantía progresiva de un nuevo derecho fundamental de acceso a servicios digitales de calidad que proporcione el sector público.

De ese modo, he querido enfatizar una premisa clave en materia de transformación digital: las herramientas tecnológicas son solo la punta del iceberg, ya que no apunta a una relativamente simple automatización, sino a cambios profundos en las prácticas y la relación con el Estado.

BIBLIOGRAFÍA

Attili, Antonella, “Ciudadanía, sociedad civil y la redefinición de los espacios públicos”, en: **Revista de Estudios Políticos** (Nueva época) N°126, octubre-diciembre, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Guerrero, Omar, “Nuevos Modelos de Gestión Pública”, [en línea] en: **Revista Digital Universitaria**, Vol.2, N°3, 2001. UNAM, <http://www.revista.unam.mx/vol.2/num3/art3/index.html>, [Consultado el 31/10/25].

Holmes, Douglas, **E-gob Estrategias para el uso eficiente de Internet en el gobierno**, México, Mc Graw Hill Interamericana Editores, 2001.

Ley N° 21.180, de 2019, sobre Transformación Digital del Estado (Chile).

Ley N° 20.285, de 2008, sobre Acceso a la Información Pública (Chile).

Ley N° 19.799, de 2002, sobre Documentos Electrónicos, Firma Electrónica y Servicios de Certificación de dicha firma (Chile).

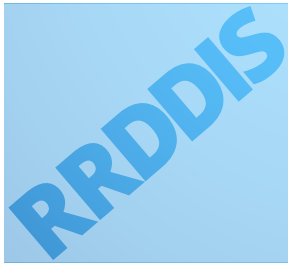
OEA, **Ley Modelo Interamericana 2.0** sobre Acceso a Información Pública, http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicacion_Ley_Modelo_Interamericana_2_0_sobre_Acceso_Informacion_Publica.pdf [En línea] [Consultado el 31/10/25].

Osborne, David, y Gaebler, Ted, **La Reinención del gobierno**: la influencia del espíritu empresarial en el sector público. Barcelona, Ediciones Paidós, 1994.

Santana, Leonardo, y Negrón, Mario, “Reinventing Government: nueva retórica, viejos problemas”, [en línea], en: **Revista del CLAD Reforma y Democracia** N°6, julio 1996, <http://old.clad.org/portal/publicaciones-del-clad/revista-clad-reforma-democracia/articulos/006-julio-1996/0027700.pdf>, [Consultado el 21/12/19].

Recebido em 19 de novembro de 2025

Aprovado em 08 de dezembro de 2025



DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS COMO INSTRUMENTOS COMERCIALES EN LAS PLATAFORMAS DIGITALES: SITUACIONES QUE PUEDEN DERIVAR EN ILÍCITOS CONCORRENCIALES

Direito autoral e direitos conexos como instrumentos comerciais nas plataformas digitais: situações que podem derivar em ilícitos concorrenciais

Beatriz Bugallo Montaña¹

RESUMEN

En las plataformas digitales se instrumentan diversos modelos de negocio, sustentados en la oferta y circulación de obras protegidas por Derecho de autor y Derechos conexos. Los contratos que celebran entre plataformas digitales y titulares de derechos sobre las obras, así como con consumidores y usuarios, muchas veces prevén el ejercicio de derechos autorales, para sustentar la posición de dominio de las propias plataformas. Se analizan algunas de tales situaciones, en tanto existan riesgos de conductas anticompetitivas que afectan a los autores y artistas en particular. La doctrina está analizando dicha temática y algunas normas ya procuran regular la identificación y prevención al respecto. Se mencionan algunos riesgos

RESUMO

Nas plataformas digitais são implementados diversos modelos de negócios, sustentados na oferta e circulação de obras protegidas pelo direito autoral e pelos direitos conexos. Os contratos celebrados entre plataformas digitais e titulares de direitos sobre as obras, assim como com consumidores e usuários, muitas vezes preveem o exercício de direitos autorais para sustentar a posição dominante das próprias plataformas. Analisam-se algumas dessas situações, na medida em que existam riscos de condutas anticoncorrenciais que afetam, em especial, os autores e artistas. A doutrina vem analisando essa temática, e algumas normas já procuram regular a identificação e a prevenção dessas práticas. São mencionados alguns riscos à concorrência, especialmente o abuso de posição dominante, seja por acordos entre concorrentes nas plataformas

¹ Doctora en Derecho, IDIUS, Universidad de Santiago de Compostela, España. Master en Propiedad Intelectual y Nuevas Tecnologías, Universidad de Alicante, España. Master Ejecutivo en Inteligencia Artificial, Instituto de Inteligencia Artificial – IIA, Alicante, España. En la UdelaR es actualmente Profesora Grado 5 de Derecho Comercial, y profesora encargada de la materia Propiedad Intelectual, Facultad de Derecho. Más de veinte años a cargo de la materia de formación en Propiedad Intelectual en las carreras de Diseño iniciadas en el Centro de Diseño Industrial, actualmente Profesora de Gestión de la Propiedad Intelectual, Escuela Universitaria Centro de Diseño, Facultad de Arquitectura, Diseño y Urbanismo, UdelaR. Es también profesora en la Universidad de Montevideo y en la Universidad CLAEH.

para la competencia, especialmente abuso de posición de dominio, por acuerdos entre competidores en las plataformas digitales o las cláusulas referidas a los derechos del autor y de los artistas que articulan barreras de acceso al mercado. Se analizan también problemas que genera la determinación de los pagos justos correspondientes a autores y artistas con especial referencia a la incidencia de la inteligencia artificial generativa. Finalmente, se presenta una serie de medidas que permiten identificar las conductas que afectan o pueden afectar la competencia, así como prevenir o sancionar su acaecimiento.

Palabras Clave: Derecho de la Competencia; Derechos de autor y conexos; Plataforma digital; Posición de dominio.

digitais, seja por cláusulas referentes aos direitos dos autores e dos artistas que criam barreiras de acesso ao mercado. Analisam-se também os problemas gerados pela determinação de pagamentos justos devidos a autores e artistas, com especial referência ao impacto da inteligência artificial generativa. Por fim, apresenta-se um conjunto de medidas que permitem identificar as condutas que afetam ou podem afetar a concorrência, bem como prevenir ou sancionar a sua ocorrência.

Palavras-chave: Direito da Concorrência; Direitos autorais e conexos; Plataforma digital; Posição dominante.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. PLATAFORMAS DIGITALES. OPERATIVA EN EL MERCADO. 2.1. CARACTERIZACIÓN DE PLATAFORMAS DIGITALES — ECOSISTEMA DIGITAL. 2.2. PRINCIPALES TIPOS DE PLATAFORMAS DIGITALES. 2.3. LAS PLATAFORMAS DIGITALES Y LOS RIESGOS DE LA COMPETENCIA. 3. PLATAFORMAS DIGITALES Y MODELOS DE NEGOCIOS SUSTENTADOS EN DERECHOS DE AUTOR Y CONEXOS. 3.1. MODELOS DE NEGOCIOS DE PLATAFORMAS DIGITALES SUSTENTADOS EN OBRAS PROTEGIDAS POR DERECHOS DE AUTOR Y CONEXOS. 3.2. DESAFÍOS ACTUALES EN MODELOS DE NEGOCIO DE PLATAFORMAS DIGITALES QUE INVOLUCRAN CREACIONES PROTEGIDAS POR DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS. 4. DERECHOS DE AUTOR Y CONEXOS ANTE EVENTUALES EFECTOS ANTICOMPETITIVOS GENERADOS POR ACTIVIDAD ECONÓMICA DE PLATAFORMAS DIGITALES. 4.1. RIESGO DE ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO A TRAVÉS DE DERECHOS DE AUTOR Y CONEXOS EN LAS PLATAFORMAS DIGITALES. 4.2. ACUERDOS ENTRE COMPETIDORES EN PLATAFORMAS SOBRE LA BASE DE DERECHOS DE AUTOR Y CONEXOS QUE DAN LUGAR A DISCRIMINACIÓN. 4.3. BARRERAS DE ACCESO EN LAS PLATAFORMAS INSTRUMENTADAS SOBRE DERECHOS DE AUTOR Y CONEXOS. 4.3.1. DERECHO DE AUTOR EN EL CONTEXTO DIGITAL Y SU USO COMO BARRERA DE ACCESO. 4.3.2. OTROS DERECHOS NOVEDOSOS COMO BARRERAS ADICIONALES. 4.3.3. ESTRATEGIAS RESTRICTIVAS A NIVEL CONTRACTUAL. 4.3.4. ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE Y DERECHO DE DISTRIBUCIÓN, AL ELEVAR BARRERAS DE ENTRADA. 4.4 PAGOS A AUTORES

Y ARTISTAS POR LA COMUNICACIÓN PÚBLICA DE LAS OBRAS A TRAVÉS DE PLATAFORMAS DIGITALES. **4.4.1. REGULACIÓN NORMATIVA.** **4.4.2. PRECIO POR CESIÓN O LICENCIA.** **4.4.3. DERECHO DE RETRIBUCIÓN JUSTA Y EQUITATIVA PARA AUTORES Y ARTISTAS, COMO DERECHO IRRENUNCIABLE.** **4.5. INCIDENCIA DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL GENERATIVA EN LA VALORACIÓN DEL APORTE CREATIVO HUMANO.** **4.6. MEDIDAS QUE TIENDAN A ELIMINAR RIESGOS QUE AFECTAN A TITULARES DE DERECHOS DE AUTOR Y CONEXOS.** **4.7. REFLEXIONES A MODO DE CONCLUSIÓN. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.**

1 INTRODUCCIÓN

Las plataformas tecnológicas constituyen actualmente una maravillosa herramienta que acerca información a las personas como nunca antes en la Historia. Disponiendo de telecomunicaciones adecuadas, de conexión a Internet, la vida cambia totalmente pues se accede a datos, bienes y servicios.

En paralelo, estas mismas posibilidades tecnológicas desplegadas a través de plataformas digitales han consolidado en éstas un poder sin precedentes que trasciende fronteras geográficas y sectores económicos, que puede ser ejercido por empresas privadas, tanto como por los Estados administrando plataformas.

Se da una curiosa paradoja: estas plataformas impulsan objetivos de innovación, democratización del conocimiento y acceso universal a la cultura, pero por otro lado recurren a posibilidades que surgen de normas legales que consagran derechos de exclusiva, como el Derecho de autor y los Derechos conexos, a efectos de perpetuar las asimetrías de poder que entienden necesarias para competir, mantenerse o, directamente, para existir en el ámbito global. Algunos de los aspectos que se cuestionan particularmente de los agentes dominantes en relación con el sector legal mencionado, son la implementación de términos contractuales abusivos, de sistemas algorítmicos opacos y los mecanismos de control que colocan a los creadores intelectuales – tanto como a los consumidores - en posiciones de vulnerabilidad.

En estas acciones o decisiones empresariales la aplicación estratégica del Derecho de autor y Derechos conexos define posiciones de poder. La titularidad de los derechos de autores y artistas o la posibilidad de ejercicio exclusivo de tales derechos por parte de las empresas que gestionan las plataformas digitales definen unilateralmente diversos temas económicos, culturales y sociales. En cierto sentido, se determina la visibilidad de contenidos, las condiciones de remuneración para los creadores y las modalidades de acceso para el público, bajo esquemas legales que privilegiaban su rentabilidad corporativa por encima del interés público o los derechos fundamentales de los involucrados.

En el presente trabajo se destacan ciertas características de modelos de negocios de plataformas digitales con especial referencia a los que se sustentan en distribución o comercialización de uso de obras protegidas por Derecho de autor. Partiendo de un elenco general de tales plataformas se identifican mecanismos empresariales que consolidan posiciones de dominio en el mercado a través de la operativa de plataformas digitales – algo que no es ilegal como tal en el Derecho de la competencia del sistema latinoamericano – destacando los casos que dan lugar a riesgos genuinos de efectos anticompetitivos en el mercado o directamente los generan. Se atienden estos puntos seleccionando en particular las situaciones más generalizadas desde la perspectiva de los autores y artistas.

Por otra parte, sumada a temas que podrían considerarse tradicionales en el mercado, como el alcance de la protección autoralista y las reglas de la competencia, la inteligencia artificial hoy se cruza con sus propias complejidades, como otro desafío para considerar.

Las consecuencias del desequilibrio que provocan todos estos factores trascienden el ámbito puramente económico, por su incidencia en la cultura y la sociedad.

El propósito general de este trabajo no es el cuestionamiento de la herramienta plataforma digital como tal (que técnicamente es muy interesante), sino destacar algunas inconsistencias legales en el accionar empresarial generalizado que tienen desde la perspectiva de Defensa de la Competencia. De esta manera quedan también varios temas como

punto de partida de ulteriores análisis sobre las posibles medidas que se están pensando y se comienzan a aplicar con el propósito de evitar que los perjuicios empañen los tantos beneficios que las plataformas digitales, como base moderna de negociación, pueden proporcionar.

2 PLATAFORMAS DIGITALES. OPERATIVA EN EL MERCADO.

2.1 Caracterización de plataformas digitales – ecosistema digital

Una plataforma digital es una infraestructura tecnológica diseñada para facilitar interacciones entre diferentes grupos de usuarios, creando un ecosistema donde el valor se genera a través del intercambio y la colaboración. A diferencia de los modelos de negocio tradicionales, las plataformas no producen bienes o servicios directamente, sino que crean los espacios y herramientas necesarios para que otros puedan crear, intercambiar o consumir valor.

Una expresión usual en las referencias académicas y empresariales respecto de las plataformas de Internet es al o a los ecosistemas digitales. Se trata de una expresión de larga data en este sector del conocimiento. El antecedente inmediato del concepto de ecosistema digital se encuentran en el concepto más amplio “business ecosystem” o ecosistema de negocios, que fuera introducido por primera vez por Moore (1993). Este autor plantea que una empresa no debe entenderse como un ente aislado dentro de una industria, sino como parte de una comunidad económica más amplia conformada por múltiples actores — proveedores, consumidores, competidores, intermediarios, instituciones — que evolucionan integrados entre sí y que denomina “business ecosystem” o ecosistema empresarial (Moore, 1993, p. 76). Más adelante a partir del aporte de Iansiti & Levien (2004a, 2004b) se consolida y expande esta metáfora referida a la ecología, potenciándose la visión de una red con conexiones que se aplicó muy claramente al mundo de plataformas digitales. Si bien hay quienes diferencian estrictamente plataforma digital (por referencia a una estructura en particular) de ecosistema digital (entendiéndolo

como más amplio o más allá de una estructura o arquitectura digital), lo cierto es que hay una fuerte identidad entre las expresiones.

En definitiva, siguiendo a Katz (2015, p. 5) se puede afirmar la importancia del estudio del ecosistema digital, especialmente en cuanto a su alcance pluridimensional, cuando destaca que

El estudio del ecosistema digital involucra tres dimensiones: nuevos modos de producción de información y contenidos, diferentes comportamientos sociales relativos al uso y consumo de bienes, y un impacto económico y social más importante que el de tecnologías de información y comunicación consideradas de manera aislada.

El Derecho en general, cuando se refiere a las plataformas digitales, adopta el concepto usual, tecnológico, que mencionamos. En el ámbito unionista europeo la definición más formal la encontramos en la Directiva (UE) 2024/2831 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024, que regula aspectos referidos al trabajo en plataformas. Su artículo 2, sobre definiciones, numeral 1 literal a, expresa que

1 A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

- a) «plataforma digital de trabajo»: toda persona física o jurídica que preste un servicio en el que se cumplan todos los requisitos siguientes:
 - i) se presta, al menos en parte, a distancia por medios electrónicos, por ejemplo, por medio de un sitio web o una aplicación para dispositivos móviles,
 - ii) se presta a petición de un destinatario del servicio,
 - iii) implica, como elemento necesario y esencial, la organización del trabajo realizado por personas físicas a cambio de una contraprestación económica, con independencia de que ese trabajo se realice en línea o en un lugar determinado,

- iv) implica la utilización de sistemas automatizados de seguimiento o de sistemas automatizados de toma de decisiones;

También en Uruguay el ámbito legal donde se encuentra una definición de plataforma digital es la normativa que regula aspectos del trabajo en plataformas. Se trata de la Ley 20.396 de 18 de febrero de 2025, cuyo artículo 2 las define en la siguiente forma

A los efectos de la presente ley, se consideran plataformas digitales los programas y procedimientos informáticos de las empresas que, independientemente del lugar de establecimiento, contactan a clientes con trabajadores, facilitando los servicios de entrega de bienes o transporte urbano y oneroso de pasajeros ejecutados en el territorio nacional y pudiendo participar en la fijación del precio o de los métodos de ejecución del servicio.

Ambas definiciones se encuentran en regulaciones con objetivos específicos sobre regulación del trabajo, de manera que apuntan a identificar en ellas un empleador. Es interesante destacar que mientras el texto unionista le atribuye naturaleza jurídica de persona física o jurídica, la ley uruguaya las define por su naturaleza informática, como software, en definitiva. Creo que hay características de ambas definiciones en la realidad: una persona, titular de derechos y obligaciones que opera el software que se estructura como las denominadas plataformas por ser abarcativas y de más porte que las conocidas páginas web.

El poder de las plataformas radica en su capacidad para eliminar intermediarios tradicionales y reducir los costos de transacción y búsqueda, permitiendo conexiones más directas y eficientes entre los participantes. Además, las plataformas aprovechan los efectos de red, donde el valor de la plataforma aumenta exponencialmente a medida que crece el número de usuarios que la utilizan.

Las plataformas digitales comparten varias características que las distinguen de otros modelos de negocio, entre las cuales destacamos las siguientes.

a. Arquitectura modular y escalable

Las plataformas se construyen con una arquitectura informática que permite la integración de diferentes componentes, servicios y aplicaciones. Esta modularidad facilita la ampliación de funcionalidades sin necesidad de rediseñar todo el sistema, permitiendo un crecimiento orgánico y adaptable a las necesidades cambiantes del mercado. La escalabilidad es fundamental, ya que permite a las plataformas gestionar un volumen creciente de usuarios e interacciones sin comprometer su rendimiento.

b. Datos como activo estratégico

Las plataformas recopilan enormes cantidades de datos sobre las interacciones, preferencias y comportamientos de los usuarios. Estos datos se convierten en un activo estratégico que permite personalizar experiencias, optimizar operaciones, desarrollar nuevos servicios y crear sistemas de recomendación cada vez más precisos. La apropiación de la información acumulada en la plataforma, como reseñas de usuarios, puede ser considerado una forma de predación. Si se probara su efecto anticompetitivo estaríamos ante un ilícito de replicación de información, según considera parte de la doctrina (Hylton, 2019).

c. Interfaces de programación abiertas (APIs, Application Programming Interface)

Muchas plataformas exitosas ofrecen APIs que permiten a desarrolladores externos crear aplicaciones y servicios complementarios. Esta apertura fomenta la innovación y el desarrollo de un ecosistema más amplio alrededor de la plataforma principal.

d. *Sistemas de gobernanza*

Las plataformas implementan reglas, políticas y mecanismos de control para regular las interacciones entre los participantes. Estos sistemas de gobernanza son fundamentales para garantizar la calidad, seguridad y confianza en el ecosistema.

e. *Reducción de costos de transacción*

Las plataformas disminuyen significativamente los costos asociados con la búsqueda, contratación, coordinación y negociación entre las partes. Al centralizar la información y estandarizar los procesos, hacen que las transacciones sean más rápidas, seguras y económicas.

f. *Efectos de red*

Quizás la característica más poderosa de las plataformas digitales es su capacidad para generar efectos de red (Hovenkamp, 2023, p. 273 ss.). Estos efectos se producen cuando el valor de un producto o servicio aumenta con el número de usuarios.

Shapiro y Varian (1999) han establecido que cuando el valor de un producto para un usuario depende de cuántos otros usuarios haya, se puede afirmar que ese producto presenta externalidades de red o efectos de red. También se identifica un efecto de red cuando los compradores encuentran que un bien es más valioso a medida que otros compradores compren el mismo bien (Lemley & MacGowan, 1998, p. 6). En esa evolución o crecimiento del número de consumidores o usuarios el producto alcanza una masa crítica que determina que se apodera del mercado (Shapiro & Varian, 1999, p. 13).

En doctrina se habla algunas veces de efectos de red, otras de externalidades de red, incluso a veces aplicando indiferentemente estos conceptos que tienen distinto significado. Externalidad de red hace referencia a algún tipo de falla o alguna forma de ineficiencia que se atribuye a características de la red, externas a la relación de competencia. La referencia a efectos de red, como tal, entendemos que es neutral, en tanto no implica valoración de eficiencia/ineficiencia.

Existen dos tipos principales de efectos de red. Por un lado se identifican los efectos de red directos, cuando el valor para un usuario aumenta directamente con el número de usuarios similares (por ejemplo, más usuarios en WhatsApp significa más personas con las que comunicarse). Por otro lado, se identifican los efectos de red indirectos, cuando el valor aumenta debido a la participación de usuarios complementarios (por ejemplo, más compradores en Amazon atraen a más vendedores, lo que a su vez atrae a más compradores).

2.2 Principales tipos de plataformas digitales

El denominado ecosistema de plataformas digitales, conjunto de plataformas que interactúan entre sí ofreciendo productos y servicios, se caracteriza por su diversidad y especialización. Cada categoría responde a necesidades específicas, aunque todas comparten la capacidad de crear valor mediante la conexión eficiente de diferentes operadores del mercado.

Las clasificaciones son variadas, entre las cuales se eligió presentar a continuación un elenco de tipos de plataformas según la descripción general de sus actividades. Se distinguen, de manera general, plataformas: de transacción, de innovación, de integración, de contenido o de financiamiento colectivo o fintech.

Las plataformas de transacción facilitan intercambios económicos directos entre partes que, de otro modo, difícilmente se encontrarían (Hovenkamp, 2023, p. 279). Grandes marketplaces como Amazon o Mercado Libre han democratizado el acceso al comercio electrónico, permitiendo que pequeños vendedores alcancen audiencias globales. Paralelamente, la economía colaborativa ha florecido a través de plataformas como Airbnb, que transforman activos infrautilizados en fuentes de valor, o BlaBlaCar, que optimiza trayectos compartiendo gastos y reduce el impacto ambiental del transporte. En el ámbito de servicios inmediatos, Uber o Pedidos Ya son ejemplo de la inmediatez que caracteriza nuestra era, conectando necesidades con soluciones.

Las plataformas de innovación funcionan como base tecnológica para el desarrollo de distintas creaciones intelectuales. Los sistemas operativos como Android e iOS no son simplemente software: habilitan la creatividad de millones de desarrolladores. Plataformas como GitHub han transformado el desarrollo de software en una actividad inherentemente colaborativa, mientras que servicios como Amazon Web Services han democratizado el acceso a infraestructuras tecnológicas antes reservadas para grandes organizaciones. En paralelo, Arduino y Raspberry Pi han puesto el poder de la creación tecnológica en manos de entusiastas y educadores, abriendo caminos de futuras innovaciones.

Las plataformas de integración reflejan el mundo interconectado, donde el valor surge de la comunicación fluida entre sistemas dispares. Servicios como Zapier o IFTTT - “IF This Then That” (si sucede esto, entonces aquello) eliminan barreras técnicas permitiendo que diferentes aplicaciones trabajen en armonía, automatizando procesos que antes requerían intervención constante. El desarrollo de Internet de las Cosas (IoT), mediante alternativas como Google Home o Amazon Alexa, están transformando nuestros espacios físicos en entornos inteligentes, gracias a la oferta de dispositivos de diferentes fabricantes.

Las plataformas de contenido ponen a disposición creaciones intelectuales para consumidores y usuarios. Las redes sociales como Facebook, Instagram y TikTok han diluido la línea entre creadores y consumidores, generando espacios donde cada usuario puede encontrar audiencia para su creatividad. Plataformas de streaming como Netflix y Spotify reconfiguraron el mercado de acceso a las obras audiovisuales, musicales o archivos de sonido en general, mientras que medios como Medium y Substack están redefiniendo el periodismo y la publicación independiente, creando nuevas relaciones entre escritores y lectores.

A su vez, el impulso al conocimiento y aprendizaje encuentra también opciones de expansión en el mecanismo técnico de las plataformas. Servicios como Coursera, Tutellus y Udemy han globalizado el acceso a contenido educativo de variada calidad, mientras en comunidades como

Stack Overflow y Quora el conocimiento se construye colaborativamente a través de preguntas y respuestas.

Finalmente, las plataformas de financiación colectiva y fintech están transformando nuestra economía. Servicios como Kickstarter e Indiegogo han creado modelos alternativos para financiar innovaciones, mientras plataformas como PayPal y otras relacionadas con criptomonedas están reinventando conceptos fundamentales como el dinero y las transacciones.

El sistema de plataformas digitales no es estático, se encuentra en constante evolución. Han surgido plataformas descentralizadas basadas en tecnología blockchain, que prometen redistribuir el poder y el valor generado entre todos los participantes. Mientras tanto, las plataformas de realidad aumentada y virtual generan nuevos ámbitos para la interacción humana, anticipando metaversos u otros similares donde convergerán socialización, comercio y entretenimiento.

Las plataformas digitales representan más que una revolución tecnológica. Constituyen una transformación profunda en la organización social y económica del mundo. Su capacidad para conectar personas, reducir fricciones y generar nuevos modelos de valor compartido las convierte en pilares fundamentales de nuestra era. Sin embargo, esta revolución trae consigo desafíos relacionados con la privacidad, la competencia leal, la regulación adecuada y la distribución equitativa del valor generado.

El futuro de estas plataformas no estará determinado únicamente por avances tecnológicos, sino por su capacidad para integrar consideraciones éticas, sociales y económicas en su evolución. Prosperarán aquellas que logren equilibrar la innovación tecnológica con un compromiso genuino hacia el bienestar colectivo y la sostenibilidad.

2.3 Las plataformas digitales y los riesgos de la competencia

El crecimiento exponencial de las plataformas digitales y sus características particulares han planteado importantes desafíos para el derecho de la competencia tradicional. Esto no implica descartar conceptos

tradicionales del Derecho de la competencia en cuanto a su aplicación a los negocios de plataformas digitales, como tampoco conduce a pensar que todo se soluciona con los conceptos de siempre del Derecho de la competencia. Hay situaciones que se reformulan con las tecnologías actuales que a veces se definen aplicando los conceptos de competencia económica tradicional, mientras que otras veces constituyen desafíos que merecen un enfoque renovado (Akman, 2022).

Se comentan a continuación algunos de los riesgos más frecuentes o notorios, procurando mostrar un panorama general de problemas.

En primer lugar, se puede destacar que las plataformas digitales tienden naturalmente hacia la concentración debido a los efectos de red: cuantos más usuarios tiene una plataforma, más valiosa se vuelve. Esta dinámica conocida como “the winner takes all” - “el ganador se lo lleva todo” permite que las plataformas dominantes consoliden su posición y dificulten la entrada de nuevos competidores.

Estas empresas pueden abusar de su posición dominante imponiendo condiciones comerciales injustas a proveedores y usuarios, discriminando entre diferentes usuarios de la plataforma, o negando el acceso a infraestructuras esenciales. La capacidad de establecer barreras de entrada les permite mantener su poder de mercado sin necesidad de competir en igualdad de condiciones (Hovenkamp, 2023, p. 281).

En segundo lugar, se pueden mencionar como riesgos las prácticas de autopreferencia y conflictos de interés. Muchas plataformas actúan simultáneamente como árbitros y jugadores en los mercados que crean. Este doble papel genera conflictos de interés donde pueden favorecer sus propios productos o servicios frente a los de terceros. Esta autorreferencia preferencial (también autopreferencia o self-preferencing) constituye una de las principales preocupaciones anticompetitivas, ya que se entiende que distorsiona la competencia leal y perjudica tanto a competidores como a consumidores (Binotto & Deluca, 2023. OCDE, 2021b, p. 35-ss.). La normativa europea tiene previsiones generales que pueden aplicarse al respecto en el Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2022 sobre mercados disputables y equi-

tativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828, denominado usualmente por su sigla en inglés DMA. Precisamente, el DMA europeo (Art. 6, n. 5), contiene disposiciones para prohibir o regular esta práctica, en tendencia que siguen algunas leyes nacionales europeas, estableciendo que

El guardián de acceso no tratará más favorablemente, ni en la clasificación ni en las funciones relacionadas de indexado y rastreo, a los servicios y productos ofrecidos por el propio guardián de acceso que a los servicios o productos similares de terceros. El guardián de acceso aplicará condiciones transparentes, equitativas y no discriminatorias a dicha clasificación.

En tercer lugar, hay temas complejos de concentración de datos y barreras de entrada, es decir: concentración de contenidos y poder de gestión (Noti-Víctor & Tang, 2024).

La acumulación masiva de datos por parte de las plataformas dominantes representa una ventaja competitiva crucial que puede convertirse en una barrera de entrada infranqueable. Esta asimetría informativa les permite mejorar continuamente sus servicios, personalizar ofertas y monetizar información. Las autoridades de competencia cada vez prestan más atención a cómo el control de grandes volúmenes de datos puede constituir una forma de poder de mercado difícil de desafiar. El acceso a datos, especialmente masivos, constituyen una fuente de poder de mercado (OCDE, 2021b). En ciertas circunstancias, incluso, constituyen un insumo esencial para competir (OCDE, 2021b, p. 40.).

En cuarto lugar, hay complejidades que pueden generar efectos anticompetitivos por adquisiciones estratégicas y “killer acquisitions” - llamadas adquisiciones asesinas - porque tienen como objetivo controlar o que desaparezcan las empresas adquiridas a diverso título (OCDE, 2021b, p. 10.).

Las plataformas dominantes frecuentemente adquieren startups prometedoras que podrían convertirse en competidores futuros. Estas adquisiciones asesinas eliminan potenciales amenazas competitivas antes

de que puedan desarrollarse. Históricamente, muchas de estas adquisiciones han escapado al escrutinio de las autoridades de competencia por no alcanzar los umbrales tradicionales de notificación basados en volumen de negocio, aunque actualmente existe mayor vigilancia sobre estas operaciones.

En quinto lugar, están los efectos de bloqueo en ecosistemas cerrados.

Las plataformas tienden a crear ecosistemas interconectados de productos y servicios que dificultan a los usuarios cambiar a alternativas competidoras (lock-in). Estas estrategias de bloqueo pueden incluir incompatibilidades técnicas deliberadas, costos de cambio elevados, o programas de fidelización que desincentivan la migración. La interoperabilidad limitada reduce la competencia efectiva y consolida el poder de mercado de las plataformas establecidas.

En sexto lugar, se encuentran los temas vinculados con precios predatorios y subsidios cruzados.

Las plataformas pueden sostener precios por debajo del costo en ciertos segmentos, subsidiándolos con ganancias de otras áreas más rentables. Esta capacidad de aguante financiero les permite eliminar competidores que no pueden sostener tales pérdidas. La gratuidad aparente de muchos servicios digitales complica la aplicación de las pruebas tradicionales de precios predatorios, ya que el “precio” puede manifestarse en la recopilación de datos o la exposición a publicidad.

Para terminar este elenco de circunstancias quedan dos conceptos a considerar.

Por un lado, los desafíos que presenta la definición de mercados relevantes en el mundo de las plataformas digitales. Los métodos tradicionales para definir mercados relevantes resultan inadecuados en el ámbito digital. Las plataformas operan en múltiples mercados interconectados, con modelos de negocio multilaterales donde diferentes grupos de usuarios interactúan. Esta complejidad dificulta la aplicación de herramientas analíticas convencionales como el test SSNIP. Este test, cuya sigla significa “Small but Significant Non-transitory Increase in Price”, aumento de precio no transitorio, pequeño pero significativo en inglés, se usa a veces

como prueba econométrica para definir el mercado relevante. La realidad de las plataformas requiere enfoques más sofisticados para evaluar correctamente el poder de mercado.

Por otro lado, se pueden identificar diversas asimetrías regulatorias. Las plataformas digitales frecuentemente operan en zonas grises regulatorias, beneficiándose de circunstancias específicas en marcos normativos diseñados para la economía tradicional. Esta disparidad regulatoria puede otorgarles ventajas competitivas injustas frente a empresas sujetas a regulaciones más estrictas en sectores como transporte, alojamiento, servicios financieros o medios de comunicación.

De todos estos actos y conductas mencionados, hay algunos que, en función de la legislación aplicable de Derecho de la competencia que se trate serán ilegales por sí mismos, porque así lo diga la norma (*per se rule*). Otros actos y conductas según el caso, deberán ser analizados en particular para definir si se trata o no de actos contrarios a la Defensa de la competencia (*rule of reason*).

3 PLATAFORMAS DIGITALES Y MODELOS DE NEGOCIOS SUSTENTADOS EN DERECHOS DE AUTOR Y CONEXOS.

El ecosistema digital ha impactado en la forma de acceso, distribución y comercialización de las obras protegidas y los derechos de autor, creando oportunidades innovadoras e introduciendo nuevos problemas. La evolución de la tecnología y las expectativas de los consumidores imponen una constante transformación a los modelos de negocio, favoreciendo sistemas más flexibles y directos entre creadores y consumidores. Esta situación tiene facetas positivas y negativas desde distintas perspectivas.

A continuación se presentan algunos ejemplos de modelos de negocio desarrollados por plataformas cuya base son obras protegidas por Derecho de autor y que a veces incluyen titulares de derechos conexos. Luego veremos las situaciones de abuso de posición de dominio que provoca el ejercicio de tales derechos. Finalmente, comentamos algunos de

los desafíos que las nuevas tecnologías imponen a la comercialización vía plataformas.

3.1 Modelos de negocios de plataformas digitales sustentados en obras protegidas por derechos de autor y conexos.

Los modelos de negocios en plataformas digitales que se sustentan en derechos de autor y conexos son numerosos y variados. Ello es muy lógico, en tanto se trata de creaciones digitalizables o directamente digitales. Son bastante variadas también las alternativas de financiamiento. Muchas veces se encuentran combinados con otros negocios y presentan una dinámica constante de adaptación, cambio y aparición de nuevas variedades.

Describimos a continuación la operativa de algunos de los más destacados, lo cual nos permitirá comprender claramente los riesgos relacionados con el Derecho de la competencia analizados más adelante en este trabajo.

a. Plataformas de streaming y contenido Audiovisual

Se trata de servicios digitales que distribuyen contenido audiovisual a través de internet permitiendo el acceso mediante transmisión continua sin necesidad de descarga, monetizando obras protegidas por derechos de autor.

Se distinguen dos variantes del negocio en este caso.

Por un lado, servicios de video por suscripción (SVOD, subscription video on demand), en la cual las plataformas ofrecen acceso a bibliotecas de contenido audiovisual mediante un modelo de pago periódico, distribuyendo regalías a creadores según métricas de consumo y acuerdos de licencia. En el universo del contenido audiovisual, gigantes como Netflix, Disney+ o Amazon Prime Video se han desarrollado sobre la base de pago de licencias y derechos de transmisión de contenido audiovisual. Estas empresas negocian directamente con estudios y productoras, esta-

bleciendo acuerdos que determinan qué contenidos son accesibles al consumidor. La exclusividad es fundamental para la negociación, con plataformas invirtiendo sumas astronómicas para asegurar contenido original que atraiga y retenga suscriptores en un mercado cada vez más saturado. Esto ha incidido directamente en las llamadas “ventanas de exhibición”, antes claramente definidas entre cine, televisión y home video, dado que hoy las plataformas determinan estrategias de lanzamiento para maximizar el valor de los derechos adquiridos. El modelo de “día y fecha”, donde estrenos cinematográficos llegan simultáneamente a los hogares forzó re-negociaciones de contratos con creadores que tradicionalmente recibían compensaciones basadas en taquilla.

Por otro lado, están las plataformas de video “user-generated”, que permiten a usuarios subir, compartir y monetizar sus propios contenidos audiovisuales, estableciendo sistemas de reparto de ingresos publicitarios basados en visualizaciones y “engagement” (compromiso o involucramiento), es decir evaluando el nivel de participación e interacción de los consumidores o usuarios con los contenidos de la plataforma.

Es el caso de YouTube que permite a creadores independientes monetizar sus creaciones, estableciendo un sistema de identificación de contenido que vigila constantemente el uso no autorizado de material protegido. Este delicado equilibrio entre apertura y control ha creado un nuevo sistema del “fair use” (como se identifica en el mundo anglosajón) o de control del “uso transformativo”, conceptos legales que adquieren nuevos matices en la era del remix y la cultura participativa. El modelo de negocio presenta un reparto de ingresos por publicidad con una regla general que establece aproximadamente 55% para el creador y 45% para la plataforma (Youtube, s/f). El sistema ContentID de YouTube identifica automáticamente usos no autorizados de material con derechos de autor, permitiendo a los titulares bloquear, monetizar o rastrear ese uso.

b. Plataformas de música y audio

Estas plataformas instrumentan modelos de negocios en los cuales se ofrecen servicios digitales especializados en la distribución de conteni-

do sonoro, desde canciones hasta podcasts. Gestionan derechos de autor como forma de retribución a creadores y titulares de derechos.

Una de las modalidades más difundidas consiste en servicios de streaming musical, es decir plataformas que ofrecen acceso a catálogos de música mediante modelos freemium (combinación de contenido gratuito y premium) o de suscripción, calculando regalías para artistas y discográficas según reproducciones y otros parámetros de consumo.

Spotify y Apple Music, siguen este modelo. Estos servicios operan bajo complejos esquemas de licencias donde cada reproducción genera micropagos que fluyen hacia artistas, compositores, sellos discográficos y editoras musicales. El sistema “pro-rata” tradicional, donde los ingresos se distribuyen proporcionalmente al número de reproducciones totales, se va sustituyendo por modelos alternativos como el “user-centric”, donde el dinero de cada suscriptor fluye directamente hacia los artistas que escucha.

Otra modalidad es la de podcasting o modelo de distribución de contenido de audio episódico que permite a creadores monetizar mediante publicidad, suscripciones premium o contenido exclusivo, gestionando los derechos de autor sobre estas creaciones sonoras. Spotify, Apple Podcasts e iVoox son ejemplos al respecto. Sus modelos de negocio incluyen publicidad dinámica, contenido exclusivo por suscripción y patrocinios directos. Los “podcast networks” han emergido como nuevos agregadores que negocian derechos de distribución exclusivos con creadores prominentes, mientras plataformas como Spotify invierten en tecnología de inserción dinámica de anuncios que permite monetizar catálogos retrospectivos con publicidad actualizada.

c. Plataformas para creadores de contenido escrito

Estas plataformas tienen por objetivo facilitar la publicación, distribución y monetización de obras escritas en formato digital, proporcionando infraestructura para gestionar derechos de autor.

Una de las modalidades es la publicación digital, en cuyo caso el modelo permite a autores y editores distribuir contenido escrito en for-

matos electrónicos con diversos esquemas de monetización, desde ventas directas hasta suscripciones o micropagos.

Por mencionar un solo ejemplo y eligiendo uno de difusión global, podemos destacar que Amazon Kindle Direct Publishing revolucionó originalmente la industria editorial al permitir que autores autopublicaran sus obras on line y generaran ediciones físicas a demanda, previendo para los autores un porcentaje significativamente mayor de dichas “ventas” que en el modelo tradicional. En su modelo de distribución de ingresos, los autores reciben entre 35% y 70% del precio de venta, dependiendo del territorio y formato (Kindle Direct Publishing, s/f). El surgimiento de Kindle Unlimited introdujo un modelo de biblioteca por suscripción donde los autores reciben compensación basada en páginas leídas, creando incentivos para obras extensas que mantengan la atención del lector.

Otra de las modalidades se conoce como plataforma de suscripción para escritores, que conectan a autores directamente con lectores mediante un modelo de membresía recurrente, permitiendo a los escritores monetizar su contenido escrito con menor intermediación.

Plataformas como Substack y Medium crearon espacios donde escritores pueden obtener ingresos directamente de sus lectores más fieles mediante suscripciones. Este modelo de desintermediación ha permitido que nichos especializados prosperen económicamente, superando las limitaciones del modelo publicitario que domina gran parte de internet.

Simultáneamente, los audiolibros experimentaron un crecimiento explosivo, generando nuevos flujos de ingresos para autores y editoriales a través de plataformas como Audible, donde los derechos de adaptación del audio se negocian separadamente de los derechos impresos.

La Academia no ha sido indiferente a esta tendencia. Los repositorios de artículos científicos como JSTOR y ScienceDirect mantienen complejos sistemas de gestión de derechos donde universidades, bibliotecas e instituciones pagan por acceso a conocimiento especializado. El movimiento de acceso abierto es una alternativa a este modelo, sustentado en financiamiento de plataformas mediante fondos públicos con el propósito de un acceso libre al conocimiento.

d. *Plataformas de arte digital y NFTs*

Este modelo de negocios implica la generación de espacios virtuales que facilitan la creación, exhibición y comercialización de obras de arte digitales, utilizando tecnologías como blockchain para certificar autenticidad y propiedad.

Pueden consistir en marketplaces de NFTs - Non-fungible tokens -, mercados digitales donde creadores pueden tokenizar y vender obras digitales como activos únicos verificables mediante blockchain, estableciendo royalties automáticos para ventas secundarias. Marketplaces como OpenSea y Rarible permitieron a los artistas tokenizar sus creaciones como activos digitales únicos, provocando que existan bienes escasos en un mundo de infinita replicabilidad como define a la tecnología digital. Los smart contracts o contratos inteligentes aseguran, además, que los creadores reciban regalías continuas cada vez que sus obras cambian de manos, reescribiendo las reglas económicas del arte digital. Esto ha llevado a museos y galerías tradicionales a replantearse su papel en el sistema artístico, con instituciones como el Museo de Arte Moderno de Nueva York y el Centro Pompidou que han explorado la adquisición y exposición de arte basado en blockchain. Paralelamente, plataformas como ArtStation y Behance han implementado herramientas que permiten a artistas digitales rastrear y reclamar usos no autorizados de sus obras, aprovechando algoritmos de reconocimiento visual para proteger derechos en un entorno donde la copia es tan sencilla como un clic. Como en todo mercado, hay altibajos, pero no cabe dudas que la alternativa tecnológica de estos negocios tiene proyecciones incambiadas.

Este modelo de negocios también puede consistir en las más clásicas plataformas de arte digital, especializadas en la exhibición y comercialización de obras artísticas en formato digital, ofreciendo herramientas para proteger derechos de autor y facilitar transacciones. ArtStation y DeviantArt ofrecen servicios premium, tiendas online y protección de derechos para artistas visuales. Su modelo de negocio incluye comisiones por ventas, suscripciones premium y servicios de protección de derechos.

e. *Plataformas de licenciamiento y stock*

Son plataformas digitales que instrumentan servicios actuando como intermediarios entre creadores y usuarios finales para la licencia temporal o permanente de contenidos como imágenes, música o videos.

En algunos casos se trata de los llamados bancos de imágenes o vídeos. Consisten en repositorios digitales donde fotógrafos y videógrafos ofrecen sus obras bajo diversos modelos de licenciamiento, desde royalty-free hasta derechos gestionados, recibiendo compensación por cada uso. Los bancos de imágenes y recursos como Shutterstock y Getty Images han construido vastos repositorios de contenido visual licenciable, donde fotógrafos e ilustradores pueden monetizar sus creaciones a través de diversos modelos de licenciamiento. En su modelo de distribución de ingresos, los creadores colaboradores reciben de Getty aproximadamente entre 15% y 45% del precio de licencia, con tipos de licencias estándar (uso limitado) o extendida (uso comercial ampliado) (Getty Images, s/f). La evolución de licencias “royalty-free” a modelos de suscripción ilimitada ha democratizado el acceso a contenido visual profesional, pero también ha promovido las compensaciones a creadores, quienes reciben micro-pagos por cada descarga en un sistema que favorece el volumen sobre la exclusividad.

También se trata de plataformas de música en stock, es decir que a través de estas se licencian piezas musicales para uso en producciones audiovisuales, aplicaciones o proyectos comerciales, distribuyendo pagos a compositores según el tipo de licencia y uso. Epidemic Sound y Artlist proveen música libre de exigir regalías para creadores de contenido. Su modelo de negocio se basa en suscripciones que permiten uso ilimitado en ciertas plataformas.

f. *Plataformas educativas*

Estas plataformas generan ecosistemas digitales que distribuyen contenido formativo protegido por derechos de autor, compensando a educadores y creadores de material didáctico según diversos modelos de monetización.

Una de las modalidades es la de cursos online, una modalidad de enseñanza digital donde instructores crean y monetizan contenido educativo estructurado, gestionando derechos sobre sus materiales mediante ventas directas o modelos de suscripción. Udemy, Tutellus, Coursera y Domestika permiten a instructores crear y vender cursos sobre diversas temáticas. En el caso de esta última plataforma, por ejemplo, se establecen comisiones que varían según el tipo de adquisición del usuario de 20 a 40 %, entre otros mecanismos de retribución (Domestika,s/f), con protección de derechos mediante medidas anti-piratería y acceso limitado al contenido descargable.

Otra modalidad es la que tiene por objeto de intercambio a recursos educativos, es decir, materiales didácticos digitales distribuidos bajo diversos esquemas de licenciamiento, desde acceso abierto hasta modelos comerciales que compensan a creadores según utilización. Teachers Pay Teachers (en cierto sentido también Maestro Virtual) permite a educadores comprar y vender recursos didácticos originales, creando un intercambio horizontal de propiedad intelectual educativa. Este marketplace permite a docentes para su expertise pedagógica.

Las tecnologías de reconocimiento de plagio como Turnitin han creado, a su vez, un nicho especializado en la verificación de originalidad, donde instituciones educativas pagan por herramientas que mantienen la integridad académica. Paradójicamente, estas plataformas construyen sus bases de datos comparativas mediante la incorporación de trabajos estudiantiles, creando complejas cuestiones sobre la propiedad intelectual de estos textos y su uso para fines comerciales.

g. Plataformas de software y aplicaciones

Estas plataformas se centran en servicios que facilitan la distribución y monetización de programas informáticos y apps, gestionando aspectos de propiedad intelectual y derechos de autor del código.

Puede tratarse de tiendas de aplicaciones, como marketplaces digitales donde desarrolladores distribuyen software para dispositivos, estableciendo modelos de ingresos como compras únicas, suscripciones o

freemium, con reparto de beneficios entre creadores y plataforma. App Store y Google Play distribuyen software bajo licencias de usuario final.

Puede tratarse también de marketplaces de temas y plugins son plataformas especializadas en la venta de componentes complementarios para sistemas de gestión de contenido o software, donde desarrolladores monetizan su código bajo licencias específicas. ThemeForest y WordPress Plugin Directory distribuyen elementos de diseño y funcionalidad para sitios web. Su modelo de negocio incluye licencias de uso único, licencias extendidas o suscripciones de actualización.

La industria de videojuegos ha evolucionado con plataformas como Steam, Epic Games Store y modelos de suscripción como Xbox Game Pass que redefinen la distribución de ingresos entre desarrolladores y plataformas. Las microtransacciones y contenidos descargables han creado nuevos modelos económicos donde juegos base gratuitos generan ingresos masivos a través de compras in-app, mientras los creadores de contenido generado por usuarios dentro de plataformas como Roblox y Minecraft establecen sus propias microeconomías basadas en propiedad intelectual digital.

h. Plataformas de mecenazgo y crowdfunding

Estas plataformas ofrecen servicios que conectan a creadores con audiencias dispuestas a financiar su trabajo mediante contribuciones voluntarias o estructuradas, facilitando la gestión de derechos sobre el contenido resultante.

Una de las modalidades se conoce como patrocinio directo. Es un modelo donde admiradores apoyan económicamente de forma recurrente a creadores a cambio de reconocimiento o beneficios exclusivos, permitiendo monetizar obras protegidas por Derecho de autor. Por su parte, Patreon y Ko-fi permiten a los fans apoyar económicamente a creadores mediante pagos recurrentes o puntuales. Los niveles escalonados de apoyo crean un sistema donde diferentes grados de acceso y exclusividad se intercambian por diferentes niveles de soporte económico, reinventando la relación entre creadores y audiencias.

Otra de las modalidades consiste en la financiación de proyectos. Se trata de un sistema de recaudación colectiva para materializar obras creativas específicas, donde los contribuyentes reciben recompensas según su nivel de aportación, respetando los derechos de autor del creador sobre el resultado final. Kickstarter e Indiegogo facilitan la financiación colectiva de proyectos creativos antes de su realización. En la gestión de derechos, el creador mantiene todos los derechos sobre su obra, pero debe establecer recompensas para los mecenas. Como siempre, el análisis habrá de ser caso a caso, y según la normativa aplicable en cada país (en Uruguay Ley 19.820 de 18 de setiembre de 2019).

3.2 Desafíos actuales en modelos de negocio de plataformas digitales que involucran creaciones protegidas por Derecho de autor y Derechos conexos.

Este esquema verdaderamente apabullante de lo que significa la creación intelectual como base de modelos de negocio a través de plataformas digitales está en constante cambio. Ello se debe no solamente a la incesante creatividad de contenidos, sino también a las necesidades cambiantes de consumidores y usuarios y al surgimiento de tecnologías con incidencia en su operativa.

El ecosistema digital contemporáneo ha experimentado una transformación radical en su relación con los derechos de autor y conexos, impulsada por avances tecnológicos que redefinen constantemente las reglas del juego. El reto fundamental se encuentra en que las distintas situaciones sustentadas en derechos derivados de la aplicación de Derecho de autor y Derechos conexos no desequilibren el ejercicio de la libertad de competencia mediante restricciones indebidas (Cass, 1999, p. 53 ss.).

Presentamos a continuación un elenco de problemas con una concreta valoración, que ponen en jaque distintos sectores del Derecho, especialmente del Derecho del mercado.

La irrupción de la inteligencia artificial generativa, además, ha impuesto nuevos temas de análisis, creando tensiones notorias entre inno-

vación tecnológica y protección de derechos tradicionales. El desarrollo y oportunidades que ofrece son muy importantes. De todas maneras, la inteligencia artificial como herramienta sigue siendo muy limitada, en cuanto a su capacidad para distinguir entre usos legales e ilegales, o entre críticas o parodias, por sus riesgos de censura injustificada que vulneren la libertad de expresión (Iaia, 2021).

El ejercicio en exclusividad de derechos de autor y derechos conexos en lo que hace concretamente al derecho de distribución puede generar efectos particularmente restrictivos, cualquiera sea el modelo de negocios involucrado. Se entiende que puede aumentar el poder de mercado de las plataformas, reduciendo la competencia entre ellas, de manera de generar precios más altos para los consumidores y limitar la disponibilidad de contenido, constituyendo así una práctica anticompetitiva (Cuntz & Bergquist, 2020).

En este escenario, la intersección entre las leyes de Derecho de la competencia y el Derecho de autor y Derechos conexos se ha transformado, pasando de ser tradicionalmente antagónicas a ser complementarias, con el objetivo de corregir lo que puede denominarse fallas del mercado y el de garantizar una distribución más equitativa de los beneficios económicos generados por el contenido en línea (Iaia, 2021).

En las situaciones más frecuentes se pueden encontrar aspectos numerosos y variados que provocan posibles problemas que se procuran prevenir o solucionar a distinto nivel.

Herramientas como DALL-E (en sus distintas expresiones), Midjourney y GPT-4, entrenadas con datos provenientes de importantes corpus de obras humanas, han generado una situación paradójica: hay quienes entienden que en algunos niveles compiten directamente con los creadores cuyo trabajo utilizaron para su entrenamiento. Las demandas contra empresas como OpenAI y Stability AI, cuyos resultados escasos y parciales todavía no marcan todavía tendencia alguna en la materia, buscan establecer precedentes sobre los límites del “uso transformativo” en el entrenamiento de estos modelos.

La cuestión central radica en determinar si la utilización masiva de datos que contienen obras protegidas para entrenar modelos comerciales,

se puede entender un proceso tecnológico normal, una transformación suficiente para estar amparada por excepciones como el fair use, o una apropiación indebida que requiere autorización y compensación.

Mientras tanto las oficinas nacionales de Derecho de autor - copyright adoptan posiciones cautelosas, reconociendo protección únicamente a elementos específicamente determinados por intervención humana. La Oficina de Copyright estadounidense, por ejemplo, ha establecido que sólo reconocerá protección a elementos específicamente determinados por intervención humana, quedando fuera de dicho alcance varias categorías de obras donde la inteligencia artificial juega un papel relevante pero no determinante (United States Copyright Office, 2025). Esta postura refleja la dificultad de aplicar conceptos tradicionales como “originalidad” y “expresión personal” a procesos creativos mediados por algoritmos.

En respuesta a esta incertidumbre, la industria tecnológica desarrolla activamente soluciones de “marcas de agua” digitales y sistemas de procedencia que permiten distinguir entre contenido generado por inteligencia artificial y creaciones humanas. Adobe, por ejemplo, ha implementado “Content Credentials” en su suite de herramientas creativas, mientras empresas como Truepic y Starling Lab exploran tecnologías de verificación basadas en blockchain para establecer la procedencia de imágenes y videos. Estas iniciativas no solo buscan resolver cuestiones de atribución, sino crear un ecosistema donde la transparencia sobre el origen del contenido sea un valor fundamental.

Simultáneamente, la aparición de creaciones como el metaverso y de los entornos virtuales persistentes ha creado economías paralelas con sus propias reglas de propiedad y comercio. Plataformas como Decentraland y The Sandbox han establecido sistemas económicos basados en terrenos virtuales tokenizados donde creadores pueden monetizar experiencias, espacios y objetos tridimensionales.

El comercio de avatares personalizables y artículos virtuales ha generado mercados secundarios con ítems digitales de edición limitada. Estos mercados han atraído a marcas tradicionales como Gucci, Balenciaga y Louis Vuitton, que han lanzado colecciones puramente digitales, difu-

minando las fronteras entre moda física y virtual. La incursión de estos actores tradicionales legitima estos espacios como nuevos territorios para la explotación de propiedad intelectual, pero también plantea cuestiones sobre la aplicabilidad de normativas de protección al consumidor en transacciones completamente virtuales.

La realidad aumentada añade una capa adicional de complejidad al superponer contenido digital sobre espacios físicos públicos y privados. Artistas como Kaws y empresas como Niantic y Snapchat han explorado exposiciones de arte y experiencias geolocalizadas, donde obras digitales existen ancladas a coordenadas físicas específicas. Estas prácticas desafían nociones tradicionales de propiedad y uso del espacio, generando preguntas sobre los derechos de propietarios físicos frente a creadores de capas digitales superpuestas y el potencial surgimiento de nuevas formas de servidumbres o derechos de paso en la intersección entre lo físico y lo digital. Lo menos que se puede identificar es afectación del derecho de integridad de obras involuntariamente involucradas.

La gestión de los derechos ha evolucionado para responder a estos desafíos. Los sistemas de administración o gestión de derechos digitales, denominados en inglés **Digital Rights Management**, en adelante **DRM**, han trascendido su concepción original como simples mecanismos anti-copia para convertirse en infraestructuras flexibles que facilitan nuevos modelos de negocio. Ejemplo de ello es el préstamo digital en bibliotecas a través de plataformas como OverDrive, donde los archivos caducan automáticamente tras el período establecido. Las bases de datos de huellas digitales (fingerprinting) inciden en la identificación y monetización de contenidos en plataformas masivas. Sistemas como Content ID de YouTube y Rights Manager de Facebook escanean automáticamente cada video subido, comparándolo con una base de datos de obras registradas para identificar coincidencias parciales o totales. Esta tecnología ofrece a los titulares de derechos opciones que van más allá del simple bloqueo, permitiendo monetizar usos no autorizados, rastrear la diseminación de sus obras, o incluso facilitar la emergencia de fenómenos virales basados en sus contenidos.

El impacto económico de estas tecnologías es muy profundo. Propietarios de catálogos musicales y audiovisuales ahora pueden capturar

valor de clips breves, remixes y usos derivativos que antes resultaban imposibles de rastrear o monetizar. Pequeños extractos de canciones populares utilizados en millones de videos de TikTok generan ahora flujos de ingresos de importancia para compositores y editores, creando un nuevo ecosistema económico basado en la fragmentación y reutilización creativa de obras.

En paralelo, empresas como Bmat y Utopia Music han desarrollado sofisticadas tecnologías de monitoreo que rastrean reproducciones musicales en radio, televisión y establecimientos públicos globalmente, utilizando reconocimiento automático para asegurar que las sociedades de gestión colectiva distribuyan regalías con mayor precisión. Esta evolución tecnológica ha permitido que creadores de mercados emergentes accedan a flujos de ingresos internacionales históricamente inaccesibles debido a limitaciones en los sistemas tradicionales de monitoreo.

El contraste entre el enfoque europeo y estadounidense resulta particularmente interesante.

El artículo 17 de la Directiva (UE) 2019/790 de 17 de abril de 2019 sobre derechos de autor y derechos afines en el Mercado Único Digital, entre otros preceptos, impone a las plataformas obligaciones proactivas de filtrado y licenciamiento, estableciendo responsabilidad directa por contenidos infractores subidos por usuarios. Este enfoque contrasta con el sistema de puerto seguro establecido por la Digital Millennium Copyright Act estadounidense, que otorga inmunidad condicional a plataformas que respondan diligentemente a notificaciones de infracción.

Estas diferencias en cuanto a la regulación generan complejidades operativas importantes para las plataformas globales. Servicios como YouTube, Spotify o TikTok deben implementar sistemas de filtrado más rigurosos para usuarios europeos mientras mantienen protocolos diferentes para usuarios estadounidenses, fragmentando la experiencia y aumentando los costos de cumplimiento normativo. La territorialidad de los derechos de autor en un entorno digital inherentemente global crea fricciones constantes entre la arquitectura técnica de internet y los marcos legales nacionales.

Los sistemas automatizados de detección de infracciones, implementados para cumplir con las obligaciones regulatorias, generan frecuentemente falsos positivos que afectan a creadores legítimos. Usos transformativos amparados por excepciones como el fair use o la parodia (en las legislaciones nacionales que los contemplan) son particularmente vulnerables a estos errores algorítmicos, provocando un efecto inhibitorio sobre expresiones creativas legítimas. Esta diferencia entre los procesos automatizados de bloqueo y los mecanismos manuales de apelación aumenta la importancia del problema, dejando a creadores independientes en desventaja frente a grandes propietarios de derechos.

En este entorno surge, además, el fenómeno del “copyright trolling”. Se trata de entidades especializadas o equipos de expertos que rastrean sistemáticamente usos presuntamente no autorizados, no siempre relevantes, para exigir compensaciones económicas mediante amenazas de litigio. Esta práctica, que emula el tan complejo como dañino “patent trolling” en EEUU, explota la complejidad legal y los altos costos de defensa jurídica para obtener acuerdos extrajudiciales de usuarios que carecen de recursos para litigar, incluso cuando podrían tener argumentos válidos de uso justo o fair use.

La brecha de valor o “value gap” - es decir la disparidad entre el valor que las plataformas extraen del contenido y lo que retorna a sus creadores - continúa siendo una preocupación importante. Iniciativas como la campaña #BrokenRecord en la industria musical han hecho más visibles las dificultades de los artistas para obtener compensaciones justas en el ámbito del streaming. Mientras tanto, nuevas legislaciones como la Copyright Alternative in Small-Claims Enforcement Act of 2020 (the CASE Act) en Estados Unidos buscan facilitar vías de reclamación más accesibles para creadores independientes.

Mirando al futuro las tecnologías descentralizadas prometen alternativas interesantes para la gestión de las plataformas. Protocolos como Internet Computer Protocol y Filecoin estructuran infraestructuras donde el contenido puede existir sin depender de servidores centralizados, transformando los modelos de distribución y licenciamiento actuales. Plataformas como Royal permiten a fans convertirse en co-titulares de

derechos sobre canciones, recibiendo microporciones de regalías cada vez que éstas suenan en cualquier plataforma, creando un alineamiento de incentivos donde los seguidores también pueden tener interés económico directo en el éxito de las obras.

Por otra parte, las asociaciones o empresas dedicadas a la adquisición y gestión de propiedad intelectual aparecen como nuevos actores que adquieren obras icónicas para gestionar sus derechos y rendimientos. Estas experiencias sugieren caminos alternativos a los modelos corporativos tradicionales de gestión de derechos. No dejaremos de escuchar noticias sobre compositores o intérpretes, en definitiva titulares de derechos, que se desprenden de derechos sobre su repertorio por cifras millonarias impresionantes, respondiendo a este modelo de negocios.

La evolución de los modelos de monetización refleja una búsqueda continua de equilibrios sostenibles entre acceso y compensación. Los muros de pago tradicionales han mostrado ser problemas en un entorno donde los usuarios están acostumbrados a acceso instantáneo y gratuito, mientras los modelos basados exclusivamente en publicidad han demostrado limitaciones relevantes, especialmente para contenido de nicho o alta calidad. En respuesta, se hacen más frecuentes las propuestas híbridas como el “freemium”, modelos de suscripción con diferentes niveles de acceso y sistemas de micropagos facilitados por tecnologías blockchain. De esta forma se busca encontrar puntos de equilibrio que permitan sostenibilidad económica, sin sacrificar alcance o relevancia cultural.

La tokenización de activos creativos ofrece también posibilidades para la participación directa de audiencias en el éxito económico de las obras que admiran. Plataformas como Mirror han explorado modelos donde los primeros seguidores de un creador pueden adquirir tokens que representan participación en futuros ingresos, creando una alineación de incentivos entre creadores y sus comunidades. Este modelo torna más compleja la distinción tradicional entre consumidores y productores, transformando a los fans más comprometidos en participantes activos del sistema económico que rodea la obra.

Los sistemas de “split revenue” (reparto de beneficios entre interesados) y “revenue share” (reparto de beneficios entre socios) automati-

zados mediante los denominados contratos inteligentes permiten distribuciones más transparentes de ingresos entre múltiples colaboradores. Estas tecnologías facilitan modelos de co-creación donde las contribuciones de cada participante pueden ser reconocidas y recompensadas proporcionalmente, sin las complejidades administrativas que históricamente han limitado estos arreglos.

La tensión entre apertura y control, entre compartir libremente y monetizar efectivamente, continúa definiendo el debate sobre propiedad intelectual en la era digital. Movimientos como Creative Commons han creado infraestructuras legales que permiten a creadores compartir sus obras con diferentes grados de libertad mientras mantienen ciertos derechos reservados, facilitando el florecimiento de proyectos colaborativos masivos como Wikipedia y ecosistemas como el software libre.

Queda claro que el ecosistema de plataformas digitales relacionadas con obras protegidas se encuentra en constante evolución. Tecnología, cultura, economía y derecho se entrelazan de formas cada vez más complejas. Las plataformas y creadores, una vez que entienden la operativa de estas dinámicas, no solo pueden aprovechar los modelos de negocio actuales, sino participar activamente en la creación de otros nuevos, más equitativos y sostenibles para la distribución de conocimiento y cultura en la era digital.

4 DERECHOS DE AUTOR Y CONEXOS ANTE EVENTUALES EFECTOS ANTICOMPETITIVOS GENERADOS POR ACTIVIDAD ECONÓMICA DE PLATAFORMAS DIGITALES

Planteado ya el contexto de modelos de negocio de plataformas digitales – incluidas diversas perspectivas de desarrollo particularmente dependientes de tecnologías protegidas por Derecho de autor -, comentamos a continuación algunas situaciones de riesgo concurrencial derivadas de la titularidad de derechos autoristas. Se trata de conductas que actualmente se tienen lugar, algunas de las cuales han sido objeto de medidas preventivas o correctivas en Europa y Estados Unidos.

Como consideración general, partimos de que la interrelación o interfaz entre el Derecho autoral y el Derecho de la competencia han evolucionado en estos últimos años, tanto en forma paralela como convergente cuando se aplican en un mismo caso. Por un lado, se entiende que las políticas antimonopolio han variado de un enfoque tradicional en relación con la conducta de las grandes tecnológicas o Big Tech, hacia uno más crítico en relación con su poder de mercado. Por otro lado, se destaca que los derechos de autor y conexos en sí mismo prevén institutos que mitigan lo que podría entenderse un abuso de su posición de dominio como derechos de exclusiva, del tipo de la consideración de excepciones o el “fair use” - uso justo, o como – donde se encuentren previstas, las licencias obligatorias (Lim & Yu, 2025).

Corresponde considerar que si un titular de derechos, sea originario o derivado, ejerce sus derechos de exclusiva para impedir injustamente la competencia, esa conducta puede considerarse un “uso indebido”. Es decir: no basta con tener el derecho, sino que el ejercicio de ese derecho no debe ir en contra de las disposiciones legales y las políticas públicas que promueven la competencia y la innovación (Cass, 1999, p. 53 ss.)

4.1 Riesgo de abuso de posición de dominio a través de derechos de autor y conexos en las plataformas digitales

El entramado de plataformas, en sí mismas y entre sí, constituye punto de partida para una serie de situaciones que pueden constituir conductas anticompetitivas.

La concentración de poder en manos de un reducido número de gigantes tecnológicos como Google, Facebook, Amazon, Apple o Spotify ha generado una asimetría en las relaciones con los creadores de contenido. Estas plataformas operan bajo la lógica de los efectos de red, donde su valor aumenta exponencialmente con cada nuevo usuario, lo que les permite establecer barreras prácticamente infranqueables para potenciales competidores. Además, las economías de escala que caracterizan sus mo-

delos de negocio, junto con la acumulación masiva de datos, consolidan posiciones de mercado que difícilmente pueden ser superadas.

El accionar de las plataformas desde el punto de vista del derecho del mercado provoca diversas situaciones de riesgo que se estudian desde fines del siglo XX, ya plenamente insertos en la economía digital (Noti-Victor & Tang, 2024. Lim & Yu, 2025). Mencionamos algunas de ellas a continuación.

En este contexto de poder desigual, los autores y creadores se encuentran en una situación de creciente vulnerabilidad. Ello repercute directamente en consumidores y usuarios. Las plataformas actúan como verdaderos “gatekeepers” o guardianes que controlan el acceso a audiencias masivas, lo que genera una dependencia prácticamente inevitable para quienes desean que sus obras lleguen al público. La ausencia de alternativas viables para la distribución y monetización de contenidos coloca a los creadores en la disyuntiva de aceptar las condiciones impuestas por estas plataformas o quedar excluidos del mercado digital.

Las manifestaciones concretas de este abuso de posición dominante son múltiples y afectan directamente a los derechos morales y patrimoniales de los autores. Explicamos a continuación una selección de ellas.

Una de las prácticas más extendidas es la imposición unilateral de condiciones a través de contratos de adhesión que no admiten negociación. Los términos y condiciones suelen incluir cesiones de derechos excesivamente amplias, que en ocasiones rozan la abusividad, que provocan que las plataformas exploten las obras en modalidades y territorios que exceden lo razonable y necesario para su modelo de negocio. Más preocupante aún resulta la capacidad de estas empresas para modificar unilateralmente las condiciones, pudiendo alterar aspectos cruciales como los sistemas de remuneración o visibilidad sin que los creadores tengan margen real de maniobra.

La cuestión de la remuneración justa constituye otro de los puntos problemáticos.

Los sistemas de retribución implementados por muchas plataformas se caracterizan por la posibilidad tecnológica de implementarse con

opacidad y complejidad, haciendo virtualmente imposible para los creadores verificar la correcta liquidación de sus derechos. Esa misma tecnología podría implementar una situación totalmente opuesta, de transparencia y sencillez, vale anotar. El fenómeno conocido como “value gap” (brecha de valor) ilustra perfectamente esta situación: mientras que los contenidos creativos generan enormes beneficios para las plataformas, tanto directos como indirectos a través de la atracción y retención de usuarios, los creadores reciben una parte marginal de ese valor. El caso paradigmático lo encontramos en los servicios de streaming musical, donde es conocido que, en general, los artistas perciben micropagos por reproducción que difícilmente les permiten subsistir de su trabajo creativo, incluso acumulando millones de escuchas.

El control algorítmico representa otra dimensión de este desequilibrio de poder. Las plataformas utilizan algoritmos sofisticados para determinar cuáles contenidos se muestran a los usuarios y en qué orden. Sin embargo, los criterios que rigen estos sistemas permanecen opacos para los creadores, quienes ven cómo la visibilidad de sus obras puede aumentar o desplomarse sin explicación aparente. Esta caja negra algorítmica genera una incertidumbre permanente y obliga a los autores a intentar adaptarse constantemente a criterios cambiantes y desconocidos. Ello puede incluso afectar a su libertad creativa al verse presionados para producir contenidos que se ajusten a lo que perciben como favorecido o preferido por los algoritmos.

También generan problemas los sistemas de reclamación por infracciones de derechos de autor implementados por las grandes plataformas. Aunque en teoría buscan proteger la propiedad intelectual, en la práctica pueden presentar importantes asimetrías procedimentales que suelen perjudicar a los creadores menos poderosos. Los mecanismos automatizados de detección de infracciones, como el Content ID de YouTube, generan numerosos falsos positivos que pueden resultar en la retirada injustificada de contenidos legítimos. Además, los procedimientos de apelación suelen ser complejos y lentos, dejando a los creadores en una situación de indefensión frente a reclamaciones erróneas o abusivas.

Frente a estos desafíos, los legisladores y tribunales de distintas jurisdicciones han comenzado a articular respuestas normativas encaminadas a reequilibrar estas relaciones de poder. En este sentido, por ejemplo, la Unión Europea ha sido pionera con la aprobación de la Directiva 2019/790 sobre derechos de autor en el mercado único digital, que introduce importantes innovaciones. Su artículo 17 establece la responsabilidad directa de las plataformas por los contenidos subidos por sus usuarios, obligándolas a obtener autorizaciones de los titulares de derechos o implementar sistemas efectivos para evitar la disponibilidad de obras no autorizadas. A su vez, los artículos 18 a 22 – que más adelante volvemos a mencionar – introducen una serie de salvaguardas contractuales para los autores, incluyendo el principio de remuneración adecuada y proporcionada, obligaciones de transparencia, mecanismos de ajuste contractual y procedimientos alternativos de resolución de disputas. También en el ámbito de la legislación de competencia económica europea, la Ley de Mercados Digitales o DMA europea reaccionó al establecer obligaciones específicas para las plataformas consideradas guardianes por su posición estratégica en el mercado digital. Con el tiempo, a nivel de pronunciamientos de los tribunales se verá efectivamente la tendencia.

No obstante, la solución a esta problemática requiere un enfoque integral que vaya más allá de la regulación tradicional. El fortalecimiento de los sistemas de gestión colectiva de derechos emerge como una estrategia fundamental para contrarrestar el desequilibrio de poder negociador. Estas entidades pueden actuar como contrapeso efectivo frente a las grandes plataformas, estableciendo condiciones y tarifas mínimas que garanticen una remuneración justa para los creadores. En paralelo, la autorregulación del sector mediante códigos de conducta y estándares de buenas prácticas puede complementar el marco normativo, promoviendo relaciones más equilibradas entre plataformas y creadores.

Fortalecer el conocimiento de los derechos en los propios autores constituye también un elemento esencial de cualquier estrategia integral. La educación sobre derechos digitales, el fomento de plataformas alternativas con modelos de negocio más justos y el desarrollo de herramientas tecnológicas que faciliten la gestión de derechos son iniciativas que pue-

den contribuir significativamente a mejorar la posición negociadora de los creadores en el entorno digital.

La evolución del necesario equilibrio de fuerzas determinará en gran medida el futuro cultural y creativo en la era digital. La manera en que se enfrenten los desequilibrios de poder entre plataformas y creadores no solo impactará en la sostenibilidad económica de las industrias culturales, sino que también definirá la diversidad y riqueza de los contenidos disponibles para las generaciones futuras.

El reto consiste en aprovechar el potencial transformador de la tecnología digital sin sacrificar los principios fundamentales que sustentan la protección de la creación intelectual, encontrando un nuevo equilibrio que responda a las realidades del siglo XXI.

En el sistema de plataformas digitales, particularmente cuando los modelos de negocio se estructuran sobre la base de contenidos protegidos por derechos de autor y conexos, se pueden identificar diversos factores que provocan o, al menos, son típicamente causas de situaciones de abuso de posición de dominio.

Entre los distintos factores podemos considerar: posibles prácticas anticompetitivas a partir de condiciones contractuales; escenarios de monopolio de datos y control de la información; la negociación desigual de las tarifas de derechos de autor; la exclusividad derivada de tales licenciamientos provoca muchas veces control de los precios y los contenidos; complejas formas de gestionar la piratería de contenidos protegidos; situaciones de monopolización de las licencias; control de la creación y distribución de contenido; dependencia técnica de los algoritmos para la gestión de derechos.

Algunas opiniones sostienen directamente que las grandes plataformas tecnológicas poseen características que conducen a un definido poder estructural y a la falta de libertad de competencia. Esta situación tiene origen en la existencia de economías de escala extremas, que surgen de los costos marginales mínimos, los fuertes efectos de red y la capacidad sin precedentes para conectar a los usuarios comerciales con los usuarios finales a través de su naturaleza multilateral. También se observan carac-

terísticas clave en las importantes ventajas de datos, efectos de bloqueo, una capacidad limitada para la multilocalización y la integración vertical. Todo ello directamente conduce al tan comentado principio en este tema del “winner takes all” (D’Amico & Gerbrandy, 2025).

Seleccionamos para un estudio más detallado en este trabajo tres aspectos en particular:

- acuerdos entre competidores que dan lugar a discriminación;
- barreras de acceso en las plataformas instrumentadas sobre derechos de autor y conexos;
- la incidencia de la posición de dominio, lindando o llegando al abuso, en la determinación de las sumas que corresponde que las plataformas digitales paguen a autores y artistas por su trabajo.

Respecto de este último punto, en especial, comentaremos también la incidencia que a su vez tienen las creaciones de la inteligencia artificial generativa en la valoración del aporte creativo humano.

4.2 Acuerdos entre competidores en plataformas sobre la base de derechos de autor y conexos que dan lugar a discriminación

Los acuerdos entre competidores en plataformas digitales, particularmente cuando están relacionados con derechos de la propiedad intelectual, pueden generar riesgos asociados a la discriminación que afectan la competencia en el mercado. Ello no quiere decir que la regla sea el efecto anticompetitivo o que constituyan peligro. El concepto clave para definir situaciones concurrenciales es el poder de mercado que tienen las partes del acuerdo o contrato, pues si este no es cuestionable los acuerdos de derechos de exclusiva en general o de exclusividad, no generan daño alguno (Hovenkamp, 2025, p. 149.)

Las cláusulas de los distintos contratos o acuerdos deben analizarse en el contexto del mercado, considerando si las prácticas están justificadas por eficiencias legítimas, o si, por el contrario, sirven para consolidar posiciones dominantes de manera anticompetitiva (Cass, 1999, p. 53 ss.).

Existen diversas razones por las cuales los competidores en plataformas digitales pueden discriminar y son comercialmente válidas. No son las razones como tales lo cuestionable sino los eventuales efectos anticompetitivos que pueden ocasionar. En tal sentido, como razones se puede destacar que las plataformas pueden favorecer o fortalecer a los vendedores con los que tienen relaciones comerciales más estrechas. A través de algún tipo de discriminación se pueden maximizar los propios beneficios a corto plazo como que, los grandes vendedores eventualmente pueden ejercer presión sobre las plataformas para obtener un trato preferencial. Esta última circunstancia es considerada problemática desde el punto de vista de la competencia económica, si bien en general se entiende que podría no ser necesariamente anticompetitiva cuando no se trate de un operador o una plataforma que ostente una posición de poder excluyente (Bima Alfian & Murniati, 2024).

No obstante, hay riesgos generales que derivan de cláusulas contractuales y que tienen que ver con fijar precios mínimos o máximos, dividir zonas o mercados sobre la base de la exclusividad o restricciones a la venta de sus productos en otras plataformas, entre otros. En todos los casos corresponde valorar los efectos que el pacto de cláusulas discriminatorias entre operadores puede tener en la competencia.

En particular, en relación con la discriminación entre operadores en plataformas digitales los efectos pueden ser:

- trato diferenciado en los resultados de búsqueda, pues las plataformas pueden favorecer a ciertos vendedores en los resultados de búsqueda, perjudicando a otros;
- condiciones contractuales desfavorables, pues las plataformas pueden imponer condiciones contractuales más onerosas a determinados vendedores;

- acceso limitado a las herramientas de la plataforma, pues las plataformas pueden restringir el acceso de algunos vendedores a herramientas y funcionalidades clave.

En cuanto a dónde se han de medir específicamente los efectos negativos en este tema, se pueden identificar algunos puntos donde se han de analizar y medir tales efectos, para definir si hay una situación ilegal o no.

Por un lado, puede tener lugar una reducción de la oferta, pues la discriminación puede limitar la oferta de productos y servicios, lo que derivaría en un aumento de los precios y una disminución de la calidad. Por otro lado, la discriminación puede crear barreras de entrada para nuevos vendedores, dificultando su acceso al mercado. Y por otro lado, la discriminación puede desalentar la innovación o reducir las iniciativas innovadoras, ya que los vendedores pueden ser menos incentivados a invertir en nuevos productos y servicios.

4.3 Barreras de acceso en las plataformas instrumentadas sobre derechos de autor y conexos

Las barreras de acceso creadas por la propiedad intelectual y las plataformas digitales representan un desafío para la competencia y el bienestar de los consumidores. Básicamente, se trata de que restringiendo deliberadamente la oferta el consumidor o usuario tiene menos opciones y, por lo tanto, se encuentra limitado en sus posibilidades de elegir lo mejor para su gusto o interés. Ello, además, hace que los competidores limitados artificialmente no se esfuercen – falta de alternativas para competir -, algo que también es factor de restricción de las posibilidades de consumidores y usuarios.

En cuanto a la creación de barreras de acceso en plataformas digitales en el sistema digital contemporáneo, los derechos de autor y conexos han adquirido una relevancia sin precedentes como mecanismos que la pueden facilitar. Son utilizados estratégicamente por diversos actores

para controlar el acceso a contenidos, tecnologías y servicios en entornos digitales. Este fenómeno merece un análisis casuístico para comprender cómo la propiedad intelectual, específicamente los derechos autorales y conexos, puede transformarse de incentivo creativo a obstáculo competitivo. Planteamos algunos de sus lineamientos a continuación.

4.3.1 Derecho de autor en el contexto digital y su uso como barrera de acceso

Se puede afirmar en términos generales que el régimen de Derecho de autor ha experimentado una transformación constante en estos últimos años, al aplicarse a las tecnologías digitales. Su extensión a elementos fundamentales del entorno digital presenta particularidades para el acceso de empresas al mercado, desde la perspectiva del Derecho de la competencia.

El software, componente esencial de cualquier plataforma digital, goza de protección autoralista extensible durante décadas. Esta protección otorga a los titulares un control considerable sobre tecnologías que pueden resultar fundamentales para participar efectivamente en mercados digitales. Esto se debe a que, a diferencia de otros bienes protegidos, el software combina expresión creativa con funcionalidad técnica, difuminando la tradicional distinción entre ideas no protegibles y expresión protegible.

Las interfaces de usuario constituyen un ámbito generador de eventuales problemas. Aunque teóricamente solo la expresión de software específica está protegida por Derecho de autor y no la funcionalidad subyacente, en la práctica esta distinción resulta difícil de aplicar. Desarrolladores que buscan crear alternativas compatibles enfrentan una verdadera incertidumbre jurídica al intentar replicar funcionalidades familiares para los usuarios. Esta incertidumbre inhibe la innovación incremental y eleva los costos de entrada para nuevos competidores.

La protección de bases de datos mediante derechos de autor, complementada en algunas jurisdicciones por derechos sui generis, permite

a las plataformas ejercer control sobre compilaciones de información que resultan esenciales para la operación de servicios digitales competitivos. Aunque los datos individuales incorporados no sean protegibles, su selección, coordinación y disposición específica pueden recibir protección, limitando la capacidad de terceros para utilizar datos fundamentales recopilados por plataformas dominantes.

Por otra parte, un fenómeno emergente es la protección de contenidos generados o seleccionados algorítmicamente. Como antes mencionamos, las plataformas argumentan cada vez más que elementos como los resultados de búsqueda, recomendaciones personalizadas o contenidos sintéticos constituyen obras originales protegibles, a pesar de su naturaleza parcial o totalmente automatizada. Esta extensión de la protección autoral amenaza con privatizar aspectos fundamentales de la organización y accesibilidad de la información en línea.

4.3.2 Otros derechos novedosos como barreras adicionales

En varias jurisdicciones se han introducido derechos específicos para editores de prensa, otorgándoles control sobre la utilización de sus contenidos por plataformas de agregación. Estos nuevos derechos permiten a los editores restringir o condicionar cómo sus contenidos aparecen en servicios digitales, alterando fundamentalmente la economía de la información online. Las plataformas pueden verse obligadas a pagar licencias o limitar la presentación de contenidos, potencialmente reduciendo la diversidad de fuentes accesibles a los usuarios o creando ventajas para editores establecidos frente a nuevos medios digitales.

La protección *sui generis* de bases de datos, particularmente robusta en la Unión Europea, otorga derechos exclusivos sobre la recopilación, verificación y presentación de datos, independientemente de la originalidad del contenido. Esta protección permite a las plataformas restringir la extracción y reutilización de datos recopilados, incluso cuando estos constituyen hechos no protegibles individualmente. La consecuencia es un control propietario sobre recursos informativos que podrían resultar

fundamentales para competidores potenciales, investigadores y desarrolladores de servicios derivados.

Los derechos de radiodifusión y comunicación pública han evolucionado para abarcar nuevas formas de distribución digital, otorgando a sus titulares control real sobre cómo los contenidos audiovisuales y musicales son accesibles en plataformas. Este control puede manifestarse en restricciones territoriales (geobloqueo) que fragmentan artificialmente mercados digitales o en esquemas de licenciamiento que discriminan entre diferentes plataformas distribuidoras.

4.3.3 Estrategias restrictivas a nivel contractual

Los titulares de derechos que, además, gestionan plataformas digitales han desarrollado sofisticadas estrategias que utilizan derechos de autor y conexos para crear o reforzar barreras de acceso en entornos digitales.

El licenciamiento selectivo y discriminatorio constituye quizás la estrategia más directa. Los titulares de derechos pueden determinar estratégicamente qué plataformas o servicios obtienen licencias para utilizar contenidos protegidos y bajo qué condiciones. Esta selectividad permite favorecer plataformas establecidas frente a nuevos entrantes, especialmente cuando contenidos particulares resultan esenciales para atraer usuarios. Las condiciones de licencia pueden incluir requisitos que limitan la capacidad de las plataformas para innovar o diferenciarse, como restricciones sobre formatos de presentación o funcionalidades disponibles.

Los acuerdos de exclusividad representan una variante particularmente restrictiva del licenciamiento selectivo. Mediante estos acuerdos, los titulares de derechos otorgan acceso exclusivo a determinados contenidos por parte de plataformas específicas, impidiendo que potenciales competidores para quienes podrían resultar esenciales puedan establecer servicios viables. Esta práctica es especialmente común en industrias

como el entretenimiento audiovisual y la música, donde ciertos contenidos premium poseen un valor diferencial para captar y retener usuarios.

El geobloqueo implementado mediante tecnologías de protección y respaldado por derechos de autor y conexos permite la fragmentación artificial de mercados digitales. A pesar de la naturaleza inherentemente global de internet, los titulares de derechos implementan restricciones técnicas y legales que impiden el acceso transfronterizo a contenidos y servicios. Esta segmentación geográfica facilita estrategias de discriminación de precios y permite a los titulares maximizar ingresos por licenciamiento en diferentes territorios, frecuentemente en detrimento del acceso de consumidores en mercados menos desarrollados.

Las medidas tecnológicas de protección o DRM, respaldadas jurídicamente por disposiciones contra su elusión, pueden implementarse de manera que trascienden la mera prevención de copias no autorizadas. Estas tecnologías pueden limitar la interoperabilidad entre plataformas, impedir usos legítimos amparados por excepciones y limitaciones a los derechos de autor, o crear efectos de bloqueo que dificultan a los usuarios cambiar entre plataformas competidoras.

4.3.4 Abuso de posición dominante y derecho de distribución, al elevar barreras de entrada

El denominado estrangulamiento de la distribución digital mediante derechos exclusivos constituye una estrategia muy frecuente en la gestión empresarial de plataformas digitales. Los titulares de derechos, particularmente en industrias de contenidos como música, audiovisual y publicaciones, pueden implementar estrategias que limitan el número de plataformas que pueden distribuir sus contenidos y bajo cuáles condiciones. Estas estrategias crean ventajas artificiales para determinadas plataformas establecidas y elevan barreras de entrada para nuevos distribuidores digitales. Particularmente rigurosas son las concesiones de derechos exclusivos a plataformas dominantes, que privan a competidores potenciales de contenidos esenciales para atraer usuarios.

La integración vertical entre titulares de derechos y plataformas distribuidoras genera riesgos adicionales. Las plataformas que controlan derechos de autor fundamentales y simultáneamente operan como distribuidores pueden explotar esta integración para favorecer sus propios servicios o contenidos. Se hizo ya referencia en este trabajo a la auto-preferencia o self-preferencing que no siempre opera de manera evidente, pudiendo manifestarse sutilmente a través de algoritmos de recomendación sesgados o términos contractuales favorables no disponibles para competidores. Los conflictos de interés inherentes a esta estructura son particularmente difíciles de detectar y remediar debido a la complejidad técnica y la opacidad de los sistemas involucrados.

En relación con esta temática, los litigios por infracción a derechos de autor funcionan como poderosas armas disuasorias contra potenciales competidores. Las demandas, incluso aquellas con fundamentos jurídicos débiles, representan riesgos financieros y reputacionales importantes, particularmente para empresas emergentes con recursos limitados. El simple riesgo de litigio puede desalentar la innovación en áreas dominadas por actores establecidos con carteras de propiedad intelectual extensas. Este efecto, que podría calificarse como paralizante, es particularmente notorio tratándose de tecnologías donde la incertidumbre jurídica sobre el alcance de la protección es muy importante.

Finalmente, la negativa injustificada a licenciar constituye otra manifestación problemática. Aunque el derecho de autor otorga generalmente discrecionalidad para decidir si licenciar y bajo qué condiciones, esta libertad puede adquirir características abusivas cuando los contenidos protegidos han evolucionado hasta convertirse en recursos esenciales para competir en mercados digitales. La doctrina de las instalaciones o facilidades esenciales, desarrollada en Derecho de la competencia, encuentra aplicaciones complejas pero potencialmente necesarias en contextos donde determinados derechos autorales controlan accesos fundamentales a mercados.

4.4 Pagos a autores y artistas por la comunicación pública de las obras a través de plataformas digitales

4.4.1 Regulación normativa

La posibilidad de utilizar obras protegidas por derechos de autor en los distintos modelos de negocios de las plataformas digitales implica que las respectivas empresas administradoras tienen la necesidad de negociar y pagar prestaciones de distinta naturaleza a los titulares de derechos involucrados.

La normativa autoralista en distintos países incorpora disposiciones que imponen el pago por concepto de comunicación pública también por medio de plataformas en una tendencia progresiva muy definida. Se mencionan a continuación algunas disposiciones más destacadas.

La Unión Europea lidera esta protección con la Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, firmada el 17 de abril de 2019, antes mencionada, sobre los Derechos de Autor en el Mercado Único Digital. Esta normativa establece pilares esenciales mediante su artículo 18, que consagra que

18 . 1 Los Estados miembros garantizarán que, cuando los autores y los artistas intérpretes o ejecutantes concedan licencias o cedan sus derechos exclusivos para la explotación de sus obras u otras prestaciones, tengan derecho a recibir una remuneración adecuada y proporcionada.

Otras disposiciones relevantes son: el artículo 19, que impone la “obligación de transparencia” a las plataformas; el artículo 20, que introduce mecanismos de adaptación contractual; el artículo 21, que facilita la resolución alternativa de conflictos; y el artículo 22, que otorga el “derecho de revocación” cuando las obras no se explotan adecuadamente.

En el derecho nacional europeo de los distintos países encontramos diversas previsiones, algunas de las cuales se destacan a continuación.

Tenemos el caso de España que ha actualizado su Ley de Propiedad Intelectual, el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, mediante el Real Decreto-ley 24/2021 de 2 de noviembre, incorporando un derecho irrenunciable de remuneración equitativa gestionado por entidades de gestión colectiva como SGAE (Sociedad General de Autores y Editores), DAMA (Derechos de Autor de Medios Audiovisuales) y AISGE (Artistas Intérpretes, Sociedad de Gestión).

Francia, a través de su Código de Propiedad Intelectual modificado por la Ley n° 2021-1382 de 25 de octubre de 2021, establece un sistema obligatorio de “redevance” o regalías, supervisado por HADOPI (Haute Autorité pour la Diffusion des Œuvres et la Protection des droits sur Internet, una autoridad pública independiente).

Alemania, con su Ley de derechos de autor - Urheberrechtsgesetz, implementa el derecho a una prestación patrimonial para el autor, especialmente en artículo 20b, que garantiza compensaciones equitativas y participaciones adicionales en beneficios inesperados, gestionadas por VG Wort (Verwertungsgesellschaft Wort, sociedad de gestión colectiva de obra literaria) y GEMA (Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte, la Sociedad de Derechos de Autor).

Fuera ya del continente europeo, en Estados Unidos de América, se presenta un enfoque diferente, concentrándose más en soluciones contractuales que en derechos de base normativa en especial. Su ley sobre derechos de autor, Copyright Act of 1976 de 19 de octubre, no establece explícitamente derechos de remuneración equitativa para entornos digitales, mientras que la Digital Millennium Copyright Act (DMCA), que entró en vigencia el 28 de octubre de 1998, se centra principalmente en infracciones. No obstante, la Music Modernization Act de 2018, aprobada el 11 de octubre, ha mejorado las condiciones para creadores musicales en servicios de streaming. Los acuerdos gremiales tras las huelgas de 2023 de WGA (Writers Guild of America) y SAG-AFTRA (Screen Actors Guild - American Federation of Television and Radio Artists) han logrado establecer porcentajes mínimos de participación en ingresos por streaming.

Canadá ha modificado su Copyright Act con la Bill C-11 (Online Streaming Act), de 27 de abril de 2023, para regular plataformas digitales y asegurar contribuciones al contenido canadiense, con la Copyright Board of Canada estableciendo tarifas para la comunicación pública.

En Latinoamérica se vienen procesando cambios legislativos en algunos países encaminados a fortalecer también a autores y artistas en cuanto a la comunicación pública de sus creaciones por medio de plataformas.

México destaca con su Ley Federal del Derecho de Autor de 18 de diciembre de 1996, modificativas y concordantes, cuyo Artículo 26bis establece el “derecho de regalías” por comunicación pública, “derecho a percibir una regalía por la comunicación o transmisión pública de su obra por cualquier medio”. Mientras el Artículo 117bis garantiza una remuneración irrenunciable para intérpretes, estableciendo que

Tanto el artista intérprete o el ejecutante, tiene el derecho irrenunciable a percibir una remuneración por el uso o explotación de sus interpretaciones o ejecuciones que se hagan con fines de lucro directo o indirecto, por cualquier medio, comunicación pública o puesta a disposición.

Chile, mediante la Ley N° 21.045 de noviembre de 2017 con sus modificativas, reconoce derechos irrenunciables de remuneración para autores audiovisuales gestionados por ATN (Sociedad de Directores Audiovisuales y Guionistas de Chile).

Colombia, a través de la Ley 1915 de 2018, de 12 de julio, conocida como Ley Lleras, reconoce derechos de remuneración gestionados por DASC (Directores Audiovisuales de Colombia, sociedad de gestión colectiva) para directores.

También en Japón, Australia, Corea del Sur, así como en Sudáfrica hay normas análogas.

En Uruguay la Ley 9.739 de 17 de diciembre de 1937 y sus modificativas, con especial referencia a la Ley 17.616 de 10 de enero de 2003,

consagra referencias concretas en cuanto al derecho de comunicación pública de autores y artistas.

En primer lugar, se encuentra el artículo 29 inc 4 que establece que el derecho de los autores de las obras musicales o compositores el “derecho a recibir una remuneración por la comunicación pública de la obra audiovisual, incluida la exhibición pública de películas cinematográficas, así como el arrendamiento y la venta de los soportes materiales.”. También son titulares de derecho a remuneración, en iguales términos, los directores y guionistas. Se establece la facultad para estos últimos beneficiarios de constituir una entidad de gestión colectiva o delegar la recaudación de dicha remuneración en otra entidad de gestión colectiva de creadores. El derecho legalmente consagrado para autores de obras musicales o compositores, directores y guionistas se caracteriza como irrenunciable e inalienable. Esta remuneración no podrá reclamarse en caso que la obra audiovisual “sea publicada, comunicada o distribuida al público por el productor en forma no comercial, no onerosa”. Se trata de una regla general.

En segundo lugar, se puede enumerar el artículo 36 referido específicamente a derechos conexos. Consagra el derecho de retribución para el intérprete de una obra literaria o musical

por su interpretación difundida o retransmitida mediante la radio-telefonía, la televisión, internet o redes digitales de cualquier tipo, o bien grabada o impresa sobre disco, película, cinta, hilo o cualquier otra substancia, medio o cuerpo apto para la reproducción sonora o visual.

Se trata de una muy reciente incorporación al elenco de derechos tutelados por la Ley 9.739, agregada por reforma introducida por ley N° 20.212 de 6 de noviembre de 2023, artículos 329 a 332. Agrega esta reforma que en caso de no llegar a acuerdo se recurrirá al Tribunal Arbitral establecido en el artículo 58 de la referida ley.

Esta norma fue muy polémica, particularmente luego de su reglamentación por el decreto N° 404/2023 de 12 de diciembre de 2023, que

impone que será abonada esta prestación por los productores, no habiendo comenzado su efectivo cumplimiento hasta la fecha de redacción del presente trabajo.

En tercer lugar, el artículo 39 literal A inciso final hace referencia al derecho de remuneración de artistas intérpretes o ejecutantes. Establece que

respecto de su facultad de comunicación pública y de puesta a disposición al público de fonogramas y grabaciones de temas musicales en audiovisuales, generan en todos los casos, el derecho a una justa y equitativa remuneración por su explotación.

La recaudación será realizada por las entidades de gestión debidamente autorizadas a funcionar ejercerán la representación de artistas intérpretes o ejecutantes, cumpliendo con disposiciones legales y reglamentarias.

Finalmente, en cuanto al derecho uruguayo, corresponde mencionar que en este mismo artículo 39, pero en el literal D in fine se consagra una disposición común para los artistas intérpretes y ejecutantes, así como los productores de fonogramas. Hace referencia al uso y comunicación al público en el caso de radiodifusión en la siguiente forma:

Los artistas intérpretes y ejecutantes y los productores de fonogramas gozarán del derecho a una remuneración equitativa y única por la utilización directa o indirecta para la radiodifusión o para cualquier comunicación al público de los fonogramas publicados con fines comerciales. En tal caso, no resulta de aplicación la disposición contenida en el artículo 36.

Se establece que esta remuneración será reclamada al usuario por los propios beneficiarios o por la entidad de gestión colectiva que de los primeros reciba las facultades correspondientes.

De manera que, en estos casos mencionados y tantos más, el sustento normativo de reclamo de derechos para autores y artistas, existe.

4.4.2 Precio por cesión o licencia

Para que una empresa pueda realizar comunicación pública de una obra ajena con protección autoralista, sea en música, textos literarios u obras audiovisuales, hay que disponer del derecho correspondiente, sea por haberlo adquirido (por contrato de cesión) o por tener autorización del titular (por contrato de licencia).

La negociación para adquirir tales derechos, a cualquier título, se lleva a cabo con quien detenta las facultades de disposición de los bienes y derechos de interés. En algunas obras, como las audiovisuales o informáticas, se trata del productor por imperio legal. En general, se individualiza el titular a partir del o de los autores, que pueden seguir conservando sus derechos patrimoniales o haberlos cedido a un tercero.

En cuanto a pago por derechos de autor hay dos conceptos:

- pago al titular de los derechos de explotación para poder hacer comunicación pública de la obra;
- pago del derecho de remuneración, irrenunciable para autores y artistas, en la medida que se encuentre previsto.

Negociando y pagando al titular debidamente legitimado queda directamente resuelto el tema.

En el caso de pago por derechos de explotación, estamos ante la negociación de un precio. Responde a la ecuación económica: derecho a cambio de precio. Los precios se forman según el interés de las partes, en torno a un elenco multifactorial muy diverso. Puede ser una única prestación o, como en la mayoría de modelos de negocios mencionados, prestaciones fragmentadas a lo largo del tiempo, cuyo monto no es fijo sino que se determina sobre la base de distintas variables de consumo.

Es distinta la situación en caso de que la ley imponga un derecho de remuneración, para cuya determinación cuantitativa no hay una negociación caso a caso, sino la fijación de un monto según condiciones y caracterización también normativa. La analizamos más adelante en este trabajo.

Como en toda empresa, la inversión y los costos asociados a la creación – en este caso intelectual - también influyen en la valoración. El presupuesto de producción, el tiempo dedicado en términos de horas de trabajo creativo e interpretativo, y el nivel de especialización requerido son factores que las plataformas consideran para establecer una remuneración justa.

El perfil del creador también se tiene en cuenta como elemento de valoración relevante: trayectoria profesional del autor o intérprete, capacidad para atraer audiencia, entre otros aspectos y las condiciones de exclusividad (restricciones para participar en otras plataformas o proyectos) pueden incrementar sustancialmente el valor asignado a sus obras.

A nivel global, se han implementado diversos modelos de cálculo para determinar la retribución. El sistema de porcentaje sobre ingresos predomina en Europa, establecido principalmente en la Directiva 2019/790, ya multicitada. En algunos casos se paga un porcentaje de ingresos netos de la plataforma, en otros casos una suma fija según consumo. El sistema de tarifa fija por uso predomina en el streaming musical. En algunos casos también se ofrecen sistemas híbridos. Todo esto es cambiante, a medida que el sistema de las plataformas digitales se transforman, buscando un equilibrio entre la justa remuneración de los creadores y la sostenibilidad económica de las plataformas.

De todas maneras, y más allá de la apreciación de estos elementos y factores que se pueden notar en la operativa del ecosistema digital, lo cierto es que el poder de mercado de las plataformas condiciona las posibilidades de monetización de las cuales, en definitiva, depende la calidad de la remuneración que merecen autores y artistas (Quintais et al, 2023).

4.4.3 Derecho de retribución justa y equitativa para autores y artistas, como derecho irrenunciable

Existe una prestación que los operadores que hacen la comunicación pública deben abonar a los autores y artistas por el uso de obras y no constituye un precio. Cuando se encuentra previsto – no está generaliza-

da todavía en todos los casos en Derecho comparado – se enuncia como un derecho de remuneración justo y equitativo, o expresiones equivalentes, que es indisponible para su beneficiario, no lo puede ceder, no puede renunciar a él.

La retribución justa y equitativa es un derecho irrenunciable que ampara a autores y artistas, garantizándoles una compensación proporcional al valor económico que generan sus creaciones. Este derecho trasciende las condiciones contractuales iniciales y busca corregir los desequilibrios inherentes al mercado digital.

Diversos modelos de remuneración han surgido como respuesta a esta problemática global (Lacourt et al., 2023, p. 3. Xalabarder, 2017). El sistema de remuneración equitativa europeo establece que los autores y artistas intérpretes tienen derecho a una compensación justa cuando sus obras se comunican públicamente, independientemente de los acuerdos contractuales iniciales. Por otra parte, el modelo de participación proporcional vincula los ingresos de los creadores directamente con el éxito y alcance de su trabajo, estableciendo porcentajes mínimos sobre ingresos generados por reproducción o visualización.

En cuanto a los derechos de comunicación pública digital se reconoce explícitamente que la exhibición en plataformas digitales constituye un acto de comunicación pública que debe ser remunerado, independientemente de los derechos de reproducción.

En el entorno digital, el derecho de puesta a disposición del público ha cobrado especial relevancia, dado el reconocimiento a los titulares de la prerrogativa de autorizar la comunicación de sus obras para que el público pueda acceder a ellas desde el lugar y momento que elija individualmente. Este derecho constituye la base jurídica sobre la cual se sustenta la obligación de remuneración por parte de las plataformas digitales.

Las normas que hacen referencia a tales contratos consagran que la remuneración correspondiente para la transmisión de tales derechos deberá ser justa. Esto se debe a que, aún antes de esta realidad de jugadores dominantes en las plataformas digitales, el escenario de las negociaciones encontró siempre a los autores e, incluso, a la masa de productores, en

una situación de desventaja económica para las negociaciones con los grandes medios y demás intermediarios.

El fundamento de la remuneración justa se encuentra en los tratados internacionales que dan soporte al sistema de propiedad intelectual. El Convenio de Berna, los tratados de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT o TODA) y sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT o TOIEF), así como el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (TRIPS o ADPIC), establecen un marco de protección que reconoce a los autores y titulares de derechos conexos la facultad exclusiva de autorizar el uso y explotación de sus obras.

Se mencionan, en general, los siguientes tres principios determinantes para llegar a la cuantificación de una remuneración justa.

a. Proporcionalidad en relación al uso efectivo

Un sistema de remuneración equitativo debe reflejar el uso real y efectivo de los contenidos protegidos. Esto implica la implementación de mecanismos de medición precisos que registren el número de reproducciones, visualizaciones o accesos al contenido, tiempo de permanencia o “engagement” del usuario con el contenido, la prominencia del contenido dentro de la plataforma, la accesibilidad territorial del contenido.

b. Transparencia en los modelos de negocio y sistemas de cálculo

Las plataformas digitales deben garantizar transparencia respecto a los ingresos generados por la explotación de contenidos protegidos, las metodologías de cálculo aplicadas para determinar la remuneración, los criterios de distribución entre diferentes categorías de titulares y las métricas utilizadas para valorar el aporte de cada contenido al ecosistema de la plataforma.

c. Considerar el valor económico generado para la plataforma

La remuneración debe considerar el valor que el contenido aporta a la plataforma en términos de atracción y retención de usuarios, generación de ingresos publicitarios directos e indirectos, contribución a la

construcción de la marca y posicionamiento de la plataforma, fomento del ecosistema general de la plataforma.

El reconocimiento del valor económico integral que suponen los contenidos protegidos para el modelo de negocio de las plataformas debe reflejarse en esquemas de remuneración que trasciendan las métricas simplistas de acceso o visualización.

En relación con la efectiva cuantificación, la retribución que las plataformas digitales pagan a los titulares de derechos de autor se basa en un complejo entramado de criterios tanto cuantitativos como cualitativos. Estos factores permiten establecer un sistema de valoración que intenta reflejar tanto el consumo efectivo como el valor intrínseco de las obras.

En el ámbito cuantitativo, las métricas de consumo constituyen uno de los pilares fundamentales. Se trata muchas veces de monitorizar el número total de visualizaciones o reproducciones como indicador primario de éxito. Sin embargo, algunos servicios toman en consideración el tiempo total de visualización. El alcance geográfico tanto como a distintos sectores demográficos y su distribución también merece consideración al momento de valorar la retribución autoral.

En el ámbito cualitativo, el valor cultural y artístico de las obras se evalúa a través del reconocimiento crítico (premios, nominaciones, valoraciones especializadas), su contribución al patrimonio cultural (relevancia histórica, social o artística) y la originalidad e innovación que aportan a su campo específico.

4.5 Incidencia de la inteligencia artificial generativa en la valoración del aporte creativo humano

La inteligencia artificial generativa ha alterado sustancialmente la base de los sistemas de retribución para autores y artistas. A consecuencia de ello y ante las tendencias que van evolucionando en cuanto a retribución de autores y artistas, las plataformas digitales, intermediarias entre titulares de derechos y público, deben enfocarse en la definición de retribución justa, que constituye un concepto complejo. Este análisis no

es meramente técnico o económico, sino que representa una reconsideración fundamental de cómo valoramos la creación intelectual en nuestra sociedad.

La dilución del valor económico de la creación humana impacta directamente en la determinación de lo que constituye una compensación equitativa. Históricamente, las plataformas digitales establecieron sistemas de retribución basados en métricas cuantitativas relativamente simples: reproducciones, visualizaciones, descargas o tiempo de consumo. Estos parámetros, aunque imperfectos, funcionaban en un sistema donde toda obra tenía origen humano y donde existía cierta proporcionalidad entre popularidad y compensación. La irrupción masiva de contenido generado por inteligencia artificial ha fracturado esta lógica desde múltiples perspectivas.

La avalancha de contenido artificial ha provocado una deflación generalizada en el valor percibido de las obras. Cuando una canción, una ilustración o un artículo pueden generarse en segundos y a costo marginal, las plataformas enfrentan una presión estructural para reducir las tarifas pagadas por obra individual. Esta dinámica está reconfigurando las expectativas de mercado, estableciendo nuevos “techos” de compensación bastante más bajos que los históricos, incluso para creadores humanos consolidados por su fama o prestigio en el mercado.

Para los titulares de derechos conexos —intérpretes, productores, editoriales— la situación es particularmente alarmante. Sus inversiones en talento, producción y promoción fueron calculadas bajo paradigmas económicos que están cambiando rápidamente. Un sello discográfico que invirtió millones en desarrollar nuevos artistas enfrenta ahora la competencia de sistemas capaces de generar música técnicamente competente sin los costos asociados a estudios, músicos de sesión o campañas promocionales. La retribución justa debe, por tanto, considerar no solo el valor del producto final sino también el sistema económico que lo hace posible.

En este contexto, las plataformas digitales, desde su naturaleza dual de distribuidoras y cada vez más generadoras de contenido, enfrentan un conflicto de intereses fundamental. Por un lado, mantienen compro-

misos contractuales con creadores humanos; por otro, poseen incentivos económicos poderosos para favorecer contenido generado artificialmente que no requiere negociaciones de derechos ni participaciones recurrentes en ingresos. Esta tensión se manifiesta en algoritmos de recomendación que, sutilmente, pueden inclinar la balanza hacia contenido libre de restricciones de derechos, afectando indirectamente la visibilidad y, por ende, la retribución de los creadores humanos.

La determinación de la retribución justa se complica aún más cuando consideramos la utilización de obras protegidas como material de entrenamiento para sistemas de inteligencia artificial. Las plataformas han actuado mayoritariamente bajo el principio de que dicho uso constituye una forma de “consumo transformativo” exento de compensación específica. Sin embargo, esta interpretación está siendo cuestionada tanto ética como legalmente, aunque no hay definiciones generales. Las opiniones son diversas al respecto, además de contradictorias entre sí. En la posición más rigurosa en cuanto a la aplicación del sistema autoralista, se sostiene que la retribución verdaderamente equitativa debería contemplar no solo el uso directo de obras sino también su contribución indirecta al desarrollo de tecnologías que luego generan beneficios económicos sustanciales para las plataformas. Hay diversas posiciones intermedias y también quienes entienden que no corresponde considerar los costos de la fase de entrenamiento del sistema de inteligencia artificial.

Es de notar en la actual variedad de posiciones que, paradójicamente, mientras el valor unitario de las obras se deprecia, el valor agregado del repositorio completo de creación humana aumenta exponencialmente como fuente de entrenamiento para futuros sistemas. Esta asimetría genera una situación donde las plataformas pueden simultáneamente reducir pagos individuales mientras acumulan valor estratégico derivado del conjunto de obras a las que tienen acceso. Se plantea, entonces, si una retribución justa contemporánea debería reconocer y compensar también esta forma de explotación indirecta.

Los autores de nichos culturales específicos y expresiones artísticas minoritarias enfrentan un panorama complicado. La rentabilidad

de su trabajo se sustentaba frecuentemente en la unicidad de su perspectiva y en la ausencia de competencia masiva en su segmento. Los sistemas generativos de inteligencia artificial, al facilitar la producción de contenido en prácticamente cualquier estilo, erosionan precisamente esta ventaja diferencial. Las plataformas comprometidas con una retribución verdaderamente equitativa deberían implementar mecanismos de protección específicos para estos autores, reconociendo el valor cultural de la diversidad expresiva más allá de su rendimiento en métricas de popularidad.

La temporalidad de la retribución representa otro aspecto crítico. Tradicionalmente, los derechos de autor contemplaban la explotación de obras durante períodos prolongados, permitiendo que creaciones inicialmente modestas generaran ingresos sostenidos a lo largo del tiempo. La aceleración del ciclo de consumo digital y la rápida obsolescencia en el mercado provocada por la constante generación de contenido nuevo están comprimiendo estos horizontes temporales. Una compensación justa contemporánea, que atienda esta situación, debería considerar esta especie de compresión temporal, incrementando las tasas de retribución para contrarrestar la reducción en la vida económica útil de las obras.

El concepto mismo de autoría está siendo redefinido en la era de la inteligencia artificial generativa. Cuando una obra es fruto de la colaboración entre humano y máquina, ¿cómo determinar la proporción justa de retribución? Las plataformas enfrentan el desafío de establecer criterios transparentes que reconozcan adecuadamente la contribución creativa humana en estos escenarios híbridos, evitando tanto la sobrevaluación de intervenciones mínimas como la subvaloración de la dirección creativa sustancial.

La transparencia algorítmica emerge como requisito fundamental para una retribución justa en este nuevo paradigma. Si los creadores desconocen cómo se priorizan, clasifican y monetizan sus obras dentro de sistemas cada vez más opacos, carecen de las herramientas básicas para negociar compensaciones adecuadas. Las plataformas verdadera-

mente comprometidas con la equidad deberían proporcionar información clara sobre cómo sus algoritmos impactan en la visibilidad y monetización de diferentes tipos de contenido, humano y generado por inteligencia artificial.

Por todos estos argumentos, los modelos de suscripción y tarifa plana, predominantes en muchas plataformas digitales, requieren una reconsideración profunda. Estos sistemas fueron diseñados bajo supuestos de escasez relativa de contenido que ya no aplican. Cuando un servicio puede ofrecer cantidades prácticamente ilimitadas de contenido generado artificialmente, manteniendo las mismas cuotas de suscripción pero diluyendo los pagos entre un número exponencialmente mayor de “creadores”, se produce una transferencia encubierta de valor desde los autores humanos hacia los accionistas de la plataforma. Una retribución equitativa exigiría ajustes en estos modelos que garanticen un piso económico viable para los creadores genuinos.

Ante este conjunto variopinto y complejo de desafíos, emerge la necesidad de replantear los mecanismos que garantizan una retribución justa y equitativa a los creadores humanos.

Se han planteado varias alternativas, entre las cuales destacamos las más extendidas.

a. Sistemas de certificación y etiquetado.

Se plantea el desarrollo de estándares que permitan identificar claramente el grado de intervención de la inteligencia artificial en la creación de una obra. Esto permitiría implementar modelos de retribución diferenciados que reconozcan adecuadamente el aporte humano, preservando así incentivos económicos para la creatividad original.

b. Reformulación de los criterios de distribución.

Los actuales modelos basados exclusivamente en métricas cuantitativas de consumo resultan insuficientes en un entorno donde la cantidad puede estar artificialmente inflada. La incorporación de criterios cualitativos y de valoración del componente creativo humano podría contrarrestar el efecto diluyente de la sobreproducción algorítmica.

c. *Fondos de compensación específicos.*

También se ha planteado la creación de fondos especiales, financiados parcialmente con los ingresos generados por obras de inteligencia artificial, podría constituir un mecanismo redistributivo que asegure un flujo de recursos hacia los creadores humanos cuyo trabajo original sirve, en última instancia, como fundamento para el desarrollo de los propios sistemas generativos.

Las entidades de gestión colectiva de derechos, tradicionalmente garantes de una remuneración justa para sus representados, enfrentan el desafío de adaptarse a esta nueva realidad. Su capacidad de negociación depende en este contexto de poder diferenciar y valorizar apropiadamente la creación humana frente a la generación artificial. Por su parte, las plataformas deberían colaborar proactivamente con estas entidades para desarrollar sistemas de monitoreo, clasificación y reporte que permitan una distribución equitativa de los ingresos generados, reconociendo las diferentes categorías de creación y su valor diferencial.

Finalmente, corresponde tener presente que la determinación de una retribución justa en la era de la inteligencia artificial generativa trasciende las consideraciones puramente económicas hacia la necesaria ponderación de los valores de la sociedad. Una compensación verdaderamente equitativa debe reflejar no solo el valor de mercado inmediato de las obras, sino también su contribución al desarrollo cultural, su originalidad irreproducible y su papel en la preservación de la diversidad creativa. Las plataformas digitales, como actores dominantes en este sistema, tienen la responsabilidad no solo empresarial sino ética de implementar mecanismos de retribución que reconozcan y protejan estos valores fundamentales.

La revolución de la inteligencia artificial no debería conducir a un empobrecimiento generalizado de quienes dedican su vida a la creación autoral o artística, si esta constituye la base económica del desarrollo tecnológico. Lo justo es procurar una revalorización multi-dimensional del trabajo intelectual, en tanto la propia tecnología innovadora permita percibir su alcance como actuación ética debida y exigible a nivel no solamente económico, sino también cultural y social a la par.

4.6 Medidas que tiendan a eliminar riesgos que afectan a titulares de derechos de autor y conexos

Las plataformas digitales como agentes intermediarios en cuanto a la difusión y la comercialización de contenidos sujetos a derechos de autor y conexos despliegan su actividad económica en dos niveles: distribuyendo las obras con dichos contenidos, tanto como implementando el control técnico y comercial de acceso a dichas obras. En este escenario, vimos ya las posibilidades de riesgos específicos de orden competitivo en distintas situaciones. Nos referimos a cuando las plataformas con poder de mercado implementan prácticas de autopreferencia, bloqueo de acceso a consumidores o uso estratégico de herramientas de gestión de derechos para desplazar competidores, reduciendo visibilidad, ingresos y opciones de los titulares de derechos.

Ante esta situación, de manera general se puede afirmar que las políticas públicas e iniciativas regulatorias deben buscar no sólo mantener la protección del derecho exclusivo sobre las obras, sino también mecanismos que impidan que esos derechos — o las herramientas asociadas a su gestión — sean usados como instrumentos de exclusión y perjudiquen al mercado.

A continuación enumeramos algunas medidas concretas, susceptibles de implementación tanto por vía normativa ex-ante como a través de remedios procesales y supervisión ex-post.

a. Prohibición expresa de autopreferencia y deberes de trato no discriminatorio.

Proscribir conductas de auto-preferencia o self-preferencing —por ejemplo, privilegiar en rankings o resultados los contenidos o servicios propios de la plataforma— contribuye directamente a evitar distorsiones de la competencia que perjudican a titulares independientes. La experiencia de la Unión Europea en los casos contra servicios de búsqueda y marketplaces demuestra que la combinación de prohibiciones explícitas y supervisión sancionadora resulta efectiva para corregir estas prácticas (General Court, T-612/17; European Commission, 2017; Regulation (EU) 2022/1925).

b. Transparencia algorítmica y datos operativos accesibles.

Reducir asimetrías informativas requiere obligaciones de publicación de parámetros relevantes: criterios de ranking (en términos comprensibles), reglas de funcionamiento de subastas publicitarias que afectan la visibilidad, y reportes estandarizados sobre impresiones y conversiones de obras protegidas. La provisión de datos en formatos interoperables y auditables permite a titulares y terceros detectar sesgos y evaluar si políticas de la plataforma afectan competencia y remuneración (OECD, 2021a; Regulation (EU) 2022/1925).

c. Interoperabilidad y portabilidad como remedios estructurales.

Obligar a interfaces mínimas (APIs estandarizadas, exportación de metadatos y catálogos) y garantizar la portabilidad de historiales y metadatos reduce la dependencia exclusiva de la base de usuarios de una plataforma dominante y atenúa efectos de red que generan barreras de entrada. Estas medidas facilitan la aparición de intermediarios competidores en distribución y recomendación, aumentando la contestabilidad del mercado (Regulation (EU) 2022/1925).

d. Salvaguardas específicas sobre tecnologías de gestión de derechos (Content ID, fingerprinting).

Cuando la plataforma opera sistemas automáticos de identificación y bloqueo, debe exigirse: transparencia técnica sobre parámetros de coincidencia; vías efectivas y rápidas de impugnación que no sean costosas para creadores ni competidores; y sanciones por uso abusivo de reclamaciones que persigan eliminar oferta rival. Sin esas garantías, los sistemas de gestión pueden transformarse en instrumentos estratégicos de exclusión (OECD, 2021a).

e. Remedios procesales ágiles y sanciones disuasorias, pero además medidas ex-ante oportunas.

Los daños que sufren creadores por pérdida de visibilidad o ingresos suelen ser inmediatos y de difícil reparación ex post, aunque pueden formularse otros niveles de sanciones disuasorias.

Se entiende en general que la regulación tradicional en materia de competencia, no basta por sí sola para impedir prácticas anticompetitivas ni para prevenir la acumulación de poder de mercado, no siendo por lo tanto eficiente (Lemuris & Kokkoris, 2021, p. 2). La idea general es que es necesario evolucionar en cuanto al análisis y fundamentación de una regulación ex ante a nivel global (OCDE, 2021b). Se habla también de la necesidad de un cambio de paradigma de las herramientas tradicionales del derecho de competencia (aplicadas ex post, es decir, después de que ocurre un abuso de mercado) a la regulación ex ante, como permite fundar la DMA (Podszun, 2023, p. 11).

Por ello, es importante trabajar hacia un cambio, hacia un modelo de regulación más proactivo y coordinado, que intervenga antes de que surjan prácticas dañinas, mediante mecanismos como las órdenes de consentimiento que regulen de manera preventiva las licencias y prácticas en mercados altamente concentrados. De esta manera se puede equilibrar la protección del interés público con el estímulo a la innovación, garantizando que el mercado permanezca competitivo y accesible, reconociendo que el entorno digital requiere respuestas regulatorias más ágiles y sofisticadas (Noti-Víctor & Tang, 2024).

El debate sobre la regulación de cualquier aspecto en materia de plataformas digitales destaca una serie de ventajas y desventajas, en general (Tiagyl, 2024). Como ventajas, se destaca que la regulación puede equilibrar el poder entre plataformas y usuarios, establecer claramente obligaciones y responsabilidades con el objeto de reducir la incidencia de prácticas ilícitas, promoviendo la necesaria transparencia que puede evitar o desestimular operaciones que derivan en abuso de posición dominante o conductas ilícitas. Por otro lado, como desventajas se destaca que una regulación excesiva o mal diseñada puede limitar la innovación o la libertad de expresión, generar costos adicionales para las plataformas cuyo efecto sea disminuir sus inversiones o encarecer costos para usuarios, redundando incluso en un nivel de dificultades de aplicación en el propio entorno al punto de ser ineficaz.

Las autoridades deben contar con poderes para ordenar medidas provisionales técnicas (por ejemplo, restablecimiento de posicionamiento

o apertura temporal de APIs) y aplicar sanciones administrativas proporcionales. Los precedentes sancionadores de la Comisión Europea frente a prácticas anticompetitivas en plataformas muestran la necesidad de remedios con efectos prácticos sobre el diseño de mercado (European Commission, 2017; European Commission, 2018).

f. Coordinación entre autoridades de competencia y protección de la propiedad intelectual.

Los conflictos más complejos emergen en la intersección entre ejercicio de la exclusividad legítima de la propiedad intelectual y conducta anticompetitiva. En esta situación se pueden formular protocolos de cooperación institucional —intercambio de información, equipos conjuntos y guías interpretativas— que permiten respuestas más rápidas y calibradas que preserven incentivos creativos sin tolerar comportamientos excluyentes. La literatura y los informes internacionales subrayan que el abordaje multidisciplinario mejora la detección de teorías de daño híbridas (OECD, 2021a).

La variedad de enfoques nacionales dan lugar a algunas divergencias que enlentecen el proceso de evolución, sin perjuicio de las buenas intenciones para la coordinación inter-autoridades (OECD, 2021b).

g. Supervisión independiente, auditorías y obligaciones de reporte público.

Más allá de reglas escritas, la eficacia exige auditorías externas periódicas sobre algoritmos de ranking, gestión de reclamaciones y uso de datos; informes públicos que permitan la vigilancia ciudadana; y facultades de las autoridades para ordenar auditorías forzadas cuando existan indicios de distorsión. El régimen europeo del DMA y sus primeras actuaciones de fiscalización confirman la importancia de combinar obligaciones con monitoreo activo (Unión Europea, 2022, Reglamento 2022/1925).

La protección de titulares de derechos de autor y conexos frente a riesgos anticompetitivos en plataformas digitales demanda un sistema mixto en el que se integren:

- reglas ex-ante que limiten autopreferencia y garanticen interoperabilidad;

- reglas que impongan transparencia y acceso a datos que nivelen información;
- salvaguardas para evitar que herramientas de gestión de derechos se conviertan en armas anticompetitivas; y
- remedios procesales y supervisión efectiva.

Las decisiones y normas europeas recientes, junto con informes técnicos internacionales, ofrecen un mapa probado de instrumentos que pueden adaptarse a otras jurisdicciones para preservar tanto la competencia como los incentivos a la creación (Comisión Europea, 2017. Comisión Europea, 2018; Unión Europea, 2022, Reglamento 2022/1925; OECD, 2021a).

4.7 Reflexiones a modo de conclusión

las plataformas digitales representan más que una revolución tecnológica. Constituyen una transformación profunda en la organización social y económica actual en los más variados niveles. Su capacidad para conectar personas, reducir distancias y generar nuevos modelos de valor compartido las convierte en pilares fundamentales para nuestra vida.

A la vez, esta nueva formulación o posibilidades con las que contamos implican retos relacionados con aspectos también fundamentales para la vida en sociedad: la privacidad, la competencia leal, la regulación adecuada y la distribución equitativa del valor generado, entre tantos otros.

El análisis desarrollado en este trabajo permite afirmar que el ecosistema digital contemporáneo ha transformado radicalmente el papel del derecho de autor y los derechos conexos: los ha convertido en instrumentos comerciales determinantes dentro de los modelos de negocio de las plataformas digitales. Aquello que originariamente fue concebido como un mecanismo orientado a estimular la creatividad, proteger la obra y asegurar una justa remuneración, opera hoy también como factor

de estructuración de mercados, otorgando a ciertos actores – principalmente las grandes plataformas – una particular posición de poder.

Este escenario genera tensiones con los principios del Derecho de la competencia, provocando que se puedan identificar ilícitos concurrenciales, ya sea por abuso de posición de dominio, discriminación anticompetitiva o establecimiento de barreras artificiales de entrada.

En primer lugar, debe destacarse que la asimetría estructural entre plataformas y titulares de derechos se traduce en un desequilibrio negocial.

Los creadores dependen de las plataformas para acceder al mercado y al público, mientras que las plataformas utilizan esa dependencia para fijar condiciones contractuales de forma unilateral. La masificación de contratos de adhesión, la cesión excesiva de derechos, las modificaciones unilaterales de términos, la opacidad en los sistemas de remuneración y la ausencia de instancias efectivas de negociación colectiva consolidan un entorno donde los autores y artistas ocupan sistemáticamente una posición de inferioridad. Este desequilibrio constituye un terreno fértil para que los derechos autorales, en vez de cumplir su función de incentivo, se transformen en instrumentos para generar valor comercial, por parte de los intermediarios con poder de mercado.

En segundo lugar, es evidente que las plataformas tecnológicas han encontrado en los derechos de autor y conexos un instrumento para reforzar sus posiciones dominantes mediante estrategias jurídicas, tecnológicas y comerciales.

La protección autoral del software, de las interfaces de usuario, de las bases de datos y de los contenidos seleccionados algorítmicamente limita la interoperabilidad y favorece el bloqueo de usuarios y competidores. Asimismo, los mecanismos de DRM, las restricciones geográficas, los acuerdos de exclusividad y los sistemas de licencia discriminatoria pueden operar como barreras artificiales de entrada incompatibles con un mercado competitivo. Estas prácticas, aun cuando se amparen formalmente en derechos de exclusividad de base legal, pueden dar lugar a conductas abusivas cuando afectan el funcionamiento competitivo del

mercado o eliminan alternativas viables para usuarios, competidores y creadores.

En tercer lugar, se destaca que un factor de particular incidencia actualmente es el control algorítmico, que introduce un nivel adicional de opacidad respecto de la circulación de contenidos y su explotación económica. Los algoritmos de recomendación, posicionamiento y moderación no solo definen qué obras se muestran y cuáles permanecen invisibles, sino que establecen mecanismos indirectos de autopreferencia que afectan la competencia entre los mismos contenidos que la plataforma distribuye. Esta opacidad condiciona los incentivos para autores y artistas, consolidando el poder de las plataformas como determinante del mercado cultural, con efectos que difícilmente sean reversibles mediante competencia tradicional.

En cuarto lugar, se constata que la existencia de sistemas automatizados de reclamación de infracciones – entre otros mecanismos tecnológicos – aumentan la vulnerabilidad de pequeños creadores.

Se generan situaciones como las de los falsos positivos, las dificultades para apelar decisiones automatizadas y el surgimiento de prácticas oportunistas como el “copyright trolling” erosionan el acceso efectivo al mercado creativo digital. Aunque puedan fundamentarse formalmente como orientados a la protección autoral, estos sistemas pueden convertirse en mecanismos de exclusión de operadores, que afectan tanto a creadores como a competidores que intentan innovar o introducir nuevos servicios.

En quinto lugar, se aprecia que transformaciones tecnológicas recientes, especialmente la inteligencia artificial generativa, han complicado aún más la interacción entre propiedad intelectual y competencia.

Los modelos entrenados con grandes volúmenes de obras protegidas, sin claridad jurídica sobre la licitud de ese uso, generan una doble externalidad negativa: por un lado, hay quienes entienden que compiten directamente con los creadores cuyos contenidos fueron insumo del entrenamiento; por otro, se identifica como efecto que tienden a deprecia el valor económico del trabajo creativo humano en mercados donde la

oferta automatizada crece de manera exponencial. Este fenómeno introduce riesgos que hasta ahora no se habían conocido ni evaluado para la sostenibilidad de los modelos de remuneración de autores y artistas, al tiempo que plantea interrogantes sobre la atribución de responsabilidad y la distribución del valor en mercados dominados por actores con capacidad tecnológica y financiera extraordinaria.

Por otra parte, y ante situaciones como las enunciadas, la evolución normativa –especialmente en la Unión Europea y en algunas jurisdicciones latinoamericanas– muestra un esfuerzo claro procurando re-equilibrar la relación entre plataformas y creadores.

La introducción del derecho a una remuneración adecuada, la obligación de transparencia contractual, los mecanismos de ajuste y revocación de contratos, así como las disposiciones del derecho de la competencia digital (como la Ley de Mercados Digitales), dejan ver que los Estados reconocen la necesidad de limitar el poder estructural de las plataformas e impedir prácticas que afecten la competencia o la justa retribución del trabajo creativo. Sin embargo, estas reformas aún enfrentan retos prácticos: requieren capacidad regulatoria, cooperación internacional y herramientas técnicas para fiscalizar sistemas complejos que operan en entornos transnacionales.

Las conclusiones que se extraen del análisis permiten afirmar que la relación entre derechos de autor, plataformas digitales y competencia económica exige hoy una mirada integral y articulada.

El derecho de autor no puede analizarse aisladamente, pues su ejercicio tiene efectos directos sobre la estructura del mercado digital. Asimismo, la defensa de la competencia debe considerar las particularidades de los mercados multilaterales, la economía de datos y la dependencia estructural de los creadores respecto de las plataformas. En las disposiciones del derecho de la competencia se encuentran preceptos aplicables al ejercicio de los derechos de autor y derechos conexos, de manera que definen un contexto ineludible para la actuación en el mercado.

Entiendo indudable que los derechos de autor y conexos, concebidos originalmente como mecanismos para incentivar la creatividad y la

innovación, han adquirido funciones complejas y frecuentemente problemáticas en el ecosistema de plataformas digitales. Su utilización estratégica como herramientas para erigir y mantener barreras de acceso representa un desafío para reguladores, competidores y usuarios.

Aunar la protección legítima de expresiones intelectuales protegidas con imperativos de libertad de competencia y acceso equitativo requiere analizar con detalle el alcance de las regulaciones involucradas a los casos o situaciones concretos, así como la aplicación de la doctrina en estos temas, especialmente cuando se trata de la consideración de posiciones o conceptos tradicionales de propiedad intelectual en contextos digitales.

Los resultados de esta tarea del jurista seguramente deriven en la necesidad de ajustes regulatorios y de repensar criterios jurisprudenciales. Considero que también provocan la necesidad de analizar el propósito fundamental de los regímenes legales involucrados en sociedades donde la creatividad y el conocimiento se han convertido en recursos esenciales para la participación económica, social y cultural.

El objetivo último debe ser un ecosistema digital donde los derechos de autor y conexos cumplan su propósito original—estimular la creatividad y facilitar la difusión de conocimiento—sin convertirse en herramientas para restringir artificialmente la competencia o consolidar posiciones dominantes en mercados caracterizados por fuertes tendencias hacia la concentración. No se trata de impedir que el titular de derechos no pueda valerse de ellos para consolidar su posición en el mercado, sino de que las ventajas obtenibles no lo distorsionen.

A modo de conclusión, sintetizamos las ideas centrales en las siguientes reflexiones.

- I Los derechos de autor y los derechos conexos son fundamentales para incentivar la innovación, aunque también pueden operar como instrumentos de concentración de poder, tal como muchas veces son utilizados estratégicamente por plataformas para controlar mercados. En este sentido es cada vez más frecuente hablar de la paradoja del Derecho de autor, en tanto los

efectos de su utilización, especialmente instrumentados en contratos a nivel de la operativa de las plataformas digitales, terminan restringiendo facultades o libertades, desestimulando la innovación (Othman, 2025. Wu, 2006).

- II La estructura de las plataformas digitales y sus efectos de red favorecen la consolidación de posiciones dominantes que afectan a creadores, competidores y consumidores por igual.
- III Determinadas conductas o prácticas de los operadores de plataformas digitales – como la exclusividad, el licenciamiento selectivo, los DRM restrictivos, la opacidad algorítmica y los contratos de adhesión – pueden encuadrar en ilícitos concurrenciales cuando generan efectos anticompetitivos verificables, lo que deberá estudiarse caso a caso.
- IV La regulación debe orientarse a asegurar transparencia, remuneración justa, interoperabilidad, neutralidad algorítmica y acceso equitativo al mercado digital. Son los principios que se vienen difundiendo, explicando y sosteniendo en diversas iniciativas doctrinarias y legislativas.
- V El fortalecimiento de las entidades de gestión colectiva, de los mecanismos de resolución alternativa de disputas y de las capacidades regulatorias del Estado es esencial para reequilibrar el poder negocial. Tales estructuras tradicionales, deberán adecuarse a la dinámica de las nuevas tecnologías disruptivas, cada vez más acelerada.
- VI La irrupción de la inteligencia artificial generativa aumenta los desafíos, requiriendo reacciones y respuestas jurídicas claras sobre entrenamiento, atribución de responsabilidad y valorización de la creatividad humana.
- VII Finalmente, respecto del objetivo del presente trabajo, dejo a la reflexión que el futuro del entorno creativo digital dependerá en gran medida de nuestra capacidad para compatibilizar innovación tecnológica con equidad económica, asegurando que el inmenso valor generado por las plataformas no quede concen-

trado en unos pocos actores de manera de no restringir libertades correspondientes a todos los participantes. Ese valor debe distribuirse de manera razonable, no equívoca, con equidad, entre quienes realizan distintos aportes, de creatividad, trabajo, conocimiento y también inversión. La construcción de un mercado digital verdaderamente competitivo, justo y transparente, como se pretende invariablemente en el Derecho comparado, exige que nos enfoquemos en la búsqueda del equilibrio entre derechos y regulaciones a distintivos niveles convergentes: no solamente económicos, sino también en perspectiva social y cultural de respeto a las libertades de todos los participantes.

REFERENCIAS

Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC - TRIPS), Anexo 1C del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, firmado en Marrakech, Marruecos, el 15 de abril de 1994. Recuperado de: https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips_01_s.htm. Acceso em: 18 nov. 2025.

Akman, P. (2022) **Competition Law, Digitalization and Platforms**: Separating the Old Challenges from the New. Centre for International Governance Innovation. Recuperado de: <https://www.cigionline.org/articles/competition-law-digitalization-and-platforms-separating-the-old-challenges-from-the-new/>. Acceso em: 17 nov. 2025.

Alemania. (2024) WIPO. Copyright Act - UrhG, amended up to Act of 23 October, 2024. Ley de Derecho de Autor - Urheberrechtsgesetz. Recuperado de: <https://www.wipo.int/wipolex/en/legislation/details/23030>. Acceso em: 18 nov. 2025.

Bima Alfian, F. & Murniati, R. (2024) **Self-preferencing**: Practices and Characteristics of Abuse of Dominant Position in Digital Markets. Recuperado de: https://www.researchgate.net/publication/382767899_Self-preferencing_Practices_and_Characteristics_of_Abuse_of_Dominant_Position_in_Digital_Markets. Acceso em: 18 nov. 2025.

Binotto, A., & Deluca, P. (2023) Self-preferencing entre todo y nada: en busca de una definición según la ley brasileira de defensa de la competencia. **Latin American Law Review**, 11. Recuperado de: <https://doi.org/10.29263/lar11.2023.04> o

<https://revistas.uniandes.edu.co/index.php/lar/article/view/1448>. Acesso em: 19 nov. 2025.

Canadá. Copyright Act (R.S.C., 1985, c. C-42). Recuperado de: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-42/Index.html>. Acesso em: 17 nov. 2025.

Canadá. Online Streaming Act (S.C. 2023, c. 8). Recuperado de: https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/AnnualStatutes/2023_8/. Acesso em: 18 nov. 2025.

Cass, R. (1999) Copyright, Licensing, and the First Screen. **Michigan Telecommunications & Technology Law Review**, Vol. 5. Recuperado de: <http://repository.law.umich.edu/mttlr/vol5/iss1/2>. Acesso em: 19 nov. 2025.

Chile. **Ley N° 17.336** de Derecho de autor, promulgada el 28 de agosto de 1970 con sus modificaciones hasta el 3 de noviembre de 2017. Recuperado de: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=28933>. Acesso em: 19 nov. 2025.

Chile. **Ley N° 21.045** de 3 de noviembre de 2017 sobre el Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio, con modificaciones a la Ley de Derecho de autor. Recuperado de: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1110097&idVersion=2025-09-29&idParte=9845580>. Acesso em: 18 nov. 2025.

Comisión Europea. (2017). **Antitrust**: Commission fines Google €2.42 billion for abusing dominance as search engine by giving illegal advantage to own comparison shopping service (Press release). Recuperado de: https://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1784_en.htm. Acesso em: 17 nov. 2025.

Comisión Europea. (2018). **Antitrust**: Commission fines Google €4.34 billion for illegal practices regarding Android mobile devices to strengthen dominance of Google's search engine (Press release). Recuperado de: https://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4581_en.htm. Acesso em: 17 nov. 2025.

Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de 1886 (enmendado el 28 de septiembre de 1979). Recuperado de: <https://www.wipo.int/wipolex/es/treaties/textdetails/12214>. Acesso em: 17 nov. 2025.

Cuntz, A. & Bergquist, K. (2020) **Exclusive content and platform competition in Latin America**. Economic Research Working Paper No. 63. WIPO. Recuperado de: <https://www.wipo.int/publications/es/details.jsp?id=4524>. Acesso em: 18 nov. 2025.

Domestika. (s/f) **Programa de afiliados**. Recuperado de: https://www.domestika.org/es/affiliates?exp_set=1. Acesso em: 18 nov. 2025.

España. **Real Decreto Legislativo 1/1996**, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia. Recuperado de: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-8930> Acceso em: 18 nov. 2025.

España. **Real Decreto-ley 24/2021** de 2 de noviembre, de transposición de directivas de la Unión Europea en diversos temas, entre ellos ejercicio de derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea y a las retransmisiones de programas de radio y televisión. Recuperado de: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-17910>. Acceso em: 17 nov. 2025.

Estados Unidos de América. **Copyright Act of 1976** de 19 de octubre. Recuperado de: <https://www.copyright.gov/title17/>. Acceso em: 17 nov. 2025.

Estados Unidos de América. **Digital Millennium Copyright Act (DMCA)** vigente desde el 28 de octubre de 1998. Recuperado de: <https://www.congress.gov/bill/105th-congress/house-bill/2281>. Acceso em: 17 nov. 2025.

Estados Unidos de América. Music Modernization Act de 11 de octubre de 2018. Recuperado de: <https://www.copyright.gov/music-modernization/>. Acceso em: 19 nov. 2025.

Estados Unidos de América. Copyright Alternative in Small-Claims Enforcement Act of 2020 (the CASE Act) del 22 de octubre de 2019. Recuperado de: <https://www.congress.gov/bill/116th-congress/house-bill/2426>. Acceso em: 18 nov. 2025.

Francia. **Code de la propriété intellectuelle**. Actualizado al 13 de marzo de 2025. Recuperado de: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006069414/. Acceso em: 19 nov. 2025.

Francia. **Loi N° 2021-1382** du 25 octobre 2021 relative à la régulation et à la protection de l'accès aux œuvres culturelles. Recuperado de: <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000044245615>. Acceso em: 19 nov. 2025.

Getty Images. (s/f) **Community Website. Royalties guide**. Recuperado de: <https://contributors.gettyimages.com/help/article/5191>. Acceso em: 19 nov. 2025.

Hylton, K. (2019) Digital Platforms and Antitrust Law. **Nebraska Law Review**. Vol. 98. Recuperado de: https://scholarship.law.bu.edu/faculty_scholarship/605. Acceso em: 18 nov. 2025.

Hovenkamp, E. (2023) Restraints on Platform Differentiation. **Yale J. L. Tech**. Vol. 25. Recuperado de: <https://ssrn.com/abstract=4164172> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4164172>. Acceso em: 18 nov. 2025.

Hovenkamp, H. (2025) Antitrust and eMarkets. **Stanford Law and Policy Review**. Vol. 36. University of Pennsylvania, Institute for Law & Economy Research Paper No. 24-34. Recuperado de: <https://ssrn.com/abstract=4962651> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4962651>. Acesso em: 18 nov. 2025.

Iaia, V. (2021) The Remodelled Intersection Between Copyright and Antitrust Law to Straighten the Bargaining Power Asymmetries in the Digital Platform Economy. **International Journal of Law and Information Technology**, vol. 29, III. Recuperado de: <https://ssrn.com/abstract=4533811>. Acesso em: 17 nov. 2025.

Iansiti, M. & Levien, R. (2004) a. **Keystones and Dominators: Framing Operating and Technology Strategy in a Business Ecosystem**. Recuperado de: https://www.profligategrace.com/documents/Grant/Iansiti_Keystones_and_Dominators.pdf. Acesso em: 19 nov. 2025.

Iansiti, M. & Levien, R. (2004) b Strategy as ecology. **Harvard Business Review**. Boston. Recuperado de: <https://www.pickardlaws.com/myleadership/myfiles/rtdocs/free/old/Strategy%20as%20ecology.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2025.

Katz, R. (2015). **El ecosistema y la economía digital en América Latina**. Barcelona: Ariel; Fundación Telefónica; Planeta. Recuperado de: <https://scioteca.caf.com/handle/123456789/768>. Acesso em: 17 nov. 2025.

Kindle Direct Publishing (s/f) **Términos y condiciones de Kindle Direct Publishing**. Recuperado de: https://kdp.amazon.com/es_ES/help/topic/G200627430. Acesso em: 17 nov. 2025.

Lacourt, A., Radel-Cormann, J. & Valais S. (2023) **Fair remuneration for audiovisual authors and performers in licensing agreements**. Estrasburgo: IRIS Plus, European Audiovisual Observatory. Recuperado de: <https://spainaudiovisualhub.digital.gob.es/es/actualidad/informe--fair-remuneration-for-audiovisual-authors-and-performer>. Acesso em: 17 nov. 2025.

Lemley, M.A. & McGowan, D. (1998) Legal Implications of Network Economic Effects. **86 California Law Review** vol 86 N° 479. Recuperado de: <https://ssrn.com/abstract=32212> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.32212>. Acesso em: 18 nov. 2025.

Lemus, C. & Kokkoris, I. (2021) **Competition enforcement in digital platforms: a fragmented response to a global challenge**. Recuperado de: <https://centrocompetencia.com/competition-enforcement-in-digital-platforms-a-fragmented-response-to-a-global-challenge/>. Acesso em: 18 nov. 2025.

Lim, D. & Yu, P. K. (2025) The Antitrust-Copyright Interface in the Age of Generative Artificial Intelligence, **Emory Law Journal**. Vol. 74 . Recuperado de: <https://scholarlycommons.law.emory.edu/elj/vol74/iss4/1> Acesso em: 19 nov. 2025.

Mexico. **Ley Federal del Derecho de Autor** de 18 de diciembre de 1996. Recuperado de: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFDA.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2025.

Moore, J. F. (1993). Predators and Prey: A New Ecology of Competition. **Harvard Business Review**, 71(3). Boston. Recuperado de: https://www.academia.edu/102594039/Predators_and_preyn_a_new_ecology_of_competition. Acesso em: 19 nov. 2025.

Noti-Víctor, J. & Tang, X. (2024) Antitrust Regulation of copyright markets. **Washington University Law Review**. Vol. 101. Washington. Recuperado de: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4496870. Acesso em: 18 nov. 2025.

OCDE (Organisation for Economic Co-operation and Development). (2021) a. **Competition issues in news media and digital platforms**. OECD Publishing. Recuperado de: https://www.oecd.org/competition/competition-issues-in-news-media-and-digital-platforms_ef6218f.htm. Acesso em: 18 nov. 2025.

OCDE (2021)b. **Ex ante regulation of digital markets**. OECD Competition Committee Discussion Paper. Recuperado de: <https://www.oecd.org/daf/competition/ex-ante-regulation-andcompetition-in-digital-markets.htm>. Acesso em: 17 nov. 2025.

Othman, A. (2025) **Corporate Power and the Copyright Paradox: Meta, Licensing, and Market Dynamics**. Recuperado de: https://www.researchgate.net/publication/395128463_Corporate_Power_and_the_Copyright_Paradox_Meta_Licensing_and_Market_Dynamics. Acesso em: 19 nov. 2025.

Podszun, R. (2023) From Competition Law to Platform Regulation – Regulatory Choices for the Digital Markets Act. **Economics**. Vol. 17 n. 1. De Gruyter. Recuperado de: <https://doi.org/10.1515/econ-2022-0037>. Acesso em: 18 nov. 2025.

Quintais, J.P., De Gregorio, G. & Magalhães, J. (2023) How platforms govern users' copyright-protected content: Exploring the power of private ordering and its implications. **Computer Law & Security Review**. Vol. 48. Recuperado de: <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2023.105792> o <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0267364923000031>. Acesso em: 18 nov. 2025.

Shapiro, C. & Varian, H. (1999). **Information Rules: A Strategic Guide to The Network Economy**. Harvard Business School Press Boston, Massachusetts. Acesso em: 18 nov. 2025.

Tiagyl, K. (2024) **Chapter 1. Introduction: Regulating Digital Platforms: Shall we, shall we not?**. Recuperado de: https://www.researchgate.net/publication/377500769_Chapter_1_Introduction_Regulating_Digital_Platforms_Shall_we_shall_we_not. Acesso em: 19 nov. 2025.

Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA o WCT) de 20 de diciembre de 1996. Recuperado de: <https://www.wipo.int/wipolex/es/treaties/textdetails/12740>. Acesso em: 19 nov. 2025.

Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF o WPPT) de 20 de diciembre de 1996. Recuperado de: <https://www.wipo.int/wipolex/es/treaties/textdetails/12743>. Acesso em: 17 nov. 2025.

Unión Europea. **Directiva (UE) 2019/790** del Parlamento Europeo y del Consejo, firmada el 17 de abril de 2019, publicada el 17 de mayo de 2019 y que entró en vigor el 7 de junio de 2019, sobre los Derechos de Autor en el Mercado Único Digital. Recuperado de: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:32019L0790>. Acesso em: 19 nov. 2025.

Unión Europea. (2022). **Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2022 on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act)**. EUR-Lex. Recuperado de: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2022/1925/oj/eng>. Acesso em: 17 nov. 2025.

Unión Europea. **Directiva (UE) 2024/2831** del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024, relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas. Recuperado de: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2024-81667>. Acesso em: 17 nov. 2025.

United States Copyright Office. (2025) **Copyright and Artificial Intelligence. Part 2: Copyrightability**. Recuperado de: Copyright-and-Artificial-Intelligence-Part-2-Copyrightability-Report o <https://www.copyright.gov/ai/>. Acesso em: 18 nov. 2025.

Uruguay. **Ley N° 9.739** de 17 de diciembre de 1937 y sus modificativas, que regula los derechos de autor y derechos conexos. Recuperado de: <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/9739-1937>. Acesso em: 18 nov. 2025.

Uruguay. **Ley N° 17.616** de 10 de enero de 2003 que actualiza el régimen uruguayo sobre derechos de autor y derechos conexos. Recuperado de: <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/17616-2003>. Acceso em: 18 nov. 2025.

Uruguay. **Ley N° 19.820** de 18 de setiembre de 2019, sobre crowdfunding y sociedades por acciones simplificadas. Recuperado de: <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/19820-2019>. Acceso em: 17 nov. 2025.

Uruguay. **Decreto N° 404/2023** de 12 de diciembre de 2023, que reglamenta modificación a la ley N° 9.739, introducida por ley N° 20.212 de 6 de noviembre de 2023, artículos 329 a 332. Recuperado de: <https://www.impo.com.uy/bases/decretos/404-2023>. Acceso em: 17 nov. 2025.

Uruguay. **Ley N° 20.396** de 18 de febrero de 2025 sobre trabajo y plataformas digitales. Recuperado de: <https://www.impo.com.uy/bases/leyes-originales/20396-2025>. Acceso em: 17 nov. 2025.

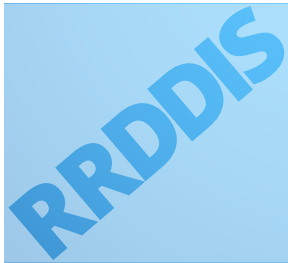
Youtube (s/f) **Economía de creadores**. Recuperado de: https://www.youtube.com/intl/es_us/howyoutubeworks/creator-economy/. Acceso em: 19 nov. 2025.

Wu, T. (2006) The Copyright Paradox - Understanding Grokster. **Supreme Court Review**. Recuperado de: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=828784 o https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/843. Acceso em: 18 nov. 2025.

Xalabarder, R. (2017) International legal study on implementing an unwaivable right of audiovisual authors to obtain equitable remuneration for the exploitation of their works. **Cisac**. Recuperado de: <http://cisac.org/Media/Studies-and-Reports/Publications/AV-Study/AV-Study>. Acceso em: 17 nov. 2025..

Recebido em 02 de dezembro de 2025

Aprovado em 19 de dezembro de 2025





INOVAÇÃO, DIREITO DIGITAL E NOVAS TECNOLOGIAS

PARTE III



A RESPONSABILIDADE CIVIL PELO VAZAMENTO DE DADOS NAS PLATAFORMAS DIGITAIS

Civil liability for data leaks on digital platforms

Jailson de Souza Araújo¹

André Rambo Batistella²

RESUMO

O presente estudo buscou analisar como se dá a responsabilização civil pelo vazamento de dados nas plataformas digitais. A pesquisa objetivou analisar de que forma o ordenamento jurídico brasileiro, em conjunto com o posicionamento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça (STJ), contribui para a efetivação da responsabilização civil nas hipóteses de violações à privacidade resultantes do vazamento de dados pessoais em plataformas digitais. Para tanto, o artigo empregou o método hipotético dedutivo e a pesquisa descritiva, bibliográfica e de caráter qualitativo. Foi realizada, ainda, uma análise jurisprudencial de decisões proferidas entre 2022 e 2025 pelo STJ sobre a temática da responsabilização por violação de dados pessoais. A seleção das decisões concentrou-se nos

ABSTRACT

This study aimed to analyze how civil liability is assigned in cases of data breaches on digital platforms. It examined how the Brazilian legal framework, along with the case law of the Superior Court of Justice (STJ), contributes to the enforcement of civil liability in situations involving privacy violations resulting from the leakage of personal data online. The research adopted the hypothetical-deductive method and employed descriptive, bibliographic, and qualitative approaches. A case law review was also conducted, focusing on STJ decisions issued between 2022 and 2025 related to liability for personal data breaches. The selection was limited to the most recent three years, a period marked by the enforcement of the General Data Protection Law (LGPD – Law No. 13,709/2018) and the enactment of Constitutional Amendment No. 115/2022, which formally recognized the

-
- ¹ Doutor em Direito Econômico e Desenvolvimento pela PUC/PR (aprovado em Defesa Pública de Tese de Doutorado em 24.02.2021). Mestre em Direito Socioambiental e Sustentabilidade pela PUC/PR (aprovado em Defesa Pública de Dissertação de Mestrado em 26.03.2010). Professor permanente do Mestrado em Direito UNINTER. Professor de especialização e graduação (presencial e EAD). Ex-coordenador do programa de graduação em Direito do Centro Universitário Internacional UNINTER (2015-2022). E-mail para contato: jailson.a@uninter.com
 - ² Advogado OAB/RS 131.600. Especialista em Direito Notarial e Registral pela Faculdade Educamaís (2025). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (2024). Bacharel em Direito pela Universidade de Cruz Alta (2023).

últimos três anos, critério justificado pela necessidade de examinar entendimentos mais recentes da Corte, já sob a vigência da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD - Lei nº 13.709/2018) e à luz da Emenda Constitucional nº 115/2022, que consagrou expressamente a proteção de dados pessoais como direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro. Pelo exame da jurisprudência do STJ, verificou-se que a Corte tem firmado o entendimento de que a exposição indevida de informações pessoais gera o dever de indenizar e configura dano moral presumido. No contexto das relações de consumo, a Corte aplica a responsabilidade objetiva do fornecedor, nos termos do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor (CDC) e do artigo 42 da LGPD, considerando que a falta de segurança no tratamento e na guarda dos dados pessoais caracteriza falha na prestação do serviço.

Palavras-chave: LGPD; Marco Civil da Internet; Responsabilidade civil objetiva; Dano moral presumido.

protection of personal data as a fundamental right under Brazilian law. The analysis revealed that the STJ has consistently ruled that the improper exposure of personal data gives rise to presumed moral damage and a corresponding duty to compensate. In consumer relations, the Court applies the principle of strict liability, as provided in Article 14 of the Consumer Protection Code (CDC) and Article 42 of the LGPD, recognizing that failures in data security and storage constitute service deficiencies.

Keywords: LGPD; Marco Civil da Internet; Strict civil liability; Presumed moral damages.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO. 2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DA PROTEÇÃO DE DADOS NO BRASIL.
3. A RESPONSABILIDADE CIVIL NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS.
4. REPARAÇÃO DE DANOS NA PERSPECTIVA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ).
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Na sociedade contemporânea, marcada pela interconexão e pelo uso extensivo de tecnologias digitais, os dados pessoais assumem um expressivo valor econômico e estratégico. Informações pessoais são empregadas para impulsionar o desenvolvimento de produtos, promover cam-

panhas publicitárias, otimizar processos e ampliar o alcance de atividades empresariais e até governamentais. Todavia, o valor dos dados pessoais vai muito além de sua dimensão econômica, eis que está diretamente relacionado à privacidade, à autonomia individual e à dignidade da pessoa humana.

Nesta sociedade digital, proteger os dados pessoais é preservar os direitos fundamentais. Quando as informações circulam de forma massiva, o descuido ou o uso indevido de dados pessoais expõe o indivíduo a riscos de fraudes, discriminações e constrangimentos, que podem caracterizar danos materiais e morais. Assim, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em conjunto com a legislação infraconstitucional, desempenha um papel essencial ao detalhar e operacionalizar o tratamento de dados pessoais no Brasil, pois busca promover a transparência, segurança e responsabilização dos agentes públicos e privados.

Diante dos riscos provenientes do vazamento de informações pessoais, também cabe ao Poder Judiciário uma atuação proativa na garantia do direito à proteção dos dados pessoais. Essa atuação materializa-se, notadamente, pela responsabilização civil dos agentes de tratamento de dados que atuem em descumprimento com os deveres de segurança cibernética.

Assim, o estudo baseou-se no seguinte questionamento: em que medida o ordenamento jurídico brasileiro e o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) contribuem na responsabilização das violações de privacidade decorrentes do vazamento de dados pessoais em plataformas digitais? A pesquisa objetivou analisar de que forma o ordenamento jurídico brasileiro, em conjunto com o posicionamento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça (STJ), contribui para a efetivação da responsabilização civil nas hipóteses de violações à privacidade resultantes do vazamento de dados pessoais em plataformas digitais.

Como objetivos específicos, a pesquisa buscou investigar os fundamentos jurídicos da proteção de dados pessoais no ordenamento brasileiro, analisar o regime de responsabilização civil previsto na Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e examinar o posicionamento jurisprudencial

do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre a responsabilização civil por vazamento de dados pessoais.

O tema em discussão possui relevância jurídica, econômica e social. Do ponto de vista jurídico, trata-se da efetivação de direitos fundamentais, como a privacidade, a dignidade da pessoa humana, notadamente após a consagração constitucional promovida pela Emenda nº 115/2022 e a vigência da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Economicamente, a proteção inadequada de dados pessoais representa um risco concreto para a reputação e a sustentabilidade das organizações, que podem sofrer sanções legais e perda de confiança por parte do mercado e dos consumidores. No plano social, os vazamentos de dados afetam diretamente a segurança e a integridade dos indivíduos, expondo-os a fraudes, discriminações e violações de direitos.

A pesquisa utilizou como principais fontes legais a Constituição Federal de 1988 e a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), em conjunto com contribuições doutrinárias, tais como, Doneda (2011; 2018) e Mendes (2019). Destacou-se também a atuação da Ministra Nancy Andrighi no Superior Tribunal de Justiça (STJ), cujos votos têm sido fundamentais para firmar entendimentos sobre responsabilidade civil pelo vazamento de dados.

Para tanto, o artigo abordou, primeiramente, os fundamentos jurídicos da proteção de dados no Brasil e destacou a evolução normativa e constitucional do tema. Abordou-se, ainda, os marcos legais mais relevantes, como a Constituição Federal de 1988, o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), que introduziu os primeiros princípios sobre privacidade e proteção de dados na esfera digital, e, sobretudo, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/2018), que consolidou um regime específico e abrangente para o tratamento de dados pessoais.

Em um segundo momento, versou quanto ao sistema de responsabilização civil na Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Analisou-se as disposições legais que tratam das obrigações dos agentes de tratamento, bem como as hipóteses de responsabilização, as excludentes de responsabilidade e a possibilidade de inversão do ônus da prova, sendo também evidenciada a complementariedade entre a LGPD e o Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Por fim, discorreu-se quanto ao posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no que diz respeito a reparação de danos ocasionados pelo vazamento de dados pessoais. A análise concentrou-se nas decisões mais recentes da Corte, proferidas entre 2022 e 2025, com o objetivo de identificar os critérios adotados para a fixação de indenizações e a interpretação das normas da LGPD em casos concretos.

O estudo realizou-se por intermédio do método hipotético dedutivo e da pesquisa descritiva, de caráter qualitativo. Ainda, o trabalho empregou a pesquisa bibliográfica, na qual empreendeu-se na coleta de informações em livros, artigos de revista e legislação. A análise jurisprudencial, por sua vez, consistiu em um estudo das principais decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ), alusivas a responsabilidade civil no caso de vazamento de dados, bem como dos argumentos utilizados pelos Ministros em seus votos. A seleção das decisões concentrou-se nos últimos três anos, critério justificado pela necessidade de examinar entendimentos mais recentes da Corte, já sob a vigência da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/2018) e à luz da Emenda Constitucional nº 115/2022.

Embora o ordenamento jurídico brasileiro tenha evoluído com a promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e do reconhecimento da proteção de dados como direito fundamental, ainda apresenta deficiências na efetiva responsabilização e reparação por vazamentos de dados em plataformas digitais, seja por lacunas normativas, seja por dificuldades estruturais na fiscalização e aplicação das sanções previstas.

2 FUNDAMENTOS JURÍDICOS DA PROTEÇÃO DE DADOS NO BRASIL

Em uma sociedade cada vez mais digital e conectada, os dados pessoais tornaram-se ativos valiosos. Informações pessoais são, constantemente, coletadas por empresas e instituições nos ambientes *on-line*³, cujo objetivo concentra-se em oferecer serviços personalizados, desenvolver

³ Do inglês, que traduzido significa conectado (tradução livre).

produtos e direcionar campanhas publicitárias. Esses dados alimentam algoritmos⁴ de inteligência artificial, movimentam a economia digital e influenciam decisões em diversas áreas, tais como, saúde, segurança e educação.

Esse desenvolvimento tecnológico tem provocado transformações significativas nas garantias fundamentais e nos direitos da personalidade. As inovações, ao ampliarem o fluxo de informações e as formas de expressão, também impõem novos desafios à privacidade e ao tratamento de dados pessoais, consolidando a necessidade de um diálogo permanente entre tecnologia e proteção da dignidade humana, o que representa uma das maiores preocupações dos juristas modernos (Doneda *et al.*, 2018).

Nesse sentido, proteger essas informações é essencial, não somente para garantir a privacidade dos indivíduos, mas também para evitar abusos, fraudes e práticas discriminatórias que podem decorrer do uso indevido ou não autorizado desses dados. Nesse sentido, Doneda (2011, p. 92):

O tratamento de dados pessoais, em particular por processos automatizados, é, no entanto, uma atividade de risco. Risco que se concretiza na possibilidade de exposição e utilização indevida ou abusiva de dados pessoais [...]. Daí resulta ser necessária a instituição de mecanismos que possibilitem à pessoa deter conhecimento e controle sobre seus próprios dados – que, no fundo, são expressão direta de sua própria personalidade. Por este motivo, a proteção de dados pessoais é considerada em diversos ordenamentos jurídicos como um instrumento essencial para a proteção da pessoa humana e como um direito fundamental.

⁴ Os algoritmos, de acordo com o Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (2023, s/p.), “[...] levam em conta, principalmente, o comportamento e a interação do usuário com o seu conteúdo. Se o usuário interage, comentando, curtindo ou compartilhando suas publicações, maiores as chances do seu conteúdo continuar aparecendo na linha do tempo dele [...]”.

No direito brasileiro, a proteção dos dados pessoais pode ser vista tanto na seara constitucional quanto infraconstitucional. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, passou a prever, expressamente, a proteção de dados como um direito fundamental, por intermédio da Emenda Constitucional nº 115, de 2022 (Brasil, 2022), que adicionou o inciso LXXIX⁵ ao artigo 5º (Brasil, 1988). A Emenda estabeleceu que a competência para organizar e fiscalizar a proteção e tratamento de dados pessoais será da União⁶, assim como, privativa da União⁷, para legislar quanto a proteção e o tratamento de dados pessoais (Brasil, 2022).

Todavia, mesmo antes da Emenda Constitucional nº 115/2022 (BRASIL, 2022), a proteção de dados pessoais já era compreendida como direito fundamental. A inviolabilidade da intimidade e da vida privada são tratados pela Constituição Federal de 1988 como direitos fundamentais, nos termos do artigo 5º, inciso X⁸, que também assegura uma indenização pelo dano moral ou material em caso de violação de tal direito. Da mesma forma, o inciso XII⁹, do artigo 5º do Texto Constitucional prevê a inviolabilidade do sigilo de dados (Brasil, 1988).

A compreensão da proteção de dados enquanto direito fundamental, antes da Emenda Constitucional nº 115/2022 (Brasil, 2022), também é reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Entre os dias 06 e 07 de maio de 2022, a Corte Suprema julgou a Ação Direta de Inconstitucio-

⁵ LXXIX. É assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais (Brasil, 2022, s/p.).

⁶ Artigo 21. Compete à União: [...] XXVI. Organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais, nos termos da lei (Brasil, 2022, s/p.).

⁷ Artigo 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...] XXX. Proteção e tratamento de dados pessoais (Brasil, 2022, s/p.).

⁸ Artigo 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] X. São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (Brasil, 1988, s/p.).

⁹ XII. É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (Brasil, 1988, s/p.).

nalidade 6.387, na qual, por dez votos a um, reconheceu-se a existência de um direito fundamental a proteção de dados (Fachin, 2022).

No julgamento, o Ministro Gilmar Mendes afirmou que o direito à proteção de dados como direito fundamental partia de uma compreensão integrada da Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988), notadamente, pelo direito fundamental a dignidade da pessoa humana, da proteção constitucional a intimidade, bem como, do reconhecimento do *Habeas Data* como mecanismo de autodeterminação informativa (Brasil, 2022).

Ainda de acordo com Gilmar Mendes, a afirmação da proteção de dados pessoais como direito fundamental é uma necessidade nas sociedades atuais, sobretudo, face ao crescimento das comunicações e interações pela internet. Neste ambiente digital que coleta, armazena e processa informações pessoais de seus usuários, a proteção de dados pessoais é indispensável para a proteção da dignidade da pessoa humana (Brasil, 2022).

Como característica dos direitos fundamentais estão a eficácia direta e imediata, com aplicabilidade em dois planos distintos: a eficácia vertical, correspondente a relação entre o Estado e o indivíduo, e a eficácia horizontal, que compreende a relação entre particulares, a fim de evitar abusos tanto nas relações públicas quanto privadas (Moraes, 2023).

Nesse sentido, o direito à proteção de dados possui eficácia horizontal, sendo aplicável tanto no setor público quanto no privado. A aplicabilidade no setor privado é concretizada também pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), no artigo 43¹⁰ (BRASIL, 1990), o qual determina o acesso do consumidor aos seus dados pessoais arquivados em fichas ou cadastros (Mendes, 2018).

A proteção de dados pessoais também foi objeto de regulamentação legal em âmbito Federal. Em 23 de abril de 2014 promulgou-se a Lei Federal nº 12.965, denominada de Marco Civil da Internet, que regula a proteção de dados pessoais, direito e deveres do uso da Internet no Brasil. A le-

¹⁰ Artigo 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes (Brasil, 1990, s/p.).

gislação trouxe como um de seus princípios a proteção de dados pessoais, estabelecendo ainda que guarda desses dados devem preservar a intimidade, honra, vida privada e imagem das pessoas envolvidas, seja direta ou indiretamente (Brasil, 2014).

Como grande marco da legislação infraconstitucional, destaca-se a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), promulgada em 14 de agosto de 2018, para dispor sobre o tratamento de dados pessoais no Brasil, seja ele feito por pessoa natural ou pessoa jurídica, de direito público ou de direito privado. Salienta-se que a Lei Federal foi fortemente influenciada pelo Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu, de maio de 2018 (TARUCE, 2023), e parte do princípio que todo dado pessoal possui valor. Por esta razão, adota um conceito amplo de dado pessoal, nos mesmos termos do Regulamento Europeu, definindo-o como a informação relacionada a uma pessoa natural identificada ou identificável (Teffé; Viola, 2020).

A legislação também adota um tratamento especial para aqueles dados pessoais considerados sensíveis. De acordo com o artigo 5º, inciso II (Brasil, 2018), da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), considera-se como dado pessoal sensível aquele relacionado a “[...] origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural”. Assim, nota-se que o dado sobre aspectos íntimos goza de especial proteção legislativa, tendo em vista que, por sua natureza, são capazes de gerar discriminação ou violação de direitos fundamentais, caso utilizada de forma inadequada.

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) foi elaborada em modelo preventivo de proteção de dados (Teffé; Viola, 2020), o que se manifesta em diversos mecanismos e obrigações impostas aos agentes de tratamento, como a necessidade de implementação de medidas técnicas e administrativas para proteger os dados pessoais, a realização de Relatórios de Impacto à Proteção de Dados Pessoais (DPIA) e a exigência de consentimento para o tratamento em determinadas hipóteses.

Dessa forma, os fundamentos jurídicos da proteção de dados no Brasil, alicerçados, principalmente, na Constituição Federal de 1988, no Marco Civil da Internet e na Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), estabelecem uma base normativa robusta na garantia do direito à proteção de dados pessoais. Contudo, para que tais direitos sejam efetivamente garantidos, é essencial analisar como o ordenamento jurídico brasileiro estrutura a responsabilidade civil aplicável em casos de violação à Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

A responsabilidade civil e a reparação de danos receberam tratamento na Seção III do capítulo VI da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Tais disposições, todavia, não possuem aplicação em todos os casos de responsabilização civil por vazamento de dados, podendo ceder espaço para aplicação de outras normas, de natureza mais específica a depender da relação jurídica em análise, como no caso das relações consumeristas, as quais demandam a aplicação do Código de Defesa do Consumidor (Capanema, 2020).

O artigo 42¹¹ da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), trata da responsabilidade civil dos agentes de tratamento (controlador e operador) em caso de danos causados aos titulares de dados pessoais. O dispositivo estabelece que, nesses casos, o agente é obrigado a reparar o dano causado, inclusive, com a responsabilidade solidária entre operador

¹¹ Artigo 42. O controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a repará-lo. Parágrafo 1º. A fim de assegurar a efetiva indenização ao titular dos dados: I. O operador responde solidariamente pelos danos causados pelo tratamento quando descumprir as obrigações da legislação de proteção de dados ou quando não tiver seguido as instruções lícitas do controlador, hipótese em que o operador equipara-se ao controlador, salvo nos casos de exclusão previstos no art. 43 desta Lei; II. Os controladores que estiverem diretamente envolvidos no tratamento do qual decorreram danos ao titular dos dados respondem solidariamente, salvo nos casos de exclusão previstos no art. 43 desta Lei (Brasil, 2018, s/p.).

e controlador, sempre que este descumprir as obrigações legais ou não seguir as instruções lícitas do controlador. Ademais, caso haja mais de um controlador diretamente envolvido no tratamento que deu origem ao dano, todos responderão solidariamente, exceto se puderem demonstrar que não houve culpa (Brasil, 2018).

Ainda no artigo 42, o parágrafo segundo¹² prevê a possibilidade de inversão do ônus da prova em favor do titular dos dados, a critério do Juiz, quando a alegação parecer verossímil, o titular for hipossuficiente para produzir provas, ou quando a produção dessas provas for excessivamente onerosa ao titular. A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) também foi sensível a possibilidade ajuizamento de ações coletivas para reparação de dados, conforme previsão do parágrafo terceiro¹³ (Brasil, 2018).

A Lei também estabelece situações de exclusão de responsabilidade no artigo 43¹⁴. O dispositivo elenca três excludentes legais: quando provarem que não realizaram o tratamento de dados pessoais que lhes foi atribuído; quando, mesmo tendo realizado o tratamento, não houver violação à Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD); ou, ainda, quando o dano decorrer exclusivamente de culpa do titular dos dados ou de terceiros (Brasil, 2018).

Portanto, percebe-se que as hipóteses de exclusão de responsabilidade são alinhadas com o sistema de responsabilidade civil, haja vista que o dever de reparação do dano só existe quando há nexo causal entre a conduta do agente de tratamento e o dano ocorrido (Soler, 2022).

¹² Parágrafo 2º. O juiz, no processo civil, poderá inverter o ônus da prova a favor do titular dos dados quando, a seu juízo, for verossímil a alegação, houver hipossuficiência para fins de produção de prova ou quando a produção de prova pelo titular resultar-lhe excessivamente onerosa (Brasil, s/p.).

¹³ Parágrafo 3º. As ações de reparação por danos coletivos que tenham por objeto a responsabilização nos termos do caput deste artigo podem ser exercidas coletivamente em juízo, observado o disposto na legislação pertinente (Brasil, 2018, s/p.).

¹⁴ Artigo 43. Os agentes de tratamento só não serão responsabilizados quando provarem: I. Que não realizaram o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído; II. Que, embora tenham realizado o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído, não houve violação à legislação de proteção de dados; ou III. Que o dano é decorrente de culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiro (Brasil, 2018, s/p.).

Ainda, o artigo 45 da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)¹⁵ prescreve que, no caso das relações de consumo, a violação do direito do titular de dados permanece sujeita às regras previstas na legislação específica. Nota-se, neste caso, a complementariedade das previsões da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) com aquelas do Código de Defesa do Consumidor, notadamente, quanto a responsabilidade objetiva (Brasil, 2018).

Assim, no contexto das relações privadas regidas pelo Código Civil, prevalece o sistema de responsabilidade civil subjetiva¹⁶, o qual exige a demonstração de culpa do agente como condição para a responsabilização. A responsabilização depende da comprovação de uma violação de dever jurídico com dolo ou negligência. A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), ao tratar das relações jurídicas envolvendo o tratamento de dados pessoais no âmbito privado, adota esse mesmo entendimento ao exigir, em regra, a verificação de culpa como pressuposto da responsabilidade (TASSO, 2020).

Dessa forma, nas hipóteses de tratamento de dados pessoais por particulares, a responsabilidade do agente de tratamento será reconhecida apenas mediante a comprovação de que este descumpriu um dever legal previsto na própria Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). No mesmo sentido, as excludentes de responsabilidade civil também seguirão as mesmas diretrizes do Código Civil, demonstrando a coerência entre os dois diplomas normativos (Tasso, 2020).

Importa ainda destacar os limites da aplicação territorial da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). O artigo 3º da Lei estabelece a aplicação do alusivo preceito legal a qualquer operação de tratamento de dados pessoais, realizada por pessoa natural ou jurídica, de direito público ou

¹⁵ Artigo 45. As hipóteses de violação do direito do titular no âmbito das relações de consumo permanecem sujeitas às regras de responsabilidade previstas na legislação pertinente (Brasil, 2018, s/p.).

¹⁶ Artigo 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito (Brasil, 2002, s/p.).

[...]

Artigo 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo (Brasil, 2002, s/p.).

privado, independentemente do meio utilizado, do País ou do local onde situa-se a organização ou o armazenamento dos dados (Brasil, 2018).

Logo, três situações promovem a aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), quais sejam: primeiro, quando o tratamento de dados ocorre dentro do território brasileiro; segundo, quando o tratamento tem como finalidade oferecer bens, serviços ou tratar dados de indivíduos que estejam localizados no Brasil; e, por fim, quando os dados pessoais, objeto do tratamento, tenham sido coletados no Brasil (Brasil 2018).

O artigo 4º da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), aborda as hipóteses de exclusão do seu alcance. Primeiramente, tal norma não se aplica ao tratamento de dados realizado por pessoa natural para fins, exclusivamente, particulares e sem finalidade econômica. Ademais, estão excluídos do âmbito da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) os tratamentos de dados realizados com finalidades exclusivamente jornalísticas, artísticas ou acadêmicas (Brasil, 2018).

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) também não se aplica ao tratamento de dados destinados, unicamente, à segurança pública, à defesa nacional, à segurança do Estado ou a atividades de investigação e repressão de infrações penais. Além disso, exclui-se do escopo da Lei o tratamento de dados provenientes do exterior, desde que esses dados não sejam objeto de comunicação ou compartilhamento com agentes de tratamento localizados no Brasil, nem transferidos internacionalmente para outros Países, e contanto que o País de origem assegure um nível de proteção adequado e compatível com o previsto na norma supracitada (Brasil, 2018).

Outro fator de influência na responsabilização e prevenção de danos é o risco à imagem e reputação da empresa. O descumprimento das normas da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) pode funcionar como uma forma exclusão da empresa em relações comerciais, tendo em vista que os *players* do mercado tendem a evitar riscos de responsabilização por ilícitos cometidos por terceiros na sua cadeia de negócios (Soler, 2022).

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) promoveu uma nova visão a respeito do regime da responsabilização civil. Nesse sentido, defen-

de-se a adoção de um regime diferenciado de reponsabilidade, pautada na aplicação de medidas concretas e proativas na proteção dos dados pessoais, sendo que, segundo Moraes e Queiroz (2019, p. 129), tal diploma legal *introduz*, indiretamente, ao secundar

[...] o regulamento europeu, uma mudança profunda em termos de responsabilização. Trata-se da sua união ao conceito de “prestação de contas”. Esse novo sistema de responsabilidade, que vem sendo chamado de “responsabilidade ativa” ou “responsabilidade proativa” encontra-se indicada no inciso X do art. 6º, que determina que às empresas que não é suficiente cumprir os artigos da lei; será necessário também “demonstrar a adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, a eficácia dessas medidas. Portanto, “não descumprir a lei, não é mais suficiente”.

Assim, a regulamentação da responsabilidade civil no âmbito da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) fornece o arcabouço normativo para reparação de danos na violação de dados pessoais nas plataformas digitais. Portanto, passa-se a análise dos posicionamentos do Superior Tribunal de Justiça (STJ) nas ações de responsabilidade civil por vazamento de dados pessoais.

4 REPARAÇÃO DE DANOS NA PERSPECTIVA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ)

O Agravo em Recurso Especial nº 2.130.619/SP, julgado pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em 07/03/2023, trata de ação de indenização por danos morais ajuizada contra uma concessionária de energia elétrica, diante do vazamento e acesso de dados pessoais de particular por terceiros. No Tribunal de origem (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo), a sentença de primeiro grau foi reformada para julgar procedente a ação de indenização, sob o fundamento que o vazamento de dados represente falha na prestação de serviço capaz de gerar dever de indenizar (Superior Tribunal de Justiça, 2023).

No julgamento do Agravo em Recurso Especial, todavia, foi definido pelos Ministros que o vazamento de dados pessoais, por si só, não gera dano moral indenizável. Assim, não se trata de hipótese de dano moral presumido, sendo imprescindível que o titular dos dados demonstre o dano ocorrido pelo vazamento das informações pessoais (Superior Tribunal de Justiça, 2023).

No voto do Relator, Ministro Francisco Falcão, o qual foi acompanhado por unanimidade pela Segunda Turma, prevaleceu o entendimento de que os dados vazados se referiam aqueles corriqueiramente fornecidos em qualquer cadastro, não se enquadrando no conceito de dado pessoal sensível previsto no artigo 5º da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Por conseguinte, o conhecimento de tais dados por terceiros não causa de violação dos direitos de personalidade. Contudo, o Ministro Relator também afirmou que a situação seria diferente caso os dados pessoais vazados pelo concessionário de energia fossem classificados como dados pessoais sensíveis, capazes de expor a intimidade da pessoa natural (Superior Tribunal de Justiça, 2023):

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. VAZAMENTO DE DADOS PESSOAIS. DADOS COMUNS E SENSÍVEIS. DANO MORAL PRESUMIDO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO DANO.

[...] IV - O art. 5º, II, da LGPD, dispõe de forma expressa quais dados podem ser considerados sensíveis e, devido a essa condição, exigir tratamento diferenciado, previsto em artigos específicos. Os dados de natureza comum, pessoais mas não íntimos, passíveis apenas de identificação da pessoa natural não podem ser classificados como sensíveis.

V - O vazamento de dados pessoais, a despeito de se tratar de falha indesejável no tratamento de dados de pessoa natural por pessoa jurídica, não tem o condão, por si só, de gerar dano moral indenizável. Ou seja, o dano moral não é presumido, sendo necessário que o titular dos dados comprove eventual dano decorrente da exposição dessas informações. [...]

(AREsp n. 2.130.619/SP, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 7/3/2023, DJe de 10/3/2023.)

Outro julgamento relevante foi proferido nos autos do Recurso Especial nº 2115461/SP, em 08/10/2024, pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Tratava-se de uma ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos morais diante de suposta comercialização de dados sem consentimento prévio da consumidora (Superior Tribunal de Justiça, 2024).

No Tribunal de origem (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo) foi mantida a decisão de primeiro grau que julgou improcedente a ação, sob o fundamento de que os dados pessoais divulgados não seriam considerados sensíveis, havendo a possibilidade de tratamento dessas informações para proteção do crédito (Superior Tribunal de Justiça, 2024).

Conforme entendimento firmado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), sob a relatoria da Ministra Nancy Andrighi e acolhido de forma unânime pelos demais integrantes do colegiado, ainda que a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) autorize o tratamento de dados pessoais não sensíveis para fins de proteção ao crédito, mesmo sem o consentimento do titular, tal prerrogativa não se estende à disponibilização irrestrita dessas informações a quaisquer consulentes (Superior Tribunal de Justiça, 2024).

Assim, entenderam os Ministros que, diante da reconhecida divulgação indevida de dados pessoais para terceiros, há a ocorrência de dano moral presumido. Na ocasião, o patamar indenizatório adotado foi de R\$11.000,00 (onze mil reais) (Superior Tribunal de Justiça 2024):

CIVIL, CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. [...] INOBSERVÂNCIA QUANTO AOS DEVERES LEGAIS DE TRATAMENTO DE DADOS PELO GESTOR DE BANCO DE DADOS. DISPONIBILIZAÇÃO INDEVIDA DE DADOS DO CADASTRADO. DANO MORAL PRESUMIDO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO GESTOR DE BANCO DE DADOS. CONFIGURAÇÃO.

[...] 10. A disponibilização indevida de dados pessoais pelos bancos de dados para terceiros caracteriza dano moral presumido (in re ipsa) ao cadastrado titular dos dados, diante, sobretudo, da forte sensação de insegurança por ele experimentada. [...]

(REsp n. 2.115.461/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 8/10/2024, DJe de 14/10/2024.)

No Recurso Especial nº 2.147.374/SP, julgado em 03/12/2024, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) voltou a analisar a controvérsia envolvendo o vazamento de dados pessoais não sensíveis e a consequente responsabilidade civil do agente de tratamento. A ação tratava de uma exposição de dados pessoais em decorrência de um incidente de segurança cibernética envolvendo uma concessionária de energia elétrica (Superior Tribunal de Justiça, 2024).

O Relator, Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, seguido por unanimidade pelo colegiado, destacou que a proteção de dados pessoais possui estatura de direito fundamental. Deste modo, devem os agentes de tratamento adotar todas as medidas de segurança necessários para proteção dos dados pessoais sob sua responsabilidade (Superior Tribunal de Justiça, 2024).

No caso, o tratamento de dados pessoais pela empresa ré foi irregular quando não ofereceu a segurança adequada. De acordo com os entendimentos dos Ministros, a mera alegação de ataque cibernético não afasta, por si só, a responsabilidade do agente de tratamento, sobretudo quando não há comprovação inequívoca de que todas as medidas de segurança exigíveis foram efetivamente implementadas. Portanto, a indenização por danos morais foi fixada em R\$10.000,00 (dez mil reais) (Superior Tribunal de Justiça, 2024):

RECURSO ESPECIAL. LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS. DIREITO À PRIVACIDADE, À LIBERDADE E À AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA. AGENTE DE TRATAMENTO. VAZAMENTO DE DADOS NÃO SENSÍVEIS DO TITULAR. INCIDENTE DE SEGURANÇA. ATAQUE HACKER. RESPONSABILIDADE EX-

CLUSIVA DE TERCEIRO. NÃO COMPROVADA. RESPONSABILIDADE CIVIL PROATIVA. EXPECTATIVA DE LEGÍTIMA PROTEÇÃO. COMPLIANCE E REGULAÇÃO DE RISCO DA ATIVIDADE. DIREITOS DO TITULAR. CONCRETIZAÇÃO. APLICABILIDADE.

[...]

2. Ao inscrever a proteção e o tratamento de dados pessoais no rol dos direitos e garantias fundamentais da Constituição (art. 5º, LXXIX), a Emenda Constitucional nº 115/2022 inaugurou um novo capítulo no ordenamento jurídico brasileiro no que tange aos direitos de personalidade, à liberdade e à autodeterminação informativa.

3. A empresa recorrente, pelo fato de se enquadrar na categoria dos agentes de tratamento, tinha a obrigação legal de tomar todas as medidas de segurança esperadas pelo titular para que suas informações fossem protegidas, e seus sistemas utilizados para o tratamento de dados pessoais deveriam estar estruturados de forma a atender aos requisitos de segurança, aos padrões de boas práticas e de governança e aos princípios gerais previstos na LGPD e às demais normas regulamentares.

[...]

5. O tratamento de dados pessoais configurou-se como irregular quando deixou de fornecer a segurança que o titular dele poderia esperar (“expectativa de legítima proteção”), consideradas as circunstâncias relevantes, entre as quais as técnicas de tratamento de dados pessoais disponíveis à época em que foi realizado (art. 44, III, da LGPD).

[...]

(REsp n. 2.147.374/SP, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 3/12/2024, DJEN de 6/12/2024.)

Nos autos Recurso Especial nº 2121904/SP, julgado em 11/2/2025, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) voltou a se debruçar sobre a responsabilidade civil por vazamento de dados. O caso concreto tratava de ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos morais e materiais ajuizada em face de uma seguradora, diante da exposição de

dados pessoais e sensíveis do consumidor a terceiros (Superior Tribunal de Justiça, 2025).

No Tribunal de origem (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo) foi reconhecido que o vazamento de dados pessoais configura dano moral presumido, independentemente da comprovação de danos. Na oportunidade, fixou-se indenização por danos morais em favor do consumidor no patamar de R\$15.000,00 (quinze mil reais) (Superior Tribunal de Justiça, 2025).

No julgamento perante a terceira turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a Ministra Relatora Nancy Andrighi, seguida por unanimidade no mérito, utilizou-se do Código de Defesa do Consumidor e da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) para fundamentação do seu voto, aplicando ambas as legislações de maneira não excludente. A Relatora destacou a aplicação dos princípios da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) no caso, sobretudo, o princípio da finalidade, da adequação e da transparência. Além disso, tratando-se de uma relação de consumo, a responsabilidade do fornecedor de serviços possui caráter objetivo, independentemente da demonstração de dolo ou culpa, tal como ensina o artigo 14 do C¹⁷ (Superior Tribunal de Justiça, 2025).

A Relatora pontuou que o terceira turma no Superior Tribunal de Justiça (STJ) possui entendimento de que a transferência de dados pessoais a terceiros, mesmo aqueles não sensíveis, quando realizados sem o consentimento do titular, acarreta a responsabilização do fornecedor. Todavia, tal responsabilização se torna ainda mais evidente e rigoroso quando se trata do vazamento de dados pessoais sensíveis (Superior Tribunal de Justiça, 2025).

Assim, restou definido pelo julgado que o vazamento de dados sensíveis gera a responsabilização objetiva do fornecedor e é razão suficiente para caracterização de dano moral presumido. Quanto ao patamar indenizatório pelos danos morais sofridos pelo consumidor diante da exposi-

¹⁷ Artigo 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos (Brasil, 1990, s/p.).

ção de suas informações pessoais, foi mantido o valor fixado na origem, de R\$15.000,00 (quinze mil reais) (Superior Tribunal de Justiça, 2025):

CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE SEGURO DE VIDA. RELAÇÃO DE CONSUMO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS. VAZAMENTO DE DADOS SENSÍVEIS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANO MORAL PRESUMIDO. RECURSO CONHECIDO EM PARTE. DESPROVIMENTO.

[...] 10. O vazamento de dados pessoais sensíveis fornecidos para a contratação de seguro de vida, por si só, submete o consumidor a riscos em diversos aspectos de sua vida, como em sua honra, imagem, intimidade, patrimônio, integridade física e segurança pessoal.

11. Por isso, em seguro de vida, na hipótese de vazamento de dados sensíveis do segurado, verifica-se a responsabilização objetiva da seguradora e a caracterização de dano moral presumido.

[...] (REsp n. 2.121.904/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 11/2/2025, DJEN de 17/2/2025.)

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já enfrentou a controvérsia a respeito da responsabilidade civil por fraude bancária viabilizada pelo prévio vazamento de dados pessoais. No julgamento do Recurso Especial nº 2.187.854/SP, julgado pela Terceira Turma da Corte em 06/05/2025, estabeleceu que a ocorrência de fraude bancária, isoladamente, não gera dano moral indenizável. Contudo, quando estiver relacionada ao vazamento prévio de dados pessoais, utilizados pelos criminosos para aplicação do golpe, resta caracterizado o dano extrapatrimonial, cabendo a devida compensação (Superior Tribunal de Justiça, 2025).

O caso em exame tratava-se de uma fraude bancária contra a consumidora, na qual os criminosos utilizaram-se de informações sobre as operações bancárias e dados pessoais da vítima, obtidos da instituição financeira devido a falhas na rede de segurança, configurando falha na prestação do serviço (Superior Tribunal de Justiça, 2025).

A Relatora, Ministra Nancy Andrigli, seguida por unanimidade pelo colegiado, apontou que o vazamento de dados pessoais é situação praticamente irreparável, capaz de gerar uma sensação de insegurança e favorecer a prática de ilícitos por terceiros, o que não pode ser considerado como um mero dissabor. Na fundamentação do voto, destacou-se a responsabilidade objetiva do fornecedor no caso de vazamento de dados pessoais, assim como, a dispensa da necessidade de comprovação de prejuízo para a indenização por dano moral. Quanto a compensação por danos morais, restou fixada a condenação no valor de R\$ 8.000,00 (oito mil reais) (Superior Tribunal de Justiça, 2025):

DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. FRAUDE BANCÁRIA. ATUAÇÃO CRIMINOSA. VAZAMENTO PRÉVIO DE DADOS PESSOAIS. DANOS EXTRAPATRIMONIAIS. PRESUMIDOS. SENSÇÃO DE INSEGURANÇA. REFORMA DO ACÓRDÃO [...]

3. Embora a fraude bancária, por si só, não configure o dano moral indenizável, nos termos da jurisprudência desta Corte, quando o referido ilícito estiver associado ao prévio vazamento de dados pessoais - que possibilitaram aos falsários o conhecimento de informações privilegiadas sobre o titular da conta - caracteriza-se o dano extrapatrimonial, com o conseqüente dever de compensá-lo.

4. A configuração do dano moral decorre do evidente sentimento de insegurança experimentado pela parte ao perceber que seus dados foram disponibilizados indevidamente para terceiros, favorecendo a prática de atos ilícitos ou contratações fraudulentas por eventuais terceiros de má-fé.

[...]

(REsp n. 2.187.854/SP, relatora Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, julgado em 6/5/2025, DJEN de 13/5/2025.)

Portanto, percebe-se que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já enfrentou a questão da responsabilização civil do agente de tratamento no caso de vazamento de dados pessoais em algumas oportunidades. Cons-

tatou-se, por intermédio dos julgamentos selecionados, que a Corte Superior tem compreendido que a exposição de informações pessoais gera danos morais presumidos, ou seja, independentemente de demonstração de dano, além dos danos materiais eventualmente sofridos. Por sua vez, no que concerne ao patamar indenizatório, observou-se que este tem oscilado entre R\$8.000,00 (oito mil reais) e R\$15.000,00 (quinze mil reais), a título de reparação por danos morais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à proteção de dados pessoais se encontra consolidado no ordenamento jurídico brasileiro como um direito fundamental, tanto pelo reconhecimento do Supremo Tribunal Federal em sede jurisprudencial, quanto pela expressa inclusão do direito à proteção de dados pessoais no rol de direitos e garantias fundamentais, promovida pela Emenda Constitucional nº 115/2022.

No cenário infraconstitucional, destaca-se o Marco Civil da Internet, por intermédio da Lei Federal nº 12.965/2014, como uma das primeiras legislações a estabelecer princípios e garantias para o uso da internet no Brasil. Nesse sentido, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), a Lei Federal nº 13.709/2018, representa o grande marco infraconstitucional sobre a proteção de dados pessoais, ao estabelecer regras específicas para o tratamento de dados pessoais e mecanismos de responsabilização em caso de descumprimento.

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) também disciplina expressamente as hipóteses de responsabilização civil dos agentes de tratamento em caso de violação das suas normas, especialmente no caso de vazamento de dados pessoais. Além disso, a legislação possui harmonia com o Código de Defesa do Consumidor (CDC), quando o tratamento de dados ocorre no âmbito de uma relação de consumo.

Pela análise das jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça (STJ), notou-se que a Corte tem adotado o entendimento de que a exposição indevida de dados pessoais é suficiente para ensejar a condenação

por danos morais presumidos, independentemente da demonstração de prejuízo concreto, além da possibilidade de reparação por eventuais danos materiais sofridos.

Nos casos envolvendo relação de consumo, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem aplicado a responsabilidade objetiva do fornecedor, fundamentada na falha na prestação do serviço, especialmente quanto à ausência de segurança no tratamento de dados, em consonância com o Código de Defesa do Consumidor (CDC). Nesse contexto, a Corte reconhece a existência de um diálogo normativo e complementaridade entre a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e o Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Em relação ao valor das indenizações por danos morais fixadas pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), observa-se uma variação entre R\$ 8.000,00 (oito mil reais) e R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), a depender das particularidades do caso. A gravidade da responsabilidade é potencializada quando se trata de vazamento de dados pessoais sensíveis, os quais gozam de proteção reforçada pela Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Todavia, conforme entendimento mais recente da Corte, mesmo o vazamento de dados pessoais não sensíveis pode ensejar a indenização por danos morais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 jun. 2025.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/12965.htm. Acesso em: 23 jun. 2025.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível

em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm. Acesso em: 20 jun. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 2.130.619/SP**. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2023. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202201522622&dt_publicacao=10/03/2023. Acesso em: 01 jul. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 2115461/SP**. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2024. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202304537984&dt_publicacao=14/10/2024. Acesso em: 01 jul. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 2.147.374/SP**. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2024. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202202209228&dt_publicacao=06/12/2024. Acesso em: 03 jul. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 2.187.854/SP**. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2025. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202404690272&dt_publicacao=13/05/2025. Acesso em: 02 jul. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 2121904/SP**. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2025. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202400312927&dt_publicacao=17/02/2025. Acesso em: 01 jul. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.387/DF**. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357629>. Acesso em: 23 jun. 2025.

CAPANEMA, Walter Aranha. A responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados. **Cadernos Jurídicos**, a. 21, n. 53, p. 163-170, 2020. Disponível em: https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/ii_6_a_responsabilidade_civil.pdf. Acesso em: 22 jun. 2025.

DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. **Espaço Jurídico, Journal of Law**, v. 12, n. 2, p. 91-108, 2011. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4555153>. Acesso em 24 jul. 2025.

DONEDA, Danido *et al.* Considerações iniciais sobre inteligência artificial, ética e autonomia pessoal. **Pensar: Revista de Ciência Jurídica**, v. 23 n. 4, 2018. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/8257/pdf>. Acesso em: 05 ago. 2025.

FACHIN, Zulmar. O direito fundamental à proteção de dados pessoais: análise da decisão paradigmática do STF na ADI 6.387-DF. **Revista Videre**, v. 14, n. 29, p. 298–313, 2022. Disponível em: <https://ojs.ufgd.edu.br/videre/article/view/15629>. Acesso em: 23 jun. 2025.

MENDES, Laura Schertel Ferreira. Habeas data e autodeterminação informativa: os dois lados de uma mesma moeda. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 12, n. 39, p. 185–216, 2019. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/655>. Acesso em: 30 jun. 2025.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro, RJ: Atlas, 2023. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559774944/>. Acesso em: 30 jun. 2025.

MORAES, Maria Celina Bodin de; QUEIROZ, João Quinelato de. Autodeterminação informativa e responsabilização proativa. *In*: Proteção de dados pessoais: Privacidade versus avanço tecnológico. **Cadernos Adenauer**, a. XX, n. 3, p. 113-135, 2019.

Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas. **Como funcionam os algoritmos das redes sociais**. Brasília, DF: Sebrae, 2023. Disponível em: <https://sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/artigos/como-funcionam-os-algoritmos-das-redes-sociais,d747b240aba76810VgnVCM1000001b00320aRCRD>. Acesso em: 30 jun. 2025.

SOLER, Fernanda Galera. **Proteção de dados**: reflexões práticas e rápidas sobre a LGPD. Rio de Janeiro, RJ: Expressa, 2022. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553622500/>. Acesso em: 30 jun. 2025.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. Rio de Janeiro, RJ: Grupo GEN, 2023.

TASSO, Fernando Antonio. A responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados e sua interface com o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. **Cadernos Jurídicos**, a. 21, n. 53, p. 97-115, 2020. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/download/662/506/1387>. Acesso em: 20 jun. 2025.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; VIOLA, Mario. Tratamento de dados pessoais na LGPD: estudo sobre as bases legais. **Civilistica.com**, v. 9, n. 1, p. 1-38, 2020. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/510>. Acesso em: 23 jun. 2025.

Recebido em 28 de agosto de 2025

Aprovado em 12 de setembro de 2025

ALGORITMOS E DEMOCRACIA: A RECONFIGURAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA ESFERA PÚBLICA DIGITAL

Algorithms and Democracy: The Reconfiguration of Freedom of Expression in the Digital Public Sphere

Maria Cristina Gobbi¹
Tiago Negrão Andrade²

RESUMO

Este artigo analisa a reconfiguração da liberdade de expressão e da deliberação pública sob a governamentalidade algorítmica, problematizando os desafios impostos às democracias digitais. A abordagem metodológica articula análise documental, revisão crítica da literatura e hermenêutica das estruturas de poder, com base em fontes normativas, jurisprudenciais e teóricas. Os resultados evidenciam que a autonomia política e a soberania popular são tensionadas pela modulação algorítmica da esfera pública, que substitui a deliberação racional pela predição comportamental. Conclui-se que a defesa da democracia

ABSTRACT

This article examines the reconfiguration of freedom of expression and public deliberation under algorithmic governmentality, addressing the challenges posed to digital democracies. The methodological approach combines documentary analysis, critical literature review, and hermeneutics of power structures, based on normative, jurisprudential, and theoretical sources. The results demonstrate that political autonomy and popular sovereignty are strained by the algorithmic modulation of the public sphere, which replaces rational deliberation with behavioral prediction. It concludes that defending democracy requires the construction of a constitutionally oriented

¹ Pesquisadora Livre docente (RDIDP) em História da Comunicação e da Cultura Midiática na América Latina, professora da graduação em Jornalismo e dos Programas de Pós-Graduação em Comunicação (PPGCom) e em Mídia e Tecnologia (PPGMiT) da Universidade Estadual Paulista (UNESP), Faculdade de Arquitetura, Artes e Comunicação e Design (FAAC). Atua na área da Comunicação Latino-Americana, com ênfase em estudos sobre a presença da mulher na comunicação/jornalismo, cultura midiática, história e memória, Cultura Popular, diversidade cultural e suas nuances sociais e tecnológicas. Ganhadora do Prêmio Luiz Beltrão - Cat.: Maturidade Acadêmica da Intercom. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5629-5010>. E-mail: cristina.gobbi@unesp.br

² Mestre em Ciência e Tecnologia de Alimentos pelo ITAL. Possui experiência docente nos cursos de Publicidade e Propaganda, Marketing e Cinema do CEUNSP e trajetória profissional como T-shaped professional. Graduado em Nutrição e Farmácia pelo CEUNSP, desenvolveu o Atlas Digital para Estudo de Anatomia, e em Comunicação Social com habilitação em Relações Públicas pela UNISO.

exige a construção de uma governança algorítmica constitucionalmente orientada, pautada pela transparência, explicabilidade e responsabilidade compartilhada.

Palavras-chave: Liberdade de expressão; Democracia digital; Algoritmos; Governança; Esfera pública.

algorithmic governance, guided by transparency, explainability, and shared responsibility.

Keywords: *Freedom of expression; Digital democracy; Algorithms; Governance; Public sphere.*

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO. 2. METODOLOGIA. 3. DISCUSSÃO E RESULTADOS. 3.1. A AUTONOMIA ALGORÍTMICA E O CREPÚSCULO DA VONTADE POLÍTICA. 3.2. A DESINFORMAÇÃO COMO DISPOSITIVO DE PODER: ESPETÁCULO, AFETO E GOVERNO DAS MENTES. 3.3. LIBERDADE E RESPONSABILIDADE: TENSÕES CONSTITUTIVAS DA EXPRESSÃO DEMOCRÁTICA. 3.4. SOBERANIA ALGORÍTMICA E RESPONSABILIDADE CONSTITUCIONAL: A DEMOCRACIA SOB REGIME DE AUTOMAÇÃO. 4. SÍNTESE ANALÍTICA. 5. CONCLUSÃO E PERSPECTIVAS DE POLÍTICAS PÚBLICAS. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A reconfiguração contemporânea da liberdade de expressão e da deliberação pública sob o regime algorítmico constitui um dos dilemas centrais das democracias digitais. O poder comunicacional, que outrora se estruturava em torno de instituições políticas, jurídicas e midiáticas, desloca-se progressivamente para infraestruturas informacionais capazes de modular afetos, direcionar condutas e predeterminar horizontes de visibilidade. Essa mutação altera a própria ontologia da esfera pública, transformando-a de espaço de argumentação racional em campo de predição comportamental. Como observa Rouvroy e Berns (2013), a governamentalidade algorítmica substitui o governo das leis pelo governo dos dados, instaurando uma forma de poder difusa, impessoal e preditiva. A crise da democracia, portanto, não é apenas institucional, mas cognitiva e afetiva: diz respeito à maneira como a percepção política é mediada e produzida pelas plataformas.

O objeto deste estudo consiste em analisar como a liberdade de expressão, a autonomia da vontade política e a soberania popular são tensionadas pela automação da comunicação e pela opacidade algorítmica. Busca-se compreender de que modo as infraestruturas digitais — orientadas por métricas de engajamento e pela economia da atenção — afetam as condições de exercício do juízo público e de formação da vontade coletiva. O fenômeno não se limita à difusão da desinformação ou à manipulação discursiva: ele reorganiza a própria arquitetura do poder, deslocando o eixo da decisão do cidadão para o código, e da argumentação pública para a modulação emocional. Nesse cenário, o voto livre e informado deixa de ser o ponto de partida da democracia e passa a ser o resultado de uma ecologia informacional justa (Diamond; Morlino, 2004; Barroso, 2023).

As bases teóricas que sustentam esta investigação articulam a filosofia política liberal, representada por Mill (1999) e Dworkin (2006), com a crítica contemporânea da razão técnica e da economia política da informação (Zuboff, 2019; Pasquinelli, 2023; Benjamin, 2019). O diálogo entre essas vertentes permite compreender a passagem de uma liberdade fundada na autonomia do sujeito racional para uma liberdade mediada pela infraestrutura digital. O estado da arte aponta que a literatura jurídica e comunicacional ainda trata de modo fragmentado as relações entre regulação, desinformação e soberania informacional, deixando lacunas quanto à dimensão ontológica e política da automação comunicacional.

O artigo parte da hipótese de que a liberdade de expressão, ao ser capturada pela lógica algorítmica, perde sua função emancipatória e torna-se vetor de dominação simbólica e cognitiva. Assim, o estudo propõe deslocar o foco do conteúdo para a infraestrutura, analisando como os dispositivos técnicos reconfiguram o campo da visibilidade e da responsabilidade democrática. A investigação busca demonstrar que a defesa da liberdade na era digital depende da construção de uma governança algorítmica constitucionalmente orientada, pautada pela transparência, pela explicabilidade e pela responsabilidade compartilhada.

Por fim, a relevância científica e política desta pesquisa reside em evidenciar que o debate sobre liberdade de expressão e desinformação não pode ser reduzido à censura ou ao controle de conteúdo, mas deve incorporar a crítica à arquitetura informacional que estrutura o próprio campo da deliberação. Ao articular as dimensões filosófica, jurídica e comunicacional, pretende-se contribuir para o desenvolvimento de um novo paradigma de soberania cognitiva — condição essencial para a reinvenção democrática no século XXI.

2 METODOLOGIA

O presente estudo adota uma abordagem qualitativa, crítica e documental, orientada pela epistemologia da economia política da informação e pelos estudos críticos da tecnologia. Parte-se do pressuposto de que os fenômenos comunicacionais contemporâneos — como a automação da expressão e a desinformação algorítmica — não podem ser compreendidos fora de suas infraestruturas de poder e de suas condições materiais de produção simbólica (Pasquinelli, 2023; Benjamin, 2019; Zuboff, 2019). A metodologia articula o método crítico-dialético à análise documental e teórica, buscando compreender a dimensão política e cognitiva das plataformas digitais e de suas implicações para a democracia constitucional.

O corpus empírico foi constituído por três blocos principais de fontes interdependentes: (i) **documentos normativos e legislativos**, incluindo decisões do Supremo Tribunal Federal (ADPF 130/2009; ADI 4451/2018), o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018), o PL 2.630/2020 e o PL 2.338/2023; (ii) **relatórios e documentos internacionais**, como o *Artificial Intelligence Act* e o *Digital Services Act* da União Europeia, e a Recomendação da UNESCO sobre a Ética da Inteligência Artificial (2021); e (iii) **literatura científica e teórica** publicada entre 2000 e 2025, abrangendo autores das áreas de filosofia política, direito constitucional, comunicação e estudos da técnica. A seleção das fontes obedeceu a critérios de relevância teórica e atualização, assegurando a inclusão de

debates contemporâneos e a exclusão de duplicatas temáticas e redundâncias argumentativas.

O processo de busca e triagem seguiu os princípios do protocolo PRISMA (Page et al., 2020), com coleta de referências em bases indexadas — *Scopus*, *Web of Science* e *SciELO* — e complementação por literatura cinzenta em repositórios institucionais e documentos de políticas públicas. Os descritores utilizados combinaram termos como “liberdade de expressão”, “democracia digital”, “algoritmos”, “responsabilidade constitucional” e “governança informacional”. A filtragem inicial resultou em 128 registros, dos quais 38 foram selecionados para análise aprofundada, conforme os critérios de elegibilidade e coerência temática.

A análise dos dados foi conduzida por meio da técnica de **análise temática crítica** (Braun; Clarke, 2006), associada à hermenêutica das estruturas de poder (Foucault, 2008). Os temas emergentes — autonomia, desinformação, responsabilidade e soberania algorítmica — foram refinados por triangulação teórica e categorização indutiva, de modo a articular as dimensões filosófica, jurídica e comunicacional do problema. O tratamento dos dados seguiu o princípio da saturação conceitual, evitando redundâncias e assegurando coerência interna entre os eixos analíticos.

O rigor metodológico foi garantido pela rastreabilidade das fontes, pela revisão cruzada dos argumentos e pela consistência terminológica entre as seções.

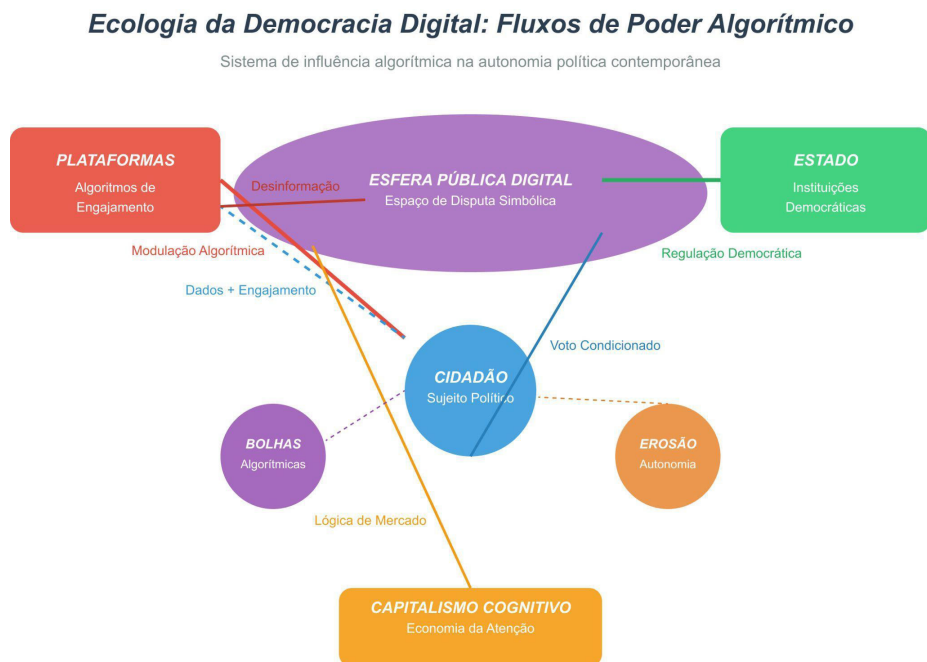
A análise final buscou evidenciar as implicações éticas, políticas e jurídicas da automação da comunicação para o exercício da liberdade e da deliberação democrática, problematizando os discursos tecnocêntricos e os limites das abordagens liberais clássicas diante das novas formas de poder algorítmico.

3 DISCUSSÃO E RESULTADOS

A análise demonstra que a crise da liberdade de expressão nas democracias digitais não decorre da censura estatal, mas da captura

algorítmica da esfera pública, na qual a deliberação é substituída pela modulação afetiva e o juízo pela predição. As plataformas convertem a visibilidade em forma de poder, transformando a autonomia do sujeito em resposta condicionada e a liberdade em produto de mercado (Rouvroy; Berns, 2013; Zuboff, 2019). A desinformação, longe de ser anomalia, torna-se engrenagem funcional do capitalismo cognitivo (Berardi, 2019), corroendo a reciprocidade moral que fundamenta o discurso democrático (Dworkin, 2006). Nesse cenário, a soberania política desloca-se do cidadão para o código, exigindo uma nova forma de responsabilidade constitucional baseada em transparência, auditabilidade e ética pública da inteligibilidade (Garcia, 2023; Ramos, 2022). Defender a democracia, portanto, implica submeter a técnica ao juízo, restaurando o espaço do discernimento e a possibilidade de liberdade em meio à automação do sensível.

A Figura 2 representa graficamente a ecologia da democracia digital, ilustrando os fluxos de poder algorítmico e suas consequências para a autonomia política. O diagrama de relações mapeia os principais atores deste ecossistema — Plataformas e Algoritmos, o Cidadão, o Estado e o Capitalismo Cognitivo — e os conecta por meio de setas que simbolizam influências diretas e ciclos de feedback. A visualização evidencia como a modulação algorítmica, partindo das plataformas, condiciona a cognição e o comportamento do cidadão, enquanto a lógica da economia da atenção e os fluxos de desinformação corroem a esfera pública. Por fim, o diagrama localiza os efeitos sistêmicos desse processo, como a erosão da autonomia e a formação de bolhas algorítmicas, oferecendo uma visão integral do sistema de forças descrito na análise.

Figura 2 - Ecologia da Democracia Digital: Fluxos de Poder Algorítmico

Fonte: os autores, baseados em Sartori (2001); Sunstein (2010); Campos Mello (2020); Barroso (2023); Garcia (2023); Claramunt (2023); Rebollo e Soria (2023); Ramos (2022).

A relevância desta discussão, como demonstrado pelos autores citados, reside em seu diagnóstico de que a crise democrática contemporânea é, em sua essência, uma crise cognitiva e infraestrutural. Sartori (2001) já alertava para a mutação do cidadão em espectador (*homo videns*), um processo que as plataformas digitais, segundo Campos Mello (2020) e Barroso (2023), levam a um patamar inédito ao converter a liberdade em performatividade controlada. Sunstein (2010) argumenta que a desinformação não é um erro, mas um subproduto da eficiência econômica de sistemas que privilegiam o engajamento, uma lógica que Bostrom (2016) identifica como potencializadora de “loops” de radicalização. A análise de Garcia (2023) e Claramunt (2023) sobre a dessubjetivação democrática e a fragmentação do comum, somada à noção de “democracia militante”

de Ramos (2022), deixa claro que a defesa da autonomia política exige, hoje, regular não apenas o discurso, mas as arquiteturas técnicas que o moldam. A discussão, portanto, é crucial por deslocar o problema da superfície dos conteúdos para a profundidade dos dispositivos, indicando que a reinvenção da democracia passa necessariamente por uma reconfiguração ética e institucional de suas infraestruturas informacionais.

3.1 A Autonomia Algorítmica e o Crepúsculo da Vontade Política

A liberdade de escolha, quando situada no interior das democracias digitais, já não se sustenta como expressão espontânea da vontade racional, mas como resultado de uma arquitetura cognitiva modulada por infraestruturas informacionais. O voto, outrora concebido como ato soberano, converte-se em prática interpelada por dispositivos de poder que operam sob a aparência da neutralidade técnica. A tensão central que emerge não é entre liberdade e coerção, mas entre autonomia e programação — entre o sujeito político e o sujeito perfilado. A democracia contemporânea vive, portanto, a contradição de precisar das tecnologias que, ao mesmo tempo, corroem sua base de deliberação livre (Diamond; Morlino, 2004).

O princípio de autodeterminação política, defendido por Pimenta Bueno (1958) como fundante da soberania popular, perde consistência quando a vontade individual é reconfigurada por estímulos algorítmicos. As plataformas digitais produzem um tipo de heteronomia suave, baseada não na censura, mas na saturação informacional e na economia da atenção. Como observou Sartori (2001), o predomínio da imagem sobre o conceito converte o cidadão em espectador, reduzindo a reflexão à resposta emocional. Essa mutação cognitiva constitui uma forma contemporânea de biopolítica informacional: a condução das condutas não mais por meio da força ou da lei, mas pela curadoria invisível dos fluxos de dados e afetos.

A crítica de Campos Mello (2020) às redes de desinformação e às campanhas de ódio digitais revela o entrelaçamento entre a manipulação

emocional e a engenharia de consenso. A promessa de liberdade expressiva degenera em um regime de performatividade controlada, onde cada ato de fala é antecipado e quantificado por métricas de engajamento. A liberdade, aqui, não é negada frontalmente — é absorvida pela lógica da mercantilização da atenção. Como adverte Barroso (2023), essa transformação do espaço público em arena de modulação algorítmica mina as condições de pluralidade que a Constituição brasileira de 1988 procurou assegurar.

Dworkin (2006) concebe a liberdade de expressão como pilar moral da democracia, não por seu caráter absoluto, mas por ser o terreno em que a sociedade decide coletivamente o sentido do justo e do verdadeiro. No entanto, quando a mediação algorítmica redefine os critérios de visibilidade e relevância, o próprio exercício desse direito passa a depender de regras opacas, externas ao controle público. O “princípio do dano” formulado por Mill (1999) torna-se, nesse contexto, insuficiente, pois o dano não é mais localizado — é difuso, cumulativo e distribuído por interfaces que escapam ao campo jurídico tradicional.

As decisões do Supremo Tribunal Federal, como a ADPF 130 (2009) e a ADI 4451 (2018), reafirmam o equilíbrio entre liberdade e responsabilidade, mas enfrentam uma nova morfologia de poder comunicacional que ultrapassa os limites da jurisdição nacional. A autonomia do eleitor, tal como definida por Baracho (1995), não pode ser garantida sem uma política de transparência algorítmica e regulação democrática das plataformas. A ausência de governança tecnológica reforça o paradoxo: quanto mais se amplia o acesso à expressão, mais se estreita o campo da escuta pública.

A desinformação, como observa Sunstein (2010), não é um erro do sistema, mas um produto de sua eficiência econômica. O algoritmo não mente; ele seleciona. E é nessa seleção que reside o novo poder de fabricar realidades. A liberdade de escolha, assim, se torna um fenômeno intersticial, dependente da qualidade das mediações cognitivas que a antecedem. Defender a democracia hoje significa, portanto, deslocar o foco do conteúdo para a infraestrutura — do discurso para o dispositivo.

Em síntese, a discussão revela que o voto livre e informado não é um ponto de partida, mas o resultado de uma ecologia informacional justa. A autonomia do sujeito democrático, se ainda possível, dependerá de uma reconfiguração ética e institucional das tecnologias de comunicação, em que o princípio da transparência substitua o da opacidade e a responsabilidade coletiva suplante a ilusão de neutralidade técnica. Essa rearticulação do político sob o signo do digital não encerra a democracia, mas a obriga a reinventar-se — não mais como governo da maioria, mas como cuidado permanente com as condições da liberdade.

3.2 A Desinformação como Dispositivo de Poder: Espetáculo, Afeto e Governo das Mentes

A desinformação não opera à margem da democracia contemporânea; ela é uma de suas engrenagens cognitivas. O espaço público, antes concebido como arena deliberativa, transforma-se em campo de disputa simbólica em que a visibilidade substitui a razão e a emoção suprime a argumentação. Essa mutação não é apenas tecnológica, mas ontológica: altera a própria forma de pensar e de sentir o político. Como adverte Sartori (2001), o predomínio da imagem sobre o conceito inaugura o *homo videns*, um sujeito cuja percepção visual precede e limita a abstração. O que parece um avanço comunicacional revela-se, portanto, como regressão epistemológica — o pensamento mediado pela imagem deixa de ser instrumento de compreensão para tornar-se veículo de manipulação sensorial.

Nesse regime de visibilidade, a verdade perde sua função reguladora e cede lugar à verossimilhança afetiva. O dado não é mais testado, mas compartilhado; o argumento não é ponderado, mas sentido. Campos Mello (2020) identifica nesse fenômeno a consolidação de uma máquina de ódio, capaz de articular emoção, ressentimento e engajamento político. O controle das emoções converte-se em tecnologia de governo, e a política torna-se espetáculo, confirmando o diagnóstico de Debord (1997) sobre a “sociedade do espetáculo”, agora atualizada pela curadoria algorítmica das plataformas. A mídia não apenas informa: ela forma. Cada

interação alimenta uma economia psíquica em que a atenção é capital e a excitação, o principal recurso de captura.

O processo de espetacularização, no entanto, não deve ser lido como simples degradação moral da política, mas como deslocamento de suas condições materiais de possibilidade. A democracia mediada por algoritmos produz uma esfera pública modulada por métricas de engajamento, onde o poder de convencimento é substituído pelo poder de viralização. Van Brussel Barroso (2020) mostra que a desinformação não é um erro técnico, mas uma estrutura funcional ao modelo de negócios das plataformas. A mentira é produtiva porque gera fluxo, e o fluxo é a unidade de valor na economia digital. Sob essa lógica, o falso não é o oposto do verdadeiro, mas sua versão mais rentável.

A continuidade histórica entre a televisão e as redes sociais indica que a transformação digital não rompeu com a lógica do espetáculo, apenas a descentralizou. Se antes o poder de difusão concentrava-se nas emissoras, hoje distribui-se em sistemas de recomendação que, sob a aparência da pluralidade, reforçam o isolamento cognitivo e a homofilia informacional. As “bolhas afetivas” de que fala Sartori (2001) tornam-se agora bolhas algorítmicas, nas quais o sujeito é alimentado por versões personalizadas da realidade. O pluralismo democrático cede lugar à fragmentação perceptiva, e o debate público à reafirmação narcísica do mesmo. A deliberação se dissolve na curadoria automatizada de conteúdos.

Contudo, reduzir esse fenômeno à patologia da comunicação seria ignorar seu alcance político. A desinformação atua como dispositivo de poder no sentido foucaultiano: ela produz sujeitos e governa condutas. Através da gestão algorítmica da atenção, a democracia é reconfigurada em termos de consumo. A liberdade de expressão converte-se em liberdade de exposição, e a autonomia do cidadão, em previsibilidade comportamental. O governo da imagem torna-se governo dos afetos, e o consenso é obtido não pelo convencimento racional, mas pela saturação emocional. Nesse cenário, a política se transforma em gestão de percepções, e a soberania popular em estatística de cliques.

A densidade do problema reside no paradoxo que ele instaura: a mesma infraestrutura que amplia a circulação da palavra também insti-

tucionaliza o ruído. A democratização do acesso não implica democratização da escuta. Barcellos e Terra (2019) demonstram que a comunicação em rede tende a reforçar assimetrias de visibilidade e não a dissolvê-las, criando hierarquias informacionais invisíveis. A ilusão de participação plena oculta a concentração de poder nas mãos de quem controla o algoritmo. Assim, a crise da verdade não é epistemológica, mas política: o que se disputa não é o conteúdo da informação, mas o direito de ordenar a percepção coletiva.

A análise revela que a desinformação, longe de ser um acidente do sistema, é o modo de operação do capitalismo cognitivo (Berardi, 2019). O controle imagético e a modulação afetiva configuram novas formas de governo das mentes, deslocando o campo da política para o da psicotécnica. O desafio, portanto, não é apenas combater as fake news, mas compreender o regime de verdade que as torna possíveis. A democracia, para continuar existindo, precisará reinventar sua própria ecologia cognitiva — restituir ao olhar a profundidade do pensamento e à informação a densidade do discernimento.

3.3 Liberdade e Responsabilidade: Tensões Constitutivas da Expressão Democrática

A liberdade de expressão é o eixo vital da democracia, mas também o campo em que suas fragilidades se revelam. Ela sustenta a pluralidade do espaço público ao mesmo tempo em que abriga a possibilidade de sua corrosão interna. O paradoxo não é acidental: toda sociedade livre deve tolerar o dissenso, mas precisa preservar as condições que o tornam possível. O princípio que garante a expressão individual é o mesmo que, sem mediação ética ou jurídica, pode ser mobilizado para destruir a própria esfera da deliberação coletiva. Nesse sentido, a liberdade não é um estado, mas uma tensão permanente entre o dizer e o ferir, entre o direito de falar e o dever de responder pelo dito.

A tradição liberal, inaugurada por Mill (1999), concebeu a liberdade de expressão como salvaguarda contra a tirania do Estado e da maio-

ria. Seu “princípio do dano” — que admite restrição apenas quando a fala causa prejuízo concreto a outrem — instituiu um modelo negativo de liberdade, centrado na não interferência. Contudo, a experiência contemporânea desloca o problema: o dano já não é apenas físico ou moral, mas simbólico e sistêmico. A fala de ódio, a desinformação e a manipulação digital não se dirigem apenas a indivíduos, mas às condições coletivas de racionalidade pública. O conceito de dano precisa, portanto, ser reinterpretado em termos de vulnerabilidade social e integridade democrática, de modo que o direito à palavra não se transforme em licença para a violência discursiva.

Dworkin (2006) propõe que a liberdade de expressão é o terreno moral em que se decide o sentido de justiça em uma comunidade política. Ela não é um privilégio individual, mas uma condição de reciprocidade: cada sujeito reconhece o outro como capaz de participar do mesmo processo de deliberação racional. Quando o discurso se converte em instrumento de exclusão — seja pelo ódio, pela desinformação ou pela manipulação tecnológica — rompe-se essa reciprocidade, e com ela o próprio fundamento moral da democracia. Assim, o limite da expressão não é imposto de fora, mas decorre de seu próprio conceito: falar livremente implica reconhecer a liberdade do outro de existir e de responder.

A Constituição brasileira de 1988 incorpora essa dimensão ao articular a liberdade de expressão como direito fundamental positivo e negativo. O texto assegura o livre exercício da palavra e, ao mesmo tempo, veda o anonimato e garante o direito de resposta, revelando a estrutura dialética do princípio: a liberdade só se sustenta em regime de responsabilidade. Como observa José Afonso da Silva (2009), não se trata de um privilégio abstrato, mas de uma liberdade ordenada, vinculada à dignidade humana e à função social da comunicação. O constitucionalismo contemporâneo, portanto, não reduz a liberdade à ausência de restrição, mas a reconcebe como espaço de responsabilidade compartilhada.

As decisões paradigmáticas do Supremo Tribunal Federal — como a ADPF 130, que revogou a Lei de Imprensa, ou o HC 82.424, que negou o amparo da liberdade a discursos racistas — reafirmam essa lógica de

equilíbrio entre autonomia e limitação. O tribunal não protege a palavra em si, mas o valor democrático que ela expressa. A jurisprudência brasileira, em consonância com a Corte Europeia de Direitos Humanos (caso *Alves da Silva v. Portugal*, 2009), indica que a liberdade se estende apenas até o ponto em que não destrói as condições do diálogo público. O limite não é censura, mas autopreservação da democracia.

No ambiente digital, contudo, esse equilíbrio é tensionado por uma nova arquitetura de poder comunicacional. As plataformas privadas detêm o monopólio da mediação discursiva, transformando a liberdade em produto e a visibilidade em critério de valor. Sunstein (2010) argumenta que a ausência de regulação nesse campo permite a formação de “câmaras de eco” e “falhas deliberativas” que distorcem o processo democrático. A neutralidade algorítmica é uma ficção: os filtros de visibilidade operam como formas de censura opaca, selecionando o que pode circular sob o disfarce da liberdade irrestrita. O discurso de ódio e a desinformação, longe de serem desvios, são efeitos funcionais dessa economia da atenção.

A defesa absoluta da liberdade de expressão, nesse contexto, converte-se em defesa da dominação privada do espaço público. A censura não desaparece: muda de forma e de lugar. Se antes o perigo vinha do Estado, agora emana das plataformas que organizam o discurso em função do lucro. A regulação democrática proposta por Sunstein (2010) e reafirmada por recentes debates legislativos no Brasil busca restaurar a dimensão pública da comunicação, sem reintroduzir o controle autoritário da palavra. A tarefa não é limitar a liberdade, mas reconstituir o campo de sua legitimidade.

A filosofia política contemporânea indica que não há liberdade sem responsabilidade, nem expressão sem alteridade. O discurso público deve ser entendido como prática ética, e não como mera emissão de opiniões. A liberdade de expressão, longe de ser absoluta, é relacional: nasce do encontro entre consciências que se reconhecem mutuamente. A censura prévia destrói esse encontro, mas a ausência total de limites também o inviabiliza, pois transforma a linguagem em arma. Entre a mordada e o ruído, a democracia exige o silêncio reflexivo da escuta — o espaço em que o outro pode ainda falar.

3.4 Soberania Algorítmica e Responsabilidade Constitucional: A Democracia sob Regime de Automação

A inteligência artificial e a automação comunicacional instauram um novo regime de poder que ultrapassa os marcos tradicionais da soberania. O espaço público, outrora delimitado por instituições políticas e mediado pela linguagem racional, passa a ser reconfigurado por infraestruturas algorítmicas que operam sobre a cognição e o afeto. A democracia, fundada sobre a capacidade de deliberação autônoma dos cidadãos, vê-se atravessada por dispositivos que orientam o comportamento político por meio da predição e da modulação emocional. Assim, o centro de gravidade da soberania desloca-se do cidadão para o código — do voto consciente para o clique condicionado. Esse deslocamento, que parece técnico, é em essência ontológico: redefine a relação entre saber, poder e liberdade.

Garcia (2023) identifica que os algoritmos não apenas distribuem informação, mas modelam a própria percepção do real, instaurando um regime de visibilidade seletiva que condiciona as possibilidades do discurso público. Claramunt (2023) acrescenta que essa personalização algorítmica, ao mesmo tempo em que promete relevância, dissolve o comum, substituindo o espaço de encontro pela fragmentação das “esferas informacionais privadas”. O resultado é um processo de dessubjetivação democrática: o sujeito não mais participa da construção da vontade coletiva, mas consome narrativas pré-configuradas pela lógica da atenção. A soberania informacional, nesse sentido, é sequestrada por infraestruturas que decidem o que pode ser visto, dito e acreditado.

Essa captura da esfera pública é o terreno fértil sobre o qual floresce o populismo digital. Rebollo e Soria (2023) demonstram que a retórica populista encontra nas plataformas digitais uma ecologia ideal, pois estas transformam o afeto em capital político. O populismo contemporâneo já não precisa de grandes comícios ou lideranças carismáticas: basta um feed que amplifique emoções negativas e produza a sensação de pertencimento pela indignação. A automação da comunicação substitui a argumentação pela viralização, transformando a política em espetáculo con-

tínuo de ressentimento. Bostrom (2016) alerta que a própria arquitetura da inteligência artificial tende a potencializar esse cenário, na medida em que algoritmos de otimização de engajamento reproduzem e ampliam os vieses humanos, conduzindo a sociedade a um “loop” de radicalização informacional.

A ausência de regulação amplifica esses riscos e coloca em xeque o próprio ideal de autonomia cidadã. A liberdade de expressão, fundamento da democracia, converte-se em vetor de desinformação quando instrumentalizada por sistemas que priorizam alcance em detrimento da veracidade. É nesse contexto que Ramos (2022) propõe a noção de “democracia militante”, segundo a qual o Estado não pode ser neutro diante de ameaças tecnológicas à integridade do regime democrático. A neutralidade, argumenta o autor, seria cumplicidade. A defesa da Constituição exige um novo tipo de responsabilidade: aquela que não censura o discurso, mas regula as condições materiais que o tornam possível. Tal perspectiva desloca o foco da punição para a estrutura — das palavras proferidas para os circuitos que as amplificam.

No entanto, a regulação enfrenta um paradoxo: quanto mais se tenta proteger o espaço público, maior o risco de capturá-lo sob o controle estatal ou tecnocrático. A resposta a esse dilema não pode ser a inércia, mas a construção de um modelo constitucional de governança algorítmica baseado em transparência, auditabilidade e proporcionalidade. As propostas normativas do AI Act e do Digital Services Act, na União Europeia, apontam para essa direção ao estabelecer deveres de explicabilidade e controle de risco em sistemas de alto impacto. No Brasil, o debate em torno do PL 2.630/2020 e do PL 2338/2023 revela o esforço de adaptar esses princípios à realidade constitucional, buscando equilibrar liberdade informacional e segurança democrática. O constitucionalismo digital emergente reconhece que o poder algorítmico deve ser tratado como forma de poder político e, portanto, submetido a mecanismos de accountability pública.

A governança democrática da inteligência artificial pressupõe um novo pacto entre técnica e direito. Garcia (2023) sustenta que a explica-

bilidade algorítmica é o equivalente contemporâneo do princípio republicano da publicidade: o que não é transparente não pode ser legítimo. Contudo, a mera abertura do código não basta; é preciso que a sociedade disponha de instrumentos de interpretação e contestação. O direito deve funcionar como gramática comum entre a racionalidade técnica e a ética pública, impedindo que a opacidade tecnológica se converta em novo absolutismo. A governança da IA, nesse sentido, é menos um problema de engenharia e mais uma questão de filosofia política: quem decide o que os algoritmos devem decidir?

A soberania popular, que outrora residia no voto, passa agora a depender da capacidade de compreender e intervir nas infraestruturas digitais que moldam o espaço da decisão. O constitucionalismo informacional deve, portanto, deslocar-se da mera proteção de dados para a proteção da consciência. Trata-se de assegurar não apenas o sigilo informacional, mas a integridade cognitiva da cidadania. A liberdade de expressão e o direito à informação precisam ser reinterpretados à luz da interdependência entre humanos e sistemas inteligentes. A autonomia individual, sem o domínio das condições tecnológicas que a sustentam, torna-se ficção.

A filosofia da técnica indica que toda automatização é também uma forma de normatividade. Cada linha de código contém uma decisão política sobre o que pode ser dito e o que deve ser silenciado. Por isso, a regulação democrática da inteligência artificial não é antitética à liberdade, mas sua extensão lógica. Limitar o poder algorítmico é o modo contemporâneo de preservar a liberdade republicana. Quando o cálculo substitui o juízo, e a eficiência substitui a deliberação, a democracia deixa de ser um regime de argumentação e torna-se um regime de predição. A resistência a esse destino exige não apenas leis, mas uma ética pública da inteligibilidade.

Assim, a defesa da democracia na era algorítmica implica redefinir o próprio conceito de responsabilidade. Não se trata mais de punir indivíduos, mas de responsabilizar arquiteturas. O constitucionalismo do futuro não julgará apenas atos, mas códigos; não apenas discursos, mas sistemas de decisão. A soberania popular, reconfigurada sob a lógica da

automação, precisa reaprender a governar aquilo que a governa. A tarefa crítica do direito e da filosofia, nesse contexto, é impedir que a inteligência artificial se torne o novo Leviatã invisível da política.

4 SÍNTESE ANALÍTICA

A crise da democracia contemporânea não decorre apenas do enfraquecimento institucional, mas da transformação ontológica de suas condições cognitivas e afetivas. A esfera pública, outrora mediada pela linguagem e pela argumentação racional, tornou-se um campo de predição e modulação, onde o poder se exerce não pela coerção direta, mas pela captura do sensível. A política, nesse contexto, é absorvida pela lógica do cálculo: o voto é traduzido em dado, o cidadão em perfil, e a liberdade em variável estatística. Esse deslocamento configura o que Rouvroy e Berns (2013) denominam de *governamentalidade algorítmica*, na qual o governo das condutas antecede o pensamento e substitui o juízo pela antecipação automatizada do comportamento.

A autonomia política, fundada no ideal moderno de sujeito racional, dissolve-se diante da intermediação técnica das decisões e percepções. Diamond e Morlino (2004) afirmam que a qualidade democrática depende da capacidade de deliberação informada; contudo, no cenário da hiperconectividade, a deliberação é substituída pela reação emocional programada. Sartori (2001) já havia diagnosticado essa mutação do *homo sapiens* em *homo videns*, mas hoje a imagem deixa de ser apenas veículo sensorial para tornar-se vetor algorítmico. A heteronomia contemporânea não nasce da censura, mas da saturação: é pela abundância informacional e pela economia da atenção que se domestica o desejo político.

A desinformação opera como engrenagem desse sistema, não como falha. Em vez de representar um desvio, constitui o próprio modo de funcionamento do capitalismo cognitivo (Berardi, 2019), em que o fluxo vale mais que o conteúdo e a emoção mais que o argumento. Como assinala Debord (1997), o espetáculo substitui a experiência pelo consumo de signos; mas, nas plataformas digitais, o espetáculo tornou-se interativo

e perfilado. O algoritmo, como observa Sunstein (2010), não seleciona o verdadeiro, mas o engajador. A mentira, portanto, é produtiva, pois mantém o ciclo de atenção e engajamento. A democracia deixa de ser regime de verdade para se converter em regime de visibilidade, no qual o que existe é apenas o que circula.

Nesse ambiente, a liberdade de expressão enfrenta uma mutação semântica. Dworkin (2006) concebeu-a como o terreno moral do dissenso, mas sua função emancipatória é corroída quando o discurso é mediado por infraestruturas opacas. Mill (1999), ao formular o princípio do dano, não poderia prever um cenário em que o dano é difuso e cumulativo, distribuído por redes que amplificam o ódio e a mentira. A defesa da liberdade absoluta, sem considerar sua ecologia técnica, transforma-se em cúmplice do autoritarismo informacional. A censura, que outrora emanava do Estado, hoje se exerce pela invisibilização algorítmica: aquilo que não é recomendado simplesmente deixa de existir.

A tensão entre liberdade e responsabilidade adquire, portanto, um novo estatuto constitucional. José Afonso da Silva (2009) e Ramos (2022) convergem na defesa de uma liberdade ordenada — não tutelada, mas vinculada à preservação da dignidade democrática. A democracia militante, nesse sentido, não é repressiva, mas protetiva: busca regular as condições materiais que tornam possível o exercício livre da palavra. A governança democrática das tecnologias, como propõem Garcia (2023) e Claramunt (2023), deve instaurar mecanismos de auditabilidade e explicabilidade que devolvam à sociedade o direito de compreender as estruturas que a governam. O AI Act europeu e o PL 2.338/2023 brasileiro apontam para esse horizonte de constitucionalismo informacional, em que o código é reconhecido como locus de poder político.

O desafio filosófico e jurídico que emerge não é o de retornar à pureza de uma esfera pública perdida, mas o de instituir uma nova racionalidade política capaz de submeter a técnica à ética. A democracia do futuro dependerá menos da liberdade de falar e mais da liberdade de compreender os sistemas que fazem falar. Como adverte Zuboff (2019), a captura comportamental representa a forma mais sofisticada de domina-

ção, porque se disfarça de autonomia. Resistir a ela implica reconceber a liberdade como inteligibilidade e a soberania como direito de intervenção sobre as infraestruturas cognitivas.

A democracia, assim, não se esgota em seus dispositivos jurídicos: é uma ecologia de atenção, cuidado e discernimento. Proteger a liberdade exige cultivar o pensamento — devolver ao olhar a profundidade que o algoritmo tende a achatar. Quando a política se torna cálculo, o humano corre o risco de tornar-se redundante; mas é precisamente nesse ponto que a filosofia retoma sua função crítica: restaurar o intervalo entre estímulo e resposta, onde ainda é possível decidir, julgar e, portanto, ser livre.

5 CONCLUSÃO E PERSPECTIVAS DE POLÍTICAS PÚBLICAS

O estudo conclui que a liberdade de expressão, no contexto das democracias digitais, encontra-se submetida a uma reconfiguração estrutural que desloca o centro da decisão política do cidadão para o algoritmo. O poder comunicacional, antes mediado por instituições públicas e pela razão discursiva, é hoje exercido por infraestruturas tecnológicas que modulam afetos e predizem comportamentos, reduzindo a autonomia à previsibilidade e a deliberação à reação. A análise evidencia que o problema contemporâneo da liberdade não é a censura, mas a invisibilidade; não o silêncio imposto, mas a saturação informacional que anula o discernimento. Nesse cenário, a democracia só poderá sobreviver se for capaz de instaurar uma ética pública da inteligibilidade, capaz de submeter o cálculo técnico ao juízo coletivo e reconstituir a deliberação como prática de cuidado com o comum.

As principais limitações do estudo decorrem de seu caráter teórico e documental, o que restringe a validação empírica dos achados. Embora a análise tenha articulado fontes jurídicas, filosóficas e comunicacionais, a ausência de estudos de caso aplicados — como auditorias de algoritmos, observatórios de desinformação ou experiências de regulação participativa — limita a compreensão das dinâmicas concretas entre plataformas, Estado e sociedade civil. Além disso, a natureza transnacional do fenô-

meno demanda abordagens comparativas e interdisciplinares que ultrapassem o recorte normativo brasileiro, explorando, por exemplo, como diferentes regimes democráticos enfrentam a tensão entre liberdade informacional e soberania algorítmica.

Com base nesses limites, sugerem-se quatro direções futuras de pesquisa e formulação de políticas públicas. Primeiramente, urge o desenvolvimento de mecanismos de auditoria pública de algoritmos, que assegurem transparência e responsabilização em plataformas de grande impacto social. Em segundo lugar, recomenda-se a criação de autoridades democráticas de governança digital, autônomas e interdisciplinares, voltadas à proteção da integridade cognitiva dos cidadãos e à regulação da economia da atenção. Terceiro, propõe-se a incorporação da educação para a literacia algorítmica nas políticas curriculares, de modo a formar sujeitos críticos capazes de compreender e contestar as mediações tecnológicas. Por fim, enfatiza-se a necessidade de uma cooperação internacional sobre direitos digitais, que estabeleça parâmetros éticos globais para o uso de inteligência artificial e para a proteção da deliberação pública como bem comum.

Em síntese, defender a liberdade de expressão na era algorítmica implica ir além da retórica da neutralidade técnica: é reconhecer que a infraestrutura é hoje o campo decisivo da política. A tarefa das democracias do século XXI será garantir que os algoritmos permaneçam instrumentos de ampliação da liberdade — e não de sua automatização silenciosa.

REFERÊNCIAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral da cidadania**. São Paulo: Saraiva, 1995.

BARBOSA, Ruy. **Comentários à Constituição Federal brasileira**. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 1933.

BARCELLOS, Ana Paula de; TERRA, Felipe Mendonça. Liberdade de expressão e manifestações nas redes sociais. In: **Constituição da República: 30 anos depois**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão, imprensa e mídias sociais. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 25, n. 135, 2023.

BENJAMIN, Ruha. **Race After Technology**: Abolitionist Tools for the New Jim Code. Cambridge: Polity Press, 2019. Disponível em: https://www.politybooks.com/bookdetail?book_slug=race-after-technology--9781509526406. Acesso em: 8 nov. 2025.

BERARDI, Franco “Bifo.” **Futurability**: The Age of Impotence and the Horizon of Possibility. London: Verso, 2019.

BOSTROM, Nick. **Superintelligence**: Paths, Dangers, Strategies. Oxford: Oxford University Press, 2016.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Marco Civil da Internet. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 abr. 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 8 nov. 2025.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 15 ago. 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 8 nov. 2025.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 2.338/2023** (Marco Legal da Inteligência Artificial). Brasília, DF: Senado Federal.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 2.630/2020** (Lei das Fake News). Brasília, DF: Senado Federal.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **ADPF 130/DF** (Rel. Min. Carlos Ayres Britto, julgamento em 2009). **ADI 4451/DF** (Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgamento em 2018). **HC 82.424/RS** (Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 2003).

BRAUN, Virginia; CLARKE, Victoria. Using thematic analysis in psychology. **Qualitative Research in Psychology**, v. 3, n. 2, p. 77–101, 2006. Disponível em: <https://doi.org/10.1191/1478088706qp063oa>. Acesso em: 8 nov. 2025.

BUENO, José Antônio Pimenta. **Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império**. Rio de Janeiro: Nova Edição, 1958.

CAMPOS MELLO, Patrícia. **A máquina do ódio**: notas de uma repórter sobre fake news e violência digital. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

CLARAMUNT, Álvaro. **Algoritmos e esfera pública**: da visibilidade à captura cognitiva. Barcelona: Gedisa, 2023.

DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

DIAMOND, Larry; MORLINO, Leonardo. The Quality of Democracy: An Overview. **Journal of Democracy**, v. 15, n. 4, Johns Hopkins University Press, 2004.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

EKMEKDJIAN, Miguel Ángel. **Tratado de derecho constitucional**. Buenos Aires: Depalma, 1993.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (ECHR). **Alves da Silva v. Portugal**. Application no. 41665/07, Judgment of 2009.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

GARCIA, Marta. **Inteligência Artificial e Democracia**: desafios da transparência algorítmica. Madrid: Tecnos, 2023.

JOSÉ AFONSO DA SILVA. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à Constituição brasileira de 1891**. Brasília: Senado Federal, 2005.

MILL, John Stuart. **A liberdade / Utilitarismo**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PAGE, Matthew J. et al. The PRISMA 2020 statement: an updated guideline for reporting systematic reviews. **BMJ**, v. 372, n. 71, p. 1–9, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1136/bmj.n71>. Acesso em: 8 nov. 2025.

PASQUINELLI, Matteo. **The Eye of the Master**: A Social History of Artificial Intelligence. London: Verso, 2023. Disponível em: <https://www.versobooks.com/products/2807-the-eye-of-the-master>. Acesso em: 8 nov. 2025.

RAMOS, Edson. **Democracia militante e Estado Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2022.

REBOLLO, José; SORIA, Laura. **Populismo Digital e Desinformação**: novas formas de poder comunicacional. Buenos Aires: CLACSO, 2023.

ROUVROY, Antoinette; BERNIS, Thomas. Gouvernamentalité algorithmique et perspectives d'émancipation. **Réseaux**, v. 31, n. 177, p. 163–196, 2013. Disponível em: <https://doi.org/10.3917/res.177.0163>. Acesso em: 8 nov. 2025.

SARTORI, Giovanni. **Homo videns**: televisão e pós-pensamento. Bauru: Edusc, 2001.

SUNSTEIN, Cass R. **A verdade sobre os boatos**: como a desinformação invade nossas mentes e manipula nossas emoções. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

UNESCO. **Recomendação sobre a Ética da Inteligência Artificial**. Paris: Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura, 2021. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000381137>. Acesso em: 8 nov. 2025.

UNIÃO EUROPEIA. **Artificial Intelligence Act**. Bruxelas: European Commission, 2024.

UNIÃO EUROPEIA. **Digital Services Act**. Bruxelas: European Commission, 2023.

VAN BRUSSEL BARROSO, Luna. Mentiras, equívocos e liberdade de expressão. **Jota**, 2020.

ZUBOFF, Shoshana. *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*. New York: PublicAffairs, 2019. Disponível em: <https://www.publicaffairsbooks.com/titles/shoshana-zuboff/the-age-of-surveillance-capitalism/9781610395700>. Acesso em: 8 nov. 2025.

Recebido em 08 de novembro de 2025

Aprovado em 19 de dezembro de 2025

**ESTUDOS DE CASO,
JURISPRUDÊNCIA E LEGISLAÇÃO**

PARTE IV



PANORAMA REGULATÓRIO SOBRE PROTEÇÃO DE DADOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES: NORTE E SUL GLOBAL EM PERSPECTIVA

Regulatory Landscape of Children's Data: Global North and South in Perspective

Lynn Alves¹

Mariona Grané²

RESUMO

Apesar da crescente relevância do controle de dados em plataformas digitais, a proteção de crianças e adolescentes nesses ambientes ainda é abordada de forma desigual entre os países. Este artigo tem como objetivo analisar iniciativas governamentais e institucionais voltadas à proteção de dados de crianças e adolescentes em ambientes digitais, com foco na Europa, Reino Unido, Estados Unidos, Canadá e Brasil. Utilizou-se uma abordagem baseada em análise documental de políticas e regulamentações existentes. Os resultados indicam avanços significativos em algumas regiões, mas também lacunas na implementação de medidas efetivas e na cooperação internacional. Conclui-se que a proteção dos direitos das crianças em

ABSTRACT

Despite the growing importance of data control on digital platforms, the protection of children and adolescents in these environments remains unevenly addressed across countries. This article aims to analyze governmental and institutional initiatives focused on safeguarding children's data in digital environments, with a focus on Europe, the United Kingdom, the United States, and Brazil. A qualitative approach was adopted, based on document analysis of existing policies and regulations. The results indicate significant progress in some regions but also highlight gaps in implementing effective measures and fostering international cooperation. The conclusion emphasizes that protecting children's rights in digital contexts requires transnational policies and global agreements that hold companies accountable for adopting ethical principles,

¹ Graduação em Pedagogia pela Faculdade de Educação da Bahia (1985), Mestrado (1998) e Doutorado (2004) em Educação pela Universidade Federal da Bahia. Pós-doutorado na Universidade de Barcelona, sobre o tema Crianças, adolescentes, jogos digitais e proteção e segurança de dados (2024-2025). Pós-doutorado na área de Jogos eletrônicos e aprendizagem (Universidade de Turim, na Itália/2008), Jogos e narrativas seriadas (FACOM/UFBA/2018-2019). É docente e pesquisadora do Instituto de Humanidades, Artes e Ciência - IHAC - UFBA.

² Doutora em ciências educacionais pela Universidade de Barcelona. Professora associada em Educação e em estudos de comunicação audiovisual na Universidade de Barcelona e também pesquisadora no grupo Aprendizagem, Mídia e Interações Sociais (LMI). É especialista em design de interação de recursos digitais e integração de TIC em ambientes de aprendizagem.

contextos digitais exige políticas transnacionais e acordos globais que responsabilizem empresas pela adoção de princípios éticos, garantindo a segurança e o bem-estar de crianças e adolescentes, independentemente do país em que atuam.

ensuring the safety and well-being of children and adolescents, regardless of the country in which they operate.

Palavras-chave: Proteção de Dados; Crianças e Adolescentes; Ambientes Digitais.

Keywords: Data Protection; Children and Adolescents; Digital Environments.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO. 2. METODOLOGIA, PRINCÍPIOS E DISPOSITIVOS INVESTIGATIVOS. 2.1. PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS. 3. PESQUISAS E AÇÕES PARA DESVELAR OS PROCESSOS DE DATAFICAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES. 4. DELINEANDO AS POLÍTICAS PÚBLICAS NO NORTE GLOBAL. 4.1. REGULAÇÕES DA UNIÃO EUROPEIA. 4.2. REINO UNIDO. 4.3. ESTADOS UNIDOS. 4.4. BRASIL: ESTÁGIO INICIAL DE CONSOLIDAÇÃO NORMATIVA NA PROTEÇÃO DE DADOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES. 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 6. AGRADECIMENTOS. REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, o tratamento de informações pessoais ganhou relevância global, impulsionando avanços regulatórios e debates éticos tanto no Norte, especialmente nos Estados Unidos e na Comunidade Europeia, quanto no Sul Global, com destaque para o Brasil. Esses diálogos têm enfatizado a transparência nos processos de coleta e uso, bem como a responsabilização sobre o manejo dos dados, subsidiando a formulação de políticas e normas em diversos setores.

Entretanto, quando o foco recai sobre crianças e adolescentes, as iniciativas de proteção e segurança ainda se mostram incipientes, sobretudo em países do Sul Global. No Brasil, em 17 de setembro de 2025, após três anos da tramitação do Projeto de Lei nº 2.628/2022, foi sancionada legislação recente (Lei 15211/25) voltada à proteção de crianças e adolescentes em ambientes digitais, ainda em fase inicial de implementação.

Contudo, ainda persistem lacunas na implementação de medidas efetivas que resguardem jovens em redes sociais, jogos digitais e outras plataformas interativas. Essa carência de ações concretas evidencia um descompasso entre o avanço legislativo e a efetividade das intervenções, colocando em risco o princípio do “melhor interesse da criança” (ONU, 1989).

Frente a esse cenário, emerge a questão central deste artigo: quais políticas e regulamentações governamentais e institucionais que efetivamente protegem os dados de crianças e adolescentes em ambientes digitais? Ao responder esse questionamento, buscamos compreender não apenas o arcabouço jurídico vigente na União Europeia, no Reino Unido, nos Estados Unidos, no Canadá e no Brasil, mas também as estratégias de fiscalização e aplicação práticas que garantam um ambiente digital seguro para crianças e adolescentes.

Parte-se do pressuposto analítico de que a proteção de dados de crianças e adolescentes deve ser orientada pelo princípio do melhor interesse da criança, adotando-se um enfoque garantista e de direitos fundamentais. Assume-se, ainda, que a mera existência de marcos normativos não assegura proteção efetiva, sendo necessária a análise de sua implementação, coerência interna e capacidade de responsabilização das plataformas digitais.

Para tanto, realizamos um levantamento e análise crítica de documentos oficiais, relatórios de organismos especializados, publicações acadêmicas e estudos produzidos em ambas as regiões do globo. Considerando essa perspectiva, organizamos o artigo em cinco seções temáticas, seguidas pelas considerações finais, nas quais integramos os principais achados e indicamos caminhos para fortalecer ações e políticas de proteção de dados de crianças e adolescentes nos ecossistemas digitais.

2 METODOLOGIA, PRINCÍPIOS E DISPOSITIVOS INVESTIGATIVOS

Este estudo adota uma abordagem centrada na análise documental, conforme descrito por Bowen (2009), essa técnica sistemática envolve a

seleção, exame crítico e interpretação de documentos oficiais e literatura especializada, com o objetivo de extrair e compreender significados ligados à proteção de dados de crianças e adolescentes em ambientes digitais.

2.1 Procedimentos metodológicos

O objetivo central foi examinar como distintas regiões, como União Europeia, Estados Unidos, Canadá e Brasil vêm estruturando seus marcos regulatórios e políticas públicas voltadas à proteção de dados de crianças e adolescentes em ambientes digitais. O percurso metodológico combinou a análise de leis, relatórios institucionais e diretrizes técnicas, articulando uma leitura interpretativa e crítica dos documentos oficiais, especialmente os publicados no período de 2018 a 2025, marcado pela consolidação e atualização de marcos regulatórios específicos sobre proteção de dados pessoais e direitos digitais de crianças e adolescentes em diferentes jurisdições.

Esta delimitação temporal foi estabelecida considerando o ano da publicação da Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil, entendida como um marco normativo estruturante para a agenda nacional de proteção de dados, embora documentos anteriores, como o Marco Civil da Internet, já indicassem preocupações iniciais que dialogam com a temática abordada neste artigo. A opção por privilegiar documentos produzidos entre 2018 e 2025 justifica-se metodologicamente por corresponder a um período de intensificação dos debates internacionais, de amadurecimento institucional e de formulação de políticas específicas voltadas à proteção de crianças e adolescentes no ambiente digital. A intenção foi evidenciar como os documentos internacionais especificamente do período indicado acima se constituem como um marco internacional e nacional para a definição de políticas e outras regulamentações com foco na proteção de crianças e adolescentes no universo digital.

Na União Europeia, o procedimento analítico concentrou-se em quatro instrumentos normativos fundamentais: o *General Data Protection Regulation (GDPR)*, o *Digital Services Act* e o *AI Act (2024)*. No que se refere ao Reino Unido, foi analisado o *Age-Appropriate Design Code*.

Esses documentos foram examinados a partir de sua complementaridade, observando-se a consolidação de um sistema de regulação integrado, que equilibra inovação tecnológica e proteção de direitos fundamentais. A análise considerou, sobretudo, a definição do consentimento parental para menores e o princípio do “melhor interesse da criança” como orientadores das políticas públicas e do design digital ético.

Nos Estados Unidos, a metodologia envolveu a leitura crítica da *Children’s Online Privacy Protection Act (COPPA)*, do *California Age-Appropriate Design Code* (2022) e do projeto de lei *Kids Online Safety Act (KOSA, 2024)*. A análise documental buscou compreender o papel pioneiro do COPPA na regulação da coleta de dados de menores de 13 anos e identificar as atualizações propostas pelos instrumentos mais recentes, que ampliam o alcance etário e reforçam a responsabilidade das plataformas digitais pelos riscos psicossociais associados ao uso de seus serviços.

No Canadá, o estudo concentrou-se na *Personal Information Protection and Electronic Documents Act (PIPEDA)* e no *Bill C-27 (Consumer Privacy Protection Act, 2024)*. Foram examinados os princípios de transparência, responsabilidade e consentimento informado, assim como as recomendações do *Office of the Privacy Commissioner of Canada (OPC)*. A análise metodológica privilegiou a forma como o país reconhece as crianças como grupo vulnerável e orienta práticas éticas em jogos e aplicativos digitais, especialmente no contexto de coleta e uso de dados pessoais.

No Brasil, a análise documental envolveu um conjunto articulado de legislações e diretrizes: a *Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018, Art. 14)*, o *Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990)*, a *Política Nacional de Educação Digital (Lei nº 14.533/2023)*, o *Marco Legal da Indústria de Jogos Eletrônicos (Lei nº 14.852/2024)* e, mais recentemente, a *Lei nº 15.211/2025*, que amplia a proteção de crianças e adolescentes nos ambientes digitais e prevê medidas de regulação voltadas às plataformas e serviços de tecnologia. Esta última lei foi incluída na análise por representar um avanço significativo na consolidação de um ecossistema normativo voltado ao bem-estar infantojuvenil. Além disso, foram considerados os estudos e guias interpretativos publicados pela *Autoridade Nacional de Pro-*

teção de Dados (ANPD), que contribuem para a aplicação prática do Artigo 14 da LGPD e reforçam o princípio do melhor interesse da criança como eixo central das políticas digitais no país.

Os procedimentos metodológicos envolveram, portanto, uma leitura comparativa e interpretativa dos documentos, identificando convergências e divergências entre os marcos normativos. A triangulação entre legislações, relatórios institucionais e guias de boas práticas permitiu compreender o grau de maturidade regulatória de cada contexto e os desafios enfrentados na implementação de políticas efetivas. Essa abordagem possibilitou evidenciar o papel estratégico de cada região na promoção de um ambiente digital mais seguro, ético e centrado nos direitos das crianças e adolescentes.

Assim, partindo da seguinte questão central: quais políticas e regulamentações efetivamente protegem os dados de crianças e adolescentes em ambientes digitais? Este artigo analisa leis, agências reguladoras, projetos governamentais e iniciativas da sociedade civil na Europa, Reino Unido, Estados Unidos e Brasil.

3 PESQUISAS E AÇÕES PARA DESVELAR OS PROCESSOS DE DATAFICAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

O fenômeno da plataformização vem se consolidando nos últimos 20 anos, configurando um processo de dataficação invasivo e pervasivo nos diferentes segmentos da sociedade, exigindo que os órgãos governamentais nacionais e internacionais, busquem estabelecer marcos regulatórios para inibir a coleta excessiva de dados pessoais e sensíveis dos cidadãos (CGI, 2023).

Van Dijck (2014), a partir das contribuições de Mayer-Schönberger e Cukier (2013) define a dataficação como a “transformação da ação social em dados quantificados on-line, permitindo assim o rastreamento em tempo real e a análise preditiva” (2014, p. 2). Tal processo vem sendo legitimado para acessar, entender, monitorar e modelar o comportamento humano, delineando o que Lemos chama de dataficação da vida (Lemos, 2021).

Esse processo de dataficação tem sido amplamente discutido não apenas por autores da área sociotécnica, mas também por juristas que analisam seus impactos sobre direitos fundamentais. Bygrave (2002) enfatiza a centralidade da proteção de dados como direito estruturante das sociedades informacionais; Nissenbaum (2010) introduz o conceito de integridade contextual para compreender violações de privacidade; e Citron e Solove (2022) destacam os riscos sistêmicos associados à coleta massiva e ao uso secundário de dados, especialmente quando envolvem grupos vulneráveis como crianças e adolescentes.

Para conter as ações descritas acima, o Brasil, em sintonia com a General Data Protection Regulation (GDPR)³, da União Europeia, regulamentou em setembro de 2020 a Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD (BRASIL, 2018; 2020), objetivando criar estratégias para proteger os dados dos brasileiros em distintos cenários.

Embora essa legislação seja considerada um avanço, ainda apresenta limitações, a exemplo da regulamentação da proteção de dados das crianças e adolescentes na sociedade contemporânea.

Na LGPD existe apenas o artigo 14 que trata deste grupo etário, indicando que o tratamento de dados pessoais de crianças deve ser realizado com o consentimento específico e em destaque de pelo menos um dos pais ou responsável legal e só poderão ser acessados sem autorização, diante da necessidade de contatá-los. Contudo, nos últimos quatro anos, tem-se observado no Brasil uma preocupação governamental e dos pesquisadores em inserir estes cuidados em documentos oficiais e que serão discutidos na seção 4.4.

No que se refere a literatura e pesquisas em torno das questões que tocam a proteção e segurança de crianças e adolescentes nos ambientes digitais, nos últimos dez anos, destacamos o papel dos pesquisadores tanto na União Europeia (UE), Reino Unido, Estados Unidos e Brasil que vem diferenciando-se no desenvolvimento de investigações, inclusive com financiamentos públicos, sobre o tema. Tais resultados podem subsidiar as políticas públicas no sentido de definir legislações, recomenda-

³ Disponível em: <https://gdpr-info.eu/>. Acesso em: 15 Dez. 2025.

ções, práticas e regulações que garantam o acesso a estes lócus, de forma saudável e segura.

Ressaltamos que neste artigo, usaremos as siglas UE e CE para diferenciar dois organismos distintos. A União Europeia (UE) é um bloco político-econômico composto por Estados-membros que compartilham diretrizes políticas, econômicas e regulatórias, coordenando esforços para promover a integração, o equilíbrio e o bem-estar comum, sem prejuízo da soberania nacional de cada país. Nesse contexto, a UE consolidou-se como um referencial internacional em regulação digital, especialmente no que se refere à proteção de dados pessoais e à tutela de direitos fundamentais no ambiente online. A Comissão Europeia (CE), enquanto órgão executivo da União, desempenha papel central na proposição, formulação e implementação de políticas e regulamentações, como o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (GDPR), o Digital Services Act (DSA) e outras iniciativas voltadas à proteção de crianças e adolescentes em ambientes digitais, reforçando uma abordagem preventiva, baseada em direitos e orientada pelo princípio do melhor interesse da criança.

As autoras Pothong et al. (2024) conduziram grupos focais com trinta designers do Reino Unido que desenvolvem ambientes interativos, incluindo jogos, para entender como esses profissionais integram as garantias infantis em seus produtos e serviços digitais. Para isso, utilizaram o baralho de princípios do Playful by Design (PbD), criado pelas pesquisadoras, que permitiu aos participantes explorar e refletir sobre suas práticas atuais à luz dessas normas de proteção. Embora muitos acreditassem que já aplicam medidas suficientes para resguardar os menores, as autoras identificaram desafios significativos na incorporação de diretrizes que promovam o desenvolvimento infantil de forma plena.

Para além das investigações destacadas acima, o LSE disponibilizou em outubro de 2024, o repositório aberto com pesquisas consideradas qualificadas sobre a vida digital das crianças, a fim de subsidiar novas análises ou em andamento sobre o tema na tela. Tal ação é fundante para permitir uma compreensão ampla do fenômeno.

Ainda no Norte Global, destacamos as investigações coordenadas por Ponte e Batista, no Eu Kids Online Portugal (2019), com financiamento da União Europeia e o LSE, que se constitui em um projeto importante para compreender os usos, competências e riscos da interação de crianças e adolescentes no universo da internet. Este relatório vincula-se a pesquisa europeia sobre as oportunidades, riscos e segurança das crianças online realizado pelo LSE.

O livro *Dafied childhoods: data practices and imaginaries in children's lives* (Infâncias datificadas: práticas de dados e imaginários na vida das crianças) de autoria das pesquisadoras Mascheroni e Siibak (2021) traz importantes reflexões para pensarmos os processos de performatividade algorítmicas pelos quais as crianças e adolescentes têm sido submetidos na sociedade contemporânea.

O projeto realizado por Crescenzi et al. (2019), com o financiamento do Conselho de Audiovisual de Catalunha, sobre a análise de aplicativos para a primeira infância e os mecanismos de proteção dos menores, destaca a necessidade de ampliar as discussões em torno do conceito de proteção, melhorando a interface destes ambientes interativos, tornando-os mais amigáveis, simples e acessíveis, permitindo o acesso e interação segura.

O contexto apresentado acima, nos permite identificar a atuação dos pesquisadores vinculados a universidades e instituições públicas e privadas que vêm buscando compreender os processos de coleta e extração de dados, os riscos e vulnerabilidade dos menores, bem como, limitações estruturais enfrentadas por pais e responsáveis no sentido de atuar de forma mais efetiva no controle desse processo extrativo que é opaco e que muitas vezes, com reduzida responsabilidade das Big Techs, no sentido de criar ferramentas que permitam a proteção das crianças.

Tais investigações podem também contribuir para subsidiar postura mais crítica dos setores governamentais no sentido de fortalecer os sistemas de regulação de coleta e extração de dados, bem como, atuar como diretrizes para os desenvolvedores no sentido de cumprir a legislação e produzir ambientes interativos que respeitem os direitos infanto-juvenis.

4 DELINEANDO AS POLÍTICAS PÚBLICAS NO NORTE GLOBAL

Nesta seção apresentamos a análise dos documentos regulatórios do Norte Global, que destacam a segurança e proteção de crianças e adolescentes no universo digital, agrupados nos blocos econômicos União Europeia, Reino Unido e Estados Unidos.

Para fins analíticos, o estudo distingue instrumentos de *hard law*, como leis e regulamentos com força vinculante (por exemplo, GDPR, Online Safety Act, COPPA), de mecanismos de *soft law*, como diretrizes, códigos de conduta, recomendações e frameworks interpretativos, que, embora não possuam caráter coercitivo direto, exercem papel relevante na orientação das práticas institucionais e do design das plataformas digitais.

Para orientar as análises, é essencial partir de uma definição oficial de “criança” e “adolescente”. A Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU (1989) considera vulneráveis, e, portanto, merecedores de atenção especial, todos os indivíduos até 18 anos de idade. Esse reconhecimento fundamenta grande parte das decisões relacionadas à proteção de dados desse grupo, mesmo antes de emergir o debate sobre dataficação.

No âmbito europeu, o Regulamento GDPR (2018) reforça essa preocupação: em seu artigo 8º, estabelece que o tratamento de dados pessoais de menores de 16 anos só pode ocorrer com o consentimento dos pais ou responsáveis.

O próprio texto recomenda, porém, que cada Estado-membro da UE possa estabelecer, por lei, uma idade mínima de 13 anos para esse consentimento, tratando-se de uma margem de discricionariedade limitada ao intervalo entre 13 e 16 anos, flexibilidade que reflete diferentes contextos culturais e legais. Importa destacar que essa discricionariedade não se estende a crianças com menos de 13 anos, para as quais o consentimento parental é sempre obrigatório, independentemente da legislação nacional.

Nesse sentido, o GDPR constitui um instrumento típico de *hard law*, enquanto códigos como o Age-Appropriate Design Code e iniciativas

como o Better Internet for Kids operam como mecanismos de *soft law*, complementando o regime jurídico por meio de orientações práticas voltadas à implementação e ao compliance regulatório.

As diretrizes da UNICEF e do GDPR sustentam tanto políticas quanto práticas voltadas à segurança e à privacidade de crianças e adolescentes, online e offline.

É importante destacar que as legislações e documentos relacionados com o tema na tela, apresentam divergências em relação a faixa etária para indicar quem é considerado criança e quem precisa da autorização dos pais no que se refere a compartilhamento dos dados pessoais e sensíveis. Este fato, foi também apontado por Milkaite e Lievens (2019).

4.1 Regulações da União Europeia

O Relatório sobre a aplicação da GDPR - UE (2024)⁴ destaca que os casos submetidos a resolução de litígios serão subsidiados pela base legal referente ao processamento dos dados das crianças no ambiente online, especialmente no que se refere ao uso destes dados para influenciar o comportamento deste grupo, através de publicidades nas redes sociais (2024).

O referido documento enfatiza que a GDPR é parte de um framework legal que garante que as crianças sejam protegidas offline e online. O crescimento da presença deste grupo geracional nos ambientes online, tem contribuído para uma maior vigilância e controle por parte das Autoridades de Proteção de Dados que têm imposto significativas multas as Big Techs por violarem o regulamento, especialmente no que se refere ao processamento de dados das crianças, cooperando também com outras instâncias para proteger as crianças de publicidades e propagandas que estimulam o consumo desenfreado.

O Conselho Europeu de Proteção de Dados, após o convite da Comissão, responsável pelo relatório aqui evidenciado, iniciou em 2024, as

⁴ O primeiro relatório da Comissão Europeia sobre a aplicação da GDPR foi adotado em 24 de junho de 2020

diretrizes sobre processamento de dados de crianças. O Digital Services Act (DSA) também tem incluído específicas disposições para assegurar e garantir alto nível de privacidade, segurança e proteção das crianças que estão usando as plataformas online, como as redes sociais e os jogos digitais.

Segundo o relatório em tela, alguns stakeholders apontam que o fato de as crianças não entenderem totalmente seus direitos, não terem consolidadas as habilidades relacionadas a literacia digital (e enfatizamos aqui a literacia do dado) pode contribuir para que estejam vulneráveis as influências indevidas nos ambientes online, nos quais interagem, constituindo assim, em um dos principais desafios quando se trata dos direitos de proteção dos dados das crianças.

A literacia do dado aqui compreendida como “a capacidade de fazer e responder a perguntas do mundo real a partir de grandes e pequenos conjuntos de dados por meio de um processo de investigação, considerando o uso ético dos dados” (Wolf et al., 2016, p. 23)

Para amenizar a problemática indicada anteriormente, a CE tem criado diferentes iniciativas para sensibilizar, proteger os dados e promover a consciência das crianças, sobre seus direitos e consentimentos digitais, a exemplo da Better Internet for Kids (BIK+) que se insere nas Estratégia de Internet Melhor para Criança, exigindo que as plataformas digitais que estão acessíveis aos menores, criem medidas para garantir alto nível de privacidade e segurança.

Outra ação importante refere-se à criação de ferramentas para verificação da idade. A Comissão criou uma força tarefa juntamente com os Estados Membros, o Conselho e o Grupo de reguladores Europeus para esta tarefa, a fim de discutir e apoiar o desenvolvimento de uma abordagem padrão para UE. Tal ação vem sendo realizada pelo DSA, no Grupo de Trabalho de Proteção do Menor. Em maio de 2024 foi aprovado o regulamento para implementação gradual da Carteira Europeia de Identidade Digital para os todos os cidadãos e residentes da UE, inclusive para verificação de idade.

No que se refere a proteção e segurança dos dados das crianças, o relatório destaca a continuidade das ações que garantam que os menores sejam protegidos, fortalecidos e respeitados online, mas não apontam caminhos efetivos. O Conselho e a Autoridade de Proteção de Dados enfatizam a necessidade de priorizar e concluir o trabalho em andamento, sobre diretrizes relacionadas com os dados de crianças, a pesquisa científica, a anonimização, a pseudoanonimização e o interesse legítimo.

Em sintonia com esses encaminhamentos encontra-se em andamento o projeto Protecting and Empowering Children in Digital Environment – 2024 (Protegendo e empoderando as crianças no ambiente digital), financiado pelo Programa Europa Digital (DIGITAL) e coordenado pela Associação Roditeli (Bulgária), que conta com o apoio da UE e objetiva investigar os desafios enfrentados pelas crianças no mundo digital, a fim de melhorar a segurança online deste grupo geracional na Comunidade Europeia, apoiando as atividades do Centro Búlgaro da Internet Segura (SIC).

O European Data Protection Board (EDPB) é o órgão independente responsável por fiscalizar a aplicação do arcabouço europeu de privacidade. Criado em 2018, com a entrada em vigor do GDPR, o EDPB substituiu o antigo Grupo de Trabalho do Artigo 29 do Working Party (1998). Este órgão coordena autoridades nacionais e resolve conflitos transfronteiriços relacionados ao tratamento de informações pessoais na União Europeia.

Cada Estado-membro, por sua vez, adapta essas diretrizes ao seu ordenamento. Na Espanha, por exemplo, a Ley Orgánica 3/2018, de 5 de dezembro, sobre Proteção de Dados Pessoais e Garantia de Direitos Digitais, dedica artigos específicos à faixa etária juvenil: o 7º trata do consentimento para menores de idade e o 92º estabelece que crianças com menos de 14 anos só podem ter seus dados coletados mediante autorização dos pais ou responsáveis.

Esse documento também estabelece disposições adicionais específicas relacionadas aos direitos dos menores na Internet (19ª disposição adicional), que aborda a garantia de segurança e o combate à discrimina-

ção e à violência que os menores podem sofrer ao interagir com tecnologias digitais e telemáticas; e à educação digital (21ª disposição adicional).

A segunda disposição indicada acima, refere-se a exigência do cumprimento do parágrafo segundo, do item número 1, do artigo 83º pelas Administrações educativas que devem incluir no currículo escolar, o desenvolvimento de competências digitais que possibilitem aos estudantes avaliarem situações de riscos, e especialmente de violência na internet que possam ser provocadas pelo uso inadequado das Tecnologias da Informação e Comunicação, possibilitando o consumo responsável, seguro e crítico (BOE, 2018).

É importante destacar que a preocupação da Espanha em incluir na legislação indicada acima, aspectos relacionados com a Educação digital, difere-se do Brasil, que só em 2023, regulamentou uma lei para tratar da Educação digital, com o artigo 3º. Inciso IV da Lei nº 14.533, de 11 de janeiro de 2023, que institui a Política Nacional de Educação Digital, vinculando-se a LGPD, que enfatiza os direitos digitais, que implicam na conscientização sobre o uso e o tratamento de dados pessoais, promovendo a conectividade segura e a proteção dos dados da população mais vulnerável, em especial crianças e adolescentes.

Nesse contexto de fortalecimento das políticas de segurança online, destaca-se também a experiência australiana. A *Online Safety Amendment (Social Media Minimum Age) Act 2024*⁵, da Austrália, entrou em vigor em 10 de dezembro de 2025, com o objetivo de proibir o acesso de crianças e adolescentes menores de 16 anos às redes sociais. Grandes plataformas, como a Meta⁶, passaram a cumprir a legislação no país ainda antes de sua vigência plena, desde 4 de dezembro de 2025.

Contudo, a implementação dessa medida tem evidenciado desafios significativos, especialmente no que se refere à verificação efetiva da ida-

⁵ Disponível em: https://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Bills_Legislation/Bills_Search_Results/Result?bId=r72. Acesso em: 15 Dez. 2025.

⁶ Lam, Lana. **Meta starts kicking Australian children off Instagram and Facebook**. Publicado em 4 de dezembro de 2025. Disponível na URL: <https://www.bbc.com/news/articles/cdxekqryn1jo>. Acesso em: 15 Dez. 2025.

de dos usuários, considerada um dos principais entraves técnicos e éticos para a aplicação concreta desse tipo de regulação.

Na próxima seção apresentamos as ações realizadas pelo Reino Unido que embora esteja localizado na Europa, não faz mais parte da UE, tendo políticas diferenciadas, mas em sintonia com o que apresentamos acima.

4.2 Reino Unido

A GDPR do Reino Unido nasceu dentro da UE, quando o bloco ainda estava dentro da Comunidade Europeia, mas são considerados pioneiros na regulação e proteção de dados de crianças e adolescentes (Contreiras, 2022).

Nas ações mais recentes do Reino Unido, ressalta-se a aprovação em 26 de outubro de 2023, a Lei de Segurança Online (Online Safety) que se constitui em um novo conjunto de leis que protege crianças e adultos online, implicando as empresas de mídia social e serviços de busca, na responsabilidade pela segurança dos seus usuários em suas plataformas, destacando especialmente a produção de conteúdos prejudiciais que provocam danos morais, sociais, pessoais, econômicos etc.

Essa lei define duas categorias de material:

Prioridade primária: pornografia e conteúdos que estimulam, promovem ou orientam automutilação, transtornos alimentares ou suicídio.

Prioridade secundária: intimidação, mensagens abusivas ou de ódio, representações de violência ou ferimentos graves, desafios perigosos e instruções para ingestão, inalação ou exposição a substâncias nocivas.

A Lei determina que as crianças devem ser protegidas de encontrar e acessar conteúdos classificados como de prioridade primária e que tenham acesso apenas aos materiais indicados como apropriados para sua faixa etária. O documento em tela indica que existem diferentes tecnologias, denominadas de garantia de idade, voltadas à identificação dos usuários.

O órgão responsável por regular a Lei indicada acima é o Ofcom que é uma reguladora independente de segurança online, que fiscaliza, monitora, avalia e controla os prestadores de serviços online, inclusive os que não tem sede no Reino Unido, mas tem seus produtos acessados por usuários nestas regiões e podem colocá-los em situações que configuram os riscos apontados anteriormente (a exemplo das Big Techs, como Meta) para o cumprimento das suas obrigações aderentes a legislação.

Durante o ano de 2024 a Ofcom realizou várias consultas públicas para subsidiar o desenvolvimento de orientações e códigos de prática que definam como as plataformas online podem cumprir com suas obrigações, atendendo assim, a exigência da Lei. A representante do órgão, esteve presente no 9º. Simpósio Crianças e Adolescentes na Internet, realizado em outubro de 2024 no Brasil, pelo Cetic.

Um aspecto central da lei aborda o papel dos algoritmos na quantidade e no tipo de material a que os usuários, especialmente as crianças, podem ter acesso durante as avaliações de risco. Por isso, as empresas devem implementar estratégias que identifiquem, mitiguem e controlem essas ameaças, considerando o design, as funcionalidades, os mecanismos de recomendação e demais elementos da plataforma para cumprir suas responsabilidades de prevenção a material ilícito e de proteção infantil.

Neste aspecto destacamos o projeto Child Rights by Design da 5Rights Foundation que orienta princípios para o design de produtos e serviços que protejam crianças e adolescentes.

Outro ponto de destaque na Lei refere-se aos códigos definidos nos algoritmos para disseminar o conteúdo, enviando-o repetidamente em grande volume e curto espaço de tempo para a criança, provocando possíveis e distintos danos.

Um dos mecanismos de controle criado pela Ofcom é o envio e publicação sistemática de relatórios anuais por parte das empresas com informações relacionadas à segurança online, algoritmos utilizados e seus efeitos na experiência dos usuários, incluindo crianças, garantindo dessa

forma a transparência e responsabilidade das empresas com a segurança e proteção dos seus usuários, especialmente as crianças.

Outro mecanismo de regulação é o Código de Design Adequado à Idade, a Information Commissioner's Office - ICO (Reino Unido), deliberou orientações para que as empresas realizem medidas efetivas para proteger a privacidade das crianças, subsidiando as empresas a estarem alinhadas com as legislações de segurança online.

O setor de jogos online também passou a ser acompanhado, especialmente no que se refere ao Código da Criança, sintonizando com princípios de privacidade por design e por padrão (privacy by design and default, por exemplo) e práticas que venham a minimizar a coleta de dados, garantindo um design dos ambientes e jogos que prezem pela privacidade, com uma governança responsável e o tratamento baseado em risco de usuários jovens, definindo um padrão de privacidade, assumindo a responsabilidade e garantindo alto padrão de privacidade.

A próxima seção delinea as políticas vigentes nos Estados Unidos, território onde estão localizadas as Big Techs principais responsáveis pelo processo de dataficação.

4.3 Estados Unidos

Para além das ações e práticas que vêm sendo desenvolvidas na UE, destaca-se a legislação Children's Online Privacy Protection Act - COPPA (Lei de Proteção à privacidade online de crianças), publicada em 1998 (mais efetivada em 2000), pelo Federal Trade Commission (FTC), nos Estados Unidos, que estabelece requisitos para as empresas que tem sites e serviços online direcionados para crianças menores de 13 anos que coletam informações pessoais de grupo geracional.

A norma foi atualizada por meio do projeto de lei aprovado pelo Senado dos Estados Unidos em 30 de julho de 2024, passando a ser amplamente referida como COPPA 2.0. No entanto, apesar da aprovação no Senado, o texto não foi concluído no processo legislativo, uma vez que não chegou a ser aprovado pela Câmara dos Representantes antes do en-

cerramento da legislatura, não tendo, portanto, sido sancionado pelo presidente.

Ainda assim, a proposta de revisão reflete as profundas transformações ocorridas ao longo dos últimos 26 anos, desde a popularização de dispositivos conectados até a consolidação das Big Techs (como Google, Apple, Microsoft, Meta e X), e reconhece a exposição cada vez mais precoce de crianças e adolescentes ao ambiente digital, bem como os potenciais impactos desse contexto sobre sua saúde mental.

Outro projeto de lei aprovado pelo Senado dos Estados Unidos na mesma data foi o Kids Online Safety Act (KOSA - Lei de Segurança Online para Crianças), que dialoga diretamente com a proposta de atualização da COPPA, sendo inclusive apoiado por grandes empresas de tecnologia como Microsoft, X e Snapchat. Assim como o COPPA 2.0, contudo, o KOSA não concluiu o processo legislativo, uma vez que não foi aprovado pela Câmara dos Representantes antes do encerramento da legislatura, não tendo sido sancionado pelo presidente.

Ainda assim, o conteúdo do projeto é relevante, pois propõe novas obrigações às plataformas digitais, exigindo que ofereçam mecanismos que permitam a crianças e adolescentes maior controle sobre suas informações pessoais e sobre o funcionamento dos sistemas algorítmicos, incluindo a possibilidade de escolher o que desejam compartilhar e que tipo de recomendações pretendem receber.

Já a COPPA 2.0, em linhas gerais proíbe a publicidade que tem como público crianças menores de 17 anos, restringe as informações que as empresas podem coletar deste grupo e cria a ferramenta na qual através de um botão os pais e filhos podem clicar para excluir facilmente as informações pessoais.

O FTC intenciona criar uma nova Youth Marketing and Privacy Division (Divisão de Marketing e Privacidade para Jovens) que será responsável por exigir e aplicar as disposições de “dever de cuidado” dos projetos de lei, no qual as plataformas online, devem ativar configurações padronizadas que protejam as crianças, permitindo optar por não receber recomendações personalizadas.

No que se refere aos conteúdos de terceiro que estão disponíveis nas plataformas, as leis indicadas acima, seguem o que está explicitado Seção 230 do Communications Decency Act, que declara que os participantes do ecossistema da Internet (sejam provedores de serviços ou pessoas físicas) não serão responsabilizados por conteúdo ilegal postado on-line por outras pessoas (CRS, 2024).

Apesar de executivos de grandes plataformas digitais, como Mark Zuckerberg, da Meta, manifestarem resistência à responsabilização das empresas pelos conteúdos nocivos publicados por usuários ou por parceiros comerciais, no Brasil observou-se uma inflexão relevante no regime de responsabilidade das plataformas a partir de decisão do Supremo Tribunal Federal, em junho de 2025.

Embora não tenha havido alteração legislativa formal no texto do *artigo 19* do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), o STF declarou sua parcial inconstitucionalidade, redefinindo os parâmetros de responsabilização civil dos provedores de aplicações, especialmente das redes sociais, por danos decorrentes de conteúdos de terceiros, inclusive em hipóteses que não exigem ordem judicial prévia.

No mesmo sentido, a interpretação conferida ao *artigo 21* reforçou a possibilidade de responsabilização dos provedores em casos envolvendo crimes ou atos ilícitos praticados por terceiros, sobretudo quando houver omissão diante de conteúdo manifestamente ilegal.

O referido novo entendimento jurisprudencial tem repercutido no debate internacional sobre regulação das plataformas digitais e foi mencionado em declarações políticas do presidente dos Estados Unidos, Donald Trump, no contexto de críticas a políticas regulatórias estrangeiras, inclusive com referências a possíveis tensões comerciais entre os países.

Em linhas gerais estes novos encaminhamentos propostos pelo FTC ainda não estão em vigor e se constituem em projetos importantes e com amplas dimensões que em linhas gerais enfatizam a necessidade de que as plataformas digitais “desabilitem recursos de produtos viciantes, mitiguem perigos para a saúde mental das crianças e proíbam publicidade direcionada a crianças”, tornando seus algoritmos mais transparentes e

que atuem com mais responsabilidades e implicação nos processos de proteção infantil.

Tais aprovações vêm gerando controvérsias por distintos segmentos da sociedade americana (como o Consumer Choice Center) que acreditam que as mudanças propostas têm um viés conservador, especialmente no que se refere a KOSA, que pode ser usada para controlar arbitrariamente informações sobre assuntos sensíveis que as crianças podem acessar, a exemplo das questões relacionadas a identidade de gênero.

As supramencionadas preocupações não são recentes, por exemplo, em 2022 foi assinada uma carta aberta, por 100 organizações e grupos de defesa LGBTQ+, defendendo a proteção das crianças online, mas argumentando que os projetos de lei podem prejudicar o acesso a informações, especialmente sobre gênero e sexualidade.

A KOSA estabelece um “dever de cuidado” para empresas de mídia social, exigindo que previnam e mitiguem certos danos provocados pelo design, algoritmos de recomendação e recursos viciantes, presentes em suas plataformas e produtos.

Os danos que incluem transtornos de saúde mental reconhecidos clinicamente (comportamentos suicidas, transtornos alimentares e por uso de substâncias), uso viciante, drogas ilícitas e crimes de exploração sexual infantil definidos pelo governo federal. Portanto, os usuários devem ter o direito de escolher e ativar configurações mais benéficas, protegendo seus dados, sua segurança, bem-estar e possam optar por não receber recomendações personalizadas de algoritmos, como dito anteriormente.

O papel da FTC é impor o dever de cuidado, mas não pode adicionar ou alterar os danos cobertos pelo projeto de lei.

A Lei nº 2273 - California Age-Appropriate Design Code Act - CA AADC, de 01 de julho de 2024, também se sintoniza com o que já vem sendo realizado na Comunidade Europeia, isto é, exigir que as empresas e serviços online de produtos para crianças atendam os seguintes requisitos: a) as configurações de privacidade padrão; b) o fornecimento de informações sobre privacidade (termos de serviço, políticas e padrões da

comunidade de forma concisa) com uma linguagem clara adequada à idade das crianças e disponíveis online.

Para controlar e regular o cumprimento das exigências foi criada a Avaliação de Impacto de Proteção de Dados (Data Protection Impact Assessments - DPIAs), isto é, todos os produtos voltados para crianças devem passar por este crivo antes de serem disponibilizados para consumo e acesso.

A referida Lei propõe a criação do California Children's Data Protection Working Group, formado por especialistas, acadêmicos e outras representações da sociedade civil, com expertise nas áreas de privacidade de dados e direitos das crianças, para elaborar relatórios com as melhores práticas para a implementação das disposições apresentadas na legislação.

Os documentos indicados acima, embora tratem dos ambientes digitais e online, não estabelecem cuidados e regulações específicas sobre os jogos digitais que já fazem parte da vida diária das crianças e adolescentes há mais de cinquenta anos, mas que nos últimos quinze anos vêm apresentando um crescimento bastante significativo como espaços de entretenimento e aprendizagem.

A Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) revisou, em 2021, a Recomendação sobre a Proteção de Crianças Online de 2012, renomeando-a para *Recomendação para proteger as crianças nos ambientes digitais* (2024).

O documento busca promover o equilíbrio entre a necessidade de mitigar os riscos e os benefícios que os ambientes digitais podem oferecer a esse grupo geracional. Seu propósito é tornar os serviços e conteúdos online acessíveis, garantindo os direitos, a saúde e o bem-estar dos usuários infantis.

Anterior a esse documento a OECD já havia adotado em 23 de setembro de 1980, a Recomendação sobre Diretrizes que Governam a Proteção da Privacidade e Fluxos Transfronteiriços de Dados Pessoais que foi revisada em 11 de julho de 2013, pelo Comitê de Política de Informação, Informática e Comunicação (agora Comitê de Política Digital - DPC).

4.4 Brasil: estágio inicial de consolidação normativa na proteção de dados de crianças e adolescentes

Sintonizado com as políticas e ações que vêm sendo desenvolvidas no Norte Global, o Brasil, desde 2018 vinha discutindo sua Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD (Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018), que foi finalmente sancionada e entrou em vigor através da Lei nº 13.853/2019 com vigência em setembro de 2020, durante a pandemia do Covid-19, quando todo o planeta sofria as consequências da disseminação endêmica deste vírus que isolou a população mundial, provocando danos para a saúde, para a economia, cultura, educação e alijando as pessoas do contato social.

Tal situação impulsionou o crescimento das Big Tech's e suas plataformas que nesse contexto, favoreceram a criação de novas formas de contato social, de trabalho e sobrevivência. Contudo, os rastros deixados pelos usuários nestes ambientes, tornaram seus dados vulneráveis e desprotegidos, exigindo que todos os países, regulassem ou atualizassem suas legislações que visavam proteger os dados dos cidadãos. É nesse cenário que o Brasil, inspirado especialmente no GDPR – UE, regulamenta a sua LGPD, com muitas fragilidades e limitações principalmente no que se refere a proteção de crianças e adolescentes, incluindo apenas o artigo 14º. para tratar do tema.

A faixa etária considerada como criança e adolescente no Brasil, apoia-se na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, que no seu artigo 2º, indica como criança, a pessoa com até 12 anos de idade incompletos e o adolescente aquele que tem entre 12 e 18 anos.

Segundo Medon (2021) a inspiração para o artigo 14º da Seção III - Do Tratamento de Dados Pessoais de Crianças e de Adolescentes, LGPD foi a COPPA/USA (1998). A referida Seção apesar de indicar que o tratamento de dados pessoais desse grupo geracional dever ser realizado com o consentimento específico por pelo menos um dos pais ou pelo respon-

sável legal, não estabelece uma idade mínima dos menores, ao contrário dos documentos dos outros países aqui analisados.

O referido artigo e seus seis parágrafos destacam para além dos consentimentos dos pais e responsáveis, os seguintes aspectos:

- a) os controladores das empresas e prestadoras de serviços online, como as plataformas digitais deverão manter pública a informação sobre os tipos de dados coletados, a forma de sua utilização e os procedimentos para o exercício dos direitos a que se refere o art. 18º da Lei;
- b) os dados pessoais de crianças poderão ser coletados sem o consentimento dos pais ou responsáveis quando forem utilizados para proteção do menor, usados uma única vez, sem armazenamento e sem repasse para terceiros;
- c) os controladores não deverão condicionar a participação das crianças e adolescentes a jogos, aplicações de internet ou outras atividades ao fornecimento de informações pessoais além das estritamente necessárias à atividade;
- d) as empresas deverão realizar todos os esforços razoáveis para verificar que o consentimento foi dado pelo responsável pela criança, consideradas as tecnologias disponíveis;
- e) as informações sobre o tratamento de dados deverão ser fornecidas pelas empresas de maneira simples, clara e acessível, considerando o nível de desenvolvimento físico-motor-cognitivo-cultural do usuário, disponibilizando informações claras e adequadas para os pais, responsáveis e crianças.

Como dito anteriormente, o ECA, é o aparato legal para proteger os menores, no Brasil e está sintonizado com a Declaração Universal dos direitos da criança da Organização das Nações Unidas (ONU) de 20 de novembro de 1959 e com a Convenção sobre os Direitos da Criança de 20 de novembro de 1989 (ONU).

Nos últimos dois anos as discussões e preocupações no Brasil, em torno da proteção e segurança de dados de crianças e adolescentes, vem apresentando um crescimento, seja por conta dos efeitos da pandemia, seja por estarem sintonizados com as preocupações dos países do Norte Global, com tais questões, ou ainda pela mobilização da sociedade civil.

Esse contexto tem contribuído para que todos os documentos legais que têm sido discutidos, aprovados e publicados a partir da LGPD destaquem nos seus textos a proteção e segurança de dados das crianças e adolescentes, a exemplo do Marco Legal da Indústria de Jogos Eletrônicos - Lei nº 14.852 - que no seu artigo 6º, no item VI dos seus princípios, trata da proteção integral da criança e adolescente nos termos do art. 5º da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (ECA).

O referido documento destaca que as questões relacionadas com a privacidade, proteção dos dados pessoais e autodeterminação informativa indicadas no item VII crianças e adolescentes, alinha-se com nos termos da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais).

Outro documento legal que faz referência ao tratamento e proteção de dados de crianças e adolescentes é o artigo 3º. Inciso IV da Lei nº 14.533, de 11 de janeiro de 2023, que institui a Política Nacional de Educação Digital, vinculando-se a LGPD, enfatiza os direitos digitais, que implicam na conscientização sobre o uso e o tratamento de dados pessoais, promovendo a conectividade segura e a proteção dos dados da população mais vulnerável, em especial crianças e adolescentes.

Estão sendo discutidos outros documentos legais, a exemplo do PL no. 2775/24 na Comissão de Ciência, Tecnologia e Inovação (CCTI) desde novembro de 2024, o que altera a LGPD no que se refere ao uso de dados para o treinamento de sistemas de inteligência artificial e exige o consentimento prévio e expresso do titular dos dados antes do início de qualquer atividade de treinamento de IA. O texto proíbe o uso de dados pessoais de menores de 16 anos.

Finalmente, em 17 de setembro de 2025, foi sancionada a Lei 15.211, que contempla as interações digitais de crianças e adolescentes, incorporando diretrizes específicas para o ecossistema online.

O referido documento em sintonia com o DSA (Europa) proíbe o perfilamento e análise emocional para fins de publicidade, determina que loot boxes, caixas de recompensas aleatórias não são jogos eletrônicos e são proibidas, coíbe mecanismos viciantes ou que induzam a crianças e adolescentes passarem mais tempo nas plataformas; e estabelece as seguintes exigências para as Big Techs:

- a) configurações simples, acessíveis e fáceis de mexer;
- b) gerenciar e dar transparência sobre os riscos que um produto digital causa a crianças e adolescentes;
- c) dá mais controle as famílias sobre os sistemas de recomendação, incluindo a opção de desligá-los;
- d) remoção imediata e prioritária de conteúdos que violam direitos de crianças e de adolescentes;
- e) proteção contra o acesso á conteúdo pornográfico ou impróprio;
- f) o dever de cuidado de todas as empresas digitais que podem atrair crianças e adolescentes;
- g) restrição real de acesso por crianças e adolescentes quando a plataforma não estiver adequada e respeitar o direito deste grupo geracional;
- h) construção de ambientes digitais apropriados para diferentes idades e guiados pela classificação indicativa;

O governo brasileiro, atento às questões que vem tensionando as relações entre crianças e adolescentes nos ambientes online, publicou no dia 11 de junho de 2025, através do Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP), - Secretaria Nacional de Justiça (Senajus), a alteração da Classificação Indicativa do Instagram de 14 anos para 16 anos, indicando os conteúdos não recomendados para menores. Por exemplo: 14 anos -

morte intencional; nudez, erotização; 16 anos - mutilação; relação sexual intensa; Consumo de droga ilícita; 18 anos - crueldade; situação sexual complexa ou de forte impacto; sexo explícito.

5 Considerações finais

Este artigo teve como objetivo analisar iniciativas governamentais e institucionais voltadas à proteção de dados de crianças e adolescentes em ambientes digitais, com foco comparativo na União Europeia, no Reino Unido, nos Estados Unidos, no Canadá e no Brasil, considerando marcos normativos, arranjos institucionais e ações de monitoramento e fiscalização. A análise evidenciou que, embora esses países se encontrem em diferentes estágios de maturidade regulatória, há uma convergência crescente em torno da centralidade dos direitos da criança e do adolescente no ambiente digital.

No contexto do chamado Norte Global, especialmente na União Europeia e no Reino Unido, observam-se estruturas regulatórias mais consolidadas, com legislações específicas, códigos de conduta e autoridades independentes atuando de forma sistemática na proteção de dados pessoais e na mitigação de riscos associados à exposição precoce de crianças e adolescentes aos ambientes digitais.

Nos Estados Unidos e no Canadá, ainda que o modelo regulatório apresente características distintas e debates em curso, identificam-se iniciativas legislativas e institucionais relevantes que buscam responder aos desafios impostos pelas plataformas digitais, pelos sistemas algorítmicos e pelo uso intensivo de dados pessoais por esse público.

No Brasil, a análise das iniciativas governamentais e institucionais revelou um avanço progressivo na incorporação do tema à agenda regulatória. Desde setembro de 2022, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) vem desenvolvendo o *Estudo preliminar – hipóteses legais aplicáveis ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes*, indicando a consolidação do papel da autoridade como ator central na regulação do tema.

Esse movimento foi reforçado com a sanção da Lei nº 15.211, em 17 de setembro de 2025, conhecida como *ECA Digital*, que atualiza o Estatuto da Criança e do Adolescente para contemplar de forma mais explícita as interações digitais de crianças e adolescentes, incorporando diretrizes específicas para o ecossistema online e ampliando a atuação institucional da ANPD no tratamento de dados pessoais desse grupo.

Entre as iniciativas institucionais analisadas, destacam-se ainda as ações do Cetic.br, especialmente a pesquisa *TIC Kids Online Brasil*, realizada desde 2012, cujo objetivo é produzir evidências empíricas sobre o uso da Internet por crianças e adolescentes de 9 a 17 anos, bem como sobre os riscos e oportunidades associados a esse uso.

O relatório publicado em 2025 demonstrou que 92% desse grupo etário acessa a Internet e que o início do uso tem ocorrido de forma cada vez mais precoce, com 28% dos respondentes indicando acesso antes dos 6 anos de idade - percentual significativamente superior ao registrado em 2016.

Tais dados reforçam a relevância das iniciativas institucionais analisadas ao longo do artigo, ao evidenciarem a intensificação da exposição infantojuvenil ao ambiente digital e seus potenciais impactos no desenvolvimento.

Outro aspecto relevante identificado na análise institucional foi a realização do *Simpósio Crianças e Adolescentes na Internet*, organizado pelo NIC.br e já em sua décima edição, que se configura como um espaço permanente de articulação entre poder público, academia, setor privado e sociedade civil para o debate sobre direitos digitais, proteção de dados e governança da Internet voltada a crianças e adolescentes.

No âmbito da sociedade civil, a análise destacou a atuação do Instituto Alana, que desde 1994 desenvolve ações voltadas à proteção dos direitos da criança, em consonância com a Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Convenção sobre os Direitos da Criança (ONU, 1989).

Também se evidenciaram as contribuições da SaferNet, especialmente na promoção de uma navegação segura, bem como do Instituto

Legal Grounds for Privacy Design e do Instituto Data Privacy Brasil, ambos com atuação relevante na discussão da proteção e segurança de dados pessoais, ampliando o debate institucional para além da esfera estatal.

A partir da análise comparativa realizada, o artigo evidenciou que o Brasil vem ampliando sua preocupação com a definição e a regulação de políticas públicas consistentes voltadas à proteção e segurança de dados de crianças e adolescentes em ambientes digitais, aproximando-se, ainda que de forma gradual, das experiências observadas na União Europeia, no Reino Unido, nos Estados Unidos e no Canadá. Observa-se que governos, universidades e organizações da sociedade civil têm desempenhado papéis complementares na construção de respostas regulatórias e institucionais aos desafios impostos pelo uso intensivo de tecnologias digitais por crianças e adolescentes.

Dessa forma, conclui-se que a consolidação de políticas públicas eficazes e de marcos normativos alinhados ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, especialmente no contexto dos jogos digitais e de outras plataformas interativas, depende da continuidade do diálogo interinstitucional, do fortalecimento das autoridades reguladoras e da incorporação de evidências empíricas na formulação de políticas.

A análise das iniciativas governamentais e institucionais nos países examinados reforça a necessidade de uma abordagem integrada, preventiva e orientada por direitos, capaz de responder às dinâmicas transnacionais do ecossistema digital contemporâneo.

6 AGRADECIMENTOS

Capes Print e CNPq.

REFERÊNCIAS

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS. **Menores, salud digital y privacidad:** estrategia y líneas de acción. Madrid: AEPD, 2024.

ALVES, L. Plataformas digitais, crianças e adolescentes: construindo interações com segurança e proteção de dados. **Revista de Educação Pública**, v. 31, p. 1–21, 2022. Disponível em: <https://periodicoscientificos.ufmt.br/ojs/index.php/educacaopublica/article/view/13381>. Acesso em: 24 nov. 2024.

ALVES, L.; SANTOS, W. Digital platforms used for teaching: An analysis of professor practices from four university institutions in the northeast of Brazil. **Cuadernos de Educación y Desarrollo**, v. 15, p. 1380–1409, 2023. Disponível em: <https://ojs.cuadernoseducacion.com/ojs/index.php/ced/article/view/968>. Acesso em: 24 nov. 2024.

AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (ANPD). **Estudo preliminar**: hipóteses legais aplicáveis ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. Brasília: ANPD, 2022.

BOE – LEGISLACIÓN CONSOLIDADA. Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. **Boletín Oficial del Estado**, n. 294, 2018. Disponível em: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2018-16673. Acesso em: 28 nov. 2024.

BOWEN, G. A. Document analysis as a qualitative research method. **Qualitative Research Journal**, v. 9, n. 2, p. 27–40, 2009.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm. Acesso em: 28 nov. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm. Acesso em: 28 nov. 2024.

BRASIL. **Lei nº 14.058, de 18 de setembro de 2020**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/agencia/infograficos-html5/conheca-a-lei-de-protecao-de-dados-pessoais/index.html>. Acesso em: 28 nov. 2024.

BRASIL. **Lei nº 14.533, de 11 de janeiro de 2023**. Política Nacional de Educação Digital. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2023-2026/2023/Lei/L14533.htm. Acesso em: 28 nov. 2024.

BRASIL. **Lei nº 14.852, de 3 de maio de 2024**. Criação do marco legal da indústria dos jogos eletrônicos no Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2023-2026/2024/Lei/L14852.htm. Acesso em: 28 nov. 2024.

BRASIL. SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei nº 2.628, de 2022.** Proteção de crianças e adolescentes em ambientes digitais. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/154901>. Acesso em: 28 nov. 2024.

BRASIL. **Lei nº 15.211, de 17 de setembro de 2025.** Estatuto Digital da Criança e do Adolescente. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2025/lei-15211-17-setembro-2025-797997-publicacaooriginal-176498-pl.html>. Acesso em: 14 dez. 2025.

BYGRAVE, Lee A. **Data protection law: approaching its rationale, logic and limits.** The Hague; New York: Kluwer Law International, 2002.

CETIC.BR. **Pesquisa sobre o uso da Internet por crianças e adolescentes no Brasil: TIC Kids Online Brasil 2024.** São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2025.

CGI – COMITÊ GESTOR DA INTERNET. **Ações e diretrizes para a regulação de plataformas digitais no Brasil.** São Paulo, 27 jan. 2023. Disponível em: <https://www.cgi.br/publicacoes/indice/>. Acesso em: 20 jun. 2023.

CITRON, Danielle Keats; SOLOVE, Daniel J. Privacy harms. **Boston University Law Review, Boston**, v. 102, p. 793–864, 2022. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3782222>. Acesso em: 14 dez. 2025.

CONTRERAS, A. Regulatory initiatives on school children's data protection in Latin America. **Revista Latinoamericana de Economía y Sociedad Digital**, v. 3, 2022. DOI: 10.53857/RAKT3016.

CRESCENZI, L. et al. **Análisis de apps para la primera infancia y sus mecanismos de protección.** Barcelona: Consell de l'Audiovisual de Catalunya – Learning Media & Social Interactions, 2019.

CRS – CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE. **Section 230: An overview.** 2024. Disponível em: <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R46751>. Acesso em: 14 out. 2024.

ENESCU, M.-A. **Protecting children's personal data from abusive personal data processing performed by video game companies.** 2019–2020. Dissertação (Mestrado) – Vrije Universiteit Brussel. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/344413116>. Acesso em: 28 nov. 2024.

EUROPEAN COMMISSION. **Protecting and empowering children in digital environment.** Brussels: European Commission, 2024. Disponível em: ht-

[tps://ec.europa.eu/info/fundingtenders/opportunities/portal/screen/opportunities/projects-details/43152860/101158515/Digital](https://ec.europa.eu/info/fundingtenders/opportunities/portal/screen/opportunities/projects-details/43152860/101158515/Digital). Acesso em: 10 ago. 2024.

FERNANDES, E.; MEDON, F. Proteção de crianças e adolescentes na LGPD: desafios interpretativos. **Revista Eletrônica da PGE-RJ**, v. 4, n. 2, 2021. DOI: 10.46818/pge.v4i2.232.

GOBIERNO DE ESPAÑA. **Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de las personas menores de edad en los entornos digitales**. Madrid: Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, 2024. Disponível em: <https://www.mpr.gob.es/servicios/participacion/Documents/ANTEPROYECTO%20DE%20LEY%20ORG%C3%81NICA%20PARA%20LA%20PROTECCION%20DE%20LAS%20PERSONAS%20MENORES%20DE%20EDAD%20EN%20LOS%20ENTORNOS%20DIGITALES.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2024.

GONSALES, P.; PIMENTEL, C. IA na educação: inovação ou vigilância? In: LATERÇA, P. S. et al. (Coords.). **Privacidade e proteção de dados de crianças e adolescentes**. Rio de Janeiro: Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro; Obliq, 2021. p. 60–83.

INFORMATION COMMISSIONER'S OFFICE. **Age appropriate design**: A code of practice for online services. 2022. Disponível em: <https://ico.org.uk/for-organisations/uk-gdpr-guidance-and-resources/childrens-information/childrens-code-guidance-and-resources/age-appropriate-design-a-code-of-practice-for-online-services/>. Acesso em: 28 nov. 2024.

KELL, M.; DORETTO, J. Jogos eletrônicos e infância: dicotomias no jornalismo infantojuvenil. In: SAMPAIO, I. V.; GUEDES, B. (Orgs.). **Crianças, adolescentes e jovens: riscos e oportunidades na cultura digital**. São Paulo: Pimenta Cultural, 2024. p. 177–204.

LATERÇA, P. S. et al. (Coords.). **Privacidade e proteção de dados de crianças e adolescentes**. Rio de Janeiro: Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro; Obliq, 2021.

LE MOS, André. Dataficação da vida. **Civitas – Revista De Ciências Sociais**, v. 21 n.2 (2021), 193-202. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/civitas/article/view/39638> . Acesso 10 set. 2021.

LIVINGSTONE, S. et al. The googlization of the classroom: Is the UK effective in protecting children's data and rights? **Computers and Education Open**, v. 7, art. 100195, 2024.

LIVINGSTONE, S.; POTHONG, K. Data: A new direction – A child rights response. **Parenting for a Digital Future** [blog], 2022. Disponível em: <https://www.lse.ac.uk/media-and-communications/people/academic-staff/sonia-livingstone>. Acesso em: 28 nov. 2024.

LIVINGSTONE, S.; STOILOVA, M. **The 4Cs**: Classifying online risk to children. Hamburg: Leibniz-Institut für Medienforschung Hans-Bredow-Institut, 2021. DOI: 10.21241/ssoar.71817.

MARQUES, G.; CRAVEIRO, P. Publicidade disfarçada de conteúdo educativo: análise do site da marca Pritt. In: SAMPAIO, I. V.; GUEDES, B. (Orgs.). **Crianças, adolescentes e jovens**: riscos e oportunidades na cultura digital. São Paulo: Pimenta Cultural, 2024. p. 28–52.

MASCHERONI, G. et al. Children as data subjects: families, schools, and everyday lives. In: JARKE, J.; BATES, J. (Eds.). **Dialogues in data power**: shifting response-abilities in a datafied world. Bristol: Bristol University Press, 2024.

MASCHERONI, G.; SIIBAK, A. **Datafied childhoods**: data practices and imaginaries in children's lives. New York: Peter Lang, 2021.

MEDON, F. (Over)Sharenting: a superexposição da imagem e dos dados de crianças e adolescentes na internet. In: LATERÇA, P. S. et al. (Coords.). **Privacidade e proteção de dados de crianças e adolescentes**. Rio de Janeiro: Instituto de Tecnologia e Sociedade; Obliq, 2021. p. 29–59.

MERRIAM, S. B. **Qualitative research and case study applications in education**. San Francisco: Jossey-Bass, 1998.

MILKAITE, I.; LIEVENS, E. Children's rights to privacy and data protection around the world. **European Journal of Law and Technology**, v. 10, n. 1, p. 1–24, 2019.

NISSENBAUM, Helen. **Privacy in context**: technology, policy, and the integrity of social life. Stanford: Stanford University Press, 2010.

OECD. **Recommendation of the Council concerning guidelines governing the protection of privacy and transborder flows of personal data**. Paris: OECD, 2013. Disponível em: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/oecd-legal-0188>. Acesso em: 28 nov. 2024.

OECD. **Recommendation of the Council on children in the digital environment**. Paris: OECD, 2021. Disponível em: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/oecd-legal-0389>. Acesso em: 28 nov. 2024.

OFFICE OF THE PRIVACY COMMISSIONER OF CANADA. **Gaming and personal information:** playing with privacy. 2024. Disponível em: https://www.priv.gc.ca/en/privacy-topics/technology/mobile-and-digital-devices/digital-devices/gd_gc_201905/. Acesso em: 28 nov. 2024.

PEREIRA, G. C.; GUEDES, B.; SAMPAIO, I. V.; CAVALCANTE, A. P. P. Crianças, adolescentes e telas no Brasil. In: SAMPAIO, I. V.; GUEDES, B. (Orgs.). **Crianças, adolescentes e jovens:** riscos e oportunidades na cultura digital. São Paulo: Pimenta Cultural, 2024. p. 358–389.

PONTE, C. et al. Digital mediation and family climate reported by children in Spain, Italy, and Portugal. **Observatorio (OBS) Journal**, v. 17, n. 2, p. 210–224, 2023.

PONTE, C.; CARVALHO, M. J. L.; BATISTA, S. Exploring European children's self-reported data on online aggression. **Communications**, v. 46, n. 3, p. 419–445, 2021.

POTHONG, K. et al. Applying children's rights to digital products. In: **Interaction Design and Children (IDC '24)**. Delft: ACM, 2024. DOI: 10.1145/3628516.3655789.

SAMPAIO, I. V.; GUEDES, B. (Orgs.). **Crianças, adolescentes e jovens:** riscos e oportunidades na cultura digital. São Paulo: Pimenta Cultural, 2024.

STOILOVA, M.; LIVINGSTONE, S.; KHAZBAK, R. **Investigating risks and opportunities for children in a digital world**. UNICEF, 2021.

TEFFÉ, C. S. Metaverso e infância. In: COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL (Org.). **TIC Kids Online Brasil 2023**. São Paulo: CGI.br, 2024. p. 95–108.

TOMAZ, R.; VERÍSSIMO, B. Crianças no trend do palavrão. In: SAMPAIO, I. V.; GUEDES, B. (Orgs.). **Crianças, adolescentes e jovens:** riscos e oportunidades na cultura digital. São Paulo: Pimenta Cultural, 2024. p. 305–331.

TORRES, V. **Cidadania digital:** participação e segurança de pré-adolescentes na internet. In: COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL (Org.). **TIC Kids Online Brasil 2023**. São Paulo: CGI.br, 2024. p. 121–130.

UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. Office of the High Commissioner. Convention on the Rights of the Child. 20 November 1989. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child>. Acesso em: 28 nov. 2024.

UNESCO. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. 1989. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/>. Acesso em: 28 nov. 2024.

UNITED KINGDOM. **Online Safety Act 2023**. UK Public General Acts, 2023. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2023/50>. Acesso em: 28 nov. 2024.

VAN DIJCK, J. Confiamos nos dados? **Matrizes**, v. 11, n. 1, p. 39–59, 2017. DOI: 10.11606/issn.1982-8160.v11i1p39-59.

VAN DIJCK, Jose. 2014. Dataficação, dataísmo e dataveillance: Big Data entre o paradigma científico e a ideologia. *Vigilância & Sociedade*, 2014, 12(2): 197-208. Disponível em <https://temascontemporaneosdotorg.wordpress.com/wp-content/uploads/2016/02/1-dataficac3a7c3a3o-datac3adsmo-e-dataveillance-van-dijck.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2024.

VITORINO, C. S.; OLIVEIRA, A. T. R.; ALVES, L. R. G. Apropriações e usos das plataformas digitais de ensino pelos docentes no Brasil. **Cenas Educacionais**, v. 5, n. 1, p. 1–20, 2023.

WOLFF, A. et al. Creating an understanding of data literacy for a data-driven society. **The Journal of Community Informatics**, v. 12, n. 3, p. 9–26, 2016. Disponível em: <https://openjournals.uwaterloo.ca/index.php/JoCI/article/view/3275>. Acesso em: 10 jul. 2024.

WOOD, S.; DENHAM, E. **Data protection trends in children's online gaming**. 2022. Disponível em: <https://iapp.org/news/a/data-protection-trends-in-childrens-online-gaming>. Acesso em: 28 nov. 2024.

YIN, R. K. **Case study research: design and methods**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2015.

Recebido em 15 de dezembro de 2025

Aprovado em 18 de dezembro de 2025

ANÁLISE JURIMÉTRICA DA SUCESSÃO DE BENS DIGITAIS COM BASE EM DECISÕES JURISPRUDENCIAIS BRASILEIRAS

Jurimetric Analysis of the Succession of Digital Assets Based on Brazilian Case Law

Martinho Martins Botelho⁷

Núbia Welany Farias do Nascimento Soares⁸

RESUMO:

Herança digital é um tema recente no direito brasileiro, apresentando desafios jurídicos significativos na sucessão dos ativos digitais. A intensificação do uso da internet proporcionou a criação de uma série de ativos virtuais (contas em redes sociais, criptoativos, arquivos em nuvem) que, cada vez mais, integram o patrimônio das pessoas naturais e jurídicas. Diante da lacuna legislativa acerca da herança digital, o presente trabalho tem por objetivo analisar como os tribunais brasileiros têm solucionado as demandas relacionadas ao tema. Para tanto, empreende-se uma análise jurimétrica de julgados, contemplando aspectos como a colisão entre direitos fundamentais da personalidade e

ABSTRACT

Digital inheritance is a relatively new topic within Brazilian law, presenting significant legal challenges in the succession of digital assets. The increased use of the internet has led to the creation of a series of virtual assets (social media accounts, cryptocurrencies, cloud-based files) that are increasingly becoming part of the assets of individuals and legal entities. Given the legislative gap regarding digital inheritance, this paper aims to analyse how Brazilian courts have resolved disputes related to this topic. To achieve this, a jurimetric analysis of case law is undertaken, investigating aspects such as the conflict between fundamental personality rights and succession law. The results indicate that there is still no universal consensus among the courts regarding what exactly constitutes

⁷ Doutor pela Universidade de São Paulo (USP) na área de concentração Integração da América Latina (foco de pesquisa em Direito Internacional Econômico). Doutor em Teoria Econômica pela Universidade Estadual de Maringá (UEM, linha de pesquisa “Economia Aplicada”). Mestre em Direito Econômico e Social (linha de pesquisa “Direito Internacional”) pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC PR). Mestre em Administração pela Universidade Tecnológica Federal do Paraná (PPGA/UTFPR, linha de pesquisa “Tecnologia e desenvolvimento organizacional”). Mestre em Ciência Política pela UFPR/PPGCP (linha de pesquisa “Elites Políticas”). Mestre em Geografia pela Universidade Federal do Paraná (UFPR/PPGEO).

⁸ Possui graduação em Direito pela Faculdade Barão do Rio Branco (2010). Pós graduada em Direito Civil. Pós graduada em Direito Notarial e registral. Advogou entre 2013 e 2017. Atualmente é tabeliã de notas e protesto e registradora - TABELIONATO DE NOTAS E PROTESTO. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Notarial e Registral

direitos sucessórios. Os dados levantados indicam que não há consenso uniforme entre os tribunais sobre a herança digital, notadamente no que se refere aos bens patrimoniais e/ou existenciais, prevalecendo o estudo caso a caso. Conclui-se que, enquanto parte da jurisprudência nega o acesso aos acervos digitais sob argumento de proteção à intimidade do falecido, outros julgados reconhecem a viabilidade de transmissão sucessória desses bens, sobretudo quando presente interesse relevante dos herdeiros. Aponta-se, por fim, para a importância de uma regulação mais clara e de maior conscientização acerca do planejamento sucessório digital, como formas de equilibrar a autonomia privada do *de cuius* e a tutela dos direitos da personalidade, mesmo após a morte.

Palavras-chave: Herança Digital; Direito das Sucessões; Autonomia Privada; Bens Digitais.

digital inheritance—whether it includes purely economic and/or existential goods—leading, in most instances, to a case-by-case examination. While some courts deny heirs access to these assets by invoking arguments of protecting the deceased’s privacy, others recognize the possibility of testamentary transfer of digital goods, particularly when there is a demonstrable and legitimate interest on the part of the heirs. Lastly, this paper highlights the need for clearer regulation and greater awareness of digital succession planning, as ways to reconcile the decedent’s private autonomy and the safeguarding of personality rights, even after death.

Keywords: Digital Inheritance; Succession Law; Private Autonomy; Digital Assets.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO. 2. HERANÇA DIGITAL. 3. ANÁLISE JURIMÉTRICA DAS DECISÕES JUDICIAIS BRASILEIRAS SOBRE SUCESSÃO DE BENS DIGITAIS. 4. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Com a intensificação do uso da internet, o avanço das tecnologias da informação e a facilidade no acesso às ferramentas digitais, notam-se mudanças de comportamento humano a nível global, ocasionando grandes impactos nas mais diversas interações humanas, mas principalmente nas relações sociais, econômicas e culturais. A progressiva migração de elementos da vida cotidiana para o ambiente virtual, seja por meio de digitalização de documentos, da assinatura eletrônica ou da presença constante em redes sociais, traz novos desafios para o direito: a adequada destinação dos bens digitais após o falecimento do titular. (Zampier, 2023)

Diante dessa realidade de crescente digitalização das relações sociais e econômicas, surgem novos ativos suscetíveis de valoração econômica ou sentimental, decorrentes da presença marcante de perfis em redes sociais, criptomoedas e outros dados armazenados digitalmente (Costa Filho, s.d). Esses bens digitais, intangíveis por natureza, passaram a integrar o patrimônio das pessoas e a adquirir relevância no cenário jurídico contemporâneo, especialmente no que se refere às suas implicações civis, sucessórias e patrimoniais (Zampier, 2023).

Nesse cenário, o Direito brasileiro passa a se deparar com a questão da sucessão dos bens digitais após o falecimento do titular, em um contexto marcado pela ausência de definição normativa específica acerca da herança digital. Tal lacuna, impõe a aplicação da legislação civil em vigor por analogia, de modo a suprir “situações reais não reguladas pelo Estado” (Mendes, Fritz, 2019).

Embora o fenômeno da digitalização da vida seja relativamente recente, a sucessão *mortis causa* possui longa trajetória no ordenamento jurídico brasileiro, historicamente estruturada sobre o conceito de propriedade privada.

Nesse ponto, emerge um dos principais conflitos jurídicos do tema a tensão entre o direito fundamental à herança e a proteção da intimidade post mortem, uma vez que os direitos da personalidade (intimidade, vida privada, honra e imagem) são intransmissíveis. Contudo, isso não significa que necessariamente, toda e qualquer forma de acesso a conteúdos digitais do falecido será negada, pois, pode haver autorização judicial para acesso específico a determinados dados, como por exemplo, para tutela da memória, esclarecimento de circunstâncias relevantes, sem que isso implique transmissão do direito personalíssimo.

No âmbito sucessório brasileiro, observa-se a predominância da sucessão legítima, decorrente da presunção legal da vontade do falecido, que convoca à sucessão aqueles familiares mais próximos do *de cujus*, esvaziando a tradição de disposição patrimonial em vida por meio de testamento, especialmente no que se refere aos bens armazenados no ambiente virtual. Conforme Hironaka (2011), se “testa pouco” no Brasil, e

frequentemente, a distribuição patrimonial é definida mais pela vontade do legislador do que pela vontade expressa do falecido.

Essa concepção tradicional, estruturada pelo princípio *saissine*, segundo o qual, no exato momento da morte, os herdeiros adquirem, de forma automática e imediata, a totalidade do acervo patrimonial do *de cuius* (art. 1.784 do Código Civil Brasileiro), revela-se limitada quando confrontada com o universo dos bens digitais, especialmente aqueles de natureza existencial.

Diferentemente dos bens patrimoniais clássicos, tais ativos não se caracterizam apenas por seu valor econômico, mas também por uma dimensão afetiva e personalíssima, compreendendo memórias fotográficas armazenadas em nuvem, mensagens trocadas ao longo da vida, textos pessoais, arquivos digitais e perfis em redes sociais que concentram interações formadoras da identidade do indivíduo.

Em face da omissão legislativa quanto ao destino dos bens digitais, a autonomia privada do autor da herança, manifestada por meio de testamento, deve prevalecer, especialmente quando houver declaração de vontade virtual com efeitos em vida ou *post mortem*. (Zampier, 2023). Todavia, a ausência de manifestação expressa do titular tem levado à prevalência das regras unilateralmente estabelecidas pelas plataformas digitais, por meio de seus termos de uso, os quais se mostram insuficientes como parâmetro único, por serem contratos de adesão, padronizados e alheios às particularidades do Direito Sucessório e dos direitos da personalidade.

Apesar da relevância prática do tema, não há regramento específico sobre herança digital no ordenamento jurídico pátrio. Sequer a Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) ou a novel Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei 13.709/2018) se debruçaram expressamente sobre a questão. Em resposta a essa lacuna, avança no Senado Federal o Projeto de Lei nº 6.468/2019, que propõe inserir um parágrafo único no art. 1.788 do Código Civil, visando esclarecer que “serão transmitidos aos herdeiros **todos os conteúdos de contas ou arquivos digitais de titularidade do autor da herança.**” (grifo nosso)

Diante dessa conjuntura normativa, o presente artigo propõe-se a examinar a forma como os ativos virtuais têm sido destinados no âmbito da sucessão hereditária, considerando os direitos de personalidade, autonomia privada e interesses patrimoniais. Busca-se, por meio de análise jurisprudencial, compreender como o Poder Judiciário brasileiro tem suprido a omissão legislativa. Para tanto, realiza-se uma análise jurimétrica de julgados, com o intuito de identificar padrões decisórios e divergências jurisprudenciais, oferecendo subsídios para uma compreensão aprofundada do tema.

2 HERANÇA DIGITAL

A existência da pessoa natural extingue-se com a morte, e conforme leciona Paiva, (2023, p.30),

a única certeza que temos é a de que um dia iremos morrer e todos os nossos bens ficarão ordinariamente para os nossos herdeiros, seja por via de testamento, seja por sucessão legítima; porém, atualmente, há uma preocupação que não existia há alguns anos, tendo em vista o avanço da tecnologia e o modo como ela faz parte do nosso cotidiano profissional e pessoal.

Quando há o falecimento de alguém que deixou bens, opera-se a sucessão, pela transmissão da herança ao herdeiro, sucedendo o *de cujus* nos direitos e obrigações relacionados ao seu patrimônio (Oliveira, Amorim, 2013).

Para a doutrina civilista clássica, nem todos os direitos e bens do falecido são considerados herança. Somente aqueles bens que apresentam valor econômico mensurável, que possam ser aferíveis economicamente, são objeto de sucessão, enquanto os direitos à personalidade, ao nome, à honra e à liberdade, por exemplo, são intransmissíveis. (Casagrande, 2022)

A transmissão da herança perpetua a continuidade do próprio ente familiar. O direito à herança possui patamar de direito fundamental, insculpido na carta magna brasileira, art. 5º, inciso XXX. Uma vez falecido, o

conjunto de direitos e deveres são arrecadados formando uma universalidade de bens (Oliviera, Amorim, 2013, p.32), administrada inicialmente pelo administrador provisório ou, após instaurado o inventário, pela pessoa do inventariante (art. 12, V, 986 e 990, do Código de Processo Civil).

Com o advento e a expansão acelerada da internet, a transformação das relações humanas com tanto compartilhamento e publicações de conteúdos variados, insere na vida das pessoas uma nova categoria de ativos: os bens digitais. Os bens virtuais são classificados em duas dimensões principais: de um lado, os bens de caráter patrimonial, a exemplo de contas em redes sociais monetizadas, criptomoedas, licenças de software e outros ativos datados de valor econômico mensurável, e de outro, os bens digitais de natureza existencial, que, embora não expressem valor econômico diretamente, possuem significativa carga afetiva e emocional, como fotos, vídeos, mensagens e arquivos pessoais.

Todas essas informações pessoais dos usuários ficam armazenadas nas plataformas digitais, sendo consideradas pela doutrina como bens não patrimoniais, ou bens existenciais. Nesse sentido, o autor da obra *Bens Digitais*, Bruno Zampier, defende que a informação deve ser considerada como bem jurídico, desde que a tenha relevância jurídica, destacando que os bens digitais, por sua natureza intangível, aproximam-se da categoria incorpórea (Zampier, 2023).

Essa distinção entre bens existenciais e bens patrimoniais, é crucial para compreender que o patrimônio digital abrange a totalidade dos ativos virtuais, mas nem todos esses bens são considerados herança digital, passíveis de transmissão sucessória. No Brasil, a sucessão tradicionalmente inclui bens móveis e imóveis que apresentam valor econômico, conforme princípio *saisine* (art. 1.784 do Código Civil), o que ocasiona a transmissão imediata do acervo patrimonial.

Para Zampier (2023), o conceito de patrimônio “deve superar o seu paradigma clássico do Direito Civil pátrio, abrangendo as nuances extrapatrimoniais dos bens digitais. Isso porque, a depender do caso, os bens digitais passam a ingressar duas categorias simultaneamente, as de caráter extrapatrimonial e de caráter patrimonial.

Há uma tendência natural de que esses bens existenciais (perfil de redes sociais, e-mail, fotos, vídeos) se tornem cada vez mais importantes não só para os usuários, mas também para os familiares com nítido valor sentimental. Embora esses ativos virtuais de cunho afetivo não sejam, nesse primeiro momento, transmissível por direito sucessório, é possível que o proprietário dessas contas se manifeste sobre o destino dado àqueles dados em rede, dada a sua importância. Na lição de Zampier (2023): “Vários bens digitais, para além de um aspecto econômico, serão importantes para seus titulares pela perspectiva emocional que carregam consigo.”

A partir da ampla noção de bens digitais, é necessário delimitar o conceito de herança digital como um subconjunto de ativos digitais composto por bens dotados de conteúdo econômico e, portanto, transmissível *causa mortis*, nos termos do Direito das Sucessões. Excluem-se dessa categoria os ativos que possuem valor afetivo e emocional, os chamados bens existenciais, vinculados aos direitos da personalidade.

Como argumenta Casagrande (2022), somente os bens que possuem valor econômico mensurável devem ser considerados para fins sucessórios, uma vez que os direitos de personalidade – tais como honra, intimidade e imagem – não se transmitem.

Por este viés, os bens digitais patrimoniais podem, assim, ser objeto de sucessão, devendo ser arrolados no inventário, para que se opere a transmissão *causa mortis*, enquanto em relação aos bens digitais existenciais (fotos, arquivos, vídeos e outros guardados em nuvem com senha), não seja possível dispensar tal tratamento, por se tratarem de questões vinculadas aos direitos da personalidade, intransmissíveis e de caráter eminentemente pessoal do falecido.

A controvérsia se acentua ao se constatar que parte do patrimônio digital é composto por arquivos armazenados em serviços online, cujas regras de acesso e transferência são condicionadas pelos contratos de adesão firmados entre o falecido e os provedores, os denominados termos de serviços, os quais podem estabelecer regras específicas para o acesso e transferência das informações *post mortem*. Na grande maioria das vezes, o usuário sequer lê o contrato de adesão ao acessar uma plataforma digi-

tal, e, ao aceitar os termos de uso, essa condição prevalece face à ausência de uma legislação específica.

Com a ausência de legislação específica regulando o tema dos bens jurídicos passíveis de transmissão *post mortem*, o aplicador do direito deve buscar princípios e instrumentos hermenêuticos já consagrados pelo ordenamento jurídico, o que possibilita lidar com a herança digital, “uma vez que a produção legislativa nem sempre é capaz de acompanhar as constantes mudanças tecnológicas” (Casagrande, 2022).

O termo patrimônio digital corresponde a soma de todas as informações e dados depositados no meio virtual, é “a universalidade de bens digitais de uma pessoa natural ou jurídica”, qualquer arquivo digitalizado, disposto em formato eletrônico, é um bem digital (Zampier, 2023). Mas não se confunde com herança digital, passível de transmissão *causa mortis* (Lana; Ferreira (2023). Assim, a herança digital representa parcela do patrimônio digital que detém valor econômico e que, por essa razão, integra o conjunto de bens a ser transmitido aos herdeiros.

Herança digital é um conceito que ainda está em construção e demanda estudos contínuos, sobretudo diante dos avanços tecnológicos que norteiam o ambiente virtual. Essa definição clara e coerente é fundamental para a segurança jurídica dos bens digitais passíveis de sucessão, bem como para a proteção dos direitos da personalidade em um mundo cada vez mais digitalizado.

3 ANÁLISE JURIMÉTRICA DAS DECISÕES JUDICIAIS BRASILEIRAS SOBRE SUCESSÃO DE BENS DIGITAIS

Face a ausência legislativa sobre o tema, torna-se essencial investigar como o Poder Judiciário brasileiro tem se posicionado em relação à transmissão dos bens digitais *post mortem*. Nesse sentido, serão apresentados os principais resultados de uma análise jurimétrica relacionados à transmissibilidade de contas em redes sociais e desbloqueio de aparelhos celulares pelo “ID Apple”, a partir de um levantamento e consolidação de entendimentos jurisprudenciais, com buscas jurisprudenciais dos anos de 2020 até 2025.

O primeiro processo analisado foi julgado em 22/05/2024, pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que negou o acesso às informações pessoais, ao acervo fotográfico e às correspondências armazenadas em nuvem do *de cujus*, sob o argumento de que eventual transmissão sucessória desses acervos digitais poderia acarretar violação aos direitos da personalidade, os quais, via de regra, são intransmissíveis e se perpetuam mesmo após a morte, e, na ausência de disposição de vontade, devem ser aplicadas as previsões contidas nos termos de uso dos provedores, ou seja, não há transmissibilidade. (TJ-MG, AI: 1.0000.24.174340-0/001, Relator Des. Delvan Barcelos Júnior, julgamento 22/05/2024)

Outro caso, também julgado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais em 2022, resultou na negativa de acesso à família ao aparelho celular do falecido por meio do “ID Apple”, com base na fundamentação de que a autorização judicial para o acesso às informações privadas do usuário falecido deve ser concedida apenas nas hipóteses em que haja relevância para o acesso de dados mantidos como sigilosos, sendo intransmissíveis os direitos de personalidade do morto. (TJ-MG – AI: 10000211906755001, Relator: Albergaria Costa, Data de Julgamento: 27/01/2022, Câmaras Cíveis / 3ª CÂMARA CÍVEL)

Já o Tribunal de Justiça de São Paulo, no ano de 2024, sentenciou que o Google fornecesse dados de acesso a contas que pertenciam ao falecido à sua sucessora. Nesse julgado, determinou-se a possibilidade de analogia com a herança de cartas e manuscritos pessoais, restando demonstrado no processo legítimo interesse em elucidar a morte precoce e não explicada do filho da sucessora, prevalecendo as circunstâncias do caso concreto. (TJ-SP, Apelação Cível nº 1123920-82.2023.8.26.0100, Comarca de Jacareí, Rel. Des. Celina Dietrich Trigueiros, Julgamento: 30/08/2024)

Sobre outro aspecto o Tribunal de Justiça de São Paulo, também no ano 2024, determinou a transferência aos herdeiros o acesso ao “ID Apple” da falecida, enfatizando que o patrimônio digital da pessoa falecida pode integrar o espólio e, assim, ser objeto de sucessão, garantindo o direito de herança. (TJ-SP, Apel.: 1017379-58.2022.8.26.0068, Relator

Des. Carlos Alberto de Salles, Data de Julgamento: 26/04/2024, 3ª Câmara de Direito Privado)

Já o Tribunal de Justiça da Paraíba, 2023, decidiu que o esposo poderia ter acesso as contas de Facebook e Instagram da esposa falecida, pois em vida, a falecida compartilhou as suas senhas com o cônjuge, e nos termos de autorização de uso e responsabilidade, não restou demonstrado que a *de cujus* houvesse assinalado opção de exclusão de conta, ao invés de preferir que a conta se tornasse um memorial passado para um administrador da família.

Além disso, o Tribunal Paraibano, nesse mesmo processo, entendeu que era direito do cônjuge sobrevivente ter acesso aos perfis da *de cujus*, pois há “direitos a meação/herança sobre a conta e tudo que ali se encontra, tem direito de preservar os direitos da personalidade da *de cujus*, conforme o Código Civil Brasileiro e tem direito de imagem, nos termos do art. 5º, X, da Constituição Federal, sobre as fotografias que aparecem a sua imagem com sua companheira”. No entanto, foi preservado a intimidade da falecida com exclusão das conversas particulares anteriores ao seu óbito. (TJ-PB - AI: 08084783820218150000, Relator.: Des. Marcos Cavalcanti de Albuquerque, 3ª Câmara Cível).

A análise abrangeu cinco processos com trânsito em julgado entre os anos de 2020 e 2025, envolvendo decisões de primeiro e segundo graus de jurisdição. A partir da análise jurimétrica, pode-se observar a inexistência de um entendimento uniforme no Poder Judiciário brasileiro acerca da transmissibilidade dos bens digitais *post mortem*. O exame dos julgados revela que cada caso é analisado individualmente, na qual os tribunais ponderam a proteção dos direitos da personalidade, especialmente a intimidade e a privacidade do falecido, em confronto com o direito fundamental à herança.

Entre os fatores decisórios identificados na análise dos julgados, destacam-se a natureza patrimonial ou existencial do bem digital envolvido, a existência de manifestação de vontade do *de cujus*, bem como as disposições previstas nos termos de uso das plataformas digitais, associadas à necessidade de preservação dos direitos de terceiros, elementos que

evidenciam a complexidade do tema e a dependência da solução judicial às circunstâncias específicas de cada caso concreto.

4 CONCLUSÃO

A análise realizada evidenciou que a sucessão de bens digitais é um campo repleto de desafios jurídicos, decorrentes, sobretudo, da ausência de regulamentação específica no ordenamento jurídico brasileiro. A análise jurimétrica dos julgados entre 2020 e 2025 demonstrou a existência de divergências de entendimentos dos tribunais brasileiros, os quais, dependendo das implicações de cada caso, oscilam entre a proteção rigorosa dos direitos de personalidade e a transmissão dos ativos digitais que não detêm valor econômico.

De um lado, a proteção dos direitos da personalidade levou a decisões que negam o acesso a determinados acervos digitais, reforçando o caráter intransmissível de aspectos existenciais, mesmo diante da crescente digitalização das interações humanas. De outro lado, há casos em que, diante de um interesse legítimo dos herdeiros, os bens digitais existenciais são admitidos para compor o espólio, integrando o conjunto de bens passíveis de sucessão.

Apesar dessas divergências, a análise dos casos permite identificar um padrão hermenêutico predominante no âmbito do Poder Judiciário, caracterizado pela adoção de soluções casuísticas e pela ponderação concreta entre o direito fundamental à herança e a proteção dos direitos da personalidade. Nesse contexto, diante da ausência de normatização, elementos como a natureza patrimonial ou existencial do bem digital, a existência de manifestação de vontade do *de cujus*, as disposições constantes nos termos de uso das plataformas digitais e a necessidade de preservação de direitos personalíssimos assumem papel central na formação da decisão judicial.

Os resultados obtidos demonstram que, embora a aplicação do princípio da *saisine* garanta a transferência imediata do acervo patrimonial, a delimitação do que constitui herança digital, restringida aos bens

que possuem valor econômico mensurável, permanece um ponto controverso, especialmente diante da crescente importância dos ativos de natureza existencial.

Diante desse cenário, torna-se imperativo o desenvolvimento de uma regulação específica que, de forma integrada, contemple tanto a autonomia privada do cuidado quanto a proteção dos direitos fundamentais subjacentes à sua personalidade. A normatização da herança digital, poderá conferir maior segurança jurídica e previsibilidade aos processos de sucessão envolvendo bens digitais

Assim, o avanço legislativo no que tange à transmissibilidade dos bens e a consolidação de uma proteção uniforme se fazem urgentes para garantir que a transmissão dos bens digitais seja clara e justa, respeitando a vontade do falecido e ao mesmo tempo protegendo os direitos da personalidade e à herança. Essa convergência é essencial para que o Direito das Sucessões no Brasil evolua acompanhando as transformações tecnológicas contemporâneas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Juliana Evangelista. **Testamento Digital. Como se dá a sucessão dos Bens Digitais**. Porto Alegre, RS. Editora Fi, 2019.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 15 de março 2025.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 15 de março 2025.

COSTA FILHO, Marco Aurélio. Herança digital. Valor Patrimonial e Sucessão dos bens armazenados virtualmente. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**, Recife, p. 187-215.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e suceder**: passado e presente da transmissão sucessória concorrente. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LANA, Henrique; FERREIRA, Cinthia. **A herança digital e o direito sucessório: nuances da destinação patrimonial digital**. IBDFAM : Instituto Brasileiro de Direito de Família., [s. l.], 2 jun. 2023. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1989/A+heran%C3%A7a+digital+e+o+direito+sucess%C3%B3rio%3A+-nuances+da+destina%C3%A7%C3%A3o+patrimonial+digital>. Acesso em: 12 set. 2025.

MENDES, Laura; FRITZ, Karina. Case Report: Corte Alemã Reconhece a Transmissibilidade da Herança digital. **RDU, Porto Alegre, Volume 15**, n. 85, 2019, p. 188-211, jan-fev 2019.

OLIVEIRA, Euclides; AMORIM Sebastião. **Inventários e Partilhas. Direito das Sucessões. Teoria e Prática**. 23 ed. São Paulo. Editora Universitário de Direito. 2013.

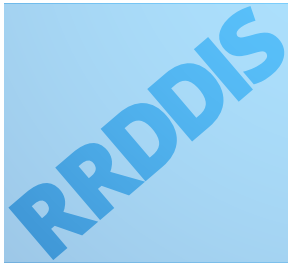
PAIVA, Ana Carolina. Herança digital e a morte do usuário: a violação ao direito à privacidade dos bens. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro** nº 88, p. 19-52, abr./jun. 2023

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 12. ed. Rio de Janeiro. Editora Metodo, 2022.

ZAMPIER, Bruno. **Bens digitais**: cibercultura, redes sociais, e-mails, músicas, livros, milhas aéreas, moedas virtuais. 2. ed. São Paulo. Editora Foco, 2021.

Recebido em 09 de setembro de 2025

Aprovado em 18 de dezembro de 2025



**RESENHAS E
OUTROS ESTUDOS**

PARTE V



RESENHA CRÍTICA: “A DIGITALIZAÇÃO DA COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA CIVIL: UMA ABORDAGEM IBERO-AMERICANA.”

Rodrigo Otávio Cruz e Silva¹

SUMÁRIO

1. IDENTIFICAÇÃO COMPLETA DA OBRA. 2. CONTEXTUALIZAÇÃO TEÓRICA E HISTÓRICA DA OBRA. 3. DELIMITAÇÃO DO OBJETO, PROBLEMA E OBJETIVOS DA OBRA. 4. FUNDAMENTOS TEÓRICOS E METODOLÓGICOS. 5. ESTRUTURA INTERNA E ENCADEAMENTO ARGUMENTATIVO. 6. O IMPACTO POTENCIAL DO LIVRO NO MEIO ACADÊMICO E PROFISIONAL.

1 IDENTIFICAÇÃO COMPLETA DA OBRA

Título Completo:

A Digitalização da Cooperação Judiciária Civil: Uma Abordagem Ibero-Americana.

Coordenadores:

Guillermo Palao Moreno: Catedrático de Direito Internacional Privado (Universitat de València, Espanha). Membro de projetos I+D focados em justiça digital e algorítmica e transição digital centrada na pessoa na União Europeia .

Valesca Raizer Borges Moschen: Professora Titular de Direito (UFES). Professora Permanente do PPGDIR/UFES. Coordenadora do LA-

¹ Doutor em direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Mestre em direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Bacharel em direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

BCODEX e de projeto sobre Cooperação Jurídica Internacional na era digital, além de membro de projeto I+D sobre justiça digital e algorítmica .

Organizadora:

Bruna Bisi Ferreira de Queiroz: Mestre em Direito Processual (UFES), com pesquisa na Universidade de Sorbonne (Paris 1). Especialista em Direito Público e Pesquisadora .

Contexto de Publicação:

A coletânea recente do ano de 2025, fruto de esforços acadêmicos transnacionais (projetos de P&D, incluindo espanhóis e brasileiros), que estabelece o “estado da arte” no domínio da digitalização da cooperação judiciária internacional em matéria civil, preenchendo uma lacuna na literatura e lançando um desafio aos poderes constituídos dos blocos Mercosul e União Europeia. Publicada pela editora Tirante Lo Blanch em 2025 – São Paulo – livro digital – ISBN: 978-85-9477-790-4.

2 CONTEXTUALIZAÇÃO TEÓRICA E HISTÓRICA DA OBRA

A coletânea se insere na tradição do Direito Processual Civil Internacional (DPCI) e do Direito Internacional Privado (DIP), dialogando intensamente com as correntes que defendem a Tutela Judicial Efetiva Transnacional e a Justiça Multiportas (ou Pluralismo Decisório).

A obra surge em um momento de intensa aceleração tecnológica pós-pandemia, onde a informatização dos processos judiciais e a adoção de TICs (Tecnologias de Informação e Comunicação) se tornaram a regra, e não a exceção, nos sistemas jurídicos da esfera ibero-americana.

Como é sabido, historicamente, o contexto é marcado pela insuficiência dos instrumentos de cooperação da segunda metade do século XX (como as Convenções da Haia) em face da velocidade digital, e pela complexidade regulatória decorrente da incorporação digital díspar entre

as nações, o que dificulta a colaboração judicial e compromete direitos processuais.

Com certeza a coletânea responde à necessidade urgente de reformular os modelos de comunicação interjurisdicionais “analógicos” para a realidade digital, analisando os avanços regionais (União Europeia e Mercosul) e as iniciativas de *soft law* (como o Guia do CJI).

No aspecto teórico a obra se alinha à perspectiva de que a cooperação jurídica internacional é um gestor fundamental do acesso transnacional à justiça, e que a tecnologia, embora essencial, exige um arcabouço regulatório (entorno regulatório) para maximizar seu impacto.

3 DELIMITAÇÃO DO OBJETO, PROBLEMA E OBJETIVOS DA OBRA

A obra coletiva demonstra uma preocupação metodológica de alinhar os diversos textos produzidos por especialistas renomados com o objetivo central e a problemática que perpassa como fio condutor entre os capítulos.

Aqui destaca-se para melhor cognição o objetivo central e o problema jurídico enfrentado.

Objeto Central: A digitalização dos atos de assistência judiciária e cooperação entre diferentes países na esfera do Direito Processual Civil.

Problema Jurídico Enfrentado: Como conciliar e harmonizar a incorporação assimétrica e fragmentada das Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs) nos sistemas de justiça civil (Judicialização Digital) com a necessidade de eficiência, celeridade e garantia da tutela judicial efetiva em processos com elementos transfronteiriços na comunidade Ibero-Americana (Cooperação Judiciária Civil Internacional).

Objetivos:

O livro tem como um de seus objetivos explícitos estabelecer o “estado da arte” no domínio da digitalização da cooperação judiciária internacional em matéria civil.

Para atingir isso, a obra busca promover uma análise jurídica plural e aprofundada dos desafios impostos pelos atos de assistência internacional entre autoridades judiciais em processos civis e comerciais. Essa análise se justifica pelo cenário regulatório complexo e fragmentado, onde a incorporação digital díspar entre países prejudica a colaboração judicial e eleva os custos do litígio internacional.

O livro oferece uma abordagem transatlântica e multidisciplinar, reunindo especialistas em Direito Processual e Direito Internacional Privado da esfera ibero-americana (incluindo Argentina, Brasil, Colômbia, Espanha e Portugal).

Essa perspectiva comparativa é crucial para examinar a evolução da digitalização nos grandes blocos, como a União Europeia (UE) que está mais avançada, com o advento do e-CODEX e o novo Regulamento de 2023 e o Mercosul, que esboça uma tendência semelhante, embora ainda precise adaptar seus modelos de comunicação “analógicos” à realidade digital para não estagnar a integração regional. A comparação busca, inclusive, inspirar o aprofundamento da digitalização no Mercosul.

4 FUNDAMENTOS TEÓRICOS E METODOLÓGICOS

A obra adota majoritariamente o Método Comparativo (abordagem transatlântica e Ibero-Americana) e o Método Dogmático-Crítico. O comparativismo é explícito e estrutural, contrapondo o avanço regulatório da União Europeia (Regulamentos e Diretivas sobre cooperação judiciária digital) com os desenvolvimentos incipientes no Mercosul (Protocolo de Las Leñas e incorporação eletrônica interna como a brasileira).

Teorias de Sustentação:

As teorias que sustentam a análise central da obra convergem para a ideia de que a digitalização é um imperativo para a eficácia da justiça em um mundo globalizado.

Primeiramente, sob a ótica da Teoria do Acesso Transnacional à Justiça, a cooperação digital é fundamental, pois permite que o direito fundamental à tutela judicial efetiva seja concretizado em casos transfronteiriços e pluriconectados.

A digitalização da cooperação interjurisdicional, seja no intercâmbio de documentos ou na realização de atos processuais, funciona como gestora do acesso transnacional à justiça, garantindo a fluidez na comunicação, a circulação de decisões e, conseqüentemente, a proteção de direitos.

A inserção das Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs) é vista como um binômio necessário para o fortalecimento desse acesso, sobretudo ao aumentar a eficiência, diminuir custos e assegurar a segurança jurídica em procedimentos civis internacionais.

Em segundo lugar, a obra aborda a evolução para um modelo de Pluralismo Decisório e Jurisdição Compartilhada.

O tema da desjudicialização e dos atos probatórios concertados reflete o reconhecimento de que a administração da justiça não se restringe ao âmbito judicial. No Brasil, por exemplo, a cooperação interinstitucional online é prevista entre as esferas judicial e extrajudicial, ilustrando como a tecnologia facilita a coordenação e a complementaridade entre múltiplos agentes do sistema de justiça (sistema multiportas).

Por fim, a análise das Soft Law e Harmonização destaca que, diante das disparidades normativas e de infraestrutura dos sistemas judiciais, instrumentos de orientação são essenciais.

O livro examina a relevância de guias e boas práticas, como o Guia de Boas Práticas em Matéria de Cooperação Judiciária para as Américas do Comitê Jurídico Interamericano (CJI/OEA). Tais instrumentos de *soft law* são cruciais para promover a convergência e a interpretação dinâmica de tratados existentes, buscando a adequação do exercício jurisdicional à realidade tecnológica atual, especialmente onde as regulamentações internacionais mal ecoaram os avanços digitais.

O Guia do CJI, por exemplo, é analisado como um vetor para o desenvolvimento do Estado de Direito em âmbito internacional, preenchendo lacunas regulatórias e promovendo uma melhor governança na matéria de cooperação jurisdicional.

A obra é coerente ao utilizar o comparativismo para identificar melhores práticas (Europa como inspiração para o Mercosul) e ao empregar a análise dogmática para dissecar as recentes codificações (Regulamento Bruxelas II Ter, Resolução 350 CNJ).

O método é adequado ao problema, pois a fragmentação normativa exige, necessariamente, uma visão plural e transnacional.

5 ESTRUTURA INTERNA E ENCADEAMENTO ARGUMENTATIVO

A estrutura da coletânea é organizada em torno de eixos temáticos que abordam as manifestações da digitalização da cooperação civil, apresentadas no sumário:

- a) **Digitalização e Desjudicialização no Cenário Interno (Brasil):** Foco na cooperação interinstitucional *online* e na relação entre o judicial e o extrajudicial (Resolução 350 CNJ, atos probatórios concertados).
- b) **Cooperação Judicial Civil na União Europeia:** Análise dos avanços regulatórios recentes, incluindo o contexto transatlântico, a prova por videoconferência e o Regulamento Bruxelas II.
- c) **Cooperação na América Latina (MERCOSUL/OEA):** Debate sobre a virada digital no Mercosul e a importância da *soft law* na OEA (Guia do CJI) para o acesso transnacional à justiça digital.
- d) **Temas Transversais:** Mediação *online*, tecnologias disruptivas (como Inteligência Artificial e *blockchain* para cooperação) e a digitalização da cooperação extrajudicial internacional.

A complexidade e fragmentação do panorama normativo que rege a assistência jurídica internacional em processos civis e comerciais exige uma análise jurídica plural e aprofundada. Este livro, resultado de esforços coletivos e de diversos projetos de pesquisa (como os financiados pelo Ministério Espanhol, FAPES e CNPq, além das iniciativas da UFES/PPGDIR/LABCODEX), cumpre esse propósito.

A obra é atual e relevante, explorando as profundas implicações sociais, econômicas e jurídicas da digitalização no direito à tutela judicial efetiva no âmbito transnacional.

Os temas abordados incluem o uso de meios digitais para notificações e obtenção de provas, videoconferências, e a incorporação de tecnologias disruptivas (como blockchain e Inteligência Artificial) na cooperação judicial transfronteiriça.

Com uma abordagem transatlântica e multidisciplinar, o livro reúne especialistas em Direito Processual e Direito Internacional Privado da Argentina, Brasil, Colômbia, Espanha e Portugal, oferecendo uma valiosa perspectiva comparada.

O resultado é um estudo que não apenas detalha a organização atual do processo civil internacional, mas também fornece elementos cruciais para entender as repercussões e a evolução futura da digitalização e algoritmização da Justiça. Sua perspectiva comparada, especialmente sobre a cooperação judicial civil internacional, confere-lhe singular importância para acadêmicos e profissionais do contencioso internacional

6 O IMPACTO POTENCIAL DO LIVRO NO MEIO ACADÊMICO E PROFISSIONAL

Os autores colocam à disposição dos interessados um conjunto de trabalhos de inquestionável valor, que simultaneamente estabelecem o “estado da arte” no domínio da digitalização da cooperação judiciária internacional em matéria civil.

O livro é visto como um preenchimento de uma lacuna evidente na literatura existente sobre a matéria, oferecendo uma contribuição inesti-

mável para o desenvolvimento do quadro normativo que rege a cooperação judiciária internacional na Europa e na América Latina.

A transição tecnológica global que caminha para a algoritmização da Justiça, intensificada pela busca por eficiência e sustentabilidade, e acelerada após a crise da COVID-19, mas que tem gerado uma indesejável fragmentação regulatória nos processos transfronteiriços, dificultando a cooperação e colocando em risco os direitos processuais.

Este livro oferece uma visão transatlântica e multidisciplinar para enfrentar esse cenário, sendo um marco ao estabelecer o “estado da arte” da digitalização da cooperação judiciária internacional. Explora desde iniciativas regionais na União Europeia e no Mercosul, até o papel de redes de cooperação como a IberRed e a sistematização realizada pelo Comitê Jurídico Interamericano (CJI) com o “Guia de Boas Práticas em Matéria de Cooperação Judiciária para as Américas”, que visa promover orientações para uma aplicação dinâmica e flexível dos tratados reguladores da cooperação jurídica internacional, priorizando a finalidade substantiva frente a formalismos legais.

O leitor encontrará análises aprofundadas sobre a utilização de meios digitais para a prática de atos processuais como a notificação, a obtenção de provas por meios eletrônicos e o uso de videoconferências, além do impacto de tecnologias disruptivas como *blockchain* e Inteligência Artificial.

O trabalho congrega autores de destaque em países ibero-americanos (Argentina, Brasil, Espanha, Portugal), oferecendo uma rica perspectiva comparada, sendo uma leitura enriquecedora para Magistrados, Advogados, Autoridades Centrais, Legisladores e Acadêmicos que lidam com litígios civis e comerciais internacionais, pois não só supre uma lacuna na literatura existente, mas também fornece as chaves para a compreensão da evolução futura da justiça digital e transnacional.

Recebido em 21 de novembro de 2025

Aprovado em 17 de dezembro de 2025

RESENHA DO LIVRO “DIREITO E NÃO-COISAS”

Luciana Reusing¹
Lígia Loregian Penkal²

SUMÁRIO

1. IDENTIFICAÇÃO DA OBRA. 2. ABORDAGEM METODOLÓGICA. 3. PROBLEMA DE PESQUISA: RELEITURA DO DIREITO DAS COISAS. 4. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL COMO NÃO COISA E DESAFIOS À PROPRIEDADE INTELECTUAL. 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS: UMA PAUSA PRÁTICA.

1 IDENTIFICAÇÃO DA OBRA

Título: “Direito e não-coisas”.

Editores: Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2025.

Autoras: Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas.

Currículo: Graduação em Engenharia Civil pela Universidade Federal do Paraná (1985), Mestrado em Engenharia Elétrica e Informática Industrial pela Universidade Tecnológica Federal do Paraná (1990) e Doutorado em Informática pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2001). Professora Titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR.

¹ Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Doutora em Tecnologia e Sociedade (UTFPR). Advogada. Pesquisadora do Grupo de Estudos em Direito Autoral e Industrial (GEDAI) - UFPR. Mestra em Ciência Tecnologia e Sociedade pelo Instituto Federal do Paraná. Pós Graduada em Direito Educacional e Direito Penal e Processo Penal com ênfase em Prática Jurídica. Docente de Ensino Superior no Curso de Direito.

² Doutoranda em Direito na UFPR. Mestra em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Bacharel em Direito pela PUCPR e tecnóloga em Design Gráfico pela UTFPR. Pesquisadora do GEDAI - UFPR.

Contexto da publicação

A obra propõe uma reflexão sistemática acerca da necessidade de reinterpretar o Direito, tradicionalmente estruturado a partir da materialidade, da posse e da tangibilidade, diante de uma realidade digital progressivamente intangível. A análise proposta parte do diagnóstico de que a sociedade contemporânea se organiza por meio de dados, informações e algoritmos, os quais passaram a constituir uma economia baseada em dados. Nesse cenário, o Direito permanece fortemente atrelado à materialidade, apesar de a sociedade informacional estar pautada na imaterialidade dos dados, da informação e da inteligência artificial, o que produz um descompasso estrutural entre conceitos jurídicos herdados e o rápido desenvolvimento tecnológico.

2 ABORDAGEM METODOLÓGICA

A originalidade do trabalho também decorre da trajetória intelectual da autora, cuja formação inicial em engenharia civil, aliada à especialização em informática e à atuação como pesquisadora e professora de Direito, confere ao texto uma rica multidisciplinaridade, correlacionando fundamentos técnicos e jurídico-normativos.

Essa transversalidade permite abordar dilemas éticos e jurídicos da inteligência artificial (IA) com atenção às suas especificidades e restrições de funcionamento, além de problemas como o tratamento a partir da coleta massiva de dados, o processamento algorítmico e a opacidade dos sistemas.

A incorporação desse repertório técnico ao debate jurídico qualifica a análise normativa, permitindo compreender a IA não apenas como objeto abstrato de regulação, mas como sistema dotado de dinâmicas de funcionamento específicas que necessitam de estudo próprio e aprofundado.

O livro integra o conceito de não-coisas de Byung-Chul Han com a sociedade em rede de Manuel Castells, o capitalismo de vigilância de Shoshana Zuboff, o conceito de *everyware* de Adam Greenfield, a concep-

ção do virtual como campo de atualização permanente em Pierre Lévy, dentre outras referências de peso da área.

A partir dessa bibliografia, estrutura-se uma interpretação segundo a qual dados, algoritmos e sistemas de IA operam como não coisas, isto é, como entidades que não se estabilizam como objetos delimitáveis fisicamente. Esse enquadramento teórico sustenta a tese de que o Direito, ao manter-se ancorado em uma ontologia da materialidade, passa a operar com terminologias insuficientes e desatualizadas para captar fenômenos centrais da sociedade informacional.

3 PROBLEMA DE PESQUISA: RELEITURA DO DIREITO DAS COISAS

A pergunta de pesquisa que orienta a obra consiste em analisar se a filosofia de Byung-Chul Han sobre “não-coisa” poderia influenciar uma releitura do Direito das Coisas, sobretudo à luz de tecnologias móveis, da IA e das transformações no entendimento de posse e domínio.

Parte-se do pressuposto de que o direito das coisas, enquanto complexo normativo voltado às relações jurídicas referentes a coisas suscetíveis de apropriação, construiu-se a partir de objetos do mundo físico, material e tangível.

A progressiva virtualização das relações sociais, marcada pela desterritorialização dos fluxos de dados, produtos e serviços, evidencia incoerências na aplicação direta dessas categorias a fenômenos que não se enquadram nos critérios clássicos de materialidade, territorialidade, pessoalidade e espacialidade. A obra demonstra que a insistência na transposição automática dessas categorias para o ambiente digital gera distorções analíticas e fragilidades normativas.

Nesse contexto, o questionamento sobre a pertinência de conceitos como posse e domínio no mundo digital revela o esgotamento parcial do vocabulário jurídico tradicional diante de objetos imateriais, processuais e mutáveis.

A análise da autora indica a necessidade de uma reconstrução conceitual do Direito das Coisas, para que este possa responder adequadamente aos desafios trazidos pelas “não-coisas” da tecnologia.

Deste modo, o problema central é a persistência de uma teoria jurídica centrada na materialidade, com a tendência de tratar não-coisas como coisa, e as consequências dessa persistência. Entre as questões concretas que emergem desse problema estão os desafios para a regulamentação da IA, a proteção de criações geradas ou assistidas por IA, a eficácia dos regimes de proteção por meio de direitos autorais e as implicações éticas do uso de IA.

4 INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL COMO NÃO COISA E DESAFIOS À PROPRIEDADE INTELECTUAL

A autora faz a distinção entre conceitos que são muitas vezes tratados erroneamente como sinônimos: dado, informação, conhecimento, dentre outros. A obra também identifica tipos de dados e discute o modo como sua agregação alimenta uma economia informacional que converte comportamentos em valor econômico, em consonância com o capitalismo de vigilância, de Shoshana Zuboff.

Sistemas de inteligência artificial, códigos e algoritmos, a partir da filosofia de Han, são compreendidos como “não-coisa”, pois não se comportam como objetos tradicionais, o que impõe a revisão de conceitos tradicionais do Direito.

As propriedades de materialidade, pessoalidade, territorialidade, temporalidade e espacialidade não podem ser analisadas segundo os mesmos critérios empregados para objetos físicos. Essa inadequação conceitual evidencia a necessidade de reconstrução dogmática para lidar com essas “não-coisas”.

No que se refere às criações do espírito, o suporte material de uma criação intelectual pode ser qualificado como coisa, enquanto a criação intelectual em si não se confunde com esse suporte, o que tensiona os regimes de direitos autorais diante de criações mediadas por algoritmos,

especialmente quando os resultados não derivam exclusivamente da atividade intelectual humana. Assim, o debate é deslocado da proteção do suporte, para a proteção do processo criativo e de seus resultados.

Coloca-se, assim, em questão se os instrumentos atuais do direito autoral são suficientes para regular e assegurar o que pode ser desenvolvido por aplicações de IA que operam sobre dados em formato digital. A obra sugere que os regimes tradicionais de propriedade intelectual enfrentam dificuldades estruturais para lidar com criações que não se enquadram nos pressupostos antropocêntricos que historicamente fundamentaram tais institutos.

Além disso, são examinadas as dinâmicas da inteligência artificial, incluindo um breve histórico de sua evolução, as condições técnicas do aprendizado de máquina (*machine learning*) e uma análise técnica da possibilidade de acontecer a chamada “alucinação” algorítmica, evidenciando limites dos sistemas de IA.

A autora aborda também em subcapítulos questões sobre não-coisas e proteção de dados pessoais, invisibilidade, segurança da informação, tomada de decisão automatizada e aplicabilidade de algoritmos frente à proteção de segredos comerciais industriais.

Os capítulos finais abordam os modelos regulatórios de inteligência artificial, examinando esforços legislativos recentes, como o *AI Act* da União Europeia e o Projeto de Lei nº 2.338, no contexto brasileiro. Neles, a autora avalia avanços e lacunas, oferecendo uma contextualização histórica e normativa que evidencia como o Direito vem se adaptando. Assim, es ainda que de forma gradual diante do rápido desenvolvimento tecnológico, marcado pela intangibilidade dos ativos e informações digitais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS: UMA PAUSA PRÁTICA

É importante destacar que a obra não tem a pretensão de esgotar o tema. No capítulo de conclusão, a autora deixa claro que seu objetivo não foi criar uma nova teoria, mas reinterpretar criticamente conceitos e problemas já existentes.

Reconhece-se, assim, que não há conclusões definitivas em um cenário marcado por mudanças contínuas e incertezas inerentes ao objeto de estudo, caracterizado pela mutabilidade técnica, pela opacidade dos sistemas algorítmicos e pela insegurança jurídica que acompanha o processo de regulação da inteligência artificial.

A partir dessa constatação, a autora propõe uma “pausa prática”, entendida como um momento de reflexão crítica em que ainda há esperanças em meio a tantas incertezas: a autora destaca a importância do fortalecimento de instituições de ensino e pesquisa dedicadas ao estudo da inteligência artificial como campo científico, a destinação de recursos públicos e privados para projetos de pesquisa e a valorização de pesquisadores, bem como da integração entre diferentes áreas do conhecimento, como Direito, Ciência da Computação, Filosofia, Ética e Ciências Sociais.

Ainda que se afirme a inexistência de uma conclusão, na verdade há sim a conclusão de que o Direito deve abrir-se a processos de co-construção normativa multidisciplinar, que reconheçam a mutabilidade dos objetos regulados. Inclusive, neste último capítulo do livro são apresentados dezesseis questionamentos formulados como provocações teóricas destinadas a orientar pesquisas futuras sobre as não-coisas.

Dessa forma, este conteúdo tem o condão de orientar debates subsequentes, reforçando o sentido da pausa prática como estratégia epistemológica e como convite: à comunidade acadêmica, aos reguladores e aos profissionais do Direito cabe aceitar o desafio de construir respostas não definitivas, mas capazes de acompanhar e moldar as transformações em curso.

A articulação entre o Direito e a inteligência artificial é apresentada na obra como condição para a construção de soluções normativas mais adequadas à complexidade da sociedade informacional. A desterritorialização dos fluxos informacionais e a ubiquidade dos sistemas digitais impõem ao Direito o desafio de formular arranjos regulatórios que promovam equilíbrio entre inovação tecnológica e responsabilidade ética.

A autora remete ao seu artigo *“Uma viagem por meio da informação: de Gutenberg a Zuckerberg”*, no qual constrói uma narrativa ficcional que

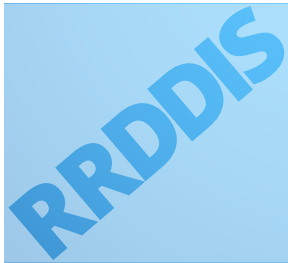
imagina o encontro entre figuras centrais da história das tecnologias da informação, incorporando reflexões sobre princípios éticos.

A obra encerra com um recurso narrativo que, com bom humor, reforça seu caráter crítico e reflexivo, contribuindo para consolidar os conceitos e conhecimentos apresentados ao longo dos capítulos. Essa abordagem amplia seu impacto junto a públicos diversos e estabelece um quadro conceitual sólido, servindo como referência para estudos interdisciplinares sobre direito digital, governança algorítmica, proteção de dados e propriedade intelectual.

Ao propor uma releitura do Direito das Coisas à luz da filosofia de não-coisa, considerando os desafios impostos pela tecnologia, a obra desenvolve um arcabouço teórico capaz de orientar debates contemporâneos sobre a regulação da inteligência artificial, a economia de dados e a proteção de direitos em sociedades cada vez mais intermediadas por algoritmos.

Recebido em: 28 de novembro de 2025

Aprovado em: 17 de dezembro de 2025



RUMO AO BRASIL CRIATIVO: DESAFIOS E PERSPECTIVAS DA POLÍTICA NACIONAL DE ECONOMIA CRIATIVA¹

Cláudia Leitão²

A economia criativa é um campo de estudos e de formulação de políticas relativamente recente. As primeiras sistematizações, ainda reunidas sob a denominação de “indústrias criativas”, datam da metade dos anos 90 e aparecem, de início, formuladas no âmbito governamental. O ponto de partida, em 1994, é o conceito de *Creative Nation*, política formulada pelo governo australiano para a qualificação do seu modelo de desenvolvimento. A identificação das indústrias criativas como um setor particular da economia acontece, em 1997, na Grã-Bretanha, compondo o manifesto pré-eleitoral do Partido Trabalhista Inglês – o *New Labour*.

A expressão “economia criativa” faz uma de suas primeiras aparições em 2001, numa matéria de capa da edição especial de agosto da revista *Business Week*. Intitulada *The 21 Century Corporation*, dedica-se a levantar questões a respeito do paradigma de produção que começava a caracterizar a sociedade pós-industrial ou sociedade do conhecimento. Também em 2001, é publicado em Londres um dos primeiros livros dedicados ao tema, *The Creative Economy: How People Make Money from Ideas*, de autoria de John Howkins. Um ano antes, nos Estados Unidos, Richard Caves, professor de economia da Universidade de Harvard, havia publi-

¹ Artigo relacionado à comunicação apresentada por ocasião do XIX CODAIP – Congresso de Direito de Autor e Interesse Público, Curitiba (PR).

² Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará - UFC (1981) e em Educação Artística pela Universidade Estadual do Ceará - UECE (1982). É mestra em Sociologia Jurídica pela Universidade de São Paulo - USP (1988) e doutora em Sociologia pela Sorbonne, Université René Descartes, Paris V (1993). É consultora *ad hoc* em Economia Criativa para a Organização Mundial do Comércio - OMC, para a Conferência das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento - UNCTAD (2013 a 2016) e para a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura UNESCO (2023 e 2024). É diretora do Centro Internacional Celso Furtado de Políticas para o Desenvolvimento. Atual Secretária de Economia Criativa do Ministério da Cultura (2025).

cado o livro *Creative Industries: Contracts between Art and Commerce*, fazendo notar, no prefácio, em tom de lamento, o fato de a temática da economia criativa ainda merecer tão pouca atenção do campo da economia, com quase todos os estudiosos dedicados a assuntos da velha economia industrial. Logo a seguir, em 2002, também nos Estados Unidos, é a vez de Richard Florida publicar *The Rise of the Creative Class: And How It's Transforming Work, Leisure, Community, & Everyday Life*, dedicado a discutir o que ele nomeia *creative class*, ou seja, o conjunto de profissões e ocupações próprias da *creative economy*.

Mas é em dezembro de 2002 que o mundo acadêmico inaugura, efetivamente, o debate sobre a temática, realizando em Brisbane, na Austrália, o Simpósio Nova Economia, Criatividade e Consumo. O encontro, que reuniu estudiosos e pesquisadores vinculados à recém-criada Faculdade de Indústrias Criativas da Universidade Tecnológica do Estado de Queensland, a London School of Economics, ao Massachusetts Institute of Technology e a New York University, dedicou-se à discussão sobre o significado e a necessidade de estruturar uma agenda de pesquisa capaz de mensurar os impactos sociais e culturais da economia criativa nesses países.

No âmbito governamental, a institucionalização de políticas dedicadas à economia criativa, que esteve, num primeiro momento, quase que exclusivamente restrita a países anglófonos – decerto muito por conta do intenso trabalho realizado pelo British Council, tanto na área da cooperação técnica oferecida a várias nações, quanto no que se refere à divulgação e à promoção da temática, por meio de um programa de seminários reunindo *scholars*, agentes governamentais e *policy makers* asiáticos, africanos, latino-americanos e europeus do Leste. Dessa forma, políticas para a economia criativa avançaram em todo o Extremo Oriente – sobretudo em Hong Kong, Singapura, Coreia, China e Índia –, além da Austrália e na Nova Zelândia e na Comunidade Europeia. Entre os países sul-americanos, o tema aparece na Colômbia, na Argentina, na Venezuela, no Chile e no Caribe. Na África, a Nigéria, Cabo Verde, a Etiópia, Moçambique, Angola e a África do Sul também avançam no reconhecimento dos segmentos culturais e criativos em seu desenvolvimento econômico. Também agências de fomento e bancos multilaterais têm adotado a eco-

nomia criativa como eixo importante de suas políticas e programas. É o caso, por exemplo, do Banco Mundial, do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) e do Banco da América Latina.

E foi graças a uma agência multilateral, a Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento (UNCTAD), que o Brasil se aproximou do campo da economia criativa. Na XI Conferência Ministerial da UNCTAD, realizada em São Paulo em junho de 2004, a economia criativa reuniu estudiosos, técnicos do Sistema ONU e representantes de vários governos e, ao final dos trabalhos do painel, o então ministro da Cultura, Gilberto Gil, ofereceu-se para acolher no Brasil um Centro Internacional de Economia Criativa, dedicada ao fortalecimento e ao desenvolvimento de segmentos culturais e criativos dos países do hemisfério Sul. Em abril de 2005, em Salvador, em parceria com a UNCTAD e o PNUD, o MinC realizou um grande fórum, o *Enhancing the Creative Economy: Shaping an International Centre on Creative Industries*, com o objetivo de lançar as bases do Centro, evento que contou com expressiva presença dos estados brasileiros, além de muitos países e organizações internacionais. No entanto, o Centro não chegou a ser instalado e até 2010, o tema da economia criativa inexplicavelmente desapareceu da agenda do Ministério da Cultura. Se o governo federal acabou perdendo sua liderança na formulação, implementação e monitoramento de políticas públicas de economia criativa, este novo setor econômico foi aos poucos atraindo o interesse das instituições universitárias, de governos estaduais e municipais, do Sistema S, sobretudo nas instituições corporativas da área econômica, a exemplo do Sebrae Nacional e, especialmente, da Federação das Indústrias do Rio de Janeiro (FIRJAN), que passou a realizar pesquisas contínuas voltadas às indústrias criativas brasileiras.

Em 2011, com o início do primeiro mandato da presidente Dilma Rousseff, o Ministério da Cultura, tendo à frente da pasta Ana de Hollanda, volta a se debruçar sobre o tema da economia criativa, criando em sua estrutura organizacional a Secretaria da Economia Criativa. Eu tive o privilégio de liderar essa institucionalização. Com a criação da SEC, o campo da economia criativa experimentou um salto de qualidade no campo das políticas públicas. Não só a nova Secretaria promoveu um amplo leque de articulações com

outras áreas de governo e com inúmeras instituições e organizações da sociedade civil, reanimando fortemente o ambiente acionado por Gilberto Gil lá atrás, como promoveu, com a ajuda de um grupo de especialistas convidados da área de gestão, economia e políticas de cultura, o aprofundamento da discussão conceitual e política necessária à adaptação e à requalificação da questão da economia criativa no contexto brasileiro.

O “Plano da Secretaria da Economia Criativa: Políticas, diretrizes e ações (2011-2014)” definiu marcos conceituais para a economia criativa, ampliando os seus significados além dos produtos protegidos pela propriedade intelectual, como estabelecido no conceito original elaborado pelo Governo de Tony Blair, mas enfatizando a natureza simbólico-cultural dos seus bens e serviços. O Plano define princípios norteadores para o desenvolvimento da economia criativa brasileira: a diversidade cultural, a sustentabilidade, a inovação e inclusão produtiva. Plano pronto e publicado, articulações da SEC em curso, disposição de amplos setores da sociedade para seguir em frente na implementação de uma política, e uma vez mais, sem maiores explicações, a gestão do MinC, iniciada em 2015, extingue a Secretaria e somente dez anos depois, em julho de 2025, na gestão da ministra Margareth Menezes, a Secretaria de Economia Criativa é novamente criada. Aceitei o convite da ministra para liderar esse processo de reinstitucionalização da SEC, a partir da formulação de uma Política Nacional de Economia Criativa, a ser sancionada sob forma decreto pelo Presidente Lula, nos próximos meses.

A Política Brasil Criativo consiste no estabelecimento de um conjunto integrado de princípios, diretrizes, objetivos e instrumentos voltados ao reconhecimento da economia criativa como estratégia permanente de qualificação e sustentabilidade do desenvolvimento brasileiro. A finalidade da Política é fomentar os segmentos da economia criativa brasileira e os territórios criativos, promovendo a geração de trabalho decente e renda digna para os trabalhadores e as trabalhadoras da cultura e da economia criativa e a dimensão simbólico-cultural dos produtos brasileiros, de forma a gerar impactos econômicos, sociais, ambientais, culturais, políticos e humanos para o desenvolvimento sustentável brasileiro. Com a recente realização do Mondiacult,

encontro dos ministros da cultura dos diversos continentes, cujo grande tema foi “A cultura e o desenvolvimento sustentável”, a Unesco publicou o novo Framework e as Estatísticas da Cultura, propondo uma taxonomia adequada aos novos desafios do século XXI a partir e por meio da cultura. Este conceito de cultura não se baseia em mapeamentos ou repertórios, mas busca criar as condições para a sua mensuração: “Cultura, para fins estatísticos, é o conjunto de práticas e expressões artísticas, patrimoniais e criativas que geram valor simbólico, social e econômico e podem ser medidas de forma harmonizada nos sistemas nacionais e internacionais de estatística cultural”. O novo marco conceitual entende a cultura não apenas como um conjunto de setores econômicos, mas como um ecossistema interdependente de práticas, expressões e fluxos de valor simbólico, social e econômico.

Nessa perspectiva, os significados de economia criativa se ampliam na Política Brasil Criativo, passando a ser definida como “os ecossistemas cultural e criativo e suas dinâmicas de criação, produção, disseminação, difusão, distribuição, circulação, fruição, consumo, preservação, documentação e transmissão, cujos processos produtivos têm a dimensão simbólico-cultural como vetor estratégico da sua natureza e da geração de valor agregado de seus bens ou serviços”. O conceito de ecossistemas cultural e criativo é chave para a construção de índices, indicadores e novas metodologias no campo da cultura e, por isso, a Política Brasil Criativo define em seu glossário, os ecossistemas cultural e criativo como “ambientes complexos onde artistas, produtores criativos, grupos sociais, comunidades, públicos e um amplo espectro de intermediários públicos e privados se envolvem para gerar diversos modos de produção de valores culturais econômicos”. Nele devem ser identificados domínios e segmentos relevantes para a mensuração das contribuições diretas e indiretas de ambos. Constituem agentes dos ecossistemas cultural e criativo as seguintes categorias: **agentes centrais** (protagonistas), **agentes intermediários** (garantidores da promoção, regulação, financiamento) e agentes de suporte (fazem funcionar o ECC, fornecendo bens e serviços utilizados como instrumentos na geração de valor econômico e cultural do mesmo).

O Framework e as Estatísticas da Cultura da Unesco reconhecem que somente a partir de uma taxonomia da cultura e da economia criativa os países poderão formular, implementar e avaliar políticas públicas federativas de economia criativa, que sejam comparáveis e baseadas em evidências. Temos diante de nós um importante desafio: a pactuação de um vocabulário/glossário comum capaz de nomear e organizar o campo cultural e criativo brasileiro sem que seja um mero espelho de documentos internacionais. Afinal, as economias criativas do Sul vêm produzindo saberes, tecnologias, práticas comunitárias e formas alternativas de criação, produção, distribuição, consumo de bens e de serviços criativos. Essa realidade é reveladora. Afinal, a imaginação, a criatividade e o conhecimento humanos são infinitos e constituem os maiores recursos da economia criativa. Não seria razoável que essa economia ocupasse um lugar estratégico na construção de outras matrizes de desenvolvimento, especialmente, nos países do Sul, nos quais a criatividade é mais abundante do que o domínio da ciência e da tecnologia?

É necessário observar que os relatórios sobre a economia criativa mundial oferecem uma pálida visibilidade às epistemologias do Sul. A primeira crítica a ser feita sobre os relatórios mundiais de economia criativa diz respeito ao imperialismo cognitivo que se manifesta na hegemonia da língua inglesa sobre as demais línguas, especialmente na produção e na difusão do conhecimento em economia criativa de organizações internacionais. As relações de causa e efeito entre a formulação de políticas públicas e a propriedade intelectual também merecem uma análise crítica, afinal, esse aspecto jurídico está na essência do conceito de indústrias criativas. Ao associar a moldagem de políticas públicas para a economia criativa a direitos da propriedade intelectual, o relatório invisibiliza as assimetrias produzidas por esses direitos, com ênfase nos casos de pequenos empreendimentos artísticos e culturais, sem apontar formas efetivas de superá-las. Quem realmente lucra com o instituto da propriedade intelectual?

Tipologias, categorias e glossários são produtos complexos, sobretudo, diante de culturas híbridas como a brasileira. Muitos segmentos da economia criativa podem ser percebidos pelo viés da indústria ou da

artesanaria. Dos games às festas, da cultura alimentar à moda, do cinema ao artesanato, da arquitetura aos softwares, as expressões da cultura e da criatividade se vestem, se revestem ou se travestem em nome dos mais diversos interesses, que se encontram em constante disputa. Por isso, relatórios mundiais de economia criativa têm responsabilidade no enfrentamento do imperialismo cognitivo. Por outro lado, cabe ao Brasil reconhecer as contribuições das organizações internacionais, mas não recebê-las de forma acrítica.

As transformações por que passa a Sociedade do Conhecimento, o avanço das tecnologias, a reinvenção do trabalho são desafios para os estudos e pesquisas das Ciências Sociais Aplicadas, especialmente, para o Direito e a Economia e suas conexões com a economia criativa. Em uma sociedade de redes, observa a Unesco, é necessário identificar os elos da Rede Produtiva quais sejam, “os processos interligados que geram valor simbólico, social e econômico a partir de dinâmicas cíclicas e colaborativas do ecossistema cultural e criativo”. Constituem elos dessa rede: criação e produção; comercialização e distribuição; difusão e circulação; acesso, medição e fruição; memória e preservação; mas também a pesquisa e a produção de pensamento e conhecimento.

Nessa perspectiva, os princípios da economia criativa também são ampliados na Política Brasil Criativo. Afinal, princípios são garantidores da essência de um sistema semântico, que oferece sentidos a uma realidade que se torna cada vez mais complexa:

I - tridimensionalidade da cultura: reconhecimento de que a cultura possui dimensões e significados ao mesmo tempo econômicos, simbólicos e sociais; II - cidadania e democracia: a economia criativa deve ser concebida como uma invenção da cultura democrática (liberdades, garantias de direitos) e cidadã (solidariedade, participação, compartilhamento), que permite retomar, reavivar e aprofundar os direitos e deveres de indivíduos e comunidades, garantindo às populações a capacidade de estabelecer objetivos, definir prioridades, controlar recursos e administrar infraestruturas para solucionar problemas e realizar desejos; III - biodiversidade cultural e criativa: estende os significados do respeito e

valorização da diversidade cultural e criativa à dimensão biológica da biodiversidade, aproximando a Economia Criativa da Economia Solidária, da Bioeconomia, da Economia Circular, do comércio justo e do consumo responsável, com ênfase na proteção e no uso responsável dos seis biomas brasileiros; IV - tecnodiversidade: reconhece o papel das tecnologias como meio de valorização e proteção da diversidade cultural e criativa, e não como uma finalidade em si, rejeitando-se as visões universalistas da tecnologia, de forma que continuem a ser ferramentas, limitando-se às variáveis da utilidade e da eficiência, sem aprisionar e reduzir éticas, estéticas e outras cosmogonias; V - inovação: deve ser percebida a partir de novas formas de socialização, de aprendizagem, assim como de organização, relação, distribuição e exibição, no que se refere aos bens e serviços culturais e criativos, isto é, de novas práticas capazes de expandir e democratizar projetos, produtos e conteúdos culturais e criativos, considerando essenciais a independência dos agentes criativos e a ampliação dos significados do empreendedorismo cultural e criativo; VI - sustentabilidade: a economia criativa enquanto economia sustentável, deve: a) ampliar suas afinidades com o campo da ecologia, comprometendo-se com as diversas dimensões do desenvolvimento, seja ele econômico, social, ambiental, cultura, político ou humano não devendo ser reduzida à mera dimensão de crescimento econômico; b) reconhecer o papel estratégico da governança territorial que traduza os valores do envolvimento, da colaboração e da convivialidade, estimulando novas práticas econômicas fundamentadas nesses valores, que sejam capazes de responder à complexidade dos desafios locais e globais com respostas apropriadas; e c) valorizar os trabalhadores e as trabalhadoras da cultura e da economia criativa, seus ofícios e ocupações, a partir da efetivação do direito à seguridade social e da consolidação de condições dignas de trabalho e renda; VII - inclusão social e produtiva: compromete-se com o enfrentamento à exclusão de acesso e protagonismo, sobretudo das juventudes, na criação, produção, disseminação, difusão, distribuição, circulação, fruição, consumo, preservação, documentação e transmissão de bens e serviços culturais e criativos, combatendo a precarização, a informalidade e a exploração dos trabalhadores e das trabalhadoras da cultura e da Economia Criativa

brasileira, especialmente em função das transformações do trabalho, do avanço das tecnologias e da supressão de direitos; VIII - bem comum: refere-se ao conjunto de bens materiais e imateriais que formam o patrimônio de uma sociedade, cuja gestão ganha sustentabilidade a partir de novas formas de governança e participação social, nas formas de distribuição de conteúdo e de comunicação, ou, ainda, na busca de realinhar os significados entre o comum e o público, especialmente na formulação de políticas públicas; e IX - bem viver: representa o compromisso com o viver em plenitude, o rompimento com os modelos de desenvolvimento insustentáveis e a abertura a modos de conhecer e conviver em equilíbrio e harmonia no planeta, respeitando a vida e contribuindo para a mitigação da crise climática por meio de práticas produtivas e econômicas menos extrativistas e mais colaborativas.

No que se refere às diretrizes, também a Política Brasil Criativo avança, em função das oitavas realizadas na última Conferência Nacional de Cultura, com o Sistema MinC, além das pesquisas realizadas com o campo criativo brasileiro. Desse modos elas foram ampliadas e atualizadas, conforme destaco a seguir: I - fomento à produção e à difusão de estudos e pesquisas sobre a economia criativa; II - formação de empreendedores(as), gestores(as) e trabalhadores(as) da cultura e da economia criativa brasileira; III - fortalecimento e ampliação de mecanismos de investimento, financiamento, fomento e incentivo à economia criativa brasileira; IV - fortalecimento e ampliação da institucionalidade da economia criativa brasileira e da transversalidade e integração de suas políticas públicas e políticas afins; V - desenvolvimento sustentável de infraestruturas e tecnologias para a economia criativa brasileira; VI - monitoramento periódico das políticas públicas de economia criativa e avaliação de seus resultados e impactos; VII - distribuição justa e equitativa dos recursos da cultura, de forma a reduzir desigualdades territoriais no acesso às políticas culturais e de economia criativa; VIII - articulação, fortalecimento e ampliação de redes e sistemas produtivos da economia criativa brasileira; IX - incentivo à geração de trabalho decente e renda digna, à inclusão produtiva e à melhoria da qualidade de vida de empreendedores(as), gestores(as) e trabalhadores(as) da cultura e da eco-

nomia criativa brasileira; X - ampliação do acesso e do protagonismo da população brasileira à economia criativa; XI - promoção e inclusão das diversidades culturais e criativas, com ênfase nos saberes, tecnologias e cosmologias dos povos originários e tradicionais e de seus bens e serviços culturais e criativos; XII - promoção internacional da economia criativa brasileira e desenvolvimento da diplomacia cultural; XIII - fortalecimento e ampliação de marcos legais para a economia criativa brasileira, valorizando e protegendo a propriedade intelectual dos seus agentes criativos; XIV - desenvolvimento sustentável de territórios criativos por meio do fortalecimento de seus ecossistemas cultural e criativo e de seus modelos de governança; XV - promoção da territorialização e fortalecimento da pactuação federativa nas políticas de economia criativa, garantindo o desenvolvimento equilibrado entre regiões, Estados, Distrito Federal e Municípios, com atenção especial a territórios vulnerabilizados; XVI - estímulo à profissionalização, à regulamentação e à formalização de empreendimentos, trabalhadores, trabalhadoras e organizações da cultura e da economia criativa brasileira; e XVII - fomento a práticas sustentáveis e de baixa emissão de carbono nos processos produtivos dos segmentos da economia criativa brasileira.

Vale observar no Mondiacult, em Barcelona, foi pactuado por 160 ministros que a cultura deve se constituir como um objetivo independente e autônomo no quadro de Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS), para além da Agenda 2030. Essa pactuação está firmada na carta final do Mondiacult: “A cultura contribui para o pleno exercício dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, para a construção da paz, para o crescimento econômico e inclusivo, para a resiliência climática, para o bem-estar e para o desenvolvimento sustentável”. O documento ainda afirma que a cultura é um bem público global de valor intrínseco, cujo poder transformador deve ser totalmente mobilizado para enfrentar os desafios atuais e moldar sociedades mais justas, equitativas, pacíficas, interculturais, inclusivas e sustentáveis. Vale, ainda, ressaltar entre as áreas consideradas prioritárias para as práticas e políticas culturais em todos os níveis relatadas na carta estão os Direitos Culturais como Direitos Humanos; Cultura, Patrimônio e Ação Climática; Cultura,

Patrimônio e Situações de Crise; assim como Cultura e Inteligência Artificial. Em comparação à carta de 2022, o Mondiacult 2025 reconhece de forma mais incisiva a participação da cultura no debate sobre a crise climática. O documento propõe “integrar aspectos culturais em discussões sobre estratégias de adaptação e mitigação climática, para enfrentar os impactos das mudanças climáticas e da perda de biodiversidade nos setores culturais e criativos, indústrias e patrimônio, e para ajudar a moldar soluções climáticas inovadoras e equitativas, reconhecendo o mandato de organizações, estruturas e mecanismos relevantes, como a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas (UNFCCC), responsável pela COP”.

Não será por acaso, portanto, que no último 28 de outubro, a Comissão de Cultura da Câmara dos Deputados, em Brasília, realizou audiência pública especial denominada “Regulação da inteligência artificial e proteção dos direitos culturais”. A audiência integra o esforço da Comissão de Cultura em contribuir com o debate do Projeto de Lei 2338, que trata do marco regulatório da inteligência artificial. A audiência reuniu uma ampla diversidade de participantes: artistas digitais (UNIDAD), músicos (Fernanda Takai e Frejat), compositores (UBC), roteiristas (Associação Brasileira de Autores Roteiristas/GEDAR), dubladores (Dublagem Viva / DUBLAR), produtores de som (Apro+Som), associações e entidades de classe, como o Ecad e o próprio Ministério da Cultura. Todas as falas expressam os impactos da inteligência artificial nos diferentes segmentos culturais e criativos e na vida dos trabalhadores da cultura e da economia criativa.

A sessão foi marcada pelo consenso em torno da importância da proteção dos direitos autorais. As falas da deputada Lídice da Mata (PSB/BA) e do deputado Samuel Santos (Podemos/GO) - compositor gospel - demonstram que essa pauta é suprapartidária. A mensagem foi clara: a defesa dos direitos autorais é um direito fundamental e constitucional que deve ser garantido e valorizado, porque proteger a autoria é também proteger empregos, rendas e toda uma cadeia de ocupações criativas. Artistas e demais profissionais dos segmentos culturais e criativos ou, ainda, representantes de entidades não são contra a Inteligência Artificial, mas

exigem a efetivação de mecanismos que respeitem direitos e remunerem os produtores dos conteúdos utilizados para alimentar as plataformas. Assim como os chips, supercomputadores, energia, água e terrenos para os datacenters, os conteúdos e dados culturais também devem ser vistos como um insumo valioso a ser protegido. Não faz sentido que as grandes empresas continuem desenvolvendo seus programas sem pagar por eles. Como disse Bia Ambrogi, Presidente da Apro+Som: “Não é para PARAR, é para PAGAR”!

Meu colega e secretário de Direitos Autorais e Intelectuais do MinC, Marcos Souza, ratificou o papel ativo do MinC nesse debate e a posição firme pela inclusão de dispositivos que garantam a defesa dos direitos autorais na futura legislação. Segundo o secretário, o Brasil tem a oportunidade de assumir novamente uma posição de destaque internacional, com uma regulação que una soberania nacional, proteção do patrimônio cultural e valorização do trabalho criativo.

A audiência pública na Comissão de Cultura do Congresso Nacional se voltou sobretudo à Inteligência Artificial generativa e aos direitos autorais. Mas, assim como o futuro Decreto Brasil Criativo, o Plano Brasileiro de Inteligência Artificial também deve se tornar um Projeto de Lei para que possa contribuir de forma mais eficiente, efetiva e eficaz para:

- a digitalização de acervos e coleções nacionais;
- a criação de bancos de dados culturais e linguísticos com soberania brasileira;
- o desenvolvimento de tecnologias com IA para facilitar a acessibilidade cultural;
- o fomento a pesquisas e inovações com IA no campo cultural;
- as políticas de formação e capacitação de profissionais e organizações da cultura e da economia criativa.

A Comissão de Cultura enviará suas recomendações à Comissão de Inteligência Artificial. Todos nós sabemos que a IA impactará diretamente sobre o futuro das profissões criativas no Brasil. Trata-se de avançar na busca de uma relação minimamente equilibrada entre tecnologia, economia criativa e o direito.

Sabemos que na civilização industrial, a criatividade foi canalizada principalmente para a inovação técnica, limitando-se à mera racionalidade instrumental, sempre submissa às forças produtivas. Das formas que a criatividade humana assume, foram capturadas primeiramente, pelo sistema capitalista, as ciências e as tecnologias, por melhor satisfazerem às demandas da civilização industrial e ao processo de acumulação. É o que enfatizou Celso Furtado: “A história da civilização industrial pode ser lida como uma crônica do avanço da técnica, ou seja, da progressiva subordinação de todas as formas da atividade criadora à racionalidade instrumental”. À medida em que a criatividade é submetida à acumulação, os meios tendem a ser vistos como fins, produzindo-se a ilusão de que todo o avanço da racionalidade na esfera econômica contribui para a emancipação ou a desalienação do homem. Porém, quanto mais avança o sistema econômico liberal capitalista, mais as energias criativas são postas ao serviço do desenvolvimento das forças produtivas. Furtado nos adverte que o desenvolvimento é um sistema aberto que nasce da cultura ao mesmo tempo que produz cultura, não podendo prescindir de uma teoria geral do homem ou de uma antropologia filosófica. Referindo-se ao desenvolvimento como realização das potencialidades humanas, o economista avança nos seus significados, considerando-o mais invenção do que transformação. Enquanto a transformação se limitaria a responder aos desafios emergentes, a invenção ampliaria horizontes, ao permitir novas epistemologias. Desse modo, a ideia de desenvolvimento deve ser compreendida a partir de dois processos de criatividade:

Efetiva-se o desenvolvimento quando a acumulação conduz à criação de valores que se difundem em importantes segmentos da coletividade. Em síntese, a ciência do desenvolvimento preocupa-se com dois processos de criatividade. O primeiro diz respeito à técnica, ao empenho do homem de dotar-se de instrumentos, de aumen-

tar sua capacidade de ação. O segundo refere-se à utilização última desses meios, aos valores que o homem adiciona ao seu patrimônio existencial (Furtado, 1984, p. 107)

Na civilização industrial, a técnica se impõe aos valores, o que justificaria o “mau desenvolvimento” e a submissão da criatividade à racionalidade econômica:

Nada é mais característico da civilização industrial do que a canalização da capacidade inventiva para a criação tecnológica, ou seja, para abrir caminho ao processo de acumulação, o que explica sua formidável força expansiva. [...] Dentro dessa ótica a difusão da civilização industrial se resumiria ao avanço da dominação do meio natural e ao aumento da eficiência na utilização de recursos escassos. (Furtado, 1984, pp. 107-8)

Quando enfatiza os nexos entre a cultura brasileira nos debates sobre as opções de desenvolvimento, Furtado analisa de que modo a industrialização se apropria do excedente que produz: “Devemos, portanto, começar por indagar as relações que existam entre a cultura como sistema de valores e o processo de desenvolvimento das forças produtivas, entre a lógica dos fins, que rege a cultura, e a dos meios, razão instrumental inerente à acumulação” (Furtado, 1984, p. 31). Por outro lado, a cultura, como sistema de valores substantivos, constitui um *a priori* ao desenvolvimento endógeno: “A endogeneidade outra coisa não é senão a faculdade que possui uma comunidade humana de ordenar o processo acumulativo em função de prioridades por ela mesma definidas. [...] O que se tem em vista é descobrir o caminho da criatividade ao nível dos fins [...]” (Furtado, 1984, p. 108).

O caráter de endogeneidade do desenvolvimento, que busca ampliar as capacidades humanas para a liberdade e a autonomia, é necessariamente fruto de uma vontade política, que não deve sucumbir à lógica dos mercados. A esse respeito, as reflexões de Furtado sobre a utilização do excedente apropriado pelo Estado, diante de uma massa passiva de consumidores submetidos a um cardápio tecnológico cada vez mais global, con-

tinuam oportunas e provocadoras. Afinal, a “racionalidade econômica” se mantém indiferente à hegemonia dos mercados que (re)produzem padrões de oferta para determinados segmentos sociais, em detrimento da grande maioria das populações. Esse modelo econômico concentrador, afirma Furtado, é processo e produto da cultura autoritária brasileira.

Ao longo de sua vida, Furtado buscou emancipar a palavra criatividade da sua submissão à economia-mundo. Segundo ele, “é nas formas que assume a criatividade que podemos encontrar a chave para captar as tendências mais profundas da nossa civilização”. A reflexão de Furtado nos faz pensar sobre os significados da cultura para o desenvolvimento brasileiro. Quando exercida em nome de valores culturais que privilegiam a acumulação e a dominação, a criatividade gera dependência e alienação. No entanto, quando oriunda dos valores da solidariedade, do bem viver e do bem comum, ela também pode significar autonomia, empoderamento e emancipação.

Os impasses sobre o direito à criatividade persistem e se aprofundam. Afinal, a liberdade de criar não se universalizou – longe disso: ela sucumbiu aos interesses políticos e econômicos que fazem circular produtos de qualidade muitas vezes duvidosa, e cujos processos de produção, em vários casos, insubmissos aos direitos humanos, ratificam a exclusão social e a dependência entre populações. Num mundo globalizado, em que dependências científicas e tecnológicas determinam padrões de consumo e o comportamento passivo de populações, de que forma poderíamos construir um desenvolvimento capaz de garantir o direito à criatividade defendido por Furtado? Seu pensamento nos estimula a perceber que o Brasil Criativo só se efetivará com a garantia do direito à criatividade aos brasileiros e brasileiras. Precisamos, mais do que nunca, lutar pelo direito à criatividade!

Muito obrigada.

Cláudia Leitão

Recebido em 03 de novembro de 2025

Aprovado em 28 de novembro de 2025



REGRAS DE SUBMISSÃO E DIRETRIZES PARA AUTORES

- **Condições para submissão**

Os trabalhos deverão ser apresentados pelo sistema de submissão eletrônica da Revista: <https://revista.ioda.org.br/index.php/rrddis/submissions>. Como parte do processo de submissão à RRDDIS - Revista Rede de Direito Digital, Intelectual & Sociedade, os/as autores/as são obrigados/as a verificar a conformidade do envio em relação a todos os itens listados no sistema. As submissões que não estiverem de acordo com as normas serão devolvidas aos/às autores/as.

A RRDDIS não cobra taxas para a submissão, avaliação, publicação ou download de artigos. A publicação dos artigos não gera qualquer direito de remuneração aos/às autores/as.

- **Diretrizes para Autores**

REGRAS DE SUBMISSÃO

1 PERIODICIDADE E OBJETIVOS

A RRDDIS é uma publicação semestral, de fluxo contínuo, de trabalhos científicos inéditos no âmbito da Ciência Jurídica, visando também a interdisciplinaridade com áreas afins que tratam das novas tecnologias na Sociedade Informacional. Tem como missão difundir a pesquisa e o

conhecimento científico desenvolvidos pelas comunidades brasileira e internacional.

A Revista tem interesse na publicação de artigos, respostas a artigos, comentários jurisprudenciais, estudos, pareceres e resenhas críticas.

A submissão eletrônica textos na RRDDIS adota as padronizações que estão disponíveis no site <https://revista.ioda.org.br/>

2 NORMAS GERAIS

A submissão deverá atender apropriadamente às normas externas (ABNT) mencionadas nas diretrizes.

Os textos submetidos **não** poderão conter qualquer elemento identificador de sua autoria.

Os autores obrigatoriamente devem apresentar seus trabalhos por meio do sistema de submissão eletrônica da Revista, exclusivamente no formato Microsoft Word. Não são aceitos trabalhos submetidos via e-mail nem em formato .pdf.

3 DE NÚMERO AUTORES, SUBMISSÕES E GRAU ACADÊMICO MÍNIMO

Os artigos, comentários jurisprudenciais, estudos, pareceres e resenhas críticas devem ter no máximo três autores/as — formados/as em direito ou em áreas afins —, sendo que pelo menos um/a dos/as autores/as deve possuir título de doutor/a ou possuir notório conhecimento jurídico e científico nas linhas de pesquisa abordadas pela Revista.

Cada autor/a poderá ter um único texto em processo editorial; a Revista adota um intervalo de duas edições entre a publicação de dois trabalhos de um/a mesmo/a autor/a.

A critério da equipe editorial e após deliberação interna, trabalhos que derivem de pesquisas realizadas por grupos maiores de pesquisado-

res/as podem ser considerados, desde que acompanhados de exposição fundamentada.

O processo de admissão de trabalhos da Revista RRDDIS busca atender com rigor aos quesitos de exogenia e de filiação a instituições estrangeiras. Nos termos explicitados pelos relatórios do Qualis Periódicos da Capes, a Revista concede prioridade a artigos de autores vinculados a instituições situadas fora do Paraná e do Brasil.

4 FORMA, EXTENSÃO, IDIOMAS E NORMAS DE FORMATAÇÃO

A Revista RRDDIS aceita textos contendo entre 7.000 e 12.000 palavras (cerca de 17 a 30 páginas em formato A4, fonte Times New Roman, corpo 12, espaçamento 1,5 entre linhas), incluindo título, resumo (100-250 palavras), palavras-chave (3 a 5), títulos de seção, texto principal, notas de rodapé, referências e quaisquer apêndices.

As citações deverão ser incluídas de acordo com o sistema autor-data e as referências devem seguir o padrão contido na norma ABNT NBR 6023:2018.

As notas explicativas deverão ser apresentadas no rodapé do texto (formatação: fonte Times New Roman, corpo 10, espaçamento simples entre linhas).

Citações diretas com mais de três linhas deverão manter recuo em relação à margem esquerda (formatação: fonte Times New Roman, corpo 10, espaçamento simples entre linhas).

São aceitos artigos em português, inglês, espanhol, italiano, francês e alemão.

Os artigos serão publicados em sua língua original. Artigos escritos em português e outras línguas que não o inglês devem apresentar, adicionalmente (também incluídos no limite acima), o título, o resumo e as palavras-chave em inglês.

O resumo deve ser elaborado conforme a ABNT NBR 6028, contendo o objetivo, o método, os resultados e as conclusões do trabalho. As

seções podem ser primárias, secundárias e terciárias, e, conforme a norma ABNT NBR 6024, todas as seções devem conter um texto relacionado a elas (não pode haver dois ou mais títulos de seção em sequência, sem texto entre eles). Não deverão ser utilizados sumários nem epígrafes; as seções de introdução e de referências não deverão ser numeradas.

Resenhas críticas seguem as mesmas regras, mas estão limitadas a 4.000 palavras e o resumo não é obrigatório. A critério da equipe editorial, trabalhos mais curtos ou mais longos podem ser considerados, após exposição fundamentada e deliberação interna.

5 AVALIAÇÃO CEGA

A Revista RRDDIS utiliza o método duplo cego (*double-blind peer review*), o que significa que, durante todo o processo editorial, as identidades dos avaliadores e dos autores são mantidas em sigilo mútuo.

• Declaração de Direito Autoral

Os autores declaram que qualquer texto apresentado, se aceito, não será publicado em outro meio/lugar, em inglês ou em qualquer outra língua, e inclusive por via eletrônica, salvo mencione expressamente que o trabalho foi originalmente publicado na RRDDIS - Revista Rede de Direito Digital, Intellectual & Sociedade.

A Revista RRDDIS desde a sua primeira publicação licencia todos os textos sob a Licença Creative Commons Atribuição 4.0 Brasil (CC BY 4.0 BR), que permite o compartilhamento do trabalho com reconhecimento da autoria e da publicação inicial na Revista;

Os autores que publicam na Revista RRDDIS concordam com os seguintes termos:

- os autores mantêm os direitos autorais e transferem à Revista o direito de primeira publicação, com o trabalho licenciado sob Licença Creative Commons — Atribuição 4.0 Brasil (CC BY 4.0

BR) —, que permite o compartilhamento do trabalho com reconhecimento da autoria e da publicação inicial na Revista;

- os autores têm autorização para assumir contratos adicionais separadamente, para distribuição não exclusiva da versão do trabalho publicada na Revista (ex.: publicar em repositório institucional ou como capítulo de livro), com reconhecimento da autoria e da publicação inicial na Revista;
- qualquer pessoa é livre para compartilhar (copiar e redistribuir o trabalho em qualquer suporte ou formato) e para adaptar (remixar, transformar e criar a partir do trabalho) para qualquer fim, mesmo que comercial, devendo, em qualquer caso, dar o crédito apropriado, prover um link para a licença e indicar se mudanças foram feitas no trabalho original, nos termos da Licença Creative Commons mencionada — Atribuição 4.0 Brasil (CC BY 4.0 BR) — e respeitados a Lei nº 9.610/1998 e outros normativos pertinentes.

• **Política de Privacidade**

Os nomes e endereços de e-mail informados no processo de submissão serão usados exclusivamente para os propósitos da Revista. Tais dados serão disponibilizados somente nos trabalhos publicados, não sendo disponibilizados para outras finalidades ou a terceiros.

As informações pessoais necessárias para a submissão e publicação dos trabalhos serão recolhidas e armazenadas em conformidade com a Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD.

