

EU CITIZENSHIP

Challenges and opportunities

CIDADANIA EUROPEIA

Desafios e oportunidades

The European Commission support for the production of this publication does not constitute an endorsement of the contents which reflects the views only of the authors, and the Commission cannot be held responsible for any use which may be made of the information contained therein.

EU Citizenship – Challenges and opportunities
Cidadania Europeia – Desafios e oportunidades
COORDENAÇÃO DE SOFIA OLIVEIRA PAIS

© Universidade Católica Editora . Porto
Rua Diogo Botelho, 1327 | 4169-005 Porto | Portugal
+ 351 22 6196200 | uce@porto.ucp.pt
www.porto.ucp.pt | www.uceditora.ucp.pt

Coleção · Atas
Coordenação gráfica da coleção · Olinda Martins
Capa · Olinda Martins
Revisão [português] e paginação · Margarida Baldaia
Revisão [inglês] · M.^a Isabel Dias Ferreira

Data da edição · Outubro 2015
Tiragem · 200 exemplares
Execução gráfica · Papelmunde, lda.
Papel · Reciclado branco
Tipografia da capa · Prelo Sans Medium / Prelo Sans Bold
ISBN · 978-989-8366-96-2
Depósito legal ·

EU CITIZENSHIP

Challenges and opportunities

CIDADANIA EUROPEIA

Desafios e oportunidades

Coordenação

Sofia Oliveira Pais

Contents

Índice

<i>Editor's preface</i>	11
Prefácio	
<i>Sofia Oliveira Pais</i>	
I. EU citizenship: past, present and future	
Cidadania europeia: passado, presente e futuro	
Current challenges: freedom of movement and access of economically inactive Union citizens to social benefits	19
<i>Sofia Oliveira Pais</i>	
Citizenship of the Union: the good, the bad and the not very pretty	43
<i>Catherine Barnard</i>	
The travails of citizenship: understanding states' reluctance to change	69
<i>Matej Accetto</i>	
Citizens beyond the market? EU citizenship in the context of European economic and social integration	97
<i>Pieter Van Cleynenbreugel</i>	
Cidadania europeia e cidadanias dos Estados-Membros	129
<i>Gonçalo Saraiva Matias</i>	
European citizenship, freedom, security, justice and equality	143
<i>Lisa Webley</i>	
The politics of austerity and its law: challenges to a European citizenship	163
<i>António Casimiro Ferreira</i>	

II. *The multiple dimensions of EU citizenship*

As múltiplas facetas da cidadania europeia

As facetas da cidadania na integração europeia <i>Maria José Rangel de Mesquita</i>	191
A cidadania europeia e a identidade política da Europa <i>Armando Rocha</i>	213
Cidadania europeia e domínio reservado dos Estados – O Rei Midas no Tribunal de Justiça? <i>Inês Quadros</i>	239
Residência legal – ser ou não ser: pode essa ser a questão? Os efeitos jurídicos do direito de residência conferido apenas ao abrigo das regras nacionais dos Estados-Membros da União Europeia <i>João Cruz Ribeiro</i>	263
Cinquenta anos de Plaumann: O teste da afetação individual depois do Tratado de Lisboa <i>Patrícia Fragoço Martins</i>	281
O recurso da decisão de omissão de reenvio como garantia do direito à tutela jurisdicional efetiva <i>Mariana Nogueira Sá</i>	311
EU citizen and consumer: the 2013 framework for collective redress and beyond <i>Anna Piszcz</i>	333

Os direitos dos cidadãos europeus depois de Lisboa – os direitos dos consumidores europeus <i>Teresa Moreira</i>	355
Consumidores, ressarcimento e clemência: um balanço equilibrado? <i>Rita Leandro Vasconcelos</i>	373
Concorrência, consumidor... e cidadania <i>Nuno Castro Marques</i>	395
Cidadania europeia e propriedade intelectual – Os Estados e as pessoas <i>Nuno Sousa e Silva</i>	415

CIDADANIA EUROPEIA
E PROPRIEDADE INTELECTUAL
– OS ESTADOS E AS PESSOAS*

Nuno Sousa e Silva

NUNO SOUSA E SILVA. Assistente da Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa, Doutorando da Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa.

O projeto europeu encaminha-se – de um modo mais ou menos contínuo – em direção ao federalismo. A União Europeia aproxima-se de um verdadeiro Estado e a “quinta liberdade”¹, introduzida em 1992 pelo Tratado de Maastricht, foi-se afirmando como uma noção específica. A livre circulação de pessoas autonomizou-se do exercício da atividade económica², os direitos políticos e de participação dos cidadãos europeus ganharam importância e reconhecimento³ e, pelo menos em termos de discurso, os direitos fundamentais dos cidadãos são agora primordiais⁴.

No preâmbulo da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) pode ler-se: “Ao instituir a cidadania da União e ao criar um espaço de liberdade, segurança e justiça, coloca o ser humano

* A jurisprudência europeia citada pode ser encontrada em <http://curia.europa.eu/> No final do texto encontra-se uma lista de abreviaturas utilizadas. Texto concluído a 10 de dezembro de 2013.

O autor gostaria de agradecer a Pedro Sousa e Silva e Maria Rita Mesquita pelos seus preciosos comentários e sugestões. As falhas permanecem, naturalmente, minhas.

1 A utilização da designação “quinta liberdade” para referir a cidadania europeia não é unívoca. Em 2007, a Comissão chamou a atenção para a necessidade de “promover a livre circulação de tecnologia e inovação como uma quinta liberdade no mercado único”(COM(2007) 725 final). Esta necessidade tem, naturalmente, implicações consideráveis em matéria de Propriedade Intelectual. Existe também a conhecida quinta liberdade do ar (o direito de uma companhia aérea recolher passageiros numa paragem intermédia e transportá-los até ao seu destino final).

2 Notavelmente no caso C-413/99 *Baumbast* (§83), onde, nas palavras de SOFIA PAIS, “ficou demonstrado que as disposições que integram o estatuto da cidadania europeia não se limitam a confirmar os direitos conferidos pelas liberdades da União” (*Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia – Uma abordagem jurisprudencial* (2.^a edn Almedina 2012) 304).

3 CATHERINE BARNARD, *The Substantive Law of the EU – The Four Freedoms* (3rd edn OUP 2010) 465 e ss.

4 *Ibid.* 421 e ss.

no cerne da sua ação. A CDFUE reproduz no essencial nos seus artigos 39.º a 46.º, o que consta já dos artigos 20.º a 24.º do TFUE.

A retórica da cidadania é universalista, mas o seu real âmbito de aplicação esbarra no conceito de situação puramente interna⁵. Não é claro em que medida é que “esta colocação do ser humano no centro” inclui ou se repercute em termos da proteção da personalidade, quer nos seus aspetos morais, quer nos seus aspetos económicos. Ao mesmo tempo, discute-se em que medida a cidadania europeia é “humanista” ou capitalista. Ou seja, até que ponto é que a cidadania é mais do que uma cidadania de mercado⁶?

A Propriedade Intelectual, como mecanismo fundamental de política e regulação do mercado e concorrência, foi desde cedo envolvida no projeto europeu, mesmo quando este não era mais do que um projeto económico⁷. No entanto, esta área vasta e complexa do Direito tem mais do que uma vertente e o seu impacto é multifacetado. Na verdade, são inúmeros os conflitos, sobreposições e, em geral, interações da proteção de bens imateriais através de direitos de exclusivo com outros ramos do direito, fenómenos sociais, culturais e económicos.

Nas páginas seguintes procurarei dar conta de duas interações entre esta área – “europeizada como mais nenhuma”⁸ – e a cidadania

5 ELEANOR SPAVENTA, ‘Seeing the Wood despite the Trees? On the scope of Union citizenship and its constitutional effects’ [2008] CMLR 22. Este âmbito tem sido estendido de forma considerável (especialmente nos casos C-148/02 *Garcia Avello* e C-34/09 *Ruiz Zambrano*). Sobre o assunto *vide* D. KOCHENOV, ‘The Present and the Future of EU Citizenship: A Bird’s-Eye View of the Legal Debate’, Jean Monnet Working Papers (NYU Law School) No. 2/12, 2012.

6 N. NIC SHUIBHNE, ‘The Resilience of EU Market Citizenship’ [2010] CMLR 1597.

7 A bibliografia sobre o assunto é inabarcável. Em Português destaca-se SOFIA OLIVEIRA PAIS, *Entre Inovação e Concorrência – Em defesa de um modelo europeu* (Universidade Católica Editora 2011) (tratando sobretudo as interações com o direito da concorrência) e PEDRO SOUSA E SILVA, *Direito Comunitário e Propriedade Industrial – O princípio do esgotamento dos direitos* (Coimbra Ed. 1996) (tratando sobretudo as interações com a liberdade de circulação de mercadorias).

8 JUSTINE PILA, ‘Intellectual Property as a Case Study in Europeanization: Methodological Themes and Context’ in Justine Pila & Ansgar Ohly (eds), *The Europeanization of Intellectual Property Law – Towards a European Legal Methodology* (OUP 2013) 3.

europeia, conceito de contornos (ainda hoje) difíceis de definir⁹. A primeira trata do efeito disruptivo da norma de não discriminação no funcionamento do princípio de tratamento nacional e da sua consequente relevância para a harmonização. Incide, por isso, na perspetiva estadual. A segunda concentra-se nos cidadãos e trata brevemente algumas interações dos direitos de personalidade – possível expressão de direitos fundamentais do cidadão europeu – com a Propriedade Intelectual.

1. Os Estados: não discriminação e direitos de autor

Um aspeto relevante na relação do Direito Europeu e da Propriedade Intelectual é o princípio da não discriminação com base na nacionalidade (artigo 18.º TFUE), hoje em dia localizado na Parte II do TFUE intitulada “Não discriminação e cidadania da União”¹⁰.

No domínio da Propriedade Intelectual, esta ideia não é novidade. Os tratados internacionais do final do século XIX (a Convenção de Berna (1886) em matéria de direitos de autor, no seu artigo 5.º, e a Convenção da União de Paris (1883), em matéria de propriedade industrial, no seu artigo 2.º) consagravam já, como princípio fundamental, o chamado “princípio do tratamento nacional”¹¹. Segundo este princípio, os nacionais de um outro Estado-Membro da União instituída (Berna para direitos de autor, Paris para direito industrial) têm de ser equiparados a nacionais¹². No fundo, trata-se de uma regra de não discriminação¹³. Como explica ULRICH LOWENHEIM, esta regra constitui

9 PANOS STASINOPOULOS, ‘EU Citizenship as a Battle of the Concepts: Travailleur v Citoyen’ 4 EJLS (Autumn/Winter 2011) 74 e ss.

10 Sobre a evolução das ideias e quadro legal do tratamento não discriminatório na União Europeia cf. PAUL CRAIG & GRÁINE DE BÚRCA, *EU Law – Text. Cases and Materials* (5th edn, OUP 2011) 854 e ss.

11 Para um relato detalhado sobre a situação a nível internacional anterior ao estabelecimento da União de Paris, veja-se, *inter alia*, S. P. LADAS, *Patents, Trademarks, and Related Rights – National and International Protection*, vol. I (Harvard University Press, 1975) 43 e ss.

12 Na verdade, estes tratados continham poucos “standards mínimos” de proteção. De tal forma que a Suíça e a Holanda, pese embora não dispusessem de um sistema de patentes, puderam juntar-se à União de Paris, cumprindo integralmente o tratado. (PETER YU, ‘Currents and Crosscurrents in the International Intellectual Property Regime’ 38 *Loyola of Los Angeles Law Review* (2004) 323 e ss.).

13 SILKE VON LEWINSKI, ‘Intellectual Property, Nationality and Non-Discrimination’ (WIPO 1999). S. P. LADAS, *ob. cit.*, 270-1 (“The national-treatment principle does away with all

uma forma simples e engenhosa de resolver o problema da proteção universal de invenções e criações, sem necessidade de obter uma harmonização a nível mundial¹⁴. Os Estados aplicam o seu direito nacional da Propriedade Intelectual, com a configuração que lhe hajam dado, no seu território (em resultado do princípio da territorialidade¹⁵), tratando os nacionais (ou, nalguns casos, residentes) dos demais países unionistas como seus próprios nacionais. Proíbe-se, pois, a discriminação com base na nacionalidade, em matérias abrangidas pelos tratados da Propriedade Intelectual.

Nalguns casos este princípio conhece importantes exceções¹⁶. Trata-se de situações nas quais o princípio do tratamento nacional permitiria aproveitamento indevido (*free-riding*) no caso de existirem diferenças substanciais quanto a níveis de proteção, levando a que um Estado pudesse explorar a propriedade intelectual de estrangeiros sem a devida compensação. Mais ainda e simultaneamente, na ausência de exceções os seus nacionais poderiam, no estrangeiro, beneficiar de mais elevados níveis de proteção¹⁷.

discrimination against foreigners existing under the law of member countries of the Union.”). Deve ser ressaltado que a norma não cobre situações puramente internas, permitindo assim a discriminação inversa que ocorre, v.g. nos EUA em relação à exigência de formalidades (cf. EDWARD LEE, ‘Copyright, Death and Taxes’ 47 *Wake Forest Law Review* (2011) 1-43).

14 ‘The Principle of National Treatment in the International Conventions Protecting Intellectual Property’ in WOLRAD PRINZ ZU WALDECK *et al.* (eds), *Patents and Technological Progress in a Globalized World, Liber Amicorum Joseph Straus* (Springer 2009) 593.

15 A ideia segundo a qual este princípio teria um carácter absoluto encontra-se já muito ultrapassada. Especialmente em matéria de direitos não registados (*maxime* direitos de autor), os desafios são imensos, mas, como explica GRAEME DINWOODIE, ‘Trademarks and Territory: Detaching Trademark Law from the Nation-State’ (2004) 41 *Houston Law Review* 886 e ss., também o direito de marcas encontra dificuldades e sofre modificações.

16 Na Convenção da União de Paris não existem exceções ao princípio de tratamento nacional, circunstância que gerou reações muito negativas (descritas por NUNO PIRES DE CARVALHO, *A Estrutura dos Sistemas de Patentes e de Marcas – Passado, Presente e Futuro* (Lumen Juris 2009) 351 e ss.). Os exemplos seguintes limitam-se, por isso, ao domínio dos direitos de autor e direitos conexos.

17 É de ressaltar que esta exceção constitui igualmente uma forma de pressionar outros Estados a adotar um determinado modelo de proteção (assim THOMAS DREIER, ‘National Treatment, Reciprocity and Retorsion – The Case of Computer Programs and Integrated Circuits’ in Beier & Schricker (eds), *GATT or WIPO? – New Ways in the International Protection of Intellectual Property* (Weinheim, 1989) 63 e ss.).

Assim, a Convenção de Berna admite que, quanto à duração dos direitos de autor¹⁸, quanto à proteção da arte aplicada (*design*)¹⁹ e quanto ao direito de sequência (*droit de suite*)²⁰, se aplique o princípio da reciprocidade²¹. Nestes casos, em derrogação da norma de tratamento nacional, os Estados só garantirão proteção nos mesmos termos que aos seus nacionais, caso se trate de nacionais de outros Estados com proteção equivalente.

Por exemplo, dado que o Canadá só prevê uma proteção de direitos de autor de 50 anos *post mortem auctoris*²², Portugal – que, por via da harmonização, garante 70 anos *p.m.a.* aos seus nacionais²³ – só protegerá os direitos de um autor canadiano por 50 anos *p.m.a.*²⁴.

De igual modo, a Diretiva 2001/84 (CE), que consagra o direito de sequência, dispõe, no artigo 7.º n.º 1: “Os Estados-Membros determinarão que os autores que sejam nacionais de países (...) beneficiem do direito de sequência de acordo com a presente directiva e o respectivo direito nacional, *unicamente se a legislação do país desse autor ou do seu sucessor permitir a protecção do direito de sequência* nesse país em relação a esses autores ou aos seus legítimos sucessores” (itálico acrescentado).

A nível europeu, a regra da não discriminação – tal como interpretada pelo TJ – veio suplantar e alterar o equilíbrio que resultava da Convenção de Berna. Esta jurisprudência representou um impulso adicional para a harmonização – ainda em curso – neste domínio do direito²⁵.

18 Art. 7.º n.º 8.

19 Art. 2.º n.º 7.

20 Art. 14 *ter*.

21 SILKE VON LEWINSKI, *International Copyright Law and Policy* (OUP 2008) 111 e ss., refere ainda os artigos 6.º, 18.º (aplicação da lei no tempo) e 30.º n.º 2 b) (relativo ao período de dez anos para as traduções previstas no anexo, visando o acesso à cultura em países em vias de desenvolvimento, acrescentado aquando da revisão de 1967).

22 Section 6 Copyright Act (R.S.C., 1985, c. C-42). Em face do artigo QQ.G.6 do rascunho recentemente revelado para o Trans-Pacific Partnership Agreement (<<http://wikileaks.org/tpp/>> consultado a 4 de dezembro de 2013), o Canadá poderia ver-se obrigado a estender o termo de proteção para os 70 anos *p.m.a.*

23 Art. 31.º CDADC.

24 Art. 37.º CDADC (consagrando a regra de reciprocidade material para obras estrangeiras).

25 Para uma panorâmica sobre o atual estado da harmonização em matéria de direitos de autor, cf. BERNT HUGENHOLTZ, ‘Is Harmonization a Good Thing? The case of the Copyright Acquis’

i) Phil Collins e os primórdios da não discriminação em matéria de direitos de autor

A primeira decisão aplicando o princípio europeu da não discriminação (hoje art. 18.º TFUE) aos direitos de autor²⁶ surge apenas em 20 de outubro de 1993. Nas palavras de THOMAS DREIER²⁷: “Em retrospectiva dois aspectos parecem surpreendentes. Primeiro, o facto de, apesar de o princípio da não discriminação haver sido estabelecido originalmente em 1957, terem sido necessários 36 anos para que o assunto da aplicação do princípio a matérias de direitos de autor fosse decidido pelo TJ. Segundo, visto hoje, parece indiscutível que o princípio da não discriminação se aplica aos direitos de autor.”

No caso, estava em discussão o tratamento do cantor Phil Collins, de nacionalidade britânica. Anos antes, fora gravada, sem sua autorização, uma música num concerto que dera nos Estados Unidos da América. Esta gravação estava agora incluída num disco, vendido na Alemanha, também sem sua autorização. A lei jus-autoral alemã, que proibiria este comportamento, não era considerada aplicável a atuações que ocorressem fora do território alemão²⁸. O Supremo Tribunal

in Justine Pila & Ansgar Ohly (eds), *The Europeanization...cit.*, 57-73. Sobre o papel primacial do Tribunal no desenvolvimento de um direito de autor europeu, cf. MATTHIAS LEISTNER, ‘Die Methodik des eugh und die Garantenfunktion der nationalen Gerichten bei der Fortentwicklung des europäischen Urheberrechts’ disponível em <http://www.jura.uni-bonn.de/index.php?Id=6497>, consultado a 06 de dezembro de 2013.

²⁶ Utilizado aqui em sentido amplo, compreendendo igualmente os direitos conexos, que estavam em causa.

²⁷ ‘The Role of the ECJ for the Development of Copyright in the European Communities’ 54 *Journal of the Copyright Society U.S.A.* (2006) 183.

²⁸ A Convenção de Roma (Convenção Internacional para a Proteção dos Artistas Intérpretes ou Executantes, dos Produtores de Fonogramas e dos Organismos de Radiodifusão) no domínio dos direitos conexos, igualmente baseada em normas de tratamento nacional (arts. 2.º, 4.º, 5.º e 6.º), não era aplicável, uma vez que a gravação havia sido feita nos EUA e este não fazia (ainda) parte da Convenção. O acordo TRIPS (1994) promoveu a inclusão, entre outros, da Convenção de Roma no *acquis* de direito internacional da Propriedade Intelectual (cf. arts. 1.º n.º 3, 2.º e 3.º do Acordo TRIPS), logo esta situação já não se poria nos mesmos termos. A existência de tantos tratados, constituindo um acervo considerável de Direito codificado (ainda que por referência a *standards* mínimos), leva ROBERT BRAUNEIS a questionar a importância real das normas de tratamento nacional hoje em dia (‘National Treatment in Copyright and Related Rights: How much work does it do?’ (2013) GW Law Faculty Publications & Other Works. Paper 810 in <<http://ssrn.com/abstract=2291630>>).

alemão, confrontado com um recurso, suspendeu a instância e fez um reenvio prejudicial perguntando:

1) *Os direitos de autor estão sujeitos à proibição de discriminação contida no primeiro parágrafo do artigo [18 TFUE]?*

2) *No caso de a resposta ser afirmativa: tal terá o efeito (directamente aplicável) de os Estados-Membros que atribuem protecção a todas as manifestações artísticas dos seus cidadãos, independentemente do local em que se verificarem, terem que atribuir a mesma protecção aos nacionais de outros Estados-Membros, ou será compatível com o primeiro parágrafo do artigo [18] a ligação da atribuição daquela protecção a nacionais de outros Estados-Membros a outros pressupostos (...)?*

Pese embora abordando os direitos de autor de uma perspectiva meramente económica²⁹, o TJ, citando o acórdão de 1987 *Ian Cowan*³⁰, respondeu afirmativamente às duas questões.

ii) Ricordi e a duração dos direitos de autor

Em acórdão posterior, o mesmo raciocínio foi aplicado à diferente duração dos direitos de autor. À altura a duração dos direitos de autor em Itália cifrava-se nos 56 anos após a morte do autor, enquanto na Alemanha chegava aos 70 anos *p.m.a.*

A Ricordi, uma editora alemã de obras musicais e teatrais, era titular do direito de representar a ópera *La Bohème* do compositor italiano Giacomo Puccini, falecido em Bruxelas a 29 de novembro de 1924³¹. Nas temporadas de 1993-1994 e 1994-1995 o teatro estatal de Wiesbaden

29 C-92/92 e C-326/92, *Phil Collins*, §22 (“Tal como os outros direitos da propriedade industrial e comercial, os direitos exclusivos conferidos pela propriedade literária e artística são susceptíveis de afectar as trocas de bens e serviços, bem como as relações de concorrência no interior da Comunidade. Por isso, estes direitos, embora regulados pelas legislações nacionais, estão sujeitos às exigências do Tratado e, conseqüentemente, fazem parte do seu âmbito de aplicação.”) Esta abordagem, “que ignora o facto de as obras protegidas por direitos de autor pertencerem igualmente ao domínio da cultura” é criticada por ANNETTE KUR & THOMAS DREIER, *European Intellectual Property Law* (EE 2013) 248.

30 Processo 186/87.

31 Fumador inveterado, a Puccini foi diagnosticado um cancro da garganta no final de 1923. Na sequência de tratamentos e de uma cirurgia sofreu um ataque cardíaco que se revelou fatal. Conta-se que a notícia da sua morte chegou a Roma durante uma encenação de *La Bohème*,

apresentou ao público encenações dessa obra sem ter obtido consentimento da Ricordi. Desagradada, a Ricordi reagiu judicialmente, tendo o caso chegado ao Supremo Tribunal alemão e daí, por via de reenvio prejudicial, ao TJ.

A discussão prendia-se com a duração dos direitos de autor. Sendo Puccini um nacional italiano e *La Bohème* uma obra italiana, poderia a Alemanha limitar, por via de reciprocidade, a duração dos direitos de autor nesta obra a 56 anos (o termo italiano)? Se assim fosse o direito de autor teria expirado em 1980, encontrando-se a obra no domínio público. O TJ considerou que as disposições da lei alemã que consagravam a regra de reciprocidade (admitida pelo artigo 7.º n.º 8 da Convenção de Berna) constituíam “discriminação direta em razão da nacionalidade” e eram, como tal, inadmissíveis³².

A diferente duração de direitos de autor e direitos conexos já havia sido identificada pelo TJ como um obstáculo à construção do mercado interno³³, pese embora admitindo a sua justificação nos termos do artigo 36.º TFUE³⁴. Em 1993, a Diretiva 93/98 (CEE) relativa à harmonização do prazo de proteção dos direitos de autor e de certos direitos conexos havia já sido adotada³⁵. A conturbada história da harmonização do termo de proteção prossegue até aos dias de hoje e nem com duas alterações pode ser considerada um verdadeiro sucesso³⁶.

tendo a orquestra parado de tocar a ópera e iniciado a Marcha Fúnebre de Beethoven (cf. a excelente biografia por CONRAD WILSON, *Giacomo Puccini* (Phaidon 2008)).

32 C-360/00 *Ricordi* §32.

33 341/87 *EMI Electrola* §10: “O problema colocado decorre assim da disparidade das legislações nacionais quanto ao prazo de protecção garantido pelo direito de autor e direitos equiparados, disparidade essa que se refere tanto à duração da própria protecção quanto às suas regras, como, por exemplo, o momento em que começa a correr o prazo de protecção.”

34 Nos processos apensos 55 e 57/80, *Musik-Vertrieb Membran v. GEMA*, §9, o TJ clarificou que a expressão “propriedade comercial e industrial” inclui os direitos de autor.

35 Sobre a Diretiva veja-se o excelente texto de SILKE VON LEWINSKI, ‘The EC Duration Directive: An Example of the Complexity of EC Copyright Harmonization’ in Peter Yu (ed), *Intellectual Property and Information Wealth*, vol. IV (Praeger 2007) 257 e ss.

36 Como demonstra CHRISTINA ANGELOPOULOS, ‘The Myth of European Term Harmonisation: 27 Public Domains for the 27 Member States’ [2012] IIC 567.

iii) Obras de arte aplicada

A proteção de obras de arte aplicada (*design*) é uma área controversa e circinal da Propriedade Intelectual³⁷. Glosando as palavras daqueles que o precederam a tratar do tema, HERMAN COHEN JEHORAM fala em “vexação, neurose e rancor”³⁸. Efetivamente, as soluções nacionais variam grandemente – quer entre si, quer ao longo do tempo numa determinada jurisdição – e, apesar de poderem ser reconduzidas a três orientações básicas (cúmulo total, cúmulo parcial e ausência de cúmulo), as subtilezas e diferenças são inúmeras e as suas repercussões intrincadas³⁹. Entende-se que na União Europeia, a adoção da Diretiva 98/71 CEE relativa à proteção legal de desenhos e modelos, pelo seu artigo 17.º rejeitou o modelo ausência de cúmulo⁴⁰, que se encontrava anteriormente na legislação italiana⁴¹ e que ainda se pode encontrar nos EUA⁴². À disposição dos Estados-Membros estariam quer o cúmulo parcial, quer o cúmulo total.

Em Portugal parece vigorar um modelo de cúmulo parcial: as obras de arte aplicada gozarão de proteção cumulativa por via de direitos de autor e desenhos ou modelos apenas na medida em que constituam

37 Na conhecida decisão *Masquerade Novelty Inc. v. Unique Industries*, 912 F.2d 663 (1990), a propósito da discussão dos critérios da lei norte-americana (especificamente o teste de separabilidade resultante da definição de Pictorial, Graphical and Sculptural Work, 17 USC §101), afirma-se mesmo “Courts have twisted themselves into knots trying to create a test to effectively ascertain whether the artistic aspects of a useful article can be identified separately from and exist independently of the article’s utilitarian function”.

38 ‘Cumulation of Protection in the EC Design Proposals’ [1994] EIPR 514.

39 Para mais detalhes veja-se NUNO SOUSA E SILVA, *The Ownership Problems of Overlaps in European Intellectual Property Law* (Nomos Verlag 2014).

40 THOMAS DREIER in Thomas Dreier & Bernt Hugenholtz, *Concise European Copyright Law* (Wolters Kluwer 2006) 16.

41 De acordo com o anterior artigo 2.º n.º 4 da lei italiana de direitos de autor, só se poderia conceder direitos de autor a obras de arte aplicada quando o seu mérito artístico fosse separável da natureza industrial do produto a que estivesse aplicada. Em 2001 com o *Decreto Legislativo 2 febbraio 2001, n. 95 Attuazione della direttiva 98/71/CE relativa alla protezione giuridica dei disegni e dei modelli*, o legislador italiano, transpondo a diretiva, alterou a lei, acrescentando um novo número 10 ao artigo 2.º que (agora) protege, também por via de direitos de autor, as “obras de design industrial que sejam creativas e tenham valor artístico”. Cf. PHILLIP FABIO, *Disegni e Modelli* (Cedam 2011) 185-194.

42 DONALD S. CHISUM *et al.*, *Understanding Intellectual Property* (2nd edn, LexisNexis 2011) 279 e ss.

arte⁴³. A maior parte dos países europeus, usando um critério ou outro (como o número de reproduções, no Reino Unido⁴⁴ ou, até decisão de 13 de novembro de 2013, uma maior exigência de originalidade, na Alemanha⁴⁵) consagra igual modelo.

Por outro lado, há Estados, como a França⁴⁶, a Bélgica⁴⁷ e a Holanda⁴⁸, que consagram um modelo de cúmulo total. Aí, a distinção entre arte aplicada e arte pura não tem efeito, por isso se fala na “teoria da unidade da arte”.

No caso *Tod's C-28/04*, o TJ foi chamado a pronunciar-se sobre a aplicação da regra de reciprocidade material pelo Estado francês, ao

43 V.g. decisão do Tribunal da Relação de Guimarães de 27-02-2012 (cf. o breve comentário: NUNO SOUSA E SILVA, ‘No copyright protection for tap designs – says Portuguese Court’ [2013] JIPLP 686 e ss.).

44 A Section 52 do Copyright, Designs and Patents Act limita a duração de 25 anos dos direitos de autor de artigos “produzidos em massa” (definidos, com algumas exclusões (v.g. no caso de livros), como aqueles em que se produzem mais de 50 cópias). Encontra-se neste momento em discussão uma alteração legislativa a esse preceito, na sequência dos desenvolvimentos jurisprudenciais europeus (cf. LIONEL BENTLY, ‘The return of industrial copyright’ [2012] EIPR 654 e ss.).

45 Até recentemente, vigorava na Alemanha a distinção entre obras de arte aplicada (§2(1)(4) UrhG) e obras de arte pura exigindo-se um maior nível de originalidade para as primeiras ([1995] GRUR 581 *Silberdiestel*). A distinção era feita de acordo com a intenção de utilização a dar ao artigo (*Gebrauchszweck*) e a sua forma de produção (THOMAS DREIER & GERNOT SCHULZE, *UrhG Kommentar* (4.^a ed., C.H. Beck 2013) §2 rn158). Em 13.11.2013 o Supremo Tribunal alemão decidiu o caso ZR 143/12 *Geburtstagszug* no sentido de acabar com a referida “teoria dos dois níveis” (*Stufentheorie*) de Eugen Ulmer. MATTHIAS LEISTNER, ‘Der europäisches Werkbegriff’ [2013] ZGE 4 e ss., já o havia previsto (cf. especialmente pp. 30 e ss.). No entanto, o tribunal afirmou que “O direito de autor da União Europeia não impede que a protecção jusautorale de obras de arte aplicada seja sujeita a um critério especial de altura criativa” [rn27] e justificou a mudança de orientação jurisprudencial com base na alteração ao direito dos desenhos ou modelos em 2004, sendo que agora o direito dos desenhos ou modelos já não pode ser contemplado como um *minus* consubstancial (*ein wesensgleiches Minus*) em relação aos direitos de autor [rn45] mas um verdadeiro direito de propriedade intelectual independente [rn35].

46 FRANÇOIS GREFFE & PIERRE GREFFE, *Traité des dessins et des modèles*, (8th edn, Lexis Nexis 2008) 49.

47 CHARLES-HENRY MASSA & ALAIN STROWEL, ‘Le cumul du dessin ou modèle et du droit d’auteur : orbites parallèles et forces d’attraction entre deux planètes indépendantes mais jumelles’ in Alexandre Cruquenaire and Séverine Dusollier (eds), *Le Cumul des Droits Intellectuels* (Larcier 2009) 27.

48 BERNT HUGENHOLTZ, ‘Over Cumulatie Gesproken’ in *Bijblad bij De Industriële Eigendom* 2000/7, 241.

abrigo do artigo 2.º n.º 7 da Convenção de Berna. O Governo francês argumentou, sem sucesso, que a norma não era discriminatória em função da nacionalidade. Tendo em conta a grande mobilidade de criadores, o país de primeira publicação de uma obra muitas vezes não coincidiria com a nacionalidade do seu autor⁴⁹. Acrescentou ainda que, mesmo que a norma fosse considerada discriminatória, existia uma justificação objetiva: esta era uma norma de direito dos conflitos determinando a lei aplicável para aferir da protecção de uma dada criação⁵⁰. Este argumento foi igualmente rejeitado, afirmando-se: “o artigo [18.º TFUE], que consagra o princípio geral da não discriminação em razão da nacionalidade, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a que a legitimidade de um autor para reclamar num Estado-Membro a protecção dos direitos de autor concedida pela legislação desse Estado esteja dependente de um critério de distinção baseado no país de origem da obra”.

Os efeitos desta decisão podem estar em vias de ser ultrapassados pelos recentes desenvolvimentos de harmonização em torno da noção de obra, especialmente em face da decisão no caso *Flos*⁵¹.

2. As Pessoas: Direitos de Personalidade

i) No âmbito da cidadania?

As disposições relativas à cidadania europeia não referem expressamente direitos fundamentais com grande impacto na sua relação com a Propriedade intelectual como, por um lado, a privacidade, o direito ao nome ou o direito à imagem, nem, por outro lado, a liberdade de expressão artística e de criação. Porém, a lógica de direitos fundamentais pode ser considerada parte do estatuto de cidadão europeu e, assim, incluir-se na crescente interação do direito constitucional com o direito da Propriedade Intelectual⁵².

49 §§22 e 23 do Acórdão.

50 *Ibid.*, §30 a.

51 Veja-se a nota 45 *supra* e LIONEL BENTLY, *ob. cit.*

52 Cf. o texto fundamental de CHRISTOPHE GEIGER, “‘Constitutionalising’ Intellectual Property Law? The Influence of Fundamental Rights on Intellectual Property in the European Union” [2006] IIC 371-406.

De entre os inúmeros aspetos que se colocam nesta relação, um assunto pouco explorado é a possibilidade de a proteção dos direitos de personalidade dos cidadãos europeus decorrer, ser influenciada ou até harmonizada por via quer da CDFUE⁵³, quer da CEDH⁵⁴.

É verdade que grande parte de proteção da personalidade tem simultaneamente um carácter económico e uma vertente “moral” ou “humanista”⁵⁵. Portugal, como a maioria dos países da tradição continental, segue uma abordagem dita monista em matéria de direitos de personalidade, ou seja, não se faz uma distinção de tratamento entre esses dois tipos de interesses⁵⁶. Em contrapartida, nos EUA⁵⁷ distingue-se entre o direito de “privacy” – relativo a interesses maioritariamente não económicos⁵⁸ – e “publicity”⁵⁹ – relativo à exploração comercial (através de licença) de direitos de personalidade, como o direito à imagem⁶⁰. Esta

53 É de notar a circunstância de o Reino Unido, a Polónia e, mais tarde, a República Checa serem partes do protocolo n.º 30 relativo à aplicação da CDFUE que visa limitar os efeitos e alcance da sua aplicação.

54 Cf. L. G. LOUCAIDES, ‘Personality and Privacy under the European Convention on Human Rights’ *British Yearbook of International Law* (1990) 175-197.

55 Ressalvo que a utilidade (ou possibilidade) deste tipo de distinções é, a meu ver, muito contestável. Como afirmou o Supremo Tribunal alemão no famoso caso *Marlene Dietrich* (BGHZ 143, 214), “o direito geral de personalidade e as suas manifestações especiais também protegem interesses comerciais valiosos da pessoa”.

56 Sobre o tema veja-se, *inter alia*, HUW BEVERLEY-SMITH, ANSGAR OHLY & AGNÈS LUCAS-SCHLOETTER, *Privacy, Publicity and Personality – Civil Law Perspectives on Commercial Appropriation* (CUP 2005).

57 Sobre a situação nos EUA (que depende em grande medida de direito estadual), cf. J. MCCARTHY, *The Rights of Publicity & Privacy* (2nd edn, West 2013).

58 A classificação adotada no Restatement (Second) of Torts de 1997, §625A(2) é baseada no influente artigo de WILLIAM PROSSER (‘Privacy’ 48 *California Law Review* 383 (1960)). Segundo essa secção a *privacy* (que não é sinónimo de privacidade) pode ser violada por: (a) invasão não razoável de espaço privado de outrem; (b) apropriação do nome ou aparência de outrem; (c) divulgação não razoável da vida privada de outrem; e (d) divulgação que de forma não razoável retrate outrem com falsidade (“in a false light”).

59 Como exemplo a Section 3344 do Californian Civil Code confere um direito, que pode ser caracterizado como um verdadeiro direito de Propriedade Intelectual, com duração estabelecida de 70 anos p.m.a. (‘3344.1 (g) “No action shall be brought under this section by reason of any use of a deceased personality’s name, voice, signature, photograph, or likeness occurring after the expiration of 70 years after the death of the deceased personality”).

60 Em Portugal *vide* DAVID FESTAS, *Do Conteúdo Patrimonial do Direito à Imagem – Contributo para um Estudo do seu Aproveitamento Consentido e Inter Vivos* (Coimbra Ed. 2009).

contraposição entre dois modelos de tutela de direitos de personalidade⁶¹ demonstra que há, pelo menos em parte, além de um discutível fundamento ético ou moral, um igual fundamento económico para se proceder a harmonização. Mas será que a CDFUE produz já (algum d)esse efeito?

Como refere JORGE MIRANDA⁶²: “não obstante largas zonas de coincidência, não são, contudo, assimiláveis direitos fundamentais e direitos de personalidade (...). Os direitos fundamentais pressupõem relações de poder, os direitos de personalidade relações de igualdade (...). Os direitos fundamentais pertencem ao domínio do Direito Constitucional, os direitos de personalidade ao do Direito Civil.” No entanto, considerando o fenómeno descrito como “constitucionalização do direito privado”⁶³, é inegável a influência dos direitos fundamentais no direito civil em geral, e na Propriedade Intelectual em particular⁶⁴.

Na verdade, estas são áreas onde a fronteira entre o público e o privado, entre a norma que tutela interesses e o direito subjetivo propriamente dito se esbatem. Assim, embora a concorrência desleal não seja encarada como conferindo um direito subjetivo⁶⁵, é frequentemente incluída no âmbito do “direito geral à empresa” (*Recht am Unternehmen*), nomeadamente no domínio dos segredos de negócio⁶⁶.

61 Debatida em excelente artigo de PAUL M. SCHWARZ & KARL-NIKOLAUS PEIFER, ‘Prosser’s Privacy and the German Right of Personality: Are four privacy torts better than one unitary concept?’ 98 *California Law Review* (2010) pp. 1925 e ss.

62 *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV (4.ª edn Coimbra Ed. 2008) 69.

63 TOM BARKHUYSEN & SIEWERT D. LINDENBERGH (eds.), *Constitutionalisation of Private Law* (Martinus Nijhoff 2006).

64 Fazendo essa análise já no domínio da propriedade intelectual veja-se ANSGAR OHLY, ‘European Fundamental Rights and Intellectual Property’ in Justine Pila & Ansgar Ohly (eds), *The Europeanization...* cit., 145-163. Não tratarei as inúmeras e intrincadas questões que se prendem com o efeito indireto horizontal dos direitos fundamentais (*mittelbare Drittwirkung*) acolhido pela jurisprudência alemã (em especial no caso *Lüth* (1 BvR 400/51) decidido pelo Tribunal Constitucional em 1958) aquando da consagração do direito geral de personalidade (cf. CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade* (Coimbra Ed. 2011)).

65 ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Estudo de Direito Privado sobre a Cláusula Geral de Concorrência Desleal* (Almedina 2000) 139 e ss.

66 NUNO SOUSA E SILVA, ‘Quando o segredo é a “alma do negócio” – definição de um conceito’ 126 *RABPI* (2013) 3, 15.

De igual modo, o direito geral de personalidade foi consagrado pelo Supremo Tribunal alemão como expressão e concretização de cláusulas gerais, à luz dos direitos fundamentais⁶⁷.

ii) Duas perspetivas

Do ponto de vista dos direitos de personalidade, esta relação com os direitos de Propriedade Intelectual pode ser vista por dois prismas:

Um *primeiro*, em que a Propriedade Intelectual é vista como concretização dos direitos de personalidade⁶⁸. Por exemplo: os segredos de negócio, encarados como expressão do direito de privacidade das empresas⁶⁹ ou o direito ao nome como um direito de marca não registado; para além do caso óbvio dos direitos morais, designados na Alemanha como “direito de personalidade do autor” (*Urheberpersönlichkeitsrecht*). Trata-se de uma perspetiva de sintonia e, em certa medida, de sobreposição. Isto é particularmente claro, no Reino Unido onde, à míngua de direitos de personalidade, as ações de *passing off* (algo entre direito de marcas e concorrência desleal⁷⁰) e *breach of confidence* (uma ação próxima de concorrência desleal, específica para proteção de segredos de negócio⁷¹) têm sido utilizadas como equivalentes funcionais dos direitos de personalidade⁷².

Uma *segunda* perspetiva, em que a Propriedade Intelectual é encarada como conflituante com direitos de personalidade (e/ou direitos fundamentais) – casos como homonímia e, de um modo mais geral, a chamada democracia semiótica (liberdade de utilização de símbolos), ou os problemas de combate efetivo à pirataria e salvaguarda da privacidade dos internautas.

67 BHGZ 13, 334 – *Schachtbrief*. Veja-se, por todos, CAPELO DE SOUSA, *ob. cit.*

68 Cf. DAVID VAVER, ‘Does intellectual property have personality?’ in Reinhard Zimmerman & Niall R. Whitty, *Rights of Personality in Scots law: A Comparative Perspective* (University of Dundee Press 2009) 403-432.

69 Sobre a questão veja-se NUNO SOUSA E SILVA, ‘Quando o segredo...’ cit. 14-15.

70 CHRISTOPHER WADLOW, *The Law of Passing-off: Unfair Competition by Misrepresentation* (4th edn, Sweet and Maxwell 2011).

71 TANYA APLIA *et al.*, *Gurry on Breach of Confidence: The Protection of Confidential Information* (2nd edn, OUP 2012).

72 *Vide* HUW BEVERLEY-SMITH, *The Commercial Appropriation of Personality* (CUP 2002).

Atendendo ao seu maior interesse prático (na ordem jurídica portuguesa), tratarei, ainda que sumariamente, apenas esta segunda perspetiva, abordando dois exemplos: a relação entre marcas e traços de personalidade (iii) e a relação entre o combate à pirataria e o direito de privacidade (iv).

iii) Registrar traços de personalidade?

As diretivas e regulamentos relativos a marcas e a desenhos ou modelos fazem referência a direitos de personalidade. Pela sua relevância limitarei a exposição ao direito de marcas.

Neste caso a solução a nível nacional difere da solução encontrada no domínio da marca comunitária. Em Portugal “o emprego de nomes, retratos ou quaisquer expressões ou figurações, sem que tenha sido obtida autorização das pessoas a que respeitem e, sendo já falecidos, dos seus herdeiros ou parentes até ao 4.º grau ou, ainda que obtida, se produzir o desrespeito daquelas pessoas” constitui um fundamento de recusa e, caso concedida, anulabilidade do registo de marca que os contenha⁷³. No caso da marca comunitária, a utilização de indícios de personalidade, sem o adequado consentimento⁷⁴, não constitui motivo relativo de recusa⁷⁵ mas apenas fundamento de invalidade⁷⁶.

Estes são fundamentos diretos de recusa com base nos direitos de personalidade (entendidos como direitos de proibir), a que acrescem recusas fundadas na ausência de requisitos gerais em matéria de marcas. Muitas vezes, os consumidores não entenderão a imagem ou o nome de alguém como um sinal distintivo, indicando origem empresarial, carecendo por isso o sinal das necessárias características para ser registado como marca.

73 239.º n.º 1 d) e CPI.

74 Art. 53.º n.º 3 RMC.

75 O art. 8.º n.º 4 RMC refere unicamente marcas não registadas e outros sinais distintivos do comércio cujo uso não seja meramente local. Poder-se-ia argumentar que o nome de um artista é no fundo a sua marca não registada. Nos EUA, em face da reduzida proteção dos direitos morais (limitados a obras visuais 17 USC §106a), houve quem tentasse garantir o direito de paternidade de uma obra entretanto caída no domínio público por via do direito de marcas (§43a Lanham Act). Na sua decisão *Dastar Corp. v. Twentieth Century Fox Film Corp.* (539 U.S. 23) o Supremo Tribunal norte-americano rejeitou essa opção.

76 Art. 53.º n.º 2 (a) e (b) RMC.

Idêntico raciocínio foi utilizado pelo Supremo Tribunal alemão, no conhecido caso *Mona Lisa*⁷⁷. Aí, estava em causa um pedido de registo, como marca, da imagem da conhecida modelo de Leonardo da Vinci. O *Bundesgerichtshof* considerou que os consumidores não encarariam a pintura como indicando origem empresarial, pelo que o registo foi negado. Esta circunstância pode verificar-se igualmente no caso de celebridades que queiram registar o seu nome ou imagem como marca. Devido à sua fama, os consumidores não encarariam o nome Charlotte Casiraghi, Frank Zappa⁷⁸ ou Jane Austen⁷⁹ como indicativos de origem empresarial⁸⁰. Nas palavras do juiz LADDIE “a fama afasta o carácter distintivo”⁸¹. No entanto, ALAN FIDDES⁸² defende que esta circunstância representa um tratamento discriminatório das celebridades e, como tal, é contrário à CEDH.

Efetivamente, tanto pode haver interesse em registar o nome ou imagem como marca, como em impedir esse registo⁸³. E ambos garantem o lucrativo negócio de publicidade e *merchandising* de direitos de personalidade. Como escreve JAN KLINK⁸⁴: “A comercialização da popularidade não é um novo fenómeno. Todos os tempos tiveram os seus heróis – aqueles que lutaram em guerras, descobriram continentes, pesquisa-

77 [1998] GRUR 1021.

78 Sobre a decisão do Tribunal Regional de Düsseldorf revogando a marca Zappa, veja-se GUIDO WESTKAMP, ‘Personality trade marks and their limits: Frank Zappa Family Trust Inc. v Arf e.V.’ [2011] JIPLP 320 e ss.

79 *JANE AUSTEN Trade Mark Application* [2000] RPC 879 (decisão inglesa rejeitando o registo).

80 No caso C-404/02 *Nichols* discutindo a possibilidade de registar um apelido muito comum o Tribunal inglês fez um reenvio preliminar em que, entre outras coisas, perguntava em que circunstâncias se deveria considerar que um sinal carecia de carácter distintivo. O TJ, na sua resposta, explicou que, independentemente da categoria da marca, essa avaliação deveria ser feita em concreto (§27).

81 *Re Elvis Presley Trade Mark* [1997] RPC 543 “fame leads away from distinctiveness in the trade mark sense”.

82 ‘Human rights and trade mark rights’ [2006] JIPLP 349 e ss.

83 Nos EUA, como o direito de marcas não nasce do registo mas do uso, a situação é diferente. Veja-se MARSHALL LEAFFER, ‘Trademark Protection for Celebrities in the United States: developments in the law of false endorsement’ in W. Grosheide and J. Brinkhof (eds), *Articles on Crossing Borders between traditional and actual Intellectual Property Law* (Intersentia 2004) 317-329.

84 ‘50 years of Publicity Rights in the United States and the never-ending Hassle with Intellectual Property and Personality Rights in Europe’ [2003] IPQ 364.

ram o cosmos ou simplesmente conseguiram correr mais rápido, saltar mais alto ou atirar mais longe. Johann Wolfgang von Goethe (1769-1832) queixava-se do seu retrato em chávenas de café e cachimbos”.

No entanto, a tradição europeia neste domínio está longe de harmonizada e, até agora, o debate não parece ser informado por considerações de direitos fundamentais. Apesar de se reconhecerem e discutirem os perigos que uma apropriação da personalidade gera em termos de liberdade de expressão e de criação artística, com consequências em termos de liberdade de circulação de informação, qualidade do diálogo social e riqueza cultural⁸⁵, não se enfatizou o papel do cidadão e a sua proteção como pessoa.

iv) Privacidade e combate à pirataria

Sem entrar no debate sobre a incidência dos direitos de autor e a sua concreta configuração, é inegável que hoje em dia há uma disseminação generalizada por meios eletrónicos de obras protegidas⁸⁶. Isso é, frequentemente, designado como “pirataria”, que até é um conceito normativo. O artigo 61.º do acordo TRIPS refere-se a “pirataria em relação ao direito de autor numa escala comercial”, parecendo tratar-se da reprodução total de uma obra protegida que, como é sabido, é apenas uma das formas de violar direitos de autor.

A estratégia de combate à pirataria tem-se centrado nos designados *gatekeepers*, empresas que fornecem serviços de internet (ISP) e que, por estarem envolvidas no comércio, têm outro tipo de vulnerabilidades e recursos⁸⁷. Trata-se de uma forma de responsabilidade derivada

85 DANIEL BIENE, ‘Celebrity Culture, Individuality, and Right of Publicity as a European Legal Issue’ [2005] IIC 506.

86 Não é pacífico até que ponto fazer *download* ou *upload* de obras protegidas constitui violação de direitos de autor. Em Portugal, a opinião do Procurador-Geral da República é que o *download* está coberto pela exceção de cópia privada e que o *upload* também poderá estar. Na sequência dessa opinião o DIAP de Lisboa decidiu não dar seguimento às denúncias apresentadas pela ACAPOR. Sobre esta fascinante sequência de eventos veja-se JOÃO PEDRO QUINTAIS, ‘Dr Strangelaw, or how Portugal learned to stop worrying and love P2P’ [2013] JIPLP 193 e ss.

87 GERALD SPINDLER & MATTHIAS LEISTNER, ‘Secondary Copyright Infringement – New Perspectives in Germany and Europe’ IIC [2006] 788 (“Due to the fact that copyright infringers are themselves often difficult to determine and charge, it is not surprising that the interest of the

cujos aspetos jurídicos são variados e de grande complexidade⁸⁸. Ao mesmo tempo, procura-se assegurar a colaboração desses fornecedores de serviços no sentido de conseguir identificar os atores e bloquear as ações de pirataria.

O artigo 15.º n.º 1 da Diretiva 2000/31 sobre o comércio eletrónico proíbe os Estados-Membros de imporem uma obrigação geral de monitorização das comunicações eletrónicas aos ISP, e admite, no n.º 2, que os Estados estabeleçam uma obrigação de cooperação com as autoridades públicas transmitindo informação sobre atividades ilícitas relacionadas com o seu serviço.

Em 2005, a Promusicae, sociedade de gestão coletiva espanhola, intentou uma ação contra a Telefónica para que esta identificasse os seus clientes, fazendo corresponder o IP e a hora de acesso com os dados pessoais de que dispunha. O tribunal de Madrid concedeu o pedido, mas a Telefónica recusou o seu cumprimento invocando legislação europeia de proteção de dados, razão pela qual o tribunal decidiu fazer um reenvio prejudicial.

Em resposta o TJ afirmou⁸⁹: “as Directivas 2000/31, 2001/29, 2004/48 e 2002/58 não impõem aos Estados-Membros que prevejam, numa situação como a do processo principal, a obrigação de transmitir dados pessoais para garantir a efetiva proteção dos direitos de autor no âmbito de uma acção cível. Porém, o direito comunitário exige que os referidos Estados, na transposição dessas directivas, zelem por que seja seguida uma interpretação das mesmas que permita assegurar o justo equilíbrio entre os direitos fundamentais protegidos pela ordem jurídica comunitária. Seguidamente, na execução das medidas de transposição das referidas directivas, compete às autoridades e aos órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros não só interpretar o seu direito nacional em conformidade com essas mesmas directivas mas também seguir uma interpretação destas que não entre em conflito com os referidos direitos fundamentais ou com os

copyright industry has turned to website operators and the creators of file-sharing technologies in order to bring them to account for the copyright violations of their users”).

88 Veja-se MATTHIAS LEISTNER, ‘Common Principles of Secondary Liability?’ in Ansgar Ohly (ed), *Common Principles of European Intellectual Property Law* (Mohr Siebeck 2012) 117 e ss.

89 C-275/06 *Promusicae* §68.

outros princípios gerais do direito comunitário, como o princípio da proporcionalidade.”

A linha de raciocínio seguida neste caso tem sido confirmada em casos subsequentes⁹⁰. Este litígio, que exprime um confronto entre duas indústrias – a indústria da Internet e a indústria dos direitos de autor –, tem um impacto real nos direitos fundamentais dos cidadãos europeus e no domínio da Propriedade Intelectual⁹¹.

Mas as discussões em torno do direito de autor na Internet continuam acesas. Por exemplo, é altamente controverso se *hyperlinking* deve ser sujeito ao escrutínio de direitos de autor⁹². As ordens de bloqueio de acesso a *sites* ainda são emitidas⁹³, apesar de a lei francesa Hadopi, que previa a proibição de acesso à internet como sanção, ter sido revogada a 10 de julho de 2013. É importante notar que a discussão destas matérias é cada vez mais influenciada pela lógica de direitos humanos⁹⁴, ainda que nem sempre com sucesso⁹⁵.

90 Como C-360/10 *Sabam* e C-70/10 *Scarlet Extended*.

91 CATHERINE SEVILLE, ‘Rhetoric and Reality: The Impact of Constitutional and Fundamental Rights on Intellectual Property Law, as Revealed in the World of Peer-to-Peer File Sharing’ in Justine Pila & Ansgar Ohly (eds), *The Europeanization...* cit. 180.

92 Encontram-se pendentes três reenvios prejudiciais sobre o assunto: C-466/12 *Svensson*, C-279/13 *CMore Entertainment* e C-348/13 *BestWater*.

93 Baseadas na transposição do artigo 8.º n.º 3 da Diretiva 2001/29 relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação. Em Portugal transposta nos artigos 210.º-G n.º 3, 210.º-J n.º 4 e 227.º n.º 2 CDADC. Para um exemplo muito recente de uma ordem de restrição de acesso pedida por editoras contra ISP (baseada na S97a da lei inglesa de direitos de autor), veja-se o caso decidido pelo juiz Arnold [2013] EWHC 3479 (Ch) disponível <http://www.bailii.org>.

94 ALEKSEY PONOMAREV, ‘Balancing Internet Regulation and Human Rights’ (2012) disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1990182>>.

95 V.g. no caso C-355/12 *Nintendo*, em que se discute a relação entre medidas tecnológicas de proteção e direitos dos utilizadores de videojogos, a opinião da AG SHARPSTON “§78. Concordaria que pode ser importante nalguns casos (embora menos importante noutros) que a implementação de medidas de carácter tecnológico que protegem direitos exclusivos não devia interferir com os direitos dos utilizadores de realizar atos que não exigem autorização. No entanto, *na medida em que os últimos não são direitos fundamentais*, também importa reconhecer devidamente a importância de proteger os direitos de autor e os direitos conexos” (sublinhado acrescentado).

3. Conclusão

A cidadania europeia é, hoje em dia, parte integrante da ordem jurídica nacional. De igual forma, a Propriedade Intelectual é cada vez mais direito europeu. Além do grande acervo existente, encontram-se em curso várias iniciativas, desde a “indomável” patente unitária⁹⁶ à diretiva sobre sociedades de gestão coletiva⁹⁷, passando pela diretiva sobre segredos de negócio⁹⁸ e a recente lançada consulta sobre a revisão das regras europeias de direitos de autor⁹⁹.

As consultas e o envolvimento dos cidadãos neste processo são aspetos importantes de uma verdadeira cidadania e resultam também do TFUE¹⁰⁰. Se o ACTA (Anti-Counterfeiting Trade Agreement) foi alvo de grande contestação pública, grande parte dessa animosidade ter-se-á devido, certamente, ao carácter secreto das suas negociações.

A cidadania europeia teve, como vimos, impacto normativo na evolução da Propriedade Intelectual europeia. Mas pode e deve ter, além disso, um impacto político, trazendo contribuições sólidas e informadas para a construção de um sistema europeu de propriedade intelectual equilibrado e que não perca de vista a verdadeira finalidade deste sistema normativo.

96 HANNS ULLRICH, ‘Harmonizing Patent Law: The untamable union patent’ in M.-C. Janssens & G. v Overwalle (eds), *Harmonisation of European IP law: from European rules to Belgian law and practice; contributions in honour of Frank Gotzen* (Larcier 2012) 243-294. Mais otimista veja-se ANSGAR OHLY, ‘Auf dem Weg zum Einheitspatent und zum Einheitlichen Patentgericht – Licht am Ende des Tunnels oder Tunnel am Ende des Lichts?’ [2012] ZGE 419-442.

97 JOÃO PEDRO QUINTAIS, ‘Proposal for a Directive on Collective Rights Management and (some) Multi-Territorial Licensing’ [2013] EIPR 65 e ss.

98 Apresentada dia 28 de novembro (COM(2013) 813 final).

99 Apresentada a 5 de dezembro (IP/13/1213) <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-1213_en.htm?locale=en> consultado a 6 de Dezembro.

100 Assim já ANA RAMALHO, ‘Is secrecy the new black in IP?’ [2012] JIPLP 316-317. Veja-se também o excelente texto de KATARZYNA GRACZ, ‘On the Role of Copyright Protection in the Information Society – Anti-ACTA Protests in Poland as a Lesson in Participatory Democracy’ [2013] JIPITEC 21-35.