

A tutela da propriedade intelectual na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

MARIA MIGUEL CARVALHO *

1. A propriedade intelectual, entendida em sentido amplo, compreende o direito de autor e os direitos conexos (propriedade intelectual *stricto sensu*), bem como os direitos privativos industriais (propriedade industrial).

O direito de autor e os direitos conexos visam tutelar as criações literárias e artísticas. Os direitos privativos industriais protegem a inovação (criações intelectuais – como as patentes e os desenhos ou modelos), os sinais de diferenciação (como as marcas, os logótipos e as denominações de origem e indicações geográficas) e ainda alguns direitos *sui generis* sobre outros bens incorpóreos (v.g., topografias de produtos semicondutores e conhecimentos tradicionais).^{1/2}

JURISMAT, Portimão, 2022, n.º 16, pp. 123-142.

* Professora Associada da Escola de Direito da Universidade do Minho. Investigadora integrada doutorada e Diretora do Centro de Investigação em Justiça e Governação (Jus-Gov). E-mail: mmiguel@direito.uminho.pt

¹ DÁRIO MOURA VICENTE, *A tutela internacional da propriedade industrial*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2019, p. 13. Porém, a qualificação das topografias de produtos semicondutores não colhe consenso, pois alguns autores integram-nas na proteção da inovação, cfr., entre outros, CARLOS OLAVO, *Propriedade Industrial*, Vol. I, 2.ª ed., atualizada, revista e aumentada, Coimbra, Almedina, 2005, p.17.

² A propriedade industrial (em sentido estrito) não abrange a concorrência desleal, que não atribui direitos subjetivos, “mas antes a proteção do interesse geral na lealdade de atuação dos concorrentes mediante a imposição de sanções àqueles que pratiquem atos de concorrência contrários aos usos honestos do comércio” (DÁRIO MOURA VICENTE, *op. cit.*, p. 15). Em Portugal, o legislador tem-na incluído, tradicionalmente, no Código da Propriedade Industrial na senda de importantes convenções internacionais, o que parece justificar-se também considerando a comunhão quanto à natureza do objeto, dos fins e dos interesses que lhes subjazem.

A referência à propriedade intelectual, neste sentido amplo, diverge da tradição no nosso ordenamento jurídico,³ embora corresponda à adotada no plano internacional⁴ e no plano europeu,⁵ sendo aqui acolhida atendendo ao objeto deste estudo.⁶

2. Os direitos de propriedade intelectual [DPI] não foram expressamente contemplados no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia [TFUE].^{7/8} E, apesar de alguns já estarem consagrados como *direitos fundamentais* em diversa legislação internacional (v.g., em relação aos direitos de autor, os arts. 27.º, n.º 2 da Declaração Universal dos Direitos Humanos [DUHD] e 15.º, n.º1, al.ª c) do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais [PIDESC]⁹), também não se encontra qualquer referência *expressa* no corpo da

JEAN-CHRISTOPHE GALLOUX (“article II-77-§2”, in: L. Burgorgue-Larsen/A. Levade/F. Picod (eds.), *Traité établissant une Constitution pour l’Europe – Partie II*, La Charte des Droits Fondamentaux de l’Union, Bruylant, 2005, p. 250) sustenta que, não obstante, a jurisprudência comunitária assimila a concorrência desleal a um direito de propriedade intelectual, referindo-se ao acórdão do Tribunal de Justiça [TJUE], de 14 de dezembro de 2000, proferido no caso C-300/98 e C-393/98 [ECLI:EU:C:2000:688].

³ Para indicações bibliográficas favoráveis e contrárias à adoção de um sentido amplo da propriedade intelectual, cfr. DÁRIO MOURA VICENTE, *op. cit.*, nota 1 das pp. 14 e s.

⁴ V.g., o Acordo sobre os Aspectos dos Direitos da Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio, anexo ao Acordo que instituiu a Organização Mundial do Comércio [ADPIC], assinado em Marraquexe, em 15 de abril de 1994 e a Convenção que estabeleceu a Organização Mundial da Propriedade Intelectual [OMPI], assinada em Estocolmo, em 14 de julho de 1967.

⁵ V.g., Directiva 2004/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Abril de 2004 relativa ao respeito dos direitos de propriedade intelectual.

⁶ Já tivemos oportunidade de nos referir a esta temática noutro estudo (LUÍS M. COUTO GONÇALVES/MARIA MIGUEL CARVALHO, “Artigo 17.º”, in: Alessandra Silveira/Mariana Canotilho (coords.), *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia* Comentada, Coimbra, Almedina, 2013, pp.226 e ss.) que aqui seguimos de perto, com atualizações e maior desenvolvimento.

⁷ A versão consolidada do TFUE pode ser consultada em *JO C 202*, de 7 de junho de 2016, pp.47 e ss.

⁸ No entanto, os DPI podem considerar-se incluídos na «propriedade industrial e comercial» (art. 36.º do TFUE). Neste sentido, ALBERTO LUCARELLI, R. Bifulco/M. Cartabia/A. Celotto (a cura di), *Commento alla Carta del Diritto Fondamentali dell’Unioe Europea*, Bologna, Il Mulino, 2001, pp. 149 e s., que refere também a importância dos DPI no âmbito das normas relativas à concorrência (arts. 101.º e 102.º do TFUE).

⁹ O art. 27.º, n.º 2 da DUDH estabelece que “todos têm direito à protecção dos interesses morais e materiais ligados a qualquer produção científica, literária ou artística da sua autoria”. O art. 15.º, n.º1, al.ª c) do PIDESC determina que “Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem a todos o direito: (...) c) De beneficiar da protecção dos interesses morais e materiais que decorrem de toda a produção científica, literária ou artística de que cada um é autor”. Para uma comparação entre estas duas normas, cfr., entre outros, AUDREY R. CHAPMAN, “A human right perspective on intellectual property, scientific pro-

Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais [CEDH].¹⁰

Não obstante, o «bem» referido no art. 1.º do Protocolo Adicional n.º1 à CEDH, de 20 de março de 1952, segundo a interpretação defendida pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos [TEDH], compreende-a e esta Convenção tem sido considerada a “espinha dorsal” da proteção europeia como direitos fundamentais dos DPI.¹¹

O TEDH, desde a década de '90 do século passado, reconheceu como «bem», para este efeito, o direito de autor, patente e marca, incluindo o seu pedido.¹²

O caso mais relevante respeitou ao conflito entre a Anheuser Busch Inc. e a Budjovický Budvar relativamente ao registo da marca «Budweiser», para cerveja, em Portugal, onde tinha sido recusado o registo daquele sinal, requerido Anheuser Busch, por violação da indicação geográfica da cerveja da cidade Checa de Budweis.

A Anheuser-Busch invocou a violação do seu direito de propriedade e o TEDH – apesar de ter entendido que a recusa do pedido de registo não violava o direito de gozar a propriedade, uma vez que as autoridades e os tribunais portugueses se tinham limitado a aplicar a legislação nacional e acordos internacionais –, como foi referido, declarou que o Artigo 1 do Protocolo n.º1 protege não só a propriedade intelectual como tal, mas também o pedido de registo de um DPI.¹³

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia [CDFUE]¹⁴ não foi diretamente incorporada no Tratado de Lisboa, embora tenha força jurídica vincula-

gress, and access to the benefits of science”, disponível em https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_unhchr_ip_pnl_98/wipo_unhchr_ip_pnl_98_5.pdf [31.08.2022].

¹⁰ Concluída em Roma, em 4 de novembro de 1950.

¹¹ MARTIN HUSOVEC, “The Essence of Intellectual Property Rights Under Article 17(2) of the EU Charter”, *German Law Journal*, 20, 2019, pp. 844 [doi:10.1017/glj.2019.65].

¹² LAURENCE R. HELFER, “The New Innovation Frontier? Intellectual Property and the European Court of Human Rights”, *Harvard International Law Journal*, 49, 2008, pp.1-52.

¹³ Sobre esta decisão, de 11 de janeiro de 2007, proferida no litígio entre Anheuser-Busch Inc./Portugal, proc. 73049/01 (que pode ser consultada em: J. Oliveira Ascensão (coord.), *Direito Industrial*, Vol. VI, Coimbra, APDI/Almedina, 2009, pp. 391 e ss.), cfr. J. DREXL, “European and International Intellectual Property Law between Propertization and Regulation: How a Fundamental Rights Approach Can Mitigate the Tension”, *University of the Pacific Law Review*, 47, 2, 2016, pp. 208 e s.

¹⁴ JO L 202, de 17 de junho de 2016, pp. 389 e ss.

tiva nos termos do artigo 6.º, n.º 1 do TFUE, que confere à Carta o mesmo valor jurídico que é atribuído aos Tratados.

A Carta entrou em vigor em 1 de dezembro de 2009 e estabelece, no n.º 1 do art. 17.º, que “todas as pessoas têm direito de fruir da propriedade dos seus bens legalmente adquiridos, de os utilizar, de dispor deles e de os transmitir em vida ou por morte. Ninguém pode ser privado da sua propriedade, exceto por razões de utilidade pública, nos casos e condições previstos por lei e mediante justa indemnização pela respetiva perda, em tempo útil. A utilização dos bens pode ser regulamentada por lei na medida do necessário ao interesse geral”. E, no n.º 2, determina que “é protegida a propriedade intelectual”.

Considerando que o *Praesidium* da Convenção que a redigiu assume, expressamente, que esta disposição da Carta corresponde ao artigo 1.º do Protocolo adicional à CEDH e ainda que, nos termos do n.º 3 do artigo 52.º da CDFUE, este direito tem um sentido e um âmbito iguais aos do direito garantido pela CEDH, não podendo ser excedidas as restrições nela previstas, consideramos que o art. 17.º da CDFUE corresponde ao art. 1.º do Protocolo adicional à CEDH,¹⁵ referido acima.

3. A referência aos direitos de propriedade intelectual não constava do projeto inicial da CDFUE,¹⁶ tendo sido introduzida na versão de setembro de 2000 com o apoio da Comissão.¹⁷ A inclusão expressa dos DPI na Carta é justificada, pelo *Praesidium*, pela crescente importância da propriedade intelectual¹⁸ [P.I.] e pelo direito europeu derivado¹⁹ de que é objeto.

¹⁵ V. arts. 17.º e 52.º, n.º3 das *Anotações relativas à Carta dos Direitos Fundamentais*, elaboradas sob a responsabilidade do *Praesidium* da Convenção que redigiu a CDFUE, (2007/C 303/02), pp. 23 e 33 e ss., disponível em [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32007X1214\(01\)&from=SL](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32007X1214(01)&from=SL) [31.08.2022].

¹⁶ CARTA 4112/00, disponível em https://www.europarl.europa.eu/charter/civil/pdf/com138_en.pdf [31.08.2022].

¹⁷ COM (2000) 559 final, de 13 de setembro de 2007, p.7. JEAN-CHRISTOPHE GALLOUX (“Article II-77-§2”, *op. cit.*, p. 250) refere ainda o papel decisivo do *lobby* das sociedades de autores neste procedimento.

¹⁸ Sublinhando que a expansão da P.I. reflete “a crescente importância da inovação tecnológica nas economias modernas e a enorme relevância que os bens intelectuais atualmente assumem na riqueza produzida por cada país e nos próprios ativos das empresas”, DÁRIO MOURA VICENTE, *op. cit.*, p. 23.

¹⁹ Cfr. ainda C. GEIGER, “Intellectual Property shall be protected!? Article 17 (2) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union: a Mysterious Provision with an Unclear Scope”, *European Intellectual Property Review*, 2009, pp. 113 e ss.

Importa ainda salientar que o desenvolvimento dos objetivos do TFUE – designadamente, a livre circulação de mercadorias (art. 26.º, n.º 2 TFUE) –, além de originar uma abundante e profícua jurisprudência,^{20/21} motivou, precisamente, a aprovação de legislação respeitante à propriedade intelectual.

Neste contexto, impõe-se uma brevíssima referência à principal legislação europeia neste domínio, que compreende, desde logo, diretivas que visam a aproximação das legislações dos Estados-membros, como é o caso das seguintes:²²

- Directiva 87/54/CEE do Conselho de 16 de Dezembro de 1986 relativa à protecção jurídica das topografias de produtos semicondutores;²³
- Directiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Março de 1996, relativa à protecção jurídica das bases de dados;²⁴

²⁰ Como exemplos de importantes decisões jurisprudenciais anteriores à aprovação de legislação comunitária específica neste domínio, v., entre muitos outros, os acórdãos do Tribunal de Justiça de 3 de julho de 1974, proferido no âmbito do proc. C-192/73, no caso «Hag I»; de 22 de junho de 1976, proferido no âmbito do proc. C-119/75, no caso «Terrapin-Terranova» e de 17 de outubro de 1990, relativo ao proc. C-10/89. Estes acórdãos são elucidativos da evolução jurisprudencial relativa à compatibilização dos direitos nacionais (no caso, direitos de marca) com o direito comunitário, que acabou por respeitar a existência dos direitos de propriedade industrial nacionais, muito embora impondo alguns limites ao respetivo exercício – v.g., o esgotamento desse direito no sentido do desaparecimento “de um aspecto do conteúdo desse direito que se relaciona com o poder de o respectivo titular proibir ou restringir a circulação do produto original colocado no mercado por si ou por terceiro com o seu consentimento” (LUÍS M. COUTO GONÇALVES, “O espaço europeu da propriedade industrial”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Tomo XXVI, 2005-2006, pp. 88 e ss.).

Especificamente no que respeita à consideração dos direitos fundamentais no âmbito da interpretação e aplicação das normas relativas à propriedade intelectual em momento anterior à entrada em vigor da CDFUE, cfr. TUOMAS MYLLY, “7. The constitutionalization of the European legal order: impact of fundamental rights on intellectual property in the EU”, in: Christophe Geiger (ed.), *Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property* Edward Elgar, 2015, pp. 103-131, disponível em <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3200761> [31.08.2022] (pp.1-43). O autor sustenta que a jurisprudência do TJUE neste domínio, entre 1998-2007, tendia a rejeitar qualquer desafio à legislação da UE (mesmo quando o equilíbrio com direitos fundamentais da normativa legal era questionável), conferindo, assim, uma forte proteção às escolhas do legislador europeu no domínio da propriedade intelectual, por um lado e recusava o uso dos direitos fundamentais como ferramenta interpretativa do direito derivado, por outro (*op. cit.*, pp. 7 e ss.).

²¹ A abundante jurisprudência posterior à aprovação das diretivas e regulamentos nesta matéria pode ser consultada em: <https://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=pt> [31.08.2022].

²² A lista indicada no texto não é exaustiva e não contempla a legislação revogada. A ordem do elenco é cronológica. Atualmente existem dezassete Diretivas e dezasseis Regulamentos em vigor (que podem ser consultadas em <https://eur-lex.europa.eu/> [31.08.2022]).

²³ JO L 24 de 27.1.1987, pp. 36-40.

²⁴ JO L 77, de 27.3.1996, pp. 20-28.

- Directiva 98/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 6 de Julho de 1998 relativa à protecção jurídica das invenções biotecnológicas;²⁵
- Directiva 98/71/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de Outubro de 1998 relativa à protecção legal de desenhos e modelos;²⁶
- Directiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação;²⁷
- Directiva 2004/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Abril de 2004 relativa ao respeito dos direitos de propriedade intelectual;²⁸
- Directiva 2006/116/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro de 2006, relativa ao prazo de protecção do direito de autor e de certos direitos conexos (versão codificada);²⁹
- Directiva 2009/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Abril de 2009, relativa à protecção jurídica dos programas de computador (versão codificada);³⁰
- Directiva (UE) 2015/2436 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de dezembro de 2015, que aproxima as legislações dos Estados-Membros em matéria de marcas;³¹
- Directiva (UE) 2016/943 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2016, relativa à proteção de know-how e de informações comerciais confidenciais (segredos comerciais) contra a sua aquisição, utilização e divulgação ilegais;³²
- Directiva (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 Directivas 96/9/CE e 2001/29/CE.³³

Além de diretivas, compreende também regulamentos, alguns dos quais procederam à criação de direitos privativos europeus:

- Regulamento (CE) n.º 2100/94 do Conselho, de 27 de Julho de 1994, relativo ao regime comunitário de protecção das variedades vegetais;³⁴

²⁵ *JO L* 213, de 30.7.1998, pp. 13-21.

²⁶ *JO L* 289, de 28.10.1998, pp. 28-35.

²⁷ *JO L* 167, de 22.6.2001, pp. 10-19.

²⁸ *JO L* 157, de 30.4.2004, pp. 45-86.

²⁹ *JO L* 372, de 27.12.2006, pp. 12-18.

³⁰ *JO L* 111, de 5.5.2009, pp. 16-22.

³¹ *JO L* 336, de 23.12.2015, pp. 1-26.

³² *JO L* 157, de 15.6.2016, pp. 1-18.

³³ *JO L* 130, de 17.5.2019, pp. 92-125.

³⁴ *JO L* 227, de 1.9.1994, pp. 1-30.

- Regulamento (CE) n.º 6/2002 do Conselho, de 12 de Dezembro de 2001, relativo aos desenhos ou modelos comunitários;³⁵
- Regulamento (CE) n.º 1610/96 do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de Julho de 1996 relativo à criação de um certificado complementar de protecção para os produtos fitofarmacêuticos;³⁶
- Regulamento (UE) n.º 1257/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de dezembro de 2012, que regulamenta a cooperação reforçada no domínio da criação da proteção unitária de patentes;³⁷
- Regulamento (UE) 2017/1001 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de junho de 2017, sobre a marca da União Europeia (codificação).³⁸

4. A integração da propriedade intelectual na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia assume um simbolismo inegável: estes direitos, com valor constitucional, constituem um princípio de referência para a jurisprudência³⁹ e tem sido considerada por alguma doutrina como uma manifestação da tendência para a “proprietarização”⁴⁰ e “constitucionalização”⁴¹ do Direito da Propriedade Intelectual.

O impacto desta previsão é ainda maximizado pela sua consagração de forma *autonomizada* relativamente ao n.º1 daquele preceito, sem prejuízo da aplicação das garantias da propriedade estabelecidas neste também aos DPI. Tal significa ainda, e desde logo, que o legislador deve “prever para cada um [dos DPI] a disponibilização de dispositivos jurídicos destinados a assegurar o seu pleno respeito”⁴² e também que “ninguém pode ser privado da sua propriedade, exceto

³⁵ JO L 3, de 5.1.2002, pp. 1-24.

³⁶ JO L 198, de 8.8.1996, pp. 30-35.

³⁷ JO L 361, de 31.12.2012, pp. 1-8.

³⁸ JO L 154, de 16.6.2017, pp. 1-99.

³⁹ ALBERTO LUCARELLI, *op. cit.*, p.150.

No caso da Constituição da República Portuguesa, o direito de liberdade de criação intelectual, artística e científica já estava contemplado no art. 42.º e o de liberdade de iniciativa económica no art. 62.º.

⁴⁰ J. GRIFFITHS/ L. MCDONAGH, “Fundamental rights and European IP law - the case of art 17(2) of the EU Charter”, in: C. Geiger (ed.), *Constructing European Intellectual Property Achievements and New Perspectives*, 2013, pp. 75-93, disponível em <https://openaccess.city.ac.uk/id/eprint/12598/1/McDonagh%20-%20FR.pdf> [31.08.2022] (p. 13).

⁴¹ C. GEIGER, “‘Constitutionalising’ Intellectual Property Law?, The Influence of Fundamental Rights on Intellectual Property in Europe”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 37 4, 2006, pp. 371 e ss. e G. GHIDINI, *Rethinking Intellectual Property: Balancing Conflicts of Interest in the Constitutional Paradigm*, Cheltenham, UK/ Northampton, MA, Edward Elgar, 2018.

⁴² Em sentido diferente, cfr. C. GEIGER, “Intellectual Property shall be protected!?!...”, *op. cit.*, pp. 114 e s., destacando ainda a divergência entre a versão em inglês da CDFUE (que

por razões de utilidade pública, nos casos e condições previstos por lei e mediante justa indemnização pela respetiva perda, em tempo útil”.⁴³

Não obstante, como GEIGER refere, ao estabelecer que a propriedade intelectual é protegida, sem mais desenvolvimentos, o n.º 2 do art. 17.º é muito vago relativamente a vários e importantes aspetos,⁴⁴ como alguns que referimos em seguida.

5. O reconhecimento de valor constitucional à propriedade intelectual não significa que existe, em relação a esta, um direito individual, nem que esse direito é ilimitado.⁴⁵

Apesar de as razões invocadas pelo *Praesidium* para a sua integração na Carta não incluírem a própria fundamentação dos direitos privativos industriais, pensamos que o seu reconhecimento como direito fundamental deve-se à razão de ser da sua tutela jurídica.

Os DPI em geral, e em diferente medida, são protegidos juridicamente para incentivar a criação intelectual, a inovação técnica e estética e, no caso da tutela conferida aos sinais distintivos de empresa e de produtos ou serviços, a concorrência leal, evitando a confusão e, sendo o caso, protegendo a reputação.⁴⁶ Mas essa proteção jurídica envolve alguns riscos resultantes do monopólio legalmente admitido, que implica algumas restrições quer quanto à livre circulação de mercadorias e à concorrência, quer quanto à “quinta liberdade”⁴⁷ (i.e., a livre circulação do conhecimento e da inovação) e a outros direitos fundamentais.⁴⁸

refere “Intellectual property *shall* be protected”) e (pelo menos) as versões em francês, alemão [e acrescentamos nós, português] que estabelecem “A propriedade intelectual é protegida” [itálicos nossos].

⁴³ Em sentido diferente, considerando discutível que a referência do art. 17.º, n.º2 da CDFUE fundamente a obrigação do Estado proteger DPI prévios, J. DREXL, *op. cit.*, p. 201.

⁴⁴ C. GEIGER, “Building an Ethical Framework for Intellectual Property in the EU: Time to Revise the Charter of Fundamental Rights”, in: Gustavo Ghidini and Valeria Falce (eds.), *Innovation law and Policy, Which Reforms for IP Law?*, Cheltenham, UK/ Northampton, MA, Edward Elgar, 2022, disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm? Abstract_id=3938873 [31.08.2022], p.4.

⁴⁵ V. *infra* 7., 8. e 9.

⁴⁶ PEDRO SOUSA E SILVA, *Direito Comunitário e Propriedade Industrial. O princípio do esgotamento dos direitos*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, p. 236.

⁴⁷ A expressão surge na p.9 da Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões – Um mercado único para a Europa do século XXI, de 20 de setembro de 2007 [COM (2007) 725 final].

⁴⁸ No mesmo sentido, cfr. MARTIN HUSOVEC, *op. cit.*, pp. 851 e s. Nos últimos anos, a doutrina que se ocupa sobre os direitos humanos tem abordado recorrentemente a questão

Um dos casos mais polémicos tem a ver com as restrições no acesso a medicamentos (e vacinas) no âmbito de doenças como a SIDA (e, mais recentemente, a COVID-19), resultantes dos DPI atribuídos, que coloca problemas muito relevantes no domínio da saúde pública. É que, geralmente, as patentes associadas a esses fármacos, na medida em que influem sobre o seu preço, dificultam o acesso aos mesmos, sendo a situação especialmente gravosa nos países em vias de desenvolvimento. Daí que alguns se recusem a conceder patentes para o seu território ou recorra a licenças compulsivas.⁴⁹

Como DREXL afirma, “a propriedade intelectual tornou-se um campo de batalha político”,⁵⁰ entre países desenvolvidos – tecnologicamente avançados e que beneficiam de uma elevada proteção da propriedade intelectual – e os países em desenvolvimento ou menos desenvolvidos. Por isso, assume particular relevo a Declaração de Doha, adotada pela Organização Mundial do Comércio, em 14 de novembro de 2001, relativa à harmonização dos aspetos dos direitos de propriedade intelectual relacionados com o comércio e a saúde pública⁵¹ que conduziu, nomeadamente, à introdução de uma modalidade adicional de licença obrigatória – uma licença obrigatória especificamente para a exportação de medicamentos genéricos para países que deles necessitam – no art. 31.º *bis* do ADPIC.

6. A partir da aprovação da CDFUE, o legislador europeu passou a incluir, amiúde, referências à Carta e aos direitos fundamentais nela consagrados nos Considerandos de diversas diretivas,⁵² incluindo algumas no âmbito da propriedade intelectual (v.g., a Diretiva sobre Marcas – Considerandos 27 e 28), o que tem contribuído para a maior atenção que lhes tem sido votada pelo Tribunal de

do relacionamento da propriedade industrial com aqueles. Cfr., entre muitos outros, LAWRENCE R. HELFER, “Toward a Human Rights Framework for Intellectual Property”, *U.C. Davis Law Review*, 40 2006-2007, pp. 971 e ss. e, do mesmo autor, “Mapping the interface between human rights and intellectual property”, in: Christophe Geiger (ed.), *Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property* 2015, ElgarOnline, disponível em <https://doi.org/10.4337/9781783472420.00008> [31.08.2022].

⁴⁹ Para maiores desenvolvimentos sobre o tema, cfr., entre nós, REMÉDIO MARQUES, *Medicamento versus patentes. Estudos de propriedade industrial*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

⁵⁰ J. DREXL, *op. cit.*, p. 199.

⁵¹ Organização Mundial do Comércio, WT/MIN(01)/DEC/2, de 20 de novembro de 2001.

⁵² Ainda que, mesmo anteriormente à CDFUE, já constassem referências aos direitos fundamentais nos Considerandos de algumas diretivas (v.g., Considerandos 16 e 43 da Diretiva 98/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 6 de Julho de 1998 relativa à protecção jurídica das invenções biotecnológicas, *cit.*).

Justiça da União Europeia,⁵³ também como consequência do aumento exponencial do recurso a este fundamento nos litígios respeitantes aos DPI.

Discute-se, agora, sobretudo no domínio do Direito de Autor,⁵⁴ se esta “nova era de aumento de referências aos direitos fundamentais e ao “justo equilíbrio” dos direitos”⁵⁵ provocou uma mudança *real* na interpretação pelo TJUE do Direito da Propriedade Intelectual.

Alguns autores sustentam que não, alegando que o Tribunal do Luxemburgo não conseguiu estabelecer um equilíbrio justo entre os direitos do titular do direito de autor e os direitos dos restantes.⁵⁶ Outros defendem a posição contrá-

⁵³ Neste sentido, cfr. J. DREXL, *op. cit.*, p. 207.

⁵⁴ Ainda que não se cinja a este. No âmbito do direito de marcas, v. Acórdão do TJUE, de 27 de fevereiro de 2020, proferido no proc. C-240/18p, no caso «Fack Ju Göhte» (ECLI:EU:C:2020:118).

⁵⁵ TUOMAS MYLLY, *op. cit.*, pp. 38 e s.

⁵⁶ Cfr., entre outros, TUOMAS MYLLY, *op. cit.*, p. 38, apoiando-se no Acórdão do TJUE (Terceira Secção), de 1 de Dezembro de 2011, proferido no proc. C-145/10, caso «Painer» (ECLI:EU:C:2011:798). Contudo, pensamos que a decisão do TJUE neste caso procedeu a um equilíbrio adequado dos interesses e direitos fundamentais em conflito.

O litígio subjacente a esta decisão assentou, resumidamente, no seguinte: Painer (fotógrafa) fotografava crianças em infantários e creches, identificando as fotografias com o seu nome. No âmbito dessa atividade, fotografou Natascha K. e vendeu as fotografias sem reconhecer direitos de autor a terceiros sobre as mesmas e sem autorizar a sua publicação. Na sequência de Natascha K. ter sido raptada, com 10 anos, as autoridades de segurança competentes fizeram um pedido de busca, utilizando as referidas fotografias. Volvidos alguns anos, Natascha K. conseguiu escapar ao raptor e, antes da sua primeira aparição pública, as editoras de imprensa demandadas no processo publicaram nos jornais e em sítios da *Internet* quer as fotografias controvertidas (sem indicarem o nome do autor das fotografias ou com a indicação de um nome diferente do de Painer), quer um retrato-robô, criado a partir de uma das fotografias controvertidas. Painer intentou uma ação judicial em que pediu que as demandadas fossem obrigadas a pôr termo à reprodução e/ou distribuição, sem o seu consentimento e sem a indicação do seu nome como autora, das fotografias e do retrato-robô referidos, bem como a sua condenação na prestação de contas e no pagamento de uma remuneração adequada e indemnização pelo prejuízo sofrido.

Relativamente à publicação do retrato-robô, o *Oberster Gerichtshof* decidiu que as demandadas não precisavam do consentimento de Painer para o publicar, já que constituía uma livre utilização da obra protegida. No que respeita à publicação das fotografias referidas o *Handelsgericht Wien* submeteu quatro questões prejudiciais ao TJUE, incluindo uma relativa à interpretação do art. 5.º, n.º3, al.ª e) da Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, que permite que os Estados-membros estabeleçam exceções ou limitações aos direitos conferidos ao titular do direito de autor quando estiver em causa uma utilização para efeitos de segurança pública ou para assegurar o bom desenrolar ou o relato de processos administrativos, parlamentares ou judiciais.

O TJUE respondeu que esta norma, conjugada com o seu artigo 5.º, n.º 5 (que estabelece que as exceções e limites só se aplicarão em certos casos especiais que não entrem em

ria, concluindo que o TJUE tem recorrido aos direitos fundamentais consagrados na CDFUE para promover um melhor equilíbrio de interesses,⁵⁷ desenvolvendo o Direito da Propriedade Intelectual (em sentido estrito) em casos em que as vaguidades das previsões legais abrem espaço para a interpretação e as normas legais conflituantes careçam de coordenação.⁵⁸

Por razões de economia, pelo facto de as decisões anteriores⁵⁹ já terem sido objeto de intenso tratamento doutrinal e pela importância que a mais recente decisão do TJUE neste domínio terá para a transposição da Diretiva (UE) 2019/790 [DAMUD],^{60/61} optamos por centrar a nossa atenção nesta, ainda que

conflito com uma exploração normal da obra ou outro material e não prejudiquem irrazoavelmente os legítimos interesses do titular do direito), deve ser interpretada no sentido de que um órgão de comunicação social (como um editor de imprensa) não pode, *por iniciativa própria*, utilizar uma obra protegida por direitos de autor, invocando um objetivo de segurança pública. Porém, não excluiu a possibilidade de esse órgão de comunicação social poder contribuir *pontualmente* para o cumprimento desse objetivo, ao publicar uma fotografia de uma pessoa procurada, devendo, em tal caso, exigir-se que essa iniciativa, por um lado, se insira no contexto de uma decisão adotada ou de uma ação levada a cabo pelas autoridades nacionais competentes, com vista a assegurar a segurança pública e, por outro, seja tomada de acordo e em coordenação com as referidas autoridades, a fim de evitar o risco de contrariar as medidas adotadas por estas autoridades. De todo o modo, o TJUE ressaltou que não é necessário um pedido concreto, atual e expresso, das autoridades de segurança, para publicar uma fotografia, para efeitos de busca (n.º116).

⁵⁷ Cfr. J. DREXL, *op. cit.*, pp. 210 e ss.

⁵⁸ J. DREXL, *op. cit.*, p. 217.

⁵⁹ V.g., Acórdãos do TJUE, de 29 de janeiro de 2008, proferido no proc. C-275/06, caso «Promusca» [ECLI:EU:C:2008:54]; de 24 de novembro de 2011, proferido no proc. C-70/10, caso «Scarlet Extended» [ECLI:EU:C:2011:771]; de 16 de fevereiro de 2012, proferido no proc. C-360/10, caso «SABAM» [ECLI:EU:C:2012:85]; de 27 de março de 2014, proferido no proc. C-314/12, caso «UPC Telekabel» [ECLI:EU:C:2014:192]; de 3 de setembro de 2014, proferido no proc. C-201/13, caso «Deckmyn» [ECLI:EU:C:2014:2132]; de 8 de setembro de 2016, proferido no proc. C-160/15, caso «GS Media», [ECLI:EU:C:2016:644]; de 15 de setembro de 2016, proferido no proc. C-484/14, caso «Mc Fadden» [ECLI:EU:C:2016:689]; de 29 de julho de 2019, proferidos nos procs. C-516/17, caso «Spiegel Online» [ECLI:EU:C:2019:625]; C-469/17, caso «Funke Medien» [ECLI:EU:C:2019:623] e C-476/17, caso «Pelham» [ECLI:EU:C:2019:624] e o Acórdão do TJUE (Grande Secção), de 22 de junho de 2021, nos procs. apensos C 682/18 e C 683/18, caso «YouTube/Cyando» [ECLI:EU:C:2021:503]. Sobre este último Acórdão, cfr., entre nós, SOFIA DE VASCONCELOS CASIMIRO, “A responsabilidade das plataformas digitais pelos conteúdos de terceiros: o reposicionamento do direito de comunicação ao público no Acórdão YouTube e Cyando (Processos C-682/18 e C-683/18)”, *Revista de Direito Intelectual*, 2, 2021, pp. 271 e ss.

⁶⁰ Apesar de o prazo para a transposição desta Diretiva já ter sido ultrapassado (7 de junho de 2021), à data, poucos Estados-Membros procederam à sua transposição, verificando-se significativas diferenças quanto à forma adotada. Neste sentido, cfr. ELEANORA ROSATI, “Event announcement - The DSM Directive 3 years on: The Polish challenge to Article 17 and the national transposition maze”, in: *The IPKat*, de 13 de abril de 2022, disponível em <https://ipkitten.blogspot.com/2022/04/event-announcement-dsm-directive-3.html> [31].

o seu resultado fosse expectável.⁶² Referimo-nos ao Acórdão do TJUE (Grande Secção), de 26 de abril de 2022, proferido no proc. C-401/19,⁶³ em que a Polónia, invocando a violação do direito à liberdade de expressão e de informação, garantido no artigo 11.º da Carta, pediu a anulação das al.^{as} b) e c), *in fine*, do art.17.º, n.º 4, da DAMUD e, subsidiariamente, a anulação integral do citado art.17.º, reacendendo o pavio daquela que já foi considerada a “mais colossal das batalhas que o direito de autor da União Europeia alguma vez conheceu”.⁶⁴

7. A DAMUD refere-se, no Considerando 70, à importância de se garantir um equilíbrio entre os direitos fundamentais consagrados na CDFUE, nomeadamente a liberdade de expressão e a liberdade das artes, e o direito à propriedade, incluindo a propriedade intelectual e, no Considerando 84, ao respeito pelos direitos fundamentais e à observância dos princípios reconhecidos, nomeada-

08.2022]) e Portugal não integra essa lista, pois, apesar de ter sido apresentada uma proposta de transposição [Proposta de Lei n.º114/XIV (PPL 114/XIV)], esta caducou com o termo da anterior legislatura. Sobre a transposição desta Diretiva em Portugal, cfr., ALBERTO DE SÁ E MELLO, “A transposição em Portugal da Directiva 2019/790 (UE), relativa aos Direitos de Autor e Direitos Conexos no Mercado Único Digital – Subsídios em nova reflexão sobre o tema”, *Revista de Direito Intelectual*, 2, 2021, pp.7 e ss.; DÁRIO MOURA VICENTE *et al.*, “Nótula sobre as propostas de Lei n.ºs 113/XIV e 114/XIV em matéria de Direitos de Autor e Direitos Conexos no mercado único digital”, *Revista de Direito Intelectual*, 2, 2021, pp. 177 e ss.; ALEXANDRE L. DIAS PEREIRA, “As plataformas comerciais de partilha em linha de conteúdos digitais e os direitos de autor na União Europeia”, *Revista de Direito Intelectual*, 1, 2022, pp. 59 e ss. e TITO RENDAS, “O artigo 17.º da Diretiva 2019/790: desenvolvimentos recentes e transposição para o direito português”, *Revista de Direito Intelectual*, 1, 2022, pp. 109 e ss.

Sobre o impacto deste Acórdão na transposição da DAMUD, cfr. ELEANORA ROSATTI, “What does the CJEU judgment in the Polish challenge to Article 17 (C-401/19) mean for the transposition and application of that provision?”, in *The IP Kat*, de 11 de maio de 2022, disponível em <https://ipkitten.blogspot.com/2022/05/what-does-cjeu-judgment-in-polish.html> [31.08.2022], que, excepcionando os n.º 9, primeiro e segundo parágrafos, defende uma transposição da norma minimalista («copy/paste approach»).

⁶¹ De resto, o impacto desta decisão pode fazer sentir-se em todos os domínios em que esteja em causa o equilíbrio entre a tutela jurisdicional efetiva dos DPI e a liberdade de expressão e de informação. Neste sentido, cfr. ELEANORA ROSATI, “Article 17 of the DSM Directive is valid: an early take on today’s Grand Chamber ruling”, in: *The IPKat*, de 26 de abril de 2022, disponível em <https://ipkitten.blogspot.com/2022/04/article-17-of-dsm-directive-is-valid.html> [31.08.2022], que se refere, especificamente, ao Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a um mercado único de serviços digitais (adotado, entretanto, em 1.ª leitura, pelo Parlamento Europeu, no passado mês de julho).

⁶² Tendo, especialmente, em conta a jurisprudência até à data deste Tribunal no que respeita ao equilíbrio entre a proteção conferida à propriedade intelectual e os demais direitos fundamentais e o sentido das conclusões apresentadas, neste caso, pelo Advogado-Geral SAUGMANDSGAARD ØE, em 15 de julho de 2021, ECLI:EU:C:2021:613. Neste sentido, cfr. ELEANORA ROSATI, “Article 17 of the DSM...”, *cit.*

⁶³ ECLI:EU:C:2022:297.

⁶⁴ TITO RENDAS, *op. cit.*, p.110.

mente, na Carta, acrescentando que deverá ser interpretada e aplicada nos termos desses direitos e princípios.

Esta Diretiva estabelece normas que visam uma maior harmonização do direito da União aplicável aos direitos de autor e direitos conexos no mercado interno, atendendo, em especial, a que a rápida evolução tecnológica (que provocou mudanças relativamente à criação, produção, distribuição e exploração das obras), o surgimento de novos modelos empresariais e as utilizações transfronteiriças em contexto digital aumentam a insegurança jurídica para todos os intervenientes (prestadores de serviços de partilha em linha, titulares de direitos e utilizadores). Com efeito, o funcionamento do mercado de conteúdos em linha (como, p.e., YouTube, Spotify, Pinterest, Facebook, Instagram, Twitter...) tornou-se mais complexo,⁶⁵ proporcionando o acesso a um elevado número de conteúdos protegidos por direitos de autor carregados pelos utilizadores e esta prática (que pode ser positiva, designadamente, pelo alargamento do acesso a obras culturais e criativas) gera problemas quando esses conteúdos estão protegidos por direitos de autor e são carregados sem a autorização prévia dos titulares de direitos, já que tanto podem corresponder a atos lícitos (v.g., se se integrar nalguma exceção ou limitação do direito de autor) como podem configurar atos ilícitos.⁶⁶

A DAMUD estabelece igualmente regras em matéria de exceções e limitações aos direitos de autor e direitos conexos, de facilitação de licenças, bem como normas destinadas a assegurar o bom funcionamento do mercado de exploração de obras e outro material protegido (art. 1.º, n.º1, 2.ª p.).

O art. 17.º da DAMUD visa precisamente os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha, isto é, os prestadores de um serviço da sociedade da informação que tem como principal objetivo ou um dos seus principais objetivos armazenar e facilitar o acesso do público a uma quantidade significativa de obras ou outro material protegido por direitos de autor carregados pelos seus utilizadores, que organizam e promovem com fins lucrativos (art. 2.º, n.º6),⁶⁷ ainda que com a exclusão prevista no art. 17.º, n.º6.

O regime jurídico consagrado nesta norma assenta na qualificação como «ato de comunicação ao público» ou «de colocação à disponibilização do público» da oferta ao público, pelos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em

⁶⁵ V. Considerando 61 da DAMUD.

⁶⁶ Sobre a origem da norma, cfr., entre nós, TITO RENDAS, *op. cit.*, pp. 109 e ss. e as Conclusões do Advogado-Geral SAUGMANDSGAARD ØE, *cit.*, n.ºs 13 e ss.

⁶⁷ Há, no entanto, importantes exclusões, pois não são qualificados como prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha os referidos na 2.ª parte do art. 2.º, n.º6.

linha, do acesso a obras ou outros materiais protegidos por direitos de autor carregados pelos seus utilizadores (art. 17.º, n.º1, 1.º parágrafo). Caso se verifique esta hipótese, os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha devem obter uma autorização⁶⁸ dos titulares de direitos – p.e., através da celebração de um acordo de concessão de licenças (art. 17.º, n.º1, 1.º parágrafo). Porém, os titulares de direitos não são obrigados a concedê-la (Considerando 61).

Se essa autorização não existir, o prestador de serviços de partilha de conteúdos em linha é considerado autor deste ato de comunicação, sendo responsabilizado nos termos estabelecidos no art. 17.º, n.º4⁶⁹ (não se aplicando a isenção da responsabilidade prevista no artigo 14.º, n.º 1, da Diretiva 2000/31/CE [Diretiva do Comércio Eletrónico], – art. 17.º, n.º3 DAMUD).

O art. 17.º, n.º4 consagra, então, um regime *específico* de responsabilidade aplicável aos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha quando ofereçam ao público o acesso a obras ou outro material protegido por direitos de autor carregados pelos seus utilizadores, *sem autorização* dos titulares de direitos em causa. Neste caso prevê-se uma isenção (*safe harbour*) da responsabilidade,⁷⁰ se – sem que se exija uma obrigação geral de vigilância⁷¹ – os prestadores de serviços demonstrarem que: a) envidaram *todos os esforços* para obter uma autorização e b) efetuaram, de acordo com elevados padrões de diligência profissional do setor, os *melhores esforços* para assegurar a indisponibilidade de determinadas obras e outro material protegido relativamente às quais os titulares de direitos forneceram aos prestadores de serviços as informações pertinentes e

⁶⁸ O n.º 2 do art. 17.º estabelece ainda que essa autorização compreende também os atos realizados pelos utilizadores dos serviços abrangidos pelo âmbito de aplicação do art. 3.º da DAMUD se estes não agirem com carácter comercial ou se a sua atividade não gerar receitas significativas.

⁶⁹ Qualificando esta responsabilidade como direta e objetiva, cfr. as Conclusões do Advogado-Geral SAUGMANDSGAARD ØE, *cit.*, neste caso, n.º31 e, entre nós, ALBERTO RIBEIRO DE ALMEIDA, “*In dubio pro libertate*. Um contributo para a interpretação do artigo 17.º da Diretiva 2019/790/UE”, *Revista de Direito Intelectual*, 1, 2022, p.27.

⁷⁰ Esta isenção compreende-se, pois, “por um lado, são os utilizadores dos serviços de partilha que colocam em linha os conteúdos que aí se encontram, sem uma seleção prévia dos seus prestadores a este respeito, e [...], por outro, estes prestadores não conseguirão provavelmente obter autorização de todos os titulares dos direitos para todas as obras e outros material protegido, presentes e futuros, que podem assim ser aí carregados, tal responsabilidade objetiva forçaria os referidos prestadores a mudar completamente de modelo económico – e, nesse sentido, a abandonar o próprio modelo da «Web 2.0» interativa” (v. n.º32 das Conclusões apresentadas pelo Advogado-Geral SAUGMANDSGAARD ØE, neste caso, *cit.*).

⁷¹ V. art. 17.º, n.º8.

necessárias⁷² e, em todo o caso, c) *agiram com diligência*, após receção de um aviso suficientemente fundamentado pelos titulares dos direitos, no sentido de bloquear o acesso às obras ou outro material protegido objeto de notificação nos seus sítios *Internet*, ou de os retirar desses sítios (*notice-and-take-down*) e enviaram os *melhores esforços* para impedir o seu futuro carregamento (*notice-and-stay-down*), nos termos da alínea b).⁷³

A observância destes requisitos – para a isenção de responsabilidade – obriga a recorrer a mecanismos de filtragem automatizada que, para surtirem o efeito desejado (e desejável), devem ser capazes de diferenciar os conteúdos ilícitos dos lícitos, pois não pode ser vedada a disponibilização de obras ou outro material protegido carregado por utilizadores que não violem os direitos de autor e direitos conexos, nomeadamente nos casos em que essas obras ou outro material protegido estejam abrangidos por uma exceção ou limitação (art. 17.º, n.º7). Ora, as tecnologias que permitem a filtragem automatizada podem examinar *todos* os conteúdos carregados nas plataformas – incluindo os que correspondam a utilizações livres⁷⁴ que são lícitas –, pelo que, pelo menos por agora, parece ser indispensável a intervenção humana para os diferenciar.

Por outro lado, para além das referidas salvaguardas, a proteção dos interesses dos utilizadores assenta ainda na previsão de mecanismos (*ex post*) de reclamação e de recurso nos casos em que se verifique um bloqueio indevido, quer internos, quer judiciais e extrajudiciais (art. 17.º, n.º 9).

8. No Acórdão do TJUE, de 26 de abril de 2022, como referimos, a Polónia pediu a anulação do art. 17.º, parcial ou mesmo totalmente, invocando a viola-

⁷² Referindo-se aos «deveres recíprocos de colaboração» entre os titulares dos DPI e os prestadores, cfr. ALBERTO RIBEIRO DE ALMEIDA, *op. cit.*, p. 31 e p. 42, sublinhando a diferente ponderação dos interesses em conflito relativamente à Diretiva 2000/31/CE e respetivas liberdades.

⁷³ O n.º5 do art. 17.º – como corolário do princípio da proporcionalidade – determina que, para se aferir se o prestador de serviço cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do n.º 4, devem ser tidos em conta, entre outros, os seguintes elementos: a) o tipo, o público-alvo e a dimensão do serviço e o tipo de obras ou material protegido carregado pelos utilizadores do serviço e b) a disponibilidade de meios adequados e eficazes, bem como o respetivo custo para os prestadores de serviços.

⁷⁴ De resto, o art. 17.º, n.º 7, no 2.º parágrafo, estabelece um elenco imperativo das exceções ou limitações existentes que os utilizadores em cada Estado-Membro podem invocar ao carregar e disponibilizar conteúdos gerados por utilizadores em serviços de partilha de conteúdos em linha: a) citações, crítica, análise; b) utilização para efeitos de caricatura, paródia ou *pastiche*.

ção do art. 11.º da Carta.⁷⁵ Por razões de economia e atendendo ao objeto do presente estudo, vamos focar-nos apenas no pedido de anulação parcial.

A Polónia entendia que o artigo 17.º, n.º 4, al.ª b) e al.ª c), *in fine* da DAMUD – ao impor aos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha a obrigação de envidar os seus melhores esforços, por um lado, para assegurar a indisponibilidade de conteúdos protegidos específicos para os quais os titulares de direitos forneceram as informações pertinentes e necessárias e, por outro, para impedir o futuro carregamento dos conteúdos protegidos objeto de um aviso suficientemente fundamentado pelos titulares – limita o exercício do direito à liberdade de expressão e de informação dos utilizadores destes serviços, pois para o seu cumprimento seria necessária uma monitorização *preventiva* (i.e., antes da difusão ao público) de *todos* os conteúdos carregados pelos seus utilizadores e, na falta de outras soluções exequíveis, ter-se-ia de recorrer a ferramentas de filtragem automática que implicam o risco de bloqueio também de conteúdos lícitos. E considerava que esta restrição ao exercício daquele direito fundamental não respeita nem o seu conteúdo essencial, nem o princípio da proporcionalidade, pelo que não pode ser considerada justificada.

O TJUE assume que o regime específico de responsabilidade para os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha, previsto no art. 17.º, n.º 4 da DAMUD, comporta, efetivamente, uma restrição ao exercício do direito à liberdade de expressão e de informação dos utilizadores desses serviços de partilha.⁷⁶ Porém, considera que essa restrição “foi rodeada, pelo legislador da União, de garantias adequadas para assegurar, em conformidade com o artigo 52.º, n.º 1, da Carta, a observância do direito à liberdade de expressão e de informação dos utilizadores destes serviços, garantido no artigo 11.º da Carta, bem como o justo equilíbrio entre este, por um lado, e o direito da propriedade intelectual, protegido pelo artigo 17.º, n.º 2, da Carta, por outro”.⁷⁷

Com efeito, o art.52.º, n.º 1 da CDFUE determina que qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela Carta deve ser prevista por lei, respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades e observar o prin-

⁷⁵ V., esp. n.ºs 39 e ss. do Ac. *cit.*

⁷⁶ V. n.º 58 do Ac. *cit.*

⁷⁷ V. n.º 98 do Ac. *cit.* O TJUE acrescenta ainda, no n.º99, que cabe aos Estados Membros, na transposição desta norma, “basear-se numa interpretação [...] que permita assegurar o justo equilíbrio entre os direitos fundamentais protegidos pela Carta” e “na implementação das medidas de transposição da referida disposição, incumbe às autoridades e aos órgãos jurisdicionais dos Estados Membros não apenas interpretar o seu direito nacional em conformidade com esta mesma disposição mas também não se basear numa interpretação desta que entre em conflito com os referidos direitos fundamentais ou com os outros princípios gerais do direito da União, como o princípio da proporcionalidade”.

cípio da proporcionalidade, pelo que essas restrições só podem ser introduzidas se forem necessárias e corresponderem efetivamente a objetivos de interesse geral reconhecidos pela União ou à necessidade de proteção dos direitos e liberdades de terceiros.

O Tribunal do Luxemburgo – depois de esclarecer que, para proceder a este exame, se deve atender não apenas ao art. 17.º, n.º 4 isoladamente, mas também “às disposições que especificam e completam esse regime” (e, em especial, aos n.ºs 7 a 10 do art. 17.º da DAMUD) e “ao objetivo legítimo prosseguido pela aplicação deste regime, a saber, a proteção das pessoas titulares de direitos de autor e de direitos conexos, garantidos, enquanto direitos de propriedade intelectual, no artigo 17.º, n.º 2, da Carta”⁷⁸ – considerou que a restrição ao exercício do direito à liberdade de expressão e de informação dos utilizadores de serviços de partilha de conteúdos em linha:

- está prevista na lei, resultando do art. 17.º, n.º 4, al.^{as} b) e c), *in fine*, da DAMUD e, seguindo a jurisprudência do TEDH, defende que tal não é infirmado pela formulação da limitação em termos suficientemente abertos para poder adaptar-se à evolução das circunstâncias;⁷⁹

- respeita o conteúdo essencial do direito à liberdade de expressão e de informação,⁸⁰ já que “resulta claramente do artigo 17.º, n.ºs 7 e 9 da DMUD, bem como dos seus considerandos 66 e 70, que, para proteger o direito à liberdade de expressão e de informação dos utilizadores de serviços de partilha de conteúdos em linha, consagrado no artigo 11.º da Carta, e o justo equilíbrio entre os diferentes direitos e interesses em jogo”, a Diretiva estabelece que a execução das obrigações que decorrem deste regime específico de responsabilidade “não pode, nomeadamente, conduzir à adoção de medidas que afetem o conteúdo essencial deste direito fundamental dos utilizadores que partilham, nas suas plataformas, conteúdos que não violam os direitos de autor e direitos conexos”;⁸¹

⁷⁸ V. n.º 69 do Ac. *cit.*

⁷⁹ V. n.ºs 72 e 74 do Ac. *cit.* Aliás, sustenta que “a fim de respeitar a liberdade de empresa desses prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha (art.16.º da Carta) e o justo equilíbrio entre esta, o direito à liberdade de expressão e de informação dos utilizadores dos seus serviços (art. 11.º da Carta) e o direito de propriedade intelectual dos titulares de direitos (art. 17.º, n.º2 da Carta) protegido pelo artigo 17.º, n.º 2, da Carta, pode ser mesmo *necessário* deixar ao critério dos prestadores de serviços a determinação das medidas concretas a tomar para alcançar o resultado pretendido (assegurar o respeito pelos direitos de autor aquando da utilização dos seus serviços), para que estes possam optar por executar as medidas que melhor se adaptem aos recursos e às capacidades de que dispõem, e que sejam compatíveis com as restantes obrigações e desafios a que deve fazer face no exercício da sua atividade” (n.º 75).

⁸⁰ V. n.º 76 do Ac. *cit.*

⁸¹ V. n.º 80 do Ac. *cit.*

- e é proporcional, pois, por um lado, responde à necessidade de proteção da propriedade intelectual garantida no artigo 17.º, n.º 2, da Carta⁸² e, por outro, as obrigações impostas pelo art.17.º, n.º 4, da DAMUD aos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha não restringem, de forma desproporcionada, o direito à liberdade de expressão e de informação dos utilizadores desses serviços, demonstrando-o com várias previsões que integram o art. 17.º, nomeadamente, que não existe uma obrigação geral de monitorização; a DAMUD estabeleceu um limite claro e preciso às medidas que podem ser tomadas ou exigidas na aplicação das obrigações previstas naquela norma (excluindo, designadamente, as medidas que filtram e bloqueiam conteúdos lícitos aquando do carregamento); no que respeita às exceções e limitações aos direitos de autor, a Diretiva *impõe* aos Estados Membros – precisamente para assegurar o equilíbrio com a liberdade de expressão e das artes – que assegurem que os utilizadores sejam autorizados a carregar e a disponibilizar os conteúdos por eles gerados para fins específicos de citação, crítica, análise, caricatura, paródia ou *pastiche*;⁸³ e obriga os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha a adotarem um conjunto de medidas *ex ante* (v.g., a informarem os seus utilizadores, nas suas condições gerais de utilização, da possibilidade de utilizarem obras e outro material protegido ao abrigo de exceções ou limitações aos direitos de autor e direitos conexos previstas no direito da União⁸⁴) e *ex post* (v.g., as garantias de natureza processual que protegem o direito à liberdade de expressão e de informação dos utilizadores de serviços de partilha de conteúdos em linha nos casos em que os prestadores destes serviços bloqueiam, por erro ou sem fundamento, conteúdos lícitos⁸⁵),⁸⁶

O TJUE, na senda de jurisprudência anterior, reconheceu ainda que, apesar de a proteção do direito de propriedade intelectual estar efetivamente consagrada no art.17.º, n.º 2, da Carta, não resulta de forma alguma desta disposição, nem da jurisprudência do TJUE que esse direito seja intangível e que a sua proteção deva ser assegurada de maneira absoluta.⁸⁷

⁸² V. n.º 82 do Ac. *cit.* Aliás, o TJUE afirma que o mecanismo de responsabilidade previsto no art. 17.º, n.º 4 da DAMUD é apto e essencial para satisfazer a necessidade de proteção do DPI e, apesar de não ser a medida menos restritiva para o exercício do direito à liberdade de expressão e de informação, será o mais eficaz em termos de proteção dos direitos de propriedade intelectual (n.º 83).

⁸³ V. art. 17.º, n.º 7, segundo parágrafo, da DAMUD.

⁸⁴ V. art.17.º, n.º 9, quarto parágrafo, da DAMUD.

⁸⁵ V. art. 17.º, n.º 9, primeiro e segundo parágrafos.

⁸⁶ V. n.ºs 84 e ss. do Ac. *cit.*

⁸⁷ V. n.º 92 do Ac. *cit.*

9. A decisão do TJUE, neste processo, não deverá ser suficiente para superar a divergência de opiniões no que respeita ao equilíbrio dos direitos fundamentais em conflito,⁸⁸ na medida em que não avançou muito relativamente ao nó górdio do regime instituído e que se encontra na necessidade de se assegurar *preventivamente* não só que não sejam carregados conteúdos que violam o direito de propriedade intelectual, mas também que não sejam censurados (i.e., controlados previamente à sua divulgação)⁸⁹ conteúdos lícitos ou, se se preferir, evitar o bloqueio excessivo e injustificado.

De facto, o TJUE assume estas duas premissas, mas não as concretiza. Isto apesar de o Advogado-Geral ter incluído, em *post scriptum* às suas Conclusões neste caso,⁹⁰ uma apreciação das medidas, entretanto, apresentadas pela Comissão Europeia (e de a Comissão assumir expressamente, na sua Comunicação, que este Acórdão terá implicações na aplicação do art. 17.º pelos Estados-Membros, bem como nas orientações, que poderão ter de ser revistas em conformidade)⁹¹ e que respeitam, por um lado, à previsão de um *bloqueio automático* nos casos em que o carregamento seja *manifestamente* ilícito (v.g., a correspondência exata de obras completas ou de proporções significativas de uma obra deve, normalmente, ser considerada manifestamente infratora)⁹² – que

⁸⁸ Como muito expressivamente refere SOFIA DE VASCONCELOS CASIMIRO, *op. cit.*, p. 272, “encontrar a medida exata para assegurar o justo equilíbrio entre os diferentes interesses em confronto no contexto da circulação de conteúdos em rede assemelha-se à tarefa de perseguir o vento”, considerando, a propósito do Ac. do TJUE, proferido no caso «YouTube/Cyando», *cit.*, que “após várias aproximações mais ou menos fracassadas, o [...] TJUE [...] dá finalmente sinais positivos no sentido de enunciar critérios mais objetivos e concretos para chegar ao objetivo”.

⁸⁹ Em sentido próximo, cfr. ALEXANDRE L. DIAS PEREIRA, *op. cit.*, p.73.

⁹⁰ V. n.ºs 221 e ss. das Conclusões, *cit.*

⁹¹ Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho - Orientações sobre o artigo 17.º da Diretiva 2019/790 relativa aos direitos de autor no mercado único digital, de 4 de junho de 2021, COM(2021) 288 final, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021DC0288&from=EN> [31.08.2022], p.1. Estas orientações resultam do art. 17.º, n.º 10 da DAMUD, que estabelece ainda que essas orientações têm em conta os resultados dos diálogos entre as partes interessadas organizados em cooperação com os Estados-Membros com vista a debater as melhores práticas de cooperação entre os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha e os titulares de direitos.

⁹² Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho - Orientações sobre o artigo 17.º..., *cit.*, pp. 23 e s., esp. p. 24, que refere vários critérios a aplicar na determinação do carácter *manifestamente* ilícito do conteúdo. Nesta Comunicação refere-se ainda que “os outros carregamentos que não sejam manifestamente infratores, devem, em princípio, ser colocados em linha e podem estar sujeitos a um controlo humano *ex post* quando os titulares de direitos se opõem enviando um aviso”.

aprecia favoravelmente⁹³ e, por outro, ao *earmarking* (marcação prévia) que permitiria que os titulares de direitos identificassem conteúdos específicos que, caso fossem disponibilizados, lhes poderia causar prejuízos económicos significativos (como, p.e., os que são sensíveis ao fator tempo)⁹⁴ – que considera negativa, atendendo ao risco que representa para a tutela da liberdade dos utilizadores o bloqueio *ex ante* daqueles conteúdos se baseado na mera *alegação* do risco de prejuízo económico significativo.⁹⁵

O Tribunal do Luxemburgo não se lhes refere expressamente. Porém, no n.º 90, do Acórdão sustentou que “o artigo 17.º, n.º 8, da Diretiva 2019/790, ao enunciar, à semelhança do artigo 15.º, n.º1, da Diretiva 2000/31, que a aplicação deste artigo 17.º não implica qualquer obrigação geral de monitorização, impõe uma garantia *adicional* para o respeito do direito à liberdade de expressão e de informação dos utilizadores de serviços de partilha de conteúdos em linha”, já que “esta precisão implica que os prestadores desses serviços *não podem ser obrigados a prevenir* o carregamento e a disponibilização ao público de conteúdos cuja constatação do carácter ilícito necessitaria, por seu lado, de uma apreciação autónoma do conteúdo à luz das informações fornecidas pelos titulares de direitos, bem como de eventuais exceções e limitações aos direitos de autor” (itálicos nossos). Possivelmente, a desejável concretização ficará para a apreciação que vier a empreender quanto à compatibilidade das normas de transposição da DAMUD pelos Estados-Membros com os direitos fundamentais previstos na CDFUE.

⁹³ V. n.ºs 198 e ss. e esp. 201 e s. das *Conclusões*, cit., onde o Advogado-Geral explicita que os conteúdos manifestamente ilícitos serão aqueles que são «idênticos» às obras e outro material protegido identificados pelos titulares de direitos (i.e., reproduções idênticas, sem elementos adicionais ou valor acrescentado) ou «equivalentes» (i.e., reproduções com alterações insignificantes, de forma que o público não as diferencia do material original).

⁹⁴ Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho - Orientações sobre o artigo 17.º..., cit., pp. 16 e s. e pp. 20 e s. A Comissão refere ainda que os prestadores de serviços devem exercer especial cuidado e diligência na aplicação das suas obrigações de melhores esforços *antes* de carregar tais conteúdos, o que “pode incluir, quando razoável e exequível, um controlo humano *ex ante* rápido pelos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha, verificando os carregamentos que apresentam tais conteúdos marcados e identificados por uma ferramenta automatizada de reconhecimento de conteúdos” (Comunicação..., cit., p.25).

⁹⁵ *Conclusões*, cit., n.º 223.