

O DIREITO DE AUTOR EUROPEU ENTRE MERCADOS, FLEXIBILIDADES E CULTURA: UMA VISÃO CRÍTICA

MARCOS WACHOWICZ*

PEDRO DE PERDIGÃO LANA**

Abstract: Copyright is a legal field especially linked to culture. However, legal developments in recent decades seem to be overlooking this cultural purpose, especially in international and regional harmonization efforts related to commercial aspects. European Union's rules draw attention not only to the greater direct imperative of its rules in the member states, but also to the historical legal construction of the EU institutions having a strong focus on cultural diversity and preservation, at least on a discursive level. Thus, these EU normative acts on copyright, with an excessively rigid and eminently business-oriented content, seem to harm primarily the public interest and the stimuli for a vibrant and diverse European culture, the protection of which is clearly fixed in the original treaties and derivative EU norms. We investigate this contradiction through a bibliographic review of Portuguese legal experts, traditionally critical in this field, pointing out tools and concrete examples (national and communitarian) of dispute in favor of a system of intellectual rights that is truly capable of providing a fertile cultural environment. The article is original, targeting intellectual property researchers and public policy makers, directly in the case of Portugal and indirectly in other countries.

Keywords: Copyright; culture; European Union; harmonization; Portugal.

Summary: 1. Initial Considerations. 2. A European Copyright? 3. Soft law and the commercial aspect of copyright. 4. Community institutions, harmonization and principles. 5. The protection of culture by the European Union. 6. Harmonization limited by the fundamental rights to culture and information. 7. Final considerations.

Resumo: O Direito de Autor é um campo jurídico especialmente ligado à cultura. Nas últimas décadas parecem secundarizar essa finalidade cultural, em especial nos esforços de harmonização internacional e regional ligados a aspectos comerciais. A União Europeia chama a

* Professor de Direito no Curso de Graduação da Universidade Federal do Paraná – UFPR e docente no Programa de Pós-Graduação-PPGD da Universidade Federal do Paraná – UFPR. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná-UFPR. Mestre em Direito pela Universidade de Lisboa – Portugal. Professor da Cátedra de Propriedade Intelectual no Institute for Information, Telecommunication and Media Law – ITM da Universidade de Münster – Alemanha (2018). Coordenador-líder do Grupo de Estudos em Direito Autoral e Industrial – GEDAI/UFPR vinculado ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico-CNPq.

** Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra – Portugal. Professor de Direito da ISULPAR. Pesquisador do Grupo de Estudos em Direito Autoral e Industrial – GEDAI/ UFPR vinculado ao CNPq.

atenção não apenas pela maior imperatividade direta de suas normas nos Estados-membros, mas também pela histórica construção jurídica das instituições comunitárias terem forte foco na diversidade e preservação cultural, ao menos em um nível discursivo. Esses atos normativos comunitários sobre direitos de autor, com teor demasiadamente rígido e eminentemente empresarialista, parecem prejudicar principalmente o interesse público e os estímulos à uma cultura europeia pujante e diversa, cuja proteção está claramente fixada nos tratados originários e normas derivadas da UE. Investigamos essa contradição a partir de revisão bibliográfica da doutrina de Portugal, tradicionalmente crítica nesse campo, apontando ferramentas e exemplos concretos (nacionais e comunitários) de disputa em prol de um sistema de direitos intelectuais que verdadeiramente seja capaz de proporcionar um ambiente cultural fértil.

Palavras-chave: Autor; cultura; União Europeia; harmonização; Portugal.

Sumário: 1. Considerações Iniciais. 2. Um Direito de Autor europeu? 3. O *soft law* e o aspecto comercial do direito de autor. 4. Instituições comunitárias, harmonização e princípios. 5. A proteção da cultura pela União Europeia. 6. Harmonização limitada pelos direitos fundamentais à cultura e informação. 7. Considerações finais.

1. Considerações iniciais

O Direito de Autor se desenvolveu com fortes diferenças entre seus modelos ao redor do mundo. Todavia, nos últimos anos, observou-se uma aproximação entre os modelos nacionais característicos através de regulações impositivas internacionais e supranacionais regionais. Apesar dos benefícios de promover regras internacionais mais coerentes e seguras independentemente do país com jurisdição sobre o direito, esse avanço regulatório assumiu uma faceta predominantemente empresarialista por se focar nos interesses da indústria cultural, secundarizando o interesse público sobre a cultura. Isso é explicado pelos motivos que embasam essas normatizações, vide a facilitação do comércio internacional no caso do ADPIC/TRIPS e a integração do mercado interno nas Diretivas da União Europeia.

Essa entidade regional, porém, tem um compromisso estrutural (que é também jurídico e imperativo) com a proteção da cultura europeia, que engloba a diversidade cultural dos Estados-Membros. A União deve, em seu já extenso acervo comunitário de direitos de autor, balancear os interesses econômicos da economia de mercado com os valores sociais que integram o conceito de cultura, em especial a liberdade de informação (e o acesso a ela).

Como parece existir hoje um sério desequilíbrio nesse campo, serão apresentadas razões pelas quais a cultura parece estar sendo consistentemente secunda-

rizada, assim como os motivos que justificam uma maior atenção a ela, especialmente nas políticas públicas de direitos de autor. Por último, pretende-se apontar algumas ferramentas institucionais já disponíveis para buscar esse equilíbrio.

Essa análise é feita a partir da revisão bibliográfica de teóricos portugueses e da leitura de julgados do Tribunal de Justiça da União Europeia. A escolha da perspectiva de Portugal é particularmente útil pela sua posição mais intermediária no direito europeu, podendo ser considerada mesmo como uma legislação característica do *droit d'auteur* latino, capaz de promover pontes entre posições antagônicas como o *copyright* britânico e o *urheberrecht* alemão¹. Ademais, há no país uma forte preocupação, histórica e atual, com a defesa do patrimônio cultural nacional, tanto no âmbito constitucional quanto dos direitos intelectuais².

2. Um direito de autor europeu?

Até o século XVIII, as raízes dos direitos de autor na Europa podem ser encontradas nos privilégios concedidos pelo poder absoluto real para impressão e comercialização de livros, como forma de controle (e, conseqüentemente, de censura) sobre qual conteúdo poderia ser publicado ou não. As revoluções liberais, com sua defesa pelo fim dos privilégios, acabaram por transformar esses direitos em direitos proprietários dos criadores de obras literárias e artísticas, de onde surgiu o termo propriedade intelectual³.

Há, contudo, uma grande diferença na gênese e desenvolvimento dos direitos de autor entre o que hoje é o Reino Unido (*copyright*) e as nações continentais, destacadamente a França (*droit d'auteur*), conforme descreve Silva⁴. O fortalecimento de outras influências nacionais para a evolução do direito de autor, como o *Urheberrecht* da Alemanha, tornou mais nebulosa uma diferenciação entre apenas dois sistemas muito bem definidos. Foi ainda promovida uma aproximação pelas fortes normatizações transnacionais, feita tanto por regras internacionais como o ADPIC/TRIPS (Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio) e a Convenção de Berna ou por regras regionais como as da União Europeia. Essa uniformização seguiu nas últimas décadas

¹ ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA, *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*, Almedina, Coimbra, 2008, p. 40.

² PETER HÄBERLE, “Constituição “da Cultura” e Constituição “Como Cultura”: um Projeto Científico para o Brasil”, *Revista da Defensoria Pública da União*, 13, 2008, 2016, pp. 12 e ss.

³ ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA, *Direitos de Autor...*, cit., pp. 49-52.

⁴ NUNO SOUSA E SILVA, “Uma Introdução ao Direito de Autor Europeu”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 73 (2013), n. 4, pp. 1331 e ss.

quase sempre no sentido da ampliação da proteção e de um reforço dos direitos de caráter eminentemente econômico e comercial⁵.

As transformações do direito de autor foram profundamente pautadas também por outro fator muito importante, que são os avanços tecnológicos⁶. É no âmbito das novas tecnologias e principalmente do advento da *internet* que a União Europeia assume um papel de protagonismo na área da propriedade intelectual, em um momento em que esse ramo ganhava importância pelas dificuldades de sua regulamentação no ambiente digital e sua ligação umbilical com a inovação e criatividade.

Os Tratados Originários da União Europeia não atribuíam a ela a competência para legislar em matéria de propriedade intelectual, mas por ser um tema ligado ao mercado interno (ainda que essa noção fosse inicialmente estranha ao direito de autor, especialmente o europeu) acabou abarcado pelos artigos 26º, nº 1 e 2 e 114º, nº 1 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia⁷. Na seara da propriedade industrial, o artigo 118º é também relevante por expressamente se referir ao direito intelectual, mas ele é submetido ao contexto e justificativa do mercado interno⁸, não adquirindo independência dos dois antes mencionados.

Sob um viés mais pragmático, a justificativa para o avanço da legislação comunitária se deu sob uma preocupação da União Europeia em evitar que as diferenças legais nacionais dos estados-membros afetem negativamente a livre circulação de serviços e mercadorias que caracteriza o mercado interno, além de aprimorar o aproveitamento do potencial econômico das tecnologias de comunicação e informação⁹.

Apesar da tentativa de se criar um código de direitos de autor europeu ter falhado, há uma ampla normatização no nível comunitário com a tendência sendo de ampliação dos poderes da União. Ressalta-se, por outro lado, que essa regulamentação é feita de forma fragmentada e que persistem setores que ainda são tratados de formas muito díspares pelos países membros^{10/11}. A regulação

⁵ ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA, *Direitos de Autor...*, cit., pp. 240-265.

⁶ ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA, *Direitos de Autor...*, cit., pp. 21-22.

⁷ ANA RAMALHO, *The Competence of the European Union in Copyright Lawmaking*, Springer International Publishing, 2016, p. 151.

⁸ Cf. acórdão Espanha v. Conselho, processos C-274/11 e C-295/11, julgado em 16/04/2013: “Decorre dos termos «disposições pertinentes dos Tratados» que as competências que são do domínio do mercado interno não se limitam às competências atribuídas pelos artigos 114.º TFUE e 115.º TFUE relativas à adoção de medidas de harmonização, mas cobrem qualquer competência que se prenda com os objetivos enunciados no artigo 26.º TFUE, tais como as competências atribuídas à União pelo artigo 118.º TFUE”.

⁹ DÁRIO MOURA VICENTE, *A Tutela Internacional da Propriedade Intelectual*, 2ª ed., Almedina, São Paulo, 2020, p. 157.

¹⁰ NUNO SOUSA E SILVA, cit., pp. 1358-1364.

¹¹ DÁRIO MOURA VICENTE, *A Tutela Internacional ...*, cit., pp. 173-174.

está quase toda feita através de Diretivas, destacadamente a Diretiva 2001/29/CE relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, conhecida como Diretiva InfoSoc. Vale citar, como um dos mais recentes passos da União Europeia sobre o tema, a Diretiva (UE) 2019/790 relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital, concluída após inflamadas discussões em que até se aventou um suposto “fim da *internet*”.

Cumpre sublinhar desde já o elevado grau de rigidez nesse campo do direito intelectual comunitário. Essa rigidez é identificável em alguns pontos: i) uma grande amplitude dos direitos econômicos; ii) uma interpretação expansiva dos direitos do autor; iii) exceções e limites no formato de regra, com iv) interpretação restritiva e v) em um rol fechado, vi) sendo ainda subordinados à regra dos passos. Isso resulta em dificuldades para se adaptar às mudanças dos tempos, acentuadas pela aceleração tecnológica¹². Essa falta de flexibilidade é mais danosa naquilo que se refere aos direitos dos usuários e limites dos exclusivos autorais, como se verá adiante.

Na construção desse acervo, Ascensão identifica três fases. A primeira, de hostilidade, tinha como perspectiva principal a de que os exclusivos autorais eram um obstáculo ao prioritário objetivo da livre concorrência na Comunidade Europeia, mas buscava certa conciliação desde que não houvesse prejuízos concorrenciais¹³.

Na segunda fase, consolidada a partir de 1993 e em grande parte motivada pela pressão e competição dos Estados Unidos nas regras de tutela dos bens informáticos, ocorre uma expansão da competência comunitária no ramo, inclusive extrapolando os limites então firmados. Esse movimento teve como locomotiva a Comissão e buscava um alto nível de proteção, nivelando-a por cima. A Comunidade chegou a ultrapassar o nível de proteção dada pelos EUA, o que se observa no controverso direito *sui generis* sobre as bases de dados¹⁴, ou na redução dos limites e exceções ao direito de autor.

A Diretiva Infosoc criou uma lista taxativa no artigo 5º, nº 2 e 3. Esta era, na verdade, uma quantia mínima de limites e exceções, inadequada às transformações tecnológicas e que ainda por cima impedia que os Estados-Membros criassem novas limitações legais contra o interesse dos titulares de direitos de autor.

¹² TITO RENDAS, “Copyright, Technology and the CJEU: An Empirical Study”, *IIC*, 49 (2018), n. 2, pp. 153 e ss. (p.153).

¹³ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “O direito de autor e a internet. Em particular as recentes orientações da comunidade europeia”, in: *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. VII, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 9 e ss. (p. 9).

¹⁴ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “O direito de autor...”, *cit.*, pp. 10-12 e 15.

Ademais, submetia essa lista à uma regra dos três passos diferenciada, que encontrava paralelos na Convenção de Berna, mas cujo propósito lá era justamente substituir um elenco taxativo, e por isso combinava mal com o sistema comunitário¹⁵.

Outro ponto criticado por Ascensão nessa fase são as regras de anti-circunvenção de dispositivos tecnológicos, que acabam por substituir os sistemas normativos de proteção ao autor, criando um estranho e desproporcional ilícito autoral que seria melhor enquadrado como um ilícito antieconômico qualquer, obstaculizando na prática vários limites e exceções legalmente consagrados¹⁶.

Na terceira fase, a partir de 2004, parecia haver uma reação ao exagero da segunda etapa e uma regressão à preocupação com a livre concorrência e mesmo com o acesso à cultura. Somando-se a isso, o excesso de monopólios de fato prejudicava a concorrência e em consequência o objetivo de integração econômica da União Europeia. O foco teria se voltado para métodos *soft* de intervenção, como as Recomendações.

No entanto, o texto de Ascensão foi escrito há mais de uma década e algumas características dessa nova fase aparentam ter tido curta duração. O autor apontava como exemplos do recuo as recomendações sobre gestão coletiva e obras órfãs, além do abandono das intenções de constituir um acervo comunitário de direito de autor¹⁷. A inversão de tal caminho é evidenciada pela Diretiva 2014/26 (relativa à gestão coletiva), pela Diretiva 2012/28/UE (relativa a determinadas utilizações permitidas de obras órfãs) e, especialmente, pela Diretiva 2019/790.

É possível apontar para uma mudança paradigmática relevante, que poderia ser enquadrada como a verdadeira característica de uma terceira (ou até como uma quarta) fase da comunitarização. Trata-se do acentuado aumento desde 2009 de intervenções judiciais que causaram mudanças sistemáticas. Hugenholtz trabalha com essa diferente classificação, identificando a primeira fase em uma década de elevada produção de Diretivas entre 1991-2001, seguida por uma consolidação mais lenta muito baseada em *soft law* entre 2001-2009, e, por fim, um período de maior atividade do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)¹⁸, que persiste até hoje, como se observa pelo julgamento no caso *Cofemel* (C-683/17, j. 12/09/2019).

Assim, o TJUE é um dos protagonistas no processo de harmonização, especialmente por estar menos limitado pelas vontades diretas dos Estados-Membros, o

¹⁵ ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA, “Direito de autor, liberdade electrónica e compensação equitativa”, *Boletim da Faculdade de Direito*, 81 (2005), pp. 441 e ss.

¹⁶ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “O direito de autor...”, *cit.*, p. 25.

¹⁷ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “O direito de autor...”, *cit.*, p. 19-22.

¹⁸ BERNT HUGENHOLTZ, “Is Harmonization a Good Thing? The Case of the Copyright Acquis”, *in: The Europeanization of Intellectual Property Law* (Org. Justine Pila/Ansgar Ohly), Oxford University Press, 2013, p. 57-74.

que comumente lhe rende a acusação de estar incorrendo em ativismo judicial^{19/20}. Em um primeiro momento, atuou principalmente no âmbito das relações autorais com o direito de concorrência. Porém, com o advento das Diretivas temáticas, o Tribunal começou a ter decisões fortes voltadas à consolidação de uma concepção comunitária de direito de autor, sancionando os países que, por exemplo, consagravam mais exceções que as previstas nas Diretivas²¹.

Sobressaem dentre essas decisões a do caso *Infopaq* (C-5/08, j. 16/07/2008), quando os juízes estenderam o critério de originalidade, antes restrito à apenas alguns tipos de obras, para todo o direito exclusivo de reprodução. Este julgamento foi ainda aprofundado nos acórdãos *BSA* (C-393/09, j. 22/12/2010) e *Football Dataco* (C-604/10, j. 01/03/2012), com os parâmetros tornados obrigatórios para todas categorias de obras no acórdão *Cofemel* (mencionado acima). Foi criado assim o conceito de “criação intelectual do autor” como um critério fundamental para constatar a existência ou não de proteção pelo direito de autor. Nesses julgamentos também foram firmadas as posições pela “máxima proteção do autor”, determinando que os limites e exceções deveriam ser interpretados restritivamente²².

3. O *soft law* e o aspecto comercial do Direito de Autor

Primeiramente, cabe definir o que é o *soft law* (melhor traduzido como “direito flexível”). Essa é uma tarefa difícil pois o próprio conceito parece contraditório, ao colocar a ideia de não obrigatoriedade ao lado de “lei”, cuja conceituação como uma norma coativa foi há muito estabelecida e até hoje permanece forte no imaginário popular. No entanto, vários autores já apontaram que a natureza jurídica de uma norma não reside na sua coercibilidade, e sim em outros aspectos como sua integração à ordem jurídica²³. Assim, a definição aqui utilizada é a de um “conjunto de regras de conduta que, em princípio, não têm força vinculativa do ponto de vista jurídica, mas que, na prática, produzem efeitos jurídicos”²⁴.

¹⁹ FAUSTO QUADROS, *O Direito da União Europeia*. 3ª ed., Coimbra, Almedina, 2018, pp. 378-379.

²⁰ M. FAVALE/M. KRETSCHMER/P. C. TORREMANS, “Is there an EU Copyright Jurisprudence? An Empirical Analysis of the Workings of the European Court of Justice”, *The Modern Law Review*, 79 (2016), n. 1, pp. 31 e ss. (p. 31).

²¹ NUNO SOUSA E SILVA, *op. cit.*, pp. 1360-1362.

²² NUNO SOUSA E SILVA, *op. cit.*, pp. 1366-1373.

²³ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O direito: Introdução e Teoria Geral*, 13ª ed., Almedina, Coimbra, 2011, p. 88. Em sentido contrário DÁRIO MOURA VICENTE, *Problemática Internacional da Sociedade da Informação*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 122.

²⁴ ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Manual de Direito da União Europeia*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, p. 503.

Esse tipo de direito tem, como indicado, certa força jurídica, que pode aparecer em gradações variadas a depender do contexto. Ele pode às vezes preparar terrenos para atos posteriores obrigatórios, como é o caso dos Livros Brancos e Verdes. Pode influenciar o comportamento dos atores envolvidos ao ponto de se consolidar como um costume e como uma fonte de direito consuetudinário, como é o caso de recomendações bem-sucedidas. E, principalmente, pode ser uma fonte válida para o processo de interpretação dos juízes, com a existência de jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia que determina que os tribunais nacionais devem levar em consideração nos seus julgamentos esses instrumentos não imperativos^{25/26}.

Existe uma preocupação sobre a possibilidade dos atos identificados como *soft law* serem utilizados para legislar dissimuladamente, como indica a Resolução do Parlamento Europeu 2007/2028(INI) sobre implicações institucionais e jurídicas do recurso a instrumentos jurídicos não vinculativos. Mas já se firmou o entendimento de que esse uso indevido pode ser impugnado por recurso para o Tribunal de Justiça²⁷, o que parece ser uma resposta suficiente de prevenção.

No âmbito dos atos que podem ser considerados *soft law* na União Europeia, revelam-se como especialmente relevantes para os fins desse artigo as Recomendações, previstas no artigo 288^o, parágrafo 1 e 5 do TFUE, que sugerem determinados comportamentos aos destinatários e são voluntariamente adotadas²⁸. No entanto, como a Recomendação pode ser seguida de atos imperativos caso não seja obedecida ou mesmo utilizada para guiar a interpretação dos tribunais, há autores que afirmam que seu efeito jurídico é muito próximo de um efeito vinculativo²⁹.

As Recomendações já foram por várias vezes utilizadas no passado na seara de direitos de autor. Mas existem também outros instrumentos de regulamentação não imperativa, não havendo consenso sobre sua inclusão no *soft law*³⁰, dentre os quais vale a pena mencionar: i) os códigos de conduta; ii) os programas de ação; iii) as comunicações, que podem assumir formas muito variadas e são atos de alcance geral para os quais a Comissão só tem poder de decisão caso-a-caso; iv) as resoluções, que estabelecem princípios gerais e anunciam um programa de atuação; e v) os pareceres, que dessa lista são os únicos previstos nos tratados

²⁵ SOFIA OLIVEIRA PAIS, *Estudos de Direito da União Europeia*, 2^a ed., Almedina, Coimbra, 2013, p. 31.

²⁶ RUI MANUEL MOURA RAMOS, *Direito Comunitário (Programa, conteúdos e métodos de ensino)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 76.

²⁷ O que só aparentemente contrariaria o artigo 263^o, par. 1^o do TFUE, já que esses atos seriam não vinculativos apenas na aparência. Cf. França v. Comissão, processo C-303/90, julgado em 13/11/1991 e, posteriormente, França v Comissão, processo C-325/91, julgado em 16/06/1993.

²⁸ ANA MARIA GUERRA MARTINS, *op. cit.*, p. 501.

²⁹ FAUSTO QUADROS, *op. cit.*, pp. 477-478.

³⁰ ANA MARIA GUERRA MARTINS, *op. cit.*, pp. 501-503.

originários, e são emitidos pelas principais instituições da UE ou pelos comitês para fazer uma declaração formal de caráter mais técnico³¹.

Da breve descrição sobre o direito de autor comunitário feita acima, percebe-se que o foco comunitário recai sobre os aspectos e aplicações comerciais da propriedade intelectual e desenvolvimento de um mercado único europeu. Isto não surpreende: o sistema econômico comunitário é o da economia de mercado, e é alicerçado na União Econômica e Monetária que todo o direito material comunitário se desenvolve³².

As escolhas da forma de regulamentação do direito de autor pela União Europeia não podem deixar de levantar questionamentos, nomeadamente no que se refere ao seu elevado grau de rigidez. Afinal, essa parece ser uma das áreas do direito que mais necessita de dinamicidade, especialmente devido a sua relação umbilical com as novas tecnologias, mas acaba sendo regulada a nível europeu de forma muito mais inflexível que outras matérias ligadas ao direito comercial.

Nesse sentido, há uma grande presença de *soft law* em matéria comercial, como nos contratos empresariais e direito societário³³, que são também matérias altamente harmonizadas no cenário europeu³⁴. Sua utilização é avançada, em linhas gerais, por argumentos de uma maior e mais rápida capacidade de adaptação às mudanças fáticas e jurídicas e uma maior aceitação quando aplicado a contextos diversos, podendo sofrer ajustes quando necessário.

Do outro lado, os instrumentos de *soft law* parecem encontrar mais obstáculos no Direito do Autor Europeu. A título de exemplo, para além dos Livros Verdes, mais voltados para a promoção da discussão e anúncio de planos de ação, pode-se lembrar historicamente dos exemplos da Recomendação 2005/737/CE sobre gestão coletiva transfronteiriça e a Recomendação 2011/711/UE sobre digitalização de material cultural e preservação digital. Note-se que a primeira recomendação foi em boa parte incorporada em uma Diretiva de 2014, enquanto a segunda permaneceu em boa parte, com a mais importante ressalva sendo as obras órfãs, como instrumento não vinculativo.

Chama-se a atenção para esse ponto porque ele exemplifica a forma com que a União lida com interesses diferentes do direito de autor, convertendo em obrigatória a matéria que interessa comercialmente às entidades de gestão coletiva e outras empresas de alcance supranacional, mas sendo mais restrita nesse

³¹ FAUSTO QUADROS, *op. cit.*, pp. 505-506.

³² FAUSTO QUADROS, *op. cit.*, pp. 149-151.

³³ ANA SILVA F. M. EFIGENIA, “O princípio “comply or explain” e a “Soft law””, *Revista Electrónica de Direito*, 1 (2015), pp. 1 e ss. (p. 1), disponível em: <<https://cije.up.pt/pt/red/edicoes-antiores/2015-nordm-1/o-principio-ldquo-comply-or-explainrdquo-e-a-ldquosoft-lawrdquo/>> (acesso em: 21 jan. 2022).

³⁴ FAUSTO QUADROS, *op. cit.*, p. 149.

sentido com as que promovem interesses culturais. Não parece confiável o argumento de que isso ocorreu porque apenas na primeira se constatou uma falta de eficácia, pois atos oficiais da União que indicam que há ainda muito a ser feito para implementação da Recomendação sobre a preservação digital de conteúdo cultural³⁵. Tal tendência parece ter se atenuado apenas com o aparecimento de quatro exceções obrigatórias para os Estados-membros na Diretiva 2019/790.

Parece haver aqui uma certa contradição. Apesar do direito de autor estar mais próximo do enquadramento e ser historicamente identificado como parte do direito civil³⁶, sua ligação (e aproximação cada vez maior) com o direito comercial é inegável, especialmente na linha do *copyright* anglo-saxão e o caminho regulatório seguido pela União Europeia, que colocam como prioridade os direitos econômicos de autor. Por que então o argumento sobre a necessidade de uma boa dose de flexibilidade nas regras não poderia também ser estendido para o direito intelectual? Ou, em outras palavras, porque o *soft law* é um instrumento mais comum em outras áreas do comércio europeu, mas significativamente mais raro no direito de autor? Seria só para essa categoria de direitos que o problema de integração econômica e dos custos de transação transnacionais justificaria legislações pouco flexíveis?

A resposta pode estar justamente no aspecto (um tanto desfigurado) que o direito de autor assumiu no direito comunitário, promovendo uma confusão, na sua defesa da máxima proteção do autor, entre os interesses do criador intelectual com o do titular do direito patrimonial, que comumente é uma empresa. Enquanto no direito societário ou contratual a flexibilidade das regras favorece esses grandes interesses econômicos, no direito intelectual ela favoreceria o acesso das pessoas às obras protegidas em situações limítrofes, como comumente é proporcionado por novas tecnologias, a exemplo do *peer-to-peer* (P2P)³⁷. Isso representa algum dano (real ou apenas em potencial) financeiro ao titular do direito, que encontra no *lobby* perante as instituições comunitárias uma resposta para acautelar seus interesses através de regras mais duras³⁸.

³⁵ EUROPEAN COMMISSION, *Implementation of Commission Recommendation on the digitisation and online accessibility of cultural material and digital preservation – Progress Report 2013-15*, 2016, disponível em: <http://publications.europa.eu/resource/cellar/623cc0ef-23bc-11e4-8c3c-01aa75ed71a1.0020.02/DOC_2> (acesso em: 14 jan. 2022).

³⁶ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Direito de Autor e Direitos Conexos*, 1ª ed (Reimp), Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 29-30.

³⁷ LAWRENCE LESSIG, *Free culture*, The Penguin Press, New York, 2004, pp. 66-79.

³⁸ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Direito de Autor versus Desenvolvimento Tecnológico?”, in: *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos* (Coords. Dário Moura Vicente/Jorge Miranda/Luis de Lima Pinheiro), vol. I, Almedina, Coimbra, 2005pp. 787 e ss. (p. 789).

Essa imperatividade comunitária voltada quase que apenas para a proteção dos interesses comerciais é problemática. Em parte, porque secundariza questões relevantes como a segurança jurídica e o fomento de cultura diante de aspectos repressivos e/ou puramente econômicos³⁹. Mas também porque, conforme defende Fausto Quadros, o sistema econômico comunitário não é simplesmente uma Economia de Mercado, e sim uma Economia Social de Mercado, evidenciada nos Tratados Originários nos dispositivos sobre temas humanitários, culturais e sociais. O mesmo autor também lembra que apesar da harmonização ser um instrumento de prossecução da União Econômica e Monetária e ser progressiva, deverá respeitar a especificidade dos direitos nacionais sempre que eles não tolham o funcionamento da UEM⁴⁰.

Resumindo a discussão até aqui, a harmonização e internacionalização dos direitos não é um problema em si, e é por várias razões algo desejável e benéfico⁴¹. Porém esse movimento precisa avançar de forma equilibrada e vários dispositivos das normas autorais europeias parecem ir muito além do que poderiam ser considerados fins razoáveis perante os objetivos comunitários. Para explicar por qual razão essas escolhas políticas-legislativas causam estranhamento, é preciso antes fazer uma breve retrospectiva sobre as instituições da União Europeia.

4. Instituições comunitárias, harmonização e princípios

A harmonização dos ordenamentos ocupa boa parte dos esforços das instituições europeias, sendo a repartição de atribuições em nível interno um dos pontos mais complexos e pouco claros do Direito Comunitário. Ela não é claramente delimitada até hoje e depende de algumas variáveis, sejam elas opções do estado membro, a aprovação da legislação pelo Conselho e pelo PE, a jurisprudência dos TJUE e as decisões políticas dos órgãos da União. As instituições da UE, em especial o Tribunal, tenderam a interpretar suas competências (não apenas a própria, mas a das instituições comunitárias em geral) de forma ampla, em detrimento das atribuições nacionais e dando um dinamismo e um caráter evolutivo ao processo de integração europeu⁴².

³⁹ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENÇÃO, “Direito de Autor versus...”, *cit.*, pp. 793-794.

⁴⁰ FAUSTO QUADROS, *op. cit.*, p. 571.

⁴¹ Ver, p. e., as conclusões de DÁRIO MOURA VICENTE, *A Tutela Internacional ...*, *cit.*, pp. 657-659.

⁴² O princípio da atribuição (artigo 5º, 1 e 2, do TUE) foi originalmente um elemento de limitação da competência da União, que não dispõe do Kompetenz-Kompetenz originário como os estados nacionais, dependendo dos poderes atribuídos por estes a ela. Mas a difícil missão de atingir os ambiciosos fins

Os atos legislativos mais importantes para o direito de autor, como já se pôde perceber, são as Diretivas. Enquanto o Regulamento tem caráter geral e é obrigatório em todos seus elementos e diretamente aplicável em todos os Estados-membros (artigo 288º, par. 2º do TFUE), a Diretiva vincula os Estados-membros destinatários quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios (artigo 288º, par. 3º do TFUE). Essa última é o principal instrumento de harmonização comunitário⁴³, por, dentre outros motivos e em comparação com os Regulamentos, estimular mais a concorrência (não só comercial) no espaço europeu⁴⁴.

Contudo, tanto a maior discricionariedade dos Estados-membros quanto a inaplicabilidade imediata das Diretivas não são tão rígidas. Até a década de 90 havia uma tendência a redigir Diretivas de forma cada vez mais precisa, reduzindo ou até excluindo qualquer possibilidade de escolha nacional. Primeiro o acórdão do Tribunal de Justiça no caso *Cassis de Dijon* (C-120/78, j. 20/02/1979) e depois a introdução do princípio da subsidiariedade acabaram por atenuar essa prática⁴⁵, mas sem evitá-la completamente, com a taxatividade restringida de limites e exceções da Diretiva Infosoc exemplificando essa permanência. Paralelamente, o TJUE já considerou que, diante de certos requisitos como a demora da harmonização, incide o efeito direto vertical das Diretivas, que passam a poder ser aplicadas pelos tribunais nacionais mesmo antes de sua transposição^{46/47}, conforme decidido no casos *Van Duyn* (C-41/74, j. 04/12/1974) e *Ratti* (C-148/78, j. em 05/04/1979).

Neste cenário de convivência entre ordenamentos distintos, a atuação das instituições europeias e dos Estados-Membros é direcionada por vários princípios estruturantes, dentre eles aqueles decorrentes dos tratados originários e considerados por parte da doutrina como princípios constitucionais da União⁴⁸. Alguns deles inclusive surgiram (ou foram aprofundados) pela atuação da Corte, como o da proteção de direitos fundamentais. Sua elevada prioridade no processo de formulação da norma concreta os coloca ao lado dos princípios gerais de direito, deduzidos pelo Tribunal de Justiça a partir daquilo que pode ser considerado

estabelecidos para o território da UE acabaram tornando inevitável que certas funções fossem incluídas nas competências comunitárias (ANA MARIA GUERRA MARTINS, *op. cit.*, pp. 329-332).

⁴³ FAUSTO QUADROS, *op. cit.*, p. 574.

⁴⁴ DÁRIO MOURA VICENTE, *Problemática Internacional...*, *cit.*, p. 117.

⁴⁵ ANA MARIA GUERRA MARTINS, *op. cit.*, p. 499.

⁴⁶ SOFIA OLIVEIRA PAIS, *op. cit.*, p. 30.

⁴⁷ RUI MANUEL MOURA RAMOS, *Direito Comunitário...*, *cit.*, pp. 80-81.

⁴⁸ A existência de uma Constituição da União foi alvo de profundos debates doutrinários que são demasiado complexos para se reproduzir aqui, remetendo-se, portanto, a alguns escritos sobre o tema de RAMOS (RUI MANUEL MOURA RAMOS, *Estudos de direito da União Europeia*, 2ª ed., Gestlegal, Coimbra, 2019, pp. 107-114, 199-230 e 273-289).

tradição comum entre os Estados-Membros, incluindo dentre estes os relativos à proteção de direitos fundamentais dos particulares⁴⁹. Vale notar que alguns autores, como Fausto Quadros, diferenciam princípios estruturais e os constitucionais comunitários, embora vários deles coincidam⁵⁰.

Alguns deles parecem ser especialmente relevantes para a temática do presente artigo. Implicitamente deduzidos do Artigo 2º do TUE estão os princípios da liberdade e da proteção dos direitos fundamentais. De forma explícita, encontram-se os princípios da subsidiariedade, da proporcionalidade, da cooperação leal entre estados membros e instituições da União, do respeito pela identidade nacional e da atribuição⁵¹.

No processo de integração europeia, diante dos conflitos decorrentes da convivência entre dois ordenamentos diferentes no mesmo espaço, surge a resposta do princípio do primado, que afirma a primazia do direito comunitário sobre os direitos nacionais.

Ele encontrou bastante resistência por parte dos Estados que já não reconheciam a total supremacia do direito internacional (reconhecimento que ocorria, por exemplo, por parte da Holanda e Luxemburgo), especialmente sob o argumento que a aceitação das normas comunitárias dependerem de regras nacionais. O princípio do primado também existe no Direito Internacional e no Direito Federal, mas assume uma forma diferente e acentuadamente mais forte na União Europeia, pela sua própria natureza integrativa, com até as normas derivadas (como as Diretivas) comunitárias devendo ter primazia sobre as normas constitucionais dos Estados-Membros. Ao lado do princípio do primado está o princípio do acervo da união, que impõe aos Estados o dever de respeitar a íntegra do direito comunitário⁵². Alguns autores utilizam a nomenclatura “princípio da preferência (ou prevalência) do direito da união”, reservando a palavra “primado” para uma concepção mais ampla do conceito⁵³.

Esse princípio foi consolidado pelo TJUE, principalmente nos julgamentos *Costa v. ENEL* (C-6/64, j. 15/07/1964), *Internationale Handelsgesellschaft* (C-11/70, j. 17/12/1970) e *Simmenthal* (C-106/77, j. 09/03/1978), e perspicazmente construído para reforçar a afirmação de que a ordem jurídica comunitária é composta por e deve articular-se com as ordens jurídicas dos Estados-membros, incumbindo os tribunais nacionais de assegurar a prevalência da norma comunitária.

⁴⁹ RUI MANUEL MOURA RAMOS, *Direito Comunitário...*, cit., pp. 74-79.

⁵⁰ FAUSTO QUADROS, *op. cit.*, p. 453.

⁵¹ Detalhando, ver ANA MARIA GUERRA MARTINS, *op. cit.*, pp. 309-324.

⁵² ANA MARIA GUERRA MARTINS, *op. cit.*, pp. 311-313.

⁵³ FAUSTO QUADROS, *op. cit.*, p. 515.

A relação entre as cortes nacionais e as europeias têm sido na prática pouco conflituosa, com âmbitos de aplicação usualmente diferentes e soluções geralmente parecidas para os problemas de hierarquia normativa europeia, embora o TJUE tenha expandido exponencialmente sua competência ao longo dos anos até a virada do milênio⁵⁴, aprofundando essa expansão posteriormente.

As exceções dessa harmonia remetem à validade do direito comunitário ser comumente estabelecida pelas constituições nacionais⁵⁵, dando, em teoria, competências ao Tribunais Constitucionais para, em situações limitadas, fiscalizar a constitucionalidade do direito comunitário que contrarie a respectiva constituição. Tal entendimento recai quase sempre em análises sobre a compatibilidade de disposições comunitárias com direitos fundamentais ou quando são extrapoladas as competências da União. Isto é referendado, ainda que indiretamente, pelo próprio TJUE, vide o caso *Stauder* (C-29/69, j. em 12/11/1969), posteriormente reafirmado em outros julgamentos como o já mencionado *Internationale Handelsgesellschaft* e o *Wachauf* (C-5/88, j. 13/07/1989), expondo mais um ponto de colaboração mútua em prol de um ordenamento coerente⁵⁶.

O que o Tribunal de Justiça parece ter feito, para ser mais preciso, foi reiterar que regras de direito nacional, inclusive constitucionais, não poderiam ser opostas ao direito comunitário, mas que poderiam existir garantias análogas inerentes a este último, na forma de princípios gerais oriundos das tradições constitucionais comuns dos Estados-Membros⁵⁷.

Mas essa relação harmoniosa só é possível, para além da homogeneidade inicial, devido a um respeito e diálogo mútuo entre as ordens jurídicas envol-

⁵⁴ RUI MANUEL MOURA RAMOS, *Direito Comunitário...*, cit., pp. 84-88.

⁵⁵ Como é o caso do artigo 8º, n. 4 da Constituição da República Portuguesa, que aceita o princípio do primado como uma decisão constituinte do povo. No entanto, define que a última reserva de jurisdição é Tribunal Constitucional Português devido à competência do direito comunitária ser atribuída pela Constituição, que pode assim também lhe estabelecer certos limites (o que cria, ao menos em teoria, um conflito de Kompetenz-Kompetenz com o sistema da União (MIGUEL GALVÃO TELES, “Constituições dos Estados e eficácia interna do direito da União e das Comunidades Europeias: em particular sobre o artigo 8º, nº 4, da constituição Portuguesa”, in: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 295 e ss. (p. 295)). Afirmando, em sentido próximo, que a partilha de competências com a União Europeia só é constitucionalmente autorizada quando faça parte de um projeto político, econômico e social compatível com o projeto constitucional português, ver MARIANA CANOTILHO, “Quarenta anos de Constituição, trinta de integração Europeia: entre passado e presente, abertura e pertença”, *UNIO – EU Law Journal*, 3 (2017), n. 1, pp. 38-48. Apontando, por outro lado, que nas últimas revisões constitucionais o legislador português firmou que a recepção do direito da União na ordem interna deixava de se fundamentar exclusivamente na CRP, ver RUI MANUEL MOURA RAMOS, *Estudos de direito ...*, cit., pp. 209 e 287.

⁵⁶ FAUSTO QUADROS, *op. cit.*, pp. 516 e 540.

⁵⁷ RUI MANUEL MOURA RAMOS, *Estudos de direito ...*, cit., pp. 72-76.

vidas. Não são, afinal, apenas as ordens jurídicas nacionais que devem se adaptar à comunitárias, mas também o contrário, como se depreende do artigo 4º, nº 2 do TUE que impõe o princípio da identidade nacional e exige que a União respeite as estruturas políticas, jurídicas (onde se enquadram as constitucionais) e culturais de cada país⁵⁸.

Os princípios da subsidiariedade (artigo 5º, nº 3 do TUE) e da proporcionalidade (artigo 5º, nº 4 do TUE) aparecem ao lado do princípio da identidade nacional como uma forma de equilibrar os poderes da União Europeia com o dos Estados-membros. Diante da expansão das competências comunitárias, ambos princípios ganharam relevância e foram detalhados no “Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade” introduzido no tratado de Amsterdão. Esse protocolo torna mais claro o processo de integração ao mesmo tempo que evita assim uma corrosão agressiva das soberanias nacionais, ressaltando-se que os princípios abordados, em especial o da subsidiariedade, nem sempre funcionam como limitadores das competências comunitárias⁵⁹.

O princípio da subsidiariedade funciona como um filtro entre a atribuição da União e a possibilidade de exercer sua competência. É um princípio jurídico, apesar de seu grande alcance político. Ele firma a preferência dos Estados-membros na atuação em atribuições não exclusivas da União, que poderá atuar caso se verifiquem cumulativamente duas condições: a insuficiência da atuação estadual e a maior eficácia da intervenção da União. Exige, também, que a União tente fazer com que os Estados criem as condições necessárias para os objetivos perseguidos, mantendo a especificidade dos ordenamentos que os regem⁶⁰.

O princípio da proporcionalidade busca evitar um excesso de regulamentação e orienta para uma apropriada justificação dos meios utilizados para atingir os objetivos comunitários, destacando-se os casos em que há conflito com direitos fundamentais (C-14/76, j. 07/07/1977). O parâmetro aqui não é a existência de alternativas menos restritivas, que é a forma usualmente encontrada nos direitos nacionais, e sim a constatação de que o ato foi “manifestamente inapropriado” (C-265/87, julgado em 11/07/1989). O conteúdo e a forma de ação da União devem respeitar: i) a adequação da medida para o objetivo buscado, em uma relação causal; ii) a necessidade dela, buscando a alternativa efetiva menos restritiva; iii) a proporcionalidade em sentido estrito, balanceando os interesses envolvidos⁶¹. O TJUE já firmou que essa análise deve ser feita a partir de critérios objetivos,

⁵⁸ ANA MARIA GUERRA MARTINS, *op. cit.*, p. 547.

⁵⁹ FAUSTO QUADROS, *op. cit.*, p. 141.

⁶⁰ FAUSTO QUADROS, *op. cit.*, pp. 250-254.

⁶¹ ANA MARIA GUERRA MARTINS, *op. cit.*, pp. 322-324.

apesar da definição desses critérios ser bastante discricionária. Busca-se, assim, evitar o excesso de regulamentação comunitária e exigindo estudos detalhados sobre impactos e os efeitos desejados.

Apesar do aparente conflito entre esses princípios, eles se completam em uma tensão dialética, o que pode ser percebido no princípio da cooperação leal entre os Estados-Membros e as instituições europeias⁶². É diante desse equilíbrio que surge a sugestão por uma regulação menos agressiva, que aproveite melhor as potencialidades do *soft law* para orientar os Estados-Membros evitando recorrer à uma intervenção comunitária direta e, por vezes, desnecessária.

Diz-se isso porque parte do acervo europeu de direitos de autor parece não considerar suficientemente a soberania e particularidade dos estados-membros, visto que: i) o princípio da territorialidade permanece central nesse ramo^{63/64}, não sendo de todo razoável secundarizar as realidades nacionais, ainda que o referido princípio tenha sofrido uma compressão pela sua comunitarização e internacionalização^{65/66}; ii) a justificação dos atos legislativos conforme a sua finalidade declarada, especialmente a promoção do mercado interno quando há falhas que exijam uma atuação comunitária; e iii) os princípios da proporcionalidade e subsidiariedade como limitadores do processo de harmonização⁶⁷.

Os dados disponíveis e os Considerandos iniciais de cada texto legal indicam que historicamente as Diretivas da UE sobre direito de autor priorizaram em seus objetivos os interesses específicos, deixando em segundo plano os objetivos originais presentes nos Tratados e a promoção do mercado interno. Dentre os interesses, o mais protegido é o das empresas do setor, conflitando com a justificativa jusnaturalista do direito de autor dos países europeus continentais^{68/69}. O sistema também tende muito mais a proteger os grandes detentores de direito do que os pequenos, excluindo os artistas regionais pouco comerciais⁷⁰.

Como é justamente o desenvolvimento do mercado interno que fundamenta a competência comunitária para legislar na área consoante o artigo 114º do TFUE, o sistema todo fica com bases frágeis no que se refere à subsidiariedade e propor-

⁶² FAUSTO QUADROS, *op. cit.*, pp. 121-123.

⁶³ DÁRIO MOURA VICENTE, *A Tutela Internacional...*, *cit.*, p. 653.

⁶⁴ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil...*, *cit.*, p. 33.

⁶⁵ DÁRIO MOURA VICENTE, *A Tutela Internacional...*, *cit.*, p. 654.

⁶⁶ ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA, *Direitos de Autor...*, *cit.*, pp. 228-230.

⁶⁷ De forma geral, ver: JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “O direito de autor...”, *cit.*, p. 15; DÁRIO MOURA VICENTE, *Problemática Internacional...*, *cit.*, p. 116.

⁶⁸ ANA RAMALHO, *op. cit.*, p. 53-55.

⁶⁹ ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA, *Direitos de Autor...*, pp. 114-116.

⁷⁰ S. SCHROFF/J. STREET, “The politics of the Digital Single Market: culture vs. competition vs. copyright”, *Information, Communication & Society*, 21 (2017), n. 10, pp. 1305 e ss.

cionalidade. Afinal, o TJUE já determinou que o embasamento nesse artigo exige que essa finalidade deve ser efetivamente evidenciada na justificativa do ato e que um simples risco abstrato decorrente da normal diferença entre legislações nacionais não é suficiente (C-376/98, j. 05/10/2000). O recurso às Recomendações no lugar das Diretivas também atenuaria essa contradição.

Por fim, são essencialmente os aspectos econômicos dos direitos de autor que têm importância para o mercado interno, e a União Europeia tenta promover uma maior eficiência na gestão e proteção dos bens intelectuais tutelados em prol de um melhor funcionamento dele. No entanto, autores como Mark Lemley mostram que, salvo exceções como a indústria farmacêutica, não existem indícios sólidos de que o direito da propriedade intelectual cumpre os seus fins econômicos declarados de incentivo à inovação ou de bem-estar social, o que se destaca mais ainda no caso de direitos de autor⁷¹. Há que se questionar os motivos da intensa proteção dos autores não ser refletida na promoção do interesse do público que utiliza essas obras.

5. A proteção da cultura pela União Europeia

Apesar de ser também possível contestar certas normas da União Europeia sobre direitos de autor através de argumentos de defesa do consumidor/usuário ou de concorrência e defesa do mercado interno, considera-se aqui que a mais forte razão para buscar uma nova formulação com um melhor equilíbrio dos interesses envolvidos seja a proteção da cultura. Até porque já se apontou na doutrina internacional que uma das grandes dificuldades da União Europeia na temática dos direitos intelectuais é justamente a insistência na abordagem demasiadamente focada na concorrência, em detrimento de análises mais aprofundadas sobre aspectos como a diversidade cultural⁷².

Ascensão aponta que “a cultura sempre foi um parente pobre no mercado comum europeu”, servindo bem para discursos, mas com iniciativas comunitárias escassas e desintegradas. Aponta também que há contemporaneamente um certo choque entre o direito de autor e a cultura, pois aquele foi nas últimas décadas utilizado como um freio às grandes potencialidades do ambiente digital para uma ampla difusão de conhecimento e informação⁷³.

⁷¹ MARK LEMLEY, “Faith-Based Intellectual Property”, *UCLA Law Review*, 62 (2015), pp. 1328 e ss.

⁷² S. SCHROFF/J. STREET, *op. cit.*, p. 1306.

⁷³ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “O direito de autor...”, *cit.*, p. 21.

A defesa da cultura é importante não só na sua perspectiva de formação humana, mas também na sua posição como alicerce das atividades de pesquisa e ensino. Os EUA e China se desenvolveram ao manter um amplo espaço de exceções e usos livres, embora hoje o primeiro atue como uma influência para o reforço e ampliação da proteção pela propriedade intelectual. Da mesma forma, a Alemanha sempre teve cuidado em legislar e julgar levando em consideração os interesses dos usuários e buscando um equilíbrio⁷⁴.

O princípio da identidade nacional, brevemente mencionado na seção anterior, impõe à UE o respeito à diversidade europeia em toda sua pluralidade e à estrutura política e constitucional fundamental de cada país, sendo uma resposta de países-membros à expansão de atribuições da União⁷⁵. O respeito à identidade cultural é uma das três faces desse princípio, devendo ser considerada tão importante quanto o respeito à identidade política e jurídica. Talvez até mais, considerando a percepção de Peter Häberle da Constituição como um fenômeno cultural e que valores (morais, culturais e espirituais) dos povos europeus são, ou pelo menos deveriam ser, uma das preocupações centrais da União Europeia⁷⁶. Essa posição encontra forte amparo legal no último parágrafo do artigo 3º, nº 5 do TUE⁷⁷, e particularmente o art. 167º do TFUE (que se confunde com o título XIII, sobre a cultura)

O Estatuto do Conselho da Europa de 1949 (mais antiga organização político-jurídica europeia em funcionamento) já firmava que os Estados-membros se encontravam “indissolúvelmente vinculados aos valores morais e espirituais que constituem o patrimônio comum dos respectivos povos”. A Declaração sobre a identidade europeia de 1973 também se baseou nesse documento. O ápice da

⁷⁴ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “O direito de autor...”, *cit.*, pp. 23 e 26.

⁷⁵ Vale a pena abrir um parêntese para abordar a controvérsia sobre a natureza jurídica da União Europeia. Sua estrutura não seria perfeitamente categorizável nem como uma organização internacional *strictu sensu* pela relativa independência dos Estados-Membros, nem como uma federação devido às diferenças de centralização forte (o que traz à tona as dificuldades do pluralismo constitucional), nem como uma confederação devido à maximizada autonomia que os seu integrantes têm. Por essa razão, diversas nomenclaturas já foram avançadas, como “organização supranacional *sui generis*” ou uma, “união de estados soberanos” ou, na escolha de Sofia PAIS, uma “Federação Europeia emergente” (SOFIA OLIVEIRA PAIS, *op. cit.* p. 22). Na abordagem feita por esse texto, entretanto, parece mais adequada a definição dada por Ana Guerra MARTINS como uma união de Estados e povos/cidadãos, que salienta a dimensão humana da UE e o papel dos cidadãos no processo de integração (ANA MARIA GUERRA MARTINS, *op. cit.*, pp. 212-220). Concordando essa última definição, com maiores aprofundamentos e essencialmente apontando que se trata de uma espécie singular no gênero de modelos híbridos entre federalismo e confederalismo, ver MÁRIO SIMÕES BARATA, “A Natureza Jurídica da União Europeia após o Tratado de Lisboa”, *Boletim da Faculdade de Direito*, 90 (2014), pp. 263 e ss.

⁷⁶ PETER HÄBERLE, “Constituição “da Cultura”...”, *cit.*, pp. 9-32.

⁷⁷ “A União respeita a riqueza da sua diversidade cultural e linguística e vela pela salvaguarda e pelo desenvolvimento do patrimônio cultural europeu”.

referência aos valores culturais europeus aparece no Anteprojeto da “Constituição da União Europeia” (documento Penélope), que definia a União como uma “comunidade de valores”. Tal definição foi mitigada até chegar no rol mais fechado e simples do atual artigo 2º e 3º, nº 1, do TUE, mas ainda é possível observar no texto introdutório a preocupação original com a cultura e valores europeus⁷⁸.

Quando se fala de valores ou patrimônios comuns é mister lembrar dos princípios relacionados à cultura mencionados acima, que avançam a noção de que a defesa dos valores culturais não será feita sob a unicidade cultural, e sim sobre o pluralismo. É essa noção que faz com que a União Europeia não seja apenas uma união de Estados, mas sim de Estados e povos, com uma preocupação crescente nas últimas transformações promovidas pelos Tratados na aproximação das instituições europeias com os cidadãos europeus⁷⁹. Há, então, que se levar na mais alta conta o interesse dos cidadãos, muito mais representado pelo interesse público (e, em menor medida, pelo interesse dos criadores intelectuais) do que pelo interesse das empresas de entretenimento.

Está em jogo também a preservação do pluralismo jurídico, noção ligada à de identidade nacional, e da seriedade com a qual o princípio da subsidiariedade é aplicado. O pluralismo jurídico reflete a diversidade cultural, pois ele é resultado das diferentes maneiras como culturas diversas lidam com os mesmos conflitos, construídas aos poucos durante décadas ou mesmo séculos e refletindo as formas que mais se adequam àquela população. Ele também tem um valor ético intrínseco e, por fim, estimula uma eficiência pública ao promover certa “concorrência” entre os Estados, que ganham a possibilidade de buscar no direito estrangeiro soluções para seus próprios problemas nacionais⁸⁰.

Chegando ao argumento central do texto, a imprescindibilidade de um elevado cuidado comunitário com o Direito de Autor é uma das conclusões decorrentes da constatação que a União tem grandes responsabilidades na proteção cultural europeia, pois este é um direito de cultura por excelência^{81/82/83}. É uma boa formu-

⁷⁸ FAUSTO QUADROS, *op. cit.*, pp. 112-113.

⁷⁹ SOFIA OLIVEIRA PAIS, *op. cit.*, pp. 36-37.

⁸⁰ DÁRIO MOURA VICENTE, “A integração económica e as situações privadas internacionais”, in: *Direito Internacional Privado – Ensaios III*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 107 e ss.

⁸¹ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Questões críticas do direito da internet”, in: *Inclusão tecnológica e Direito à Cultura: movimentos rumo à sociedade democrática do conhecimento* (Orgs. Marcos Wachowicz/Carol Proner), Fundação José Arthur Boiteux- FUNJAB, Florianópolis, 2012, pp. 39 e ss.

⁸² JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “O direito de autor como direito da cultura”, in: *Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, v. II, Cosmos/Arco-Íris, Lisboa, 1994.

⁸³ MARCOS WACHOWICZ, “Direitos autorais e diversidade cultural: acesso à cultura e ao conhecimento no âmbito ibero-americano”, in: *Propriedade intelectual (inovação e conhecimento)* (Org. M. Wachowicz/G. P. Moreno), 1. ed^a, Juruá, Curitiba, 2010, pp. 57 e ss.

lação de suas regras que garante o estímulo à criatividade, além da transformação e compartilhamento de ideias^{84/85}, destacando-se aqui a teoria culturalista de justificativa dos sistemas de direitos de autor⁸⁶.

É por meio dele que se restringe ou se expande o acesso à informação, a qualidade do conteúdo transmitido, e a difusão e acumulação de conhecimento, tão importante para a área acadêmica e para as políticas públicas de educação. A histórica força do princípio da territorialidade no direito de autor (ou seja, cada país terá suas próprias particularidades) é muito ligada à diversidade cultural entre países e mesmo dentro deles. O direito de autor passa a ser, assim, uma ferramenta essencial no planejamento das políticas públicas no setor cultural.

Pode ser que permaneçam dúvidas sobre a real importância de um adequado planejamento e construção do direito de autor. Para tornar mais palpáveis os riscos de se elaborar uma legislação desse campo sem promover o equilíbrio de interesses e a preocupação cultural, pode-se lembrar de alguns exemplos europeus que explicitam prejuízos à cultura.

O primeiro deles, e o mais emblemático, é o da Diretiva relativa à proteção das bases de dados. Desde o início essa Diretiva foi altamente criticada, pois escapava dos quadros estabelecidos do Direito de Autor sem uma forte justificativa; era obscura quanto ao seu funcionamento; não tinha seus impactos econômicos positivos bem identificados; e não tinha paralelos idênticos no cenário internacional, aumentando o parâmetro da maximização da proteção. Seu maior problema estava na criação de um direito *sui generis* que beneficiava o fabricante/investidor e parecia, na realidade, um direito exclusivo sobre a informação, o que vai contra os princípios basilares e fins do direito intelectual, que só protege a sua expressão (ou o segredo em si, no caso dos segredos industriais). Isso era um precedente gravíssimo, pois conflitava com o pressuposto básico de que a informação é e deve ser livre^{87/88}.

Os relatórios de avaliação da Diretiva que se seguiram mostraram que seus impactos econômicos não puderam ser provados e foi constatado o aumento de insegurança jurídica⁸⁹. O próprio Parlamento Europeu emitiu uma Resolução

⁸⁴ LAWRENCE LESSIG, *op. cit.*, pp. 66-79.

⁸⁵ J. CABAY/M. LAMBRECHT, “Remix prohibited: how rigid EU copyright laws inhibit creativity”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 10 (2015), n. 5, pp. 359 e ss.

⁸⁶ WILLIAM FISHER, *Theories of Intellectual Property*, disponível em: <https://cyber.harvard.edu/people/ffisher/iptheory.pdf> (acesso em: 25 jan. 2022).

⁸⁷ ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA, *Direitos de Autor...*, pp. 428-430.

⁸⁸ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil...*, pp. 488-490.

⁸⁹ Apesar dos últimos relatórios oficiais sobre a Diretiva (como a avaliação SWD(2018) 147 final) terem sido contrários à abolição ou mesmo à reforma, ainda há estudos oficiais que sugerem a abolição

(2015/2147(INI)), no início de 2016, sugerindo à Comissão que pensasse opções para abolir a Diretiva, e o movimento institucional para sua revisão é antigo⁹⁰. Mas ela permanece existindo sem sequer ter sido reformada, evidenciando como o caminho de suprimir regulações já estabelecidas é muito mais difícil do que o da sua criação. De forma salutar (e finalmente), o Plano de Ação de Propriedade Intelectual da UE (COM/2020/760 final), no final de seu item 4, informa o intuito da Comissão em reformar a Diretiva, para facilitar o acesso e uso de dados.

Como um detalhe relevante para a análise teórica, o caminho *sui generis* parece ter sido escolhido porque o Reino Unido não reconhecia o instituto da concorrência desleal, que seria suficiente para evitar comercial danoso de informações das bases de dados⁹¹. O Brexit teve efeitos significativos no sistema de Direito de Autor europeu, especialmente pela diminuição da necessidade de aproximação do sistema de *copyright* britânico e das resistências que o Reino Unido colocava contra certos institutos, presumindo-se um novo distanciamento entre os sistemas nos próximos anos^{92/93}. Todavia, normas como as que estabelecem o direito *sui generis* já fincaram raízes profundas no ordenamento e, mesmo após a saída britânica, não é tarefa simples reverter os efeitos e tradições jurídicas formados.

Há ainda outras situações que exemplificam alguns dos danos que o direito de autor europeu possivelmente causou à difusão de informação e promoção da cultura e conhecimento, como o caso da inversão de entendimento dos tribunais da Alemanha sobre a possibilidade de envio de cópias pelas bibliotecas públicas. Depois da Diretiva Infosoc, passou-se a ser considerado um ato infracional a cópia de trechos de livros do acervo bibliotecário enviados por correio eletrônico, enquanto, por outro lado, era permitido no meio analógico que a biblioteca fotocopiasse esses trechos e os enviasse por correio ou fax, submetido apenas ao dever de compensação equitativa⁹⁴.

ou mudanças profundas da normativa, a exemplo daquele elaborado por R. FISHER, *et al.*, *Study in support of the evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases*, disponível em: http://publications.europa.eu/resource/cellar/244f227a-597d-11e8-ab41-01aa75ed71a1.0001.01/DOC_1 (acesso em: 20 jan. 2022).

⁹⁰ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “O direito de autor...”, *cit.*, p. 14.

⁹¹ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “O direito de autor...”, *cit.*, p. 13.

⁹² A. RAMALHO/M. C. GOMEZ GARCIA, “Copyright after Brexit”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 12 (2017), n. 8, pp. 669 e ss.

⁹³ PEDRO DE MIGUEL ASENSIO, “Implicaciones del Brexit sobre los derechos de propiedad industrial e intelectual”, *La Ley Unión Europea*, 60 (2019), disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6483940> (acesso em: 10 dez. 2021).

⁹⁴ ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA, “Arquivos e Bibliotecas digitais: Os direitos autorais e a sentença Google”, *Revista Eletrônica do INPI*, 7 (2012), p. 446.

Há, por fim, o recente exemplo da Diretiva (UE) 2019/790 dos direitos de autor no mercado único digital. Ela não parece ser intrinsecamente negativa, como muito se falou na sua fase de proposta, e acata uma justa reivindicação dos produtores de conteúdo, mas o seu texto, mesmo após a reformulação, ainda deixa muitas margens para aplicações que prejudiquem o interesse público. A chamada “taxa de link” do artigo 15º pode limitar severamente a divulgação de notícias e similares em redes sociais, enquanto o artigo 17º, que foi visto como o mais controverso, exige que as plataformas de compartilhamento de conteúdo adotem medidas adequadas e proporcionais para evitar que material protegido por direito autoral seja disponibilizado através de seus serviços. Isso significa uma mudança do atual paradigma de responsabilidade em *Digital Rights Management-DRMs*, que é a responsabilização pela não retirada de material ilícito pelos provedores ser obrigatória apenas após sua notificação (salvo algumas exceções), e enseja notável risco às liberdades já mencionadas e à entrada de novos agentes no mercado^{95/96}.

6. Harmonização limitada pelos direitos fundamentais à cultura e informação

Preocupa a naturalização de um retorno do direito de autor à sua origem medieval como um instrumento de censura (no caso dos dispositivos tecnológicos de anti-circunvenção) e de defesa de privilégios. A propriedade intelectual também deve ser vista sob a ótica desenvolvida durante o século XX, de que o Direito como um todo deve dar maior centralidade para a proteção de direitos humanos fundamentais. Apesar da liberdade de expressão estar mais ligada à tradição dos EUA, um direito humano fundamental central na UE é a liberdade de informação, que é a essência da legislação autoral e dá origem ao direito de acesso à informação⁹⁷.

Nesse mesmo caminho, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia tem caráter jurídico e a mesma força vinculativa do TUE e do TFUE⁹⁸.

⁹⁵ PAMELA SAMUELSON, “The EU’s controversial digital single market directive”, *Communications of the ACM*, 61 (2018), n. 11, pp. 20 e ss.

⁹⁶ GIOVANNI DE GREGORIO, “Expressions on Platforms: Freedom of Expression and ISP Liability in the European Digital Single Market”, *European Competition and Regulatory Law Review*, 2 (2018), n. 1, pp. 203 e ss.

⁹⁷ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “O direito de autor...”, *cit.*, p. 24.

⁹⁸ Apesar da existência paralela da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e da sua tutela pela Corte Europeia de Direitos Humanos (sistema ao qual à União Europeia é vinculada), a questão da proteção dos direitos fundamentais era essencialmente ignorada pelas instituições comunitárias (*vide* o caso Storck,

E consagra, em seu artigo 22º, o respeito à diversidade cultural, embora também consagre o direito à propriedade intelectual no artigo 17º, nº 2. Mais específico ainda é o artigo 11º, que firma explicitamente a liberdade de expressão e informação e a “liberdade de receber e de transmitir informações ou ideias, sem que possa haver ingerência de quaisquer poderes públicos”. Na mesma toada, os valores culturais constituem parte da substância intrínseca da União e são comuns aos estados membros⁹⁹, sendo, assim como a Carta, parte do direito imperativo comunitário e obrigatórios aos órgãos legislativos e judiciais em seus processos decisórios. Afinal, o artigo 3º do TUE expressamente obriga a União a seguir os valores estabelecidos no artigo 2º¹⁰⁰.

Isso sugere a existência de uma vinculação das instituições europeias à garantia dos direitos à informação. Por razões de hierarquia¹⁰¹, esses direitos fundamentais e princípios estruturantes do ordenamento europeu devem ser priorizados quando entrem em conflito com o direito derivado da União, caso das Diretivas.

Isso não é apenas uma proposta hipotética, pois limitar as normas das Diretivas relativas a direito de autor quando em confronto com o direito à liberdade de expressão (e informação) é algo que a Corte Europeia de Direitos Humanos já faz há anos^{102/103}. Não se desconhece, contudo, a possibilidade de que os direitos fundamentais defendidos no texto entrem em rota de conflito com outros direitos fundamentais, como o da livre iniciativa ou os ligados a direitos de personalidade do criador intelectual¹⁰⁴, além do próprio direito de autor ser amplamente considerado como um direito fundamental humano¹⁰⁵.

processo 1/58, julgado em 04/02/1959) até o já citado julgamento Stauder de 1969, quando o Tribunal de Justiça a nível comunitário se colocou como garantidor dos direitos fundamentais. A construção jurisprudencial naquele momento não foi significativamente modificada pela entrada em vigor da Carta, de pretensões tímidas e voltada para os órgãos da União. Contudo, a Carta atingiu seu objetivo de provocar o debate, e o novo artigo 6º do TUE proveniente do Tratado de Lisboa consagraria o sistema tripartido de fontes no sistema de proteção de direitos fundamentais. Mas persistem algumas limitações e obstáculos, como a necessidade de conexão com uma disposição de direito da União, existindo certa flexibilização pelo TJUE nesse ponto. (RUI MANUEL MOURA RAMOS, *Estudos de direito... cit.*, pp. 74, 94-96 e 321-345).

⁹⁹ FAUSTO QUADROS, *op. cit.*, p. 189.

¹⁰⁰ FAUSTO QUADROS, *op. cit.*, pp. 114-115 e 211.

¹⁰¹ SOFIA OLIVEIRA PAIS, *op. cit.*, p. 28.

¹⁰² C. GEIGER/E. IZYUMENKO, “Copyright on the human rights’ trial: Redefining the boundaries of exclusivity through freedom of expression”, *IIC*, 45 (2014), n. 3, pp. 316 e ss.

¹⁰³ S. VAN DEURSEN/T. SNIJDERS, “The Court of Justice at the Crossroads: Clarifying the Role for Fundamental Rights in the EU Copyright Framework”, *IIC*, 49 (2018), n. 9, pp. 1089 e ss.

¹⁰⁴ ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA, *Direitos de Autor... cit.*, pp. 174-177.

¹⁰⁵ ULRICH UCHTENHAGEN, “Derecho de Autor como Derecho Humano”, *Revista de Derecho Privado*, 3 (1998), pp. 3 e ss.

A sugestão de um maior aproveitamento dos potenciais do *soft law* novamente aparece como proveitosa, ao menos como passo inicial para estimular as nações a resolver problemas de níveis supranacionais sem prejuízos para suas próprias culturas e particularidades¹⁰⁶. A forma como cada direito do autor nacional se desenvolveu para respeitar os contextos específicos, sob o princípio da territorialidade, reforça essa impressão. As infrações que contrariem os objetivos da harmonização comunitária poderiam ainda ser sancionadas pelos tribunais e controladas legislativamente através de decisões contra os sistemas nacionais que destoem muito dos outros¹⁰⁷. Isso manteria uma margem geral para uma dinamicidade da legislação e um tratamento adequado aos usos novos que surgem com as novas tecnologias.

A posição desse texto está longe de ser uma crítica negativa às instituições europeias, como talvez pudesse parecer em uma primeira vista. Pelo contrário, os autores desse artigo defendem que a União Europeia assuma seu potencial como uma protagonista na defesa da cultura através do direito de autor, devido a seus valores, história e influência. Encontram-se exemplos positivos desse papel em alguns atos normativos, com destaque para a Diretiva 2012/28/UE relativa a determinadas utilizações permitidas de obras órfãs, que em seu texto deu um grande peso para os fins culturais do direito de autor¹⁰⁸. Sobre ela, pode-se observar a promoção do equilíbrio de diferentes interesses em sugestão de Alexandre Dias Pereira sobre a compensação equitativa no tratamento das obras órfãs no direito comunitário e português (nomeadamente, o regime instaurado pela Diretiva 2012/28/EU e internalizado pela Lei n.º 32/2015), oportunizando o acesso sem prejudicar o estímulo econômico dos autores¹⁰⁹.

Para além da atuação legislativa, o Tribunal de Justiça da União Europeia vem se firmando como um importante agente na promoção do equilíbrio de interesses e flexibilização das regras demasiadamente protetivas dos interesses dos autores¹¹⁰. Apesar de ter anteriormente avançado a posição pela proteção

¹⁰⁶ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “O direito de autor...”, *cit.*, p. 20.

¹⁰⁷ Decisões são atos legislativos obrigatórios em todos elementos que podem ter destinatários específicos (artigo 288º, par. 4 do TFUE) e, portanto, um bom instrumento para lidar com situações dissonantes.

¹⁰⁸ Dentro muitos trechos dos Considerandos, lembra-se do final do 18: “A fim de determinar o possível nível de compensação equitativa, deverão ser tidos em conta, nomeadamente, os objetivos de promoção cultural dos Estados-Membros, a natureza não comercial da utilização feita pelas organizações em causa para atingir objetivos relacionados com as suas missões de interesse público, como sejam a promoção da aprendizagem e a disseminação da cultura, e os possíveis danos para os titulares dos direitos”.

¹⁰⁹ ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA, “As Obras Órfãs no Direito Autoral Europeu e Português”, *Revista da ABPI*, 147 (2017), pp. 3 e ss.

¹¹⁰ RAQUEL XALABARDER, “The Role of the CJEU in Harmonizing EU Copyright Law”, *IIC*, 47 (2016), n. 6, pp. 635 e ss.

máxima e ampliação da competência comunitária, o que pode ser muito criticável diante dos argumentos doutrinários expostos *supra*, uma análise empírica recente indicou que a Corte não age aumentando de forma sistemática a proteção dos direitos dos autores, havendo uma porcentagem elevada de decisões favoráveis aos utilizadores¹¹¹.

Especificamente sobre os direitos de autor no ambiente digital, outra pesquisa empírica de Tito Rendas mostrou que o Tribunal tem um papel ainda mais acentuado de flexibilização, decidindo na maioria dos processos ligados ao tema que os novos usos de obras possibilitados por novas tecnologias não são infrações autorais. Essa mesma pesquisa mostra, também, que a atuação da Corte se faz necessária para que as Diretivas não resultem em situações concretas absurdas de infrações autorais, mas que a atuação do Tribunal para tentar remediar a rigidez exagerada da legislação comunitária leva a uma certa insegurança jurídica e por isso uma reforma pelo legislador europeu é necessária¹¹².

Mas, por outro lado, a defesa da cultura não é responsabilidade apenas das instituições europeias. Há espaço para que instituições nacionais garantam valores culturais, e o princípio da identidade nacional tem uma faceta aplicável aos Estados-membros, como ferramenta para preservar e defender sua própria cultura¹¹³. Mesmo que o direito de autor seja garantido constitucionalmente em diversos países, inclusive em Portugal (principalmente no artigo 42º, nº 2 da Constituição), ele está enquadrado na liberdade de criação cultural e portando ligado intrinsecamente a essas finalidades. Ademais, ele não pode deixar de ser sopesado com outros direitos constitucionais, como o de liberdade de expressão e informação no artigo 37º da Constituição Portuguesa, considerado por Ascensão como tendo uma dignidade hierárquica superior¹¹⁴, o dever estatal de proteger o patrimônio cultural (artigo 9º, inciso e) e os artigos 73º e 78º que tratam dos direitos e deveres culturais e educacionais¹¹⁵.

Na mesma linha, o princípio da subsidiariedade tem duas interpretações: a primeira, mais óbvia, descentraliza e limita os poderes da União, enquanto a segunda atribui aos Estados-membros certa responsabilidade em preservar sua soberania através da demonstração de que são capazes de atuar satisfatoriamente na resolução dos desafios que aparecerem e dispensar a intervenção comunitária,

¹¹¹ M. FAVALE/M. KRETSCHMER/P. C. TORREMANS, *op. cit.*, pp. 57-61.

¹¹² TITO RENDAS, *op. cit.*, pp. 153-184.

¹¹³ FAUSTO QUADROS, *op. cit.*, p. 120.

¹¹⁴ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “O direito de autor...”, *cit.*, p. 26.

¹¹⁵ De forma geral, ver JORGE MIRANDA, “Notas sobre cultura, Constituição e direitos culturais”, *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, 66 (2017), disponível em: <https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1246489/Jorge_Miranda.pdf> (acesso em: 21 jan. 2022).

ainda que o ônus da prova desse fato seja da UE. Esse princípio é uma forma dos Estados defenderem a especificidade de seu ordenamento jurídicos e valores que o regem. Essa defesa deve ser feita de forma célere e preventiva, visto que, para além do princípio do primado, outro efeito do princípio da subsidiariedade é a preempção das competências do Estado assim que a União intervém em certa matéria, embora elas possam ser renacionalizadas, consoante o art. 48º, 2 do TUE^{116/117}.

Há diferentes formas pelas quais os Estados nacionais podem assumir essa responsabilidade, como protagonistas da defesa de uma cultura europeia pluralista.

A primeira pode ser encontrada na organização coordenada de diferentes países para garantir a proteção da cultura nos instrumentos regulatórios internacionais, mesmo após estes já serem considerados válidos. Nesse campo, destaca-se o argumento da *l'exception culturelle* no comércio internacional, embora ele não tenha alcançado muito sucesso para além de pautar o debate e influenciar posteriores planos e normas. Sua origem é canadense, mas essa noção ficou mais famosa pelo movimento de nações capitaneadas pela França, defendendo que a cultura tem uma importância que ultrapassa o seu mero aspecto econômico. A consequência disso seria permitir uma exceção à regra geral que veda o subsídio e proteção pelos Estados para produção de bens, como no financiamento do desenvolvimento filmes nacionais, a fim de evitar uniformizações culturais como as promovidas pelas indústrias de entretenimento norte-americanas¹¹⁸. Breznik vai um pouco além, pontuando a diferença entre a “*l'exception culturelle*” e o conceito adotado na prática pela União Europeia de “diversidade cultural”, arguindo que este último tem um viés empresarialista, focado no estímulo das indústrias culturais, e que o direito de autor pode estar em contradição com um direito à cultura¹¹⁹.

Outra opção é pelo “Protocolo relativo ao papel dos Parlamentos Nacionais na União Europeia” e o “Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade”, mais especificamente nos artigos 6º e 7º deste último. Esses protocolos instauraram um mecanismo para realizar uma fiscalização

¹¹⁶ “2. O Governo de qualquer Estado-Membro, o Parlamento Europeu ou a Comissão podem submeter ao Conselho projectos de revisão dos Tratados. Esses projectos podem, nomeadamente, ir no sentido de aumentar ou reduzir as competências atribuídas à União pelos Tratados (...)”.

¹¹⁷ SOFIA OLIVEIRA PAIS, *op. cit.*, p. 21.

¹¹⁸ GILBERT GAGNE, “Mondialisation, regionalisation et questions identitaires: le Canada, le Quebec et l'exception culturelle”, *Revue quebécoise de droit international*, 13 (2000), pp. 277 e ss. (p. 277).

¹¹⁹ MAJA BREZNIK, “Culture between 'l'exception culturelle' and 'cultural diversity'”, in: *Culture Ltd.* (A. Milohnić, *et al.*), Ljubljana, Mirovni Institut, 2005, pp. 15 e ss. (p. 15).

ex ante de caráter político¹²⁰, com a possibilidade de realizar um “cartão amarelo” ou um “cartão laranja” se votos suficientes fossem atingidos. Contudo, esse mecanismo ainda encontra vários obstáculos para sua efetividade, principalmente pelo elevado número de atos legislativos, prazo curto para a elaboração dos pareceres, e dificuldade de coordenação entre os parlamentos nacionais. Tanto que foi obtido quórum apenas para poucos “cartões amarelos” e em nenhum deles a Comissão considerou haver desrespeito ao princípio da subsidiariedade, e em apenas um foram realizadas mudanças no projeto. Por essas razões, os Parlamentos têm preferido o caminho da fiscalização *ex post* por meio do TJUE, fixado no artigo 8º do mesmo Protocolo. Mas o efeito dissuasor desse mecanismo persiste, com sua possível invocação em situações extremadas¹²¹.

É ainda possível o caminho do controle legislativo *a posteriori* da publicação das Diretivas. O legislador deve, como recomendou Alexandre Dias Pereira em relação à internalização da Diretiva InfoSoc, se atentar à principiologia que fundamenta o ato normativo, ou seja, princípios eminentemente mercantis e empresariais. Como resposta, deveria tomar para si o papel de equilíbrio de interesses inerente ao bom funcionamento do sistema autoral, lembrando que ele não se esgota em uma dinâmica concorrencial de mercado e consagrar assim na legislação nacional a preocupação com os demais valores¹²².

Percebe-se um exemplo interessante recente disso na Alemanha, ao implementar em 28 de maio de 2021 o art. 17º da Diretiva 2019/790 tornando obrigatória a observância dos limites e exceções e ao domínio público nos esforços de controle proativo pelas plataformas digitais de conteúdo protegido por direito de autor¹²³. Antes disso, o mesmo país já tinha interpretando expansivamente os dispositivos da Diretiva Infosoc ao internalizar os limites e exceções comunitárias em seu ordenamento. Portugal também assumiu uma postura defensiva em relação à internalização do rol taxativo de limites e exceções, adotando quase a lista inteira e textualmente atenuando um fator restritivo da cumulativa regra dos três passos¹²⁴.

No entanto, é imprescindível aqui que os órgãos da União, em especial o Tribunal de Justiça, se abstenham de sancionar os países que estejam justamente promovendo os fins culturais comunitários.

¹²⁰ FAUSTO QUADROS, *op. cit.*, pp. 260-261.

¹²¹ SOFIA OLIVEIRA PAIS, *op. cit.*, pp. 40-41.

¹²² ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA, *Direitos de Autor...*, p. 89.

¹²³ *Gesetz zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes*, disponível em: <https://www.bundesrat.de/SharedDocs/drucksachen/2021/0401-0500/428-21.pdf?__blob=publicationFile&v=1> (acesso em: 16 jan. 2022).

¹²⁴ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Questões críticas...”, *cit.*, p. 43.

Por fim deve-se lembrar que o TJUE delegou aos tribunais nacionais garantir a prevalência das normas comunitárias, Assim, os tribunais dos Estados-Membros podem recorrer às normas comunitárias para fundamentar julgamentos que declarem inconstitucional ou inválida alguma regra nacional ou decisão vinculante¹²⁵, quando estas últimas se mostrarem contrárias aos fins europeus de difusão e proteção cultural.

Por outro lado, a exceção do princípio do primado encontra-se nas medidas incompatíveis com os direitos fundamentais constitucionais. Parte da doutrina sugere que o efeito direto do artigo 5º, nº 3 do TUE permite que também os tribunais nacionais realizem o controle judicial *a posteriori* em casos de ofensa clara ao princípio da subsidiariedade ou à certos direitos fundamentais¹²⁶.

Assim, ao se defender a proteção da cultura (e de certos bens culturais), da liberdade e do acesso à informação como direitos fundamentais de um povo, pode-se tentar construir um caminho para que os Tribunais, em particular os Constitucionais, possam impedir potenciais abusos que se baseiem em normas comunitárias ou nacionais no campo de direitos de autor¹²⁷. A “criação” do direito por via judicial, apesar de tradicionalmente estranha à cultura jurídica portuguesa, é mais comum em países como França e Alemanha, sob o argumento de que não se trata de um ato de legislar, mas sim de descobrir dentro do sistema jurídico aplicável uma norma aparentemente inovadora, capaz de adequadamente lidar com o caso concreto¹²⁸.

Isso já foi feito, a título de exemplo, com uma ampliação interpretativa das exceções no caso *Vorschaubilder I* pelo Supremo Tribunal Federal da Alemanha (processo I ZR 69/08, j. em 29/04/2010), ou com uma leitura teleológica e restritiva da regra dos três passos pelo Supremo Tribunal da Espanha no caso *Megakini.com v. Google Spain* (processo 172/2012, j. em 03/04/2012)¹²⁹. Em áreas que não o do direito de autor, diversos outros Tribunais Constitucionais também já tiveram uma posição de reafirmação de sua soberania, principalmente durante o processo histórico de construção dos princípios do primado e da cooperação leal¹³⁰.

O respeito das instituições comunitárias a essa categoria de decisões é relevante até mesmo para a própria manutenção da União Europeia, acatando defesas

¹²⁵ CARLA MACHADO, “A interpretação (des)conforme ao direito da União Europeia patente no acórdão uniformizador de jurisprudência nº 15/2013 do Supremo Tribunal de Justiça português”, *Unio – EU Law Journal*, 2 (2017), n. 2, pp. 155 e ss. (p.155).

¹²⁶ FAUSTO QUADROS, *op. cit.*, p. 258.

¹²⁷ C. GEIGER/E. IZYUMENKO, *op. cit.*, p. 322.

¹²⁸ FAUSTO QUADROS, *op. cit.*, pp. 380-381.

¹²⁹ TITO RENDAS, *op. cit.*, pp. 153-184.

¹³⁰ Para uma lista de exemplos, ver ANA MARIA GUERRA MARTINS, *op. cit.*, pp. 528-540.

pontuais da identidade cultural dos estados-membros alinhadas a certos direitos fundamentais e evitando conflitos fortes como o que ocorreu em 7 de outubro de 2021 após decisão do Tribunal Constitucional Polonês no caso K 3/21, negando a supremacia do Direito da União Europeia sobre a Constituição polonesa, algo que se popularizou como um potencial início de um “Polexit”.

7. Considerações finais

As normas supranacionais de direito de autor trouxeram indubitáveis benefícios à proteção autoral em todo o mundo, mas tiveram como consequência um aprofundamento do desequilíbrio entre os interesses do criador intelectual, das empresas artísticas/de entretenimento e do público dessas obras (englobando-se aqui o interesse público).

A priorização dos aspectos econômicos e interesses empresariais do direito de autor em certas normas não é em si algo ruim. As empresas têm um papel fundamental na gestão dos direitos, na acessibilidade das obras para o cidadão médio, no auxílio à criação e aprimoramento do bem artístico, dentre muitas outras funções. Foi a própria busca por regras comerciais mais compreensíveis e seguras que possibilitaram uma harmonização da legislação de diferentes países.

Mas essa prioridade não significa um salvo conduto para se ignorar os outros interesses envolvidos, sobretudo os relacionados à proteção e incremento da cultura. Pelo contrário, uma regulamentação bem planejada envolve construir uma arquitetura jurídica que conjugue a busca por lucro, que é o fim das sociedades comerciais por excelência¹³¹, com a promoção de valores socialmente desejáveis. Incentivos fiscais para empresas que invistam na produção de bens culturais ou no desenvolvimento científico são um dos caminhos possíveis, como faz Portugal no Estatuto dos Benefícios Fiscais (Decreto-Lei nº 215/89)¹³².

A União Europeia parece estar em uma posição privilegiada para constituir a linha de frente da proteção da cultura, e, em razão de sua influência jurídica internacional (especialmente nos países de tradição romano-germânica), não

¹³¹ No ordenamento português isso está explícito no artigo 980º do Código Civil. Contudo, há na doutrina divergência minoritária que argumenta haver diferença entre o fim mediato, que é a obtenção de lucros, e o fim imediato, que é muito mais complexo, consistindo no desempenho de uma atividade produtiva e abrangendo aspectos como a função social (JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, vol. IV: *Sociedades Comerciais*, Dislivro, Lisboa, 2000, pp. 27-33).

¹³² Nomeadamente nos artigos 62º-A (Mecenato científico); 62º-B (Mecenato cultural) e 65º (Mecenato para a sociedade de informação). Vale mencionar também o artigo 54º do mesmo Estatuto, que isenta do pagamento de IRC as coletividades de cultura.

só na Europa. Em primeiro, porque sua formação e posterior desenvolvimento foram relativamente mais pautados por valores culturais, especialmente a diversidade e pluralidade, para respeitar os países integrantes. Em segundo, porque o Tribunal de Justiça, reconhecida “locomotiva” do processo de integração, demonstrou certa sensibilidade sobre as consequências de direitos de autor muito rígidos, que secundarizem o público. Em terceiro, porque os direitos à liberdade da informação e outros associados à cultura tem um caráter jurídico vinculativo no ordenamento comunitário. Em quarto, porque a União pode ser pressionada por meios próprios dos Estados-Membros, quando observarem que os atos dela estão indo contra os princípios e fundamentos comunitários.

A real importância do direito de autor para proteção da cultura não é amplamente percebida, sendo comumente ignorado, dentre outros exemplos, o seu impacto em políticas educacionais e científicas ou na própria interpretação dos juízes. Talvez esse seja um bom momento para reverter essa concepção, aproveitando a onda de um nacionalismo extremado, que ocorre hoje no mundo, para direcionar esses impulsos e inquietações com as identidades culturais nacionais para um fim positivo.