



Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
PEDRO CRUZ VILLALÓN
apresentadas em 22 de maio de 2014¹

Processo C-201/13

Johan Deckmyn
e
Vrijheidsfonds VZW
contra
Helena Vandersteen,
Christiane Vandersteen,
Liliana Vandersteen,
Isabelle Vandersteen,
Rita Dupont,
Amoras II CVOH
e
WPG Uitgevers België

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo hof van beroep te Brussel (Bélgica)]

«Diretiva 2001/29/CE — Direito de autor — Artigo 5.º, n.º 3, alínea k), da Diretiva 2001/29/CE —
Direito de reprodução — Exceções — Paródia — Conceito autónomo do direito da União —
Direitos Fundamentais — Princípios gerais»

1. Com o presente pedido de decisão prejudicial, o Hof van beroep de Bruxelas submeteu ao Tribunal de Justiça várias questões relativas à natureza e ao significado do conceito de «paródia», como uma das exceções aos direitos exclusivos de reprodução, de distribuição, de comunicação de obras ao público e de colocação à disposição do público de outro material protegido, que o artigo 5.º, n.º 3, alínea k), da Diretiva 2001/29/CE² (a seguir «diretiva») prevê de forma facultativa para os Estados. O aspeto e a configuração da representação gráfica que está na origem da lide principal levaram o tribunal de reenvio a incluir, entre a legislação da União que considera pertinente, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (a seguir «Carta»). Na mesma linha, o Tribunal de Justiça convidou os interessados referidos no artigo 23.º do Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia a pronunciarem-se em audiência sobre a relevância que podem ter determinados direitos garantidos na Carta na interpretação da referida exceção.

2. O referido litígio tem origem num calendário distribuído num ato público, cuja capa reproduz a de um álbum de uma conhecida série de banda desenhada, na qual foi introduzida uma série de alterações com o objetivo e o resultado de transmitir uma mensagem inerente à ideologia do partido político *Vlaams Belang*.

1 — Língua original: espanhol.

2 — Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação (JO L 167, p. 10).

3. Nestas condições, a propósito da definição do referido conceito de «paródia», o presente processo representa uma oportunidade para o Tribunal de Justiça se pronunciar, mesmo que seja apenas na medida necessária para fornecer uma resposta útil sobre uma questão que tem, seguramente, amplo alcance, como é a relativa à tomada em consideração pelo tribunal cível dos direitos fundamentais, quando procede à aplicação, no litígio no processo principal, de um conceito integrado no direito derivado da União.

I – Quadro jurídico

A – *Direito da União*

4. Os considerandos 3, 19 e 31 da diretiva têm a seguinte redação:

«(3) A harmonização proposta deve contribuir para a implementação das quatro liberdades do mercado interno e enquadra-se no respeito dos princípios fundamentais do direito e, em particular, da propriedade - incluindo a propriedade intelectual - da liberdade de expressão e do interesse geral.

(19) Os direitos morais dos titulares dos direitos deverão ser exercidos de acordo com a legislação dos Estados-Membros e as disposições da Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, do Tratado da OMPI sobre o Direito de Autor e do Tratado da OMPI sobre Prestações e Fonogramas. Esses direitos morais não estão abrangidos pelo âmbito da presente diretiva.

(31) Deve ser salvaguardado um justo equilíbrio de direitos e interesses entre as diferentes categorias de titulares de direitos, bem como entre as diferentes categorias de titulares de direitos e utilizadores de material protegido. As exceções ou limitações existentes aos direitos estabelecidas a nível dos Estados-Membros devem ser reapreciadas à luz do novo ambiente eletrónico. As diferenças existentes em termos de exceções e limitações a certos atos sujeitos a restrição têm efeitos negativos diretos no funcionamento do mercado interno do direito de autor e dos direitos conexos. Tais diferenças podem vir a acentuar-se tendo em conta o desenvolvimento da exploração das obras através das fronteiras e das atividades transfronteiras. No sentido de assegurar o bom funcionamento do mercado interno, tais exceções e limitações devem ser definidas de uma forma mais harmonizada. O grau desta harmonização deve depender do seu impacto no bom funcionamento do mercado interno.»

5. O artigo 2.º da diretiva dispõe:

«Os Estados-Membros devem prever que o direito exclusivo de autorização ou proibição de reproduções, diretas ou indiretas, temporárias ou permanentes, por quaisquer meios e sob qualquer forma, no todo ou em parte, cabe:

a) Aos autores, para as suas obras;

[...]»

6. Nos seus artigos 3.º e 4.º, a mesma diretiva prevê o estabelecimento de outros direitos exclusivos, a saber, o direito de comunicação de obras ao público, o direito de colocar à sua disposição outro material e o direito de distribuição.

7. O artigo 5.º da diretiva estabelece exceções e limitações. Para efeitos do presente processo, cabe destacar a seguinte exceção:

«3. Os Estados-Membros podem prever exceções ou limitações aos direitos previstos nos artigos 2.º e 3.º nos seguintes casos:

[...]

k) Utilização para efeitos de caricatura, paródia ou pastiche;

[...]

4. Quando os Estados-Membros possam prever uma exceção ou limitação ao direito de reprodução por força dos n.ºs 2 ou 3 do presente artigo, poderão igualmente prever uma exceção ou limitação ao direito de distribuição referido no artigo 4.º na medida justificada pelo objetivo do ato de reprodução autorizado.

5. As exceções e limitações contempladas nos n.ºs 1, 2, 3 e 4 só se aplicarão em certos casos especiais que não entrem em conflito com uma exploração normal da obra ou outro material e não prejudiquem irrazoavelmente os legítimos interesses do titular do direito».

B – *Direito nacional*

8. A Wet betreffende het auteursrecht en de naburige rechten de 30 de junho de 1994 (lei dos direitos de autor e direitos conexos) estabelece, no seu artigo 1.º:

«1. O autor de uma obra literária ou artística tem o direito exclusivo de a reproduzir ou de autorizar a sua reprodução de todos os modos e seja de que forma for (direta ou indireta, temporária ou permanente, total ou parcial).

Este direito engloba designadamente o direito exclusivo de autorizar a respetiva adaptação ou tradução.

[...]

O autor de uma obra literária ou artística tem o direito exclusivo de comunicar a obra ao público, independentemente do processo utilizado, incluindo a sua colocação à disposição do público por forma a torná-la acessível a qualquer pessoa a partir do local e no momento por ela escolhidos.

O autor de uma obra literária ou artística tem o direito exclusivo de autorizar a distribuição ao público da obra original ou respetivas cópias, através de venda ou de qualquer outro meio.

[...]

2. O autor de uma obra literária ou artística é detentor de um direito não patrimonial inalienável sobre essa mesma obra.

É nula a renúncia ao exercício futuro desse direito, incluindo o direito de publicar a obra.

[...]

O autor tem direito ao respeito pela sua obra, o que lhe permite opor-se a qualquer alteração à mesma.

Independentemente de qualquer renúncia, o autor mantém o direito de se opor a qualquer deformação, mutilação ou outra modificação da sua obra, bem como a qualquer outro tipo de adulteração da sua obra que possa afetar a sua honra ou a sua reputação.»

9. Por último, o artigo 22.º, § 1, tem o seguinte teor:

«Quando a obra for licitamente publicada, o autor não se poderá opor a:

[...]

6º Uma caricatura, uma paródia ou um pastiche, efetuados com respeito pelos bons costumes;

[...]».

II – Matéria de facto e litígio no processo principal

10. O processo principal tem por objeto dois recursos de segunda instância apensos, no âmbito dos quais os demandantes em primeira instância alegaram uma violação dos seus direitos de autor sobre a série de banda desenhada «*Suske en Wiske*»³.

11. Os referidos demandantes são os herdeiros de Willebrord Vandersteen, criador da série de banda desenhada *Suske en Wiske*, bem como duas sociedades que adquiriram direitos sobre a referida série.

12. Os demandados em primeira instância foram Johan Deckmyn, membro do partido político *Vlaams Belang*, e a Vrijheidsfonds, uma associação cujo objeto social é fornecer apoio material e financeiro a esse partido político e a impressão e distribuição de publicações através de todos os tipos de meios de comunicação.

13. Na festa que se realizou na cidade de Gent por ocasião do ano novo de 2011, J. Deckmyn procedeu à distribuição de calendários, nos quais ele próprio figurava como responsável pela edição e cuja capa, entre outros elementos, representava, de forma inequívoca, o então Presidente da Câmara da referida cidade vestido com uma túnica branca cingida com a bandeira tricolor da Bélgica. Segundo os demandantes, a capa tinha a cor característica das capas de *Suske en Wiske* e na mesma figurava, na parte inferior do desenho, a indicação manuscrita: «Fré [autor do desenho], em versão livre de Vandersteen».

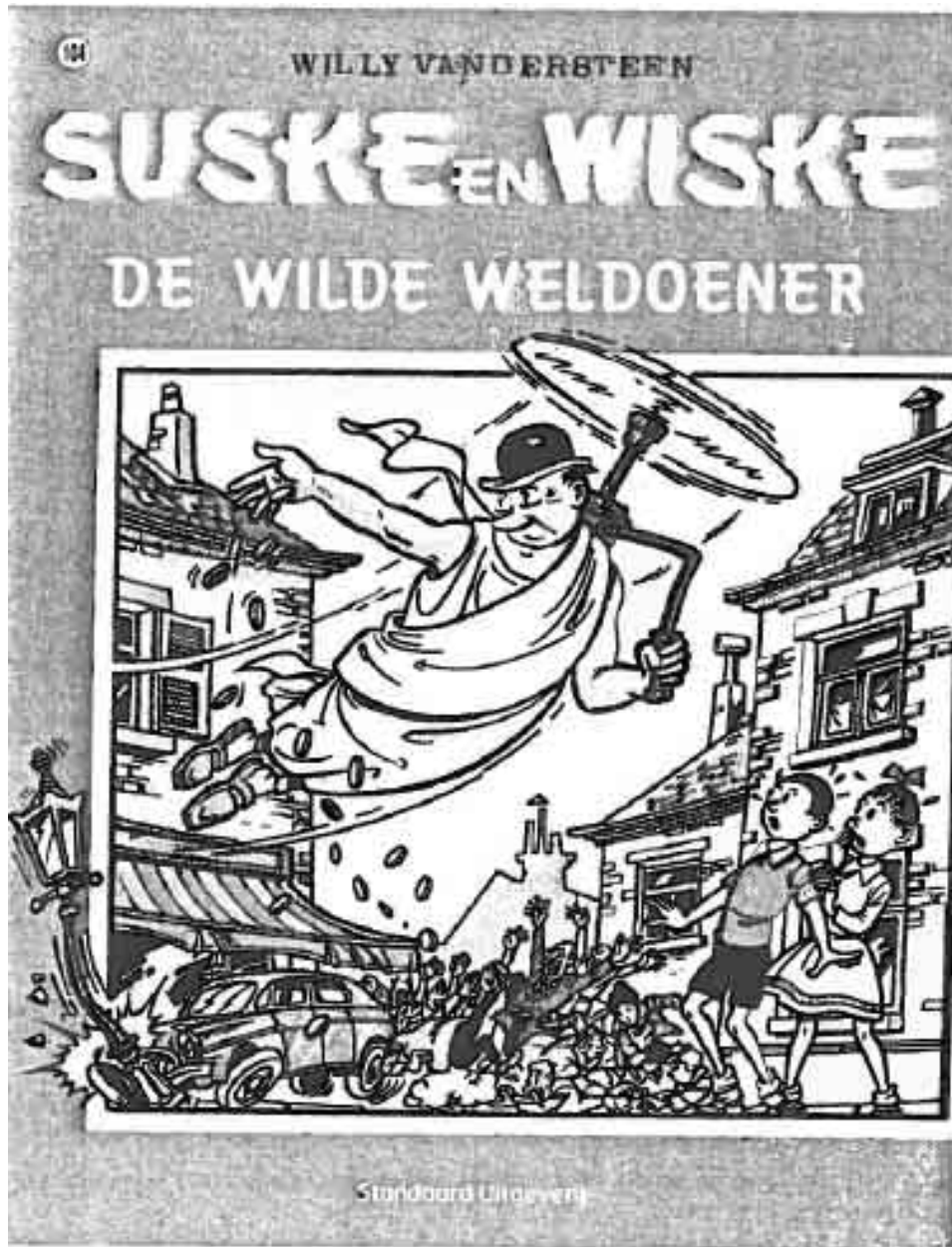
3 — A série de banda desenhada *Suske en Wiske* foi criada em 1945 e é muito conhecida, sobretudo na região linguística neerlandesa.

14. A imagem da capa era a seguinte:



15. O mesmo desenho (a seguir «capa controvertida») apareceu também na página *web* do Vlaams Belang, bem como na publicação «*De Strop*» desse mesmo partido, com distribuição na região de Gent.

16. Em 13 de janeiro de 2011, J. Deckmyn e a Vrijheidsfonds foram demandados perante o Rechtbank van Eerste Aanleg (tribunal de primeira instância) de Bruxelas. Os demandantes invocaram uma violação dos seus direitos de autor sobre a capa de um álbum da série *Suske en Wiske*, criado em 1991 por W. Vandersteen, intitulado «*De Wilde Weldoener*» (algo assim como «O benfeitor compulsivo»), que a seguir se reproduz.



17. Segundo os demandantes, a capa do calendário distribuído coincidia amplamente com a do referido álbum daquela série de banda desenhada, para além do facto de, na capa controvertida, o benfeitor de *Suske en Wiske* se transformar numa personalidade política real, enquanto que as pessoas que apanham o dinheiro que o benfeitor reparte na imagem da série de banda de desenhada passam a usar uma *burka* ou então convertem-se em pessoas de cor.

18. Em sede de procedimento urgente, por sentença de 17 de fevereiro de 2011, o Rechtbank van Eerste Aanleg julgou procedente a ação, tendo considerado a distribuição do calendário sem autorização uma violação dos direitos de autor e condenado os demandados à cessação imediata da utilização, sob qualquer forma, dos calendários e da capa alterada, bem como no pagamento de uma sanção pecuniária compulsória de 5 000 euros por cada violação da ordem de cessação, com um máximo de 500 000 euros por cada dia em que a ordem de cessação não fosse cumprida.

19. Em 15 de abril de 2011, as partes vencidas interuseram recurso da referida sentença para o Hof van beroep (Tribunal de Segunda Instância) de Bruxelas, argumentando, em substância, que o tribunal de primeira instância não tinha competência territorial, que a Vrijheidsfonds não tinha envolvimento no caso e que nenhum dos demandados em primeira instância estava relacionado com a página *web* do Vlaams Belang, que os demandantes em primeira instância não tinham, ou não tinham demonstrado ter, direitos, e que a capa controvertida era uma criação do cartoonista Fré, e não de Willy Vandersteen, e que, por último, se tratava de uma paródia, de um pastiche, de uma caricatura na aceção do artigo 22.º, § 1, n.º 6, da lei de 30 de junho de 1994.

20. Por seu lado, os recorridos pediram que fosse negado provimento ao recurso e, ao mesmo tempo, interuseram um recurso subordinado, que visava proibir aos demandados em primeira instância a utilização de desenhos das personagens da banda desenhada «Suske en Wiske», sob qualquer forma, em qualquer suporte que contenha a designação «Vlaams Belang». Os mesmos argumentam que o aspeto global da obra original, as personagens de *Suske en Wiske*, o tipo de letra, o título e a cor característica das capas desta série de banda desenhada são inequivocamente reconhecíveis na capa controvertida. Por outro lado, nesta, as personagens que apanham o dinheiro que o benfeitor lança, nuns casos, estão cobertas com *burkas*, noutros, são pessoas de cor, transmitindo, assim, uma mensagem discriminatória. Alegam que alguns dos recetores do calendário inicialmente pensaram que esta oferta era feita pela editora de *Suske en Wiske*. Somente ao abrir e analisar melhor o calendário é que uma pessoa se aperceberia de que, na realidade, se tratava de uma promoção do partido político Vlaams Belang. O público era levado a pensar que os ora recorridos apoiam a campanha do Vlaams Belang, um partido de extrema-direita, o que não corresponde, de forma alguma, à realidade. Com a utilização da obra original do autor, teriam sido violados os seus direitos morais e de exploração. O desenho não tinha como objetivo ridicularizar Willy Vandersteen, nem as personagens da série de banda desenhada, mas sim o Presidente da Câmara de Gent, e não cumpria os requisitos de uma paródia, ou seja, funcionar como crítica, ter a sua própria originalidade, ter um objetivo humorístico, bem como ter a intenção de ridicularizar a obra original, não ser confundível com a obra original e não utilizar mais elementos característicos da obra original do que os estritamente necessários à criação da paródia.

III – Questões prejudiciais e tramitação do processo no Tribunal de Justiça

21. Por decisão de 8 de abril de 2013, o Hof van beroep julgou improcedentes as exceções de admissibilidade da causa suscitadas pelos recorridos, suspendeu a instância e submeteu ao Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 267.º TFUE, as seguintes questões prejudiciais:

- «1) O conceito de ‘paródia’ é um conceito autónomo do direito da União?
- 2) Em caso de resposta afirmativa, uma paródia deverá cumprir os seguintes requisitos ou satisfazer as seguintes condições:
 - Ter um carácter original (originalidade);
 - De tal forma que não se possa razoavelmente atribuir a paródia ao autor da obra original;
 - Ter a intenção de fazer humor ou de ridicularizar, independentemente de a crítica eventualmente expressa se dirigir à obra original ou a outra pessoa ou outra coisa;
 - Referir a fonte da obra objeto da paródia.
- 3) Existem outros requisitos ou características que uma obra deva cumprir ou satisfazer a fim de poder ser qualificada de paródia?»

22. A Comissão apresentou observações escritas.

23. Em conformidade com o artigo 61.º do seu Regulamento de Processo, o Tribunal convidou os interessados referidos no artigo 23.º do Estatuto a pronunciarem-se sobre o impacto que a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e, em especial, os seus artigos 1.º (dignidade do ser humano), 11.º, n.º 1 (liberdade de expressão e de informação), 13.º (liberdade das artes e das ciências), 17.º (direito de propriedade), 21.º, n.º 1 (não discriminação) e 22.º (diversidade cultural, religiosa e linguística) podem ter sobre a interpretação do artigo 5.º, n.º 3, alínea k), da Diretiva 2001/29.

24. Compareceram na audiência, que se realizou em 7 de janeiro de 2014, a Comissão e o Reino da Bélgica.

IV – Análise

25. Com a sua primeira questão, o Hof van beroep pretende saber se o conceito de «paródia», incluído como exceção no artigo 5.º, n.º 3, alínea k), da Diretiva 2001/29 é um conceito autónomo do direito da União. Com as segunda e terceira questões, apresentadas para o caso de a resposta à primeira ser afirmativa, e às quais se deverá responder em conjunto, o Hof van beroep pede ao Tribunal de Justiça que estabeleça os critérios pertinentes para determinar em que casos uma obra constitui uma paródia na aceção da referida disposição.

26. Há que destacar que, segundo a diretiva, os Estados-Membros devem prever o direito exclusivo de autorização ou proibição de reproduções das obras (artigo 2.º) e o direito exclusivo de autorizar ou proibir qualquer comunicação das obras ao público (artigo 3.º, n.º 1). Independentemente disto, o artigo 5.º, n.º 3, permite que os Estados-Membros prevejam várias exceções ou limitações a esses direitos, contemplando a alínea k) uma dessas possíveis exceções («Utilização para efeitos de caricatura, paródia ou pastiche»). O legislador belga fez uso desta faculdade, tendo incluído esta exceção no artigo 22.º, § 1, n.º 6 da lei de 30 de junho de 1994, anteriormente referido.

A – Observações preliminares

27. Antes de passar a propor uma resposta às questões que o tribunal de reenvio formula a respeito do conceito de «paródia» na aceção da Diretiva 2001/29, parece-me importante precisar tudo aquilo que *não* é perguntado ao Tribunal de Justiça.

28. Em primeiro lugar, não se pergunta ao Tribunal de Justiça sobre o alcance do conceito de «direitos morais», enquanto aspeto da propriedade intelectual expressamente excluído do âmbito da diretiva. A Diretiva 2001/29 dispõe inequivocamente, no seu considerando 19, que os «direitos morais dos titulares dos direitos deverão ser exercidos de acordo com a legislação dos Estados-Membros e as disposições da Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, do Tratado da OMPI sobre o Direito de Autor e do Tratado da OMPI sobre Prestações e Fonogramas. Esses direitos morais não estão abrangidos pelo âmbito da presente diretiva»⁴. Nestas condições, a decisão acerca da questão de saber se houve, ou não, violação dos direitos morais fica inteiramente à apreciação do julgador nacional.

4 — De acordo com o artigo 6-BIS, n.º 1, da Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, o autor conserva o direito de «se opor a qualquer deformação, mutilação ou outra modificação da obra ou a qualquer outro atentado contra a mesma obra, prejudicial à sua honra ou à sua reputação». V., sobre os direitos morais, Grosheide, W. — «Moral rights», in Derclaye, E., *Research Handbook on the Future of EU Copyright*, Cheltenham: Edward Elgar 2009, pp. 242-266, e von Lewinski, S. — *International Copyright Law and Policy*, Oxford: OUP 2008, pp. 133-137.

29. Em segundo lugar, o órgão jurisdicional de reenvio também não pergunta sobre o alcance que pode ter, no presente processo, a «tripla condição» (também conhecida como «teste em três etapas») prevista, de forma geral, no artigo 5.º, n.º 5, da diretiva, segundo o qual a exceção da paródia aplicar-se-á «em certos casos especiais que não entrem em conflito com uma exploração normal da obra ou outro material e não prejudiquem irrazoavelmente os legítimos interesses do titular do direito». Compete, uma vez mais, ao juiz nacional verificar se, no caso objeto do litígio no processo principal, estão preenchidas, ou não, todas as referidas condições.

30. Por último, o órgão jurisdicional de reenvio também não perguntou sobre o alcance que pode ter, do ponto de vista do direito da União, a cautela estabelecida pela lei belga, ao admitir a exceção da paródia «com respeito pelos bons costumes».

31. Dito isto, só me falta referir que as considerações que, a partir deste ponto, desenvolvo em resposta às questões do tribunal de reenvio devem ser entendidas como apresentadas, e é importante que o sublinhe, sem prejuízo do modo como o juiz nacional, ao decidir o litígio no processo principal, possa aplicar as categorias a que acabo de fazer referência.

B – Primeira questão prejudicial

32. Com a sua primeira questão prejudicial, o Hof van beroep pergunta se o conceito de «paródia» é um conceito autónomo do direito da União.

33. O próprio Hof van beroep parece inclinar-se para afirmar a necessidade de uma interpretação autónoma do conceito, devido às exigências de uma aplicação uniforme do direito da União e do princípio da igualdade, bem como pela inexistência de uma remissão expressa para o direito dos Estados-Membros para determinar o sentido de «paródia». A Comissão e o Reino da Bélgica partilham da opinião de que o conceito de paródia tem de ser interpretado de modo autónomo e uniforme, embora ambos defendam que os Estados-Membros gozam de uma certa margem de apreciação.

34. Também concordo com esta opinião. A diretiva não define o termo «paródia», mas também não faz uma remissão expressa para o direito dos Estados-Membros, a fim de o definir.

35. Segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, as exigências decorrentes da aplicação uniforme do direito da União e do princípio da igualdade impõem que, quando uma disposição do direito da União não remete para o direito dos Estados-Membros para determinar o seu sentido e alcance, a disposição tem de ser interpretada de modo autónomo e uniforme, tendo em conta o contexto da disposição e o objetivo prosseguido pelas normas em causa⁵. Isto permite considerar, desde já, que o conceito de «paródia» constante do artigo 5.º, n.º 3, alínea k), da diretiva é um conceito autónomo do direito da União.

36. Esta conclusão é confirmada pelo objetivo da própria diretiva, que, de acordo com o seu título, tem por objeto harmonizar certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação. É também com este objetivo que, segundo o seu considerando 32, a diretiva prevê uma enumeração exaustiva das exceções e limitações ao direito de reprodução e ao direito de comunicação ao público, tendo em consideração as diferentes tradições jurídicas dos Estados-Membros e assegurando o funcionamento do mercado interno. Segundo o mesmo considerando 32, os Estados-Membros «devem aplicar essas exceções e limitações de uma forma coerente [...]».

5 — Acórdãos Ekro (327/82, EU:C:1984:11, n.º 11); SENA (C-245/00, EU:C:2003:68, n.º 23); A (C-523/07, EU:C:2009:225, n.º 34); e Padawan (C-467/08, EU:C:2010:620, n.º 32).

37. Esta conclusão não fica desvirtuada pelo facto de a exceção referida no artigo 5.º, n.º 3, alínea k), da diretiva ter carácter facultativo, de modo que é permitido aos Estados-Membros decidir se querem estabelecer uma exceção a favor das caricaturas, paródias ou pastiches. Como o Tribunal de Justiça já declarou a respeito da exceção prevista no artigo 5.º, n.º 2, alínea b), da diretiva, também facultativa, «uma interpretação segundo a qual os Estados-Membros que introduziram uma exceção dessa natureza, prevista no direito da União [...] são livres de precisar os respetivos parâmetros de forma incoerente e não harmonizada, suscetível de variar de um Estado-Membro para outro, é contrária ao objetivo da referida diretiva»⁶.

38. Por último, há que salientar que a natureza de «conceito autónomo» do direito da União não exclui que, na ausência de critérios suficientemente precisos, numa diretiva — como é o caso —, para delimitar as obrigações que dela decorrem, os Estados-Membros possam gozar de uma ampla margem de apreciação para determinar esses critérios⁷.

39. Pelas razões expostas, proponho que o Tribunal de Justiça responda à primeira questão submetida que o conceito de «paródia» é um conceito autónomo do direito da União.

C – Segunda e terceira questões prejudiciais

40. Uma vez que a primeira questão tem resposta afirmativa, cabe proceder ao tratamento das restantes. Deve recordar-se que a segunda questão incide sobre uma série de possíveis características ou condições necessárias que uma determinada obra deve reunir para que lhe seja reconhecida a qualidade de «paródia», com as consequências que daí resultam para o regime do direito de autor. Com a terceira questão, o órgão jurisdicional de reenvio limita-se a perguntar se, para além das características ou condições que propõe, a mesma teria de incluir outras. Nestas circunstâncias, afigura-se-me perfeitamente viável reunir estas duas questões numa só.

41. Neste sentido, cabe, antes de mais, assinalar que a Comissão propõe que o conceito de paródia seja interpretado no sentido de que se trata da imitação de uma obra protegida pela diretiva, que não constitui uma caricatura ou um pastiche, e que denota uma intenção humorística ou burlesca. Segundo a Comissão, mais particularmente, nenhuma das características propostas pelo Hof van beroep, na sua segunda questão, seria um elemento necessário da definição do conceito, embora a mesma reconheça a especial relevância do elemento humorístico ou burlesco.

42. Por seu lado, nas suas observações orais, o Reino de Bélgica considerou que a distinção entre «paródia», «caricatura» e «pastiche» não deve desempenhar qualquer papel na definição de paródia, assinalando que os três conceitos são demasiado parecidos para que seja possível distingui-los. Uma paródia seria uma imitação de uma obra protegida pela diretiva, feita com intuito burlesco, sem que essa imitação possa provocar confusão com a obra original. A paródia enquanto conceito do direito da União não inclui o conceito de «bons costumes», conceito este, de admissão possível a nível nacional e utilizado pela legislação belga, que deve ser apreciado pelos Estados-Membros, ainda que a margem de apreciação de que estes dispõem tenha os seus limites no direito da União, especialmente, nos direitos fundamentais e nos três requisitos impostos pelo artigo 5.º, n.º 5, da diretiva.

43. Dito isto, cumpre referir que a interpretação do artigo 5.º, n.º 3, alínea k), da diretiva se insere no contexto de uma jurisprudência do Tribunal de Justiça já bastante desenvolvida, relativa ao artigo 5.º da diretiva. Resulta dessa jurisprudência que os requisitos enumerados no artigo 5.º, de modo geral, devem ser objeto de interpretação estrita, na medida em que estabelecem exceções à regra geral fixada na diretiva, segundo a qual o titular do direito de autor deve autorizar qualquer reprodução da

6 — Acórdão Padawan (EU:C:2010:620, n.º 36).

7 — Acórdãos SENA (EU:C:2003:68, n.º 38); Comissão/Bélgica (C-433/02, EU:C:2003:567, n.º 19); e Painer (C-145/10, EU:C:2011:798, n.ºs 101 a 103).

obra protegida⁸. Esta imposição de interpretação estrita corresponde também à história da disposição, que foi introduzida pelo Conselho, no decurso do processo legislativo, juntamente com outras exceções, para atender a pedidos de alguns Estados-Membros no sentido de que fossem incorporadas algumas exceções adicionais, estritamente definidas⁹.

44. Independentemente do que foi exposto anteriormente, há que ter em conta que a jurisprudência do Tribunal de Justiça é muito moderada e deixa um amplo espaço para o respeito das especificidades de cada exceção. Assim, o Tribunal de Justiça mostrou-se favorável a que os Estados-Membros que decidem prever a exceção constante do artigo 5.º, n.º 3, alínea e), da diretiva gozem de uma ampla margem de apreciação¹⁰. Além disso, o Tribunal de Justiça também observou que a interpretação das exceções deve salvaguardar o seu efeito útil¹¹.

45. Assim sendo, em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, o conceito de paródia, como qualquer conceito do direito da União, deve ser interpretado de acordo com o sentido habitual da expressão utilizada na disposição na linguagem corrente, tendo em conta o contexto geral em que é utilizada e os objetivos prosseguidos pela regulamentação de que faz parte¹².

46. Começando pelo facto de a exceção de «paródia» não aparecer isolada, mas, pelo contrário, figurar como parte de uma série de três categorias enunciadas de forma encadeada («caricatura¹³, paródia ou pastiche¹⁴»), não me parece que a comparação com cada um dos conceitos com os quais convive tenha especial relevância no presente caso. A integração, no caso concreto, de uma determinada obra de autor num ou noutro conceito pode ser controversa, ou mesmo verificar-se uma situação de concorrência de conceitos. Assim sendo, não se me afigura necessário aprofundar esta distinção, pois, em última análise, todos estes conceitos têm o mesmo efeito de derrogar o direito do autor da obra original que, de uma forma ou de outra, está presente na obra, por assim dizer, derivada.

47. Uma vez precisado este ponto, e abordando já a questão de saber o que a palavra «paródia» significa, parece sensato começar pelas definições da mesma que nos oferecem os dicionários monolíngues. Assim, em castelhano, uma paródia seria, muito simplesmente, uma «[i]mitación burlesca»¹⁵, definição quase idêntica à do francês: «imitation burlesque (d'une œuvre sérieuse)»¹⁶. Em alemão, a paródia é definida como «komische Umbildung ernster Dichtung; scherzh[afte] Nachahmung [...]»¹⁷, em neerlandês, como «grappige nabootsing om iets bespottelijk te maken»¹⁸, e, finalmente, em inglês: «A prose, verse or (occas[ionally]) other artistic composition in which the characteristic themes and the style of a particular work, author, etc. are exaggerated or applied to an inappropriate subject, esp[ecially] for the purposes of ridicule [...]»¹⁹.

8 — Despacho Infopaq International (C-302/10, EU:C:2012:16, n.º 27); acórdãos Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465, n.ºs 56 e 57); Football Association Premier League e o. (C-403/08 e C-429/08, EU:C:2011:631, n.º 162); Painer (EU:C:2011:798, n.º 109); e Luksan (C-277/10, EU:C:2012:65, n.º 101).

9 — Conselho da União Europeia, Position commune arrêtée par le Conseil en vue de l'adoption de la directive du Parlement européen et du Conseil sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, Exposé des motifs du Conseil (9512/1/00 REV 1 ADD 1, n.º 35).

10 — Acórdão Painer (EU:C:2011:798, n.ºs 100 e 101).

11 — Acórdão Football Association Premier League e o. (EU:C:2011:631, n.º 163).

12 — Acórdãos Probst (C-119/12, EU:C:2012:748, n.º 20), e Content Services (C-49/11, EU:C:2012:419, n.º 32).

13 — «Dibujo satírico en que se deforman las facciones y el aspecto de alguien. 2. Obra de arte que ridiculiza o toma en broma el modelo que tiene por objeto. [Desenho satírico no qual são deformados as feições e o aspecto de alguém. 2. Obra de arte que ridiculiza ou representa de forma burlesca o modelo que tem por objeto]», Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Pozuelo de Alarcón: Espasa Calpe, 22.ª ed., 2001. Aqui, e no que se segue, não faço referência a definições no âmbito musical.

14 — «Imitación o plagio que consiste en tomar determinados elementos característicos de la obra de un artista y combinarlos, de forma que den la impresión de ser una creación independiente. [Imitação ou plágio que consiste em tomar determinados elementos característicos da obra de um artista e combiná-los de forma a darem a impressão de se tratar de uma criação autónoma.]», Real Academia Española, *op.cit.*

15 — Real Academia Española, *op.cit.* Prescindindo dos significados associados à música.

16 — Rey-Debove, J. e Rey, A. — (eds), *Le Nouveau Petit Robert*, Paris, Dictionnaires le Robert, 1993.

17 — Dudenredaktion, *Duden*, Mannheim, Dudenverlag, 25.ª ed., 2010.

18 — Van Dale online, www.vandale.nl.

19 — Brown, L. (ed.) — *Shorter Oxford English Dictionary*, Oxford: OUP 6.ª ed., 2007.

48. A comparação entre estas definições põe em evidência, para além de uma origem etimológica comum²⁰ (o vocábulo grego «παρωδία»²¹), um significado coincidente nos seus traços essenciais. Estes traços comuns são de dois tipos. Por um lado, traços, por assim dizer, estruturais, por outro, traços funcionais: no seu enunciado mais esquemático, a paródia é, estruturalmente, «imitação» e, funcionalmente, «burlesca». Vejamo-lo separadamente.

1. Traços «estruturais» da paródia

49. Da perspectiva que me permito denominar «estrutural», a paródia é, ao mesmo tempo, *cópia* e *criação*.

50. É sempre, em maior ou menor medida, *cópia*, dado tratar-se de uma obra de autor que nunca é 100% original. Pelo contrário, toma emprestados elementos de uma obra de autor anterior (independentemente do facto de esta, por sua vez, ser, ou não, inteiramente original), e estes são elementos que, em princípio, não são secundários ou prescindíveis, mas que, pelo contrário, são essenciais ao sentido da obra, como teremos ocasião de ver. Essa obra anterior, de que são copiadas algumas características, deve ser, ao mesmo tempo, «reconhecível» pelo público ao qual a paródia se dirige. Esta é, também, uma premissa da paródia como obra de autor. Neste sentido, a paródia tem sempre alguma coisa de homenagem ou de reconhecimento à obra original.

51. E ao mesmo tempo, a paródia é, sem dúvida, sempre *criação*. A alteração, em maior ou menor medida, da obra original pertence já ao génio do autor da paródia. Em definitivo, este é, em última análise, o primeiro interessado em que a «sua» paródia não se confunda com o original, inclusivamente se for o autor de ambos.

52. Mas o problema é, evidentemente, o do caso que, por definição, nos ocupa, ou seja, o da não coincidência entre o autor da paródia e o autor da obra parodiada. O domínio em que, aqui, entramos é decididamente tempestuoso. E não só no âmbito da teoria da arte, no qual, claramente, não me compete entrar, mas também no âmbito do direito de autor. Basta que nos debrucemos sobre o direito da propriedade intelectual, seja a nível internacional, seja a nível dos diferentes Estados-Membros, para nos apercebermos da variedade e intensidade das questões envolvidas²².

53. Da perspectiva do direito da União, no âmbito do qual a diretiva veio proceder a uma harmonização de certos aspetos do direito de autor na sociedade da informação, a questão que se coloca é, especificamente, a de saber que grau de determinação do conceito de paródia pode e deve alcançar a previsão de uma exceção deste tipo, enquanto facultativa.

54. Neste sentido, parece-me claro que, para além de recordar os traços estruturais que assinali como inevitáveis, o direito da União deixa bastantes aspetos à determinação dos ordenamentos nacionais dos Estados-Membros e, em última análise, aos seus órgãos judiciais nos quais esta exceção foi admitida.

20 — Origem partilhada por todas as versões linguísticas da diretiva. Em búlgaro: «пародията»; em checo: «parodie»; em dinamarquês: «parodi»; em alemão: «Parodien»; em estónio: «paroodias»; em grego: «παρωδία»; em inglês: «parody»; em francês: «parodie»; em croata: «parodije»; em italiano: «parodia»; em letão: «parodijās»; em lituano: «parodijai»; em húngaro: «paródia»; em maltês: «parodija»; em neerlandês: «parodieën»; em polaco: «parodii»; em português: «paródia»; em romeno: «parodierii»; em eslovaco: «paródie»; em esloveno: «parodija»; em finlandês: «parodiassa»; em sueco: «parodi».

21 — O vocábulo aparece já na *Poética* de Aristóteles: Aristóteles, *Poética* (García Bacca, J., trad. e ed.), México: UNAM 1946, p. 1448 a.

22 — Para estudos comparados da exceção, v. Mauch, K. — *Die rechtliche Beurteilung von Parodien im nationalen Urheberrecht der Mitgliedstaaten der EU*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2003; Mendis, D., e Kretschmer, M. — *The Treatment of Parodies under Copyright Law in Seven Jurisdictions*, Newport, Intellectual Property Office, 2013/23; Ruijsenaars, H. — *Comic-Figuren und Parodien: Ein Urheberrechtlicher Streifzug — Teil II: Beurteilungskriterien für die zulässige Parodie*, GRUR Int 1993, p. 918.

55. Assim, mais particularmente, compete aos Estados-Membros determinar se a paródia possui suficientes elementos criativos em relação à obra parodiada ou se se trata de pouco mais do que uma cópia com alterações irrelevantes. Neste sentido, os tribunais nacionais desenvolveram diversos critérios²³, como, por exemplo, se a suposta paródia se pode confundir com a obra original²⁴, se mantém a «distância» suficiente relativamente à obra original, de tal forma que as características desta ficam esbatidas²⁵ ou se, por último, foram utilizados mais elementos da obra original do que os necessários para a finalidade da paródia²⁶.

56. Penso que estes e outros critérios específicos para identificar se, no caso concreto, se trata efetivamente de uma paródia na aceção da Diretiva 2001/29 devem situar-se dentro da margem de apreciação que a diretiva reconhece aos Estados-Membros, tendo em conta o que declara no seu considerando 32, ou seja, que a enumeração das exceções tem em consideração as diferentes tradições jurídicas dos Estados-Membros.

57. Na segunda das suas questões, o órgão jurisdicional de reenvio individualizou uma série de possíveis critérios adequados para identificar uma determinada obra como «paródia». A partir do que foi dito até agora, e no que diz respeito à dimensão «estrutural» que estou a analisar, bastará responder como se segue. É certo que a paródia deve «ter um caráter original», nos termos utilizados pelo órgão jurisdicional de reenvio, o que implica que, razoavelmente, não se confunda com o original. Para além disso, e em linha com o que foi afirmado pela Comissão, considero que, da perspetiva do direito da União, nenhum dos critérios «estruturais» propostos pelo órgão jurisdicional de reenvio alcança o estatuto de elemento necessário ou imprescindível da definição do conceito.

58. Em conclusão, do ponto de vista da sua dimensão «estrutural», a paródia deve apresentar um certo equilíbrio entre os elementos de imitação e os elementos de originalidade, inspirando-se na ideia de que a incorporação de elementos não originais corresponde efetivamente ao efeito que se pretende com a paródia. No entanto, com isto, situamo-nos já na dimensão «funcional» da paródia.

2. Dimensão «funcional» da paródia

59. A este respeito, interessa abordar três questões: em primeiro lugar, a relativa a dois possíveis objetos da paródia e, com isso, praticamente a duas modalidades da mesma; em segundo, a relativa à vertente intencional e, em última análise, ao «efeito» que a paródia pretende produzir; finalmente, a questão do «conteúdo» da paródia, sendo aqui que se coloca a questão da relevância dos direitos fundamentais.

23 — Nalguns Estados-Membros, a jurisprudência desenvolveu critérios a este respeito, embora a própria legislação não contemple uma exceção de paródia, como é o caso da Alemanha, onde a questão é discutida no contexto do § 24 da Urheberrechtsgesetz.

24 — Em Espanha: artigo 39.º do Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril (RCL 1996, 1382), decisões da Audiencia Provincial de Barcelona (15.ª Secção), de 10 de outubro de 2003, n.º 654/2001; da Audiencia Provincial de Madrid (13.ª Secção), de 2 de fevereiro de 2000, n.º 280/1998. Em França: decisões da Cour de Cassation (1.ª Secção Cível), de 12 de janeiro de 1988, RIDA 1988, 137, 98; da Cour de Cassation (1.ª Secção Cível), de 27 de março de 1990, Bull. civ. I n.º 75, p. 54; da Cour d'Appel de Paris (1.ª Secção), de 11 de maio de 1993, RIDA 1993, 157, 340; da Cour d'Appel de Versailles (1.ª Secção), de 17 de março de 1994, RIDA 1995, avr., 350; da Cour d'Appel de Paris (1.ª Secção), de 25 de janeiro de 2012, *S. A. Editrice du Monde/Société Messagerie Lyonnaise de Presse, Société Sonora Media*; do TGI Paris (3.ª Secção), de 13 de fevereiro de 2001, *SNC Prisma Presse et EURL Femme/Charles V. y Association Apodeline*.

25 — BGH GRUR 1994, 206 — *Alcolix*, BGH GRUR 1994, 191, 193 — *Asterix-Persiflagen*, BGH NJW 2003, 3633, 3635 — *Gies-Adler*; BGH GRUR 2000, 703, 704 — *Mattscheibe*.

26 — BGH GRUR 1971, 588, 589-590 — *Disney Parodie*. Na sua jurisprudência posterior, o BGH rejeitou expressamente este critério. BGH GRUR 2000, 703, 704 — *Mattscheibe*.

a) Objeto da paródia

60. Em primeiro lugar, entendo que esta pode ser a sede adequada para abordar o aspeto que se poderia designar como «objeto» da paródia, e que já se encontra implícito no enunciado da segunda das questões, quando o órgão jurisdicional de reenvio pergunta se a paródia deve ter a intenção de fazer humor ou de ridicularizar, «independentemente de a crítica eventualmente expressa se dirigir à obra original ou a outra pessoa ou outra coisa».

61. Ao formular esta alternativa, o Hof van beroep recorda-nos duas modalidades diferentes de paródia, conforme o seu propósito ou a sua intenção, que ainda não qualificarei, sejam dirigidos ou tenham por objeto a própria obra original («paródia de»), ou a obra original parodiada seja simplesmente um instrumento de uma intenção dirigida a um terceiro sujeito ou a um terceiro objeto («paródia com»).

62. Estas duas modalidades possíveis de paródia foram objeto de consideração durante a audiência. A questão era saber se tanto uma como a outra modalidade constituem paródia na aceção da diretiva ou se, pelo contrário, só o é a que é dirigida contra a obra original, enquanto obra «parodiada» no sentido estrito da expressão.

63. A questão, formulada deste modo, ganha importância, na medida em que o caso apresentado no litígio no processo principal não diz respeito a esta última modalidade. É, sem qualquer dúvida, um caso de paródia «com». A capa do álbum de banda desenhada é objeto de manipulação para transmitir uma mensagem que já não tem qualquer relação com a obra original, acerca da qual a imagem em causa não parece exteriorizar qualquer juízo.

64. Inclino-me para pensar que o conceito de paródia a que a diretiva se refere não pode ser restringido ao caso da paródia cujo sentido se esgota na obra original parodiada. Talvez seja possível defender que, da perspetiva da teoria da literatura, a modalidade de paródia mais enraizada é aquela cuja intenção principal é projetar-se, com uma intenção ou outra, sobre a obra original. Independentemente disso, não se pode negar que a crítica de costumes, a crítica social e a crítica política também se serviram, desde há muito tempo, e por evidentes razões de eficácia na mensagem, do veículo privilegiado que a alteração de uma obra preexistente, suficientemente reconhecível pelo público ao qual essa crítica se dirige, constitui.

65. Em conclusão, entendo que a modalidade de paródia que, por comodidade de linguagem, estamos a qualificar como «paródia com» se encontra, hoje, suficientemente estabelecida na nossa «cultura da comunicação» para que não possa ser excluída ao delinear um conceito de «paródia» na aceção da diretiva. Dito isto, pode iniciar-se já a análise da questão do efeito que o autor da paródia prossegue.

b) Efeito da paródia

66. Já tivemos oportunidade de verificar que, nas definições usuais dos dicionários monolíngues, é constante um elemento intencional relacionado com o efeito prosseguido com a paródia, de tal modo que a imitação é, alternativamente, qualificada como «burlesca», «*burlesque*», «*komisch*» ou «*scherzh[aft]*», «*grappige [...] om iets bespottelijk te maken*» e, por último, «*for the purposes of ridicule*».

67. Em resumo, a paródia prossegue um determinado efeito, quase como consequência necessária da reelaboração de uma obra anterior. É esta receção seletiva, por assim dizer, que deve produzir, por si própria, um determinado efeito sobre os destinatários, sob pena de constituir um fracasso total.

68. A questão que me parece mais difícil é a da usual restrição, ou pelo menos concretização, deste elemento de intencionalidade ou de funcionalidade ao «burlesco», ao «cómico», inclusivamente ao gracejo. Sobretudo, tendo em conta o enorme fundo de seriedade que pode existir numa expressão de humor, ou a relevância, difícil de exceder, que pôde ter, em algumas das nossas culturas, o tragicómico: para dar um exemplo conhecido, que grau de comicidade pode ter uma determinada paródia dos romances de cavalaria medievais?

69. Em todo o caso, admitindo a remissão para o «burlesco» como forma habitual de descrição da dimensão intencional da paródia, considero que os Estados dispõem de uma considerável margem de apreciação para determinar se a obra em causa tem este carácter de paródia²⁷.

70. Em conclusão, desta perspetiva que denominei funcional, a paródia é uma *forma de expressão artística* e uma manifestação da *liberdade de expressão*. Pode ser tanto uma coisa como a outra, e pode ser ambas ao mesmo tempo. O que é importante, para este efeito, é que o caso pendente perante o órgão jurisdicional de reenvio se inscreve, predominantemente, num contexto de liberdade de expressão, de tal modo que o que se pretende com a imagem em causa é emitir, supostamente com maior eficácia, uma determinada mensagem política.

c) Conteúdo da paródia: relevância dos direitos fundamentais

71. É neste ponto que cabe retomar a questão da forma e dos conteúdos da mensagem política que a capa do calendário, que J. Deckmyn distribuiu na festa de ano novo do município de Gent, pretende transmitir.

72. No litígio no processo principal, as partes debateram perante o tribunal cível o alcance do conceito de «paródia» como exceção, prevista no ordenamento nacional, ao direito de autor. Os atuais detentores dos direitos sobre a obra puseram em evidência, entre outros aspetos, o conteúdo e, em última análise, a mensagem inequívoca da capa controvertida: a obra original foi deformada através de dois tipos de alterações: por um lado, a substituição do «benfeitor» por uma personalidade política, por outro, os beneficiários da generosidade deste, originalmente indefinidos, foram convertidos, de forma igualmente inequívoca, em imigrantes ou, em todo o caso, em residentes «estrangeiros», para transmitir a mensagem do Vlaams Belang. Na medida em que a obra original, mediante esta manipulação, passa a servir de veículo a uma mensagem política que os titulares dos direitos da obra, com pleno direito, podem não partilhar e que, de facto, não partilham, coloca-se, em definitivo, a questão de saber se o juiz que conhece do litígio deve incorporar na sua apreciação da alegada exceção de «paródia» o conteúdo da referida mensagem política.

73. É o órgão jurisdicional de reenvio que, seguramente com a intenção de chamar a atenção do Tribunal de Justiça para o conteúdo da imagem controvertida, nos confronta com vários dos direitos da Carta. Foi esta mesma preocupação que levou o Tribunal de Justiça a pedir aos interessados referidos no artigo 23.º do Estatuto do Tribunal de Justiça que se pronunciassem sobre a relevância que podem ter vários dos direitos fundamentais consagrados na Carta [artigos 1.º (dignidade do ser humano), 11.º, n.º 1 (liberdade de expressão e de informação), 13.º (liberdade das artes e das ciências), 17.º (direito de propriedade), 21.º, n.º 1 (não discriminação) e 22.º (diversidade cultural, religiosa e linguística)] na interpretação do conceito de paródia.

27 — V., a título de exemplo, BGH NJW 1958 — *Sherlock Holmes*; BGH NJW 1971, 2169, 2171 — *Disney-Parodie*; Cour d'Appel de Paris (2.ª Secção), de 18 de fevereiro de 2011, 09/19272; AP de Barcelona (15.ª Secção), de 10 de outubro de 2003, 654/2001. Hess, G., *Urheberrechtsprobleme der Parodie*, Baden-Baden, Nomos, 1993, p. 134.

74. Em resposta a esta pergunta, o Reino da Bélgica exprimiu a opinião de que os direitos fundamentais consagrados na Carta são indubitavelmente relevantes para a interpretação do conceito de «paródia». Salientou que, de outra perspetiva, o direito de autor pode ser considerado uma restrição da liberdade de expressão na aceção do artigo 52.º da Carta, que exige que os direitos em jogo sejam objeto de ponderação por parte do juiz nacional. Segundo a Bélgica, os direitos que devem ser tomados em consideração incluem, não só os direitos da propriedade intelectual (incluindo os direitos morais) e a liberdade de expressão, mas também os outros direitos consagrados na Carta, entre os quais, os direitos referidos pelo Tribunal de Justiça na sua medida de organização do processo.

75. A Comissão, por seu lado, sublinhou que, nos termos do considerando 3 da diretiva, o legislador pretendeu respeitar os direitos fundamentais, em especial, o direito de propriedade intelectual e a liberdade de expressão. Tratar-se-ia, pois, de conciliar esses dois direitos e de encontrar um justo equilíbrio entre eles. A diretiva tem de ser interpretada, principalmente, de acordo com estes dois direitos. No quadro da aplicação da diretiva, o juiz nacional tem de respeitar também os outros direitos fundamentais.

76. Até que ponto pode a interpretação do alcance da exceção da paródia, levada a cabo pelo tribunal cível, ser condicionada pelos direitos fundamentais? Esta é, em definitivo, a difícil questão a que cabe dar resposta para finalizar as presentes conclusões.

77. Desde o princípio da sua jurisprudência sobre os direitos fundamentais, em especial num contexto de inexistência de uma declaração de direitos no sentido clássico da expressão, o Tribunal de Justiça considerou que os direitos fundamentais estão reconhecidos e garantidos, na União, como «princípios gerais» do seu ordenamento jurídico. Assim o declara, ainda hoje, o artigo 6.º, n.º 3, *in fine*, TUE. A este respeito, a advertência constante do n.º 4 do acórdão Internationale Handelsgesellschaft é incontornável e, ao mesmo tempo, quase desnecessária²⁸.

78. Em todo o caso, foi deste modo que o entendimento originário dos direitos fundamentais, no âmbito da União, como categoria incluída nos princípios gerais do direito da União, facilitou o recurso aos mesmos como critério geral de interpretação deste²⁹.

28 — «[...] Com efeito, o respeito dos direitos fundamentais faz parte integrante dos princípios gerais de direito cuja observância é assegurada pelo Tribunal de Justiça. A salvaguarda desses direitos, ainda que inspirada nas tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, deve ser assegurada no âmbito da estrutura e dos objetivos da Comunidade. [...], acórdão Internationale Handelsgesellschaft (11/70, EU:C:1970:114, n.º 4); v. acórdãos Stauder (29/69, EU:C:1969:57, n.º 7) e Nold (4/73, EU:C:1974:51, n.º 13); v. Bryde, B. O. — «The ECJ's fundamental rights jurisprudence — a milestone in transnational constitutionalism», in Poiars Maduro, M., e Azoulai, L. (eds) — *The Past and Future of EU Law*, Oxford, Hart, 2010, p. 119; Kumm, M. — «Internationale Handelsgesellschaft, Nold and the New Human Rights Paradigm», *op cit.*, p. 106.

29 — Esta vinculação dos direitos fundamentais com a categoria de princípios gerais de um determinado ordenamento jurídico, tão característica da dogmática dos direitos fundamentais na União, liga-se, de forma espontânea, com uma determinada visão dos direitos fundamentais que pode ser considerada inserida nas «tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros», invocadas igualmente no artigo 6.º, n.º 3, TUE. De acordo com este entendimento, amplamente difundido entre os Estados-Membros, embora com um alcance muito diferente, os direitos fundamentais transcendem a sua dimensão primordialmente «subjética», contribuindo para condicionar o entendimento que é dado ao ordenamento jurídico no seu conjunto. V. Wahl, R. — «Lüth und die Folgen», in Henne, T. e Riedlinger, A. (eds) — *Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht*, Berlin, BWV, 2005, p. 371; Wahl, R. — «Die objektiv-rechtliche Dimension der Grundrechte im internationalen Vergleich», in Merten, D. e Papier, H.-J. (eds) — *Handbuch der Grundrechte. Band I*, Heidelberg, C. F. Müller, 2004, p. 745.

79. Também não deve, portanto, surpreender que a jurisprudência constante, segundo a qual o direito derivado da União tem de ser interpretado em conformidade com o direito primário, incluindo a Carta³⁰, também se aplique quando se trata de uma norma de direito derivado aplicável entre particulares³¹. Em especial, o Tribunal de Justiça insistiu sobre a importância de alcançar o justo equilíbrio entre os direitos fundamentais aplicáveis nos casos em que possam estar em conflito³². Nos termos concisos, mas expressivos, do Tribunal de Justiça, «não podem existir situações que estejam abrangidas pelo direito da União em que os referidos direitos fundamentais não sejam aplicados»³³.

80. Nesta situação, não parece ser discutível que, num caso como o que deu origem ao litígio no processo principal, o primeiro dos valores extraídos da Carta que o juiz que conhece daquele processo deve ter em conta é a liberdade de expressão, consagrada no seu artigo 11.º, n.º 1. O Tribunal de Justiça, inspirando-se, por sua vez, na jurisprudência do TEDH, salientou a posição de destaque que a liberdade de expressão ocupa numa sociedade democrática³⁴, como é a sociedade civil europeia, e muito especialmente quando a liberdade de expressão aparece como instrumento e ao serviço do espaço público europeu, seja a nível da União ou a nível de cada um dos Estados. Ao abrigo do artigo 10.º, n.º 2, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, a liberdade de expressão deve ser respeitada, também, no caso de informações ou ideias que chocam, inquietam ou ofendem³⁵.

81. Em suma, sempre no pressuposto de que a paródia corresponda efetivamente aos requisitos já assinalados, nas circunstâncias do presente caso, uma interpretação do conceito de paródia pelo tribunal cível deve, em princípio, levar ao favorecimento do exercício da liberdade de expressão por esta particular via. No entanto, o problema é o dos limites do conteúdo da mensagem, e a ele se referem as considerações seguintes.

82. É necessário, pois, referir, desde já, que, numa sociedade democrática, a liberdade de expressão nunca é absolutamente «ilimitada»³⁶, e isto por razões muito variadas, tanto de forma, como de fundo, nas quais não é necessário entrar: a este respeito, basta recordar o enunciado do artigo 10.º, n.º 2, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Daí também que figurem na Carta, não só a liberdade de expressão, mas outros valores que podem, por vezes, entrar em conflito com a mesma, como a dignidade do ser humano (artigo 1.º), em primeiro lugar, conjuntamente com outra série de liberdades e direitos, em particular, a proibição da discriminação em razão da raça ou da religião (artigo 21.º).

30 — Acórdãos Comissão/Conselho (218/82, EU:C:1983:369, n.º 15); Klensch e o. (201/85 e 202/85, EU:C:1986:439, n.º 21); Ordre des barreaux francophones et germanophone e o. (C-305/05, EU:C:2007:383, n.ºs 28 e 29); McDonagh (C-12/11, EU:C:2013:43, n.º 44); e Comissão/Strack (C-579/12 RX II, EU:C:2013:570, n.º 40).

31 — Acórdãos Werhof (C-499/04, EU:C:2006:168, n.ºs 31 a 33), e Alemo-Herron e o. (C-426/11, EU:C:2013:521, n.º 30). V., também, conclusões do advogado-geral M. Poiares Maduro no processo que deu origem ao acórdão The International Transport Workers' Federation e The Finnish Seamen's Union (C-438/05, EU:C:2007:292, n.ºs 29 a 44), e conclusões da advogada-geral V. Trstenjak no processo que deu origem ao acórdão Dominguez (C-282/10, EU:C:2011:559, n.º 83).

32 — V. acórdãos Lindqvist (C-101/01, EU:C:2003:596, n.ºs 84 a 87), e Promusicae (C-275/06, EU:C:2008:54, n.º 68), bem como considerandos 31 e 3 da Diretiva 2001/29.

33 — Acórdão Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105, n.º 21).

34 — Acórdãos Connolly/Comissão (C-274/99 P, EU:C:2001:127, n.º 39), e Comissão/Cwik (C-340/00 P, EU:C:2001:701, n.º 18); TEDH, acórdãos Handyside e Reino Unido de 7 de dezembro de 1976, série A, n.º 24, § 49, e Vogt c. Alemanha de 26 de setembro de 1995, série A, n.º 323, § 52.

35 — V. TEDH, acórdãos Handyside e Reino Unido, já referido; Soulas e o. c. França de 10 de julho de 2008, 15948/03, § 35; Le Pen c. França de 20 de abril de 2010, 18788/09; Grabenwarter, C. — *European Convention on Human Rights*, Munique, C. H. Beck, 2014, artigo 10.º, n.º 28.

36 — Acórdãos Familiapress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH (C-368/95, EU:C:1997:325, n.º 26); e Schmidberger (C-112/00, EU:C:2003:333, n.º 79); v., também, artigo 10.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

83. No núcleo último destes limites deve identificar-se a presença das convicções mais profundamente enraizadas na sociedade europeia, que é tudo menos uma sociedade sem história e, em última análise, sem cultura³⁷. No direito derivado, as referidas convicções encontraram expressão, de modo singular, na Decisão-Quadro 2008/913/JAI relativa à luta por via do direito penal contra certas formas e manifestações de racismo e xenofobia³⁸.

84. É evidente que os tribunais cíveis que se devam pronunciar sobre direitos de propriedade intelectual no âmbito de um litígio entre particulares, não são, primordialmente, chamados a assegurar estes limites, de ordem penal. O tribunal cível não é, de modo algum, chamado a substituir o tribunal penal na repressão desses atos. Mas, ao mesmo tempo, há que dizer que, no seu trabalho hermenêutico, o tribunal cível também não pode ignorar que «a Carta existe», ou seja, que existe com uma determinada virtualidade, inclusivamente no contexto de um litígio cível.

85. Tendo em conta a «presença» que deve ser reconhecida aos direitos fundamentais no conjunto do ordenamento jurídico, entendo que, em princípio e da perspectiva estrita do conceito de paródia, não se pode excluir uma determinada imagem do referido conceito pelo simples facto de a mensagem não ser partilhada pelo autor da obra original ou poder ser rejeitada por uma grande parte da opinião pública. Ainda assim, não deviam ser admitidas como paródia, e os autores da obra com o auxílio da qual tenha sido dada forma à paródia têm legitimidade para agir judicialmente nesse sentido, as deformações da obra original que, pela forma ou pelo conteúdo, transmitem uma mensagem radicalmente contrária às convicções mais profundas da sociedade³⁹, e sobre as quais, em definitivo, se constrói e, em definitivo, existe o espaço público europeu⁴⁰.

86. Por último, também é claro que o espaço público europeu se constrói, ainda que seja só parcialmente, a partir da soma de espaços públicos nacionais que não são inteiramente intercambiáveis. O Tribunal de Justiça teve oportunidade de examinar esta diferença de identidade, em particular, no acórdão Omega⁴¹, no que diz respeito à dignidade humana.

87. A questão de saber se, no caso concreto, as alterações efetuadas na obra original se mantêm dentro do respeito do que qualifiquei como as convicções mais profundamente enraizadas na sociedade europeia é uma questão cuja decisão já compete ao julgador nacional.

88. Em conclusão, entendo que o tribunal cível, ao interpretar um conceito como o de «paródia», deve inspirar-se, na medida em que o caso o requeira, nos direitos fundamentais consagrados na Carta, competindo-lhe proceder à devida ponderação dos mesmos, nas situações em que as circunstâncias do caso o exijam.

V – Conclusão

89. Pelas razões expostas, proponho que o Tribunal de Justiça responda às questões submetidas pelo Hof van beroep, do seguinte modo:

- «1. O conceito de ‘paródia’, constante do artigo 5.º, n.º 3, alínea k), da Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, é um conceito autónomo do direito da União.

37 — Häberle, P. — *Europäische Rechtskultur*, Baden-Baden, Nomos, 1994.

38 — Decisão-Quadro do Conselho, de 28 de novembro de 2008 (JO L 328, p. 55).

39 — V., neste sentido, a título de exemplo, acórdãos do Tribunal Constitucional de Espanha, STC 214/1991, de 11 de novembro de 1991 e STC 176/1995, de 11 de dezembro de 1995.

40 — V. Curtin, D. M. — «‘Civil Society’ and the European Union: Opening Spaces for Deliberative Democracy?», in European University Institute (ed.), *Collected Courses of the Academy of European Law 1996, Volume VII Book 1*, The Hague, Kluwer, 1999, p. 185.

41 — C-36/02, EU:C:2004:614, n.º 34.

2. 'Paródia', na aceção do artigo 5.º, n.º 3, alínea k), da Diretiva 2001/29, é uma obra que, com intenção burlesca, combina elementos de uma obra anterior claramente reconhecível com elementos suficientemente originais de forma a não ser, razoavelmente, confundida com a obra original.
3. Ao interpretar o referido conceito de paródia, o tribunal cível deve inspirar-se nos direitos fundamentais consagrados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, competindo-lhe proceder à devida ponderação dos mesmos, nas situações em que as circunstâncias do caso o exijam.»