Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
MACIEJ SZPUNAR
apresentadas em 25 de outubro de 2018[1]

Processo C-469/17

Funke Medien NRW GmbH
contra
Bundesrepublik Deutschland

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal Federal, Alemanha)]

«Reenvio prejudicial — Direito de autor e direitos conexos — Direito de reprodução — Direito de comunicação de obras ao público e direito de colocar à disposição do público outro material protegido — Exceções e limitações — Modalidades de transposição pelos Estados-Membros — Apreciação à luz dos direitos fundamentais — Caráter exaustivo»

Introdução

1. «A Oeste nada de novo», enunciava o relatório militar provavelmente mais conhecido da história da literatura. No romance de Erich Maria Remarque, com o mesmo título[2], esta frase beneficiava naturalmente, como a totalidade da obra, da proteção conferida pelo direito de autor. O presente processo coloca ao Tribunal de Justiça uma questão mais complexa: pode um relatório militar, não fictício, mas perfeitamente real, beneficiar da proteção conferida pelo direito de autor, tal como harmonizado pelo direito da União, do mesmo modo que outras obras literárias?

2. Esta questão levanta dois problemas: em primeiro lugar, será que um relatório deste tipo satisfaz as exigências que um texto deve preencher para poder ser qualificado de obra suscetível de ser protegida pelo direito de autor, exigências essas que decorrem da própria natureza do direito de autor mas também da jurisprudência do Tribunal de Justiça? Em segundo lugar, será que outros fatores, nomeadamente a liberdade de expressão, protegida pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (a seguir «Carta»), devem ser tidos em consideração para atenuar, ou mesmo para afastar, esta proteção? Parece-me indispensável responder a estas duas questões a fim de dar uma resposta útil ao órgão jurisdicional de reenvio.

1 Língua original: francês.

2 Remarque, E. M., *Im Westen nichts Neues*, Propyläen Verlag, Berlim, 1929; tradução portuguesa: Luís Miguel Coutinho Camões, Camões & Companhia, 2011.

Quadro jurídico

Direito da União

3. O artigo 2.º 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 [3], 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;

[…]»

4. O artigo 3.º, n.º 1, desta diretiva dispõe:

«Os Estados-Membros devem prever a favor dos autores o direito exclusivo de autorizar ou proibir qualquer comunicação ao público das suas obras, por fio ou sem fio, incluindo a sua colocação à disposição do público por forma a torná-las acessíveis a qualquer pessoa a partir do local e no momento por ela escolhido.»

5. Segundo o artigo 5.º, n.º 3, alíneas c) e d), da mesma diretiva:

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

[…]

c) Reprodução pela imprensa, comunicação ao público ou colocação à disposição de artigos publicados sobre temas de atualidade económica, política ou religiosa ou de obras radiodifundidas ou outros materiais da mesma natureza, caso tal utilização não seja expressamente reservada e desde que se indique a fonte, incluindo o nome do autor, ou utilização de obras ou outros materiais no âmbito de relatos de acontecimentos de atualidade, na medida justificada pelas necessidades de informação desde que seja indicada a fonte, incluindo o nome do autor, exceto quando tal se revele impossível;

d) Citações para fins de crítica ou análise, desde que relacionadas com uma obra ou outro material já legalmente tornado acessível ao público, desde que, exceto quando tal se revele impossível, seja indicada a fonte, incluindo o nome do autor, e desde que sejam efetuadas de acordo com os usos e na medida justificada pelo fim a atingir;

[…]»

3 JO 2001, L 167, p. 10.

Direito alemão

6. A Diretiva 2001/29 foi transposta para direito alemão pela Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte — Urheberrechtsgesetz (Lei do direito de autor e direitos conexos), de 9 de setembro de 1965 (a seguir «UrhG»). O § 2 desta lei enumera as categorias de obras protegidas. Segundo o n.º 2 deste artigo:

«Só constituem obras, na aceção da presente lei, as criações intelectuais pessoais.»

7. No que diz respeito à proteção dos textos oficiais, o § 5 da referida lei estabelece:

«1. As leis, decretos, despachos ou avisos oficiais e as decisões e exposições de motivos dessas decisões não são protegidos pelo direito de autor.

2. Também não são protegidos pelo direito de autor os outros textos oficiais que, no interesse da Administração, tenham sido distribuídos ao público para informação; todavia, aplica-se *mutatis mutandis* o disposto nos §§ 62, n.os 1 a 3, e 63, n.os 1 e 2, sobre a proibição de modificar a obra e a indicação da fonte.

[…]»

8. Os direitos de reprodução e o direito de comunicação ao público dos autores são protegidos nos termos do § 15, n.os 1 e 2, da UrhG, ao passo que as exceções dos relatos de acontecimentos de atualidade e de citações foram previstas nos §§ 50 e 51 dessa lei.

Factos, tramitação processual e questões prejudiciais

9. A recorrida, a Bundesrepublik Deutschland (República Federal da Alemanha), elabora um relatório de situação militar semanal sobre as intervenções da Bundeswehr (Forças Armadas Federais, Alemanha) no estrangeiro e sobre as evoluções na zona de intervenção. Os relatórios, designados «Unterrichtung des Parlaments» (informação ao Parlamento, a seguir «UdP»), são enviados a certos deputados do Bundestag (Parlamento Federal, Alemanha), a unidades do Bundesministerium der Verteidigung (Ministério Federal da Defesa, Alemanha) e a outros ministérios federais, bem como a organismos dependentes do Ministério Federal da Defesa. Os UdP são considerados «documentos classificados — Restritos», o nível de confidencialidade mais baixo. A recorrida também publica versões resumidas dos UdP, designadas «Unterrichtung der Öffentlichkeit» (informação ao público, a seguir «UdÖ»).

10. A recorrente, Funke Medien NRW GmbH (a seguir «Funke Medien»), sociedade de direito alemão, explora o portal Internet do jornal diário *Westdeutsche Allgemeine Zeitung*. Em 27 de setembro de 2012, apresentou um pedido de acesso a todos os UdP elaborados durante o período compreendido entre 1 de setembro de 2001 e 26 de setembro de 2012. Este pedido foi indeferido com o fundamento de que a divulgação das informações poderia ter efeitos prejudiciais para os interesses sensíveis de segurança das Forças Armadas Federais. Todavia, a recorrente obteve, por meios que se desconhecem, uma grande parte dos UdP, tendo publicado vários sob a denominação «Afghanistan-Papiere» (documentos sobre o Afeganistão).

11. A República Federal da Alemanha, considerando que a Funke Medien tinha violado o seu direito de autor sobre esses relatórios, intentou contra esta uma ação inibitória, que foi julgada procedente pelo Landgericht (Tribunal Regional, Alemanha). Foi negado provimento ao recurso interposto pela Funke Medien pelo tribunal de recurso. No seu recurso de «Revision», a Funke Medien manteve o seu pedido de indeferimento da ação inibitória.

12. Nestas condições, o Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal Federal) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) As disposições do direito da União relativas ao direito exclusivo de reprodução do autor [artigo 2.º, alínea a), da Diretiva 2001/29] e ao direito de comunicação das suas obras ao público, incluindo o direito de as colocar à disposição do público (artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva [2001/29]), e as exceções e limitações a esses direitos (artigo 5.º, n.ºs 2 e 3, da Diretiva [2001/29]) deixam alguma margem de apreciação na sua transposição para o direito nacional?

2) De que modo devem ser tomados em consideração os direitos fundamentais da [Carta] na determinação do âmbito das exceções ou limitações previstas no artigo 5.º, n.ºs 2 e 3, da Diretiva [2001/29] ao direito exclusivo de reprodução do autor [artigo 2.º, alínea a), da Diretiva 2001/29] e de comunicação das suas obras ao público, incluindo o direito de as colocar à disposição do público (artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva [2001/29])?

3) O direito fundamental de informação (artigo 11.º, n.º 1, segunda frase, da [Carta]) ou a liberdade de imprensa (artigo 11.º, n.º 2, da [Carta]) podem justificar exceções ou limitações ao direito exclusivo de reprodução do autor [artigo 2.º, alínea a), da Diretiva 2001/29] e de comunicação das suas obras ao público, incluindo o direito de as colocar à disposição do público (artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva [2001/29]), para além das exceções ou limitações previstas no artigo 5.º, n.ºs 2 e 3, da Diretiva [2001/29]?»

13. O pedido de decisão prejudicial deu entrada no Tribunal de Justiça em 4 de agosto de 2017. Foram apresentadas observações escritas pela Funke Medien, pelos Governos alemão, francês e do Reino Unido, bem como pela Comissão Europeia. Os mesmos interessados estiveram representados na audiência que teve lugar em 3 de julho de 2018.

Análise

Quanto à admissibilidade das questões prejudiciais

14. O litígio no processo principal respeita à comunicação ao público, pela Funke Medien, dos UdP, isto é, dos relatórios periódicos de informação sobre as ações das Forças Armadas Federais no estrangeiro, sobre os quais a República Federal da Alemanha alega ser titular de direitos de autor. Não temos conhecimento do conteúdo exato destes documentos, pois a Funke Medien foi obrigada a retirá-los da sua página Internet. Contudo, é possível consultar os UdÖ, isto é, a versão pública dos UdP. Na audiência, as partes não estavam de acordo sobre a diferença entre estas duas versões: segundo o Governo alemão, os UdP são muito mais volumosos do que os UdÖ, ao passo que, segundo a Funke Medien, os UdP contêm apenas mais algumas informações do que os UdÖ. Seja como for, o facto de a Funke Medien ter decido publicar os UdP que tinha conseguido obter indica que as duas versões apresentam diferenças em relação às informações fornecidas. No entanto, em meu entender, é possível admitir que, ainda que as informações contidas nos UdP sejam mais pormenorizadas, a forma da sua apresentação (a sua expressão, para utilizar a linguagem do direito de autor) é idêntica em ambos os casos. Ora, essa forma, como decorre dos UdÖ, faz-me duvidar fortemente de que esses documentos devam ser qualificados de obras abrangidas pela proteção conferida pelo direito de autor. Com efeito, trata-se de documentos puramente informativos, redigidos numa linguagem perfeitamente neutra e normalizada, que descrevem com exatidão acontecimentos ou informam que nenhum acontecimento digno de interesse ocorreu [4].

4 A título de exemplo, citarei um trecho do último UdÖ disponível aquando da redação das presentes conclusões, o UdÖ n.º 36/18, de 5 de setembro de 2018. Na primeira página do documento figura um mapa esquemático de uma parte do Mundo, mostrando os países nos quais as Forças Armadas Federais estão envolvidas em missões. A seguir a este mapa há uma lista destas missões. De seguida, as informações são apresentadas pela ordem das diferentes missões, por exemplo:

15. Ora, é comummente aceite que o direito de autor não protege as ideias, mas as expressões. As ideias são, de acordo com uma formulação clássica, de livre percurso [5], no sentido de que não podem ser monopolizadas através do direito de autor, ao contrário, por exemplo, das patentes que protegem as ideias, as invenções, etc. O direito de autor protege unicamente o modo como as ideias foram formuladas numa obra. As próprias ideias, desligadas de qualquer obra, podem, por conseguinte, ser reproduzidas e comunicadas livremente.

16. Esta exclusão das ideias da proteção conferida pelo direito de autor abrange as informações «em bruto», ou seja, apresentadas tais como são. Embora essas informações possam ser publicadas sob a forma de um texto, trata-se, contudo, de um texto básico que se limita a responder a três questões fundamentais: Quem? O quê? Quando? Desprovida de qualquer enriquecimento, a expressão da informação confunde-se com a própria informação. A monopolização da expressão, através do direito de autor, conduziria, portanto, à monopolização da informação. Esta exclusão da proteção das informações brutas figurava já na Convenção de Berna para a proteção das obras literárias e artísticas, assinada em Berna, em 9 de setembro de 1886 (Ato de Paris de 24 de julho de 1971), conforme alterada em 28 de setembro de 1979 (a seguir «Convenção de Berna»), principal instrumento internacional de proteção do direito de autor, cujo artigo 2.º, n.º 8, estabelece que «[a] proteção da presente Convenção não se aplica às notícias diárias ou ao relato de factos (*faits divers*) que têm o caráter de simples informações de imprensa» [6].

«Resolute Support (RS)/NATO-Einsatz in Afghanistan
Train-Advise-Assist-Command (TAAC) North/Deutsches Einsatzkontingent
Die Operationsführung der afghanischen Sicherheitskräfte (Afghan National Defence and Security Forces/ANDSF) in der Nordregion konzentrierte sich im Berichtszeitraum auf die Provinz Faryab mit Schwerpunkt im Raum nördlich von Maimanah. Darüber hinaus wurden Operationen in den Provinzen Baghlan, Badakhshan, Kunduz und Takhar durchgeführt. Für den Bereich Kunduz gilt unverändert, dass das seit November 2016 gültige Sicherheitskonzept der ANDSF für das Stadtgebiet Kunduz für weitgehende Sicherheit und Stabilität sorgt.
Im Verantwortungsbereich des TAAC North kam es im Berichtszeitraum zu verschiedenen Angriffen auf Kontroll- und Sicherungsposten der ANDSF.
Deutsche Beteiligung: 1.124 Soldatinnen und Soldaten (Stand: 03.09.18).
[Resolute Support (RS)/Missão da NATO no Afeganistão
Train-Conseil-Assistance-Commandement (TAAC) North/contingente alemão
A operação das forças de segurança afegãs na região do Norte estava concentrada, no período considerado, na província de Faryab, colocando a tónica na região norte de Maimanah. Além disso, eram realizadas operações nas províncias de Baghlan, Badakhshan, de Kunduz e de Takhar. Para a região de Kunduz, o conceito de segurança validado do ANDSF para a zona urbana de Kunduz continua a garantir a segurança e a estabilidade desde novembro de 2016.
Na zona de responsabilidade da TAAC Norte, tiveram lugar, durante o período de referência, vários ataques a postos de controlo e de segurança ANDSF.
Participação alemã: 1 124 soldados (03.09.18)].
Kosovo Force (KFOR)/NATO-Einsatz im Kosovo
Keine berichtenswerten Ereignisse.
Deutsche Beteiligung: 315 Soldatinnen und Soldaten (Stand: 03.09.18).
[Força do Kosovo (KFOR)/Missão da NATO no Kosovo
Nenhum evento com interesse.
Participação alemã: 315 soldados (03.09.18)].
[…]».

5 Vivant, M., Buguière, J.-M., *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, Paris, 2016, p. 151.

6 A União Europeia não é parte na Convenção de Berna, mas é parte no Tratado da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) sobre direito de autor, adotado em Genebra, em 20 de dezembro de 1996, e entrado em vigor em 6 de março de 2002, que obriga os signatários a respeitar os artigos 1.º a 12.º desta convenção (v. Decisão 2000/278/CE do Conselho, de 16 de março de 2000, relativa à aprovação, em nome da Comunidade Europeia, do Tratado da OMPI sobre direito de autor e do Tratado da OMPI sobre prestações e fonogramas, JO 2000, L 89, p. 6). Por conseguinte, os atos de direito da União sobre direitos de autor devem ser interpretados à luz da referida Convenção (v. Acórdão de 7 de dezembro de 2006, SGAE, C-306/05, EU:C:2006:764, n.ºs 34 e 35).

17. Por outro lado, para que uma expressão seja qualificada de «obra», na aceção do direito de autor, é necessário que seja «original, na aceção de que é uma criação intelectual do próprio autor» [7]. Esta condição de aplicabilidade do direito de autor, tal como harmonizado em direito da União, nomeadamente na Diretiva 2001/29, foi extrapolada pelo Tribunal de Justiça da economia desta diretiva e da Convenção de Berna. Esta condição não é, no entanto, uma invenção do direito da União: figura efetivamente na maior parte dos direitos de autor nacionais, pelo menos nos sistemas do direito continental [8]. Faz parte, pois, de certo modo, das tradições jurídicas dos Estados-Membros.

18. No direito de autor da União, este conceito de «criação intelectual própria do autor» é o elemento principal da definição de obra, que é um conceito autónomo do direito da União. Esta definição foi em seguida desenvolvida na jurisprudência do Tribunal de Justiça posterior ao Acórdão Infopaq International [9]. Assim, o Tribunal de Justiça explicou que uma criação intelectual é própria do respetivo autor, quando reflete a sua personalidade. É esse o caso quando o autor pôde exprimir as suas capacidades criativas na realização da obra, fazendo escolhas livres e criativas [10]. Em contrapartida, quando a expressão das componentes do objeto em causa resulta da sua função técnica, o critério da originalidade não se encontra preenchido, porque as diferentes maneiras de executar uma ideia são tão limitadas que a ideia e a expressão se confundem. Tal situação não permite ao autor exprimir o seu espírito criador de maneira original e chegar a um resultado que constitua uma criação intelectual desse autor [11]. Apenas a criação intelectual própria do autor, na aceção acima definida, contribui para a qualidade de obra protegida pelo direito de autor. Elementos como o trabalho intelectual e a perícia do autor não podem, enquanto tais, justificar a proteção da obra em causa pelo direito de autor, se esse trabalho e essa perícia não exprimirem nenhuma originalidade [12].

19. A aplicação destes critérios ao caso em apreço suscita sérias dúvidas quanto à qualificação dos documentos em causa como obras na aceção do direito de autor da União, tal como interpretado pelo Tribunal de Justiça. Com efeito, parece-me pouco provável que o autor ou os autores destes documentos, que não conhecemos, mas que serão com toda a probabilidade funcionários ou agentes das Forças Armadas Federais, tenham podido efetuar escolhas livres e criativas para exprimir as suas capacidades criativas na redação dos referidos documentos. Tratando-se de documentos puramente informativos e redigidos inevitavelmente em linguagem simples e neutra, o seu conteúdo é totalmente determinado pelas informações neles contidas, de modo que essas informações e a sua expressão se confundem, excluindo assim qualquer originalidade. A sua elaboração exige seguramente um certo esforço e uma perícia, mas estes elementos, por si só, não podem justificar a proteção conferida pelo direito de autor. Durante a discussão sobre este assunto na audiência, as partes alegaram ainda que a estrutura dos documentos em causa poderia ser protegida pelo direito de autor. Ora, esta estrutura consiste em apresentar regularmente informações sobre cada missão estrangeira na qual participam as Forças Armadas Federais. A estrutura destes relatórios não me parece, por isso, mais criativa do que seu conteúdo.

7 Acórdão de 16 de julho de 2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465, n.º 37).

8 É nomeadamente o caso do direito alemão, no qual o § 2, n.º 2, da UrhG dispõe que «[s]ó constituem obras, na aceção da presente lei, as criações intelectuais pessoais» Este conceito encontra-se no conceito de originalidade no direito de autor francês (Acórdão da Cour de cassation [Tribunal de Cassação], em sessão plenária, de 7 de março de 1986, Babolat c. Pachot, n.º 83-10477, publicado no boletim), bem como no direito polaco [artigo 1.º, n.º 1, da ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Lei sobre o direito de autor e os direitos conexos), de 4 de fevereiro de 1994] ou ainda em direito espanhol [artigo 10.º da Ley de Propiedad Intelectual (Lei sobre a propriedade intelectual), de 24 de abril de 1996]. O mesmo não se passa nos sistemas de *copyright* dos países anglo-saxónicos.

9 Acórdão de 16 de julho de 2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465).

10 Acórdão de 1 de dezembro de 2011, Painer (C-145/10, EU:C:2011:798, n.ºs 88 e 89).

11 Acórdão de 22 de dezembro de 2010, Bezpečnostní softwarová asociace (C-393/09, EU:C:2010:816, n.ºs 49 e 50).

12 Acórdão de 1 de março de 2012, Football Dataco e o. (C-604/10, EU:C:2012:115, n.º 33).

20. Foi suscitada no litígio principal, como no presente processo, nomeadamente pela Funke Medien, a questão da qualificação dos documentos em causa como obras passíveis de proteção pelo direito de autor. O órgão jurisdicional de reenvio informa que esta questão não foi decidida pelas instâncias inferiores no processo principal [13]. Considera, contudo, que é inapropriado remeter o processo ao tribunal de recurso para clarificar este ponto, na medida em que pode decorrer das respostas do Tribunal de Justiça às questões prejudiciais que a proteção conferida pelo direito de autor aos referidos documentos não deve ser concedida.

21. Compreendo a preocupação de economia processual. No entanto, as questões prejudiciais no presente processo suscitam problemas jurídicos essenciais sobre as relações entre o direito de autor e os direitos fundamentais, que podem levar a pôr em causa a legitimidade, ou a validade, daquele à luz destes. Ora, estes problemas derivam do caráter invulgar de boa parte dos documentos em causa enquanto objeto do direito de autor, na medida em que o seu conteúdo é meramente informativo, emanam e continuam a ser propriedade do Estado e são confidenciais. Seria, pois, a meu ver, pelo menos desejável certificar-se de que os documentos em causa beneficiam efetivamente da proteção conferida pelo direito de autor e, mais genericamente, pelo direito da União, antes de abordar estes problemas essenciais.

22. Evidentemente, a qualificação dos documentos em causa como «obras» na aceção do direito de autor, tal como harmonizado pelo direito da União, é uma apreciação factual que cabe em exclusivo aos órgãos jurisdicionais nacionais. No entanto, considero que, tendo em conta as dúvidas acima referidas, que parecem, aliás, ser partilhadas pelo órgão jurisdicional de reenvio, relativamente à aplicabilidade do direito de autor da União aos referidos documentos, o Tribunal de Justiça poderia, em aplicação de uma jurisprudência assente, declarar as questões prejudiciais no presente processo inadmissíveis por serem, na fase atual do processo principal, hipotéticas, uma vez que assentam numa premissa que não foi verificada pelo órgão jurisdicional de reenvio [14].

23. Para a eventualidade de o Tribunal de Justiça não aceitar esta proposta, passo agora à apreciação do mérito da causa.

Observações preliminares quanto ao mérito das questões prejudiciais

24. No presente processo, as questões prejudiciais submetidas estão relacionadas, de uma maneira ou de outra, com a problemática da relação entre o direito de autor, conforme harmonizado pela Diretiva 2001/29, e os direitos fundamentais, incluindo a liberdade de expressão, tal como protegida pelo artigo 11.º da Carta.

25. Assim, com a primeira questão prejudicial, submetida em ligação com a jurisprudência do Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal, Alemanha), o órgão jurisdicional de reenvio pretende determinar se as disposições do direito alemão que asseguram a transposição da Diretiva 2001/29 devem ser interpretadas apenas à luz dos direitos fundamentais que decorrem da ordem jurídica da União ou igualmente à luz dos direitos fundamentais vigentes a nível constitucional nacional.

13 O órgão jurisdicional de reenvio indica apenas que os referidos documentos não estão excluídos *a priori* da proteção conferida pelo direito de autor, enquanto publicações oficiais, nos termos do § 5, n.º 2, da UrhG. É evidente, porque se trata de documentos confidenciais, que não se destinam ao público. No entanto, para que um documento oficial possa beneficiar da proteção conferida pelo direito de autor, não basta que não seja excluído desta proteção por força da referida disposição. É ainda necessário que preencha os critérios de uma obra na aceção deste direito. Ora, este aspeto não foi clarificado no âmbito do processo principal.

14 V., designadamente, Acórdão de 18 de dezembro de 2014, Schoenimport «Italmoda» Mariano Previti e o. (C-131/13, C-163/13 e C-164/13, EU:C:2014:2455, n.ºs 31 e 39).

26. A segunda questão prejudicial diz respeito à forma como os direitos fundamentais devem ser tomados em conta na interpretação das exceções e das limitações ao direito de autor previstas na Diretiva 2001/29. Embora a questão não tenha sido submetida expressamente, a sua formulação indica, no entanto, que o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se a tomada em consideração dos direitos fundamentais e, mais especificamente, do direito à informação pode conduzir a uma interpretação dessas exceções que abranja a utilização dos documentos em causa no processo principal.

27. Por último, a terceira questão prejudicial suscita o problema da eventual existência de outras exceções ou limitações ao direito de autor que não estejam previstas nas disposições da Diretiva 2001/29 (nem em nenhum outro ato de direito da União), mas que são indispensáveis para assegurar o respeito dos direitos fundamentais.

28. Estas três questões, colocadas em termos muito gerais, foram também suscitadas em dois outros processos atualmente pendentes no Tribunal de Justiça e que têm origem em pedidos de decisão prejudicial apresentados pelo mesmo órgão jurisdicional de reenvio [15]. Ora, estes três processos dizem respeito a situações factuais completamente diferentes e têm por objeto direitos fundamentais diferentes. As outras configurações factuais e jurídicas possíveis, nas quais se poderiam colocar as mesmas questões gerais relativas à relação entre direito de autor e direitos fundamentais, são provavelmente infinitas.

29. Por conseguinte, não me parece pertinente analisar o problema suscitado no processo principal de modo tão geral. Qualquer resposta redigida em termos gerais e abstraindo da situação concreta de eventual conflito entre o direito de autor e um direito fundamental seria, na minha opinião, demasiado rígida, não permitindo a adaptação do regime do direito de autor, se necessário, ou demasiado permissiva, permitindo que fosse posta em causa em qualquer situação, privando-o, assim, de qualquer segurança jurídica.

30. Tanto assim é que, como desenvolverei a seguir, o direito de autor já contém mecanismos destinados a conformá-lo ao respeito dos direitos fundamentais, em primeiro lugar à liberdade de expressão. Regra geral, esses mecanismos devem ser suficientes, sob pena de pôr em causa a própria validade do direito de autor à luz dos referidos direitos fundamentais. No entanto, o problema da validade das disposições da Diretiva 2001/29 não foi suscitado no presente processo e não vejo necessidade de o fazer.

31. Qualquer ponderação do direito de autor pelos direitos fundamentais que vá além da simples interpretação das disposições do referido direito, exercício que se situa na fronteira entre interpretação e aplicação da lei, deve, pois, em minha opinião, ser efetuada à luz das circunstâncias de cada caso concreto. Esta abordagem casuística permite aplicar com maior rigor o princípio da proporcionalidade, evitando assim que tanto o direito de autor como os direitos fundamentais sejam injustificadamente afetados.

32. O litígio no processo principal diz respeito à aplicação do direito de autor num caso que é especial em vários aspetos. Com efeito, em primeiro lugar, o objeto protegido é constituído por documentos do Estado que, como já observei, têm um caráter puramente informativo. É, por conseguinte, difícil distinguir esses documentos, enquanto objeto do direito de autor, das informações que contêm. Em segundo lugar, o titular do referido direito de autor é o Estado, isto é, o ator que não se encontra na situação de beneficiário, mas na de entidade que deve garantir o respeito dos direitos fundamentais. Por último, em terceiro lugar, embora, neste caso, sejam usados os mecanismos da proteção conferida

15 Trata-se dos processos C-476/17, Pelham, e C-516/17, Spiegel Online.

pelo direito de autor, o objetivo claramente prosseguido não é a exploração da obra, mas a proteção da confidencialidade das informações nela contidas. Por estas razões, limitar-se a responder às questões tal como foram formuladas pelo órgão jurisdicional de reenvio não permitiria, em meu entender, dar uma solução adequada ao problema com que aquele tribunal se defronta.

33. Proponho, portanto, ao Tribunal de Justiça, a fim de dar ao órgão jurisdicional de reenvio uma resposta útil para a solução do litígio concreto nele pendente no processo principal, que as questões prejudiciais sejam reformuladas, tratando-as em conjunto e tomando como ponto de partida não o direito de autor da República Federal da Alemanha, mas a liberdade de expressão da Funke Medien. Com efeito, na minha opinião, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber, em substância, se o artigo 11.º da Carta deve ser interpretado no sentido de que se opõe a que um Estado-Membro invoque o seu direito de autor sobre documentos como os que estão em causa no processo principal a fim de limitar a liberdade de expressão consagrada neste artigo.

Direito de autor e liberdade de expressão

34. Nos termos do artigo 11.º da Carta, «a liberdade de receber e de transmitir informações ou ideias» faz parte da liberdade de expressão e de informação consagrada neste artigo. O seu n.º 2 acrescenta a liberdade dos meios de comunicação social. Esse direito tem o seu equivalente na Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma, em 4 de novembro de 1950 (a seguir «CEDH»), que, no seu artigo 10.º, define a liberdade de expressão em termos idênticos aos do artigo 11.º, n.º 1, da Carta.

35. Em contrapartida, o direito de autor, tal como harmonizado pelo direito da União, reserva aos autores o direito exclusivo de autorizar ou de proibir a reprodução e a comunicação pública das suas obras. Mesmo se, como acima desenvolvi mais pormenorizadamente, o direito de autor não protege as informações ou as ideias contidas nas obras, mas as suas expressões, este direito acabará naturalmente por entrar em conflito com a liberdade de expressão. Com efeito, em primeiro lugar, a comunicação de uma obra abrangida pelo direito de autor, quer seja efetuada pelo próprio autor, com a sua autorização ou sem essa autorização, entra naturalmente no âmbito de aplicação dessa liberdade. Em segundo lugar, mesmo quando a obra não é o objeto único ou principal da comunicação, é por vezes difícil, ou mesmo impossível, comunicar algumas ideias sem simultaneamente comunicar, pelo menos parcialmente, uma obra de terceiro. Veja-se, por exemplo, a crítica de arte. Assim, ao exigir a obtenção da autorização prévia do autor (e reservando a este último a faculdade de não a conceder), o direito de autor restringe necessariamente a liberdade de expressão.

36. É geralmente aceite que o próprio direito de autor inclui mecanismos que permitem ultrapassar as eventuais contradições entre os direitos fundamentais, nomeadamente a liberdade de expressão, e o direito de autor [16].

37. Trata-se, em primeiro lugar, do princípio segundo o qual o direito de autor não protege as ideias, mas as expressões. Desta forma, é protegida a liberdade de expressão, no que se refere à transmissão e à receção das informações. Já analisei este princípio na parte relativa à admissibilidade das questões prejudiciais [17], por isso, não me repetirei.

16 V., designadamente, Barta, J., Markiewicz, R., *Prawo autorskie*, Wolters Kluwer, Varsóvia, 2016, pp. 635 e segs., e Vivant, M., Buguière, J.-M., *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, Paris, 2016, pp. 519 e segs.. V., também, por exemplo, Geiger, C., Izyumenko, E., «Copyright on the human rights' trial: redefining the boundaries of exclusivity through freedom of expression», *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 45 (2014), pp. 316 a 342, e Lucas, A., Ginsburg, J. C., «Droit d'auteur, liberté d'expression et libre accès à l'information (étude comparée de droit américain et européen)», *Revue internationale du droit d'auteur*, vol. 249 (2016), pp. 4 a 153.

17 V. n.ºs 15 e 16 das presentes conclusões.

38. Em segundo lugar, o direito de autor concilia-se com os direitos fundamentais graças a várias exceções. Estas exceções permitem a utilização das obras em diferentes situações que podem ser abrangidas pelos diversos direitos e liberdades fundamentais, sem, ao mesmo tempo, privar os autores do essencial dos seus direitos, ou seja, do respeito do nexo que os liga às suas obras e da possibilidade de as explorar economicamente.

39. No direito da União, as exceções ao direito de autor foram harmonizadas, nomeadamente no artigo 5.º da Diretiva 2001/29. É certo que essas exceções têm caráter facultativo; formalmente, os Estados-Membros não são obrigados a prevê-las no seu direito interno. Contudo, na minha opinião, trata-se antes de um meio utilizado pelo legislador da União para dar aos Estados-Membros maior flexibilidade na aplicação destas exceções e não tanto de uma verdadeira faculdade de as prever ou não. Com efeito, o direito de autor existia nos sistemas jurídicos dos Estados-Membros muito antes da sua harmonização ao nível da União através da Diretiva 2001/29. Aliás, esta circunstância foi a razão desta harmonização [18]. No entanto, o legislador da União não pretendeu perturbar as diferentes tradições e formulações das exceções que se desenvolveram nos sistemas jurídicos nacionais. Isso em nada altera o facto de que a maioria das exceções previstas no artigo 5.º da Diretiva 2001/29 existe, de uma forma ou de outra, em todos os direitos de autor internos dos Estados-Membros [19].

40. Em circunstâncias normais, esses limites internos do direito de autor permitem conciliar, de forma globalmente satisfatória, os direitos e as liberdades fundamentais com os direitos exclusivos dos autores no que diz respeito à utilização das suas obras. A verdade, porém, é que, não obstante a existência de tais limites, a aplicação do direito de autor, como de qualquer outro *corpus* de direito, permanece sujeita à exigência do respeito dos direitos fundamentais, respeito que pode ser fiscalizado pelos órgãos jurisdicionais. Caso se verificasse a existência de falhas sistémicas da proteção de um direito fundamental face ao direito de autor, isso poria em causa a validade deste último e colocar-se-ia então a questão de uma alteração legislativa. Todavia, podem existir situações excecionais em que o direito de autor, que, noutras circunstâncias, poderia legitimamente beneficiar da proteção legal e judicial, deve esbater-se perante um interesse superior relacionado com a realização de um direito ou de uma liberdade fundamental.

41. A existência de tal limitação externa do direito de autor foi recentemente recordada pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (a seguir «TEDH»). Em duas decisões [20], o TEDH considerou que a atuação em matéria de proteção conferida pelo direito de autor de um Estado parte na CEDH era suscetível de fiscalização do ponto de vista da sua conformidade com a liberdade de expressão, consagrada no artigo 10.º da CEDH. Nos dois processos supramencionados, o TEDH não constatou a existência de uma violação da liberdade de expressão. Com efeito, tendo em conta a natureza das comunicações em causa (que prosseguiam um objetivo comercial) e os direitos das outras pessoas (os titulares do direito de autor), o TEDH considerou que os recorridos (isto é, os Estados signatários da CEDH) beneficiavam de uma ampla margem de apreciação no que respeita ao caráter necessário, numa sociedade democrática, das restrições à referida liberdade decorrentes do direito de autor.

42. No entanto, em circunstâncias diferentes das que estão em causa nos dois processos acima referidos, o resultado da análise poderia ser diferente, designadamente na situação em que, como no presente processo, a comunicação da obra supostamente protegida contribuiu para o debate de interesse geral e em que essa obra consiste em documentos oficiais de um Estado que têm caráter informativo. Por conseguinte, proponho ao Tribunal de Justiça que siga um percurso lógico análogo ao do TEDH.

18 V. considerandos 6 e 7 da Diretiva 2001/29.

19 Com exceção, talvez, mais uma vez, do Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte, onde, de acordo com a tradição do *copyright* anglo-saxão, se desenvolveu a conceção do *fair use*, uma limitação geral ao direito de autor, aplicada caso a caso.

20 Acórdão do TEDH de 10 de janeiro de 2013, Ashby Donald e o. c. França (CE:ECHR:2013:0110JUD003676908), e Decisão do TEDH de 19 de fevereiro de 2013, Fredrik Neij e Peter Sunde Kolmisoppi c. Suécia (CE:ECHR:2013:0219DEC004039712).

43. Esta proposta é tanto mais justificada quanto é certo que, segundo o artigo 52.º, n.º 3, da Carta, na medida em que esta contém direitos correspondentes aos direitos garantidos pela CEDH, o sentido e o âmbito desses direitos são os mesmos que os que lhes são conferidos pela CEDH. Ora, o artigo 11.º da Carta corresponde ao artigo 10.º da CEDH [21]. É certo que, como observa o órgão jurisdicional de reenvio no seu pedido, o Tribunal de Justiça considerou que, uma vez que a CEDH não está formalmente integrada na ordem jurídica da União, a validade das disposições do direito da União como do direito nacional deve ser apreciada unicamente à luz da Carta [22]. Contudo, isso não significa que a CEDH, tal como interpretada pelo TEDH, não deva ser tomada em conta na interpretação da Carta efetuada para efeitos dessa apreciação [23]. Com efeito, nesse caso, o artigo 52.º, n.º 3, da Carta ficaria completamente desprovido de sentido.

Proteção conferida pelo direito de autor sobre os relatórios militares à luz do artigo 11.º da Carta

44. Segundo o artigo 51.º, n.º 1, da Carta, esta tem por destinatários, designadamente, os Estados-Membros quando apliquem o direito da União. É evidente que a aplicação pelos órgãos jurisdicionais alemães, no processo principal, das disposições que asseguram a transposição da Diretiva 2001/29 contribui para a implementação do direito da União. Essa transposição está, por conseguinte, sujeita às disposições da Carta, designadamente à obrigação de respeitar, nesta implementação, a liberdade de expressão, na aceção do artigo 11.º da Carta, da Funke Medien. Ora, diversos elementos no presente processo levam à conclusão de que a proteção dos documentos em causa pelo direito de autor seria contrária ao referido artigo da Carta.

Possíveis limitações à liberdade de expressão

45. Em meu entender, o facto de que a divulgação de documentos confidenciais como os que estão em causa no processo principal se enquadra na liberdade de expressão não oferece qualquer dúvida [24]. Na minha opinião, é igualmente claro que o direito de autor invocado pela República Federal da Alemanha restringe a liberdade de expressão [25]. Estes pontos não carecem de mais desenvolvimentos. Tais limitações desta liberdade não são proibidas de forma absoluta. Tanto a CEDH, no seu artigo 10.º, n.º 2, como a Carta, no seu artigo 52.º, n.º 1, elencam os motivos suscetíveis de justificar as restrições à liberdade de expressão e as condições a que devem obedecer.

46. Não vou entrar no debate relativo a um eventual primado dos motivos de restrição da CEDH sobre os da Carta nos casos das liberdades protegidas de forma análoga pelos dois instrumentos [26]. Proponho antes que eles sejam considerados equivalentes, o que, em meu entender, se adequa melhor ao princípio contido no artigo 52.º, n.º 3, da Carta, segundo o qual os direitos correspondentes em ambos os instrumentos devem ter o mesmo sentido e o mesmo âmbito.

47. No que respeita à restrição à liberdade de expressão numa situação como a do processo principal, o motivo mais evidente parece-me ser impedir a divulgação de informações confidenciais relacionadas com as exigências de segurança nacional. Estes dois motivos de limitação da liberdade de expressão estão expressamente previstos no artigo 10.º, n.º 2, da CEDH.

21 V. anotações ao artigo 52.º da Carta.

22 V., respetivamente, Acórdãos de 15 de fevereiro de 2016, N. (C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, n.ºs 45, 46 e jurisprudência referida), e de 5 de abril de 2017, Orsi e Baldetti (C-217/15 e C-350/15, EU:C:2017:264, n.º 15).

23 O que o Tribunal de Justiça, aliás, já declarou, v. Acórdãos de 5 de outubro de 2010, McB. (C-400/10 PPU, EU:C:2010:582, n.º 53), e de 22 de dezembro de 2010, DEB (C-279/09, EU:C:2010:811, n.º 35).

24 V., designadamente, entre outros, Acórdão do TEDH de 19 de janeiro de 2016, Görmüş e o. c. Turquia (CE:ECHR:2016:0119JUD004908507, n.º 32).

25 V. Acórdão do TEDH de 10 de janeiro de 2013, Ashby Donald e o. c. França (CE:ECHR:2013:0110JUD003676908, n.º 34).

26 Uma análise aprofundada desta questão foi feita por Peers, S., in Peers, S., e o. (ed.), *The EU Charter of Fundamental Rights A Commentary, Hart Publishing*, Oxford, 2014, pp. 1515 a 1521.

48. A Carta não é tão explícita: o seu artigo 52.º, n.º 1, refere apenas, de modo geral, os «objetivos de interesse geral reconhecidos pela União». Contudo, segundo as anotações ao artigo 52.º da Carta, estes interesses incluem, além dos objetivos da União enumerados no artigo 3.º TUE, os interesses dos Estados-Membros que a União deve respeitar. Em especial, esta anotação menciona expressamente o artigo 346.º TFUE, segundo o qual «nenhum Estado-Membro é obrigado a fornecer informações cuja divulgação considere contrária aos interesses essenciais da sua própria segurança». A salvaguarda da segurança nacional figura entre as «funções essenciais do Estado» que a União deve respeitar por força do artigo 4.º, n.º 2, TUE.

49. Daqui decorre que a proteção da confidencialidade de certas informações para salvaguardar a segurança nacional é um motivo legítimo de restrição à liberdade de expressão, tanto à luz da CEDH como da Carta. No entanto, o litígio no processo principal diz respeito à proteção dos documentos em causa não enquanto informações confidenciais, mas enquanto objetos do direito de autor. Com efeito, segundo a afirmação explícita do representante do Governo alemão na audiência, ainda que o único objetivo da ação contra a Funke Medien seja a proteção das informações confidenciais contidas nos referidos documentos, a República Federal da Alemanha considerou que a ameaça para a segurança do Estado que decorria da sua divulgação não era suficiente para justificar a restrição à liberdade de expressão e de imprensa. Assim, em vez de instaurar processos penais pela divulgação das informações confidenciais, este Estado-Membro recorreu a uma via jurídica «anormal», ou seja, à proteção do seu direito de autor sobre esses documentos.

50. Importa, portanto, determinar se a proteção deste direito de autor pode justificar a restrição à liberdade de expressão à luz do artigo 10.º da CEDH e do artigo 11.º da Carta.

Direito de autor do Estado relativamente aos relatórios militares enquanto motivo suscetível de justificar a restrição à liberdade de expressão

51. O exercício do direito de autor, enquanto direito subjetivo, não faz parte, normalmente, dos mecanismos de proteção de um qualquer interesse geral. O titular que invoca o seu direito de autor realiza não um interesse geral, mas o seu interesse particular. Assim, se o direito de autor pode justificar a restrição dos direitos fundamentais, como a liberdade de expressão, é a título da proteção dos direitos de terceiros, motivo de restrição previsto no artigo 10.º, n.º 2, da CEDH e no artigo 52.º, n.º 1, da Carta [27].

52. Estes direitos de terceiros incluem, em primeiro lugar, os direitos e liberdades garantidos pela CEDH e pela Carta. Tal situação de conflito dos diferentes direitos fundamentais exige a sua ponderação [28]. O direito de autor, enquanto direito de propriedade intelectual, é equiparado, para efeitos dessa proteção, ao direito de propriedade, garantido pelo artigo 1.º do Protocolo adicional à CEDH e pelo artigo 17.º da Carta [29]. O Tribunal de Justiça tem repetidamente reconhecido a necessidade de assegurar um justo equilíbrio entre o direito de propriedade intelectual, incluindo o direito de autor, e os outros direitos fundamentais garantidos pela Carta [30].

53. No entanto, não me parece que esta lógica se possa aplicar à situação específica em que, como no caso em apreço, o titular do direito de autor é um Estado-Membro. Os Estados-Membros e os Estados signatários da CEDH não são os beneficiários dos direitos fundamentais, mas as entidades que devem garantir o respeito desses direitos. Têm a obrigação de respeitar e de proteger esses direitos não no seu próprio interesse, mas no interesse dos particulares. Com efeito, contra quem protegeriam os

27 Mais precisamente, a Carta refere os «direitos e liberdades de terceiros», enquanto a CEDH refere unicamente os «direitos de outrem». Considero, no entanto, que estes conceitos são equivalentes.

28 V., neste sentido, Acórdão do TEDH de 10 de janeiro de 2013, Ashby Donald e o. c. França (CE:ECHR:2013:0110JUD003676908, n.º 40). V., igualmente, Peers, S., *op. cit.*, p. 1475.

29 O artigo 17.º da Carta menciona mesmo expressamente a propriedade intelectual no seu n.º 2.

30 V., para um exemplo recente, Acórdão de 15 de setembro de 2016, Mc Fadden (C-484/14, EU:C:2016:689, n.ºs 82 a 84).

Estados os seus direitos fundamentais? Evidentemente não contra eles próprios, mas contra os particulares. Esta situação é contrária à própria lógica dos direitos fundamentais, tal como concebida desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que é proteger não o poder público contra o particular, mas o particular contra o poder público.

54. Obviamente, não quero dizer que o Estado não pode beneficiar do direito *civil* de propriedade, incluindo de propriedade intelectual. No entanto, o Estado não pode invocar o direito *fundamental* de propriedade para restringir outro direito fundamental garantido pela CEDH ou pela Carta.

55. Por outro lado, mesmo que se considerasse que os direitos de terceiros, mencionados no artigo 10.º, n.º 2, da CEDH e no artigo 52.º, n.º 1, da Carta, enquanto justificação possível da limitação da liberdade de expressão, englobam não apenas os direitos protegidos por esses instrumentos mas igualmente outros direitos, pelas razões acima desenvolvidas, penso que esta justificação não pode basear-se nos direitos do próprio Estado. Com efeito, se o Estado pudesse invocar os seus direitos particulares, diferentes do interesse geral, a fim de limitar os direitos fundamentais, isso levaria a aniquilar estes últimos.

56. Assim, o único fundamento que um Estado-Membro pode invocar para justificar a limitação de um direito fundamental garantido pela CEDH ou pela Carta é o interesse geral. Ora, como já acima referi, no caso em apreço, a República Federal da Alemanha considerou que a restrição à liberdade de imprensa e de expressão que decorreria de uma ação contra a Funke Medien pela divulgação dos documentos em causa no processo principal seria desproporcionada relativamente ao interesse geral que consiste na proteção da confidencialidade dos referidos documentos. Em tal situação, o Estado-Membro não pode invocar o seu direito de autor em vez de um interesse geral.

57. Ainda que se ultrapassasse esta dificuldade, por exemplo, considerando que a proteção conferida pelo direito de autor do Estado é de interesse geral, o que é a meu ver duvidoso, tanto o artigo 10.º, n.º 2, da CEDH como o artigo 52.º, n.º 1, da Carta exigem que as limitações à liberdade de expressão sejam necessárias [31]. Ora, esta condição não me parece estar preenchida no caso em apreço.

Necessidade da proteção conferida pelo direito de autor relativamente aos relatórios militares

58. O direito de autor realiza dois objetivos principais: o primeiro é a proteção da ligação pessoal entre o autor e a sua obra enquanto sua criação intelectual e, de alguma forma, a emanação da sua personalidade. Trata-se principalmente do domínio dos direitos morais. O segundo objetivo é o de permitir aos autores explorar economicamente as suas obras e obter assim uma remuneração do seu esforço criativo. Trata-se do domínio dos direitos patrimoniais, objeto de harmonização ao nível do direito da União. Para que uma restrição à liberdade de expressão decorrente do direito de autor possa ser qualificada de necessária, deve responder pelo menos a um destes dois objetivos. Ora, parece-me que a proteção conferida pelo direito de autor a relatórios militares como os que estão em causa no processo principal não responde a nenhum deles.

59. Em primeiro lugar, no que diz respeito à proteção da relação do autor com a sua obra, deve observar-se que, embora a República Federal da Alemanha possa ser, por uma espécie de ficção jurídica, titular do direito de autor sobre os documentos em questão, não é seguramente, por razões óbvias, o autor destes. O verdadeiro redator ou, mais provavelmente, os redatores são perfeitamente anónimos, sendo os documentos em causa elaborados de forma contínua e estando sujeitos, como qualquer documento oficial, a um controlo hierárquico. Esses redatores preparam os documentos, ou

31 A convenção acrescenta «numa sociedade democrática», o que a Carta tem provavelmente por adquirido. Não discuto aqui a natureza jurídica das limitações, uma vez que a proteção conferida pelo direito de autor decorre incontestavelmente da lei.

partes dos mesmos, não no âmbito de uma atividade criativa pessoal, mas no âmbito das suas obrigações profissionais, como funcionários ou agentes [32]. Assim, não há, em bom rigor, um verdadeiro autor desses documentos na aceção que este termo tem no direito de autor, não podendo, por isso, estar em causa a proteção da sua ligação com a obra.

60. É verdade que, como confirma o considerando 19 da Diretiva 2001/29, os direitos morais não estão abrangidos pelo âmbito de aplicação da mesma, como aliás do direito da União em geral. No entanto, os direitos de autor, tanto morais como patrimoniais, têm origem e justificação na relação especial que existe entre o autor e a sua obra. Assim, na falta de autor, não há direitos de autor, sejam eles morais ou patrimoniais.

61. Em segundo lugar, no que respeita à exploração económica, verifica-se que o único objetivo da ação intentada pela República Federal da Alemanha no processo principal era a proteção do caráter confidencial, não dos documentos em causa no seu conjunto, tendo uma versão dos mesmos sido publicada sob a forma de UdÖ, mas apenas de certas informações consideradas sensíveis. Ora, tal situa-se completamente fora dos objetivos do direito de autor. O direito de autor é, portanto, aqui instrumentalizado para prosseguir objetivos que lhe são totalmente alheios.

62. Assim, a República Federal da Alemanha, tendo considerado que o interesse da proteção dos documentos em causa como informações confidenciais não justificava a restrição à liberdade de expressão que daí decorreria, decidiu obter o mesmo resultado invocando o seu direito de autor sobre esses documentos, apesar de o direito de autor prosseguir fins completamente diferentes e de nem sequer estar demonstrado que esses documentos constituem obras na aceção deste direito.

63. Na minha opinião, tal prática não pode ser aceite.

64. Com efeito, a restrição à liberdade de expressão que decorreria da proteção conferida pelo direito de autor dos documentos em causa não só não é necessária numa sociedade democrática como lhe seria altamente prejudicial. Uma das funções mais importantes da liberdade de expressão e da sua componente, a liberdade dos meios de comunicação, especificamente mencionada no artigo 11.º, n.º 2, da Carta, é o controlo do poder pelos cidadãos, elemento indispensável de uma sociedade democrática. Ora, este controlo pode ser efetuado, entre outros, pela divulgação de certas informações ou de certos documentos cujo conteúdo ou mesmo a existência (ou até a inexistência) o poder poderia querer dissimular. É certo que determinadas informações devem permanecer secretas, mesmo numa sociedade democrática, se a sua divulgação constituir uma ameaça para os interesses essenciais do Estado e, por conseguinte, para esta mesma sociedade. Logo, devem ser classificadas e protegidas segundo os procedimentos previstos para esse efeito, aplicados sob controlo judicial. No entanto, fora destes procedimentos ou se o próprio Estado renunciar a aplicá-los, não se lhe pode permitir invocar o seu direito de autor sobre qualquer documento para impedir que a sua ação possa ser controlada.

Conclusão desta parte

65. Resumindo, a eventual proteção conferida pelo direito de autor dos documentos em causa no processo principal não faz parte do direito fundamental da propriedade intelectual e deve, por isso, ser analisada apenas como uma limitação à liberdade de expressão, tal como enunciada no artigo 11.º da Carta. Ora, esta limitação não é necessária e não responde efetivamente a nenhum interesse geral ou à necessidade de proteção dos direitos de terceiros na aceção do artigo 52.º, n.º 1, desta.

32 V., também, minhas observações relativas à qualidade de obra destes documentos na parte das presentes conclusões consagrada à admissibilidade das questões prejudiciais.

66. Por conseguinte, proponho ao Tribunal de Justiça que, caso decida analisar as questões prejudiciais no presente processo quanto ao mérito, responda que o artigo 11.º da Carta, lido em conjugação com o artigo 52.º, n.º 1, desta, deve ser interpretado no sentido de que um Estado-Membro não pode invocar o direito de autor decorrente do artigo 2.º, alínea a), e do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29 para impedir a comunicação ao público, no âmbito de um debate sobre questões de interesse geral, de documentos confidenciais emanados desse Estado-Membro. Esta interpretação não obsta à aplicação por esse Estado-Membro, no respeito do direito da União, de outras disposições do seu direito interno, nomeadamente as relativas à proteção das informações confidenciais.

Questões prejudiciais

67. Como assinalei nas minhas observações preliminares, proponho ao Tribunal de Justiça que reformule as questões prejudiciais a fim de efetuar uma análise da aplicabilidade do direito de autor, tal como harmonizado pelo direito da União, aos documentos em causa no processo principal, à luz da liberdade de expressão. Esta análise e, por conseguinte, a solução preconizada situam-se a montante das questões prejudiciais formuladas na decisão de reenvio.

68. Com efeito, a primeira questão prejudicial tem por objeto a margem de manobra de que dispõem os Estados-Membros na transposição da Diretiva 2001/29. Como indica o órgão jurisdicional de reenvio no seu pedido, esta questão foi suscitada no contexto da jurisprudência do Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal). Segundo esta jurisprudência, no caso de os Estados-Membros disporem de uma margem de manobra na aplicação do direito da União, essa aplicação deve ser apreciada à luz dos direitos fundamentais consagrados na Constituição alemã, ao passo que, na falta dessa margem de manobra, só a Carta é pertinente como ponto de referência. O Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal) desenvolveu esta jurisprudência em consequência da jurisprudência do Tribunal de Justiça[33]. No entanto, a resposta que proponho decorre inteiramente da relação entre as disposições do direito da União, a saber, as disposições da Diretiva 2001/29 e da Carta, sem que seja necessário analisar a margem de manobra dos Estados-Membros.

69. Com a segunda questão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio interroga-se sobre a possibilidade (ou a necessidade) de ter em conta a liberdade de expressão na interpretação das exceções ao direito de autor previstas no artigo 5.º da Diretiva 2001/29. É verdade que essa tomada em consideração foi recomendada pelo Tribunal de Justiça no Acórdão Deckmyn e Vrijheidsfonds[34]. A situação nesse processo era, contudo, diferente da do presente processo. Com efeito, a solução no processo que deu origem ao Acórdão Deckmyn e Vrijheidsfonds baseava-se na presunção da aplicabilidade da exceção em causa (a exceção de paródia) ao caso em apreço[35]. Tratava-se de saber se podia *não ser* aplicada, uma vez que os interesses legítimos dos titulares dos direitos de autor em causa eram contrários a essa aplicação[36].

70. No presente processo, o órgão jurisdicional de reenvio parece sugerir uma interpretação extensiva, influenciada pela liberdade de expressão, do próprio alcance e das condições de aplicação das exceções que podem entrar em jogo. Contudo, sou da opinião de que, numa configuração como a do processo principal, a proteção conferida pelo direito de autor deve ser recusada, não obstante a eventual aplicabilidade de uma exceção.

33 Nomeadamente do Acórdão de 26 de fevereiro de 2013, Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105, n.º 29).

34 Acórdão de 3 de setembro de 2014, Deckmyn e Vrijheidsfonds (C-201/13, EU:C:2014:2132, n.º 2, segundo parágrafo, do dispositivo).

35 «[P]ressupondo que o desenho em causa respeita as referidas características essenciais da paródia […]» (Acórdão de 3 de setembro de 2014, Deckmyn e Vrijheidsfonds, C-201/13, EU:C:2014:2132, n.º 2, terceiro parágrafo, do dispositivo).

36 Acórdão de 3 de setembro de 2014, Deckmyn e Vrijheidsfonds (C-201/13, EU:C:2014:2132, n.ºs 30 a 32).

71. Com a sua terceira questão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio convida o Tribunal de Justiça a ponderar a possibilidade de aplicar ao direito de autor, com base na proteção da liberdade de expressão, outras exceções ou limitações além das previstas na Diretiva 2001/29. A resposta que proponho poderia parecer favorável à proposta aduzida nesta questão prejudicial. Contudo, existe uma diferença significativa entre a abordagem do órgão jurisdicional de reenvio e aquela que proponho adotar nas presentes conclusões. Com efeito, uma coisa é fazer prevalecer a liberdade de expressão sobre o direito de autor numa situação concreta e muito especial, outra é introduzir no sistema do direito de autor harmonizado, fora das disposições do direito da União que regulam este domínio, exceções e limitações que, pela sua natureza, teriam vocação para se aplicar de maneira geral.

72. Por estas razões, proponho ao Tribunal de Justiça que não analise em pormenor as questões prejudiciais. Além disso, uma vez que estas mesmas questões já foram colocadas no âmbito de dois outros processos que já referi, o Tribunal de Justiça terá a oportunidade de lhes responder. Esses dois outros processos dizem respeito a situações típicas de aplicação do direito de autor, nas quais a análise destas questões terá toda a utilidade.

Conclusão

73. Tendo em conta o que precede, proponho ao Tribunal de Justiça que declare as questões prejudiciais submetidas pelo Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal Federal, Alemanha) no presente processo inadmissíveis ou que responda a estas questões da seguinte forma:

O artigo 11.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, lido em conjugação com o artigo 52.º, n.º 1, desta, deve ser interpretado no sentido de que um Estado-Membro não pode invocar o direito de autor decorrente do artigo 2.º, alínea a), e do artigo 3.º, n.º 1, 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, para impedir a comunicação ao público, no âmbito de um debate sobre questões de interesse geral, de documentos confidenciais emanados desse Estado-Membro. Esta interpretação não obsta à aplicação por esse Estado-Membro, no respeito do direito da União, de outras disposições do seu direito interno, nomeadamente as relativas à proteção das informações confidenciais.