

ALGUMAS QUESTÕES (CONTROVERSAS) E OUTRAS TANTA SUGESTÕES A PROPÓSITO DO REGIME NACIONAL DOS DIREITOS CONEXOS*

NUNO SOUSA E SILVA**/**

Abstract: This text addresses a few questions regarding the Portuguese law on neighbouring rights and makes suggestions for legislative change. After an introduction, it addresses the concept of neighbouring rights. In this context, the possibility of protecting sports events and the existence of a “right to the show” is analysed and rejected. The neighbouring rights granted to previously unpublished works and critical and scientific publications are critically examined. Subsequently, the economic rights associated to neighbouring rights are perused both under EU and national law, contrasting the solutions and pinpointing some incompatibilities. The moral rights of artists are briefly addressed. The duration of neighbouring rights and their rules are described and criticised. The text concludes proposing changes to the current provisions on neighbouring rights.

Keywords: neighbouring rights; right to the show; publisher’s rights; employment relationship; duration

Palavras-chave: direitos conexos; direito ao espectáculo; direitos do editor; relação de trabalho; duração

* Este texto parte da investigação desenvolvida a propósito de uma exposição oral feita a 5 de Março de 2016 no VII Curso de Pós-Graduação em Direito Intelectual organizado pela APDI na FDUL. Foi concluído em Março de 2016, contendo apenas pontuais actualizações. Deixo aqui uma nota de agradecimento pelo convite ao Prof. Doutor Dário Moura Vicente.

** Mestre em Direito. LLM. IP (MIPLC). Assistente da Universidade Católica Portuguesa (Porto). Advogado. E-mail: nsousaesilva@gmail.com.

*** Além das abreviaturas comuns à generalidade dos textos desta natureza, neste são utilizadas as seguintes: ADI – Actas de derecho industrial y derecho de autor; AG – Advogado-Geral; BGH – Bundesgerichtshof (Tribunal Federal Alemão); BMJ – Boletim do Ministério da Justiça; CDPA – Copyright, Designs and Patents Act (Reino-Unido); CdP – Cadernos de Direito Privado; CUP – Cambridge University Press; EE – Edward Elgar; EIPR – European Intellectual Property Review; GRUR – Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht; GRUR Int – Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil; IIC – International Review of Intellectual Property and Competition Law; IPQ – Intellectual Property Quarterly; JIPITEC – Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law; JIPLP – Journal of Intellectual Property Law and Practice; OUP – Oxford University Press; QMJIP – Queen Mary Journal of Intellectual Property; RABPI – Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual; RDI – Revista de Direito Intelectual; RED – Revista Electrónica de Direito; RIDA – Revue Internationale du Droit d’Auteur; ROA – Revista da Ordem dos Advogados; rn – randnummer (número à margem); TRIPS – Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights; UCE – Universidade Católica Editora; UrhG – Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (lei alemã de direito de autor); WIPO – World Intellectual Property Organization (Organização Mundial da Propriedade Intelectual); ZGE – Zeitschrift für Geistiges Eigentum; ZUM – Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht.

Sumário: 1. Introdução; 2. O que são e quais são os direitos conexos?; 2.1. Relação e distinção face ao direito de autor; 2.2. Prestações protegidas; 3. Existirá um direito ao espectáculo?; 4. O artigo 39º CDADC; 4.1. editor de obras inéditas não protegidas (nº1); 4.2. editor de edições críticas e científicas de obras no domínio público (nº2); 5. O conteúdo patrimonial dos direitos conexos “clássicos” no direito europeu; 5.1. Direito de reprodução; 5.2. Direito de comunicação ao público; 5.2.1. Semelhanças e diferenças em relação ao direito de autor; 5.2.2. Requisitos e respectiva interpretação; 5.2.3. Radiodifusão e remuneração equitativa; 5.2.4. Consagração no CDADC; 5.3. Direito de distribuição; 5.4. Aluguer e comodato público; 6. O conteúdo patrimonial dos direitos conexos “clássicos” no CDADC; 6.1. Artistas-intérpretes; 6.2. Produtores de fonogramas e videogramas; 6.3. Organismos de radiodifusão; 7. Faculdades pessoais do artista-intérprete; 8. O significado do artigo 189º/2; 9. Duração; 10. Conclusão: propostas de alteração legislativa

1. Introdução

Invisíveis como os direitos de autor e (ainda) menos conhecidos que estes, os direitos conexos são, não obstante, incontornáveis. Frequentemente, os artistas-intérpretes – como músicos, cantores ou actores – são mais conhecidos que os autores – compositores, letristas ou escritores de guião – das obras interpretadas.¹ Na faixa de um álbum de música transmitida na rádio, além da letra (obra literária) e da música (obra musical), protegidas por direitos de autor, estarão presentes os direitos conexos dos artistas-intérpretes (cada um dos músicos que executa as obras²), do produtor de fonogramas (isto é, a editora que organizou a gravação) e do organismo de radiodifusão (a estação que transmite o programa nas ondas hertzianas ou via internet). É difícil explicar a um leigo porque motivo tem que pagar licenças de utilização a entidades de gestão colectiva diferentes para a utilização de um único “produto cultural”, sendo que a explicação reside nesta fragmentação de direitos.³ Apesar de viverem na sombra, os direitos conexos são hoje fonte importante de rendimentos e causa frequente de litígios.

¹ Como escreve HAIMO SCHACK, *Urheber- und Urhebervertragsrecht* (Mohr Siebeck 2013) p. 325, “Para o público o meio é frequentemente mais importante do que o conteúdo.”

² Estes músicos podem não ter qualquer relação com os autores da letra e/ou da música, gozando da licença obrigatória prevista no artigo 144º CDADC para as chamadas “covers” (em português versões).

³ Abordo este fenómeno como uma das principais justificações económicas para a existência de sociedades de gestão colectiva em NUNO SOUSA E SILVA, ‘The proposed Directive on multi-territorial licensing for online music – Is competition a good idea?’ *Revista de Concorrência & Regulação*, nº 16 (2013) pp. 29-52. Em sentido próximo XAVIER DAVERAT, ‘Histoire des Droits Voisins’ *Juris-classeur propriété littéraire et artistique* (2008) fascicule n° 1405, p. 3 (“a gestão colectiva como resposta financeira a novos modos de acesso em massa a criações”).

Na sua conhecida obra de 1776, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, ADAM SMITH escreveu: “The labour of some of the most respectable orders in the society is, like that of menial servants, unproductive of any value, and does not fix or realize itself in any permanent subject; or vendible commodity, which endures after that labour is past, and for which an equal quantity of labour could afterwards be procured. (...) Like the declamation of the actor, the harangue of the orator, or the tune of the musician, the work of all of them perishes in the very instant of its production.”⁴ De facto, até ao surgimento de tecnologias que permitissem gravar, reproduzir e transmitir execuções de obras protegidas, o produto da actividade dos músicos, actores, bailarinos, isto é, dos artistas em geral, desaparecia no momento da sua realização. Com o aparecimento dessas tecnologias, a sua actividade deixou de ter carácter efémero, o que produziu uma vaga de desemprego entre artistas-intérpretes que se viram “substituídos pelas gravações” (nomeadamente a chamada “música enlatada” nos filmes mudos⁵).⁶

Com estas inovações tecnológicas também os conflitos de interesses ganharam novas configurações. Para além dos artistas, as pessoas que investiam na organização da gravação, na organização de um espectáculo ou na sua transmissão depararam-se com possibilidades de aproveitamento não autorizadas do seu investimento que queriam ver tutelado pelo Direito.

Inicialmente, alguns dos problemas que os direitos conexos vieram tutelar foram tratados pela concorrência desleal,⁷ direitos de personalidade⁸ e/ou direitos de autor.⁹ A figura dos direitos conexos é recente.¹⁰ Só obteve consagração internacional na Convenção de Roma de 1961¹¹ e, em Portugal, os direitos conexos

⁴ II.3.2.

⁵ Para um relato veja-se ELIZABETH FONES-WOLF, ‘Sound Comes to the Movies: The Philadelphia Musicians’ Struggle against Recorded Music’ *The Pennsylvania Magazine of History and Biography* Vol. 118 (1994) pp. 3-31.

⁶ KRÜGER, Vor §§73 ff. in SCHRICKER/LOWENHEIM, *Urheberrecht Kommentar* (C.H. Beck 2010) rn. 8.

⁷ ALEXANDER PEUKERT, *Güterzuordnung als rechtsprinzip* (Mohr Siebeck 2008) pp. 313-314.

⁸ MANFRED REHBINDER & ALEXANDER PEUKERT, *Urheberrecht* (C.H. Beck 2015) p. 235.

⁹ As prestações de artistas-intérpretes eram consideradas obras derivadas (adaptações) e protegidas como tal. Neste sentido, expressamente, o legislador alemão em 1910 acrescentou uma alínea 2 ao §2 da *Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst* de 1901.

¹⁰ XAVIER DAVERAT, ‘Histoire...cit’ p. 2. Para uma história dos direitos conexos veja-se também RASMUS FLEISCHER, ‘Protecting the musicians and/or the record industry? On the history of ‘neighbouring rights’ and the role of Fascist Italy’ *QMJP* 5(3) (2015) pp. 327-334 e MARCEL SAPORTA, ‘Les droit dits “connexes” au droit d’auteur’ *Revue Internationale de Droit comparé* [1952] pp. 42-72.

¹¹ Segundo HERMAN COHEN JEROHAM, ‘The relationship between copyright and neighbouring rights’ *RIDA* [1990] p.81, a primeira utilização do termo terá ocorrido em 1948 na Conferência diplomática para a revisão da Convenção de Berna, em Bruxelas. Como explicam PAUL GOLDSTEIN & BERNT HUGENHOLTZ, *International Copyright* (OUP 2010) p.54, – que localizam a origem do termo em 1928 – foi a Convenção

(direitos subjectivos de proibir) foram acolhidos com o actual Código de 1985,¹² ainda que com eficácia retroactiva.¹³ Esta circunstância pode explicar a escassa atenção que a doutrina lhe tem dispensado.¹⁴ Um outro aspecto que pode ter contribuído para uma relativa “marginalização” do tema prende-se com a circunstância de o conceito ser típico dos sistemas de *droit d’auteur*, sendo que os sistemas de *copyright*¹⁵ tradicionalmente incluem algumas das prestações em causa (como fonogramas) no próprio conceito de obra protegida pelo direito de autor.¹⁶

de Roma de 1961 que obrigou muitos dos signatários a adoptar pela primeira vez leis neste domínio. É certo que o problema da protecção dos artistas-intérpretes está na origem dos direitos conexos e que este assunto já tinha sido debatido, de forma inconclusiva, na conferência de 1928 em Roma para a revisão da Convenção de Berna e existem referências ao debate anteriores. SILKE VON LEWINSKI, *International Copyright Law and Policy* (OUP 2008) p. 87, refere uma intervenção da delegação inglesa na Conferência de Berlim para a revisão da Convenção de Berna, em 1908, perguntando se não seria desejável “incluir uma protecção jusautorial a nível internacional para discos de gramofones, rolos de pianolas, etc.”. LUIZ FRANCISCO REBELLO, *Introdução ao Direito de Autor*, vol. I (SPA 1994) p.21, situa a origem no congresso da ALAI em Weimar em 1903. Com um relato da pré-história da Convenção de Roma pode ler-se ALFRED BAUM, ‘Über den Rom-Entwurf zum Schutze des vortragenden Künstler, der Hersteller von Phonogrammen und des Rundfunks’ GRUR-Int [1953] pp. 197-220.

¹² Sendo certo que já existiam antecedentes, como a Lei 41/80 de 12 de Agosto (Protecção contra a reprodução ilícita de fonogramas), que reconhecia direitos aos produtores de fonogramas, nomeadamente um direito de reprodução, de distribuição e de importação.

¹³ O artigo 194º CDADC prevê que a protecção se estenda aos factos geradores de protecção anteriores à entrada em vigor do Código.

¹⁴ No seu recente manual ALBERTO DE SÁ E MELLO (*Direito de Autor*, Almedina, 2014) p. 7, promete o tratamento “da importantíssima matéria dos direitos conexos” para uma próxima edição. PATRICIA AKESTER, *Direito de Autor em Portugal, nos PALOP, na União Europeia e nos Tratados Internacionais* (Almedina 2013), dedica-lhe poucas páginas (pp. 169-185), assim como LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito de Autor* (Almedina 2011) (pp. 243-276). Sobre o assunto, entre nós, veja-se ALEXANDRE DIAS PEREIRA, ‘Da Retransmissão por Cabo de Prestações Artísticas Protegidas por Direitos Conexos ao Direito de Autor’ ROA [2012] pp. 991-1084; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor...cit.*, pp. 543-598 e ainda, do mesmo autor, ‘Projecto de uma Lei sobre Direitos Conexos ao Direito de Autor’ ROA [1978] pp. 597-632. Também no plano comparado são relativamente raras as monografias que incidam especificamente sobre direitos conexos. Em todo o caso, de entre as mais recentes, merecem especial referência, JÖRG REINBOTHE & SILKE VON LEWINSKI, *The WIPO Treaties on Copyright: A Commentary on the WCT, the WPPT, and the BTAP* (OUP 2015); RICHARD ARNOLD, *Performers’ Rights* (Sweet & Maxwell 2015); JOHANNES S. OEBBECKE, *Der ‘Schutzgegenstand’ der Verwandten Schutzrechte* (Peter Lang 2011); MEGUMI OGAWA, *Protection of Broadcaster’s Rights* (Brill 2005); OWEN MORGAN, *International Protection of Performers Rights* (Hart 2002) e PETER GANEA, *Verwandte Schutzrechte im Urheberrecht der Länder Japan, China und Deutschland – eine vergleichende Studie* (C.H. Beck 2000).

¹⁵ Sobre a diferença cfr., por todos, ALAIN STROWEL, *Droit d’auteur et copyright* (Bruylant 1992). Para uma exposição sucinta pode ver-se NUNO SOUSA E SILVA, ‘Uma introdução ao direito de autor europeu’ ROA [2013] pp. 1334-1351.

¹⁶ PAUL GOLDSTEIN & BERNT HUGENHOLTZ, *ob. cit.*, p. 231. Isto só é possível atento o nível mais baixo de originalidade que caracteriza estes sistemas (SILKE VON LEWINSKI, *International Copyright...cit.*, pp. 46-47). No entanto, apesar de não adoptar esta nomenclatura, o sistema inglês tem direitos conexos (RICHARD ARNOLD, ‘Content copyrights and signal copyrights’ QMJIP [2011] p.273).

Este texto visa apresentar algumas questões que o actual regime nacional de direitos conexos suscita. Começa por abordar o conceito e os tipos de direitos conexos (2). Neste contexto, a eventual existência de um direito ao espectáculo é ponderada e rejeitada (3) e os dois direitos conexos previstos no artigo 39º são analisados de forma crítica (4). Seguidamente, o conteúdo económico dos direitos conexos é descrito, primeiro do ponto de vista do direito europeu (5) e depois no contexto do CDADC (6). As faculdades pessoais do artista-intérprete são discutidas (7) bem como a situação do artista-intérprete enquanto trabalhador ao abrigo do artigo 189º/2 do CDADC (8). A questão controversa da duração dos direitos conexos é tratada, destacando-se as insuficiências da actual legislação nacional (9). O texto conclui com um elenco de propostas de alteração legislativa ao CDADC no domínio dos direitos conexos (10).

2. O que são e quais são os direitos conexos?

Os direitos conexos são atribuídos a prestações que, não reunindo os requisitos para a protecção como obras, desempenham um papel relevante nas indústrias criativas; neste sentido são “ligados”/“vizinhos” dos direito de autor.¹⁷

2.1. Relação e distinção face ao direito de autor

Há muitos autores referem a “precedência” ou superioridade do Direito de Autor sobre direitos conexos, julgando encontrar apoio para esta ideia na regra do artigo 177º CDADC.¹⁸ No entanto, se isto pode ser assim no plano “moral”, essa afirmação não encontra correspondência no plano jurídico.¹⁹ Os direitos conexos,

¹⁷ PAUL GOLDSTEIN & BERNT HUGENHOLTZ, *ob. cit.*, p. 230: “...this subject matter “neighbors” the subject matter of author’s rights and copyright because it is thought to fall outside the domain of literary and artistic works and to lack the authorial creativity required for admission into the cathedral of author’s right”.

¹⁸ LUIZ FRANCISCO REBELLO, *Introdução...cit.* p.21 e, do mesmo autor, *Código Anotado* (Âncora Editora 2002) p. 237: “Na hierarquia do Código, o direito de autor prevalece sobre os direitos conexos”. No mesmo sentido, LUÍS MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, p. 246; PATRICIA AKESTER, *ob. cit.*, p. 169 e CLÁUDIA TRABUCO, *O Direito de Reprodução de Obras Literárias e Artísticas no Ambiente Digital* (Coimbra Ed. 2006) p. 58 (“relação hierárquica”). Também PAUL GOLDSTEIN & BERNT HUGENHOLTZ, *ob. cit.*, p. 54 retiram da regra da independência dos direitos conexos (art. 1º/2 Convenção de Roma e art. 1º/2 WPPT; art. 12º Dir. 2006/115; replicada no artigo 177º CDADC) uma relação hierárquica. Contra, ROBERT DITTRICH, ‘The Practical Application of the Rome Convention’ Bulletin Copyright Society U.S.A 26 (1978-1979) p. 288, frisa que essa disposição é meramente interpretativa.

¹⁹ Assim, entre muitos outros, CLAUDE MASOUYÉ, *Guide to the Rome Convention and to the Phonograms Convention* (WIPO 1981) p.17 e KRÜGER, Vor §§73 ff...cit. rn. 15. Falando de uma “reserva simbólica”

apesar da sua menor duração, têm igual força jurídica que os direitos de autor.²⁰ O artigo 177º limita-se a enunciar a regra da independência dos direitos conexos em relação ao direito de autor.²¹

Apesar da semelhança estrutural, os direitos conexos têm várias características que os distinguem claramente dos direitos de autor. Desde logo no plano das justificações. Como afirma HERMAN COHEN JERHAM:²² “Rights neighboring to copyright are, by definition, rights which are not genuine copyrights. They provide strengthened protection against certain acts of unfair competition which can be very loosely associated with copyright infringements.”. À excepção do caso dos artistas-intérpretes, não se ensaiam argumentos de natureza ontológica/ética para sustentar a tutela. Aqui, a justificação é puramente económica.²³ De um modo geral, os direitos conexos, tal como a concorrência desleal, protegem investimento (prestações de carácter artístico e/ou empresarial²⁴) mas fazem-no através da atribuição de um direito de exclusivo (ou seja, um direito subjectivo absoluto de conteúdo negativo) a determinadas pessoas.²⁵

Uma outra diferença é a chamada *tipicidade fechada* do conteúdo dos direitos conexos.²⁶ Isto traduz-se no facto de, ao contrário do que acontece com o direito patrimonial do autor, não existir uma cláusula geral (arts. 9º e 68º/1 CDADC) relativa ao conteúdo económico e moral da prestação protegida. Assim, o titular de direitos conexos só tem as faculdades patrimoniais ou pessoais que a lei expressa e exaustivamente lhe confere.

veja-se ANDRÉ LUCAS, HENRI-JACQUES LUCAS & AGNÉS LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique* (Lexis Nexis 2012) p. 931.

²⁰ Assim, HERMAN COHEN JERHAM, ‘The relationship...cit.’, pp. 107-108.

²¹ Como explica OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor...cit.*, p. 582: “É uma proposição oca, das muitas que juncam o Direito de Autor, destinada a aclamar os autores. (...) é ilegítimo retirar dela que em caso de colisão o conflito deverá solucionar-se em benefício do autor.”

²² ‘The nature of Neighboring Rights of Performing Artists, Phonogram Producers and Broadcasting Organizations’ *Columbia VLA Journal of Law & the Arts* 75 (1990-1991) p. 76.

²³ ANETTE KUR & THOMAS DREIER, *European Intellectual Property* (EE 2013) p. 242. No mesmo sentido VITTORIO M. DE SANCTIS, *Il diritto di autore* (Giuffrè 2012) p. 124. A jurisprudência europeia tem afirmado precisamente que o objecto específico destes direitos “visa assegurar aos titulares dos direitos em causa a protecção da faculdade de explorar comercialmente a colocação em circulação ou a colocação à disposição dos objectos protegidos, concedendo licenças mediante o pagamento de uma remuneração...” (cfr. por último C-403/08 e C-429/08, *Murphy* (EU:C:2011:631) §107).

²⁴ ANGÉL FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, ‘Los Derechos Afines a los Derechos de Autor en el Texto Refundido de Ley de Propiedad Intelectual’, ADI (1994-95) p. 107.

²⁵ ALEXANDER PEUKERT, ‘Related Rights’ in AAVV, *Max Planck Encyclopaedia of Private Law*, vol. II (OUP 2012) pp.1443-1446.

²⁶ Expressão de ALEXANDRE DIAS PEREIRA, ‘Da Retransmissão...cit.’, p.1065. Nesse sentido também OLIVEIRA ASCENSÃO, *ob. cit.*, p.562 e p. 686.

A atribuição de direitos conexos não está dependente de registo.²⁷ Porém, ao contrário do que acontece com o direito de autor (art. 12º CDADC), não vale o princípio geral da ausência de formalidades. Inspirado no art. 11º da CRoma, o art. 185º CDADC exige como condição de protecção de fonogramas e videogramas a utilização do símbolo ® com a indicação do ano de primeira publicação.²⁸ Esta exigência, na parte em que se refere a fonogramas, deverá considerar-se tacitamente revogada pelo artigo 20º WPPT que adoptou o princípio da ausência de formalidades em relação ao objecto do tratado (fonogramas e interpretações).²⁹ Quanto aos videogramas, esta norma mantém-se em vigor.

2.2. Prestações protegidas

Como sublinha ÁNGEL FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR,³⁰ os direitos conexos consistem numa “categoria heterogénea e, de certo modo arbitrária”. Por isso mesmo, é natural que não exista unanimidade quanto à existência ou classificação de determinados direitos de exclusivo como direitos conexos. O que lhes parece conferir unidade é a lógica de protecção da prestação através de um direito subjectivo absoluto.³¹ Os direitos conexos que a legislação não qualifica como tal são designados por parte da doutrina como “os direitos vizinhos dos direitos vizinhos”.³² Tratam-se igualmente de direitos subjectivos sobre bens imateriais, de carácter negativo (direitos de proibir), atribuídos com vista à protecção do

²⁷ Trata-se de um padrão internacional estabelecido, para os direitos de autor na Convenção de Berna, art.5/2. Em relação aos direitos conexos não existe norma tão directa. Apesar disso, no art. 20º WPPT (relativo aos fonogramas e artistas-intérpretes) é adoptado o princípio da ausência de formalidades.

²⁸ Esta disposição também se encontra no art. 5º da Convenção de Genebra. Como explica OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor...cit.*, p. 573 a norma portuguesa trata-se de uma disposição “completamente equivocada” visto que a norma da Convenção de Roma reflectia apenas uma solução de consenso mínimo tendo em conta o grupo de países onde eram exigidas formalidades. Ao transpô-la, Portugal tornou-se escusadamente um país que exige formalidades. O mesmo Autor (p. 574) parece sustentar uma interpretação ab-rogante do artigo 205º/2 na parte em que qualifica como contra-ordenação o desrespeito pelo artigo 185º. Acompanho essa leitura.

²⁹ Uma vez que Portugal ratificou este tratado e por via do artigo 8º/2 da CRP ele vale directamente na ordem interna, sendo lei posterior e (discutivelmente) superior. Sobre isto veja-se, por todos, GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I (Coimbra Ed. 2007) pp. 259-261. Neste caso, visto que ocorre apenas uma revogação parcial deverá falar-se em derrogação (BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador* (Almedina 2007) p. 165).

³⁰ *ob. cit.*, p. 107.

³¹ CLAUDE MASOUYÉ, *Guide...cit.*, p. 12 “...the guideline of stopping the unfair appropriation of the labor of others”.

³² MICHEL VIVANT & JEAN-MICHEL BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur et droit voisins* (Dalloz 2012) p. 939. Também VITTORIO M. DE SANCTIS, *ob. cit.*, p. 182.

investimento e vagamente associados ao domínio das artes e das letras. Estas semelhanças permitem incluí-los no elenco dos direitos conexos, nomeadamente para efeitos de aplicação dos meios de tutela civil previstos no título IV do CDADC.

Existe um *numerus clausus* de direitos conexos.³³ Salvo intervenção legislativa, o investimento/esforço, não beneficiando de tutela específica, só será protegido pela concorrência desleal e/ou outros institutos análogos como a gestão de negócios ou o enriquecimento sem causa. Apesar de ter ocorrido alguma harmonização a nível internacional e europeu, a diversidade em termos de prestações protegidas por direitos conexos e mesmo do respectivo regime é assinalável. Na sequência da Convenção de Roma de 1961 (parcialmente acolhida via acordo TRIPS), a generalidade dos ordenamentos protegem artistas-intérpretes, produtores de fonogramas e organismos de radiodifusão. Além deste conjunto relativamente consensual, verifica-se, porém, uma variedade grande quanto às prestações protegidas.

Ao contrário do que acontece noutros países, em Portugal não está consagrada protecção para fotografias não originais³⁴ ou escritos não originais,³⁵ para eventos culturais e/ou desportivos,³⁶ para projectos de engenharia,³⁷ para pequenos excertos noticiosos,³⁸ ou para o arranjo tipográfico de edições publicadas.³⁹

³³ ALEXANDRE DIAS PEREIRA, 'Da retransmissão...cit', p. 993. Em sentido aparentemente contrário veja-se ALBERTO SÁ E MELLO, *Direito de Autor...cit.*, p. 161 (ainda que a propósito do conteúdo do direito de autor).

³⁴ Esta encontra-se prevista p. ex. no §72 da UhrG (lei alemã de direitos de autor), art. 128 LPI (lei espanhola de direitos de autor) e Arts. 87-92 l.d.a. (lei italiana de direitos de autor).

³⁵ Como é o caso do *geschriftenbescherming* holandês, a protecção dispensada a escritos não originais (cfr. ANNEMARIE BEUNEN, 'Geschriftenbescherming: The Dutch Protection for Non-original Writings' in B. HUGENHOLTZ, A. QUAEVLIËG & D. VISSER (eds), *A century of Dutch copyright law: Auteurswet 1912-2012* (Delex 2012) pp. 57-97).

³⁶ O §81UhrG atribui um direito ao organizador de espectáculos em que ocorra uma interpretação artística, o que exclui prestações como jogos de futebol [cfr. BGH *Hartplatzhelden.de* 28 de Outubro de 2010 (I ZR 60/09)]. Na opinião da doutrina francesa o previsto no L. 333-1 du *Code du Sport* relativo a eventos desportivos configurará igualmente um direito conexo (cfr., com mais referências, ANDRÉ LUCAS, HENRI-JACQUES LUCAS & AGNÉS LUCAS-SCHLOETTER, *ob. cit.*, p. 934.). Em Itália o art. 78^{quater} consagra também um direito conexo (cfr. LUCA FERRARI, 'Rights to Broadcast Sporting events under Italian Law' *The International Sports Law Journal* [2010] pp. 65-73). Sobre o tema em geral cfr. THOMAS MARGONI, 'The Protection of Sports Events in the EU: Property, Intellectual Property, Unfair Competition and Special Forms of Protection' IIC [2016] pp. 386-417; ISABEL KAINE, *Sportveranstalterrecht – Ein neues Immaterialgüterrecht?* (Mohr Siebeck 2014) (discutindo a questão exaustivamente do ponto de vista do ordenamento jurídico alemão *de lege lata* e *de lege ferenda*); BEN VAN ROMPUY & THOMAS MARGONI, *Study on sports organisers' rights in the European Union* (EAC/18/2012).

³⁷ Art. 99 lda.

³⁸ Sobre o tema, com mais indicações, veja-se NUNO SOUSA E SILVA, 'Direito de Autor: breve reflexão sobre o Futuro, o Presente e os Jornais na experiência europeia' RABPI (2016) pp. 32-39.

³⁹ §§1(1)(c), 8 CDPA. O que está em causa é o mero arranjo gráfico da edição (a forma como as letras aparecem na página), o que, na prática, se traduz apenas numa proibição da fotocópia (GERALD DWORKIN

No entanto, dizer que há um *numerus clausus* de direitos conexos não quer dizer, porém, que não existam outros direitos conexos que o legislador não qualifique como tal.⁴⁰

O elenco "clássico" dos direitos conexos, assim classificados pelo legislador nacional no art. 176º CDADC, inclui o direito dos artistas-intérpretes (também chamados executantes), o direito dos produtores de fonogramas e de videogramas e o direito dos organismos de radiodifusão.⁴¹ A estes acrescem, o direito sui generis de protecção de bases de dados⁴² e o direito ao título de uma obra.⁴³ Apesar da sua localização sistemática, o direito do editor de obras inéditas não protegidas (art. 39º/1 CDADC) e o direito do editor de edições críticas e científicas de obras no domínio público (art. 39º/2 CDADC), constituem igualmente direitos conexos.⁴⁴ Na opinião de alguma doutrina dever-se-iam ainda considerar direitos conexos o direito do editor⁴⁵ e o direito ao espectáculo.⁴⁶

& RICHARD D. TAYLOR, *Blackstone's Guide to the Copyright, Designs and Patents Act 1988* (OUP 1989) p.30). Isto não deve ser confundido com a protecção de elementos tipográficos (um dado desenho das letras do alfabeto) ao abrigo do direito de autor.

⁴⁰ ANDRÉ LUCAS, HENRI-JACQUES LUCAS & AGNÉS LUCAS-SCHLOETTER, *ob. cit.*, p. 934.

⁴¹ OLIVEIRA ASCENSÃO, *ob. cit.*, p. 546.

⁴² Assim, ANDRÉ LUCAS, HENRI-JACQUES LUCAS & AGNÉS LUCAS-SCHLOETTER, *ob. cit.*, p. 934. Sem ser tão peremptório DIAS PEREIRA, *Informática...cit.*, p. 217, reconhece que estes direitos se aproximam de um direito conexo. Em sentido próximo pronuncia-se CLÁUDIA TRABUCO, *O Direito...cit.*, p. 67.

⁴³ Nesse sentido OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor...cit.*, p.603. Para uma perspectiva comparativa vide JAN KLINK, 'Titles in Europe' EIPR [2004] pp.290-300. Na sua configuração este direito aproxima-se muito da tutela dispensada aos sinais distintivos. A respectiva protecção depende da capacidade distintiva do título, da sua novidade relativa (isto é, não existir título idêntico para obra do mesmo género) e, no caso de obra inédita, do respectivo registo conjuntamente com a obra. Assim, para gozar deste direito conexo não se pode tratar de um título banal tal como foi considerado pela jurisprudência em relação a "Um sonho de mulher" [Ac. STJ 29-IV-2010 (rel. GARCIA CALEJO)], "Primeira Página" [Ac. TRL 28-IX-1989 (rel. ALFREDO CARDOSO)] ou "Telejornal" [Ac. TRL 13-VII-1995 (rel. LOPES BENTO)], nem de um título já conhecido para aquele género de obra. A protecção dispensada ao título que satisfaça estes requisitos é semelhante àquele utilizado no direito de marcas: o título só é protegido quanto ao risco de confusão em relação a obras do mesmo género. (FERRER CORREIRA & NOGUEIRA SERÉNS, 'Parecer' in AAVV, *Protecção do Título de Jornal* (SPA 1989) p.22; OLIVEIRA ASCENSÃO, 'Parecer' in AAVV, *Protecção do Título...cit.*, pp. 64-66).

⁴⁴ Neste sentido DIAS PEREIRA, 'Duração dos direitos de autor e conexos', *Direito & Justiça – Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Luís Carvalho Fernandes*, Vol. I (UCE 2012), p. 131 e MICHEL WALTER, 'Term Directive' in MICHEL WALTER & SILKE VON LEWINSKI (eds), *European Copyright Law: A Commentary* (OUP 2010) p. 569.

⁴⁵ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor...cit.*, pp. 547-548 (um direito "em embrião" sendo meramente um direito de remuneração). ALBERTO VIEIRA, 'A posição do editor na cópia Privada' RDI nº1 [2014] p. 152, parece contrariar esta perspectiva, afirmando: "O editor não receber um direito de autor (...) nem tão-pouco um direito conexo. A sua protecção no sistema de Direito de Autor funda-se unicamente no contrato de edição e repousa exclusivamente numa lógica contratual e não autoral (legal)". Rejeitando a existência de um direito conexo do editor em França cfr. ANDRÉ LUCAS, HENRI-JACQUES LUCAS &

Parece pacífico concluir que não existe um direito geral do editor na ordem jurídica portuguesa. No entanto, há algumas prerrogativas que a lei consagra a seu favor. Assim, existem utilizações livres que dependem da indicação do editor (art. 76º/1/a) CDADC) e/ou que dão origem a remuneração equitativa a seu favor (arts. 76º/1b) e c) e 82º).⁴⁷ Na verdade isto representa um equivalente funcional da protecção dos arranjos tipográficos existente no direito anglo-saxónico mas, diferentemente, não passa pela atribuição de um direito subjectivo absoluto.⁴⁸ Em Itália, a mesma solução de protecção contra aproveitamento parasitário do investimento editor é por vezes obtida via concorrência desleal, sendo que no passado chegou a existir um direito conexo.⁴⁹ Mas será que existe, na ordem jurídica nacional, um direito subjectivo absoluto em relação ao espectáculo?

3. Existirá um direito ao espectáculo?

O direito ao espectáculo foi enunciando entre nós por OLIVEIRA ASCENSÃO,⁵⁰ que lhe atribui origem consuetudinária com alguma consagração legal no artigo

AGNÉS LUCAS-SCHLOETTER, *ob. cit.*, p. 933, dizendo que mais vale ao editor transaccionar direitos de autor do que ter um direito conexo de contornos imprecisos. No mesmo sentido, veja-se MICHEL VIVANT & JEAN-MICHEL BRUGUIÈRE, *ob. cit.*, p. 941, dando conta da inexistência de tal direito em França mas do seu reconhecimento em Espanha e na Alemanha.

⁴⁶ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor...cit.*, pp. 590-598 (identificando a fonte no costume, ver também, do mesmo autor 'Der Schutz von Veranstaltungen kraft Gewohnheitsrecht', GRUR Int [1991] pp. 20-25) e ALBERTO DE SÁ E MELLO, 'Filmagem de Espectáculos Desportivos e "Direito de Arena"' Jurismat nº1 (2012) pp. 175-199.

⁴⁷ Muito crítico desta solução cfr. ALBERTO VIEIRA, 'A posição...cit.'. Entretanto o TJUE na decisão C-572/13, HP / Reprobel (EU:C:2015:750) veio a confirmar o entendimento segundo o qual o DUE se impede "uma legislação nacional, (...) que autoriza o Estado-Membro a atribuir uma parte da compensação equitativa devida aos titulares de direitos aos editores de obras criadas pelos autores, sem que esses editores tenham uma obrigação, ainda que indireta, de fazer com que esses autores beneficiem de uma parte da compensação de que são privados." (§49). Assim, a actual Lei da Cópia Privada (Lei 62/98, de 1 de Setembro, alterada pela última vez pela Lei 49/2015 de 5 de Junho) encontra-se em desconformidade com o DUE, devendo ser alterada. Neste mesmo sentido vide ALEXANDRE DIAS PEREIRA, 'A compensação equitativa pela cópia privada no direito de autor português e da União Europeia' in RDI nº 2 (2016) p. 52 n. 68. Não obstante, a proposta de Directiva relativa aos direitos de autor no mercado único digital (COM(2016) 593 final) apresentada em Setembro de 2016 prevê nos artigos 11º e 12º a consagração de alguns direitos para os editores (cfr. ainda considerandos 31 a 36).

⁴⁸ Cfr. nota 39. Sobre a noção de equivalentes funcionais no direito comparado vide KONRAD ZWEIGERT, 'Des solutions identiques par des voies différentes, Revue internationale de droit comparé (1966) pp. 5-18.

⁴⁹ VITTORIO M. DE SANCTIS, *ob. cit.*, p.182.

⁵⁰ 'O Direito ao Espectáculo' BMJ nº 366 (1987) pp.41-55 (= in AAVV, *Estudos em Memória do Prof. Doutor Paulo Cunha* (AAFDL 1987) pp. 133-139); 'Direito à Informação e Direito ao Espectáculo' ROA [1988] pp. 17-35 (= in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró*, vol. II (Coimbra

117º CDADC).⁵¹ Este artigo exige autorização do empresário do espectáculo (além do autor e artistas) para a respectiva fixação, exibição e/ou radiodifusão. Segundo o ilustre Professor, o direito ao espectáculo, atribuído ao organizador do espectáculo,⁵² seria um direito absoluto,⁵³ teria como conteúdo a possibilidade de proibir a comunicação a ambiente diferente e a radiodifusão,⁵⁴ estaria sujeito a esgotamento com a autorização dada⁵⁵ e aos limites impostos pela liberdade de informação.⁵⁶ A respectiva duração determinar-se-ia pelo "período normal de exploração do espectáculo".⁵⁷

A jurisprudência⁵⁸ e a doutrina⁵⁹ têm dado algum acolhimento a esta tese. MAFALDA SEBASTIÃO⁶⁰ sustenta que o *animus* (a consciência social do costume) reside no facto de todos termos presente que não devemos aproveitar-nos de um espectáculo. E acrescenta que o facto de os direitos televisivos dos jogos de futebol serem altamente valiosos corrobora a existência deste direito.⁶¹

Não partilho desta forma de ver as coisas. Recorrendo às avisadas palavras de TIAGO AZEVEDO RAMALHO:⁶² "Em matéria de *res* (ou entes) *incorporales*, é (...) função da regra jurídica determinar o que vale como realidade jurídica ideal – a

Ed. 1993) pp. 285-308); 'Titularidade de Licença de Emissor de Televisão e Direito ao Espectáculo no Rescaldo do Litígio S.L. Benfica/Olivedesportos', in AAV, *Estudos de homenagem a Magalhães Collaço*, vol. II (Almedina 2002) pp. 295-312.

⁵¹ Aplicável, *ex vi* art. 121º/2 CDADC, à recitação e à execução de obras musicais.

⁵² 'Titularidade de...cit.' p. 301.

⁵³ *Direito de Autor...cit.*, p. 596.

⁵⁴ *Direito de Autor...cit.*, p. 593. Isto parece indicar que a fixação do espectáculo não integra o conteúdo deste direito. Sem prejuízo de, ocorrendo interpretação, assistir aos artistas-intérpretes o direito de fixação. Mas em espectáculos desportivos não ocorre interpretação de obra literária e artística. Mas este ponto não é uniforme na doutrina. ALBERTO SÁ E MELLO, 'Filmagem de Espectáculos Desportivos e "Direito de Arena"' Jurismat nº1 (2012) p. 198 inclui também o direito de fixação e de reprodução no conteúdo do direito ao espectáculo.

⁵⁵ *Direito de Autor...cit.*, p. 596.

⁵⁶ *Direito de Autor...cit.*, p. 594 e 'Direito à Informação e Direito ao Espectáculo' ROA [1988] pp. 17-35 (partindo da análise crítica do Parecer da PGR de 28-VII-1985).

⁵⁷ *Direito de Autor...cit.*, p. 597: "Quando a cortina da actualidade baixa, o direito extingue-se".

⁵⁸ Cfr. Ac. STJ 21-V-2009 (rel. CUSTÓDIO MONTES), julgado ao abrigo da anterior Lei de Bases do sistema desportivo de 1990.

⁵⁹ ALBERTO SÁ E MELLO, 'Filmagem...cit., *passim*, esp. pp. 187-199 e, do mesmo autor, mais recentemente, *Direito de Autor...cit.*, p. 161-162 (parecendo rejeitar a ideia de *numerus clausus* de direitos conexos, ainda que a propósito de outro aspecto) e pp. 173-174 n. 252; MENEZES LEITÃO, *Direito de Autor...cit.*, pp. 270-274.

⁶⁰ 'O Direito do Produtor' (inédito FDUL 2009), p. 66.

⁶¹ *Ibid* pp. 66-67. De facto, há notícias recentes de os direitos de transmissão desportiva de jogos de futebol dos três maiores clubes portugueses terem sido objecto de contratos com valor entre 400 e 457,7 milhões de euros (cfr. <http://observador.pt/explicadores/os-jogos-dos-grandes-melhor-negocio/>).

⁶² 'Recensão a GROTEN, *corpus und universitas*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015' RED nº3 (2015) p. 18. Em sentido muito próximo cfr. HAIMO SCHACK, *ob. cit.*, pp. 10-12.

regra jurídica individualiza colectivos; e só em função do critério formulado pela regra jurídica é possível determinar de que se trata. Assim, a regra jurídica oferece, então, o ângulo relevante de consideração para certo efeito. Nestas matérias, qualquer discurso naturalista está por isso votado ao fracasso (...). Nunca é o real (ainda que de natureza ideal) que determina a consideração jurídica; o que determina é a sua qualificação como juridicamente relevante, pressupondo um critério que assim determine.”⁶³ Na verdade, no plano jurídico-legalista (das normas legais), os mecanismos que permitem apropriar valor no espectáculo parecem-me ser sobretudo o direito de propriedade (que permite controlar as entradas no espaço físico onde ocorre espectáculo e as actividades que lá se desenrolem)⁶⁴ e o contrato (que permite impor condições para assistir ao espectáculo).⁶⁵

Por outro lado, existem argumentos que me levam a obstar ao reconhecimento de um “direito ao espectáculo”. Em primeiro lugar, o reconhecimento parece contrariar a ideia de *numerus clausus* de direitos absolutos, igualmente válida para a Propriedade Intelectual.⁶⁶ Além disso, admitir-se um direito absoluto de fonte

⁶³ OLIVEIRA ASCENSÃO, ‘O Direito ao Espectáculo’ cit., p. 41 parece apoiar-se na teoria da força normativa dos factos. O que é normal para quem queira sustentar o fundamento consuetudinário do direito (assim, BAPTISTA MACHADO, *ob. cit.*, pp. 44-49); mas levanta inevitáveis dificuldades em termos de segurança jurídica. O exemplo que OLIVEIRA ASCENSÃO, ‘O Direito ao Espectáculo’ cit., p. 53 apresenta (se a RTP pretendesse transmitir em directo uma recita de ópera seria seguramente expulsa pelo empresário) parece-me ser um mero resultado do exercício do direito de propriedade e o consequente controlo de acesso a um recinto (*Hausrecht*).

⁶⁴ HERBERT ZECH, ‘Information as Property’ JIPITEC [2015] p. 196: “Somewhat surprising also property rights in corporeal things (real property rights) confer legal exclusivity with respect to the information contained within.”

⁶⁵ Neste mesmo sentido parece ir a actual disposição do artigo 49º/2 da Lei de Bases da Actividade Física e do Desporto (Lei nº5/2007, de 16 de Janeiro). A esta abordagem, a doutrina alemã chama *Hausrecht*, querendo com isso designar a combinação do direito de propriedade com os mecanismos contratuais. Nas Conclusões relativas aos processos C-201/11P, C204/11P e C-205/11P Uefa e Fifa contra Comissão (EU:C:2012:786) §33-45, o AG JÄÄSKINEN parece acolher esta concepção. Como explica THOMAS MARGONI, *ob. cit.*, pp. 5-7, esta abordagem encontra-se pelo menos na Áustria, na Alemanha e na Holanda. Em sentido diverso, OLIVEIRA ASCENSÃO, ‘O Direito ao Espectáculo’ cit., p. 46 apontava as insuficiências da propriedade e, apesar de reconhecer virtualidades à abordagem contratual (pp. 48-49), acaba por negá-la (p.52). Aos meios de tutela referidos podemos juntar a concorrência desleal em alguns (poucos) casos e o enriquecimento sem causa. Em sentido basicamente coincidente com OLIVEIRA ASCENSÃO pode ver-se ALBERTO DE SÁ E MELLO, ‘Filmagem... cit.

⁶⁶ José ALBERTO VIEIRA, ‘Obras geradas...cit’ p. 139 e OLIVEIRA ASCENSÃO, ‘O Direito ao Espectáculo’ cit., p. 45. Sobre o princípio no domínio dos direitos reais veja-se ELSA SEQUEIRA SANTOS, ‘Analogia e Tipicidade em Direitos Reais’ in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, vol. IV (Almedina 2003) pp. 478-488 (avaliando-o de forma favorável).

consuetudinária não se revela fácil de compaginar com exigências de segurança jurídica e proporcionalidade numa tal restrição à liberdade geral de acção.⁶⁷

Para testar a existência de um direito ao espectáculo coloca-se a pergunta prática: será que alguém que se encontra licitamente a assistir a um espectáculo e que obteve autorização dos artistas,⁶⁸ fixando a respectiva actuação com o seu telemóvel, pode ser impedido pelo organizador desse espectáculo de colocar essa obra à disposição do público, nomeadamente no Youtube? E esta plataforma pode ser obrigada a retirar esse vídeo? Posto de outra forma, existe um direito com natureza absoluta (*erga omnes*), logo oponível a terceiros, incidindo sobre o imaterial que é o espectáculo? Actualmente não encontramos, em Portugal, fundamento legal para isso.⁶⁹

4. O artigo 39º CDADC

A Directiva 2006/116/CE relativa ao prazo de protecção do direito de autor e de certos direitos conexos,⁷⁰ consagra a obrigação de conferir protecção às “obras não publicadas anteriormente” através da atribuição das facultades patrimoniais do direito de autor durante 25 anos (art. 4º) e admite, de forma opcional, a protecção de “edições críticas e científicas” com um prazo máximo de 30 anos (art. 5º). Portugal consagrou ambas no artigo 39º CDADC. No entanto, estes dois direitos conexos levantam várias interrogações.

⁶⁷ Neste mesmo sentido vai OEHEN MENDES, ‘Espectáculos desportivos, formatos televisivos e direito de autor’ ROA [2015] pp. 749-751.

⁶⁸ Ou, em alternativa, que assiste a um jogo de futebol que, como confirmado pelo TJUE, não goza de direitos de autor (C-403/08 e C-429/08 *Murphy* §98).

⁶⁹ Com uma análise do actual quadro legal LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito de Autor...cit.*, pp. 270-274 conclui porém que se encontra “claramente reconhecido na nossa ordem jurídica o direito ao espectáculo” (p. 274). Em sentido algo distinto, o Estudo encomendado pela Comissão Europeia (BEN VAN ROMPUY & THOMAS MARGONI, *Study...cit.*, p. 60) indica que o estado actual da lei Portuguesa não é muito claro. Entrando no fundamento consuetudinário haverá que fazer um trabalho de empírico procurando em primeiro lugar determinar da existência e contornos do costume (o que aumenta em enorme medida a insegurança jurídica). No entanto, atento o disseminado uso de *smartphones* e a prática comum de partilha de vídeos feitos com esses telefones na Internet, atrevo-me a aventar que esse costume, se alguma vez existiu, já não subsiste. Não será possível configurar o caso como uma utilização privada visto que a plataforma se trata de uma página livremente acessível a todos. Fazendo uma análise semelhante à que apresentei, mas no âmbito do quadro legal alemão, veja-se THOMAS DREIER, ‘GERMANY: Creating New Property Rights on the Basis of General Legal Concepts – Without limits?’ JIPITEC [2011] pp. 152-156.

⁷⁰ Trata-se da versão codificada, a versão original datava de 1993 (Directiva 93/98/CEE do Conselho, de 29 de Outubro de 1993, relativa à harmonização do prazo de protecção dos direitos de autor e de certos direitos conexos). Esta foi alterada pela Directiva 2011/77/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Setembro de 2011.

4.1. Editor de obras inéditas não protegidas (nº1)

O direito do editor de obras inéditas não protegidas (art. 39º/1 CDADC) incide sobre obras cuja protecção jusautoral expirou sem terem sido divulgadas.⁷¹ O objectivo deste direito é estimular e proteger a divulgação de uma obra sobre a qual à partida já não incidiriam direitos de exclusivo, conferindo um exclusivo de 25 anos a quem faça essa divulgação pela primeira vez (*editio princeps*).⁷² Estamos num domínio onde tradicionalmente operava a concorrência desleal.⁷³

Os requisitos para a protecção geram algumas interrogações. Tem que se tratar de uma obra, o que significa que as criações que não reúnam essa qualificação estão excluídas.⁷⁴ A obra tem que estar no domínio público, sendo que qualquer publicação que ocorra antes de a obra ter ingressado no domínio público tem como efeito impedir o acesso a este direito conexo. Obras no domínio público serão aquelas cujo prazo de protecção já expirou ou que, sendo obras, nunca gozaram de protecção jusautoral.⁷⁵ Ou seja, a obra não necessita de ter sido protegida algum dia.⁷⁶

No centro desta tutela está o conceito de publicação. Para que o direito conexo seja concedido é necessário que a obra no domínio público seja publicada ou divulgada (divulgação actual) e que nunca tenha sido anteriormente publicada ou divulgada (carácter inédito). A primeira interrogação é saber se as exigências positivas de divulgação actual são as mesmas que as exigências negativas relativas ao seu carácter inédito (nunca ter sido publicada ou divulgada), isto é, se o

⁷¹ Por operação do artigo 38º/2 (previsto no artigo 1º/6 da Directiva da Duração), nalguns casos (como obras anónimas) o direito de autor expira no prazo de 70 anos a contar da criação visto não ser possível determinar a data da morte do autor.

⁷² Para uma discussão detalhada dos fundamentos deste direito veja-se EVA LANGER, *Der Schutz nachgelassener Werke: Eine richtlinienkonforme und rechtsvergleichende Auslegung von § 71 UrhG* (V&R Unipress 2012) pp. 56-70 (concluindo pela protecção do investimento como parte de uma política cultural). Um objetivo claro é incentivar a publicação de obras (GEMMA MINERO, 'The Term Directive' in IRINI STAMATOUDI & PAUL TORREMANS (eds), *EU Copyright Law – A Commentary* (EE 2014) p. 256).

⁷³ Na conhecida decisão do BGH de 30.X.1968 (BGHZ 51, 41), o Tribunal alemão havia entendido que a reprodução de novas edições de obras caídas no domínio público, imediatamente a seguir à sua edição constituía uma violação das regras da leal concorrência.

⁷⁴ LOWENHEIM, §71 in SCHRICKER/LOWENHEIM, *Urheberrecht Kommentar* (C.H. Beck 2010) rn. 6. Sobre a evolução do conceito a nível europeu veja-se, entre muitos outros, TATIANA SYNODINOU, 'The foundations of the concept of work in European Copyright Law' in TATIANA SYNODINOU (ed.), *Codification of European Copyright: Challenges and perspectives* (Kluwer Law International 2012), pp. 93-113.

⁷⁵ Como é o caso das obras que não têm pontos de conexão relevantes com uma dada ordem jurídica, nem gozam de extensão por via de Convenções. Assim acontece por exemplo com as criações de autores norte-coreanos, feita nas Coreia do Norte, em face da ordem jurídica japonesa.

⁷⁶ MICHEL WALTER, 'Term Directive' cit., p.571.

grau de exigência com a divulgação necessária para aceder à protecção é igual ao que é posto no carácter inédito. O artigo 4º da Directiva é inconsistente na sua formulação,⁷⁷ tendo o legislador nacional procedido à sua transposição *qua tale*.⁷⁸

MICHEL WALTER⁷⁹ defende que o conceito válido de carácter inédito só pode ser determinada com base na publicação. Seria impraticável determinar se tinha ocorrido uma divulgação relevante há vários séculos atrás. O Autor defende que a interpretação a fazer deve ser teleologicamente informada pelo propósito de estimular a publicação e divulgação de obras.⁸⁰ De facto, não parece que a mera exposição de um quadro ou circulação de alguns exemplares de um manuscrito deva afectar o seu carácter inédito para este efeito.

Diz-se, por isso, que este direito pode abranger obras perdidas. Em 2009, o BGH analisou esse problema a propósito da ópera de Vivaldi "Motezuma" de 1733, encontrada em 2002 numa biblioteca em Berlim.⁸¹ O Tribunal começou por explicitar que, tendo em conta a dificuldade da prova de factos negativos (neste caso provar a não publicação de uma obra com séculos), basta ao editor invocar essa não publicação, cabendo à outra parte apresentar factos que demonstrem a existência de uma publicação.⁸² No caso em concreto, com base em depoimentos de musicologistas que apontaram a prática comum em Veneza de depósito da pauta para consulta do público e a circulação de cópias manuscritas entre músicos, o Tribunal considerou que a obra tinha sido publicada e portanto não gozava desta protecção.⁸³ Em 2003, o *Landgericht* de Magdeburg⁸⁴ tinha adoptado uma posição ligeiramente diferente em relação ao disco de Nebra (um artefacto de cerca de 1600 A.C. descoberto em 1999 por dois indivíduos que faziam buscas ilegalmente⁸⁵), considerando que o facto de um objecto não ser visto há muito tempo deve fazer presumir a sua não publicação.⁸⁶ Assim, quanto mais antiga a obra mais provável será o reconhecimento deste direito.

O conceito de publicação/divulgação actual poderia ser retirado do artigo 6º/1 CDADC que define obra publicada como "a obra reproduzida com o consentimento do seu autor, qualquer que seja o modo de fabrico dos respectivos exem-

⁷⁷ MICHEL WALTER, 'Term Directive' cit., p.574. No mesmo sentido LOWENHEIM, §71 cit. rn. 3 e 7.

⁷⁸ Isto aconteceu na generalidade das transposições (MICHEL WALTER, 'Term Directive' cit., p.578).

⁷⁹ 'Term Directive' cit., p. 572 e p.574.

⁸⁰ *Ibid*, pp. 572-573.

⁸¹ Decisão de 22 de Janeiro de 2009 (I ZR 19/07), *Motezuma*.

⁸² rn. 19-20.

⁸³ rn. 41.

⁸⁴ Decisão de 16 de Outubro de 2003 (7 O 847/03) (publicada em ZUM [2004] p.580).

⁸⁵ https://en.wikipedia.org/wiki/Nebra_sky_disk (consultado a 17 de Janeiro de 2016).

⁸⁶ Sobre estes dois casos cfr. BERNHARD VON LINSTOW, 'Motezuma, Himmelscheibe und das System der Schutzrechte' in AAVV, *Festschrift für Eike Ullmann* (Juris GmbH Saarbrücken 2006) pp. 297-310.

plares, desde que efectivamente postos à disposição do público em termos que satisfaçam razoavelmente as necessidades deste, tendo em consideração a natureza da obra.”⁸⁷ A referência a exemplares indicia que apenas publicação “em papel” importa.⁸⁸ No entanto, o CDADC refere-se, no artigo 39^o, a publicação ou divulgação. Assim, parece que a edição pode fazer-se em qualquer formato, incluindo digital.⁸⁹ Porém, para se considerar que há uma publicação/divulgação suficiente para aceder à protecção, revela-se importante que o acesso proporcionado à obra seja permanente e não efémero.⁹⁰ Em suma, concordo com MICHEL WALTER⁹¹ quando este autor sugere que a protecção deve ser concedida a quem dê suficiente acesso a obras que não tenham sido previamente publicadas (sendo irrelevante a sua divulgação anterior).

Entende-se que a publicação ou divulgação que origina este direito tem que ser póstuma,⁹² o que faz sentido visto que actualmente, salvo raras excepções o prazo se conta a partir da morte do autor. A publicação tem igualmente que ser lícita. Este requisito visa garantir que só tem acesso à protecção aquela publicação ou divulgação que respeite o direito moral de divulgação.⁹³ É claro que, a determinação da licitude de uma publicação póstuma caberá sobretudo aos herdeiros, responsáveis pelo exercício dos direitos morais do autor falecido.⁹⁴ Há autores que realçam que o requisito da licitude é mais amplo e deve ser entendido por referência à totalidade das regras aplicáveis (nomeadamente a violação das regras de arquivos ou o direito de propriedade de outrem).⁹⁵ Em contrapartida há quem sugira uma interpretação ab-rogante deste requisito apontando que ele resulta de um mero lapso do legislador europeu.⁹⁶

⁸⁷ Esta definição corresponde, no essencial, ao artigo 3^o/3 da Convenção de Berna.

⁸⁸ Defende-o no contexto da directiva MICHEL WALTER, ‘Term Directive’ cit., p. 572. Em sentido contrário pronuncia-se GEMMA MINERO, *ob. cit.*, p. 273.

⁸⁹ LOWENHEIM, §71 cit. rn. 6.

⁹⁰ MICHEL WALTER, ‘Term Directive’ cit., p. 573.

⁹¹ ‘Term Directive’ cit., pp. 573-574.

⁹² GEMMA MINERO, *ob. cit.*, p. 273.

⁹³ *ibid.*

⁹⁴ É conhecido o problema de MAX BROD amigo de FRANZ KAFKA que, desrespeitando a vontade deste, divulgou a sua obra em vez de a queimar. Sobre o problema, do ponto de vista sucessório, veja-se NILI COHEN, ‘The Betrayed(?) Wills of Kafka and Brod’ *Law & Literature* 27.1 (2015) pp. 1-21. PETER K. YU, ‘Moral Rights 2.0.’ in CHRISTOPHER HEATH & ANSELM KAMPERMAN SANDERS (eds), *Landmark Intellectual Property Cases and Their Legacy* (Wolters Kluwer 2010) pp. 30-31 identifica neste domínio uma área em que os direitos morais, na sua opinião, não garantem protecção adequada aos autores. Entre nós, ALEXANDRE DIAS PEREIRA, *Direitos de Autor e Liberdade...cit.*, p. 479, considera que tendo expirado o direito patrimonial há “(...) a possibilidade de publicação de obras inéditas contra a vontade expressa ou tácita do seu autor (em testamento).”

⁹⁵ LOWENHEIM, §71 cit. rn. 11.

⁹⁶ MICHEL WALTER, ‘Term Directive’ cit., p. 576.

Está por esclarecer a ligação deste direito conexo ao princípio da territorialidade. Quais serão os pontos de conexão relevantes para a atribuição deste direito conexo? A publicação terá que ocorrer em território nacional? A nacionalidade do autor da obra ou do editor são relevantes?⁹⁷ O problema complica-se pela circunstância de não existir convenção internacional que cubra este direito conexo. Por agora limito-me a apresentar estas interrogações que valem igualmente para o direito conexo sobre edições críticas e científicas de obras no domínio público.

O conteúdo deste direito conexo é definido por remissão. A expressão “protecção equivalente à resultante dos direitos patrimoniais do autor” levanta a dúvida sobre saber se vale aqui a tipicidade fechada dos direitos conexos ou se é aplicável o que vale para os direitos de autor. Apesar da natureza deste direito, se o referencial são os direitos patrimoniais de autor, impõe-se a aplicação da cláusula geral, ou seja, a tipicidade aberta.

É curioso constatar que a mesma conduta – a publicação de um inédito – tanto pode constituir crime (se o direito patrimonial de autor ainda não expirou, tal como resulta do previsto nas alíneas a) e b) do artigo 195^o/2 CDADC), como levar à atribuição deste direito conexo. Por outro lado, parece que a consagração deste direito se encontra em contradição com o sentido do texto do artigo 78^o CDADC. Será que essa norma se deve considerar tacitamente revogada?

A titularidade deste direito levanta algumas interrogações. Este deverá ser atribuído inicialmente à editora que o publica, àquele que promove a publicação (o editor) ou o dono do suporte publicado? Quer o contexto literal quer a teleologia da disposição apontam para a atribuição ao editor,⁹⁸ sendo certo que se pode tratar de uma pessoa colectiva como uma Universidade ou um Instituto.⁹⁹

4.2. Editor de edições críticas e científicas de obras no domínio público (n^o2)

O direito do editor de edições críticas e científicas de obras no domínio público, consagrado no art. 39^o/2 CDADC, resulta da transposição da disposição opcional do art. 5^o da directiva relativa à duração.¹⁰⁰ É importante compreender

⁹⁷ LOWENHEIM, §71 cit. rn. 14, sugere, em face do ordenamento alemão, uma resposta negativa a esta pergunta.

⁹⁸ LOWENHEIM, §71 cit. rn. 14: “...aquele que, ao encontrar a obra, reconhece o seu valor e promove a sua publicação”. Também MICHEL WALTER, ‘Term Directive’ cit., p. 577.

⁹⁹ LOWENHEIM, §71 cit. rn. 14.

¹⁰⁰ Analisando de forma crítica esta disposição da directiva veja-se THOMAS MARGONI & MARK PERRY, ‘Scientific And Critical Editions Of Public Domain Works: An Example Of European Copyright Law (Dis) Harmonization’ *Canadian Intellectual Property Review* 27 (2011) pp. 157-170. Os autores chegam a

que o objecto deste direito conexo é apenas o valor acrescentado que a parte crítica e/ou científica relacionada com a obra traz.¹⁰¹ Assim, uma edição desse mesmo trabalho sem esse acréscimo continua a ser livre visto integrar o domínio público. Parece que, por igualdade de razão, a protecção dispensada por este direito conexo também se deve aplicar a edições científicas de obras incapazes de gozar de direitos de autor,¹⁰² sendo essencial que a obra editada integre o domínio público. Exemplos frequentes são comentários a obras religiosas, reconstruções e/ou traduções de textos antigos e anotações para contextualização de obras de difícil compreensão e/ou grande significado cultural, histórico ou social.

A consagração desta protecção será em grande medida redundante, visto que pode cumular-se com a protecção dispensada ao autor dos comentários críticos e científicos se o comentário for original, bem como com o direito do editor de obras inéditas não protegidas.¹⁰³ No entanto, os critérios que presidem à elaboração de uma edição desta natureza não serão dirigidos à criação de uma expressão intelectual própria (como acontece tipicamente com a literatura ou as belas artes) mas, ao invés, orientados por critérios científicos.¹⁰⁴ Só uma edição que resulte de actividade científica e dos métodos que lhe são próprios poderá aceder a esta protecção.¹⁰⁵ Além disso, a publicação deve, tal como em relação ao direito do editor de obras inéditas, ser feita de forma a tornar acessível ao público a obra em quantidade suficiente (mas poderá ser feita em formato digital)¹⁰⁶. A exigência de publicação lícita (art. 39º/2 *in fine*) levanta as mesmas dúvidas de interpretação identificadas no artigo 39º/1.¹⁰⁷ Apesar de não ser explicitamente referido, a edição deve resultar da actividade própria não podendo ser copiada. Deverá igualmente distinguir-se das edições comuns nesse domínio, fazendo uma contribuição inovadora.¹⁰⁸ O titular deste direito será a pessoa singular

afirmar que “The part of the Term Directive analyzed here should be deemed invalid or repealed as a result of its implementation” (p. 166). De facto, é algo estranho que uma directiva de harmonização tenha uma disposição opcional cujo conteúdo (a duração) possa ser fixado livremente até ao limite máximo de 30 anos.

¹⁰¹ ALEXANDER PEUKERT, *Die Gemeinfreiheit* (Mohr Siebeck 2012) p. 109.

¹⁰² LOWENHEIM, §70 cit., n. 5.

¹⁰³ LOWENHEIM, §70 cit., n. 3-4.

¹⁰⁴ MICHEL WALTER, ‘Term Directive’ cit., p. 580. Deve assinalar-se que essa circunstância não impede o acesso à protecção jusautorais desde que a criação seja original. Sobre isso em detalhe cfr. STEF VAN GOMPEL & ERLIND LAVIK, ‘Quality, Merit, Aesthetics and Purpose: An Inquiry into EU Copyright Laws eschewing of other criteria than originality’, RIDA 236 [2013] pp. 100-295.

¹⁰⁵ LOWENHEIM, §70 cit., n. 7.

¹⁰⁶ MICHEL WALTER, ‘Term Directive’ cit., p. 582, pronuncia-se em sentido contrário entendendo que se deve limitar a publicação em forma tangível.

¹⁰⁷ MICHEL WALTER, ‘Term Directive’ cit., p. 582, entende que, neste caso, o erro do legislador é ainda mais evidente.

¹⁰⁸ Dispõe expressamente nesse sentido o §70(1) UhrG.

ou o seu conjunto que tenha produzido os comentários críticos ou a edição científica.¹⁰⁹

Quanto ao conteúdo, a norma é ainda mais lacónica do que o número anterior, limitando-se a dizer que estas edições “beneficiam de protecção”. Parece-me que se deve entender que essa protecção será “equivalente à resultante dos direitos patrimoniais do autor”, ou seja, a aplicação por remissão do artigo 68º CDADC. Em Portugal a duração estabelecida é de 25 anos a contar da data da edição.¹¹⁰ Não está previsto um direito de paternidade mas as normas próprias da comunidade científica impõem a referenciação do autor, o que, em muitos casos, levará a um resultado próximo.

5. O conteúdo patrimonial dos direitos conexos “clássicos” no direito europeu

Nesta secção a análise do conteúdo patrimonial é feita transversalmente do ponto de vista conceptual e europeu, dedicando-se a secção seguinte (6) à análise das soluções expressas no CDADC.

A Directiva 2001/29/CE (conhecida como directiva Infosoc) veio harmonizar de forma transversal os três direitos económicos considerados mais importantes – reprodução, comunicação ao público e distribuição – tanto em relação ao titular de direito de autor como ao titular de alguns direitos conexos.¹¹¹ No caso dos direitos conexos, a Directiva veio apenas suplementar o acervo já existente, uma vez que já existiam instrumentos que harmonizavam algumas faculdades patrimoniais para os titulares de direitos conexos, especialmente a Directiva 2006/115/CE.¹¹² De um modo geral, o legislador europeu declarou que estes direitos devem ser

¹⁰⁹ É duvidoso que se possa atribuir este direito a uma pessoa colectiva mas, tendo em conta a figura das obras colectivas (art. 19º CDADC), não parece que se possa afastar liminarmente essa hipótese.

¹¹⁰ Ao contrário do que acontece v.g. em Itália (20 anos) ou na Polónia (30 anos).

¹¹¹ Para um relato exaustivo das transposições da directiva Infosoc cfr. GUIDO WESTKAMP, ‘The Implementation of Directive 2001/29/EC in the Member States, Part II’ disponível em http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/infosoc-study-annex_en.pdf.

¹¹² A Directiva 2006/115/CE relativa ao direito de aluguer, ao direito de comodato e a certos direitos conexos ao direito de autor em matéria de propriedade intelectual (versão codificada) (cuja versão inicial data de 1992) além de ter harmonizado, transversalmente para autores e titulares de direitos conexos, duas faculdades patrimoniais (direito de aluguer e de comodato), procedeu a uma harmonização importante dos direitos conexos, estabelecendo um conjunto de direitos mínimos em termos muito mais generosos que aqueles que resultavam das normas internacionais. Assim, o artigo 7º consagra o direito de exclusivo de fixação para os artistas-intérpretes e organismos de radiodifusão, o artigo 8º estabelece o direito de comunicação ao público e de radiodifusão a favor de artistas-intérpretes, produtores de fonogramas e, com limitações, organismos de radiodifusão e o artigo 9º atribui o direito de distribuição a estes três beneficiários e aos produtores de filmes (obras cinematográficas ou videogramas). O artigo 10º prevê ainda algumas

entendidos de forma ampla.¹¹³ Apesar de existirem algumas diferenças, o TJUE tem aplicado os conceitos de forma transversal tanto para os direitos de autor como para os direitos conexos.

Para compreender o conteúdo patrimonial dos direitos conexos é necessário assinalar a distinção geral entre, de um lado, direitos de *exclusivo*, direitos absolutos de controlar (autorizar ou proibir) determinado comportamento e, de outro, direitos de/a uma *remuneração*, direitos de crédito que permitem apenas exigir um dado pagamento de outrem.¹¹⁴ Em relação aos direitos conexos, dependendo da faculdade e das circunstâncias, um titular pode ter um direito de exclusivo ou apenas direitos de remuneração (que é o resultado de uma licença obrigatória estabelecida por lei).¹¹⁵

5.1. Direito de reprodução

O direito de reprodução é um direito de proibir a cópia “por qualquer espécie ou forma, no todo ou em parte.” A directiva Infosoc define-o, em termos semelhantes ao artigo 9(1) da Convenção de Berna,¹¹⁶ no seu artigo 2º, como “o direito exclusivo de autorização ou proibição de reproduções, directas ou indirectas, temporárias ou permanentes, por quaisquer meios e sob qualquer forma, no todo ou em parte”. O artigo 176º/7 CDADC apresenta uma definição de reprodução sensivelmente coincidente.¹¹⁷

utilizações livres em sede de direitos conexos. Esta directiva foi transposta para o direito português pelo DL nº 332/97, de 27 de Novembro

¹¹³ Considerando 21 (relativo ao direito de reprodução) e 23 da Directiva Infosoc (relativo ao direito de comunicação ao público).

¹¹⁴ É muito influente no domínio da Propriedade Intelectual o artigo de GUIDO CALABRESI, ‘Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral’ Harvard Law Review [1972] pp.1089-1128 que explora a distinção em detalhe. Segundo PAULO MOTA PINTO, *Interesse Contratual Positivo e Interesse Contratual Negativo*, vol. I (Coimbra Ed. 2008) p. 475 n. 1356, esta é uma distinção diferente daquela que ocorre entre tutela obrigacional (direitos relativos) e tutela real (absoluta). O que estará aqui em causa é a tutela em valor (*liability*) ou em espécie (*property*). Quanto à dicotomia da oponibilidade, além da incontável doutrina civilista, destaco a análise profunda e original de MIGUEL GALVÃO TELLES, ‘Direitos Absolutos e Direitos Relativos’ in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Joaquim Moreira da Silva Cunha* (Coimbra Ed. 2005) pp. 649-676.

¹¹⁵ DIAS PEREIRA, ‘Da retransmissão...cit.’, p.1006. Um exemplo desta técnica encontra-se logo no art. 12º da Convenção de Roma referente a usos secundários de fonogramas.

¹¹⁶ E, para os direitos conexos, artigos 7º (c) e 10º da Convenção de Roma.

¹¹⁷ CLÁUDIA TRABUCO, *O Direito...cit.*, pp. 728-730 apesar de criticar esta noção (por não ter em conta a exclusão do art. 75º/1 CDADC), considera que ela é “aplicável a todos os direitos protegidos sob a égide do Direito de Autor”.

Em termos de direitos conexos, a Directiva 2001/29 atribui o direito de reprodução “aos artistas intérpretes ou executantes, para as fixações das suas prestações”, “aos produtores de fonogramas, para os seus fonogramas”, “aos produtores de primeiras fixações de filmes, para o original e as cópias dos seus filmes” e “aos organismos de radiodifusão, para as fixações das suas radiodifusões, independentemente de estas serem transmitidas por fio ou sem fio, incluindo por cabo ou satélite.” (art. 2º/1/b), c), d) e e)). A reprodução directa pressupõe a interferência com um suporte (v.g. a cópia de um ficheiro ou de uma cassete), enquanto que a reprodução indirecta envolve a utilização de um meio intermédio (v.g. a obtenção de um fonograma a partir da sua emissão radiodifundida).¹¹⁸

Apesar de a directiva utilizar o mesmo conceito de reprodução para os direitos de autor e para os direitos conexos, não existe em relação a estes últimos protecção contra a cópia nos mesmos termos. Ao contrário do que acontece com os direitos de autor, à partida qualquer excerto de uma prestação, por mais pequeno que seja, representa uma reprodução, não sendo necessário que o excerto em causa apresente qualidades particulares.¹¹⁹ Seguindo a linha de raciocínio do BGH no caso *Metall auf Metall I*, esta diferença, apesar de favorecer os titulares de direitos conexos, justifica-se tendo em conta a natureza distinta dos direitos. No caso dos direitos conexos, o que protege é o investimento independentemente da qualidade daquilo que é registado. Logo, não se pode ter em conta a qualidade do reproduzido se isso não é tido em conta para aceder à protecção.¹²⁰

Por outro lado, não existe plágio de prestação.¹²¹ Não ocorre violação do direito conexo do produtor de fonogramas se alguém fizer uma gravação da mesma música sem partir, directa ou indirectamente, do fonograma em causa ou violação

¹¹⁸ SILKE VON LEWINSKI, ‘Rental Right...cit.’, p. 120; ANGÉL FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, *ob. cit.*, p.123.

¹¹⁹ Assim, entre muitos outros, GERNOT SCHULZE, ‘Urheberrecht und neue Musiktechnologien’ ZUM [1994], p.20 (citado com aprovação pelo BGH, na decisão de 20.XI.2008, *Metall auf Metall I* (IZR 112/06) rn. 14). Em sentido contrário pronuncia-se MAFALDA SEBASTIÃO, *ob. cit.*, p. 26.

¹²⁰ Criticando este raciocínio, cfr. SIMON APEL, *ob. cit.*, pp. 343-344.

¹²¹ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor...cit.*, p. 549 explicando a necessidade de interpretação restritiva do artigo 196º/1 uma vez que não pode ocorrer plágio de prestação (concordando, cfr. CLÁUDIA TRABUCO, *O Direito...cit.*, p.222). Pronuncia-se em sentido contrário LUÍS MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, p. 246, n. 312, quando afirma que “não é permitido que um artista reproduza integralmente a prestação de outro artista, mesmo que o faça sem recurso a meios técnicos”. Em minha opinião será assim apenas quando essa reprodução da prestação implique também um acto relevante do ponto de vista do direito de autor; logo, a prestação em causa tem que se qualificar também como obra. Um aspecto que pode revelar algum interesse em situações de “plágio de prestação” é a protecção de indícios de personalidade do artista-intérprete (sobre esta última veja-se HUW BEVERLEY-SMITH, ANSGAR OHLY & AGNÈS LUCAS-SCHLOETTER, *Privacy, Publicity and Personality – Civil Law Perspectives on Commercial Appropriation* (CUP 2005)).

do direito do artista-intérprete se outrem cantar ou tocar da mesma forma.¹²² Assim, copiar o modo de actuação de um outro artista não implica reprodução da sua prestação. A protecção dispensada aos artistas-intérpretes por este direito é protecção contra a reprodução da gravação da sua prestação e não sobre a forma de interpretação em si. Seria conveniente, por isso mesmo, alterar o artigo 196º CDADC, omitindo a referência a prestação.

5.2. Direito de comunicação ao público

Com base no estabelecido nos tratados WIPO de 1996, o artigo 3º/1 da directiva InfoSoc estabelece a favor dos autores o (um) direito de comunicação ao público definido como “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”.¹²³

5.2.1. Semelhanças e diferenças em relação ao direito de autor

Em relação aos mesmos titulares de direitos conexos a que atribui o direito de reprodução, a Directiva 2001/29 (art. 3º/2) limita-se a atribuir a faculdade de colocação à disposição do público, uma vez que a comunicação ao público “clássica” já resultava parcialmente do artigo 8º da Directiva 2006/115/CE.¹²⁴ Apesar disso, o resultado prático da conjugação das directivas é semelhante ao previsto para

¹²² RICHARD ARNOLD, ‘Content...cit, p. 276. O Autor apresenta o exemplo de um *remake* em 1998 por Gus Van Sant do filme *Psycho* de Alfred Hitchcock (1960), no qual o primeiro cineasta reconstituiu a obra do segundo cena-por-cena (p. 272). Esse *remake*, do ponto de vista dos direitos conexos, será legítimo.

¹²³ Sobre esta(s) faculdade(s) a bibliografia é extensa; mais recentemente pode ver-se NUNO SOUSA E SILVA, ‘A Jurisprudência Portuguesa e Europeia de Direito de Autor entre 2015 e a primeira metade de 2016’ *Propriedades Intelectuais* n.º6 (2017) pp. 53-57; MATTHIAS LEISTNER, ‘Copyright at the interface between EU law and national law: definition of “work” and “right of communication to the public”’ *JiPLP* [2015] pp. 626-637; MATTHIAS LEISTNER, ‘Europe’s copyright law decade: Recent case law of the European Court of Justice and policy perspectives’, *CMLR* [2014] pp. 559-600; POORNA MYSOOR, ‘Unpacking the right of communication to the public: a closer look at international and EU copyright law’, *IPQ* 2(2013) pp.166-185; KATARZYNA KLAFKOWSKA-WANIOWSKA, ‘Public communication right: towards the full harmonization?’ *EIPR* [2013], pp.751-758; AGNÈS LUCAS-SCHLOETTER, ‘Das Recht der öffentlichen Wiedergabe in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs’, *ZGE* vol. 5(1) (2013) pp. 84-102.

¹²⁴ Veja-se ALEXANDRE DIAS PEREIRA, ‘Da Retransmissão...cit., pp. 1031-1033, com uma análise detalhada da aplicação do artigo.

os titulares de direitos de autor. Os titulares de direitos conexos, à excepção dos organismos de radiodifusão,¹²⁵ gozam, salvo pequenas excepções, de um direito amplo de comunicação ao público que corresponde à noção utilizada no âmbito dos direitos de autor.¹²⁶ Assim, com algumas cautelas, a jurisprudência do TJUE neste campo pode ser aplicada transversalmente.

No entanto, o TJUE entende que conceito de comunicação ao público consagrado no artigo 8º/2 da Directiva 2006/115/CE é de natureza compensatória, enquanto que aquele consagrado no artigo 3º/1 da Directiva InfoSoc é de natureza preventiva (direito de exclusivo).¹²⁷ Esta diferença, apesar de aparentemente não ser determinante, parece levar a que seja mais fácil afirmar que ocorre comunicação ao público no caso do direito de autor do que nos direitos conexos, pelo menos ao abrigo do artigo 8º da Directiva 2006/115.¹²⁸ Além disso, é importante ter em conta que a harmonização desta faculdade patrimonial não foi total. Como esclareceu o TJUE no caso *CMore Entertainment*,¹²⁹ apesar de o artigo 8º/3 da Directiva 2006/115/CE não contemplar o direito dos organismos de radiodifusão impedirem a transmissão em directo em *site* da internet de eventos desportivos, também não se opõe a que os Estados-Membros consagrem esse direito na sua legislação nacional.¹³⁰

A comunicação ao público de uma obra ou prestação, – seja um programa de televisão,¹³¹ uma música ou uma pintura – poderá constituir uma violação de

¹²⁵ Cfr. infra nota 125 e texto que a acompanha.

¹²⁶ Esta conclusão não era totalmente clara. Encontrava-se pendente um reenvio feito pelo OLG de Colónia em que uma das perguntas era precisamente se os critérios para determinar se ocorre comunicação ao público são os mesmos nestes dois domínios. Entretanto, o TJUE pronunciou-se nesse sentido [C-117/15, *Reha Training* (EU:C:2016:379, §32-34)].

¹²⁷ C-135/10 *SCF v Marco del Corso* (EU:C:2012:140), §75-78.

¹²⁸ Aparentemente em sentido próximo cfr. C-351/12, *OSA* (EU:C:2014:110), §35. OEHEN MENDES, ‘O triângulo das bermudas da “comunicação ao público” das obras e prestações radiodifundidas’ *RDI* n.º2 (2015) pp. 195-196, extrai destas diferenças a conclusão de que a configuração dos direitos e o respectivo alcance é substancialmente diferente. Enquanto que os direitos de autor são direitos absolutos, os direitos conexos, neste domínio, são apenas direitos de crédito não permitindo proibir condutas

¹²⁹ C-279/13, *CMore Entertainment* (EU:C:2015:199).

¹³⁰ Logo, a harmonização é mínima e não total, ao contrário do que acontece em relação ao direito de autor (cfr. igualmente o considerando 18 (originalmente 20) da Directiva 2006/115). Como afirmado no acórdão C-466/12, *Svensson* (EU:C:2014:76), §37: “...o artigo 3.º, n.º 1, da Directiva 2001/29 não pode ser entendido no sentido de que permite aos Estados-Membros proteger de forma mais lata os titulares de um direito de autor, prevendo que o conceito de comunicação ao público inclui mais operações do que as abrangidas por esta disposição”. JÖRG REINBOEHE & SILKE VON LEWINSKI, *The EC Directive on Rental and Lending Rights and on Piracy* (Sweet & Maxwell 1993) p. 84, indicam também que a *contrario* as restantes faculdades patrimoniais foram harmonizadas de forma exaustiva.

¹³¹ Sobre o acórdão do STJ 15/2013 cfr. NUNO SOUSA E SILVA, ‘Communication to the public or “freedom to receive”? – A Portuguese bitter sweet symphony’ [2014] *JiPLP* pp.272-273) Com um comentário mais

direitos de autor ou direitos conexos. De igual forma, a colocação de obras para *download* num *site* ou a utilização de redes *p2p* (na medida em que implica *upload*) integra o conceito de comunicação ao público. Trata-se de um direito definido de forma muito ampla,¹³² instituído com vista a abranger novas realidades trazidas com a informática e a internet. Porém, e ao contrário do que se poderia pensar, o direito de comunicação ao público, tal como definido na Directiva 2011/29 para o direito de autor, não abrange a comunicação de uma obra feita quando o público está presente (a chamada execução pública).¹³³ Já em relação aos direitos conexos, o artigo 8º da Directiva 2006/115/CE, parece abranger a execução pública.¹³⁴ No entanto, é difícil ver em que situações é que pode ocorrer execução pública de uma prestação protegida. O exemplo apresentado por SILKE VON LEWINSKI¹³⁵ consiste na utilização de um ecrã e de um altifalante para fazer chegar uma prestação (v.g. um concerto ou actuação) a uma sala diferente daquela em que o espectáculo decorre.

5.2.2. Requisitos e respectiva interpretação

Definir quando ocorre comunicação ao público é uma operação complexa, como aliás reconhece o TJUE:¹³⁶ “Para efeitos da referida apreciação, importa ter em conta vários critérios complementares, de natureza não autónoma e interdependentes entre si. Consequentemente, há que os aplicar individualmente assim como na sua interacção recíproca, sendo certo que, em diferentes situações concretas, podem estar presentes com uma intensidade muito variável”. Os requi-

completo *vide* DIAS PEREIRA, ‘Direitos de autor e comunicação pública de obra radiodifundida em estabelecimento comercial – anotação ao acórdão de nº 15/2013 do Supremo Tribunal de Justiça’, RLJ 144 (3990) (2015). Mais recentemente e por mero despacho, o TJUE (C-151/15, SPA (EU:C:2015:468)) declarou que o sentido do acórdão uniformizador do STJ era incompatível com o direito europeu. Isto parece constituir a machadada final na teoria da liberdade de recepção (defendida por OLIVEIRA ASCENSÃO (*Direitos de Autor...cit.*, p. 301) e seguida por PEDRO CORDEIRO (*Direito de Autor e Radiodifusão cit.*, pp. 483-484). OEHEN MENDES, ‘O triângulo...cit’ p. 180, rejeita a sua existência. O Autor sugere a adopção de uma regra *de minimis* semelhante à que existe no direito norte-americano (p.187). Sobre a questão de saber se tocar música no local de trabalho constitui comunicação ao público veja-se, recentemente, ALEX SMITH, ‘Can the playing of music at work be considered a public performance? The importance of Reading Ernest (Turner)’ GRUR-Int [2015] pp. 302-308.

¹³² C-607/11, *ITV* (EU:C:2013:147), §20.

¹³³ Considerando 23 da directiva InfoSoc e C-283/10, *Circul Globus București* (EU:C:2011:772), §41.

¹³⁴ ALEXANDRE DIAS PEREIRA, ‘Da Retransmissão...cit.’, p.1031.

¹³⁵ ‘Rental and Lending Rights Directive’ in MICHEL WALTER & SILKE VON LEWINSKI (eds), *European Copyright Law: A Commentary* (OUP 2010) p. 321.

¹³⁶ C-135/10 *SCF v Marco del Corso*, §79.

sitos são a existência (indispensável) de um público novo e a ocorrência de um acto de comunicação.¹³⁷ O papel do utilizador da obra ou prestação e o contexto em que esta é utilizada revelam-se factores importantes mas não decisivos.

Não se revela fácil definir público.¹³⁸ O TJUE refere que uma comunicação é pública se abranger um “número indeterminado de telespectadores potenciais”.¹³⁹ No fundo, “trata-se de tornar uma obra perceptível, de modo adequado, às pessoas em geral, por oposição a pessoas específicas pertencentes a um grupo privado”.¹⁴⁰ Simultaneamente, o Tribunal já esclareceu que público terá que incluir um número significativo de pessoas (o chamado limiar *de minimis*),¹⁴¹ excluindo-se “um conjunto de pessoas demasiado pequeno ou mesmo insignificante”.¹⁴² No entanto, na contagem deste número de pessoas é necessário considerar não só os acessos simultâneos como igualmente os acessos sucessivos.¹⁴³ Assim, ainda que uma determinada obra nunca seja apreciada simultaneamente por mais do que uma pessoa, pode ocorrer comunicação ao público. Revela-se aliás irrelevante determinar se ocorreu ou não acesso de um conjunto considerável de pessoas, bastando essa potencialidade.¹⁴⁴

O essencial, para que se possa falar em comunicação ao público, é que haja um número considerável de pessoas que pode ter acesso à obra ou prestação.¹⁴⁵ Como confirmado recentemente, um processo de comunicação em que um “organismo de radiodifusão (...) transmite os seus sinais portadores de programas aos seus distribuidores identificados e determinados sem que os potenciais telespectadores possam ter acesso aos sinais um organismo de radiodifusão não procede a um ato de comunicação ao público”.¹⁴⁶ Assim, o TJUE já considerou que os pacientes de um consultório de um dentista não constituíam público.¹⁴⁷ Encontra-se por decidir se os clientes de um centro de fisioterapia que usa algumas televisões

¹³⁷ C-466/12, *Svensson*, §16. Também C-325/14, *SBS Belgium* (EU:C:2015:764), §15 e §24 (confirmando o carácter cumulativo destes requisitos).

¹³⁸ ANSGAR OHLY, ‘Economic rights’ in ESTELLE DERCLAYE (ed), *Research Handbook on the Future of EU Copyright* (EE 2009) p. 226.

¹³⁹ C-306/05 *SGAE* (EU:C:2006:764), §37 e 38. citando os casos C-89/04, *Mediakabel* (EU:C:2005:348), §30 (no contexto de interpretação da Directiva 89/552/CEE sobre audiovisual) e C-192/04, *Lagardère* (EU:C:2005:475), §31.

¹⁴⁰ C-135/10, *SCF v Marco del Corso*, §85; C-607/11, *ITV*, §32; C-325/14, *SBS Belgium*, §21.

¹⁴¹ V.g. C-162/10, *Phonographic Performance (Ireland) Limited*, §33 e C-306/05, *SGAE* §38.

¹⁴² C-135/10, *SCF v Marco del Corso*, §86.

¹⁴³ C-607/11, *ITV*, §33.

¹⁴⁴ CLÁUDIA TRABUCO, ‘As ligações em rede são atos de comunicação ao público?’ CdP nº47 (2014) p. 31.

¹⁴⁵ C-192/04, *Lagardère*, §31: “...um círculo limitado de pessoas que podem captar os sinais provenientes do satélite unicamente através de um equipamento profissional não pode ser considerado um público”.

¹⁴⁶ C-325/14, *SBS Belgium*, §24 e 34.

¹⁴⁷ C-135/10, *SCF v Marco del Corso*.

ligadas nas áreas comuns constituem público,¹⁴⁸ apesar de já ter sido afirmado que os pacientes de um estabelecimento termal integram o conceito de público.¹⁴⁹

É importante realçar que, para que ocorra comunicação, o público tem que ser um público novo, isto é um público que não foi contemplado no acto inicial de comunicação.¹⁵⁰ Este critério foi inicialmente desenvolvido na jurisprudência relativa à radiodifusão,¹⁵¹ mas estendeu-se igualmente à apreciação de actos como hiperligações¹⁵² ou *framing*.¹⁵³ Recentemente o TJUE afirmou que uma hiperligação para um conteúdo colocado à disposição do público sem autorização do titular de direitos, mas que seja livremente acessível, configura comunicação ao público.¹⁵⁴

Além de um público novo, exige-se que ocorra um acto de comunicação. Comunicação é definida como “qualquer transmissão de obras protegidas, independentemente do meio ou procedimento técnico utilizados”.¹⁵⁵ Por outro lado, o TJUE também já esclareceu que não constitui comunicação “um mero meio técnico para garantir ou melhorar a transmissão de origem na zona de cobertura”.¹⁵⁶

Na verdade, o Tribunal Europeu parece ter estabelecido uma interpretação finalística de comunicação. Só pode comunicar aquele que quer comunicar. Neste sentido, e reafirmando jurisprudência anterior, explicou:¹⁵⁷ “Com efeito, o utilizador efectua um acto de comunicação ao intervir, com pleno conhecimento das consequências do seu comportamento, para dar aos seus clientes acesso a uma emissão radiodifundida que contém a obra protegida. Se esta intervenção não se

verificasse, estes clientes, embora se encontrem fisicamente no interior da zona de cobertura da referida emissão, não poderiam, em princípio, disfrutar [sic!] da obra difundida.”

A natureza da comunicação deve igualmente ser tida em conta.¹⁵⁸ O relevante não é a natureza lucrativa da comunicação, mas sim da actividade no âmbito da qual esta ocorre.¹⁵⁹ No fundo, o que importa saber é se a comunicação se dá no contexto da vida privada ou como parte de um negócio (v.g. como música ambiente num restaurante). No primeiro caso, é menos provável tratar-se de uma comunicação ao público. No entanto, em decisões mais recentes este aspecto tem vindo a ser desvalorizado.¹⁶⁰

Em sede de reenvio prejudicial, o TJUE considerou existir comunicação ao público na reprodução de fonogramas, quer nas áreas comuns, quer nos quartos de um hotel, e igualmente na mera disponibilização de cds e leitores aos hóspedes.¹⁶¹ Afirmou-o também no caso de recepção de obras (por radiodifusão) num hotel,¹⁶² numa estância termal,¹⁶³ num *pub*,¹⁶⁴ num café-restaurante¹⁶⁵ e igualmente a respectiva retransmissão em sites de *streaming*, mesmo sendo a obra de livre recepção.¹⁶⁶ No entanto, negou a existência de comunicação ao público no caso de reprodução de fonogramas como música ambiente no consultório de um dentista,¹⁶⁷ no caso de hiperligações para conteúdos¹⁶⁸ e *framing* de vídeos¹⁶⁹ livremente disponíveis na Internet. Também considerou que a emissão por satélite de sinais codificados cuja recepção só é possível com equipamento profissional, não constitui comunicação ao público.¹⁷⁰

¹⁴⁸ C-117/15, *Reha Training* (pendente).

¹⁴⁹ C-351/12, *OSA*, §32.

¹⁵⁰ C-607/11, *ITV*, §39; C-351/12, *OSA*, §31; C-466/12, *Svensson*, §27.

¹⁵¹ C-306/05, *SGAE*, §40; C-136/09, *Organismos Sillogikis* EU:C:2010:151, §38.

¹⁵² C-466/12, *Svensson*, §24-31.

¹⁵³ C-348/13, *BestWater* (EU:C:2014:2315), §14 e 19. Assim, CLÁUDIA TRABUCO, ‘As ligações em...cit.’, p.31. Cfr. também MIRA BURRI, ‘Permission to Link. Making Available via Hyperlinks in the European Union after Svensson’ JIPITEC [2014] pp. 245-255.

¹⁵⁴ C-160/15, *GS Media* (EU:C:2016:644). Para comentários veja-se TITO RENDAS, ‘Hyperlinking para obras colocadas à disposição sem autorização: reflexões iniciais sobre o acórdão GS Media’ RDI n.º2 (2016) pp. 337-346 (crítico); NUNO SOUSA E SILVA, ‘A jurisprudência...cit.’ p. ** (descritivo); MATTHIAS LEISTNER, ‘Anmerkung zu EuGH vom 8. September 2016 – C-160/15’ ZUM [2016] pp. 980-983 (favorável). Sobre estas questões pode ver-se também SOFIA DE VASCONCELOS CASIMIRO, ‘Hiperligações – uma breve introdução ao admirável mundo dos mecanismos de associações de conteúdos’ RDI n.º2 (2015) pp. 85-108.

¹⁵⁵ C-403/08 e C-429/08, *Murphy*, §193; C-351/12, *OSA*, §25.

¹⁵⁶ C-607/11, *ITV*, §28; C-403/08 e C-429/08, *Murphy*, §194; C-431/09 e C-432/09, *Airfield* (EU:C:2011:648), §79.

¹⁵⁷ C-135/10, *SCF v Marco del Corso*, §82; C-162/10, *Phonographic Performance (Ireland) Limited*, §31.

¹⁵⁸ De forma criativa (*praeter legem*) e controversa, o TJUE afirma igualmente que “o carácter lucrativo de uma comunicação ao público (...) não é irrelevante”. (C-306/05, *SGAE*, §44; C-403/08 e C-429/08, *Murphy*, §204; C-607/11, *ITV*, §42).

¹⁵⁹ LÍGIA GUTIERREZ SETÚBAL, ‘Stirring Up “Communication to the Public” (2012) in <http://ssrn.com/abstract=2248690>, p. 75. Assim, C-403/08 e C-429/08, *Murphy*, §205 e 206; C-151/15, *SPA*, §27. Aparentemente em sentido distinto cfr. C-135/10 *SCF v Marco del Corso*, §98-99.

¹⁶⁰ C-607/11, *ITV*, §42-44.

¹⁶¹ C-162/10, *Phonographic Performance (Ireland) Limited*.

¹⁶² C-306/05, *SGAE*; C-136/09, *Organismos Sillogikis*, §42-43 (televisões num hotel de luxo com 253 quartos usando uma única antena).

¹⁶³ C-351/12, *OSA*.

¹⁶⁴ C-403/08 e C-429/08, *Murphy*, §204.

¹⁶⁵ C-151/15, *SPA*.

¹⁶⁶ C-607/11, *ITV Catchup*. Assinala-se que estava em causa uma obra protegida.

¹⁶⁷ C-135/10, *SCF v Marco del Corso*.

¹⁶⁸ C-466/12, *Svensson*,

¹⁶⁹ C-348/13, *Bestwater*.

¹⁷⁰ C-192/04, *Lagardère*. Em sentido próximo cfr. C-325/14, *SBS Belgium*.

5.2.3. Radiodifusão e remuneração equitativa

Quando se fala de radiodifusão trata-se do acto de emissão de um sinal. A radiodifusão é abordada, no direito europeu, como uma manifestação da comunicação ao público, alvo de consagração autónoma para os direitos conexos e podendo consistir num direito de exclusivo ou num direito a auferir uma remuneração.

Quanto à radiodifusão de um fonograma publicado com fins comerciais e a respectiva reprodução em emissões radiodifundidas, prevista no artigo 8º/2 da Directiva 2006/115/CE, está consagrada uma remuneração equitativa a repartir pelos artistas-intérpretes e produtores de fonogramas. O cálculo do respectivo montante “deve tomar em consideração todos os aspectos da emissão, tais como, designadamente, a audiência efectiva, a audiência potencial e a versão linguística.”¹⁷¹ Por isso mesmo, o TJUE já entendeu que:¹⁷² “...o artigo 8º, nº 2, da Directiva 92/100 não se opõe a um modelo de cálculo da remuneração equitativa dos artistas intérpretes ou executantes e dos produtores de fonogramas que inclua factores variáveis e factores fixos tais como o número de horas de difusão dos fonogramas, a importância da audiência dos organismos de rádio e de televisão representados pelo organismo de difusão, as tarifas convencionalmente fixadas em matéria de direitos de execução e de radiodifusão de obras musicais protegidas pelos direitos de autor, as tarifas praticadas pelos organismos públicos de radiodifusão nos Estados-Membros vizinhos do Estado-Membro em causa e os montantes pagos pelas estações comerciais, desde que esse modelo seja susceptível de permitir atingir um equilíbrio adequado entre o interesse dos artistas intérpretes ou executantes e dos produtores em receber uma remuneração pela radiodifusão de um fonograma determinado e o interesse de terceiros em poder radiodifundir esse fonograma em condições razoáveis e que não seja contrário ao direito comunitário.” Em relação à distribuição por cabo de radiodifusões o TJUE esclareceu que esta não se encontra harmonizada, devendo ser determinada pela lei nacional.¹⁷³

5.2.4. Consagração no CDADC

Como vimos, na noção de comunicação ao público, o legislador europeu agrupou várias faculdades, utilizando o termo em sentido amplíssimo. O nosso

¹⁷¹ C-192/04, *Lagardère*, §51.

¹⁷² C-245/00, *SENA*, §46.

¹⁷³ C-293/98, *Egeda* (EU:C:2000:66), §29.

Código não adopta uma noção tão lata de comunicação ao público. Distingue entre comunicação ao público (feita à distância, mas sem possibilidade de escolha como é o caso do chamado *streaming*), colocação à disposição do público (dita *on demand*, como acontece com os modernos sistemas de televisão ou com plataformas como o Youtube), execução pública (“ao vivo”) e radiodifusão, tanto em relação aos direitos de autor (art. 68º CDADC) como quanto aos vários direitos conexos.

5.3. Direito de distribuição

Nas palavras de ANSGAR OHLY¹⁷⁴ “o direito de distribuição é o direito de controlar a comercialização e circulação de exemplares físicos incorporando uma obra”. É de realçar que o direito de distribuição só se refere a objectos físicos.¹⁷⁵ Neste caso, esta faculdade patrimonial encontra-se prevista no art. 9º da Directiva 2006/115/CE para os artistas-intérpretes, produtores de fonogramas, produtores de primeira fixação em filme e organismos de radiodifusão em relação às prestações respectivas.¹⁷⁶

O TJUE já esclareceu que este direito só se aplica quando esteja em causa uma transferência de propriedade desse objecto físico, não sendo abrangida a mera exibição ou utilização desse objecto num espaço comercial.¹⁷⁷ No entanto, disse também que tendo em conta que “a distribuição ao público se caracteriza por uma série de operações que vão, pelo menos, da celebração de um contrato de venda à sua execução por meio da entrega a um elemento do público”,¹⁷⁸ um comerciante é responsável por qualquer transacção realizada pelo próprio, ou por sua conta, que dê lugar a uma «distribuição ao público» num Estado-Membro onde os bens distribuídos estão protegidos por direitos de exclusivo. Assim, um contrato de compra e venda, celebrado pela Internet (no *Ebay*) para entrega num outro país constitui distribuição no país de destino, imputável ao comerciante.¹⁷⁹

¹⁷⁴ ‘Economic Rights’ cit., p. 219.

¹⁷⁵ AGNÉS LUCAS SCHLOETTER, ‘The Acquis Communautaire in the Area of Copyright and Related Rights: Economic Rights’ in TATIANA-ELIANA SYNODINOU (ed), *Codification...cit.*, p. 120. Recentemente o TJUE confirmou-o no caso C-419/13, *Art & Allposters International* (EU:C:2015:27), §40.

¹⁷⁶ Por isso mesmo, o artigo 4º da Directiva 2001/29 refere-se ao direito de distribuição apenas para titulares de direitos de autor.

¹⁷⁷ C-456/06, *Cassina* (EU:C:2008:232), §36.

¹⁷⁸ C-5/11, *Titus Donner* (EU:C:2012:370), §26.

¹⁷⁹ C-98/13, *Blomqvist* (EU:C:2014:55), §29. Confirmado em C-516/13, *Dimensione Direct Sales* (EU:C:2015:315), §27.

Também lhe pode ser imputada “qualquer operação da mesma natureza efectuada por um terceiro, quando tiver especificamente em vista o público do Estado de destino e não pudesse ignorar os actos desse terceiro.”¹⁸⁰ No caso recente C-516/13, *Dimensione Direct Sales*, o TJUE confirmou que assim era, entendendo que “pode haver infracção ao direito exclusivo de distribuição (...) quando um comerciante, não titular do direito de autor, põe à venda obras protegidas ou cópias destas e dirige uma publicidade, através do seu sítio Internet, por publicação pública ou na imprensa, aos consumidores situados no território do Estado-Membro no qual essas obras estão protegidas a fim de incitar estes últimos a fazer a sua aquisição.”¹⁸¹

A despeito da sua amplitude, este direito está sujeito a um importante limite: o esgotamento.¹⁸² Quando ocorra uma primeira transferência de propriedade de uma cópia legítima dentro do espaço económico europeu, o titular dos direitos conexos já não pode exercer o seu direito de distribuição nessa particular cópia. Esta circunstância permite que existam mercados de bens protegidos por direitos de autor e direitos conexos em segunda mão. Um disco “não pirateado”/“original” pode ser revendido porque ocorreu esgotamento do direito de distribuição dos direitos que este incorpora, aquando da primeira venda.

A nível nacional o legislador define distribuição de forma mais restritiva. De acordo com o art. 176º/8: “Distribuição é a actividade que tem por objecto a oferta ao público, em quantidade significativa, de fonogramas ou videogramas, directa ou indirectamente, quer para venda quer para aluguer.” Esta referência à quantidade significativa constitui uma limitação incompreensível do âmbito desta faculdade patrimonial, que julgo contrária ao direito europeu. Além disso, não se consagra no CDADC o direito de distribuição para os artistas-intérpretes ou para os organismos de radiodifusão; o que poderia levar a pensar que, na lei portuguesa, apenas o produtor goza do direito de distribuição (art. 184º/1 *in fine*).¹⁸³ No entanto, a transposição do artigo 9º da Directiva 2006/115/CE ocorreu no artigo 7º do DL 332/97, de 27 de Novembro, ou seja, todos os titulares, à excepção do produtor de videogramas,¹⁸⁴ gozam do direito de distribuição, incluindo o direito

¹⁸⁰ C-5/11, *Titus Döner*, §27.

¹⁸¹ §31.

¹⁸² Artigo 4(2) da Directiva. Já resultava de intervenção jurisprudencial pré-harmonização (C-479/04, *Laserdisken* (EU:C:2006:549)), sendo certo que o esgotamento não afecta os direitos de aluguer e comodato (art. 4º do DL nº 332/97, solução confirmada pelo acórdão do TJUE C-200/96, *Metronome Musik* (EU:C:1998:172)).

¹⁸³ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor...cit*, pp. 571-572, pronunciava-se veementemente contra a atribuição deste direito ao produtor.

¹⁸⁴ Exclusão que se explica pela condenação do Estado Português no caso C-61/05, *Comissão contra Portugal*, §29: “...esse decreto-lei, na medida em que prevê um direito de aluguer igualmente a favor dos produtores de videogramas, não está conforme com a directiva.”

de aluguer e comodato. Esta disposição não deveria encontrar-se fora do articulado do CDADC.

5.4. Aluguer e comodato público

O legislador europeu consagrou nos artigos 3º a 6º da Directiva 2006/115/CE o direito de aluguer e comodato a favor de autores e titulares de direitos conexos.¹⁸⁵ Em Portugal, o Legislador transpôs esta directiva em diploma autónomo: o DL 332/97 de 27 de Novembro¹⁸⁶ e considerou que esta faculdade integrava o direito de distribuição, apesar de (ao contrário do direito de distribuição geral) não estar sujeita a esgotamento (cfr. art. 7º/2 do DL 332/97). Não obstante, é claro que as faculdades de aluguer e comodato apenas se referem a exemplares físicos.¹⁸⁷

O comodato é um contrato gratuito, correspondente à noção de “empréstimo” de coisa determinada (art. 1129º do CC).¹⁸⁸ No entanto, o direito consagrado não abrange o empréstimo “entre amigos” e a título privado. O que está em causa é apenas o direito de comodato público, definido como o “acto de colocar à disposição do público, para utilização, o original ou cópias da obra, durante um período de tempo limitado e sem benefícios económicos ou comerciais directos ou indirectos, quando efectuado através de estabelecimento acessível ao público, à excepção do empréstimo interbibliotecas, da consulta presencial de documentos no estabelecimento e da transmissão de obras em rede.” (art. 3º/c) do

¹⁸⁵ A harmonização operada por esta directiva é mínima e foram muitos os modos de transposição utilizados. Para indicações comparativas cfr. LUÍS MENEZES LEITÃO, A incorrecta transposição da Directiva 92/100/CEE do Conselho, de 19.11.1992, relativamente ao direito de comodato público’ Cdp nº16 (2006) pp. 11-12 e, em mais detalhe, JÖRG REINBOTHE & SILKE VON LEWINSKI, *The EC Directive on Rental and Lending Rights and on Piracy* (Sweet & Maxwell 1993).

¹⁸⁶ A transposição foi sujeita a duas acções de incumprimento: C-53/05, *Comissão contra Portugal* (EU:C:2006:448), em que Portugal foi condenado por adoptar uma exclusão particularmente ampla (o direito não se aplicaria a “bibliotecas públicas, escolares, universitárias, museus, arquivos públicos, fundações públicas e instituições privadas sem fins lucrativos”) e C-61/05, *Comissão contra Portugal*, no qual o Estado Português foi condenado pela extensão do direito de aluguer aos produtores de videogramas e pela ambiguidade quanto ao sujeito passivo da obrigação de remuneração equitativa a favor do artista-intérprete. A Comissão intentou outras acções contra os Estados que tinham adoptado exclusões muito amplas: C-36/05, *Comissão contra Espanha* (EU:C:2006:672) e C-175/05, *Comissão contra Irlanda* (EU:C:2007:13).

¹⁸⁷ SILKE VON LEWINSKI, ‘Rental Right...cit’, p.119 (“...material objects only”).

¹⁸⁸ Cfr. JÚLIO GOMES, ‘Do contrato de comodato’ Cdp 17 (2007), pp. 3-31. Como indica LUÍS MENEZES LEITÃO, ‘A incorrecta transposição...cit’ p. 12 o comodato só é aplicável a exemplares físicos (o que decorre não só da definição do contrato, como do facto de ser incluído no direito de distribuição). O caso C-117/13, *Ulmer* (EU:C:2014:2196) parece confirmar indirectamente essa conclusão. Para um comentário cfr. ALEXANDRE DIAS PEREIRA, ‘A digitalização de obras e sua colocação à disposição do público em terminais de bibliotecas universitárias: o acórdão Eugen Ulmer’ RDI nº2 (2015) pp. 153-173.

DL 332/97¹⁸⁹). Esta definição é mais restrita do que a do contrato civil, bastando um qualquer benefício comercial, ainda que indirecto, para não se considerar ocorrer comodato público.¹⁹⁰

Este direito de comodato público traduz-se num direito, por parte titulares de direitos conexos,¹⁹¹ a auferir uma remuneração pelo “empréstimo” bibliotecário dos suportes de obras e/ou prestações protegidas, estando isentas do pagamento as “bibliotecas públicas da Administração Central, Regional e Local, escolares e universitárias” (art. 6º do DL 332/97).¹⁹² Quanto aos autores trata-se de um direito de exclusivo (art. 68º/2/f) do CDADC), apesar de o artigo 6º do DL 332/97 parecer indiciar o contrário.¹⁹³

Aluguer, para este efeito, é definido como “o acto de colocar à disposição do público, para utilização, o original ou cópias da obra, durante um período de tempo limitado e com benefícios comerciais directos ou indirectos” (art. 3º/b) do DL 332/97). Trata-se de um contrato oneroso, actualmente em desuso.¹⁹⁴ A sua estrutura é semelhante à do direito de comodato público, consagrando-se um direito de exclusivo a favor dos autores (art. 68º/2/f) CDADC)¹⁹⁵ e um direito de remuneração a favor dos titulares de direitos conexos (art. 5º DL 332/97).

Quanto à remuneração equitativa,¹⁹⁶ o TJUE já afirmou que se trata de um conceito definido a nível do Direito da União Europeia¹⁹⁷ que se deve distinguir o conceito de “compensação equitativa” utilizado no âmbito da cópia privada.¹⁹⁸ Segundo o Tribunal, o valor desta remuneração tem que ser determinado “...à luz do valor [da respectiva] utilização nas trocas económicas”.¹⁹⁹ No entanto,

¹⁸⁹ Apesar de esta definição supostamente valer só para efeitos do artigo 68º/2/f) do CDADC estende-se igualmente aos direitos conexos.

¹⁹⁰ LUÍS MENEZES LEITÃO, ‘A incorrecta transposição..cit’ p. 13, indicando que, por isso, estão excluídas do comodato público “as situações de fornecimento de jornais e revista nos consultórios de médicos, advogados ou cabeleireiros”.

¹⁹¹ à excepção do produtor de videogramas, neste caso substituído pelo produtor da primeira fixação de um filme (cfr. nota 184).

¹⁹² Como confirmado no caso C-271/10, *VEWA* (EU:C:2011:442), §23: “...é a disponibilidade de bens nas instituições públicas, por forma a tornar possível a realização de comodatos, e não o comodato efectivo de determinados bens pelas pessoas inscritas nessas instituições, que constitui a actividade que dá origem à obrigação de pagar uma remuneração aos autores.”

¹⁹³ LUÍS MENEZES LEITÃO, ‘A incorrecta transposição..cit’ p.14 sugeria a adopção de um direito de remuneração também para os autores.

¹⁹⁴ SYLVIE NÉRISSEON, ‘The Rental and...cit’ p. 153.

¹⁹⁵ no caso de transmissão deste direito a favor dos titulares de direitos conexos, o direito do autor transforma-se num mero direito de remuneração (art. 5º/1 DL 332/97).

¹⁹⁶ estabelecida para o aluguer e radiodifusão nos artigos 5º e 8º da Directiva 2006/115/CE.

¹⁹⁷ C-245/00, *SENA* (EU:C:2003:68), §24.

¹⁹⁸ C-271/10, *VEWA*, §28.

¹⁹⁹ C-245/00, *SENA*, §37; C-192/04, *Lagardère*, §50.

em relação ao comodato público, atendendo à sua natureza gratuita e ao facto de o artigo 6º da Directiva se referir apenas a remuneração, o TJUE entende que se trata de uma noção distinta da de remuneração equitativa.²⁰⁰ Mesmo assim, a remuneração devida pelo comodato público “não pode ser meramente simbólica”.²⁰¹ Apesar de os Estados-Membros terem ampla margem para configurar a forma de cálculo desse valor,²⁰² este “não pode ser totalmente dissociad[o] dos elementos constitutivos desse prejuízo. Uma vez que o prejuízo resulta do comodato público, isto é, da disponibilização de bens protegidos, por instituições acessíveis ao público, o montante da remuneração deve ter em conta a extensão dessa disponibilização.”²⁰³ Logo, é necessário atender ao “número de bens postos à disposição do público”²⁰⁴ e o “número de comodatários inscritos numa instituição”,²⁰⁵ o que indicia que bibliotecas maiores devam pagar mais. O TJUE já considerou que um sistema que não tinha em consideração o número de bens disponíveis, mas apenas o número de comodatários inscritos, era contrário à Directiva.²⁰⁶

6. O conteúdo patrimonial dos direitos conexos “clássicos” no CDADC

Tal como o direito de autor é composto por um conjunto amplo de faculdades de carácter negativo, também o titular de direitos conexos goza de alguns direitos de proibir. No entanto, como já se disse, vigora em relação aos direitos conexos o princípio da tipicidade fechada. Assim, apenas as faculdades, patrimoniais ou pessoais, expressamente reservadas aos seus titulares importam.²⁰⁷ O Código enumera os direitos em causa em função do direito conexo respectivo.

6.1. Artistas-intérpretes

Os artistas-intérpretes, isto é, “os actores, cantores, músicos, bailarinos e outros que representem, cantem, recitem, declamem, interpretem ou executem

²⁰⁰ C-271/10, *VEWA*, §29-33.

²⁰¹ C-271/10, *VEWA*, §34.

²⁰² C-245/00, *SENA*, §34 e 40; C-192/04, *Lagardère*, §48.

²⁰³ C-271/10, *VEWA*, §37.

²⁰⁴ C-271/10, *VEWA*, §38.

²⁰⁵ C-271/10, *VEWA*, §39.

²⁰⁶ C-271/10, *VEWA*, §40-42.

²⁰⁷ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor...cit.*, p.665.

de qualquer maneira obras literárias ou artísticas”,²⁰⁸ gozam das faculdades patrimoniais enunciadas no artigo 178º CDADC. De acordo com o nº1 deste artigo, o artista tem o direito de controlar a fixação de prestações ainda não fixadas,²⁰⁹ a reprodução de fixação das suas prestações,²¹⁰ a comunicação ao público, a radiodifusão (incluindo por satélite e por cabo)²¹¹ e a colocação à disposição do público das suas prestações. Exemplificando: um músico pode impedir que registem imagem e/ou vídeo da sua actuação (fixação), que façam cópias dessa gravação (reprodução), que toquem essa gravação num bar (comunicação ao público), que a transmitam na televisão ou rádio (radiodifusão) ou que a coloquem numa plataforma como o Youtube para *streaming* ou num servidor para *download* (colocação à disposição do público).

No entanto, a faculdade de controlar a comunicação ao público e a radiodifusão é altamente limitada, sendo reduzida a um direito inalienável a uma remuneração equitativa por cada utilização, sempre que o artista-intérprete dê autorização à fixação da sua prestação para fins de radiodifusão.²¹² Nesses casos, a lei estabe-

²⁰⁸ artigo 176º/2 do CDADC, replicando o art. 3º(a) da Convenção de Roma. Concordo com OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor...cit.*, pp. 551-554, quanto à inutilidade de proceder a uma distinção entre artistas-intérpretes e artistas-executantes. Não obstante, este autor entende que: “O termo genérico é do intérprete: executante é termo de espécie, destinado a abranger aqueles que se exprimem através de instrumentos.” Em sentido próximo, veja-se CLAUDE MASOUYÉ, *Guide...cit.*, p. 21. A definição de artista-intérprete pressupõe que esteja em causa a execução de uma obra literária ou artística. Deverá tratar-se de uma actividade com carácter artístico e não meramente técnico Como assinala OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor...cit.*, p. 551 e p. 553: “Não é protegido o operador das luzes de um bailado, nem o que projecta os diapositivos pela máquina. Não há então actividade artística.” No mesmo sentido KRÜGER, §73 *cit.*, rn.8, escreve que, através desta definição, o legislador quis excluir um conjunto de prestações que frequentemente participam num espetáculo tais como o ponto, o gerente de palco, o técnico de luzes, o dramaturgo, o director de camarins, os técnicos de som e de imagem. É necessário que ocorra uma interpretação, isto é, que a pessoa entre em contacto com a obra de forma pessoal e que a exteriorize de forma individual (ANDRÉ LUCAS, HENRI-JACQUES LUCAS & AGNÉS LUCAS-SCHLOETTER, *ob. cit.*, p. 936, sublinham o carácter pessoal da interpretação). Não é necessário que a interpretação tenha qualidade artística e/ou técnica, mas não pode ser totalmente “asséptica” ou mecânica. A mera reprodução de um ficheiro MIDI num computador, na medida em que seria exactamente igual noutro computador, não constitui uma interpretação. Da mesma forma que aquele que faça rodar o rolo de um piano mecânico não se qualifica como intérprete; nem aquele que se limite a aparecer num documentário. Para mais indicações vide PATRICK TAFFOREAU, ‘La notion d’interprétation en droit de la propriété littéraire et artistique’ *Propriétés Intellectuelles* nº 18 (2006) pp. 50-57.

²⁰⁹ cfr. também art. 117º CDADC. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor...cit.*, p.561 considera que este artigo tem o mesmo âmbito de aplicação que o artigo 178º do CDADC.

²¹⁰ ALEXANDRE DIAS PEREIRA, ‘Da Retransmissão...cit.’, p.1007 n.41, assinala com razão que a formulação verbal das alíneas b) e c) do nº1 do artigo 178º utilizando a expressão “sem o seu consentimento” já não faz sentido e “é redundante e fonte de eventuais equívocos”.

²¹¹ Art. 8º do DL 333/97.

²¹² ALEXANDRE DIAS PEREIRA, ‘Da Retransmissão...cit.’, p. 1061.

lece uma presunção absoluta de transferência dessas faculdades patrimoniais e a gestão colectiva obrigatória²¹³ dessa quantia (art. 178º/2).²¹⁴ Já o direito de colocação à disposição do público está sujeito apenas a gestão colectiva facultativa (art. 178º/4).²¹⁵

Como foi mencionado, a nossa lei consagra em diploma extravagante o direito de distribuição dos artistas-intérpretes, sendo mencionado no art. 178º/3 como parte dos actos pelos quais é devida remuneração aos artistas (“a comercialização de fixações obtidas”). Esse direito de distribuição inclui o direito de aluguer e comodato (art. 7º do DL 332/97, de 27 de Novembro), que em certos casos pode ser transformado num mero direito de remuneração.²¹⁶ Os artistas-intérpretes também gozam do direito de radiodifusão por satélite (sujeito a negociação individual ou colectiva) e por cabo (direito de remuneração, sujeito a gestão colectiva obrigatória), nos termos dos artigos 6º a 8º do DL nº 333/97, de 27 de Novembro.

6.2. Produtores de fonogramas e videogramas

O produtor de fonogramas ou videogramas é definido como aquele “...que fixa pela primeira vez os sons provenientes de um execução ou quaisquer outros, ou as imagens de qualquer proveniência, acompanhadas ou não de sons” (art. 176º/3).²¹⁷ Qualquer registo de sons (música, entrevistas, a leitura dum livro (*audiobook*), sons da natureza ou até ruído branco) ou imagens (incluindo eventos públicos, reportagens, concertos e mesmo imagens de câmaras de segurança), indepen-

²¹³ Ou seja, incluindo os artistas que não estejam inscritos na sociedade de gestão colectiva considerada “representativa da respectiva categoria”. No mesmo sentido ALEXANDRE DIAS PEREIRA, ‘Da Retransmissão...cit.’, p. 1062.

²¹⁴ ALEXANDRE DIAS PEREIRA, ‘Da Retransmissão...cit.’, p.1008.

²¹⁵ O que resultou da supressão do vocábulo “só” na alteração a este artigo efectuada recentemente pela Lei nº 32/2015, de 24 de Abril.

²¹⁶ Art. 8º do DL 332/97.

²¹⁷ Esta noção provem do art. 3º/c) da Convenção de Roma (relativo a fonogramas). Fonograma designa um registo (“a gravação”) de sons (art. 176º/4 CDADC) e videograma um registo de imagens (art. 176º/5). Videograma deve ser distinguido de filme, definido no art. 183º/5 como “uma obra cinematográfica ou audiovisual e toda e qualquer sequência de imagens em movimento, acompanhadas ou não de som.” (definição do artigo 2º/1/b) da Directiva 2006/115/CE) A noção de filme inclui quer uma obra protegida por direito de autor, por ser original (obra cinematográfica), quer o videograma que, não sendo obra cinematográfica poderá conter um registo desta. O TJUE condenou o Estado Português pela incorrecta assimilação de videogramas a filmes (C-61/05, *Comissão contra Portugal* (EU:C:2006:467)) numa decisão difícil de compreender visto que não parece existir diferença prática entre videograma e filme (Em sentido crítico da distinção veja-se PASCAL KAMINA, ‘The subject-matter for film protection in Europe’ in ESTELLE DERCLAYE (ed), *Research Handbook on the Future of EU Copyright* (EE 2009) pp. 95-96)

dentemente das qualidades do que é registado e, mesmo, na ausência de qualquer edição, pode gozar de protecção por via deste direito conexo.

O artigo 184º do CDADC enumera as faculdades patrimoniais dos produtores de fonogramas e de videogramas, mencionando no seu nº 1 a reprodução e a distribuição (incluindo exportação e importação) e no seu nº 2 a difusão, a execução pública, a colocação à disposição do público e a comunicação pública. A fixação não se encontra expressamente mencionada, visto que se considerará inserida na faculdade de reprodução (uma fixação de um fonograma ou videograma será a sua reprodução directa ou indirecta). Por outro lado, apesar de ser expressamente referida, a execução pública, no sentido em que é habitualmente empregue (prestação “ao vivo”), não faz sentido em relação a fonogramas ou videogramas.²¹⁸ Caso a gravação (fonograma ou videograma) seja “posta a tocar” estaremos no domínio da comunicação pública. Logo, esta referência deverá ser excluída.

Tal como sucede com os artistas-intérpretes, também o direito de distribuição dos produtores inclui o direito de aluguer e comodato (art. 7º do DL 332/97, de 27 de Novembro), e os produtores gozam, igualmente, do direito de radiodifusão por satélite (sujeito a negociação individual ou colectiva) e por cabo (direito de remuneração sujeito a gestão colectiva obrigatória), nos termos dos artigos 6º a 8º do DL nº 333/97, de 27 de Novembro.

O Código prevê ainda que, no caso de edição comercial de fonograma ou videograma, a utilização em qualquer forma de comunicação pública da gravação dará origem a uma remuneração equitativa a favor dos produtores (art. 184º/3).²¹⁹ Em princípio, esta remuneração é repartida em partes iguais entre os artistas-intérpretes e o produtor, sendo porém possível estipulação contratual em contrário. O artigo 184º/4, através de remissão, confere aos produtores a faculdade de fiscalizar os estabelecimentos de prensagem e duplicação de fonogramas e videogramas e armazenamento dos suportes materiais, e ainda daqueles que se dedicam à importação, fabrico ou venda de fonogramas e videogramas.

6.3. Organismos de radiodifusão

É considerado organismo de radiodifusão “a entidade que efectua emissões de radiodifusão sonora ou visual, entendendo-se por emissão de radiodifusão a

²¹⁸ Agradeço a ALEXANDRE OLIVEIRA a indicação desta incongruência.

²¹⁹ Esta designação “qualquer forma de comunicação pública” parece corresponder ao conceito amplo de comunicação ao público adoptado no Direito da União Europeia. A conclusão é corroborada pelo teor do artigo 15º WPPT em que esta norma se baseia.

difusão dos sons ou de imagens, ou a representação destes, separada ou cumulativamente, por fios ou sem fios, nomeadamente por ondas hertzianas, fibras ópticas, cabo ou satélite, destinada à recepção pelo público.” (art. 176º/9).²²⁰ O objecto de protecção do direito conexo é o programa transmitido (o sinal) que pode ou não gozar de direitos de autor.²²¹ Satisfazem a definição de organismos de radiodifusão tanto as estações televisivas como de rádio, estando, porém, excluídos aqueles que apenas fazem retransmissão por cabo (art. 187º/2 CDADC).²²²

Segundo o artigo 187º do CDADC os organismos de radiodifusão têm as faculdades patrimoniais de controlar a retransmissão das suas emissões por ondas radioeléctricas;²²³ a fixação das emissões;²²⁴ a reprodução dessa fixação, a respectiva colocação à disposição do público (incluindo por cabo ou satélite) “on demand” e a comunicação ao público quando esta ocorra em lugar público e com entradas pagas.²²⁵

7. Faculdades pessoais do artista-intérprete

Como é sabido os autores gozam de direitos morais (também ditos direitos pessoais), nomeadamente o direito de paternidade (controlar a atribuição de autoria), o direito de integridade (controlar a forma de exploração artística da

²²⁰ Deve assinalar-se que esta definição é bastante mais ampla do que a da Convenção de Roma, que não cobre transmissão por cabo (CLAUDE MASOUYÉ, *Guide...cit.*, p. 24). No mesmo sentido MEGUMI OGAWA, *ob. cit.*, pp. 61-72, demonstrando que, na Convenção de Roma, a definição não abrange cabo, satélite, teletexto ou internet.

²²¹ Reportagens, concertos, eventos públicos de qualquer natureza (jogos de futebol, debates parlamentares) e até imagens não tratadas, gozam de protecção (DIAS PEREIRA, *Informática...cit.*, p. 220).

²²² Esta exclusão provem do artigo 7º/3 da Directiva 2006/115.

²²³ A retransmissão é definida como “a emissão simultânea por um organismo de radiodifusão de uma emissão de outro organismo de radiodifusão.” (art. 176º/10). Como bem assinala OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de autor...cit.*, p. 580 a retransmissão é apenas aquela que ocorra em simultâneo, caso contrário estaremos já no domínio da fixação e radiodifusão.

²²⁴ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor...cit.*, p.579 n.1, faz notar a inutilidade da locução “em suporte material”, fixação será sempre em suporte material.

²²⁵ Esta solução corresponde *grosso modo* ao artigo 13º da Convenção de Roma e ao disposto no artigo 8º/3 da Directiva 2006/115. Assim, à partida, não é devida remuneração aos organismos de radiodifusão pelo facto de uma televisão ou de um rádio estar ligado num café, visto que esse lugar é de acesso livre. A questão poderá ser mais complicada quando o estabelecimento tenha “consumo obrigatório” visto que aí existe um pagamento indirecto da entrada. Na recente decisão C-641/15, *Verwertungsgesellschaft Rundfunk* (EU:C:2017:131), o TJUE considerou que “a transmissão de emissões de televisão e de rádio através de aparelhos de televisão instalados nos quartos de um hotel não constitui uma comunicação realizada num local aberto ao público com entrada paga”. Em sentido algo distinto OEHEN MENDES, ‘O triângulo...cit’ p. 181, na esteira da maioria da doutrina tedesca, defende uma interpretação ampla do conceito.

obra e, em Portugal, obstar à sua destruição), o direito de divulgação (controlar se, e em que condições, a obra é publicada) e o direito de retirada.²²⁶ Por outro lado, os direitos conexos têm uma teleologia mais próxima da concorrência desleal do que do direito de autor. Logo, não seria de esperar que os titulares de direitos conexos gozassem de direitos morais na mesma medida que os autores.

A nível internacional apenas os artistas-intérpretes estão contemplados. O WPPT consagra, no seu artigo 5.º, os direitos à identificação nas suas prestações e de se oporem a qualquer deformação, mutilação ou outra modificação das suas prestações que possa afectar a sua reputação.²²⁷ A nível europeu os direitos morais continuam fora das preocupações do legislador.²²⁸

O CDADC reconhece direitos pessoais ao artista-intérprete. No entanto, o conteúdo pessoal do direito do artista-intérprete é muito mais limitado do que o do direito de autor,²²⁹ consubstanciando-se apenas no direito à menção do nome do artista (art. 180º/1), à reivindicação da paternidade da prestação (art. 180º/2) e a assegurar a genuinidade e integridade da prestação (art. 182.º).²³⁰ As outras categorias de titulares de direitos conexos não gozam de direitos morais.²³¹

O direito à menção encontra limite nos casos em que a “utilização da interpretação ou execução impuser a omissão da menção” (art. 180º/1), nomeadamente no caso de uma orquestra (não se mencionará o nome de todos os executantes)

²²⁶ Arts. 56º a 62º CDADC. Deve destacar-se que o artigo 56º contem uma cláusula geral, pelo que além destas faculdades existem outras. Além disso, em certos casos estes poderes jurídicos sobrepõem-se. Para uma visão comparativa e detalhada sobre o tema cfr. MIRA SUNDARAN RAJAN, *Moral Rights: Principles, Practice and New Technology* (OUP 2011); ELIZABETH ADENEY, *The moral rights of authors and performers* (OUP 2006) e CARINE DOUTRELEPONT, *Le droit moral de l'auteur et le droit communautaire* (Bruylant 1997). Entre nós, além dos manuais, cfr. ALEXANDRE SÁ E MELLO, *O Direito Pessoal de Autor no Ordenamento Jurídico Português* (SPA 1989); ORLANDO DE CARVALHO, 'Os direitos de personalidade de autor' in AAVV, *Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, tomo II (Edições Cosmos 1994) pp.539-550; ALEXANDRE DIAS PEREIRA, *Direitos de Autor e Liberdade de Informação* (Almedina 2008) pp. 463-482; GERALDO DA CRUZ ALMEIDA, 'O Direito Pessoal de Autor no Código de Direito de Autor e dos Direitos Conexos' in AAVV, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva* (AAFDUL 2001) pp.1055-1128.

²²⁷ O artigo 5º do Tratado de Pequim sobre Interpretações e Execuções Audiovisuais (2012) contem previsão equivalente.

²²⁸ WILLEM GROSHUDE, 'Moral Rights' in ESTELLE DERCLAYE (ed), *Research Handbook on the Future of EU Copyright* (EE 2009) pp. 242-266.

²²⁹ MENEZES LEITÃO, *Direito de Autor... cit.*, pp. 256-257.

²³⁰ Disposições equivalentes encontram-se na Alemanha (§74 e §75 UhrG) que, porém, como país monista que é, sujeita estes direitos ao mesmo prazo de caducidade dos direitos económicos, ou seja, 50 anos (§76UhrG).

²³¹ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor...cit.*, p. 665. Para uma apologia da consagração de direitos conexos em relação a fonogramas partindo do exemplo do virtuoso pianista GLENN GOULD cfr. MIRA SUNDARAN RAJAN, 'Glenn Gould and the case for moral rights in sound recordings' in <http://ipkitten.blogspot.pt/2015/10/glenn-gould-and-case-for-moral-rights.html> (4 Outubro 2015).

ou de outro colectivo como uma banda (sendo normalmente designado o grupo e não cada um dos artistas). Além disso, os programas sonoros exclusivamente musicais sem qualquer forma de locução, bem como aqueles “casos, consagrados pelo uso corrente, em que as circunstâncias e necessidades da transmissão levam a omitir as indicações referidas”, estão excluídos desta obrigação de menção (art. 154º *ex vi* art. 180º/2). Assim, esta obrigação de menção parece ser limitada aos casos em que seja usual e não se revele demasiado onerosa.²³²

O direito à integridade da prestação visa assegurar que a prestação de um artista não é deformada de forma a pôr em causa a sua reputação, honra ou propósito artístico. Haverá que fazer um juízo objectivo quanto à verificação e razoabilidade dos motivos do artista que invoca este direito.²³³ O direito de integridade pode ter um conteúdo meramente semântico (mais fraco), permitindo a um artista rejeitar a paternidade daquela prestação tal como é apresentada (é esta a solução prevista no artigo 60º/3 CDADC para as obras de arquitectura), ou um conteúdo normativo “forte”, admitindo que o artista possa obstar à disseminação da respectiva prestação. O CDADC não contem indicações que imponham qualquer uma destas duas concepções. Parece-me que deverão valer aqui considerações de proporcionalidade a ter em conta no caso concreto. Deverá atender-se nomeadamente ao grau de interferência com os interesses do artista, ao número de artistas e outros titulares envolvidos na prestação em causa, procurando conciliar os interesses em jogo. Assim, creio que será lícito ao tribunal, atendendo a estes factores, em cada caso optar por uma das duas soluções. Um exemplo de uma solução “maximalista” encontra-se na decisão de 1991 do *Oberlandsgericht* de Munique relativa ao grupo musical U2 em que o tribunal admitiu que a banda pudesse obstar à distribuição de um CD na Alemanha de um concerto cuja gravação havia sido particularmente mal feita.²³⁴

A questão da duração dos direitos morais do artista-intérprete também não encontra resposta directa no Código. OLIVEIRA ASCENSÃO²³⁵ defende que “o

²³² Aplaudindo esta formulação veja-se OLIVEIRA ASCENSÃO *Direito de Autor...cit.*, p. 563. Pode-se discutir se, sendo o artista-intérprete especialmente conhecido, existirá a necessidade legal de o apresentar.

²³³ Nas palavras de OLIVEIRA ASCENSÃO *Direito de Autor...cit.*, p. 564 “...este direito só pode ser entendido como cobertura duma necessidade ética. A lei é muito expressa em não dar nenhuma abertura a um poder arbitrário de proibir, quando nenhuma incidência da personalidade estiver em causa.” No caso *Blier c. Banque Nationale de Paris* (publicado em RIDA [1997] p. 284 e ss.) o Tribunal de Grande Instance de Paris negou a pretensão dos filhos de um actor de, com base no seu direito moral, impedir a utilização de excertos de gravações das suas actuações em publicidade. O Tribunal teve em conta vários factores, nomeadamente o facto de o actor já ter feito publicidade no passado a uma marca de queijo Camembert e os termos da campanha publicitária, concluindo que não existia razão atendível para proibir a respectiva exibição.

²³⁴ Decisão de 18.VII.1991 (29 U 3050/91) publicada em ZUM [1991] p. 540.

²³⁵ *Direito de Autor...cit.*, pp. 563-564.

regime dos direitos pessoais de autor, nomeadamente no que respeita à duração, não é transponível para os direitos pessoais do artista”.²³⁶ O Autor entende que a estrutura dos direitos conexos é monista, logo a duração das faculdades pessoais será a mesma das faculdades patrimoniais.²³⁷ Em França, o entendimento tem sido outro, os direitos morais dos titulares de direitos conexos são considerados eternos.²³⁸ Apesar de se ganhar com uma clarificação, creio que, tratando-se de faculdades pessoais, essas deverão ter o mesmo tratamento que têm em sede de direito de autor, sendo aplicáveis, com as devidas adaptações, os artigos 56º e 57º CDADC.

Em geral, os direitos conexos gozam igualmente de tutela penal.²³⁹ No entanto, o artigo 202º – que prevê um regime especial de tutela penal dos direitos morais – apenas refere os autores, o que, tendo em conta o princípio da legalidade em direito penal, exclui a tutela penal dos direitos pessoais dos artistas-intérpretes.²⁴⁰

8. O significado do artigo 189º/2

Segundo o art. 189º/2 CDADC: “A protecção outorgada neste capítulo ao artista não abrange a prestação decorrente do exercício de dever funcional ou de contrato de trabalho”. Existem três orientações na doutrina quanto ao significado e alcance desta disposição.

²³⁶ Como é sabido o art. 56º/2 refere-se ao direito moral do autor como “inalienável, irrenunciável e imprescritível, perpetuando-se, após a morte do autor”. DIAS PEREIRA, *Direitos de Autor e Liberdade...cit.*, pp. 478-480, manifesta algum cepticismo quanto ao efeito desta disposição e defende que, na realidade, a parte dos direitos morais relativa à protecção da personalidade do autor se extingue com a caducidade dos direitos económicos.

²³⁷ *Direito de Autor...cit.*, pp. 665-666, invocando a semelhança com as patentes onde também se consagra um direito “moral” à menção do inventor (art. 60º CPI).

²³⁸ YVES GAUBIAC, BRIGITTE LINDNER & JOHN N. ADAMS, ‘Duration of copyright’ in ESTELLE DERCLAYE (ed), *Research Handbook on the Future of EU Copyright* (EE 2009), p.154; ELIZABETH ADENEY, *ob. cit.*, p.215.

²³⁹ Sobre a tutela penal dos direitos de autor cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Penal de Autor* (Lex 1993); JOSÉ BRANCO, ‘DL 63/85’ in PAULO PINTO DE ABLUQUERQUE & JOSÉ BRANCO (org.), *Comentário das Leis Penais Extravagantes*, vol. II (UCE 2011) pp. 247-283; DAVID SILVA RAMALHO, A Tutela Penal dos Direitos de Autor e dos Direitos Conexos Na Sociedade Da Informação’ ROA [2012], *passim*, esp. pp. 219-246; VALTER DA SILVA ALVES, *O Crime de Usurpação de Direitos de Autor* (Almedina 2014). Deve frisar-se que OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Penal de Autor...cit.*, conclui em geral que os direitos conexos não gozam de tutela penal (pp. 25-26, 45-46, 59).

²⁴⁰ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Penal de Autor...cit.*, p. 59.

A primeira orientação atribui-lhe um alcance amplo, considerando que quando a prestação artística integre o objecto de um contrato de trabalho, não há lugar à atribuição de um direito conexo. Esta é a posição de OLIVEIRA ASCENSÃO.²⁴¹

Uma outra orientação vai no sentido de que a norma contem uma presunção *juris tantum*. Segundo esta orientação, defendida por LUIZ FRANCISCO REBELLO,²⁴² seria possível convenção em sentido contrário ao que dispõe a norma. Parece, porém, que um contrato não poderá gerar uma protecção absoluta que a lei exclui.²⁴³ Além disso, não existe nenhuma indicação no texto da norma que sugira tratar-se de uma presunção.

Uma terceira perspectiva, apresentada por VICTÓRIA ROCHA,²⁴⁴ sugere que esta norma deve ser lida restritivamente como uma mera recusa de remuneração suplementar. Citando:²⁴⁵ “Desta forma, se o trabalhador é contratado para cantar todas as noites no restaurante da entidade empregadora apenas terá direito à remuneração ajustada. Todavia, todos os direitos conexos que a lei lhe reconhece subsistem (...) No exemplo, não poderá [a entidade empregadora] fixar e distribuir ou vender fonogramas ou videogramas com a prestação em causa. Sem o acordo do intérprete não poderá comunicá-la fora do contexto das apresentações ao vivo no bar.”. Também MENEZES LEITÃO adopta esta orientação.²⁴⁶ Parece de facto ser esse o sentido mais razoável da norma, aquele que normalmente resultará dos termos do contrato e o mais consentâneo com as normas de convenções internacionais.²⁴⁷ A ser assim, a norma deveria ser revogada para evitar o equívoco de uma desprotecção dos artistas-intérpretes numa relação de emprego.

9. Duração

Como escreve VITTORIO M. DE SANCTIS²⁴⁸, “A duração dos direitos patrimoniais do direito de autor e dos direitos conexos é sem dúvida a [sua] mais impor-

²⁴¹ *Direito de Autor...cit.*, p. 558. No mesmo sentido DIAS PEREIRA, *Informática...cit.*, p. 223.

²⁴² *Código do Direito de Autor...cit.*, p. 248.

²⁴³ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor...cit.*, p. 558.

²⁴⁴ ‘A titularidade das criações intelectuais no âmbito da relação de trabalho’ in AAVV, *Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais*, vol. I (Coimbra Ed. 2007) pp. 190-191

²⁴⁵ *ibid.*, p. 191.

²⁴⁶ *Ob. cit.*, p. 250. O autor apontava como argumento sistemático o texto do artigo 18º da Lei nº 4/2008, de 07 de Fevereiro relativa ao regime dos contratos de trabalho dos profissionais de espectáculos. Essa norma foi entretanto revogada pela Lei nº 28/2011, de 16 de Junho.

²⁴⁷ Nomeadamente os arts. 7º e 16º/1 da Convenção de Roma, sendo que Portugal não formulou qualquer reserva.

²⁴⁸ *ob. cit.*, p. 329.

tante limitação...”. Em Portugal, a duração dos direitos conexos estava inicialmente regulada no nosso Código em relação a cada direito.²⁴⁹ Em 1991 (Lei nº 114/91, de 3 de Setembro), foi estabelecida a duração uniforme de 50 anos para os três direitos conexos clássico e, em 2008 (Lei nº 16/2008, de 01 de Abril) as disposições relativas à duração foram agrupadas no artigo 183º.

A Directiva 2006/116/CE relativa ao prazo de protecção do direito de autor e de certos direitos conexos,²⁵⁰ alterada pela Directiva 2011/77/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Setembro de 2011, estabeleceu regras uniformes de duração dos direitos de autor e certos direitos conexos.²⁵¹ Em termos de direitos conexos a respectiva transposição traduziu-se num aumento do prazo de protecção previsto na legislação nacional. A Lei nº 82/2013, de 6 de Dezembro, transpôs a última e controversa directiva relativa à duração (conhecida como directiva da extensão²⁵²), introduzindo o artigo 183º-A com um mecanismo complexo de repartição de benefícios. Para compreensão do CDADC, que nesta área tem disciplina particularmente deficiente, é indispensável consultar a última versão da Directiva relativa à duração.

A primeira interrogação refere-se logo à forma de contagem dos prazos de duração. Nem relativamente aos direitos de autor nem quanto aos direitos conexos se encontra consagrada no CDADC a regra do art. 8º da Directiva 2006/115, segundo a qual: “Os prazos previstos na presente directiva são calculados a partir do primeiro dia do ano subsequente ao respectivo facto gerador.”²⁵³ De acordo com essa regra, as obras e as prestações protegidas entram no domínio público “em bloco” no dia 1 de Janeiro do ano seguinte ao do término do prazo. Na sua ausência poder-se-ia pensar que valem as regras gerais do Código Civil (arts. 296º e 279º). Mas não. De forma inexplicável, o legislador dispôs sobre o assunto no

²⁴⁹ Para o artista-intérprete, inicialmente 25 anos (art. 189º da primeira versão de 1985) e depois 40 anos (art. 183º da segunda versão de 1985) “contados do primeiro dia do ano subsequente àquele em que ocorreu o facto gerador da protecção”. Para o produtor, inicialmente 10 anos (art. 192º da primeira versão) e depois 25 anos (art. 186º da segunda versão) contados do primeiro dia do ano subsequente àquele em que ocorreu a fixação. Para a emissão de radiodifusão inicialmente 10 anos (art. 194º da primeira versão) e depois 20 anos (art. 188º da segunda versão) contados da mesma forma.

²⁵⁰ Trata-se da versão codificada, a versão original datava de 1993 (Directiva 93/98/CEE do Conselho, de 29 de Outubro de 1993, relativa à harmonização do prazo de protecção dos direitos de autor e de certos direitos conexos).

²⁵¹ O sucesso da harmonização é muito duvidoso como assinala CHRISTINA ANGELOPOULOS, ‘The Myth of European Term Harmonisation: 27 Public Domains for the 27 Member States’ IIC [2012] pp. 567-594.

²⁵² Directiva nº 2011/77/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Setembro. Sobre a controvérsia, cfr., NATALI HELBERGER ET AL, ‘Never forever: Why extending the term of protection for sound recordings is a bad idea’ EIPR [2008] pp. 174-181 e BENJAMIN FARRAND, ‘Too much is never enough: the 2011 Copyright in Sound Recordings Extension Directive’ EIPR [2011] pp. 297-304.

²⁵³ Encontra-se norma semelhante no artigo 14º da Convenção de Roma e no artigo 17º WPPT.

artigo 3º do DL nº 334/97, de 27 de Novembro.²⁵⁴ Revela-se imperioso transferir essa norma – a regra base relativa à contagem dos prazos de duração – para o CDADC aproveitando para lhe dar uma melhor formulação.

Em relação ao prazo de protecção dos direitos conexos, o ponto de partida é que os direitos conexos “clássicos”, à excepção do outorgado ao produtor de fonogramas, valem por 50 anos. Este prazo de caducidade conta-se da actuação do artista-intérprete, da primeira fixação pelo produtor de videogramas ou da primeira emissão pelo organismo de radiodifusão (art. 183º/1).²⁵⁵ Se, porém, no decurso deste prazo, o videograma for licitamente publicado ou comunicado ao público, a contagem do prazo de 50 anos reinicia-se, contando do primeiro destes dois eventos (art. 183º/2).

Apesar de a lei não ser clara, encontra-se previsto um mecanismo de extensão semelhante, mas agora de 50 para 70 anos, tanto para os artistas-intérpretes cuja prestação esteja fixada num fonograma (ou seja, para os músicos²⁵⁶), como para os produtores de fonogramas. Assim, ocorrendo lícita publicação ou comunicação ao público do fonograma dentro do prazo de 50 anos, os direitos dos artistas-intérpretes que tenham gravado fonogramas e dos produtores de fonogramas durarão 70 anos a contar do primeiro destes dois eventos.²⁵⁷

Em termos de duração é aplicável aos titulares estrangeiros (excepto da União Europeia) de direitos conexos a regra de reciprocidade material, também dita de comparação de termos (art. 37º *ex vi* art. 183º/6).²⁵⁸ Apesar de a remissão do artigo 183º/6 aparentemente omitir os produtores de fonogramas, creio que se deverá entender que esta regra também lhes é aplicável.

O artigo 183º-A é uma transposição do mecanismo complexo de repartição de benefícios resultantes da extensão do prazo de protecção dos produtores de fonogramas e dos artistas-intérpretes cuja prestação se encontre registada nos fonogramas (normalmente músicos). Assim, os números 1 e 2 desta disposição

²⁵⁴ Sobre este diploma cfr. ALEXANDRE DIAS PEREIRA, ‘O Tempo e O Direito de Autor’ Temas de Propriedade Intelectual, nº 1 (1999), pp. 75-85.

²⁵⁵ Em relação ao organismo de radiodifusão, uma vez que o conteúdo emissão é irrelevante, cada emissão (ainda que do mesmo conteúdo) atrai protecção autónoma (LUCIE GUIBAULT & ROY MELZER, *ob. cit.*, p.3).

²⁵⁶ Em bom rigor o fonograma não precisa de conter música, logo também um artista cuja declamação de um poema seja gravada pode gozar desta extensão.

²⁵⁷ Salvo no caso de se verificar a série de eventos descritos nos nºs 1 e 2 do artigo 183º-A.

²⁵⁸ Sobre o impacto do princípio da não discriminação (art. 18º TFUE) neste domínio cfr., com adicionais referências, NUNO SOUSA E SILVA, ‘Cidadania Europeia e Propriedade Intelectual – os Estados e as pessoas’ in SOFIA OLIVEIRA PAIS (coord.), *Cidadania europeia: valores, direitos e oportunidades* (UCE Porto 2015) pp. 419-424.

consagram a chamada solução “use it or lose it”.²⁵⁹ Se, ao fim de 50 anos, não existirem “cópias do fonograma à venda no mercado em quantidade suficiente” ou o mesmo não estiver à disposição do público, o artista-intérprete tem o direito, potestativo-extintivo e inalienável, de resolver o contrato que tenha celebrado com o produtor de fonogramas na parte relativa a esses fonogramas.²⁶⁰ Para o efeito, deve notificar o produtor de fonogramas da sua intenção e esta só produzirá efeitos se, no prazo de um ano a contar dessa notificação, o produtor dos fonogramas não colocar essas cópias no mercado ou proceder à respectiva comunicação ao público. Com a resolução do contrato caduca igualmente o direito do produtor de fonogramas.²⁶¹ Este será o caso para os fonogramas com pouco interesse comercial.

Já quanto aos mais atraentes do ponto de vista comercial (não por acaso a extensão coincidiu com o aproximar do fim do prazo de protecção de artistas como os Beatles²⁶²) o mecanismo é diferente. Se o contrato celebrado entre o(s) artista(s)-intérprete(s) e o produtor de fonogramas não previr “pagamentos recorrentes”, isto é, *royalties* pagos com base no sucesso comercial do fonograma, o art. 183º-A/4 assegura que não será apenas o produtor de fonogramas a lucrar com a extensão do prazo. Para que o(s) artista(s)-intérprete(s) que alienaram definitivamente os seus direitos possam beneficiar da extensão de prazo, esta disposição atribui-lhes um “direito irrenunciável de obter uma remuneração suplementar anual”. Este valor “deve corresponder a 20 % das receitas” obtidas através da exploração do fonograma no ano anterior (art. 183º-A/5). A cobrança deste valor está sujeita a gestão colectiva obrigatória (art. 183º-A/7).

10. Conclusão: propostas de alteração legislativa

O CDADC precisa de uma revisão e não apenas no domínio dos direitos conexos.²⁶³ Como vimos, existem algumas normas que levantam problemas desnecessá-

²⁵⁹ GEMMA MINERO, ‘The Term Directive’ in IRINI STAMATOUDI & PAUL TORREMANS (eds), *EU Copyright Law – A Commentary* (EE 2014) pp. 269-270, dando conta que a solução da Directiva se inspira no direito tedesco.

²⁶⁰ No caso de vários artistas-intérpretes o artigo 183º-A/3 remete para a solução da obra em colaboração (art. 17º), este artigo, por sua vez, manda aplicar as regras da compropriedade (arts. 1403º a 1407º do CC), que muitas vezes redundam numa decisão de acordo com a equidade.

²⁶¹ Esta disposição, a meu ver, não diminui a necessidade de clarificar a sua duração no artigo anterior.

²⁶² CHRISTINA ANGELOPOULOS, ‘Amended Directive Extends the Term of Protection for Performers and Sound Recordings’ GRUR Int. [2011] p. 987.

²⁶³ Só para mencionar alguns exemplos: a epígrafe do artigo 3º CDADC deveria ser “obras derivadas” e não “obras equiparadas a originais”; deveria suprimir-se a exigência de escritura pública para a transmissão (Art. 44º CDADC) visto que já nem para a transmissão de um imóvel (art. 875º CC) é necessária uma

formalidade tão exigente e os crimes previstos nos artigos 195º e 196º deveriam deixar de ser crimes públicos, alterando-se o artigo 197º CDADC.

rios e que se revelam incompatíveis com o acervo internacional e europeu vigente em Portugal. De igual modo, existem normas importantes para a compreensão do regime que se encontram em legislação extravagante, frustrando a própria razão de ser de um Código.²⁶⁴ Por último, algumas das normas geram incerteza que o legislador deveria procurar dissipar. Sugere-se, assim:

- a consagração legal com contornos claros ou, alternativa que prefiro, a rejeição de um “direito ao espectáculo” através de norma que adopte expressamente o princípio do *numerus clausus* de direitos conexos;
- alterar a lei da cópia privada, removendo o editor da lista dos beneficiários das respectivas receitas;
- alterar a inserção sistemática do actual artigo 39º, colocando-o na secção relativa aos direitos conexos;
- clarificar o conteúdo da protecção dos dois direitos conexos previstos no artigo 39º;
- resolver a contradição entre os artigos 39º e 78º do CDADC, possivelmente revogando ou reduzindo o âmbito deste último;
- consagrar no CDADC o direito de distribuição para os artistas-intérpretes e para os organismos de radiodifusão, ou seja, mover o conteúdo do artigo 7º do DL nº 332/97, de 27 de Novembro para o CDADC;
- alterar a definição de “distribuição” do art. 176º/8 removendo a referência a “quantidade significativa”, adoptando em alternativa a definição constante do artigo 4º da Directiva 2001/29;
- incluir na definição de organismo de radiodifusão do artigo 176º/9 a referência, que consta actualmente do artigo 187º/2, à exclusão dos distribuidores de cabo que se limitem a efectuar a retransmissão;
- retirar das alíneas b) e c) do nº1 do artigo 178º do CDADC a expressão “sem o seu consentimento”;²⁶⁵
- remover a expressão “em suporte material” da alínea b) do nº1 do artigo 178º;²⁶⁶
- remover a referência à execução pública de fonogramas do artigo 184º nº2;
- acrescentar ao artigo 183º/1 uma nova alínea que mencione expressamente a duração do direito do produtor de fonogramas: 50 anos, com possibili-

formalidade tão exigente e os crimes previstos nos artigos 195º e 196º deveriam deixar de ser crimes públicos, alterando-se o artigo 197º CDADC.

²⁶⁴ BATISTA MACHADO, *ob. cit.*, p. 99: “Um código pressupõe (...) um plano sistemático (...) ao mesmo tempo que (...) facilita a construção científica do Direito (...)”.

²⁶⁵ Cfr. ALEXANDRE DIAS PEREIRA, ‘Da Retransmissão...cit.’, p.1007 n.41.

²⁶⁶ Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor...cit.*, p.579 n.1.

- dade extensão para 70 anos no caso de lícita publicação ou comunicação ao público (tal como consta do art. 3º/2 da Directiva 2006/115/CE);
- como consequência deste acréscimo, tornar inequívoca a aplicabilidade da regra da reciprocidade material do artigo 37º (*ex vi* art. 183º/6) aos direitos conexos dos produtores de fonogramas;
 - acrescentar ao CDADC uma norma quanto à forma de contagem do prazo de duração tanto de dos direitos conexos como do direito de autor, em conformidade com o artigo 8º da Directiva 2006/115;
 - esclarecer qual é a duração das faculdades pessoais atribuídas aos artistas-intérpretes;
 - excluir expressamente a figura do plágio de prestação, acrescentando uma alínea c) ao artigo 196º/4 do CDADC;
 - a supressão do artigo 189º/2 ou, caso se sustente uma interpretação que lhe dê significado operativo, a sua autonomização num artigo e a explicação desse significado;
 - a eliminação da exigência de formalidades do artigo 185º/1;
 - independentemente da manutenção do actual artigo 185º, remover a referência a esse artigo na enumeração do artigo 205º/2;
 - acrescentar uma referência aos artistas-intérpretes no artigo 202º do CDADC.

O NOVO REGIME JURÍDICO DA MARCA DA UNIÃO EUROPEIA*

MARIA MIGUEL CARVALHO**

Abstract: More than 20 years after the adoption of Regulation (EC) No 40/94 of 20/12/1993 on the Community trade mark, and notwithstanding the entry into force of Regulation (EC) No 207/2009 of 26.2.2009 on the Community trade mark, which repealed the first, there was a need for reform to make the registration system more accessible and efficient for businesses, reducing costs and complexity and increasing speed and legal certainty. This came to pass with the adoption of Regulation (EU) N° 2015/2424 of the European Parliament and of the Council of 12.16.2015.

This Regulation represents – with Directive 2015/2436 of the European Parliament and of the Council of 16/12/2016 – the largest and most important change to the European trade mark system, and has significantly modified Regulation (EC) N° 207/2009 of 26.2.2009. The present study deals with the new legal regime established for the mark, now entitled, European Union Trade Mark/European Union Trade Mark Regulation/ Trade Mark Law.

Keywords: European Union Trade Mark

Palavras-chave: Marca da União Europeia / Regulamento da Marca da União Europeia / Direito de Marcas

Sumário: Introdução 1. Os trabalhos preparatórios do RARMC 2. Os pilares da reforma do RMC 3. O novo regime jurídico da marca da União Europeia: breve análise de algumas alterações introduzidas 3.1. Alterações substanciais 3.2. Alterações procedimentais

Introdução

Atendendo à importância das marcas, em especial no domínio da concorrência, não se estranha que, desde cedo, a sua regulamentação jurídica tenha suscitado interesse no seio da União Europeia¹.

* O texto que agora se publica serviu de base à nossa intervenção, em 7 de Julho de 2016, no Curso de Verão – “Direito da Propriedade Intelectual: o estado das questões em 2016” –, organizado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e pela Associação Portuguesa de Direito Intelectual e foi publicado na revista *Scientia Iuridica*, Tomo LXV, nº342, Setembro/Dezembro de 2016, pp. 435 e ss.

** Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho.

¹ Seguimos, de forma muito resumida, o que já afirmámos noutro estudo – cfr. LUÍS COUTO GONÇALVES/CLÁUDIA TRABUCO/MARIA MIGUEL CARVALHO, “Propriedade Intelectual”, in *Direito da União Europeia*