

**O direito de colocação à disposição dos artistas intérpretes ou executantes no Código de Direito de Autor e Direitos Conexos (CDADC): questões suscitadas pelo n.º 4 do art. 178º**

**The right of making available to performers according to Portuguese Copyright Law (CDADC): questions raised by n. 4 of article 178º**

**Vitória Rocha**

Professora Auxiliar da Escola de Direito da Universidade Católica, Porto, Advogada e Consultora

Junho de 2015

**RESUMO:** O direito de colocação à disposição para acesso público do artigo 10º do Tratado OMPI de 1996 (TOIEF) e do artigo 3.2. da Directiva sobre a Sociedade da Informação (DIS), previsto para os artistas intérpretes ou executantes, não foi devidamente transposto para o Direito Português, artigo 178º do Código de Direito de Autor e dos Direitos Conexos. Desta forma, perante um direito que foi expressamente considerado de exclusivo para as utilizações primárias, surgem graves problemas desde erros e contradições seja internas, no próprio artigo (cf. art. 178º, n.º 1, alínea d) e n.º 2 e 3 CDADC) a incompatibilidades sistemáticas com art. 183º-A CDADC. Tudo porque n.º 4 do artigo 178º estabelece gestão colectiva obrigatória, mesmo para os não-membros, e para a exploração primária das prestações dos artistas intérpretes ou executantes, expropriando-os do direito de exclusivo mesmo para usos primários. Esta solução é contrária à Constituição da República Portuguesa (CRP), às regras de gestão colectiva, e torna a regulamentação nacional incompatível com TOIEF e com o Direito Comunitário, que deve prevalecer. Por todos estes motivos, o n.º 4 do 178º CDADC deve ser alvo de uma interpretação ab-rogante e ser revogado numa futura e rápida revisão do CDADC, ou então os nossos mercados musical e audiovisual em rede, já de si marginais, serão deslocalizados para outros países, criando graves danos para este sector cultural em Portugal e violando as regras de concorrência da União Europeia (UE).

**PALAVRAS-CHAVE:** direito de colocação à disposição do público; prestações; Tratados OMPI 1996; Directiva sobre Sociedade da Informação; artistas intérpretes ou executantes

**ABSTRACT:** The right of making available to the public on line and on demand, of article 10 of OMPI Treaty of 1996 (WPPT) and of article 3.2. Directive on Information Society (DIS), concerning performers, was not duly transposed into Portuguese Law- art. 178º of CDADC- thus creating severe errors, namely internal contradictions in the article itself (cf. art. 178º, n. 1, d) and n. 2 and 3 CDADC) and systematic incompatibilities with art. 183º-A CDADC. All because n. 4 of article 178º establishes mandatory collective management, even for non-members, and for primary exploitation of the performances, withdrawing the individual exclusive right of performers even for primary uses. This is against collective management rules, against Portuguese Constitution, and renders Portuguese regulation incompatible with WPPT and European Law, that must prevail. Thus, n. 4 of 178º CDADC must be interpreted as abrogated and disappear in a future revision of the CDADC, or else our music and audiovisual market will all be delocalized to other countries, creating severe damage in Portugal and violating competence rules in EU

**KEY WORDS:** Right of making available to the public; performances; WIPO Treaties 1996; Information Society Directive; Performers

## SUMÁRIO:

1. Noções gerais e objecto de investigação
  2. Breves notas sobre a origem, enquadramento e características do direito de colocação à disposição
    - 2.1. Um direito novo e autónomo? Ou uma modalidade do direito de comunicação pública?
      - 2.1.1. Solução do CDADC em matéria de direitos de autor.
      - 2.1.2. Solução do CDADC em matéria de direitos conexos.
    - 2.2. Interactividade.
    - 2.3. Um novo conceito de público.
    - 2.4. Direito patrimonial de exclusivo nas utilizações primárias.
  3. Regime decorrente do art. 178º CDADC.
    - 3.1. Contradição interna
    - 3.2. Contradição sistemática com o art. 183º-A CDADC
    - 3.3. Inconstitucionalidade do n.º 4 do art. 178º CDADC.
    - 3.4. Incompatibilidade do n.º4 do art.174º com o regime da gestão colectiva.
    - 3.5. Incompatibilidade do n.º 4 do art. 174º com o Direito Comunitário.
  4. Defesa de uma interpretação ab-rogante do n.º 4 do art. 178º CDADC e da sua revogação de *iure constituindo*
  5. Conclusões
- Bibliografia



## 1. Noções gerais e objecto de investigação

O direito de colocação à disposição para acesso público a partir do local e no momento escolhido surge na Sociedade da Informação como um dos direitos patrimoniais de exploração mais importantes, quer para autores, quer para titulares de direitos conexos, uma vez que hoje existem dois mercados em paralelo: o mercado virtual, na *Internet* ou rede digital escolhida, assente nas visualizações *on line* e nos *downloads*, e o mercado físico tradicional de venda ou aluguer ao público.

No âmbito dos direitos de autor e direitos conexos a tendência é cada vez maior para a sobreposição do primeiro em detrimento do segundo que, em algumas áreas, começa progressivamente a desaparecer, como é o caso dos *e-papers*, *e-books*, *e-articles*. Os efeitos do predomínio do mercado em rede nas áreas musical e audiovisual já há vários anos se sentem.

A restrição do nosso estudo aos direito de colocação à disposição dos artistas intérpretes ou executantes deve-se à desastrosa regulamentação do direito no CDADC que, no contexto da UE, conduz a graves distorções na concorrência, afectando o mercado que se pretende único, podendo o mercado *on line* dos artistas intérpretes na área musical ou audiovisual abrangidos pelo sistema nacional, e todos os demais envolvidos, tais como as produtoras, operadores de serviços e entidades de radiodifusão, ser fortemente afectados com a deslocalização do mercado para fora de Portugal. Faremos uma referência a aspectos doutrinários que gostaríamos de desenvolver, mas que não é possível, dada a limitação de palavras a respeitar.

## 2. Breves notas sobre a origem, enquadramento e características do direito de colocação à disposição

Os direitos de autor e os direitos conexos surgem e evoluem numa relação directa com a evolução técnica. A passagem da era analógica para a era digital e a evolução da Sociedade da Informação colocam novos e, cada vez, mais complexos problemas a que este Direito vem sendo chamado a responder. A implementação e as questões resultantes do “direito de colocação à disposição do público, por fio ou sem fio, da obra ou prestação protegidas de forma a tornarem as mesmas acessíveis a qualquer pessoa a partir do local e no momento por elas escolhido” inserem-se nesse contexto dinâmico<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Nunca um Ramo do Direito esteve tão ligado à tecnologia como este. No caso particular do direito em análise, veja-se RAMÓN CASAS VALLÉS, “La comunicación pública en el entorno digital: el derecho de puesta a disposición”, CARMEN BAQUERO PÉREZ DE ONTIVEROS e outros, *La Obra Audiovisual en la Reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, Aranzadi, 2008, pp. 59-120, em especial, pp. 59-84. Veja-se também MARIA ASUNCIÓN ESTEVE PARDO, *Contratos multimedia*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2004, em especial, pp. 154-155, que dá conta do desacordo sobre o tema nos EUA, onde já foi considerado direito de distribuição de cópias pela jurisprudência e direito de comunicação pública por alguma doutrina e pelo Senado, atendendo a que a reprodução temporária constitui apenas um meio para permitir o acesso no ecrã do computador (ou qualquer outra plataforma, acrescentaríamos nós, dada a actual realidade). Sobre as obras multimédia veja-se o nosso

## 2.1. Um direito novo e autónomo? Ou uma modalidade do direito de comunicação pública?

O direito tem a sua origem nos Tratados OMPI de 1996 sobre Direito de Autor (TODA) e OMPI de 1996 sobre Prestações, Interpretações e Fonogramas (TOIEF). Na UE, na Directiva 2001/29 de 22 de Maio (art. 3.1 e 3.2), Directiva sobre a Sociedade da Informação.

Para além da terminologia necessariamente neutra, a primeira grande questão doutrinal e prática, porque tem implicações em termos de regime<sup>2</sup>, que se colocou e coloca a respeito deste direito é a de saber se é mais uma modalidade, designadamente, do direito de distribuição, de reprodução ou de comunicação, ou um direito novo. E ainda, se se traduz num conjunto de direitos ou num só direito complexo. Tecnicamente, para que haja a colocação à disposição interactiva, são necessários diversos actos que implicam múltiplas formas de exploração do tipo referido<sup>3</sup>.

Desejou-se uma solução neutra, de modo a poder atingir um mínimo comum aos diversos países, uns de tradição anglo-americana, outros de tradição continental. Não se impuseram teses de distribuição ou comunicação pública. O objectivo foi descrever este acto com termos muito precisos, sem compromissos jurídicos. Caracterizado como **direito de exclusivo e não sujeito a esgotamento**, foi deixada a cada país margem para criar um novo direito, optar pelo direito de reprodução, comunicação pública ou distribuição, ou considerá-lo uma combinação de todas estas formas de exploração. A isto se denominou “umbrella solution”, expressão de M. FICSOR<sup>4</sup>. Foi o mínimo denominador comum possível, deixando margem para importantes divergências nacionais. É esta “umbrella solution” que encontramos nos arts. 8 TODA, 10 e 14 TOIEF.

O art. 8 TODA insere o direito no contexto da comunicação pública, o que torna a solução “umbrella”, num “half opened umbrella”. Foi decisiva, neste sentido, a posição maioritária da UE, tendo mesmo sido defendido que Convenção de Berna já podia ser interpretada desse modo<sup>5</sup>, sem prejuízo de cada país poder optar por um direito novo, ou outra solução, desde que respeitadas as características essenciais apontadas<sup>6</sup>: direito de exclusivo não sujeito a esgotamento.

No art. 10 TOIEF é consagrada a “umbrella solution” em toda sua amplitude. O direito de colocação à disposição surge como forma de exploração independente. Em matéria de

---

VICTÓRIA ROCHA, “Multimédia e Direito de Autor: alguns problemas” *Actas de Derecho industrial y Derecho de Autor (ADI)*, 1996, pp. 175-218, publicado numa época em que multimédia era uma “buzz word” e que, curiosamente, permanece, no seu essencial, actual.

<sup>2</sup> Cf M. FICSOR, *The Law of Copyright and the Internet. The 1996 WIPO Treaties, their Interpretation and Implementation*, Oxford, OUP, 2002, p. 3 ss. Sobre os Tratados OMPI e a Directiva sobre Sociedade da informação veja-se também, PATRÍCIA AKESTER, *Direito de Autor em Portugal, nos PALOP, na União Europeia e nos Tratados Internacionais*, Almedina 2013, em especial sobre o TODA pp. 413-420; sobre o TOIEF, pp. 431-438, e sobre a Directiva sobre Sociedade da Informação, pp. 339-358.

<sup>3</sup> Desenvolvidamente, R. CASAS VALLÉS, ob. cit., pp. 64-84 e pp. 85-87.

<sup>4</sup> Cf. M. FICSOR, ob. cit., pp. 205-206; R. CASAS VALLÉS, ob. cit., p. 77.

<sup>5</sup> Cf. M. FICSOR, ob. cit., pp. 239-240 e 497; R. CASAS VALLÉS, ob. cit., p. 78.

<sup>6</sup> Cf. M. FICSOR, ob. cit., pp. 486 e p. 487, pp. 49-500; R. CASA VALLÉS, ob. cit., pp. 78-79.

direitos conexos não havia que respeitar compromissos, dado que não existia um direito de comunicação pública reconhecido internacionalmente e susceptível de o englobar. Sem prejuízo de os Estados-Membros poderem optar por o incluir em algum dos direitos já existentes, como o direito de comunicação ou distribuição (cf. arts. 8 e 12 TOIEF).

Perante o TOIEF também é claro, nos termos dos arts. 10 e 15, que o direito em causa se traduz num direito de exclusivo, com a possibilidade de outorgar aos artistas intérpretes ou executantes o direito a uma remuneração irrenunciável quando o direito tenha sido objecto de cessão. Isto, sem prejuízo de os Estados poderem sempre manter o direito como um direito de exclusivo<sup>7</sup>.

A DIS opta pela colocação do direito de colocação à disposição entre os direitos de comunicação pública (cf. art. 3.1 e Considerando 23). Ou seja, a solução “umbrella” acaba por se fechar<sup>8</sup>. Em matéria de direitos conexos, o art.3.2 abrange a possibilidade de o direito em causa ser um direito autónomo. Os titulares abrangidos não tinham um direito de comunicação pública prévio harmonizado (artistas, produtores, entidades de radiodifusão<sup>9</sup>), podendo, no entanto, cada Estado-Membro enquadrá-lo no direito de comunicação pública, na medida em que os sujeitos do direito disponham deste direito. O que se impõe é que seja um direito de exclusivo e não sujeito a esgotamento<sup>10</sup>.

Em Portugal, o legislador considerou este direito como um direito único, complexo, mas autónomo, novo. Se a interpretação pode deixar algumas dúvidas em matéria de direitos de autor, não deixa qualquer dúvida em matéria de direitos conexos. O direito está previsto no art. 68º, n.º 2, al. j), para os autores, e no art. 178º, n.º 1 al. d) CDADC, para os artistas intérpretes ou executantes, não incluído dentro do direito de comunicação pública<sup>11</sup>.

<sup>7</sup>Cf. M. FICSOR, ob. cit., pp.638-639; R. CASAS VALLÉS, ob. cit. pp. 81-82.

<sup>8</sup> Como salienta R. CASAS VALLÉS, ob. cit., p. 82.

<sup>9</sup> Quanto aos produtores audiovisuais das primeiras películas e as entidades de radiodifusão, CASAS VALLÉS defende claramente a sua inclusão entre os beneficiários do art. 3.2. da Directiva, cf. ob. cit., p. 83.

<sup>10</sup> *Idem, ibidem*. Cf. também Considerandos 24 e 29.

<sup>11</sup> “Artigo 178.º CDADC

(Poder de autorizar ou proibir)

1 – Assiste ao artista intérprete ou executante o direito exclusivo de fazer ou autorizar, por si, ou pelos seus representantes: a) A radiodifusão, e a comunicação ao público, por qualquer meio, da sua prestação, excepto quando a prestação já seja, por si própria, uma prestação radiodifundida ou quando seja efectuada a partir de uma fixação; b) A fixação, sem o seu consentimento, das prestações que não tenham sido fixadas; c) A reprodução directa ou indirecta, temporária ou permanente, por quaisquer meios e sob qualquer forma, no todo ou em parte, sem o seu consentimento, de fixação das suas prestações quando esta não tenha sido autorizada, quando a reprodução seja feita para fins diversos daqueles para os quais foi dado o consentimento ou quando a primeira fixação tenha sido feita ao abrigo do artigo 189.º e a respectiva reprodução vise fins diferentes dos previstos nesse artigo; d) A colocação à disposição do público, da sua prestação, por fio ou sem fio, por forma que seja acessível a qualquer pessoa, a partir do local e no momento por ela escolhido.

2 – Sempre que um artista intérprete ou executante autorize a fixação da sua prestação para fins de radiodifusão a um produtor cinematográfico ou audiovisual ou videográfico, ou a um organismo de radiodifusão, considerar-se-á que transmitiu os seus direitos de radiodifusão e comunicação ao público, conservando o direito de auferir uma remuneração inalienável, equitativa e única, por todas as autorizações referidas no n.º 1, à excepção do direito previsto na alínea d) do número anterior. A gestão da remuneração equitativa única será exercida através de acordo colectivo celebrado entre os utilizadores e a entidade de gestão colectiva representativa da respectiva categoria, que se considera mandatada para gerir os direitos de todos os titulares dessa categoria, incluindo os que nela não se encontrem inscritos.

3 – A remuneração inalienável e equitativa afixar nos termos do número antecedente abrangerá igualmente a autorização para novas transmissões, a retransmissão e a comercialização de fixações exclusivos de radiodifusão.

4 – O direito previsto na alínea d) do n.º 1 só poderá ser exercido por uma entidade de gestão colectiva de direitos dos artistas, que se presumirá mandatada para gerir os direitos de todos os titulares, incluindo os que

### 2.1.1. Solução do CDADC em matéria de direitos de autor

Em matéria de direitos de autor, o art.68º CDADC, sob a epígrafe, “Formas de utilização”, depois de consagrar uma cláusula geral no n.º1, permitindo que a exploração e utilização da obra se possa fazer por qualquer dos modos actualmente conhecidos, passa no n.º 2 a uma enumeração exemplificativa em que dissecava várias formas de exploração, muitas tradicionalmente incluídas no direito de comunicação pública, como é o caso das als. b), c), em parte, al. d). A al. j) refere-se, como forma de exploração, à “colocação à disposição do público, por fio ou sem fio, da obra por forma a torná-la acessível a qualquer pessoa a partir do local e no momento por ela escolhido”. Destaca-se esta forma de exploração sem a submeter ao conceito de comunicação pública. O que pode ter duas leituras: a que defendemos, e que consiste autonomizar o direito do tradicional direito de comunicação pública, e que nos parece mais consentânea com o facto de não se ter reproduzido à letra o art.3.1 da Directiva; ou considerar que se trata de mais uma forma de comunicação pública que, tal como as outras, é destacada, solução que nos parece pouco defensável.

Oliveira Ascensão<sup>12</sup> afirma que constitui um direito novo que, embora tenha grandes afinidades com o direito de comunicação, não se confunde com ele. Este é agora o meio privilegiado de acesso *on line*, independentemente de o suporte ser um computador, fixo ou portátil, um *i-phone*, um *i-pad*, um andróide ou outro *hardware*. É um novo direito de receber informação instantânea, ao minuto, e *on demand*. Nem o Direito de Autor, nem os Direitos Conexos podiam ficar alheios a esta realidade. Tanto mais, quanto é certo que tecnologicamente esta forma de acesso implica processos que envolvem reprodução, ainda que temporária, comunicação para visualização no ecrã e eventual *download*.

---

nela não se encontrem inscritos, assegurando-se que, sempre que estes direitos forem geridos por mais que uma entidade de gestão, o titular possa decidir junto de qual dessas entidades deve reclamar os seus direitos.”(Redacção dada pela Lei 50/2004 de 24 de Agosto).

<sup>12</sup> Afirma o autor: “ A consagração do direito de colocar à disposição do público é, a nosso ver, feliz.

A especificidade, e novidade, desta situação, tal como resultava do problema prático a resolver, consistia exactamente nisto: a obra ou prestação é colocada numa situação que permitirá a cada um a ela individualmente aceder por meios técnicos. Uma situação desta ordem não estava prevista nos tratados existentes. A criação desta possibilidade de acesso generalizada, mas não obstante individual, representava o elemento novo.....Com isto cria-se realmente um novo direito ou faculdade. Nada adiantaria chamar-lhe *sui generis*, como também se pretendeu. É um direito ao lado dos outros. É um direito justificado pela peculiar natureza do meio técnico utilizado”. J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Direitos de autor e conexos inerentes à colocação de mensagens em rede informática à disposição do público”, *Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação*, Coimbra, Almedina, 2001, pp. 112-113. E mais à frente, pp. 114-115, “A própria afirmação de que o direito de comunicação pública compreende o direito de colocação à disposição do público não pode ser aceite. O direito de comunicação pública nasceu para englobar comunicações presenciais colectivas de obras”. Pode-se criticar que a legislação não foi tão longe quanto deveria, deixando, por vezes, na dúvida se estamos perante uma forma nova de comunicação pública, o que nos parece, pelo exposto, totalmente errado, mas conduz a dúvidas na doutrina. A. SÁ E MELLO, *Manual de Direito de Autor*, Coimbra, Almedina, 2014, p. 181, denomina-o de direito de comunicação pública *sui generis*. Defendendo que se trata de um direito novo, L. M. TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito de Autor*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 136ss, e p. 254. Em sentido contrário para os autores, se pronuncia PATRÍCIA AKESTER, *Direito de Autor cit.*, pp. 105-115 em especial, pp. 105-110, que faz uma interpretação decalcada da Directiva sobre Direito da Sociedade da Informação, ou seja, do art.3.1.



### 2.1.2. Solução do CDADC em matéria de direitos conexos

Em matéria de direitos conexos dos artistas intérpretes ou executantes, o art.178º CDADC, sob a epígrafe “Poder de autorizar ou proibir”, no n.º 1 prevê os direitos de exclusivo de autorizar radiodifusão e comunicação pública, com algumas excepções – al. a); proibir a fixação, sem o seu consentimento, de prestações ainda não fixadas – al. b); o direito de reprodução –al. c); e o “direito exclusivo de colocação à disposição do público da sua prestação, por fio ou sem fio, de forma a ser acessível a qualquer pessoa, a partir do local e no momento por ela escolhido”. Aqui não há quaisquer dúvidas que estamos perante um direito de exclusivo- al. d).

No entanto, mesmo quando outros legisladores optam por inserir este direito no contexto amplo do direito de comunicação pública, o seu regime é bastante diverso e destacado das diversas formas de comunicação tradicionais<sup>13</sup>.

## 2.2. Interactividade

A colocação à disposição do público é interactiva. Qualquer pessoa do público pode aceder a obras ou prestações a partir do local e no momento em que o desejar, de acordo com as modalidades tornadas possíveis na era digital e da Sociedade da Informação, sendo certo que cada vez mais se multiplicam as plataformas a partir das quais o público acede do local e no momento em que deseja. Distingue-se entre interactividade activa e passiva e activa. A primeira basta-se com a colocação à disposição em rede para acesso *on demand*; a segunda ocorre quando o utilizador acede às obras ou prestações protegidas, por exemplo, fazendo um *download* de uma música ou vídeo. Basta o primeiro tipo de interactividade para que o direito seja exercido.

O acto de exploração vai ser, em último termo, realizado pelos provedores de conteúdos, uma vez que são estes que colocam as obras à disposição do público na rede. Para tanto, terão que pagar aos titulares de direitos as licenças correspondentes. Não se podem considerar actos de exploração os actos praticados pelos prestadores de serviços intermédios (PSIs), que apenas permitem a conexão à rede da Internet e a cadeia de servidores necessária para efectuar as transmissões das obras ou prestações. Estes são meros prestadores de um serviço de reprodução temporária<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> Em Espanha, por ex., este direito consta das formas de comunicação pública, art. 20º, parágrafo 2, al. i), para os autores e art. 108, º 1, al. b), em matéria de direitos conexos dos artistas intérpretes ou executantes, que remete para o art. 20.2.i), ambos da TRLPI.

<sup>14</sup> Neste sentido, por todos, F. RIVERO HERNÁNDEZ, ob. cit., pp. 360-361.

### 2.3. Um novo conceito de público

O conceito de “público” muda radicalmente no contexto digital da sociedade da informação. Público não é já, como na era analógica, ou no tradicional direito de comunicação, um conjunto de pessoas que se reúnem e que têm acesso à obra ou prestação ao mesmo tempo, público é agora pessoa que está sozinha, mesmo em casa, e que acede à obra ou prestação, ou seja, acede onde e quando quiser<sup>15</sup>.

### 2.4. Direito patrimonial de exclusivo nas utilizações primárias

Seja como for, não há qualquer dúvida de que, quer para os autores, quer para os intérpretes ou executantes, no contexto dos direitos conexos, estamos perante um direito de autorizar ou não a colocação da obra/prestação *on line para consumo on demand*. Um direito individual, de exclusivo, ligado à exploração primária da obra ou prestação em rede. Basta pensar na coexistência, que ainda é a regra, dos dois mercados referidos. Inclusive, é usual que a colocação à disposição, o “*release*”, por exemplo, na área musical, (que equivale à publicação e distribuição no mercado analógico), se efectue primeiro na *internet*, por vezes, temporariamente, em regime de livre acesso para promoção e para atrair o comprador

<sup>15</sup>O conceito de público tem vindo a ser alvo de muita atenção, quer por parte da doutrina, quer por parte da jurisprudência, nacionais e comunitárias, no tocante à radiodifusão em lugares públicos. **Inclusive, a contradição existente deu lugar ao Acórdão Uniformizador de Jurisprudência do STJ, n.º 15/2013, que fixou a seguinte jurisprudência: “ A aplicação, a um televisor, de aparelhos de ampliação de som, difundido por canal de televisão, em estabelecimento comercial, não configura nova utilização da obra transmitida, pelo que o seu uso não carece da autorização do autor da mesma, não integrando o crime de usurpação previsto nos artigos. 149º, 195º, e 197º CDADC**”. A questão em discussão é a de saber se num estabelecimento público (no caso, bar) a ligação a um aparelho de televisão de colunas de som, com a finalidade de amplificar o som por todo o estabelecimento, depende de autorização do autor e de pagamento da respectiva remuneração. Todo o Acórdão é desastroso, mas queremos, nesta nota realçar apenas relação com o conceito de “público”. O acto de comunicação pública previsto no n.º2 do artigo 149º CDADC abrange todas as comunicações de uma emissão de rádio ou televisão, desde que realizada fora do domicílio privado do cidadão, fora do seu “lar familiar”, noção que inclui os parentes, afins e convidados. Hoje, devido à era digital e à possibilidade de aceder a qualquer obra a partir de um local, que pode ser o lar familiar, deverá considerar-se como “público” o acesso *on demand*. (por exemplo, aluguer de um filme a partir de casa, clicando na *box* do televisor a opção). O conceito de público deixou de implicar a existência de uma pluralidade de pessoas, para se alargar ao acesso, no momento desejado, à obra radiodifundida, a partir do local e no momento escolhido, mesmo que se esteja só, e abrangendo os quartos de hotel com televisor. O Acórdão Uniformizador, que ainda não foi afastado, reflecte uma grave desconsideração pelas Directivas e Acórdãos do TJUE, ou seja, pelo Direito da União Europeia (UE) a que estamos vinculados e faz tábua rasa do objectivo Comunitário da elevada protecção dos autores, com a consequência de Portugal poder vir a ser demandado pelas Instâncias Internacionais por incumprimento. O STJ continua a decidir como se não estivéssemos sujeitos aos Princípios do Primado do Direito da UE, ao Princípio da Interpretação Conforme, e como se os Acórdãos Comunitários não nos vinculassem, não constituíssem Precedentes. Vai ainda contra os Tratados Internacionais a Portugal que se vinculou. Nas hipóteses em que vai frontalmente contra a jurisprudência Comunitária, apenas remete para uma nota, referindo, por exemplo, o Acórdão Comunitário que decidiu em sentido contrário (cf. Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 04-10-2011, procs. n.º 403/08 e 429/08), sem se importar com as consequências nefastas daí decorrentes. Há uma posição deliberada no sentido de violar o referido Princípio do Primado do Direito Comunitário e o Princípio da Interpretação Conforme, quando o STJ não poderia ignorar que os Acórdãos Comunitários constituem Precedentes que o Direito nacional deve respeitar. Na dúvida, deveria ter havido recurso ao reenvio prejudicial. Nesta matéria, são essenciais os Acórdãos Comunitários do Processo C-306/05, de 7-12-2006 (Acórdão Rafael Hoteles), dos Processos n.ºs 403/08 e 429/08, de 4-10-2011 (*Premier League*, que o STJ expressamente refere como contrário à sua posição), do Processo C-162/10, de 15-12-2012 (Acórdão PPL), e do recente Processo C-351/12, de 27-02-2014, que aplicou a mesma solução adoptada para os hotéis aos estabelecimentos termais, não obstante os utilizadores poderem permanecer nestes por períodos de tempo mais alargados e por razões de saúde, foram considerados “público”. O processo que tem por objecto um pedido de decisão prejudicial sobre o tema apresentado, nos termos do artigo 267.º TFUE, pelo Krajský soud v. Plzni (República Checa). Desenvolvidamente, nosso “Obra radiodifundida e comunicação pública *ADI*, 34, 2013-104, pp.393-404.

potencial. Ou mesmo, por opção, em regime de *copyleft* ou associada a uma *creative common*. Isto não impede, naturalmente, que se possa tratar de uma utilização secundária, se já foi autorizada a exploração prévia para outra finalidade e depois se faz o *upload* para a rede. A distinção entre utilização primária e secundária é essencial no estudo que propomos desenvolver.

### 3. Regime decorrente do art. 178º CDADC

Os tratados OMPI e a Directiva deixam claro que estamos perante um direito patrimonial de exclusivo de autorizar ou não a colocação a obra/ou prestação em rede para consumo a pedido, que se encontra ligado, em primeiro lugar, à exploração da obra ou, na hipótese em análise, da prestação em rede. Sem prejuízo das faculdades morais previstas na lei a favor dos artistas intérpretes ou executantes, o direito tem uma natureza patrimonial e é susceptível de ser licenciado, onerado ou transmitido, pelo seu titular originário, temporariamente ou por todo o seu período de duração, ou seja, até à queda no domínio público.

#### 3.1. Contradição interna

O direito conferido na alínea d) do n.º 1 do artigo 178.º do CDADC é um direito novo, complexo, patrimonial de exclusivo, de duração actualmente harmonizada na UE e limitada, não um direito de simples remuneração. Este direito pode ser licenciado, onerado, ou transmitido, nos termos previstos no CDADC, por parte ou todo o seu período de duração pelo seu titular originário ou quem ele autorize.

O n.º 4 do artigo viola este direito de exclusivo, ao expropriar o artista intérprete ou executante do seu direito patrimonial de exploração, previsto na al. d) do n.º 1, convertendo-o, sem que nada o justifique, num direito de simples remuneração para utilizações primárias, com a agravante de ser gerido por uma entidade de gestão que entre nós tem um monopólio de direito e de facto - a GDA - sendo o artista intérprete ou executante forçado a uma gestão obrigatória por uma entidade que o não representa, sequer.

O art. 178º, n.º 4, viola também as mais elementares regras em matéria de direitos morais previstos nos artigos 180º e 182º CDADC, que consagram o de paternidade e o direito à integridade e genuinidade a favor do artista intérprete ou executante. Transformar, sem autorização do intérprete ou executante, e contra norma imperativa, um direito de exclusivo num direito de simples remuneração, implica modificar a natureza deste direito patrimonial, em aberta contradição com o art. 182º, desvirtuando os propósitos da utilização primária, ao

colocar o artista intérprete ou executante numa situação muito mais frágil, com se tivesse renunciado em parte aos seus direitos morais, que são irrenunciáveis, nos mesmos termos previstos para os direitos de autor (56º, n.º 2 CDADC), por força do art. 192º CDADC e porque o art. 182º configura uma norma imperativa. Se a entidade de gestão tem o poder de fazer o *upload* prestação, pode afectar atributos fundamentais do direito de paternidade e integridade ou genuinidade da prestação, direitos morais previstos nos arts. 180º e 182º CDADC, e as regras mais elementares de sobreposição dos direitos morais aos direitos patrimoniais. O artista intérprete ou executante pode vir reagir contra a entidade de gestão que tenha violado os seus direitos morais, ao abrigo do art. 178º, n.º 4. Mas o problema é que a justiça é morosa e o mal está feito e difundido pela rede com prejuízos irreversíveis. A justiça torna-se, irremediavelmente, platónica. Uma vez colocada a prestação na *Internet*, espalha-se de imediato por todo o mundo. Os prejuízos são incalculáveis.

### 3.2. Contradição sistemática com o art. 183º-A CDADC

O art. 183º-A CDADC é sistematicamente incompatível com o n.º 4 do art. 178º CDADC e a interpretação resultante do art. 183º-A deve prevalecer sobre a decorrente do n.º 4 do art. 178º, uma vez que o primeiro foi introduzido aquando da transposição da Directiva sobre a Sociedade da Informação, e este outro é muito recente, tendo entrado em vigor através da Lei 82/2013, de 6 de Dezembro, que transpôs para o ordenamento nacional a Directiva 2011/77/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Setembro de 2011, que alterou a Directiva 2006/116/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro de 2006, relativa ao prazo de protecção do direito de autor e de certos direitos conexos, implicando recentes alterações ao CDADC e o aditamento do art. 183º-A<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> Artigo 183.º - A: Disponibilização de fonogramas pelo produtor. 1 — Decorridos 50 anos após um fonograma ser licitamente publicado ou, na ausência desta publicação, ser licitamente comunicado ao público, se o produtor de fonogramas ou o cessionário dos respectivos direitos não colocarem cópias do fonograma à venda no mercado em quantidade suficiente, ou não o colocarem à disposição do público, em transmissão por fio ou sem fio, por forma a torná-lo acessível ao público a partir do local e no momento por ele escolhido individualmente, o artista intérprete ou executante pode resolver o contrato mediante o qual transferiu ou cedeu ao produtor de fonogramas os seus direitos sobre a fixação das suas prestações, apenas na parte respeitante aos fonogramas que reúnam tais condições. 2 — O direito de resolução contratual referido no número anterior é irrenunciável, podendo ser exercido caso o produtor ou o cessionário dos respectivos direitos, no prazo de um ano contado a partir da notificação pelo artista intérprete ou executante da sua vontade de resolver o contrato, não proceda a um dos dois actos de exploração acima mencionados, fazendo desse modo caducar o direito do produtor ou cessionário dos respectivos direitos sobre o fonograma em causa. 3 — Caso um fonograma contenha a fixação das prestações de vários artistas intérpretes ou executantes, podem estes resolver os seus contratos de transferência ou cessão, salvaguardando o disposto no artigo 17.º 4 — Caso um contrato de transferência ou cessão de direitos atribua ao artista intérprete ou executante o direito a uma remuneração não recorrente, tem este o direito irrenunciável de obter uma remuneração suplementar anual do produtor de fonogramas por cada ano completo imediatamente após o quinquagésimo ano subsequente ao fonograma ser licitamente publicado ou, na ausência desta publicação, após o quinquagésimo ano subsequente a ser licitamente comunicado ao público. 5 — O montante global destinado pelo produtor de fonogramas ao pagamento da remuneração suplementar anual referida nos números anteriores deve corresponder a 20 % das receitas por este recebidas no ano anterior ao ano relativamente ao qual a indicada remuneração é paga, pela reprodução, distribuição e colocação à disposição do público desses fonogramas, não sendo dedutíveis ao referido montante quaisquer adiantamentos ou outras deduções previstas no contrato. 6 — Os produtores de fonogramas e ou as entidades mandatadas para gerir os direitos estão obrigados a prestar aos artistas intérpretes ou executantes, mediante solicitação destes, todas as informações necessárias para assegurar a cobrança e distribuição da referida remuneração a fim de garantir o seu efectivo pagamento. 7 — O

Decorre do art. 183º-A CDADC, entre outros aspectos, que o direito em análise é cedido ao produtor por via contratual, sendo o contrato bilateral e oneroso, e que o montante devido pelo produtor a título de remuneração adicional, tipicamente aos artistas executantes, deve ser pago pelo produtor a uma entidade de gestão colectiva de gestão de direitos de artistas, intérpretes ou executantes, não ao artista ou executante, a título de gestão colectiva obrigatória. Esta obrigação é incompatível com o art. 178º n.º 1º, d) e n.º 4, pois pressupõe que quem coloca o direito em causa à disposição é o produtor, e não a entidade de gestão. Ou seja, é o produtor a fazer a exploração primária da prestação.

Quanto às questões básicas a propósito do art. 183º-A, uma vez que estamos perante um direito de exclusivo, o artista intérprete ou executante pode licenciar, onerar ou ceder o seu direito de colocação à disposição *on line* para efeitos de acesso *on demand* ao produtor, decorrendo, inclusive, do n.º 1 do art. 183º, que é normal que tal aconteça e mediante contrato, podendo tratar-se de uma transmissão por todo o período de duração deste direito patrimonial, ou por um período mais curto, dependendo do acordado entre as partes. De outro modo nem sequer faria sentido a obrigação de exploração imposta ao produtor neste mesmo n.º 1.

Quando o artista autoriza a fixação por parte desta entidade, implicitamente lhe cede o direito posterior de exploração da mesma, no caso, o direito de colocar a prestação fixada no mercado de colocação à disposição para acesso interactivo.

Esta ideia é reiterada no art. 184º CDADC, que faz depender da autorização do produtor as autorizações necessárias à exploração económica da prestação, designadamente, tal como previsto no n.º 2, o direito de colocação à disposição, que ora nos interessa.

O produtor é que tem que dar as autorizações em causa porque os direitos de exploração lhe foram transmitidos pelo artista intérprete aquando da celebração do contrato de fixação. O n.º 2 do art. 184º CDADC revela-se incompatível com o art. 178º, n.º 4, pois pressupõe que quem faça a exploração económica primária da prestação em rede seja alguém autorizado pelo produtor, titular do direito que lhe foi transmitido pelo artista intérprete ou executante.

Se o artista intérprete ou executante autoriza a fixação, tal implica que se devam considerar incluídas no contrato, mesmo que não mencionadas, as formas de exploração necessariamente associadas e decorrentes da fixação, sob pena de o contrato de fixação não ter qualquer utilidade para o produtor. A omissão não colide com o princípio da

---

direito à obtenção da remuneração suplementar anual a que se referem os n.ºs 4 e 5 deve ser administrado por sociedades de gestão colectiva representativas dos interesses dos artistas intérpretes ou executantes”.

“Artigo 184.º Forma do pedido: 1 — O pedido de registo de desenho ou modelo é feito em requerimento, redigido em língua portuguesa, que indique ou contenha: a) O nome, a firma ou a denominação social do requerente, a sua nacionalidade e o seu domicílio ou lugar em que está estabelecido ;b) A indicação dos produtos em que o desenho ou modelo se destina a ser aplicado ou incorporado; c) O nome e país de residência do criador; d) O país onde se tenha apresentado o primeiro pedido, a data e o número dessa apresentação, no caso de o requerente pretender reivindicar o direito de prioridade; e) A assinatura do requerente ou do seu mandatário. 2 — As expressões de fantasia utilizadas para designar o desenho ou modelo não constituem objecto de protecção. 3 — Para o efeito do disposto no n.º 1 do artigo 11.º, é concedida prioridade ao pedido de registo de desenho ou modelo que primeiro apresentar, para além dos elementos exigidos na alínea a) do n.º 1, uma representação do desenho ou modelo ou, em substituição desta, quando for reivindicada a prioridade de um pedido anterior, a indicação do número e data do pedido anterior e do organismo onde foi efectuado esse pedido”.

independência das formas de exploração, designadamente, previsto no art. 68º, n.º 4 CDADC para os direitos de autor e aplicável aos direitos conexos, por força do art. 192º do mesmo Código<sup>17</sup>.

Da análise dos vários números do art. 178º resulta que o próprio artigo se contradiz, coloca em causa as bases do CDADC, e da análise sistemática da relação entre o art. 178º e 183º-A resulta que os dois artigos não podem manter-se em simultâneo porque se contradizem em aspectos essenciais, no mesmo instrumento legislativo, com graves incertezas para a certeza jurídica e, conseqüentemente, para a confiança na justiça e na credibilidade do legislador.

Só uma norma pode prevalecer. O artigo 183º resulta de uma Directiva Comunitária recente, embora bastante criticável em muitos aspectos, mas não neste. O Direito Comunitário tem primazia sobre o Direito nacional, que deve ser interpretado de acordo com aquele. O art. 178º, n.º 4, é anterior e não resulta de qualquer Directiva, viola o art.3º, n.º 2 da Directiva sobre Sociedade da Informação. Isto bastaria para responder que, havendo contradição, deverá prevalecer o art. 183º-A.

O art. 178º, n.º 4, nunca poderá ser interpretado no sentido de impedir ao respectivo titular (original ou derivado) o exercício do direito de fazer ou autorizar (e/ou de impedir) a colocação à disposição das prestações objecto desse mesmo direito. **Devendo prevalecer a al. d) do n.º 1 do art. 178º e o art. 183º-A sobre o n.º 4 do art. 178º.** O art. 178º, n.º 4, não pode conferir às entidades de gestão colectiva de direitos dos artistas – e só a estas – o direito de colocação à disposição da prestação em rede para **utilizações primárias**.

O n.º 3 do art. 178º tem que ver com situações de gestão obrigatória em utilizações secundárias, o que é radicalmente diverso do n.º 4 que contempla utilizações primárias. Em todo o caso, a gestão forçada, mesmo nas explorações secundárias deste direito, parece-nos excessiva e ilegítima.

### 3.3. Inconstitucionalidade do n.º 4 do art. 178º CDADC

O art. 178º, n.º 4, é inconstitucional, por três motivos.

Não respeita os direitos liberdades e garantias fundamentais, constitucionalmente garantidos, violando os princípios da proporcionalidade, da necessidade e da adequação, ao contrário do que acontece com as utilizações secundárias e com os direitos que, à partida, só

<sup>17</sup> Este princípio, desenvolvido pela doutrina alemã - *Zwecksübertragung Prinzip* - que OLIVEIRA ASCENSÃO adapta sob a designação de "*disposição funcional* dos direitos", tem duas vertentes. Como todo o negócio relativo a direitos de autor e, acrescentamos, direitos conexos (por identidade de razão), é finalista, o seu conteúdo deve ser analisado à luz dessa finalidade. Daí a vertente positiva e negativa: o negócio autoriza, salvo cláusula em contrário, os actos necessários para obter a finalidade desejada. O negócio não pode autorizar quaisquer actos que fiquem fora da finalidade visada. O 183º-A CDADC, estabelece uma presunção (*juris et de iure*) de transferência ou cedência do direito de colocação à disposição para acesso *on demand* pelo artista intérprete ou executante ao produtor de fonogramas. Necessariamente, de forma implícita, se cedam ao produtor de fonogramas todos os direitos necessários à ulterior exploração da prestação em causa, todos, mas só esses. No caso concreto, o contrato de fixação implica a cessão ao produtor do direito de exploração primária da prestação mediante colocação à disposição interactiva.

podem ser direitos de simples remuneração. O direito de colocação à disposição *on line* para efeitos de utilização *on demand* faz parte dos direitos, liberdades e garantias previstos na Constituição da República Portuguesa, como decorre do art. 17º, em especial do art. 42º da mesma, onde está prevista a protecção da liberdade de criação cultural, incluindo a protecção dos direitos de autor. Perante esta abertura do art. 42º da CRP, não há qualquer dúvida que podemos incluir nele, tanto os direitos de autor, como os direitos conexos, designadamente, dos artistas intérpretes ou executantes<sup>18</sup>.

Viola também o direito de associação, que inclui a vertente negativa de não associação. A violação da liberdade de associação (art. 46º CRP). A liberdade de se associar implica a liberdade de não se associar, a menos que algo justifique a gestão colectiva obrigatória. Mas nada justifica, no caso, a gestão obrigatória, e muito menos forçada, ou seja, exercida por entidades de gestão que não representem os titulares de direitos e em hipóteses de exploração primária.

Dada a hierarquia constitucional das fontes normativas, os Tratados e o Direito da União Europeia prevalecem sobre o Direito interno. O n.º 4 do art. 178º, n.º 4, ao transformar o direito de exclusivo de exploração de colocação à disposição *on demand* num direito de simples remuneração, viola Tratado OMPI 1996 e a Directiva sobre a Sociedade da Informação. O Direito da UE constitui uma ordem jurídica supranacional, que se impõe aos Estados-Membros que alienam parte da sua soberania. Daí que os Estados-Membros da UE tenham que respeitar princípios como o do primado do Direito da União Europeia, o da interpretação conforme, o da aplicabilidade directa, e que a jurisprudência da UE constitua um precedente que os tribunais nacionais estão obrigados a respeitar. O Direito e Jurisprudência da UE, desde que ratifiquem determinados Tratados Internacionais, por essa via asseguram que estes tenham primado sobre o Direito Interno dos Estados-Membros. Os Tratados OMPI de 1996 foram ratificados pela UE. Resulta também do Direito Constitucional Português, que se esse primado não resultar da incorporação pelo Direito da UE, resulta directamente da própria Constituição da República Portuguesa que os Tratados que Portugal ratifique incorporam o Direito Interno (cf. art. 8º, n.º 2 CRP). Os Tratados OMPI foram ratificados por Portugal. O art. 178º, n.º 4, CRP é uma norma inconstitucional, podendo os interessados levantar a questão da inconstitucionalidade sucessiva, abstracta ou concreta, conforme acharem mais adequado.

### **3.4. Incompatibilidade do n.º 4 do art. 178º CDADC com o regime de gestão colectiva**

A gestão colectiva deve, como regra, ser voluntária. A gestão obrigatória só é legítima se for o último recurso, ou seja, quando não haja hipótese de o titular de direitos não os poder

<sup>18</sup> Cf. J. MIRANDA / R. MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

gerir, e deverá ser sempre exercida no interesse do titular de direitos que a entidade de gestão em causa represente. A gestão forçada, isto é, realizada por uma entidade de gestão não mandatada para o efeito em utilizações primárias **é sempre ilegítima e inconstitucional**<sup>19</sup>.

Faz sentido que, nos termos do n.º 3 do art. 178º, estejamos perante situações de gestão obrigatória e, nos termos do n.º 4 não, **se e na medida em que o art. 178º, n.º 3 se restringir a utilizações secundárias**. Não se justifica a gestão obrigatória para as utilizações primárias previstas no n.º 4. Os titulares de direitos ficam, neste caso, sem o único direito que tinham na gestão obrigatória (forçosa), que era o de aderir ou não à entidade de gestão. Agora até isso lhes é retirado, quer adiram, quer não, a entidade de gestão tem poderes para os representar.

Concordando de novo com Oliveira Ascensão, para além das dúvidas que esta situação coloca em face do art. 5º, n.º 2, da Convenção de Berna, em matéria de direitos de autor (que podemos estender, por analogia, aos direitos dos artistas intérpretes ou executantes), deverá ser considerada inconstitucional face ao ordenamento português.<sup>20</sup> Em “Representatividade”, cit., o Autor considera ilegítima a cessão global de direitos no caso de cessão “forçada”<sup>21</sup>.

Se o titular de direitos não é associado, nem passou uma procuração à entidade de gestão em causa, apenas é beneficiário de uma remuneração colectiva e expropriado das obras e prestações pelo organismo de gestão colectiva que nem sequer o representa, “calcula-se que o mero beneficiário ocupa facilmente a posição de beneficiário ignoto; e que as entidades de gestão estejam menos inclinadas a preocupar-se com quem não deu sinal de vida”<sup>22</sup>. Deverá, por isso, haver uma particular preocupação com estes titulares desconhecidos por parte das entidades de supervisão ou mesmo dos poderes públicos<sup>23</sup>.

Caso o autor ou titular de direitos conexos deseje praticar, ele próprio, ou conceder a outra entidade actos de gestão relativamente a determinadas obras ou prestações, desde que avise atempada e devidamente a entidade de gestão, deverá poder fazê-lo<sup>24</sup>.

Insistir no alargamento da gestão colectiva de forma injustificada não faz sentido com os dispositivos tecnológicos de protecção e os sistemas de informação e gestão de direitos (em

<sup>19</sup> Desenvolvidamente, J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Gestão Colectiva: síntese dos trabalhos e perspectivas futuras”, *Estudos sobre o Direito da Internet e da Sociedade da Informação*, Coimbra, Almedina, 201, pp.290-309. Veja-se também o estudo de J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Representatividade e Legitimidade de Gestão Colectiva de Direitos Autorais”, R. PINTO DUARTE, ARMANDO MARQUES GUEDES, MARIANA FRANÇA GOUVEIA, MARIA HELENA BRITO Coord., *Estudos em homenagem ao Professor Doutor José Lebre de Freitas*, 1º vol., Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 293-326.

<sup>20</sup> “Gestão Colectiva” cit., pp. 299-300; OLIVEIRA ASCENSÃO, volta a considerar a situação inconstitucional, noutro estudo incluído no mesmo *Estudos* cit., a saber: “E agora? Pesquisa do Futuro Próximo”, p. 50 e, em especial, p. 64; sobre a “gestão forçada”, do mesmo Autor, “Representatividade” cit., p. 150 ss.

<sup>21</sup> “Representatividade” cit., p. 164.

<sup>22</sup> “Gestão Colectiva” cit., pp. 297-298.

<sup>23</sup> Cf. “Representatividade”, cit., em especial, pp. 163-165, p. 172ss.

<sup>24</sup> “Gestão Colectiva” cit., p. 292. O Autor, a propósito, levanta a questão, recorrente, da eventual necessidade da existência de uma entidade de supervisão e de o autor (ou artista intérprete ou executante, acrescentamos) ter um direito subjectivo público a essa supervisão. Leia-se pp. 298-230.



parte coincidentes com os DRM<sup>25</sup>) que hoje existem e funcionam como marcas de água, tornando possível um conhecimento preciso de cada utilização e a criação de *guichets únicos* onde o utilizador, *on line*, poderá obter todas as autorizações de que carece.

Em todo o caso, as entidades de gestão devem agir tendo em conta, em primeiro lugar, os interesses dos titulares de direitos que representam, reforçando a sua democraticidade interna e a participação dos próprios titulares de direitos, utilizando as tecnologias disponíveis que permitem uma gestão individualizada dos direitos relativos às obras e prestações que estão *on line*, agilizando e tornando mais leve a sua estrutura e criando *guichets únicos* (*one-stop-shops*) na *Internet*, para facilitar a tarefa dos utilizadores que necessitam de múltiplas autorizações (por ex., para uma obra multimédia). A cooperação torna-se cada vez mais necessária para criar estes *guichets únicos*, sobretudo em países em que a gestão está pulverizada por sectores de actividade. Não admira que as entidades de gestão acordem em criar verdadeiras federações de entidades de gestão para a concessão de autorizações únicas. Isto, numa época em que cada vez mais as formas *on line* de exploração se plurilocalizam, o que cria necessidades acentuadas de cooperação entre as entidades de gestão<sup>26</sup>.

Entre nós, embora não haja uma pulverização acentuada (antes pelo contrário), temos interessantes iniciativas, como o Passmusica<sup>27</sup>, que devem ser realçadas. Convém não esquecer que só recorre às entidades de gestão quem delas necessita.

Na Directiva 2014/26/EU do Parlamento e do Conselho, de 24 de Fevereiro de 2014, relativa à gestão colectiva dos direitos de autor e direitos conexos e à concessão de licenças multiterritoriais de direitos sobre obras musicais para utilização em linha no mercado interno, são patentes as preocupações de coordenação de legislações, de transparência na gestão exercida no interesse dos titulares de direitos, aliada à necessidade de fiscalização, bem como a democratização destas entidades e a uma justa repartição das remunerações. A Directiva acaba de ser transposta para o ordenamento nacional pela Lei n.º 26/2015 de 14 de Abril. A ser assim, o art. 178º, n.º 4 está condenado a desaparecer<sup>28</sup>.

Admitidas as licenças plurilocalizadas, nenhum intérprete - e os próprios autores que são ao mesmo tempo intérpretes - está para se sujeitar a que seja a GDA a única entidade em Portugal com poder para decidir se e em que condições e onde, as suas interpretações serão colocadas à disposição do público em rede para acesso *on demand*. Poder este, de facto e de direito, que se alarga porque a GDA está numa situação de monopólio de direito e de facto e

<sup>25</sup> Digital Rights Management Systems. Sobre os mesmos, veja-se MAY, CHRISTOPHER, *The problem of expanding ownership rights*, Oxford, CP, 2007. Veja-se também, IGNATIO GARROTE FERNANDEZ-DIEZ, Comentários aos arts. 160 a 162 TRPI, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3ª ed, 2007, pp.2041-2123. Veja-se também o nosso artigo “Obra radiodifundida e comunicação pública”, *ADI* 34, 2013-2014, pp. 393-404.

<sup>26</sup> J. de OLIVEIRA ASCENSÃO, “Representatividade” cit., em especial, p. 153 ss.

<sup>27</sup> Cf. <http://www.passmusica.pt/passmusica-new/>, consultado em 23.10.2014.

<sup>28</sup> <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a4c31684a535339305a58683062334d76634842734d6a51314c56684a5353356b62324d3d&fich=ppl245-XII.doc&Inline=true>, consultada em 23.10.2014.

faz acordos com múltiplas entidades de gestão estrangeira<sup>29</sup>, sendo membro da SCAPR<sup>30</sup>, pelo que a sua posição monopolística sai reforçada.

Se hoje em dia o autor e o artista intérprete ou executante pode optar, inclusive, por regimes de *copyleft*, ou por diversos tipos de *creative commons*, licenças *standard* que aproximam as obras ou prestações mais do sistema de *open source* ou do de *copyright* e que não são, sequer, geridas pela GDA ou, quanto aos autores, pela SPA, mas pela [www.creativecommons.pt](http://www.creativecommons.pt) membro da [www.creativecommons.org](http://www.creativecommons.org), a que propósito é que o artista intérprete e, repetimos, por ricochete, o autor que ao mesmo tempo criou a letra e/ou a música que executa, vai permitir que uma entidade de gestão se substitua à sua decisão de colocar, e de que modo, a sua prestação em rede, decisão essa, normalmente, tomada em conjunto com o seu produtor, a quem cedeu os direitos de fixação e, portanto, de colocação à disposição também no mercado *on line*? Não podemos esquecer que este é, cada vez mais, o mercado musical fundamental na Sociedade da Informação em que vivemos. Isto, já para não falarmos dos casos em que o autor/intérprete prescinde do produtor (basta pensarmos, entre nós, nos *The Gift*). E a que propósito é que os provedores de serviços se vão sujeitar ao regime que uma entidade de gestão nacional — a GDA — queira impor?

A al. d), do n.º 1, do art. 178º também abrange os artistas intérpretes, ou seja, os artistas na área do vídeo, ou seja, todo o tipo de actores, tradicionalmente designados por artistas intérpretes. E estamos a pensar nos actores em todas as áreas do audiovisual, que estão hoje muito longe de se cingirem aos actores cinematográficos. A todos os actores a al. d) do n.º 1 também concede o direito de exclusivo de colocar à disposição *on line* para acesso *on demand* as suas prestações (interpretações). O art. 178º, n.º 4, não expropria apenas os intérpretes ou executantes musicais do seu direito de exclusivo, mas também abrange os artistas na área audiovisual, pois nenhuma distinção é efectuada e a GDA representa todo o tipo de artistas. Isto significa que, a aplicar-se o art. 178º, n.º 4, os actores em geral, os produtores fonogramas e de videogramas, as entidades de radiodifusão, nomeadamente por cabo e os grandes operadores de telecomunicações, vão ser atingidos. Basta pensarmos, a título de exemplo, em operadores como a MEO ou a NOS, que incluem no pacote de serviços mais avançados que prestam a possibilidade de aceder *on demand*, por um determinado período, a programas televisivos, já ocorridos, permitindo ao utilizador visualizar dentro desse período programas que não teve oportunidade de ver. Ou seja, a MEO ou a NOS só podem oferecer estes serviços porque têm o acordo dos autores, artistas, intérpretes ou executantes, produtores e entidades de radiodifusão, nomeadamente por cabo, bem como operadores de serviços (que muitas vezes fazem parte do mesmo grupo empresarial) que permitem o alojamento dos conteúdos. Se tivermos em conta que o *hardware*, hoje em dia, é cada vez mais convergente, de modo que um programa televisivo ou uma série para televisão tanto pode ser visualizada a partir dos aparelhos televisivos como, simultaneamente, em *streaming* ou em *podcasts*, no computador fixo, no *lap-top*, no *i-pad*, no andróide e em cada vez mais *hardware* (por exemplo, relógios, aparelhos incluídos em

<sup>29</sup> <http://www.gda.pt/>, consultado em 20.10.2014.

<sup>30</sup> <http://www2.ipddb.org/>, consultado em 20.10.2014.

veículos automóveis, etc.), chegamos facilmente ao absurdo que o n.º 4 do art. 178º CDADC representa. As entidades de radiodifusão, designadamente as televisões por cabo e estes operadores colocam à disposição *on line* e para efeitos de acesso *on demand* as interpretações em causa. Tal poder, em teoria, passaria, na totalidade, para a GDA, o que fere o mais elementar bom senso, pois que não se compara o poder destas multinacionais do audiovisual, nem dos operadores de serviços em rede com o poder da GDA.

### 3.5. Incompatibilidade do n.º 4 do art. 178º CDADC com o Direito Comunitário

O art. 178º, n.º 4, é incompatível com as normas da União Europeia relativas ao mercado interno, porque é susceptível de criar obstáculos ao funcionamento deste mercado. Viola as normas comunitárias em matéria de Concorrência, uma vez que o art. 178º, n.º 4, institui a favor da GDA um monopólio de direito e de facto, impondo uma gestão obrigatória e forçada, sem qualquer justificação, sendo contrário à Directiva 2001/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, que o prevê como direito de exclusivo no art. 3º, n.º 2. O art. 178º, n.º 4, não é compatível com a letra nem o espírito da Directiva 2006/116/CE, que tem por objectivo, entre outros, mas a destacar neste caso, determinar como deverá ocorrer a remuneração, nunca questões de qualificação do direito em causa, assumindo-o como direito de exclusivo, em conformidade com as Convenções OMPI e com a Directiva Comunitária sobre Sociedade da Informação. Os interessados poderão levantar a questão junto das instituições europeias, seja em sede de reenvio prejudicial, seja desencadeando junto da Comissão Europeia uma denúncia por incumprimento do Direito da UE por parte do Estado Português, conforme considere mais conveniente.

Por aplicação do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, as cláusulas contrárias ao princípio da boa fé, ou abusivas, serão, portanto nulas<sup>31 32</sup>. O recurso à gestão colectiva obrigatória apenas se justifica para utilizações secundárias.

A esta luz se deve interpretar, por exemplo, a questão hoje em dia muito suscitada relativamente às *creative commons*, cuja gestão não pertence a nenhuma das tradicionais entidades, mas à [www.creativecommons.pt](http://www.creativecommons.pt), parte da [www.creativecommons.org](http://www.creativecommons.org). O autor ou titular de direitos conexos deve poder retirar a sua obra ou prestação da alçada da SPA ou da GDA, por exemplo, revogando o mandato, e entregá-la à entidade competente para a concessão destas licenças *standard* em rede.

<sup>31</sup> Ver, por exemplo, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais*, separata da “Revista da Ordem dos Advogados” (ROA), ano 62. 2002, com indicações bibliográficas.

<sup>32</sup> “Gestão Colectiva” cit., p. 291.

Na prática, nem sempre isso acontece. As entidades de gestão exercem um forte *lobby* junto, designadamente, dos Governos e das Instituições Europeias, defendendo os seus próprios interesses políticos e económicos.

A Comissão Europeia já há muito reconheceu expressamente que as entidades de gestão devem ser consideradas *empresas* para efeitos de aplicação dos actuais arts. 161 e 162 do Tratado de União Europeia<sup>33</sup>.

Várias decisões jurisprudenciais já condenaram entidades de gestão por abuso de posição dominante<sup>34</sup>.

O facto de haver várias entidades de gestão não impede o abuso de posição dominante, designadamente, quando estão em oligopólio. Mas muitas vezes ocorre mesmo um monopólio de direito ou de facto.

A situação será tanto mais grave quanto a entidade de gestão esteja numa situação de monopólio de facto, gravidade que atinge o seu auge quando entramos numa terceira forma de gestão, a que Oliveira Ascensão chama de “gestão forçada”. Alargam-se aos titulares não representados por entidades de gestão colectiva os acordos colectivos que estas celebrem, mesmo para utilizações primárias. É, precisamente, o que se passa com o art. 178º, n.º 4, CDADC.

O art. 178º, n.º 4, é incompatível com as normas da UE relativas ao funcionamento do mercado interno, precisamente por criar obstáculos injustificados ao seu funcionamento, no que respeita à livre prestação de serviços e, eventualmente, ao direito de estabelecimento e à livre circulação de mercadorias<sup>35</sup>.

As entidades de gestão estão sujeitas à aplicação das regras da concorrência tendo, por diversas vezes, sido condenadas por abuso de posição dominante, por motivos diversos, alguns deles bem menos gritantes do que o exposto.

O facto de uma entidade de gestão - no caso a GDA - ter uma posição de monopólio de direito e de facto, sendo-lhe permitido, ao abrigo do art. 178º, n.º 4, decidir acerca da utilização primária do direito de colocação à disposição *on line* para efeitos *on demand*, substituindo-se aos legítimos titulares (artistas intérpretes ou executantes, ou entidades a quem estes cedam o seu direito), ao abrigo de uma gestão, não apenas obrigatória, mas também forçada, ou seja, abrangendo quer os seus representados, quer os não representados, titulares que são simultaneamente expropriados do seu direito de exclusivo e

<sup>33</sup> Comunicação sobre o Seguimento a dar ao Livro Verde sobre o direito de autor e os direitos conexos na sociedade da informação, também referido por JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Gestão Colectiva”, p. 294.

<sup>34</sup> Por exemplo, Acórdão CISAC do Tribunal Geral, T-442/08, de 12.04.13; Acórdão do TJUE de 4.10.2011, processos apensos C-403/08 e C-429/08; Acórdão do TJUE de 11.12.08, Processo C-52/07; Acórdão do TJUE (Quarta Secção) de 27.02.2014, Processo C-351/12. Quanto a um mediático caso espanhol, veja-se <http://derecho-internet.org/node/508>, consultado em 20.10.2014.

<sup>35</sup> Nos restantes ordenamentos jurídicos estudados, tais como o espanhol, designadamente no artigo 108.º TRLPI, italiano, nos artigos 73.º e 73-bis da Legge 22 Aprile 1941 n.º 633, no francês, nos artigos L 212-3 e L 212-4 do Code de la Propriété Intellectuelle e alemão, na Urheberrechtsgesetz (BGB 1.IS1273) §78, neste âmbito o papel atribuído às entidades de gestão colectiva prende-se apenas com a questão da remuneração dos artistas/intérpretes e nunca com a gestão da totalidade dos direitos exclusivos dos artistas, como o faz o nosso artigo 178.º n.º 4.

do direito de decidir se desejam ou não ser representados por uma entidade de gestão, do nosso ponto de vista, configura só por si um abuso de posição dominante. Nada justifica que à GDA seja atribuído este direito e com esta plenitude.

A questão deverá ser colocada junto das Instituições Europeias, seja em sede de reenvio prejudicial, seja desencadeando junto da Comissão Europeia uma denúncia por incumprimento do Direito da UE por parte do Estado Português.

#### **4. Defesa de uma interpretação ab-rogante do n.º 4 do art. 178º CDADC e da sua revogação de *iure constituindo***

Recordando Baptista Machado<sup>36</sup>, embora em casos raros, por vezes é necessário, obedecendo ao pensamento legislativo, sacrificar, em parte, uma norma, ou mesmo a totalidade da norma. Tal acontece quando estamos perante “fórmulas legislativas abortadas ou de verdadeiros lapsos”<sup>37</sup>. Estamos nestas hipóteses perante situações de *interpretação revogatória ou ab-rogante*, a que apenas é legítimo recorrer em último caso, quando apenas por essa forma seja possível alcançar a finalidade visada pelo legislador. Dito de outro modo, quando haja uma contradição insanável entre a norma em causa e outra ou outras normas do sistema. É o caso em análise, enquanto a norma não vier a ser revogada, o que entendemos ser urgente.

#### **5. Conclusões**

O n.º 4 do art. 178º CDADC entra em contradição com a al. d) do n.º 1, e com o próprio n.º 3, pois retira ao artista intérprete ou executante o seu direito de exclusivo de colocação à disposição no caso das utilizações primárias, sem que nada o justifique. Está em contradição com o art. 183º-A, mais recente, referente às questões relativas à remuneração, únicas que poderiam estar em causa, havendo, portanto, também aqui uma contradição sistemática insanável. A norma é inconstitucional e contrária aos Tratados Internacionais a que Portugal está vinculado, viola as normas sobre Gestão Colectiva, bem como o Direito Comunitário, sendo desastrosa para o mercado da música e do audiovisual *on line* português. São razões mais do que suficientes para defender que o n.º 4 do art. 178º deva ser alvo de uma interpretação revogatória ou ab-rogante, por não respeitar o direito de exclusivo do artista intérprete ou executante no tocante às utilizações primárias do direito de colocação à disposição da sua prestação em rede. De *iure constituendo*, a norma deverá ser revogada.

<sup>36</sup> J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, p. 175 ss, em especial p. 186.

<sup>37</sup> *Idem*, *Introdução...*, p. 186.

## Bibliografia

ASCENSÃO, J. DE OLIVEIRA, *Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra, Coimbra Editora, reimpressão, 2012

ASCENSÃO, J. DE OLIVEIRA, “Direitos de autor e conexos inerentes à colocação de mensagens em rede informática à disposição do público”, *Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação*, Coimbra, Almedina, 2001, pp. 112-155

ASCENSÃO, J. DE OLIVEIRA, “E agora? Pesquisa do Futuro Próximo”, *Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação*, Coimbra, Almedina, 2001, pp. 45-66

ASCENSÃO, J. DE OLIVEIRA, “Gestão Colectiva: síntese dos trabalhos e perspectivas futuras”, *Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação*, Coimbra, Almedina, 2001, pp. 290-309

ASCENSÃO, J. DE OLIVEIRA, “Representatividade e Legitimidade de Gestão Colectiva de Direitos Autorais”, DUARTE, R. Pinto, GUEDES, Armando Marques, GOUVEIA, Mariana França, BRITO, Maria Helena coord., *Estudos em homenagem ao Professor Doutor José Lebre de Freitas*, 1º vol., Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 293-326

AKESTER, PATRÍCIA, *Direito de Autor em Portugal, nos PALOP, na União Europeia e nos Tratados Internacionais*, Almedina, 2013

BERCOVTIZ RODRIGUÉZ-CANO, R., Comentário ao art. 116 TRLPI, RODRIGUÉZ-CANO, R. BERCOVTIZ (coord), *Comentarios A la Ley de Propiedad Intelectual*, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 2007, pp. 1539-1553

CASAS VALLÉS, R., “La comunicación pública en el entorno digital: el derecho de puesta a disposición”, PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen e outros, *La Obra Audiovisual en la reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, Aranzadi, 2008, pp. 59-120

DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, IGNACIO, “Los derechos de Autor de La Propiedad Intelectual de 2006”, MACÍAS CASTILLO, A./ HERNÁNDEZ ROBLEDO, M. A. (coord.), *El nuevo derecho de Autor y las Nuevas Tecnologías, Reflexiones sobre la reciente reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, La Ley, 2008, pp. 137-151

ERDOZAIN LOPEZ, J. C., “Derechos de las Entidades de Radiodifusión”, Comentário ao ar. 126 TRLPI, BERCOVTIZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3ª ed, 2007, pp. 1593-1611

FICSOR, M., *The Law of Copyright and the Internet. The 1996 WIPO Treaties, their Interpretation and Implementation*, Oxford, OUP, 2002

GARROTE FERNANDÉZ-DÍEZ, I. Comentários aos arts. 160 a 162 TRLPI, BERCOVTIZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3ª ed, 2007, pp. 2041-2123

KRUGER, C., Comentário ao parágrafo 78º Urhebergesetz, SCHRICKER, J./ LOEWENHEIM (coord.) *Urheberrecht Kommntar*, 4ª ed. Munique, C.H.BECK, 2010, pp. 1476-1488

LEITÃO, L. M. TELES DE MENEZES, *Direito de Autor*, Coimbra, Almedina, 2011

MACHADO, J. BAPTISTA, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, Almedina, 1985

MARTÍN VILLAREJO, A., RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. (Dir.), “Derechos de los Artistas, Interpretes o Ejecutantes”, Comentário ao art. 108 TRLPI, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual (Texto Refundido, Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de Abril)*, 2ª ed., Madrid, Thomson/Civitas, 2007, pp. 104-644

MAY, C., *The problem of expanding ownership rights*, Oxford, CP, 2007

MELLO, A. SÁ E, *Manual de Direito de Autor*, Coimbra, Almedina, 2014

MIRANDA, J /MEDEIROS, R., *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2005

MONTEIRO, A. PINTO, “O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais”, separata da *Revista da Ordem dos Advogados (ROA)*, ano 62, 2002

RIVERO HERNÁNDEZ, F., Comentário ao art. 20 TRLPI, BERCOVTIZ RODRIGUÉZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios A la Ley de Propiedad Intelectual*, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 2007, pp. 328-363, em especial, pp. 360-361

ROCHA, VICTÓRIA, “Multimédia e direito de autor: alguns problemas”, *Actas de Derecho industrial y Derecho de Autor (ADI)*, 1996, pp. 175-218

ROCHA, VICTÓRIA, “Obra radiodifundida e comunicação pública”, *ADI*, 34, 2013-104, pp. 393-404

RODRÍGUEZ TAPIA, J. M., “Sujeto, Objecto y Contenido”, Comentário ao art. 20 TRLPI”, RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual (Texto Refundido, Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de Abril)*, 2ª ed., Madrid, Thomson/Civitas, 2007, pp. 161-176

RODRÍGUEZ TAPIA, J. M., “Derechos de los Productores de fonogramas”, Comentário ao art.116 TRLPI, RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual (Texto Refundido, Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de Abril)*, 2ª ed., Madrid, Thomson/Civitas, 2007, pp. 645-681

RODRÍGUEZ TAPIA, J. M., “Derechos de las Entidades de Radiodifusión”, Comentário ao art. 126 TRLPI, RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. (dir.) ,*Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual (Texto Refundido, Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de Abril)*, 2ª ed., Madrid, Thomson/Civitas, 2007, pp. 683-690

SÁNCHEZ ARISTI, R. Comentário ao art. 108 TRLPI, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 2007, pp. 1464-1482

UNGERN-STERNBERG, Comentário ao parágrafo 19 a, SCHRICKER, J./ LOEWENHEIM (coord.) *Urheberrecht Kommentar*, 4ª ed. Munique, C.H.BECK, 2010, pp. 425-445