

*António Pinto Monteiro*

Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra  
Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra



## **PARECER JURÍDICO**

## CONSULTA

A AUDIOGEST é uma associação de utilidade pública e entidade de gestão colectiva do direito de autor e dos direitos conexos, constituída ao abrigo da Lei 83/2001, de 3 de Agosto. Tem por objecto, entre outros, o licenciamento cobrança, gestão e distribuição de direitos de produtores fonográficos. Nessa qualidade, representa produtores fonográficos nacionais, seus associados e produtores fonográficos estrangeiros, em virtude de acordos de representação firmados com suas congéneres.

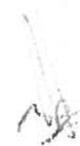
A AUDIOGEST deseja submeter a V. Exc<sup>a</sup> a apreciação de uma série de questões relacionadas com a actual redacção do artigo 178.º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (adiante designado por CDADC), em especial no que toca ao n.º 1 e alínea d) e nº 4 do mesmo artigo, pretendendo obter parecer sobre a interpretação, natureza e exercício do direito conferido ao artista intérprete ou executante de colocação à disposição do público das suas prestações para acesso *on demand*, quando essas prestações são objecto de

fixação fonográfica e licitamente publicadas em fonogramas ou comunicadas ao público pelo produtor de fonogramas.

A AUDIOGEST não consegue compatibilizar o disposto no n.º 4 do art. 178.º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos com o n.º 1 e alínea d) do mesmo artigo, nem com outras normas do mesmo Código (em especial, com os restantes números do mesmo artigo e com a actual redacção do artigo 183-A), com normas de Direito Europeu (em especial, com as constantes da 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, e da Directiva 2011/77/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Setembro de 2011, que altera a Directiva 2006/116/CE, relativa ao prazo de protecção do direito de autor e de certos direitos conexos e outras relativas à liberdade de circulação de bens, produtos e serviços), com as normas da Constituição da República Portuguesa e com as normas de Direito Internacional Privado a que Portugal se vinculou.

Pelo exposto, a AUDIOGEST enuncia as seguintes questões:

**1. Qual a natureza do direito conferido na alínea d) do n.º 1 do artigo 178.º do CDADC?**



*A. Pretende a AUDIOGEST o Parecer de V. Exc<sup>a</sup> acerca do direito conferido ao artista intérprete ou executante no n.º 1 e alínea d) do artigo 178.º do CDADC, designadamente, sobre se:*

*i) é um direito "individual";*

*ii) é aplicável às prestações do artista intérprete ou executante fixadas em fonogramas licitamente publicados ou comunicados ao público pelo produtor de fonogramas;*

*iii) tem natureza "patrimonial" ou também abrange uma vertente ou faculdade "moral";*

*vi) é susceptível de ser transmitido, transferido ou cedido pelo seu titular originário;*

*B. Pretende igualmente saber se o artigo 183º - A do CDADC estabelece uma presunção de transferência ou cedência do referido direito pelo artista intérprete ou executante ao produtor de fonogramas a quem o mesmo cede(eu) os seus direitos sobre a fixação das suas prestações, bem como, em caso afirmativo, se tal presunção admite prova em contrário.*

**2. Como interpretar o n.º 4 do artigo 178.º do CDADC?**



*Face às dúvidas que têm sido suscitadas pela redacção do n.º 4 do artigo 178.º do CDADC, pretende a AUDIOGEST obter Parecer de V. Excª sobre a interpretação mais adequada a dar a esta norma, não só no contexto do artigo em que se insere, como também na sua relação com as demais normas aplicáveis e, para além de outras que decorram do próprio exercício interpretativo, tendo em atenção as seguintes questões:*

*A. Poderá a norma ser interpretada 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 [cfr. n.º 1 (corpo e alínea d)) do mesmo artigo e artigo 183-A do CDADC]?*

*B. Poderá a norma ser interpretada no sentido de conferir às entidades de gestão colectiva de direitos dos artistas – e só a estas – o exercício do referido direito? Qual a extensão do mandato pela mesma presumido? Essa presunção é ou não é elidível? E, sendo-o, por que meio?*

*C. A norma, se interpretada no sentido de ser obrigatório o exercício por entidade de gestão colectiva do direito exclusivo do artista intérprete ou executante de, por si ou pelos seus representantes, fazer ou autorizar a colocação à disposição, é conforme à Constituição da República Portuguesa?*

*D. A norma, se interpretada no sentido de impedir a transmissão, transferência, cedência ou licenciamento de tal direito, por parte do seu titular originário, é conforme à Constituição da República Portuguesa?*

*E. Poderá a norma ser interpretada no sentido de ser aplicável:*

*i) à colocação à disposição em Portugal ou a partir de Portugal das fixações fonográficas (ou fonogramas) das prestações de artistas estrangeiros, efectuadas fora do País, em execução de contratos de fixação celebrados ao abrigo de uma legislação diferente da legislação nacional (designadamente no que concerne à vontade das partes) com produtores fonográficos?*

*ii) à colocação à disposição no estrangeiro e por forma a não serem acessíveis a partir de Portugal das fixações fonográficas (ou fonogramas) das prestações de artistas nacionais efectuadas no País, em execução de contratos de fixação celebrados ao abrigo da lei Portuguesa com produtores fonográficos?*

*F. Em caso de resposta afirmativa a qualquer uma das sub-questões da alínea anterior, a quem, num caso ou no outro, cabe ao abrigo da mesma norma, o exercício do direito de colocação à disposição?*

*G. A norma em causa sendo susceptível de determinar a aplicação, em Portugal, de um regime diferente daquele que é aplicável nos restantes Estados Membros da União Europeia, é compatível:*

*i) Com as normas da União Europeia relativas ao mercado interno? e, designadamente, é ou não susceptível de criar obstáculos ao funcionamento do mercado interno, em particular no que respeita à livre prestação de serviços e, eventualmente, ao direito de estabelecimento e à livre circulação de mercadorias?*

*ii) Com as normas da União Europeia relativas à protecção da concorrência? E, designadamente se interpretada no sentido de impor o exercício por entidades de gestão colectiva, em regime de monopólio legal para tais entidades, do direito do artista, intérprete ou executante de fazer ou autorizar (e, portanto, de impedir) a colocação à disposição das fixações fonográficas (ou fonogramas) das suas prestações?*

*iii) A norma, introduzida que foi no ordenamento jurídico nacional no âmbito do processo de transposição da 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, se interpretada no sentido de impor o exercício por entidade de gestão colectiva do direito em causa, é compatível com o disposto no artigo 3.º da Directiva? Ou "expropria" o artista do direito que lhe é conferido pelo mesmo artigo 3.º da Directiva?*

*H. A norma é compatível com a letra e o espírito da Directiva 2006/116/CE (relativa ao prazo de protecção do direito de autor e de certos direitos conexos), alterada pela Directiva 2011/77/EU, mormente dos respectivos n.ºs 2-A a 2-E e artigo 10.º - A, que parece assentar no pressuposto de facto que em relação aos fonogramas, o direito em causa não só pode como é habitualmente cedido ou transmitido pelo artista ao produtor?*

*I. Face à mesma norma, se o titular do direito (original ou derivado) se encontrar ou não inscrito, nessa qualidade, em qualquer entidade de gestão colectiva e, ele próprio, autorizar a colocação à disposição das fixações fonográficas (ou fonogramas) das prestações objecto do direito, por qualquer meio e mediante remuneração ou não, comete algum acto ilícito? E, em caso afirmativo, quais as consequências da ilicitude, quer para o próprio, quer para a entidade por ele autorizada?*

### **3. Uma proposta de solução legislativa.**



*Em função do Parecer solicitado acerca das diversas questões que submetemos à apreciação de V. Exc<sup>a</sup>, caso se conclua pela inconstitucionalidade, desconformidade ou inadequação da norma, solicitamos ainda a V. Exc<sup>a</sup> a indicação de uma possível solução legislativa que obste a tais invalidades, irregularidades ou inconvenientes.*



## **PARECER**

### **Introdução**

As questões que nos são colocadas são vastas e complexas, pressupondo um conhecimento profundo sobre o Direito de Autor e Direitos Conexos como um todo, para além de implicarem a incursão por outros domínios do Direito, em que destacamos os Direitos Constitucional, Comunitário, Internacional Público, Internacional Privado, Introdução ao Direito, Teoria Geral e Direito das Obrigações. Só desta forma poderemos dar Parecer cabal e conclusivo ao pedido da AUDIOGEST.

Entendemos adequada a ordem pela qual as questões nos são colocadas, pelo que seguiremos o esquema previsto nas mesmas. Embora, aparentemente, o Direito Comunitário, o Direito Constitucional e o Direito Internacional Público devessem ser tratados primeiro, pela sua hierarquia relativamente às normas comuns, não seriam perceptíveis, neste contexto, sem



uma visão geral do Direito de Autor e dos Direitos Conexos e sem contextualizar os artigos em questão. Por isso, optamos pela ordem proposta.

**1. Qual a natureza do direito conferido na alínea d) do n.º 1 do artigo 178.º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos?**

1.1. O Direito de Autor e Direitos Conexos, enquanto Direito objectivo, visa, como é sabido, a protecção, respectivamente, do autor, indirectamente, através da protecção da obra, e dos titulares de direitos conexos, através da protecção das suas prestações.

Em sentido subjectivo, o direito de autor e os direitos conexos traduzem-se numa posição jurídica dos seus titulares, complexa, composta por um conjunto de direitos, poderes, faculdades, ónus, deveres (tal como a posição de um sócio de uma sociedade comercial ou de uma associação), oponível *erga omnes*.

Esta posição jurídica, cuja natureza e estrutura é alvo de várias posições doutrinárias, tem de comum o facto de incidir sobre bens imateriais, que se separam do suporte, de carácter material, sobre o qual incidem direitos reais. Isto, mesmo quando não é possível uma separação do *corpus mysticum* e do *corpus mechanicum*, como é o caso, por exemplo, da pintura ou escultura.

Sobre o bem imaterial incidem direitos de autor ou direitos conexos. Sobre o suporte existem direitos reais. Uns são independentes juridicamente dos outros e podem pertencer a sujeitos diversos.

Os direitos de autor incidem sobre a obra, enquanto os direitos conexos, tipificados, incidem sobre as prestações, tendo como função primordial fazer chegar a obra ao conhecimento do público, seja através dos artistas intérpretes ou executantes, seja através dos produtores de fonogramas e de videogramas ou das entidades de radiodifusão. Embora no Direito Continental haja uma distinção entre direitos de autor e direitos conexos, que não existe nos sistemas de Copyright, existe uma interdependência entre uns e outros. Os artistas intérpretes ou executantes, bem como os produtores de fonogramas, ou videogramas, têm um papel fundamental para que a obra chegue ao público.

Basta pensar, por exemplo, na importância do actor numa obra cinematográfica ou um cantor ou músico que toque um instrumento numa banda numa obra musical. Podem ser decisivos, inclusive, no sentido de transformar uma obra média em algo muito melhor ou, no oposto, em algo péssimo. Como são muito próximos dos autores, alguns sendo mesmo

simultaneamente autores, são os únicos titulares de direitos conexos a que o nosso Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos<sup>1</sup> concede direitos morais. Os produtores e as entidades de radiodifusão exercem um papel empresarial (mas também criativo, embora a nossa lei não pareça dar relevo à parte criativa) fundamental no apoio à criação, interpretação ou execução e, portanto, contribuem decisivamente para a criação e difusão das obras dos autores e das prestações dos artistas intérpretes ou executantes. Não lhes são, todavia, atribuídos direitos morais.

Perante esta interdependência, não admira que o CDADC considere subsidiariamente aplicável aos direitos conexos o disposto a propósito dos direitos de autor (cf. art. 192º CDADC), embora os direitos conexos não se confundam com os direitos de autor.

Por simplicidade, a doutrina e o legislador optam por utilizar o termo “direitos”, mesmo quando não estamos perante direitos, mas poderes ou faculdades. Em alguns casos, em especial em matéria não patrimonial, à partida estamos perante verdadeiros direitos subjectivos, mas em matéria

---

<sup>1</sup> Doravante designado por CDADC.



patrimonial, antes da celebração dos contratos de exploração, devemos, em regra, falar de poderes ou faculdades.

1.2. Feitas estas considerações preliminares e de acordo com o CDADC, a doutrina e a jurisprudência, existem dois grandes tipos de direitos: os direitos não patrimoniais (denominados no CDADC, de modo impróprio<sup>2</sup>, como direitos morais) e os direitos patrimoniais.

Os primeiros são inalienáveis, irrenunciáveis e imprescritíveis (cf arts 56º, 2, e 42º CDADC), e parecem durar, injustificadamente em muitos casos, para sempre depois da morte (cf. art.57º CDADC). Os segundos têm como padrão os direitos de exclusivo, que permitem a exploração económica da obra/prestação, com uma duração limitada e harmonizada no contexto da União Europeia, podendo, como regra, ser licenciados e/ou transmitidos, sujeitando-se os contratos celebrados, ao princípio da independência das formas de exploração, ao princípio da interpretação a favor do autor e, em regra, à exigência de forma como condição de validade, afastando-se do

---

<sup>2</sup> Dizemos de modo impróprio porque o direito de autor e os direitos conexos são neutros do ponto de vista ético, mas usaremos o termo escolhido pelo legislador. Também ASCENSÃO, J. de Oliveira critica esta terminologia, importada acriticamente do direito francês, *Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra, Coimbra Editora, reimpressão, 2012, pp. 166-167.



princípio da liberdade de forma ou consensualidade, pelo menos em matéria de transmissão. Quanto às licenças, a forma, em regra, será condição de validade, mas também pode ser havida como mera condição de prova, dependendo do tipo de licença e da interpretação da doutrina e jurisprudência (estamos a pensar, em concreto, no art. 41º CDADC). Afasta-se também a exigência expressa de forma em matéria de obras efectuadas no âmbito de um contrato de trabalho ou de encomenda (cfr. art. 14º CDADC).

Para além destes direitos de exclusivo, de início centrais em matéria de direitos de autor e direitos conexos, com a evolução, começaram a surgir e a desenvolver-se direitos de simples remuneração, nascidos das “franjas” do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, de natureza heterogénea, uma vez que não podem ser reconduzidos a uma única causa e têm regimes diversos, mas que têm de comum o facto de, ao contrário do que se passa com os direitos de exploração, não dependerem de autorização do seu titular para que a respectiva obra ou prestação possa ser utilizada.

A autorização é já dada pelo legislador; o utilizador apenas tem que pagar uma remuneração, que pode estar pré-estabelecida na lei, ou ser negociada (cfr. direito de sequência, direito de cópia privada, utilizações livres sujeitas a



remuneração, entre outros). É usual afirmar que nestes casos estamos perante licenças legais ou compulsórias. A sua duração é também limitada e está harmonizada na União Europeia (doravante designada por UE), nos mesmos termos dos direitos de exclusivo<sup>3</sup>. Após o termo dos direitos patrimoniais, a obra ou prestação cai no domínio público, não havendo, entre nós, domínio público remunerado.

**1.3.** A existência destes direitos, a par dos direitos morais e dos direitos de exclusivo de exploração, inclusive, aguça a discussão doutrinal sobre a estrutura do Direito de Autor e dos Direitos Conexos: dualista? monista? ou pluralista?

A doutrina nacional e internacional divide-se. Em França é dominante a posição dualista, defendida entre nós, designadamente, por Oliveira Ascensão<sup>4</sup>, Alberto Sá e Mello<sup>5</sup> e Alexandre Libório Dias Pereira<sup>6</sup>, atendendo à distinção entre o regime dos direitos morais e dos direitos patrimoniais.

---

<sup>3</sup> Cf. arts. 30º ss, em matéria de direitos de autor e 183º, em matéria de direitos conexos, todos do CDADC.

<sup>4</sup> ASCENSÃO, J. de OLIVEIRA, *Direito de Autor* cit., em especial, pp. 661-662 e 664-666.

<sup>5</sup> Desenvolvidamente, sobre a estrutura do direito de autor, Alberto de Sá e Mello, *Manual de Direito de Autor*, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 333-353, em especial, p. 348, embora reconhecendo que, por força do direito de sequência, previsto no art. 54º CDADC, estamos



Outros vão mais longe, por força da divisão dos direitos patrimoniais em direitos de exclusivo, que implicam sempre autorização, e direitos patrimoniais que não se podem reconduzir a uma causa ou regime comuns, mas que têm de comum o facto de não implicarem autorização do titular, dando apenas direito a uma remuneração suplementar. Consideram que a estrutura é pluralista, entre nós, Luiz Francisco Rebello<sup>7</sup> e José Alberto Vieira<sup>8</sup>.

A doutrina monista, desde sempre dominante na Alemanha, chama a atenção para a interligação entre o conteúdo dos direitos morais e dos direitos patrimoniais. É sobejamente conhecida a sugestiva imagem de Ulmer de uma árvore com raiz, tronco e ramos, que não é possível separar. A tese monista é também hoje dominante em Espanha, embora este país tenha um regime menos claramente monista do que o regime alemão.

---

perante uma tese dualista em que pelo menos um dos direitos escapa à dicotomia que a tese dualista pura concebe. Sobre o direito de sequência, entre muitos outros escritos da autora sobre o tema, destacamos ROCHA, Victória, *Direito de Sequência*, Tesis Doctoral, depositada na Faculdade de Direito da Universidade de Santiago de Compostela, 2000.

<sup>6</sup> PEREIRA, A.L. DIAS, *Direitos de Autor Liberdade de Informação*, Coimbra, Almedina, 2008, em especial, p. 165.

<sup>7</sup> REBELLO, L.F., *Introdução ao Direito de Autor*, I, Lisboa, Sociedade Portuguesa de Autores (SPA)/ Dom Quixote, p. 57

<sup>8</sup> VIEIRA, J. A., COELHO, *A estrutura do Direito de Autor no Ordenamento Jurídico Português*. Lisboa AAFDL, 1992, em especial p. 145 ss.



Desde sempre entendemos que o monismo podia e devia ser defendido em Portugal, pese embora Oliveira Ascensão considerasse difícil de aceitar esta tese, entre outros factores, por ser admissível a transmissão definitiva dos direitos patrimoniais e não apenas a concessão de licenças ou, como o Autor refere, as onerações<sup>9</sup>. Todavia, não estamos sozinhos. Gomes Canotilho<sup>10</sup> fala de um “direito de troncalidade autoral”, do qual derivam várias irradiações, centrado na personalidade do autor, e com carácter de direito fundamental. Mais recentemente aderiu ao monismo, entre nós, Menezes Leitão,<sup>11</sup> centrando-se na origem comum e no objecto comum, independentemente da diversidade de direitos em causa. Todos resultam de uma actividade de criação intelectual e, no caso específico dos direitos de autor, têm por objecto uma obra intelectual. Estamos perante uma universalidade que incide sobre uma realidade unitária, a obra, “...por isso corresponde a um direito - quadro, que

---

<sup>9</sup> ASCENSÃO, J. OLIVEIRA, *op. e locs. cit.* nota 2.

<sup>10</sup> CANOTILHO, J. GOMES, “Liberdade e exclusivo na Constituição”, (Associação Portuguesa de Direito Intelectual (APDI) Org., *Direito Industrial*, IV, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 57-71, em especial 60 e ss.

<sup>11</sup> LEITÃO, J.M., TELES de MENEZES, *Direito de Autor*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 45

engloba vários direitos subjectivos específicos que se unificam num complexo unitário: a permissão normativa de aproveitamento de uma obra intelectual<sup>12</sup>.

Concordamos com a ideia central de Menezes Leitão. Os direitos morais traduzem-se no direito de paternidade, de integridade e genuinidade, de divulgação, de retirada e, para alguns (embora não para nós), no direito de acesso (que consideramos instrumental, adjectivo). Os direitos de exclusivo, monopólios de exploração<sup>13</sup>, englobam todas as formas de exploração possíveis. Um dado direito patrimonial de autor pode ser transmitido, mas mesmo que a transmissão seja definitiva, há sempre a hipótese de o contrato terminar por via do direito de retirada, uma espécie de condição resolutiva com efeitos *ex nunc*, embora implicando um direito de indemnização (cfr. art. 62º CDADC). Por outro lado, a divulgação necessariamente vai a par com a exploração, seja da obra, seja da prestação. A manutenção da obra como

---

<sup>12</sup> *Op. cit.*, p. 45

<sup>13</sup> Optamos pela expressão "monopólio" por simplicidade, mas sem esquecer a base filosófica em que assenta, desde a Revolução Francesa, o Direito de Autor Continental, por contraposição à posição pragmática em que assenta o Copyright de tradição anglo-saxónica. Sendo certo, todavia, que hoje existe uma aproximação entre os dois sistemas, por ambos fazerem parte dos mesmos Tratados multilaterais e parte dos países de tradição anglo-saxónica serem membros da EU. Por outro lado, dentro de cada sistema existem subsistemas: o Direito de Autor alemão é diverso do francês, por exemplo; o mesmo se diga do Copyright inglês relativamente ao americano.



inédita implica a sua não exploração. Quanto às transmissões temporárias, ou seja, que não durem por todo o período de duração do direito transmitido, por força da elasticidade dos direitos de autor e dos direitos conexos, na verdade são licenças, ou onerações, pois que o direito retorna ao titular inicial, terminado o prazo. Além disso, há direitos de simples remuneração que não são transmissíveis, pelo carácter protector que o legislador lhes imprimiu, como é o caso do direito de sequência, que tem um regime claramente monista (art. 54º CDADC).

Poderíamos multiplicar os exemplos, mas cremos que o exposto já é suficiente para a defesa da nossa posição. Repare-se que não estamos a confundir estrutura com natureza jurídica. Este é outro aspecto, também com muitas doutrinas, mas que não urge tratar aqui.

1.4. A ideia valerá, acrescentamos, em matéria de direitos conexos, por também aí haver **uma origem e um objecto comum: a prestação**. Embora, em matéria de direitos conexos, a questão até seja mais simples para as hipóteses em que o legislador não atribui direitos morais (produtores e entidades de radiodifusão). Nessa hipótese, nem se poderia colocar a questão da distinção entre uma estrutura dualista ou unitária. A atribuição de direitos

morais (e poucos) só acontece em matéria de direitos dos artistas intérpretes ou executantes. Quanto aos produtores de fonogramas e videogramas e entidades de radiodifusão, que apenas têm direitos patrimoniais, o monismo é patente.

Mesmo relativamente aos artistas intérpretes ou executantes, Oliveira Ascensão, embora com argumentação diversa, reconhece que o dualismo não tem aqui base legal. Escreve, a propósito: "Limitando-nos a estes, observemos, antes de mais, que de nenhuma faculdade pessoais haverá que falar, além das referidas nos arts. 180º e 182º. Os direitos pessoais são típicos, qualquer outra faculdade pessoal teria que ser expressamente referida (...) o art. 192º só torna subsidiárias as regras sobre o exercício do direito de autor. Nunca se poderá aplicar a regras que determinam o conteúdo essencial do direito de autor, como regras atributivas de direitos pessoais. Mesmo em relação ao direito dos artistas intérpretes ou executantes, devemos concluir que a estrutura é unitária (...). O dualismo não tem aqui base legal" <sup>14</sup>. O Autor, inclusive, faz uma analogia com o que se passa em matéria de direitos privativos de propriedade industrial, ao afirmar: "Diremos até que o normal, quando certa afectação tem uma componente pessoal, é que os aspectos

---

<sup>14</sup> *Op.cit.*, pp. 665-666, com mais detalhe.



peçoal e patrimonial sejam conjuntamente regulados no âmbito do mesmo direito. A lei afastou-se deste desenho normal para o direito de autor, obrigando-nos a seguir uma orientação dualista. Não é, porém, o que se passa com a disciplina dos direitos conexos. Pelo que devemos concluir que a outorga de faculdades pessoais não implica que se deva falar de um “direito pessoal do artista”. Aqui prevalece a concepção monista, a exemplo do que se passa nas ordens jurídicas germânicas.”<sup>15</sup>

**1.5.** A introdução na legislação nacional da al. d) do nº1 do art. 178º tem as suas origens na adaptação da Convenção de Roma sobre Direitos Conexos<sup>16</sup> à era digital efectuada pelo Tratado OMPI 1996, sobre Interpretações e Fonogramas<sup>17</sup>, que por sua vez originou a Directiva 2001/29 CE<sup>18</sup>. Na era

---

<sup>15</sup> *Op.cit.*, pp. 665-666, com mais detalhe.

<sup>16</sup> “Convenção Internacional para a Protecção dos Artistas Intérpretes ou Executantes, dos Produtores de Fonogramas e dos Organismos de Radiodifusão”, assinada em Roma, a 26 de Outubro de 1961, cuja entrada em vigor ocorreu em 18 de Maio de 1964. Entrou em vigor em Portugal em 17 de Julho de 2002: [www.gmc.pt](http://www.gmc.pt) e [www.wipo.org](http://www.wipo.org), consultados em 21.09.2014.

<sup>17</sup> “Tratado OMPI sobre as Interpretações e Execuções e os Fonogramas”, de Dezembro de 1996. Entrou em vigor em Portugal em 14 de Março de 2010: [www.gmc.pt](http://www.gmc.pt); [www.wipo.org](http://www.wipo.org) consultados em 21.09.2014.

<sup>18</sup> Directiva nº 2001/29/CE, de 22 de Maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação”, transposta para o ordenamento nacional pela Lei 50/2004, de 24 de Agosto. [www.gmc.pt](http://www.gmc.pt) consultado em 21.09.2014.



digital, e com o advento e expansão estrondosa da *internet*, tornou-se urgente criar um direito adequado ao acesso por parte do público utilizador neste novo contexto.

Não é novidade que o Direito de Autor e os Direitos Conexos nasceram e vão evoluindo à medida que há inovações tecnológicas ou culturais. Nunca um direito esteve tão ligado à evolução científica e tecnológica. Não fora Gutenberg inventar a imprensa, nunca teria surgido, sequer, a necessidade de proteger a cópia (não é por acaso que no sistema anglo-saxónico é utilizado o termo directamente ligado ao direito de reprodução - *Copyright*). Cada invenção traz novos desafios e solicita novas soluções a esta área do Direito. Pense-se no desenvolvimento e expansão do teatro, na invenção da máquina fotográfica e na expansão da obra fotográfica, na invenção do cinematógrafo e na expansão e evolução do cinema, da passagem do analógico para o digital, com o surgimento dos programas de computador, das obras multimédia, das bases de dados digitais, no surgimento e expansão a diversos níveis da *internet*, desde os *blogs* ao *facebook*, desde os *e-mails* ao comércio electrónico, as hiperligações, a computação em nuvem, do aumento exponencial dos FTT, nos *downloads* não autorizados para uso privado ou público, nas redes P2P, nos nomes de domínio, etc.



Cada novo desenvolvimento implica questões a que o Direito de Autor e os Direitos Conexos são chamados a responder.

1.6. A dado momento tornou-se patente que o direito de colocação da obra, prestação, ou mesmo qualquer informação não protegida, à disposição do público a partir do momento e do local desejado, ou seja *on demand*, se tornou na forma privilegiada e fundamental de difundir as obras na era digital.

Houve que redefinir os conceitos de público (um público individualizado que recebe a prestação a partir do lugar e no local escolhido?) e de pensar onde inserir este direito, enquanto forma de exploração (direito de reprodução? direito de comunicação? outra?). Após muitas discussões e reflexão, dada a forma tecnológica como a informação, obra ou prestação aparece no ecrã, que implica reprodução temporária para comunicar, e o novo conceito de público, optou-se pelo termo de “colocação à disposição”. A opção é clara no sentido de estarmos perante um novo direito, que não se subsume ao direito de reprodução, nem ao direito de comunicação tradicionais.

A lei destaca este novo direito, como direito autónomo, em artigos como o art. 68º, nº 2, j), e 178º, nº1, d), CDADC, art. 3º, nº 2, da Directiva 2001/29/CE, de 22 de Maio de 2001, usualmente denominada Directiva sobre a Sociedade

da Informação, e art. 10º do Tratados OMPI de 1996 sobre Prestações e Fonogramas. Mesmo quando a lei utiliza o termo direito de comunicação, destaca sempre o direito de colocação à disposição das diversas formas de comunicação (cf. art. 8º do Tratado OMPI sobre Direito de Autor, art. 3º, nº1, da Directiva da Sociedade da Informação, entre outros). Na realidade, como sempre acentuou Oliveira Ascensão<sup>19</sup>, trata-se de 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 qualquer *hardware*. Este é um novo direito de receber informação instantânea, ao minuto, e *on demand*. Nem o Direito de Autor, nem

---

<sup>19</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”. 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. 112-113. 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, errado, mas conduz a dúvidas na doutrina. Alberto Sá e Mello, *op. cit.*, p. 181, denomina-o de direito de comunicação pública *sui generis*. Defendendo que se trata de um direito novo, tal como afirmamos, LEITÃO, L.M. Teles de Menezes, *op. cit.*, p.136 ss, 254.

os Direitos Conexos podiam ficar alheios a esta realidade. Os info-excluídos da Sociedade da Informação têm um forte *handicap*, pois quase toda a informação passa hoje pela rede.

Portanto, o direito previsto no nº1, al. d), do art. 178º CDADC<sup>20</sup> é um direito essencial nos nossos dias e será cada vez mais a forma privilegiada de partilhar, não apenas som, mas também imagem (pense-se nos programas televisivos *on demand* com acesso em qualquer *hardware*, vídeos que acompanham as músicas, etc.), como acontece no *youtube*. Alguns verdadeiros sucessos de vendas devem-se tanto à obra musical, como à obra audiovisual, tanto aos artistas que cantam e tocam como aos que protagonizam as imagens, já para não mencionarmos os autores, que muitas vezes são simultaneamente intérpretes: além de interpretarem, fazem a letra e/ou a música, pelo que cumulam a posição de artistas intérpretes ou executantes, titulares de direitos conexos, e de autores, como referimos acima.

Isto, para concluir, para além de tudo o que já expusemos, que estamos perante um direito imprescindível no momento actual, sendo bem-vinda a sua previsão no artigo 3º, nº 2, al. a), da Directiva 2001/29/CE, conhecida como a

---

<sup>20</sup> E, em matéria de direitos de autor, no art. 68º, nº2, al j), CDADC.

Directiva da Sociedade da Informação, e sua transposição para o ordenamento nacional, quer a nível de direitos de autor, quer de direitos conexos.

1.7. Efectuadas estas considerações genéricas, estamos em condições de responder à primeira questão que nos é colocada, a saber — *al. A.* —, **qual a natureza do direito conferido na alínea d) do n.º 1 do artigo 178.º do CDADC, designadamente, se: i) é um direito “individual”; ii) é aplicável às prestações do artista intérprete ou executante fixadas em fonogramas licitamente publicados ou comunicados ao público pelo produtor de fonogramas; iii) tem natureza “patrimonial” ou também abrange uma vertente ou faculdade “moral”; iv) é susceptível de ser transmitido, transferido ou cedido pelo seu titular originário.**

1.8. “O direito de 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”, que assiste ao artista intérprete ou executante, nos termos do art. 178º, nº1, al. d) do CDADC, é um direito “individual”, no sentido de se tratar de um direito de exclusivo de autorizar ou não a colocação à disposição para utilização *on demand*.

Resulta da adaptação do direito de reprodução e comunicação ao ambiente digital e constitui, cada vez mais, a forma primária de exploração das prestações do artista intérprete ou executante, no contexto da Sociedade da Informação.

Com a digitalização e com o sucesso da *internet*, que passou a ser o meio privilegiado de comunicação e transmissão, o legislador comunitário, na sequência dos Tratados OMPI de 1996, para adequação da Convenção de Berna, em matéria de Direito de Autor, e de Roma, em matéria de Direitos Conexos, viu-se obrigado a introduzir este novo direito, que é já, e será cada vez mais, o meio de “comunicação” pública preferido, em qualquer plataforma, uma vez que “público” não é hoje sinónimo de uma multidão, mas abrange cada pessoa, que pode estar só em qualquer lado que lhe permita o acesso, a partir do momento e do local escolhido, ou seja, ter acesso à prestação, *on demand*, a pedido.

A opção por não rotular este direito de direito de reprodução e/ou de comunicação, mas sim de *direito de colocação à disposição*, deve-se a razões técnicas, como afirmámos. É sempre necessária uma reprodução temporária para que a prestação (ou obra) que aparece no *interface* seja comunicada no

ecrã. Depois de muitas polémicas, optou-se pela expressão mais neutra possível, para enfatizar que estamos perante um direito novo.

Este direito, cada vez mais, consiste na forma de acesso pública por excelência, muitas vezes em regime de *pay per view*, ou seja, com uma licença e uma medida tecnológica de acesso: paga-se para que a medida seja levantada, a *password* seja fornecida e se possa ver ou fazer o *download* da obra ou prestação. Muitas vezes, também, com sistemas de informação e gestão associados, marcas de água que permitem seguir todas as utilizações efectuadas, colocadas no *software* ou no *hardware*, tradicionalmente designadas nos países anglo-saxónicos como DRM systems (*Digital Rights Management*), embora não haja uma coincidência total entre os DRM e as medidas de informação e gestão de tradição continental.

As medidas tecnológicas de acesso e os sistemas de informação e gestão de informação, ou DRM, tal como previstos na Directiva sobre a Sociedade da informação e o CDADC, colocam, inclusive, interessantes problemas que não desenvolveremos neste contexto, e que levam a questionar se não estamos hoje perante um paradoxo, em que na era digital o utilizador está pior do que na era analógica. Basta pensar que é crime retirar as medidas tecnológicas

para utilizações livres permitidas pelo direito de autor ou por direitos conexos (por exemplo, citar um *e-article* que só existe em formato digital, o que é perfeitamente legítimo em ambiente analógico). Se o fizer, sujeita-se a pena de prisão até um ano ou multa (cf. arts 75º e art. 218º CDADC). Os sistemas de informação e gestão e os DRM podem ser “draconianos”, retirando dados privados ao utilizador, ou seja, colocam-nos no centro das questões relacionadas com o cibercrime e a protecção de dados pessoais. Também não podem ser retirados pelo utilizador, sob pena de aplicação do art. 218º.

Está na ordem do dia, a questão de saber se nestas hipóteses não está a ser violado o direito do consumidor, que compra produtos defeituosos, pois não servem as finalidades desejadas e são consideravelmente mais caros.

Mas o acesso *on demand* também pode ter sido querido pelo autor ou titular de direitos conexos em regime de *copyleft*<sup>21</sup>, ou sujeito a uma licença *creative common*<sup>22</sup>, permitindo uma total, ou maior, abertura para o utilizador.

**1.9. Isto, para tornar claro que hoje temos dois mercados a concorrer entre si: o mercado *on line*, das obras e prestações *on demand*, que é um**

---

<sup>21</sup> <http://pt.wikipedia.org/wiki/Copyleft>, consultado em 21.10.2014.

<sup>22</sup> [http://pt.wikipedia.org/wiki/Creative\\_Commons](http://pt.wikipedia.org/wiki/Creative_Commons), consultado em 21.10.2014.

**mercado de serviços, não sujeito ao princípio do esgotamento do direito,**  
e o tradicional mercado de produtos físicos, no âmbito musical,  
nomeadamente, traduzido na venda e aluguer de CDs ou DVDs, mercado de  
bens sujeito ao princípio do esgotamento na UE.

Proclama-se a crise do mercado da música devido à facilidade com que esta  
é copiada, designadamente através das redes P2P, prevendo punições  
severas (crime com pena de prisão e multa até 3 anos, entre nós, cf. arts 195º e  
197º CDADC), corte da *internet* (cf. Lei Hadopi, em França<sup>23</sup>, e Lei Sinde, em  
Espanha<sup>24</sup>, propostas PIPA<sup>25</sup> e SOPA<sup>26</sup>, nos EUA, e Tratado ACTA<sup>27</sup>), medidas  
tecnológicas de protecção excessivas e sistemas de informação e gestão de  
dados que podem ser draconianos, que não podem ser retirados mesmo para  
as utilizações lícitas (paradoxalmente, colocando o utilizador pior no ambiente  
analogico do que no ambiente digital), sob pena de prisão até um ano ou multa.

<sup>23</sup> [http://pt.wikipedia.org/wiki/Lei\\_Hadopi](http://pt.wikipedia.org/wiki/Lei_Hadopi) , consultada em 21.10.2014.

<sup>24</sup> [http://es.wikipedia.org/wiki/Ley\\_de\\_Econom%C3%ADa\\_Sostenible](http://es.wikipedia.org/wiki/Ley_de_Econom%C3%ADa_Sostenible) , consultada em 21.10.2014.

<sup>25</sup> [http://en.wikipedia.org/wiki/Protests\\_against\\_SOPA\\_and\\_PIPA](http://en.wikipedia.org/wiki/Protests_against_SOPA_and_PIPA) , consultada em 21.10.2014

<sup>26</sup> [http://en.wikipedia.org/wiki/Stop\\_Online\\_Piracy\\_Act](http://en.wikipedia.org/wiki/Stop_Online_Piracy_Act) , consultada em 21.10.2014.

<sup>27</sup> [http://en.wikipedia.org/wiki/Anti-Counterfeiting\\_Trade\\_Agreement](http://en.wikipedia.org/wiki/Anti-Counterfeiting_Trade_Agreement) consultado em 21.10.2014.

1.10. Independentemente da nossa opinião sobre estas medidas, que não reconhecemos como mais adequadas quando está em causa o uso livre e privado; independentemente de considerarmos que o que há é que mudar a forma de fazer o negócio, tendo em nosso apoio muitos estudos realizados por universidades de reconhecido mérito, como Harvard, entre outras, parte da doutrina e muitos autores, intérpretes ou executantes; embora reconhecendo a dificuldade da separação entre o uso privado e o público no momento actual e não pretendendo desenvolver estes aspectos neste contexto, desejamos demonstrar que o mercado de colocação à disposição *on line* para consumo *on demand*, seja de obras, seja de prestações, seja no âmbito do audio ou/e do audiovisual, é um mercado de **utilização primária**. Ou seja, o autor, bem como o artista intérprete ou executante (que podem coincidir e muitas vezes coincidem, pois que criam a música e a letra e a interpretam, por exemplo), pode optar por utilizar apenas o mercado virtual, não colocando a música no mercado físico, mas neste mercado de serviços, inicialmente centrado no *i-tunes* e que cada vez se alarga mais, tendo hoje grande interesse, por exemplo, serviços como o *spotify*<sup>28</sup>, entre outros, bem como a diminuição dos

---

<sup>28</sup> <http://pt.wikipedia.org/wiki/Spotify> , consultado em 21.10.2014.

preços e o financiamento através, não dos tradicionais *royalties*, mas de receitas publicitárias, como acontece cada vez mais no *youtube*.

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, e que se encontra ligado à exploração primária da obra ou prestação, sendo esta última a questão que nos importa desenvolver.**

Esse direito pode ser, ou não, exercido através de entidades de gestão mandatadas – mandato com representação, entre nós - para o efeito, como é usual com os **pequenos direitos** que o titular não pode controlar. A gestão obrigatória só deverá existir quando não é possível o controlo através da gestão voluntária, o que não se passa quando estamos perante a colocação à disposição da prestação para acesso *on line* pela primeira vez.

Decorre do exposto, no tocante à existência de um mercado de serviços e de um mercado físico, tradicional, que a al. d) do art. 178º também é aplicável às prestações do artista intérprete ou executante fixadas em fonogramas licitamente publicados ou comunicados ao público pelo produtor de



fonogramas. **Basta a coexistência, que ainda é a regra, dos dois mercados.** Inclusive, é usual que a colocação à disposição, o “*release*” (que equivale à publicação no mercado analógico), se efectue primeiro na *internet*, por vezes, temporariamente, em regime de livre acesso para promoção e para atrair o comprador potencial.

Sem prejuízo das faculdades morais previstas na lei a favor dos intérpretes ou executantes, **este 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.**

Não é por acaso que a epígrafe do art. 178º menciona expressamente: “**poder de autorizar ou proibir**”, apontando para o carácter do direito como direito patrimonial de exclusivo.

As faculdades morais dos artistas intérpretes ou executantes encontram-se nos artigos 180º a 182º, reduzindo-se ao direito de paternidade (com os limites aí previstos) e ao direito de integridade e genuinidade.

Tal como o autor, o artista intérprete ou executante pode optar por colocar a sua obra *on line* ao abrigo de *copyleft* ou de uma *creative common*, desde que

não haja acordado nada de diverso com o produtor ou distribuidor. Optando por uma *creative common*, já nem são as tradicionais entidades de gestão a representar o titular de direitos. Há ainda casos em que opta por efectuar ele próprio a produção e contrata apenas a distribuição.

1.11. Não se pode equiparar, sequer, a al. d) do nº1 do art. 178º e o art. 178º, nº4, à al. c) do mesmo artigo, em conexão com os nº2 e 3 do referido artigo, nestas hipóteses estão em causa **utilizações secundárias**, que pressupõem que a prestação já foi fixada e usada para outra finalidade.

1.12. **Em conclusão, estamos perante um direito patrimonial novo, que não se confunde com o direito de comunicação ou reprodução, de exclusivo, de duração actualmente harmonizada na UE e limitada<sup>29</sup>, não perante um direito de simples remuneração. Este direito pode ser licenciado, onerado, ou transmitido, nos termos previstos no CDADC, por**

---

<sup>29</sup> Cfr. art. 183º, CDADC, com a redacção dada pela Lei 82/2013, de 06.12, que implica que a duração dos direitos dos artistas intérpretes ou executantes possa ser de 50 anos após a representação ou execução, como anteriormente previsto, ou de 70 anos, de acordo com o nº3. Dispõe este nº 3 que " Se a fixação da execução do artista intérprete ou executante num fonograma for objecto de comunicação ao público, o prazo de caducidade do direito é de 70 anos, após a data da primeira publicação ou da primeira comunicação ao público, consoante a que tiver ocorrido em primeiro lugar. O alargamento da protecção resulta da transposição para o ordenamento nacional da polémica Directiva 2011/77/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Setembro de 2011, que alterou a Directiva 2006/116/CE relativa ao prazo de protecção do direito de autor e de certos direitos conexos.

**parte ou todo o seu período de duração pelo seu titular originário ou quem ele autorize.**

De qualquer modo, os direitos morais dos artistas intérpretes ou executantes sobrepõem-se aos seus direitos patrimoniais. Os dois direitos reconhecidos pelo CDADC ao artista intérprete ou executante - o direito de paternidade (com ressalvas) e o direito à integridade e genuinidade da prestação (cf. arts. 180º e 182º CDADC) - não podem ser violados por terceiros. Quando tal aconteça, o artista poderá sempre fazê-los valer, recorrendo, nos termos do art. 192º CDADC, às características destes direitos, como direitos inalienáveis, imprescritíveis e irrenunciáveis (cf. art 56º, nº2, CDADC). Ou, para quem considere que não deve haver uma remissão para os direitos de autor, hipótese com a qual não concordamos, sempre será de entender que os direitos morais prevalecem sobre os direitos patrimoniais e as normas em causa são imperativas.

Tendo esta ideia presente, de imediato se verifica que o art. 178º, nº4, viola também as mais elementares regras em matéria de direitos morais previstos no art. 182º CDADC, que consagra 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, 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, como se tivesse renunciado, em parte, aos seus direitos morais, que são **irrenunciáveis**, nos mesmos termos previstos para os direitos de autor (art. 56º, nº 2, CDADC, por força do art. 192º CDADC) e porque o art. 182º configura uma norma imperativa.

Teoricamente, se a entidade de gestão tem o poder de fazer o *upload* da música, pode afectar atributos fundamentais do direito de paternidade ou afectar o direito à integridade ou genuinidade da prestação, de modo a colocar a reputação ou prestígio do artista em causa, por exemplo, colocando a música num *site* que nada tem que ver com seu estilo de música, violando abertamente os arts. 180º e 182º e as regras mais elementares dos direitos morais.

É certo que o artista intérprete ou executante pode vir a reagir contra a entidade de gestão. Mas o problema é que a justiça é morosa e o mal está feito e difundido pela rede com prejuízos irreversíveis. Nestes casos a justiça torna-

se, irremediavelmente, platónica. Uma vez colocada a prestação na *internet*, espalha-se de imediato por todo o mundo e aí os prejuízos são incalculáveis.

Isto, com a agravante de que a entidade de gestão que, nos termos do nº4, coloca a prestação em rede, ou seja, que expropria o artista intérprete ou executante do seu direito de exclusivo conferido pela al. d) do nº1, pode nem ser a que representa os titulares do direito (note-se que em Portugal só existe uma, em regime monopolístico, neste caso, de direito e de facto), violando-se, desta forma, o direito do artista intérprete ou executante que não deseja ser representado.

Em nenhum país da UE que estudamos se coloca em causa o direito de exclusivo do artista intérprete ou executante. Todas as questões neste âmbito giram em torno da forma de remuneração: se deve ser sujeita a gestão obrigatória ou não e em que termos, o que é algo bastante diverso e se situa num plano completamente distinto, como desenvolveremos a propósito dos desvios à concorrência no mercado que se pretende interno.

**B. Pretende, em seguida, a AUDIOGEST saber se o artigo 183º - A do CDADC estabelece uma *presunção de transferência ou cedência do referido direito pelo artista intérprete ou executante ao produtor de***

**fonogramas a quem o mesmo cede(eu) os seus direitos sobre a fixação das suas prestações, bem como, em caso afirmativo, se tal presunção admite prova em contrário.**

1.13. Antes de começarmos a analisar o art. 183º-A CDADC, devemos deixar bem claro que se trata de um artigo sistematicamente incompatível com o nº 4 do art. 178º CDADC, pelo que deverá ser objecto de comparação com este.

De qualquer modo, a interpretação resultante do art. 183º-A deverá prevalecer sobre a decorrente do nº4 do art. 178º, uma vez que o primeiro foi introduzido aquando da transposição da Directiva sobre a Sociedade da Informação, e o último é muito recente. Entrou em vigor com a Lei 82/2013, de 6 de Dezembro, que transpôs para o ordenamento nacional a Directiva (polémica) 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 alterações ao CDADC e o aditamento do art. 183º-A.

À letra, se compararmos o nº4 do art. 178º com algumas alíneas do art. 183º-A, as entidades de gestão têm todos os direitos “e mais alguns”, diríamos, e as produtoras todos os deveres, o que é, desde logo, manifestamente contrário ao princípio da boa fé e da proporcionalidade e, portanto, abusivo e inaceitável.

Quanto ao direito que nos é pedido para analisar, ou seja o **direito de colocação à disposição do público para utilização *on demand***, importa salientar os seguintes aspectos do art. 183º-A:

- Os artistas intérpretes ou executantes, como vimos *supra*, podem transferir para o produtor fonográfico os direitos sobre as suas prestações, sendo essa, inclusive, a situação mais comum.

- A faculdade, ou poder de exclusivo, que se converte em direito através do **contrato** (entre o artista intérprete ou executante, cedente e o produtor, cessionário), no sentido de colocar o fonograma que serve de suporte à prestação artística à disposição do público para utilização *on demand*, ou seja, a partir do local e no momento desejado pelo utilizador constitui a regra e não a exceção.

- O contrato em causa é **bilateral**, ou seja, dele derivam direitos e deveres para ambas as partes.
- O produtor, entre outros, **tem o direito e o dever de explorar economicamente a prestação**, designadamente através do direito de colocação à disposição do público para acesso **on demand**, no mercado em rede, previsto no art. 178º, nº1, al. d), ou também através da reprodução, distribuição e colocação à venda no mercado de bens tradicional.
- Sendo este contrato **oneroso**, o artista intérprete ou executante tem o direito a receber **royalties** -remunerações recorrentes - do produtor, uma vez que este legitimamente recebe os resultados da exploração da prestação. Mas a remuneração poderá ser fixada de forma diversa. O montante e forma de repartição resulta do contrato, ao abrigo do princípio da autonomia contratual.
- Após decorrerem 50 anos sobre a publicação ou comunicação ao público lícitas (data da duração dos direitos conexos do artista intérprete ou executante anterior à nova redacção), se o produtor não explorar efectivamente a prestação, como é seu dever contratual, o contrato de transmissão ou licenciamento de direitos poderá ser resolvido. O direito de resolução é irrenunciável.

- Na hipótese de haver exploração efectiva, o artista que não receba *royalties*, normalmente o artista executante (em regra, os *royalties* são estabelecidos para o artista intérprete), terá direito a uma remuneração suplementar correspondente a 20% das receitas obtidas pelo produtor em virtude da exploração da obra, designadamente através do direito previsto na al. d) do art. 178º, ora em análise.

- A extensão do prazo de protecção dos direitos patrimoniais de 50 para 70 anos abrange o artista intérprete ou executante que tenha cedido os seus direitos ao produtor de fonogramas em troca de uma remuneração suplementar, passando o produtor a ter a obrigação de efectuar, pelo menos uma vez por ano, um pagamento ao artista no montante de 20 % das receitas obtidas.

- Ao mesmo tempo, no art.183º-A, reforçam-se as garantias do artista intérprete ou executante, podendo este resolver o contrato com o produtor de fonogramas, caso este, 50 anos após um fonograma ser licitamente publicado ou comunicado ao público, não coloque cópias do fonograma à venda em quantidade suficiente, ou não o coloque à disposição do público.

- Este montante devido pelo produtor a título de remuneração adicional **deve ser pago pelo produtor e não pelo licenciado, transmissário, ou utilizador da prestação fixada. E deve ser pago a uma entidade de gestão colectiva de gestão de direitos de artistas, intérpretes ou executantes, não ao artista ou executante.** Ou seja, estamos perante um caso de gestão obrigatória, que cada mais se vai impondo neste âmbito. **Como referimos acima, esta obrigação é incompatível com o disposto no nº 4 do art. 178º, pois pressupõe que quem coloque o direito em causa à disposição seja o produtor e não a entidade de gestão. Ou seja, é o produtor a fazer a exploração primária da prestação, nos termos do art. 183º-A, em conformidade com a epígrafe e com o nº1, al d), do art. 178º CDADC.**

1.14. 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 de fonogramas, decorrendo, inclusive, do nº1 do artigo 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 nº1.

Não nos parece que estejamos perante uma presunção, *iuris tantum* ou *iuris et de iure*, mas perante um **pressuposto** deste tipo de relações entre o artista intérprete ou executante e o produtor musical.

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, quer no mercado *on line*, para acesso *on demand*, quer o direito de reproduzir os fonogramas e de os distribuir para venda no mercado tradicional de bens.

Não é por acaso que o art. 184º CDADC faz depender da autorização do produtor as autorizações necessárias à exploração económica da prestação, designadamente, tal como previsto no nº2, o direito de colocação em rede para acesso *on demand*, que ora nos interessa, e que se traduz na forma de exploração da prestação no mercado em rede, bem para qualquer forma de comunicação da prestação, a par com a autorização para reprodução e distribuição, importação e exportação, autorizações necessárias para a exploração no mercado físico tradicional, prevista no nº1.

O produtor é que tem de dar as autorizações em causa porque os direitos de exploração lhe foram transmitidos pelo artista intérprete ou executante aquando da celebração do contrato de fixação. O nº1 refere-se à exploração que pressuponha reprodução de fonogramas, enquanto o nº2 tem por alvo as mais diversas formas de comunicação dos fonogramas, incluindo o direito de colocação à disposição que, em rigor, é um direito novo, embora aparentado com os direitos de comunicação e muitas vezes erradamente incluído entre as formas de comunicação.

Mais uma vez, este nº2 do art. 184º CDADC se revela incompatível com o art. 178º, nº4, pois pressupõe que quem faça a exploração económica primária da prestação em rede seja alguém autorizado pelo produtor, titular do direito que lhe foi cedido pelo artista intérprete ou executante.

Na verdade, não há aqui qualquer novidade, pois sempre aconteceu assim nos mercados tradicionais de exploração através da venda ou da comunicação. A norma mais não faz do que reconhecer que existe hoje, cada vez com maior importância, um mercado na *internet* em que o acesso é efectuado *on demand* e que em todos estes mercados a prestação pode ser explorada.

Para tanto, as autorizações necessárias para a exploração primária em ambos os mercados, que divergem porque os mercados são diversos - o tradicional é um mercado de bens, enquanto o mercado virtual é um mercado de serviços - devem ser concedidas pelo titular de direitos: o produtor musical.

**Se o artista intérprete ou executante autoriza a fixação pelo produtor da sua execução/prestação, não faria sentido que não lhe permitisse a possibilidade de exploração da obra, por todas as formas possíveis, ou seja, não apenas através do mercado tradicional mas também, e sobretudo, do mercado de serviços, através dos *downloads* digitais, da colocação à disposição em rede para acesso *on demand*, tanto mais que este é o mercado que cada vez mais interesse tem na sociedade actual.**

Assim como no mercado tradicional de bens, ao autorizar a fixação está implícita a autorização para reprodução e distribuição para venda ou aluguer – que passam a ser direitos do produtor, mesmo que não expressamente previstos no contrato - no mercado da internet, são transmitidas para o produtor todas as modalidades de direito de comunicação neste meio e **a autorização para a colocação à disposição *on demand*, sob pena de a autorização**

*J  
R*

para fixação não ter qualquer utilidade prática para o produtor do fonograma.

Mesmo que não expressamente previstos no contrato de fixação, a cessão destes ulteriores direitos está sempre implícita no contrato. Estamos perante contratos “finalistas”, ou seja, que têm uma finalidade implícita, a de o produtor poder explorar a obra, em qualquer dos mercados existentes, pelo que estas finalidades necessariamente decorrentes do contrato não precisam sequer de estar previstas, não ofendendo, tal omissão, o princípio da independência das formas de exploração, designadamente, previsto no art. 68º, nº4, CDADC para os direitos de autor e aplicável aos direitos conexos, por força do art. 192º do mesmo Código.

Nesta mesma linha de pensamento, Oliveira Ascensão refere as denominadas “**disposições funcionais**”. Trata-se do princípio segundo o qual “numa autorização devem considerar-se compreendidas todas as utilizações que estejam necessariamente associadas àquela que se autoriza”<sup>30</sup>. O Autor exemplifica com o direito de reprodução. Não faria sentido autorizar este e não

---

<sup>30</sup> *Direito de autor cit.*, p. 432.

autorizar implicitamente a distribuição e venda. Há que “procurar as constelações de utilizações que correspondem ao fim daquele negócio e portanto à vontade tendencial das partes. Não interessa o significado das palavras usadas mas os interesses que se visam regular”<sup>31</sup>.

**Este princípio, desenvolvido pela doutrina alemã - *Zwecksübertragung Prinzip*-, que Oliveira Ascensão adapta sob a designação de “disposição funcional dos direitos”<sup>32</sup>, 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 as vertentes 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<sup>33</sup>.**

---

<sup>31</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>32</sup> *Idem*, p. 433. A este propósito, em sentido concordante, veja-se também o nosso estudo “Questões de forma nos contratos de exploração de direitos de autor e de direitos conexos em Portugal”, *Estudos em homenagem ao Prof Doutor Manuel Henrique Mesquita*, Vol II, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp.769-795, em especial, pp 787-788

<sup>33</sup> ASCENSÃO, J. de Oliveira, *Direito de Autor* cit., pp. 433-434, e o nosso estudo referido na nota anterior. Aliás, esta vertente negativa funciona como forma de proteger o autor ou artista intérprete ou executante, que em muitos casos poderá ser a parte mais fraca no contrato, em



Em conclusão, cotejando o art. 178º, nº4, com o artigo 183º - A e com o art. 184º do CDADC, concluímos pela incompatibilidade sistemática dos artigos em causa, devendo prevalecer estes últimos e, quanto à concreta questão colocada neste inciso, entendemos que o 183º -A, também cotejado com o art. 184º do CDADC, não estabelece uma **presunção de transferência ou cedência do direito de colocação à disposição para acesso *on demand* pelo artista intérprete ou executante ao produtor de fonogramas. Está antes em causa um pressuposto do exercício desse direito. De acordo com o *princípio da disposição funcional*, sendo o contrato de fixação em causa finalista, implica que, 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 *on line* para acesso *on demand*.**

## **2. Como interpretar o n.º 4 do artigo 178.º do CDADC?**

Face às dúvidas que têm sido suscitadas pela redacção do n.º 4 do artigo 178.º do CDADC, pretende a AUDIOGEST saber qual a interpretação mais

---

especial, quando estão em causa cláusulas contratuais gerais (cfr., entre nós, o DL 446/85, de 25 de Outubro, com a redacção actual).

adequada a dar a esta norma, não só no contexto do artigo em que se insere, como também na sua relação com as demais normas aplicáveis e, para além de outras que decorram do próprio exercício interpretativo, tendo em atenção as seguintes questões:

**A. Poderá a norma ser interpretada 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 [ cfr. n.º 1 (corpo e alínea d)) do mesmo artigo e artigo 183-A do CDADCJ?**

2.1. Perante o exposto, a resposta parece-nos clara em sentido negativo. Como desenvolvemos acima, pelo que para aí remetemos, estamos perante um direito de exclusivo (de autorizar ou não a exploração) do artista intérprete ou executante e perante uma utilização primária da sua prestação. **Nos termos do art. 183º-A, começa por ser um poder/faculdade que pode ser cedido contratualmente e se pressupõe cedido ao produtor de fonogramas quando haja autorização para fixação da prestação a efectuar por este.**

O titular originário do poder/faculdade pode, portanto, converter esse poder/faculdade de exploração individual e exclusivo num direito subjectivo,

através da realização do contrato com o produtor. Este, como titular derivado, pode ceder, por sua vez, por contrato com outra entidade, o direito adquirido de quem era legítimo titular originário, no caso concreto, o artista intérprete ou executante. Quando está em causa o direito de exclusivo de colocação à disposição *on line* é normal que o ceda, designadamente mediante licença ou eventual transmissão, ou faça um ulterior contrato de prestação de serviços com um provedor de serviços. Na primeira hipótese, o provedor de serviços fica a ser detentor de conteúdos, nos termos do contrato; na segunda hipótese, continua a ser um intermediário que presta um serviço ao produtor: a colocação da prestação no seu servidor. Nesta última hipótese, o titular do direito em causa continua a ser o produtor.

De qualquer modo, o produtor nunca poderá ceder, ou licenciar, direitos de que não seja titular, de acordo com as regras gerais (*nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*).

**O art.178º CDADC nunca poderá ser interpretado no sentido de impedir o titular legítimo deste direito de exploração previsto no nº1, al. d), e no nº1 do art. 183º-A, do exercício do direito de fazer ou autorizar a**

Page

**colocação à disposição *on demand* das prestações em causa.** Passamos a desenvolver.

**2.2.** O texto do nº4 do art.178º, se levado à letra, não faz qualquer sentido. Por todos os motivos, nomeadamente: por estarmos perante um **direito de exclusivo**; por estarmos perante uma **exploração primária**; por **razões de contradição insanável dentro do próprio artigo 178º e de incompatibilidade sistemática** (cf. cotejo com os arts. 183º-A e 184º CDADC); por ser **atentatório das regras básicas em matéria de direitos morais do artista** intérprete ou executante; por ser **inconstitucional**, como veremos *infra*; por ser **atentatório do Tratado OMPI sobre Interpretações e Fonogramas** a que Portugal se vinculou, como veremos também *infra*; e por ser **contrário ao Direito Comunitário**, aspecto que também desenvolveremos mais à frente.

**2.3** Não faz qualquer sentido que a mesma norma, cuja epígrafe é “poder de impedir”, consagre no nº1, al. d), um direito exclusivo de autorizar ou não a exploração da obra por terceiro ao seu titular originário, o artista intérprete ou executante, e lhe retire esse direito no nº 4. Sob pena de estarmos perante uma **contradição intrínseca na mesma norma.**

E nem se diga que no nº3 acontece a mesma coisa. O nº3 tem a ver com explorações secundárias, o nº4 com explorações primárias, que são realidades radicalmente diversas.

Se virmos bem, inclusive, o nº 3 tem o cuidado de exceptuar da sua previsão o nº1 da al. d), porque mesmo aí se reconhece que estamos perante uma realidade diversa. O n.º 4º surge, em consequência, de forma inesperada, também em contradição com o nº3, que lhe continua a reconhecer a natureza de um direito de exclusivo.

Mais, o artigo em causa viola as regras mais elementares dos direitos morais do artista intérprete ou executante, como já expusemos acima (cfr. art. 180º e 182º CDADC). Também aqui há uma contradição sistemática fundamental com toda a base em que assenta a relação entre direitos morais e patrimoniais no CDADC.

O art. 183º-A do CDADC, na sequência da mais recente Directiva transposta, a já referida Directiva 2011/77/UE, vem confirmar que o nº4 do art. 178º não pode ser interpretado literalmente, não servindo para nada, a não ser para criar confusão no intérprete.

Basta comparar ambos os artigos em causa para verificar que o 183º-A parte de um pressuposto de cedência do direito de exclusivo do artista intérprete ou executante ao produtor, sujeito ao regime que as partes contratualmente prevejam, em tudo o que, naturalmente, não vá contra os princípios e regras do Direito. Mesmo que o direito de colocação à disposição em rede para acesso *on demand* não seja mencionado, como a finalidade do contrato tem a ver com a possibilidade de a produtora fazer a exploração também e, sobretudo, no mercado digital, que coexiste com o mercado físico, esta possibilidade deve considerar-se sempre implícita no contrato.

A outra questão que o artigo 183º-A trata unicamente pressupõe o direito de exclusivo do artista intérprete ou executante e tem apenas a ver com a questão da forma de remuneração.

Não é racional que este direito, concebido como um direito de exclusivo, só possa ser exercido por uma entidade de gestão que represente os artistas, ou seja, fique sujeito a gestão colectiva obrigatória, de acordo com o nº4 do art. 178º CDADC e, de acordo com o art. 183º-A, nº1, seja o produtor quem tem o direito e o dever de colocar a mesma prestação à disposição do público, cabendo-lhe conceder a autorização prevista no art. 184º CDADC.

Não é racional que o nº1 do art. 183º-A pressuponha que o artista que autorize a fixação das suas prestações ao produtor do fonograma, ou seja, ceda a este os seus direitos sobre a fixação das suas produções, e o nº 4 do art.178º afirme a gestão obrigatória desse direito, mesmo para utilizações primárias, ou seja, que o mesmo só pode ser exercido por uma entidade de gestão colectiva.

Não faz sentido que o direito de resolver o contrato seja conferido ao próprio artista, contrato que ele próprio (ou mediante representação) celebrou com o produtor do fonograma, e através do qual transferiu ou cedeu o direito de colocação à disposição *on demand* a este, nos termos do nº1 do art. 183º-A, e a entidade de gestão, nos termos literais do art. 178º, nº4, tenha direito de gestão obrigatória, isto é, seja mandatada para gerir os direitos de todos os titulares do direito em causa, inclusive, note-se bem, dos que nela não se encontrem inscritos.

Não é razoável que, nos termos dos art. 183º-A, nº4, e nº5, o produtor deva pagar uma remuneração suplementar anual ao artista, que incide sobre os montantes, designadamente resultantes do direito de colocação à disposição



do público *on demand*, se o exercício desse direito compete, de acordo com a letra do art. 178º, nº4, obrigatoriamente, a uma entidade de gestão colectiva.

Não faz qualquer sentido que o produtor tenha obrigação de pagar uma remuneração suplementar anual a uma entidade de gestão colectiva de gestão de direitos dos artistas, de acordo com o art. 183-A, nºs 4, 5 e 7, se o direito de colocação à disposição para acesso *on demand*, previsto no art. 178º nº1, al. d), já é gerido por uma entidade de gestão colectiva de direitos dos artistas, sejam ou não associados da mesma. Ou seja, qualquer entidade de gestão colectiva de direitos dos artistas tem o direito de gestão obrigatória do direito em causa e, por isso mesmo, tem o direito de cobrar, mas ao mesmo tempo, e contraditoriamente, ainda tem o direito de receber do exercício do mesmo direito, por parte do produtor.

Afinal, quem tem o direito/dever de exercício, quem tem o direito de gestão deste direito? Se a gestão for obrigatória, de acordo com o art.178º, nº4, não tem qualquer lógica que o produtor tenha a obrigação de exercer o direito à "remuneração suplementar", tal como previsto no art. 183º-A. Não podem ser simultaneamente o produtor e uma entidade de gestão colectiva obrigados a cobrar, sob pena de uma contradição insanável. Isto é, caso sejam os dois, já

não estamos perante a pretensa gestão obrigatória prevista no art. 178º, nº4. É uma questão lógica e, diríamos mesmo, de senso comum. Há uma aberta contradição entre os dois artigos. Ou prevalece um, ou o outro, não há outra forma de resolver a contradição sistemática.

**Em conclusão, da análise dos vários números do artigo 178º resulta que o próprio artigo se contradiz, coloca em causa as bases do CDADC, e da análise sistemática da relação entre os arts. 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. Resta saber qual. Decorre do exposto que o art. 183º resulta de uma Directiva Comunitária recente, e o Direito comunitário tem primazia sobre o Direito nacional, que deve ser interpretado de acordo com aquele. O art. 178º, nº4, é anterior e não resulta de qualquer Directiva, viola o art. 3º, n.º2, da Directiva sobre Sociedade da Informação. Isto bastaria para responder que, havendo contradição, deverá prevalecer o art. 183º. O art. 178º só poderá ser**

**admitido na medida em que não contradiga e se sujeite ao disposto no art. 183º-A.**

**Podemos ainda acrescentar as contradições decorrentes do próprio artigo 178º, que considera o direito em causa um direito de exclusivo, exceptuando-o expressamente da solução de gestão colectiva obrigatória prevista para as utilizações secundárias (cfr. 178º, nº1 al d) e nº3), em aberta contradição com o nº4.**

**2.4. O artigo em causa constitui, aliás, uma curiosa invenção do legislador nacional, sem paralelo nas outras legislações da UE.**

**O direito de colocação à disposição ao público para transmissão *on demand* é previsto pela Directiva 2001/29/CE como um direito de exclusivo, no art. 3º, nº2, e o legislador nacional está sujeito aos princípios do primado do Direito da UE e da interpretação conforme com o Direito da UE, quer esteja em causa o Tratado, quer Regulamentos ou Directivas. Inclusive, a jurisprudência do TJUE constitui precedente da jurisprudência nacional, daí a importância do mecanismo do reenvio prejudicial.**

**Em todos os países estudados da UE em que se prevê uma norma deste tipo nunca está em causa o direito de exclusivo, mas apenas o direito de saber**



se o direito de exclusivo de colocar a obra *on line* para acesso *on demand* deve estar sujeito a uma remuneração sujeita a gestão obrigatória. Nunca é colocado em causa o direito de o artista intérprete ou executante ter o exclusivo de colocar a prestação *on line* ou de ceder esse direito a quem deseje para o fazer a título de exploração primária.

**O mesmo direito de exclusivo está previsto no art. 10º do já mencionado Tratado OMPI sobre Interpretações e Fonogramas, Tratado que, por força da ordem imposta pelo art. 8º, nº2, da Constituição da República Portuguesa (doravante designada por CPR), se sobrepõe às normas ordinárias.**

Isto, para além de o próprio artigo ser violador da CRP sob outros pontos de vista, que teremos oportunidade de analisar.

**2.5. Por tudo o já exposto até ao momento, resulta claro que o art. 178º, nº4, 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 nº1 do art. 178º, a excepção prevista no nº 3 do mesmo artigo e o art. 183º-A sobre o nº 4 do art. 178º,**

devendo mesmo este ser ab-rogado, a menos que se torne numa norma inútil restrita às questões de remuneração, e sujeita ao art.183º, ou seja, só podendo valer na medida em que não o contradiga.

A segunda questão que nos é colocada, neste contexto, decorre directamente da primeira:

**B. Poderá a norma ser interpretada no sentido de *conferir às entidades de gestão colectiva de direitos dos artistas – e só a estas – o exercício do referido direito? Qual a extensão do mandato pela mesma presumido? essa presunção é ou não é ilidível? E, sendo-o, por que meio?***

2.6. A gestão colectiva deve, como regra, ser voluntária. Exercendo a sua liberdade, por ser titular de direitos de exclusivo, verdadeiros monopólios individuais, embora com uma dimensão simultaneamente moral e, portanto, com dignidade constitucional e havidos como direitos fundamentais, os direitos de autor e os direitos conexos dos artistas intérpretes ou executantes devem poder ser exercidos pelo seu titular originário directamente ou através de uma entidade de gestão colectiva que os represente.

É o que se denomina por *gestão voluntária*. Apenas quando não é possível a gestão voluntária, designadamente por não poder haver um controlo das

utilizações pelo autor ou artista intérprete ou executante, ou outro titular de direitos conexos, o legislador converte legitimamente os direitos de exclusivo em direitos de simples remuneração, passando a gestão de voluntária a obrigatória sempre e só, no interesse dos titulares de direitos.

Isto significa que 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 gerir, e deverá ser sempre exercida no interesse do titular de direitos que a entidade de gestão em causa represente.

Neste sentido, Oliveira Ascensão<sup>34</sup> afirma que se um titular de direitos confia a uma entidade de gestão as suas obras ou as suas prestações é porque considera ser no seu interesse assim proceder, não devendo ser sobrecarregado com ónus superiores aos necessários para o exercício de uma gestão colectiva normal. E o Autor realça que isto é "tanto mais importante

---

<sup>34</sup> ASCENSÃO, J. de Oliveira, "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 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.

quanto é certo que essas entidades agem em regime de monopólio, de direito ou de facto, ou ocupam pelo menos uma posição dominante<sup>35</sup>.

Inclusive, há que ter em conta que muitas vezes as entidades de gestão colectiva recorrem a cláusulas contratuais gerais, pelo que o aderente está limitado quando à sua liberdade de moldar o conteúdo do contrato, não podendo, sequer, negociar as condições unilateralmente predispostas pela entidade de gestão. Por aplicação do Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de Outubro, as cláusulas contrárias ao princípio da boa fé, ou abusivas, serão, portanto nulas<sup>36</sup>.

É nesta perspectiva que deverá ser analisada a obrigação muitas vezes imposta aos titulares de entregarem à entidade de gestão todas as suas obras ou prestações. A cláusula é desproporcionada e deverá ser proibida. Os titulares devem poder decidir que obras ou prestações pretendem que se sujeitem a gestão colectiva. E, naturalmente, havendo várias entidades de gestão que representem uma dada categoria de titulares de direitos, devem

---

<sup>35</sup> "Gestão Colectiva" cit., p. 291. Oliveira Ascensão denomina a gestão colectiva voluntária de "gestão discricionária".

<sup>36</sup> Ver, por exemplo, PINTO MONTEIRO, António, *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.

poder recorrer a qualquer delas, repartindo a gestão entre as mesmas, ou seja, escolhendo qual delas o representante melhor. Nunca lhe deverá ser imposto o exclusivo recurso a uma<sup>37</sup>. De qualquer modo, o recurso à gestão colectiva apenas se justifica para utilizações secundárias.

Entre nós, existe um regime de mandato entre o titular de direitos e a entidade de gestão colectiva (em outros países poderá, eventualmente, existir uma gestão fiduciária). O mandato será, como regra, representativo. A entidade de gestão colectiva actua em nome do titular de direitos, repercutindo-se os seus actos na esfera jurídica deste.

Deve ser sempre salvaguardada a liberdade do autor ou titular de direitos conexos, na medida do possível. Desta forma, nos termos gerais do regime da representação, haverá sempre o poder de revogação do acto praticado. A imposição de limites não justificados a essa revogação representa um abuso e, se a entidade tiver uma posição dominante, um abuso de posição dominante à luz das regras da Concorrência.

Caso o autor ou titular de direitos conexos deseje praticar, ele próprio, ou conceder a outra entidade actos de gestão relativamente a determinadas obras

---

<sup>37</sup> "Gestão Colectiva" cit., p. 291.



ou prestações, desde que avise atempada e devidamente a entidade de gestão, deverá poder fazê-lo<sup>38</sup>.

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 das entidades de gestão, por exemplo, revogando o mandato, e entregá-la à entidade competente para a concessão destas licenças *standard* em rede.

Por vezes, como afirmamos acima, a gestão colectiva não pode ser voluntária, mas torna-se necessária, por variadas razões. Por exemplo, porque, estando em causa os denominados "pequenos direitos", em que pode haver um consumo maciço, mesmo mundial, há uma impossibilidade ou grave dificuldade por parte do autor ou titular de direitos conexos em causa de controlar as utilizações das suas obras ou prestações. É, por exemplo, o caso da música. O autor ou artista intérprete ou executante não pode controlar o uso mundial das suas obras ou prestações. Vê-se obrigado a recorrer ao

---

<sup>38</sup> "Gestão Colectiva" cit., p. 292.



mecanismo da gestão colectiva. Neste caso, há que ser particularmente cauteloso quanto à exigência de respeito pelas condições até agora mencionadas<sup>39</sup>.

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, e actuando no sentido de defender os seus interesses políticos e económicos. Não é por acaso que em França a SACEM destruiu outra secular entidade de gestão concorrente. As entidades de gestão estão sujeitas às leis da concorrência na UE, designadamente à proibição de prática concertada de preços e à proibição de abuso de posição dominante.

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>40</sup>.

---

<sup>39</sup> No mesmo sentido, Oliveira Ascensão, "Gestão Colectiva" cit., pp. 292-293, que chama a esta gestão "forçosa". Veja-se também "Representatividade" cit. p. 150 ss.

<sup>40</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 ASCENSÃO. José de Oliveira, "Gestão Colectiva", p. 294.

E várias decisões jurisprudenciais já condenaram entidades de gestão por abuso de posição dominante<sup>41</sup>.

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”.

Mas a gestão forçada pode ir mais longe, no sentido de alargar aos titulares não representados por entidades de gestão colectiva os acordos colectivos que estas celebrem. É, precisamente, o que se passa com o art. 178º, nº 4, CDADC.

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.

---

<sup>41</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.

Concordando de novo com Oliveira Ascensão, para além das dúvidas que esta situação coloca em face do art. 5º, nº2, 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>42</sup>

Em "Representatividade", cit., o Autor **considera ilegítima a cessão global de direitos no caso de cessão "forçada"**<sup>43</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>44</sup>. Deverá, por isso, haver uma particular preocupação com estes titulares

---

<sup>42</sup> "Gestão Colectiva" cit., pp. 299-300; ASCENSÃO, Oliveira, 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>43</sup> "Representatividade" cit., p. 164.

<sup>44</sup> "Gestão Colectiva" cit., pp. 297-298.

desconhecidos por parte das entidades de supervisão ou mesmo dos poderes públicos<sup>45</sup>.

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>46</sup>.

---

<sup>45</sup> Cf. "Representatividade", cit., em especial, pp.163-165, p. 172 ss.

<sup>46</sup> Ascensão, J. de Oliveira, "Representatividade" cit., em especial, p. 153 ss.

Entre nós, embora não haja uma pulverização acentuada (antes pelo contrário), temos interessantes iniciativas, como o Passmusica<sup>47</sup>, que devem ser realçadas. Convém não esquecer que só recorre às entidades de gestão quem delas necessita.

Quando estão em causa grandes autores, por exemplo, estão em condições de fazer eles próprios ou os seus herdeiros a gestão dos direitos. Basta pensar em Picasso, cujos herdeiros constituíram uma entidade apenas para gerir os direitos do autor (*La société des héritiers de Picasso*), o mesmo se passando com os direitos de Gosciny, geridos pela filha Anne Gosciny<sup>48</sup>, para dar apenas alguns exemplos.

Os “grandes direitos”, que o titular pode facilmente controlar, não devem ser objecto de gestão obrigatória, mas apenas voluntária e individualizada. Podem também ser geridos pelos próprios titulares, que optam por não recorrer a entidades de gestão.

A recente 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

---

<sup>47</sup> Cf. <http://www.passmusica.pt/passmusica-new/>

<sup>48</sup> [http://fr.wikipedia.org/wiki/Anne\\_Gosciny](http://fr.wikipedia.org/wiki/Anne_Gosciny), consultada em 20.10.2014.

conexos e à concessão de licenças multi-territoriais de direitos sobre obras musicais para utilização em linha no mercado interno, parece-nos vir ao encontro de muitas preocupações mencionadas, no sentido aqui defendido<sup>49</sup>. Em matéria de gestão colectiva, a nível interno, existe a Proposta de Lei nº 245/XII, já aprovada na generalidade pela Assembleia da República<sup>50</sup>.

Na Directiva 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 à democratização destas entidades e uma justa repartição das remunerações.

Estaria fora dos objectivos do presente Parecer analisar a Directiva, ou a Proposta de transposição, no entanto, destacamos, em particular, quanto à questão da representação, na Directiva, os Considerandos 4, 7, 8, 10, 11, 18, 19, 21, bem como o Título II, Capítulo I, artigos 5º e 7º, que têm como pressuposto que a entidade de gestão tenha poderes de representação dos

---

<sup>49</sup><http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/pt/eu/eu193pt.pdf> , consultada em 10.10.2014. Sobre a fase anterior à aprovação da Directiva, e dando a entender que muitos problemas ficarão por resolver, ASCENSÃO, J. de Oliveira, "Representatividade" cit., pp. 178-183.

<sup>50</sup><http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a4c31684a535339305a58683062334d76634842734d6a51314c56684a5353356b62324d3d&fich=ppl245-XII.doc&inline=true> consultada em 23.10.2014.



titulares de direitos (definidos no art. 3º), de outro modo, estes não teriam poder de escolha da entidade de gestão, a possibilidade de revogar a autorização concedida (cfr. art. 5º), nem uma relação jurídica directa com a mesma (art. 7º).

Particularmente importante é a possibilidade de as entidades de gestão colectiva poderem conceder licenças multi-territoriais de direitos em rede sobre obras musicais, adaptando a gestão à ubiquidade própria desta realidade. Merecem-nos particular destaque os Considerandos 37, 38, 39, 40, 41, 42, 45, 46, 47, 49, 50, 51, e Título III da Directiva, em especial, artigos 5º, nº2, 23º, 29º, 30º, 31º.

Quanto à Proposta a ser agora discutida na especialidade, são de particular importância, para a presente questão, os artigos 1º, 4º, 5º, 16º, 26º alíneas. a), b), c) e 29º, nº1, alíneas a) e b). Mais uma vez, é destacada a liberdade de escolha dos titulares de direitos relativamente à entidade de gestão que os represente dentro do espaço Comunitário.

Embora ainda seja cedo para chegar a conclusões definitivas, tudo parece indicar que a gestão forçosa irá terminar e que os titulares de direitos poderão escolher, dentro da UE (ou EEE), as entidades de gestão que desejam que os

representem. **A ser assim, o art. 178º, nº4, estará definitivamente condenado, pois o titular de direitos poderá escolher qualquer outra entidade de gestão dentro da UE com um regime mais favorável para gerir os seus direitos de colocação em rede para acesso *on demand*. Ou seja, será de esperar uma deslocalização a este nível.**

2.7. Do exposto até agora decorre que o nº4 do art. 178º não pode ser interpretado no sentido de conferir às entidades de gestão colectiva de direitos, a título de gestão obrigatória e forçosa, ou seja, só a elas, o exercício do direito de colocação à disposição da obra para efeitos de acesso *on demand*, pelo menos nos casos de utilização primária.

Não é por acaso que o nº3 expressamente exceptua o direito de colocação em rede para colocar à disposição *on demand*, porque este é um direito de exclusivo, do qual o intérprete não pode ser expropriado.

Dentro do próprio art. 178º, vimos já que o direito de colocação à disposição para efeitos de consulta *on demand* é previsto, no nº1, al. d), como um direito de exclusivo do artista intérprete ou executante. Ideia reforçada pelo próprio nº3 do mesmo artigo, que o exceptua da gestão obrigatória forçosa, e pelo cotejo sistemático com o art. 183º-A CDADC.

Por vezes, como já dissemos, a gestão colectiva não pode ser voluntária, mas torna-se necessária, por variadas razões. Por exemplo, porque, estando em causa os denominados "pequenos direitos", em que pode haver um consumo maciço, mundial, há uma impossibilidade ou grave dificuldade por parte do autor ou titular de direitos conexos de controlar as utilizações das suas obras ou prestações. É, por exemplo, como já referimos, o caso da música. O autor ou artista intérprete ou executante não pode controlar o uso mundial das suas obras ou prestações. Vê-se obrigado a recorrer ao mecanismo da gestão colectiva. Neste caso, como já afirmámos, há que ser particularmente cauteloso quanto à exigência de respeito pelas condições até agora mencionadas<sup>51</sup>. Não é, manifestamente, o que se passa com o art. 178º, nº4. De qualquer modo, com a futura transposição da Directiva e a ser aprovada a Proposta de Lei de transposição, o art. 178º, nº 4 parece definitivamente condenado. O titular de direitos poderá deslocalizar a gestão para qualquer outra entidade dentro da UE (ou do EEE) que lhe seja mais favorável.

**2.8.** Mas fará sentido que, nos termos do nº3, estejamos perante situações de gestão obrigatória e, nos termos do nº 4, não?

---

<sup>51</sup> No mesmo sentido, já o dissemos, Oliveira Ascensão, "Gestão Colectiva" cit., pp. 292-293, que chama a esta gestão "forçosa".



Faz sentido e é a única forma de dar alguma utilidade a esta norma desastrada e, se interpretada de outra forma, uma verdadeira aberração jurídica.

O nº3 do art. 178º consagra hipóteses de gestão obrigatória forçosa e forçada, para **utilizações secundárias**, ao contrário do n.º 4, que prevê a gestão para utilizações primárias do direito.

O nº3, só por si, já nos levanta muitas dúvidas, nomeadamente no tocante à legitimidade da gestão forçada, à luz da CRP e da Directiva acima referida.

De qualquer modo, para o efeito que ora nos interessa, **há que acentuar a diferença fundamental entre utilizações primárias e utilizações secundárias de uma obra ou, no caso, prestação.**

Se a utilização é secundária, o titular de direitos já teve a oportunidade de exercer (salvo as hipóteses extremas dos direitos de simples remuneração, como é o caso do direito de sequência ou o direito de remuneração por cópia privada) o seu direito directamente. Pense-se, a título de exemplo, na retransmissão por cabo.

Se a utilização é primária, essa oportunidade ainda não lhe foi dada. Portanto, quando não estamos perante um direito de simples remuneração, só podemos estar perante uma presunção de gestão obrigatória, se exercida, sempre e só, no interesse do titular da prestação.

O art. 178º, nº1, al. d), não deixa dúvidas quanto à natureza de direito exclusivo do direito de colocação à disposição para efeitos de acesso *on demand*. Tal acontece tanto em matéria de direitos conexos, como em matéria de direitos de autor (cf. art. 68º, nº2, al. j)), e resulta da história deste direito a nível internacional e Comunitário, designadamente dos Tratados OMPI de 1996, sobre Direitos de Autor e sobre Interpretações e Fonogramas, e da Directiva da Sociedade da Informação.

O próprio artigo 178º, nº 3, não deixa quaisquer dúvidas quanto à interpretação do nº4, uma vez que o exceptua dos casos de gestão obrigatória forçada, previsto para as utilizações secundárias.

**A colocação à disposição para efeitos de consulta *on demand* traduz-se numa utilização primária.**

**Assim sendo, a gestão colectiva prevista no nº4 do artigo 178º deveria ser uma gestão voluntária. Isto, aliás, sob pena de a gestão colectiva se**

**afastar da função para que foi criada: proteger os direitos dos autores e dos titulares de direitos conexos e não os próprios direitos das entidades de gestão, no sentido de estas entidades, que apenas têm um mandato dos autores ou titulares de direitos conexos para os representar no interesse destes, se converterem em protagonistas, com nefastas consequências para os titulares de direitos.**

**Interpretar o art. 178º, nº4, como uma situação de gestão colectiva obrigatória forçada e imperativa, quando está em causa uma utilização primária de um direito de exclusivo de autorizar ou não a exploração da prestação, seria expropriar, sem qualquer motivo — contra as normas internacionais, contra as normas Comunitárias, contra as normas Constitucionais, contra o disposto no próprio artigo e sua relação sistemática com outros do mesmo diploma, designadamente, o art. 183º-Aº, contra a base em que assenta a relação entre direitos morais e patrimoniais e, manifestamente, contra o interesse do titular de direitos — o artista intérprete ou executante, do exercício do seu poder/direito de colocação da prestação à disposição para efeitos de colocação *on demand*. Isto, com consequências nefastas inaceitáveis para o titular de direitos e aqueles com quem o artista intérprete ou executante contrata a**

cedência do seu direito ao abrigo do artigo 183º-A, invertendo a razão de ser da gestão colectiva.

O artista intérprete ou executante deve poder exercer directamente este direito que se equipara à publicação ou comunicação exercida pela primeira vez, no mercado físico, ou seja, ao “lançamento” comercial (em termos de direitos patrimoniais de exclusivo).

Trata-se da forma de lançamento comercial no mercado digital, na *internet*, que hoje concorre, e se torna cada vez mais relevante frente ao mercado físico tradicional (poderíamos fazer aqui uma comparação com o disposto no art. 2º, al e) do Tratado OMPI sobre Prestações e Fonogramas). A distribuição de exemplares é a forma primária de exploração no mercado físico, em ambas as hipóteses estamos perante o “lançamento”/ *release*, da prestação.

A gestão colectiva obrigatória e forçada por parte da entidade titular de gestão de direitos dos artistas intérpretes ou executantes aquando desta utilização primária seria de tal forma nefasta que implicaria efeitos exponenciais negativos nas decisões dos operadores de plataformas, a quem o produtor cede os direitos que lhe são conferidos pelo artista

**intérprete ou executante, ou com quem realiza contratos de prestação de serviços.** Estes efeitos seriam **arrasadores**, sobretudo estando em causa operadores de plataformas digitais internacionais em relação a um mercado marginal como é o mercado nacional.

Aliás, a norma, se reparamos bem, está redigida à medida dos interesses da entidade de gestão de artistas intérpretes ou executantes à escala nacional, que é apenas uma. Portanto, o facto de abranger também literalmente os não inscritos, é uma forma de aumentar o poder desta. Se lêssemos a norma literalmente, teria o monopólio manifestamente abusivo, de direito e de facto, da gestão do direito de gestão colectiva da colocação da prestação à disposição em rede para efeitos de acesso *on demand*. Ou seja, inverter-se-ia por completo a razão de ser da gestão colectiva, com prejuízo para todos, sendo, inclusive, legítimo considerar que aqui haveria abuso de posição dominante, não permitido pelo Tratado da UE.

**Em conclusão, a presunção do artigo 178º, nº4, só poderia ser interpretada com carácter limitado, como uma presunção de gestão obrigatória forçosa, *iuris tantum* e limitada ao reportório nacional. Isto, se e na medida em que fosse legal, constitucional e não contrária ao Direito**

**Comunitário e aos Tratados internacionais a que Portugal se vinculou, o que não acontece.** Em todo o caso, sempre poderia ser facilmente elidida, nos termos gerais, com base em todos os argumentos até ao momento referidos.

2.9. Parece-nos adequado tratar em conjunto as questões **C. e D.** colocadas pela Audiogest, a saber:

***C. A norma, se interpretada no sentido de ser obrigatório o exercício por entidade de gestão colectiva do direito exclusivo do artista intérprete ou executante de, por si ou pelos seus representantes, fazer ou autorizar a colocação à disposição, é conforme à Constituição da República Portuguesa?***

***D. A norma, se interpretada no sentido de impedir a transmissão, transferência, cedência ou licenciamento de tal direito, por parte do seu titular originário, é conforme à Constituição da República Portuguesa?***

A resposta, como decorre do exposto *supra*, só pode ser **negativa**, em ambos os casos, por três ordens de razões:

2.9.1. O art. 178º, nº4, 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 podem ser direitos de simples remuneração, por várias razões, já acima expostas.

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. Como referem Gomes Canotilho e Vital Moreira, "a cultura é um conceito aberto, não reconduzível a qualquer definição imposta por instâncias ou instituições políticas ou a qualquer caracterização lógico - formal. Estamos perante uma *criação cultural* quando um acto, conduta ou o seu resultado possa ser reconhecido ou recognoscível como uma forma possível de criação humana. O ponto de partida para qualquer criação cultural – intelectual, artística ou científica - é sempre (1) a dimensão da criatividade humana assente (2) na *iniciativa* humana capaz (3)

de dar forma a diferentes meios de expressão e de compreensão da realidade humana material"<sup>52</sup>. A norma está, portanto, concebida de forma aberta.

E acrescentam: " A liberdade da criação cultural sugere, desde logo, *um âmbito de protecção pessoal constitucionalmente garantido*. A protecção dos direitos de autor (nº2, *in fine*) tem um duplo significado: (a) o produto criação cultural (obra de arte, invenção científica) é considerado como " propriedade espiritual do autor", (b) a liberdade de criação cultural protege, nas vestes do direito de comunicação fundamental, todas as formas de "mediação comunicativa" (livros, filmes, discos, etc.); (c) o autor dispõe de direitos de *propriedade intelectual* incluindo o direito de cobrar retribuição pela utilização da sua obra (...) cria um *valor económico* que cai também no âmbito de protecção do direito à criação cultural. De resto, o direito de propriedade intelectual, directamente protegido pelo regime dos direitos, liberdades e garantias, goza de uma protecção constitucional mais intensa do que o direito de propriedade sobre as coisas (art. 62º).<sup>53</sup>

---

<sup>52</sup> CANOTILHO, J.J.GOMES e MOREIRA, VITAL, *Constituição Portuguesa Anotada*, Vol. I, 7ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 620, anotação ao art. 42º.

<sup>53</sup> *Idem*, p. 622.



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>54</sup>.

Mas se alguma dúvida ficasse, bastaria a leitura de Jorge Miranda e Rui Medeiros para a desfazer<sup>55</sup>. Os Autores começam por afirmar que, além da liberdade de criação cultural ou de criação artística, intelectual e científica, antes de mais considerada manifestação do desenvolvimento da personalidade (art. 26º, nº1), abrangendo a possibilidade de produzir e receber cultura, o que implica liberdade de educação, liberdade de aprender e de ensinar (art. 43º, nº1), acessível a todos (artigos 73º e ss.), indissociável da liberdade de expressão e de fruição cultural, não havendo liberdade de criação “ sem a liberdade de comunicar aos outros e de divulgar, dentro e fora da comunidade nacional, o resultado da criação (nº2, 1ª parte)”. Liberdade de expressão que é considerada qualificada, “porque a expressão tanto pode ser de pensamentos como de sentimentos e emoções”, e também ligada à liberdade de convicções

---

<sup>54</sup> Discordamos de PEREIRA, A. Libório Dias, quando o Autor parece afirmar que os direitos conexos não podem merecer protecção constitucional, *Da retransmissão por cabo de prestações artísticas Protegidas por Direitos Conexos Ao Direito de Autor*. p. 1002., consultado em <http://www.oa.pt/upl/%7B4eae2f87-ab83-46c4-9711-c7c69adef1d8%7D.pdf>, em 20.10.2014.

<sup>55</sup> MIRANDA, J., MEDEIROS, R., *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 453, anotação ao art. 42º..



e religião (art. 41º), daí a “interdependência da liberdade de criação e liberdade de fruição cultural, que deve, portanto, sem prejuízo do que dispõe o art. 78º, ter-se por implícita no art. 42º”<sup>56</sup>.

Acrescentam: “ Na maior parte dos casos, justamente pela necessidade de comunicação, a criação cultural implica a disponibilidade de meios de variadíssima natureza – edição de livros ou de discos, produção de cinema, de teatro ou de outros espectáculos, exposições, etc. (...) A liberdade dos criadores, a liberdade da arte, literatura e ciência implica então a liberdade dos habitualmente chamados operadores culturais. Sem a liberdade de iniciativa e organização destes – correlacionada com a liberdade de iniciativa empresarial (art. 61º nºs 1 e 2) - impedem-se ou diminuem-se drasticamente quer a fruição quer a criação cultural”<sup>57</sup>.

E mais à frente: “a garantia institucional dos direitos de autor surge como elemento ou como corolário do direito de invenção, produção e divulgação da obra cultural”.<sup>58</sup>

---

<sup>56</sup> *Op.cit.*, pp. 452-453, em anotação ao art. 42º CRP.

<sup>57</sup> *Idem*, p. 453.

<sup>58</sup> *Idem*, p. 454. Seguidamente realçam certas características do Direito de Autor. Cfr. pp. 454 a 455, destacamos a superioridade de protecção Constitucional relativamente às coisas



Mas se, por hipótese académica, ainda ficasse alguma dúvida, que não fica, perante tudo o exposto, há que recordar que o direito de colocação à disposição para efeitos de acesso *on demand* tem exactamente a mesma natureza de direito de exclusivo, quer esteja previsto como direito de autor (cfr. art. 68º CDADC), quer como direito conexo dos artistas intérpretes ou executantes intérpretes ou executantes (cfr. art. 178º, nº1, al. d), CDADC), derivando essa igualdade de natureza dos Tratados OMPI de 1996 (cfr. art. 8º do Tratado OMPI sobre Direito de Autor, art.10 do Tratado OMPI sobre Prestações e Fonogramas) e da Directiva Comunitária sobre Sociedade da Informação (cfr. art. 3º, nº2). A única coisa que é diferente é a sua duração, mais restrita em matéria de direitos conexos, e o menor número de direitos morais dos artistas intérpretes ou executantes, aspectos que nada interferem neste aspecto.

**2.9.2.** Consideramos que está também em causa, no art. 178º, nº4, a violação de outro aspecto dos direitos liberdades e garantias constitucionalmente tutelados: a violação da liberdade de associação (art.

---

corpóreas, já mencionada, e o facto de serem direitos, liberdades e garantias e, como tal, espaços de autonomia pessoal perante o poder público, traduzindo, não apenas essa autonomia, mas derivando do seu exercício, do exercício da liberdade pessoal de criação.



46ºCRP). A liberdade de se associar implica a liberdade de não se associar, a menos que algo justifique a gestão colectiva obrigatória. Mas nada justifica a gestão obrigatória forçada, ou seja, exercida por entidades de gestão que não representem os titulares de direitos, tanto mais em situações de utilização primária.

Salientam Gomes Canotilho e Vital Moreira<sup>59</sup>: “Considerados em si mesmo, do ponto de vista dos seus beneficiários, os direitos, liberdades e garantias apresentam duas vertentes, uma vertente positiva” (mencionando entre os exemplos a liberdade de se associar) “e uma vertente negativa” (mencionando entre os exemplos a liberdade de não associação). “Em princípio, salvo norma constitucional específica, tão protegida é a *liberdade de fazer*, como a *liberdade de não fazer*”.

Não é, seguramente, o que se passa no caso em análise. O art. 178, nº4, atropela por completo a vertente negativa da liberdade de associação, inerente a um pluralismo democrático, ao obrigar à gestão colectiva, quando está em causa uma utilização primária e, mais ainda, ao obrigar a gestão colectiva

---

<sup>59</sup> *Op. cit.*, p. 377, em anotação ao art. 17º.

mesmo que o titular do direito não seja representado pela associação em causa.

**2.9.3.** Os direitos liberdades e garantias estão sujeitos, designadamente, aos artigos 17º e 18º da CRP. Interessa-nos realçar, no art. 18º CRP, **a aplicação imediata das normas Constitucionais, que não deixa quaisquer dúvidas quanto a este concreto direito, a vinculação, não apenas das entidades públicas, como das privadas** (as entidades de gestão são entidades privadas, tal como os autores e titulares de direitos conexos), a reserva de lei, e, sobretudo, o carácter restritivo das restrições, traduzida, designadamente, em **proporcionalidade** (nº2, 2ª parte), mas também na generalidade e abstracção de lei restritiva, proibição de lei restritiva retroactiva, e também a destacar a **garantia do conteúdo essencial** (nº3, 3ª parte)<sup>60</sup>.

A aplicabilidade directa não deixa margem para dúvidas, no caso concreto, pois a norma em causa é imediatamente exequível, porque está suficientemente determinada, ou seja, não carece de concretização; também a aplicabilidade *erga omnes*, entre particulares, é hoje um dado assente. Aspecto

---

<sup>60</sup> Desenvolvidamente, sobre todos estes aspectos, CANOTILHO, GOMES, MOREIRA, VITAL, op. cit., pp. 379 ss, anotação ao art.18 CRP, pp. 379-396; MIRANDA, J, MEDEIROS, R., op. cit., anotação ao at. 18º, pp. 148-163.



a destacar no caso concreto é a falta de proporcionalidade manifesta. O referido princípio, também denominado princípio da proibição do excesso, desdobra-se em três sub- princípios, nenhum deles respeitado pelo art. 178º, nº4, CDADC. O princípio da adequação, ou princípio da idoneidade, implica que as medidas restritivas previstas na lei sejam o meio adequado para a prossecução dos fins visados, em particular, outros direitos ou bens protegidos pela CRP. Já vimos que o disposto no art. 178º, nº4, CDADC, não se adequa de forma nenhuma aos fins visados com a previsão do direito de exclusivo de colocação em rede para acesso *on demand* nas utilizações primárias, antes constitui uma aberração da legislação nacional; mais, as entidades de gestão não estão constitucionalmente previstas. Como referem Jorge Miranda e Rui Medeiros, “ A Constituição não prevê as entidades de gestão colectivas de direitos de autor (acrescentamos, nem de direitos conexos, pois que têm a mesma natureza) - nem se justificaria que as previsse, porquanto tal excederia o papel ordenador que lhe cabe. A existirem (como impõem as realidades do mundo actual), as formas a adoptar serão formas de Direito privado, sejam associações, cooperativas ou sociedades, com maior ou menor margem de liberdade do legislador e dos próprios interessados”.<sup>61</sup>

---

<sup>61</sup> Op. cit, anotação ao art. 42º, p. 455.

Também não se verifica no caso em análise o sub-princípio da exigibilidade, também denominado princípio da necessidade ou princípio da indispensabilidade, segundo o qual, as medidas restritivas previstas na lei devem ser necessárias, exigíveis, porque de outro modo os fins visados pela lei não poderiam ser obtidos por outras formas menos onerosas para os direitos, liberdades e garantias. No caso, o artigo 178º, nº4, CDADC, aniquila um direito constitucionalmente garantido.

Por fim, não se verifica o princípio da proporcionalidade em sentido restrito, segundo o qual, os meios legais restritivos e os fins obtidos devem encontrar-se numa "justa medida"<sup>62</sup>, impedindo-se, desta forma, a adopção de medidas restritivas desproporcionadas, excessivas relativamente aos fins a obter. O art.º178º, nº4, CDADC até poderia servir como exemplo de escola da violação deste sub- princípio, como decorre de tudo o exposto até agora, tanto mais que consagra uma situação de **gestão colectiva obrigatória forçosa**, sem que nada o justifique.

Por último, adoptar neste caso uma medida restritiva mata o conteúdo essencial do direito de colocação à disposição em rede para acesso on

---

<sup>62</sup> Cfr., quanto às normas restritivas, CANOTILHO, GOMES e MOREIRA, VITAL, *op. cit.*, anotação ao art. 18º CRP, pp. 392-393, adoptando esta expressão na p. 393.

*demand* nas utilizações primárias, o que é, justamente o que o artigo 178º, nº4, CDADC efectua.

Por todo o exposto, não temos qualquer dúvida quanto à inconstitucionalidade material da norma. Mas podemos acrescentar ainda um outro aspecto.

**2.9.4.** Por força da hierarquia constitucional das fontes normativas, os Tratados e o Direito da União Europeia prevalecem sobre o Direito interno, e o nº4 do art. 178º, ao transformar o direito de exclusivo de exploração de colocação à disposição *on demand* num direito de simples remuneração, viola o Tratado OMPI 1996 e a Directiva sobre a Sociedade da Informação, como já verificamos.

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.

Por sua vez, o Direito e a Jurisprudência da UE, desde que ratifiquem determinados Tratados Internacionais, asseguram por essa via que estes tenham primado sobre o Direito Interno dos Estados-Membros. Sendo certo que os Tratados OMPI de 1996 foram ratificados pela UE e por Portugal<sup>63/64</sup>.

Mas 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 (cfr. art. 8º, nº2 CRP).

**2.10. Em conclusão, por todos os motivos expostos, consideramos o art. 178º, nº4, CRP inconstitucional, devendo a Audiogest levantar a questão da inconstitucionalidade sucessiva, abstracta ou concreta, conforme achar mais adequado. Não entraremos na forma como se levanta a inconstitucionalidade sucessiva abstracta ou concreta da constitucionalidade por entendermos que extravasa o objecto do presente Parecer; de qualquer**

---

<sup>63</sup> [www.wipo.org](http://www.wipo.org), consultada em 10.10.2014.

<sup>64</sup> Cf. *Site* da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI/WIPO), referido na nota anterior.

modo, tal poderá ser estudado nos Comentários ao Direito Constitucional já mencionados<sup>65</sup>.

E. A questão seguinte que nos é colocada é a de saber se *podará a norma ser interpretada no sentido de ser aplicável:*

*i) à colocação à disposição em Portugal ou a partir de Portugal das fixações fonográficas (ou fonogramas) das prestações de artistas intérpretes ou executantes estrangeiros, efectuadas fora do País, em execução de contratos de fixação celebrados ao abrigo de uma legislação diferente da legislação nacional (designadamente no que concerne à vontade das partes) com produtores fonográficos ?*

*ii) à colocação à disposição no estrangeiro e por forma a não serem acessíveis a partir de Portugal das fixações fonográficas (ou fonogramas) das prestações de artistas intérpretes ou executantes nacionais efectuadas no País, em execução de contratos de fixação celebrados ao abrigo da lei Portuguesa com produtores fonográficos ?*

---

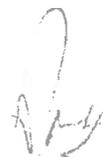
<sup>65</sup> Em pormenor, para além dos Autores e *ops.* já indicados, veja-se VAZ, M. Afonso, CARVALHO, Raquel, BOTELHO, Catarina Santos, FOLHADELA, Inês, e RIBEIRO, Ana Teresa, *Direito Constitucional, O Sistema Constitucional Português*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, em especial, p.189 ss.



2.11. Respondendo à 1ª questão, de forma simples, se os produtores efectuam com artistas intérpretes ou executantes estrangeiros, ao abrigo de uma lei estrangeira, o contrato de fixação dos fonogramas, a esses contratos deve ser de aplicar a lei do contrato, que não será a lei portuguesa, uma vez que em matéria de contratos vigora o princípio da autonomia da vontade, no caso, traduzida na liberdade contratual, dentro dos limites impostos pela lei (cf. 405º do Código Civil).

Mas a questão é muito mais complexa.

Na primeira hipótese, a colocação à disposição, em execução do contrato, é efectuada em Portugal ou a partir de Portugal, ou seja, há um elemento de conexão com o nosso país. Dada a forma como a questão é colocada, não nos parece, no entanto, que haja uma remissão para o direito material nacional, hipótese em que se aplicaria o art. 178º CDADC. Entendemos, antes, que há uma remissão para as normas de direito internacional privado. Privado, pois estamos perante uma situação plurilocalizada. Não somos informados acerca do local de residência, sede, ou estabelecimento secundário, nem da nacionalidade dos envolvidos, apenas nos é dito que a fixação do fonograma ocorreu em país estrangeiro, com artista intérprete ou executante estrangeiro



ao abrigo de uma lei estrangeira também, designadamente, por escolha das partes<sup>66/67</sup>.

A título meramente introdutório, há que referir que o direito interno nada refere quanto à conexão relevante em matéria de direitos conexos.

O actual art. 190º CDADC determina quando é que os artistas intérpretes ou executantes, os fonogramas ou videogramas e as emissões de radiodifusão são protegidas em Portugal. Para o efeito que nos interessa, estabelecem-se os critérios da nacionalidade portuguesa, ou da UE, ou de que a prestação ou fixação de vídeo ou imagens (separada ou cumulativamente) tenha ocorrido em

---

<sup>66</sup> Para a nossa resposta, tivemos em conta as fontes internacionais (designadamente, a Convenção de Berna e os Tratados OMPI de 1996, bem como o Acordo A-ADPIC), as fontes Comunitárias (hoje prevaletentes, em especial, os Regulamentos do Parlamento Europeu e do Conselho sobre a Lei aplicável às Obrigações Contratuais (Roma I) e às Obrigações extracontratuais (Roma II), bem como as fontes nacionais (que nada referem em matéria de Direitos Conexos e que hoje, nos Estados-Membros da União Europeia, têm um âmbito de aplicação residual, que decorre do Primado do Direito Internacional e do Direito Comunitário sobre as fontes de direito ordinário e interno, bem como em função do carácter "universal" da Convenção de Roma e dos Regulamentos Roma I e Roma II, cujas normas determinam a lei aplicável mesmo se remeterem para um país exterior à União Europeia. Tivemos ainda em conta a Directiva do Comércio Electrónico, transposta entre nós pela Lei do Comércio Electrónico, 7/2004, de 7 de Janeiro.

<sup>67</sup> Com mais detalhe, VICENTE, Dário Moura, *O Direito Aplicável à Propriedade Intelectual e a sua Tutela*, Coimbra, Almedina, p. 207 ss, e p. 252 ss; do mesmo Autor, *Problemática Internacional da Sociedade da Informação*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 201 ss.



território nacional. Como acentua Dário Moura Vicente, os critérios enunciados neste art. 190º CDADC são critérios muito heterogéneos, tendo por finalidade que os titulares de direitos conexos sejam protegidos. O art. 190º CDADC não tem em vista delimitar o âmbito de aplicabilidade espacial da lei portuguesa, não estamos perante uma norma de conflitos. Fica, portanto, em aberto, no CDADC, a questão da lei aplicável aos direitos conexos, tanto mais que o art. 48º CC não se refere a eles<sup>68</sup>.

A lacuna só pode ser preenchida dentro do espírito do sistema pela aplicação do regime previsto para os direitos de autor, ou seja, a *lex protectionis* ou a *lex originis*.<sup>69</sup>

Quanto às fontes Internacionais e Comunitárias, há que partir da regra fundamental do Direito de Autor, o art. 5, nº2 da Convenção de Berna, nos

---

<sup>68</sup> VICENTE, Dário Moura, *O Direito Aplicável* cit. p. 252 ss. Isto, ao contrário do que se passa em matéria de Direito de Autor, em que existem elementos de conexão previstos no art. 43º do Código Civil que, no entanto, para usarmos a expressão de Oliveira Ascensão, são solenemente substituídos pelo art. 63º CDADC. Vide ASCENSÃO, J. de Oliveira, *Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra, Coimbra Editora, reimpressão em 2012, p. 41 ss, em especial, pp. 42-43.

Apenas analisamos as conexões em matéria de direitos patrimoniais, por o direito de colocação à disposição para acesso *on demand* ser um direito patrimonial.

<sup>69</sup> Neste sentido, veja-se VICENTE, Dário Moura, *O Direito Aplicável* cit., p. 250.



termos do qual a lei competente para disciplinar a extensão da protecção e os meios de recurso garantidos ao autor para salvaguarda dos seus direitos é a lei do país onde a protecção é reclamada, ou seja, a *lex loci protectionis*, o Estado-Membro onde têm lugar os actos de utilização não autorizada da obra. Mais uma vez, concordamos com Dário Moura Vicente quando refere que esta disciplina deve estender-se aos direitos conexos<sup>70</sup>. Estamos perante o domínio do princípio da territorialidade em matéria de Direito de Autor e Direitos Conexos.

O reconhecimento da *lex loci protectionis* também se encontra nos artigos 7º, nº2, e 13º da Convenção de Roma, o primeiro remetendo para a Lei do Estado Contratante onde a protecção for pedida a regulação da protecção contra retransmissão, a fixação para fins de radiodifusão, quando o artista intérprete ou executante tenha autorizado a radiodifusão da sua execução, bem como as modalidades de utilização pelos organismos de radiodifusão das fixações feitas para fins de radiodifusão. Quanto ao art. 13º, também a remissão para a lei onde a protecção é pedida quando a determinar as condições do exercício pelos organismos de radiodifusão do direito de comunicação ao público das suas emissões de televisão, quando estas se

---

<sup>70</sup> VICENTE, Dário Moura, *Ensaíos*, Vol. III, Coimbra, Almedina, p. 158



efectuem em lugares acessíveis ao público e mediante o pagamento do direito de entrada.

A remissão para a *lex loci protectionis* também se aplica quando está em causa a responsabilidade extracontratual prevista no art. 8º do Regulamento Roma II.

Esta sempre foi a conexão defendida pela generalidade da doutrina e justifica-se, retomando as palavras de Baptista Machado, porque a concessão de um direito de monopólio se traduz numa limitação ao interesse da colectividade desse país quanto à liberdade de exploração da obra (acrescentamos prestação), a favor do interesse privado do autor (acrescentamos artista intérprete ou executante)<sup>71</sup>.

No mesmo sentido, refere Dário Moura Vicente que também neste caso estamos perante “direitos de exclusivo em virtude dos quais se reservam a certas pessoas determinadas faculdades de utilização de bens incorpóreos, que em princípio apenas podem ser reproduzidos, comunicados ao público e

---

<sup>71</sup> MACHADO, Baptista, *Lições de Direito Internacional Privado*, 2ª ed. actualizada, Coimbra, Almedina, 1982, p. 383 ss, em especial, pp. 384-385; ASCENSÃO, J. de Oliveira, ROA 61 (2001) pp. 1197-1217, no contexto da lei brasileira; desenvolvidamente, VICENTE, Dário Moura, *Direito Internacional cit.*, p. 208 ss, colocando em confronto as vantagens e desvantagens da territorialidade v. universalidade em matéria de Direito de Autor.



distribuídos com o seu consentimento. Semelhantes exclusivos contendem, inevitavelmente, com a liberdade de comércio e o acesso do público à informação, à cultura e ao entretenimento. A medida em que são acolhidos prende-se, por isso, com os valores culturais e sociais prosseguidos por cada sistema jurídico. Colhe plenamente, quanto a eles, por conseguinte, a justificação precípua do princípio da territorialidade e da aplicabilidade da *lex loci protectionis*<sup>72</sup>.

Contudo, o mesmo Autor defende que razões ligadas à facilitação do comércio internacional e à certeza das trocas que depõem a favor da aplicação à titularidade originária do direito de autor da lei do país de origem da obra, também reclamam que, quando esteja em causa a titularidade originária dos direitos de autor e dos conexos, se deva aplicar a lei do país de onde as prestações protegidas são oriundas, ou seja, o país da residência habitual dos artistas intérpretes ou executantes e, quanto às produtoras, o país do estabelecimento principal dos produtores de fonogramas ou videogramas ou

---

<sup>72</sup>Cfr. *O Direito Aplicável* cit., p. 208 ss. e, quanto aos direitos conexos, p. 253.

dos organismos de radiodifusão, quando estejam em causa as prestações destes.<sup>73</sup>

Para Dário Moura Vicente, a competência da *lex loci protectionis* deve, portanto, sofrer uma derrogação quando está em causa saber qual a pessoa a quem cabe o direito de autor e o direito conexo em causa<sup>74</sup>. Segundo o Autor, em rigor, a titularidade originária é indiferente ao país onde é reclamada a protecção.

Está em causa a velha questão, que continua em discussão, mais a favor da universalidade ou da territorialidade neste contexto<sup>75</sup>. Segundo a primeira posição, deve aplicar-se ao direito de autor e aos direitos conexos a lei do país onde a obra/prestação foi publicada pela primeira vez, ou pela primeira vez colocada por qualquer outra forma à disposição do público. Se a obra for inédita dever-se-á aplicar o critério da nacionalidade do autor/artista intérprete ou executante. O direito de autor e os direitos conexos sujeitam-se, portanto, à

---

<sup>73</sup> Idem, op. cit. P.251, e p. 208ss, quanto às ideias de universalidade v. territorialidade.

<sup>74</sup> Neste sentido, em matéria de direitos de autor, veja-se também Machado, Baptista, op. cit., p. 384, , VICENTE, Dário Moura, *O Direito aplicável*, pp. 230-231 e bibliografia referida nota 601.

<sup>75</sup> Cf. VICENTE, Dário Moura, *O Direito Aplicável* cit., p. 209 ss (e bibliografia para a qual o autor remete) onde se exploram os argumentos a favor e contra cada uma das posições extremas, bem como as posições intermédias.

*lex originis*. Ao direito de autor ou direito conexo reconhecido no país de origem deverá ser reconhecida eficácia universal. De acordo com o princípio da territorialidade, dever-se-á aplicar o Direito do país do território onde a protecção é reclamada, quer em matéria de direitos de autor, quer em matéria de direitos conexos, portanto, a *lex loci protectionis* (que pode coincidir com a *lex delicti commissi*).

2.11. Mas voltemos ao caso em análise. A primeira questão a resolver é se estamos perante uma obrigação contratual ou extracontratual. Há que distinguir as questões decorrentes do contrato das questões que, embora relacionadas com o contrato, já não têm que ver com o mesmo, ou seja, que, embora relacionadas com o mesmo, já não podem ser por ele reguladas.

No nosso caso, no entanto, todas as questões se situam no âmbito do contrato, pelo que **haverá que aplicar a Lei Contratual, que Portugal aceita em termos de regra de conflitos aplicável**<sup>76</sup>. As normas de conexão internas

---

<sup>76</sup> Para quem assim não entenda, ou seja, se tratássemos o caso como envolvendo matéria extracontratual, haveria que ter em conta que há quem considere que a colocação da obra à disposição *on line* e, por identidade de razão, da prestação, envolve o exercício ou a violação do direito de colocação à disposição do público.

E tal acontece em todos os Estados em que há acesso à rede. Por essa razão, todos os Estados em causa devem ser considerados Estados cuja lei pode ser chamada a ser aplicada.

---

Não concordamos, porque nos parece que esta posição é violadora do princípio da territorialidade a que estão sujeitos os direitos de autor e dos direitos conexos (como regra). E não é, naturalmente, por mero capricho que defendemos esta posição. Apenas o princípio da territorialidade e da *lex loci protectionis* nos parece acautelar os interesses que aqui estão em causa.

Afigura-se-nos, no mínimo, duvidoso que a colocação da obra na *internet* implique o exercício ou a violação do direito de colocação à disposição do público para acesso *on demand*, quer no Estado em que a obra/prestação é disponibilizada, quer em todos os Estados em que há acesso à obra em rede, de modo a que tal legitime a aplicação cumulativa das suas leis.

Defender que a legislação de qualquer país a partir do qual se tenha acesso é de aplicar coloca em causa, desde logo, a regra fundamental de que a utilização da obra efectuada pelo autor no seu computador deve ser considerada livre, na medida em que constitua um uso privado.

No mesmo sentido, Cf. ASCENSÃO, J. de Oliveira, "E agora? Pesquisa do futuro próximo", cit. l p. 54 ss; do mesmo Autor, "Direitos de Autor e conexos inerentes à colocação de mensagens em rede informática à disposição do público, *op. cit.*, pp. 105-120, em especial p. 116 ss; PINHEIRO, Luís de Lima, *Direito Internacional Privado* cit., pp. 499-500. Do mesmo autor, "Algumas considerações sobre a lei aplicável ao direito de autor na internet", ROA, ano 74, Jan/Mar., p.13 ss.

No entanto, esta posição é controvertida. Parte da doutrina e jurisprudência, designadamente alemãs, consideram que o Estado em que a obra é colocada à disposição do público também deve ser considerado, por causa da ubiquidade que existe na *internet*. Porque estamos perante um facto complexo que, embora se verifique tecnicamente no país onde se situa o servidor onde a obra é inserida em rede, tem também lugar no país ou nos países onde a obra fica disponível para potenciais utilizadores, pois podem aceder a partir dos seus próprios países ao servidor em causa. Assim sendo, o titular dos direitos sobre a obra ou prestação protegida deverá beneficiar da protecção conferida pela lei de qualquer desses países.

Por exemplo, em matéria de radiodifusão, na Alemanha, de acordo com o entendimento tradicional, o Estado de protecção é aquele onde a transmissão é efectuada. No entanto, tem ganho crescente apoio a tese, segundo a qual, além do estado da transmissão são aplicáveis todas as leis do países em que o sinal é recebido. A questão também é discutida relativamente



---

às transmissões por satélite. Neste caso, a tese dominante considera que, tanto o Estado de emissão como os Estados de recepção são estados de protecção, uma vez que as transmissões por satélite colocam em jogo a protecção de um programa transmitido perante a utilização não autorizada da obra por terceiros em todos eles (esta posição, que defende a aplicação simultânea das leis dos países de emissão e recepção, também é conhecida como doutrina Bogisch, no tocante à radiodifusão por satélite de obras protegidas). Entre outros, veja-se KATZENBERGER, SCHRICKER, G. (org.) *Uhreberrechts Kommentar*, 3ª ed., Munique, 2006, "Vor § 4 120 ff". Entre nós, VICENTE, Dário Moura, *Direito Aplicável* cit., p. 223 ss, dá conta desta posição, com indicação de abundante bibliografia, p. 225, notas 585 e 587. Também trata do tema em *Problemática Internacional da Sociedade da Informação*, Coimbra, 2005, p. 167 ss.

A doutrina em referência tem também sido acolhida na jurisprudência alemã e recentemente tem vindo a ser defendida por muitos autores para a exploração das obras em rede. Cfr. *A tutela Internacional* cit., pp. 227-229, texto e notas, desenvolvidamente, com referência a soluções que exijam uma conexão real e substancial com o país em que a obra é acessível (*Sentença* do Supremo Tribunal do Canadá de 2004, caso *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Association of Internet Providers*, 2004, SCR; orientação também seguida na *sentença* do Oberlandsgericht de Munique, de 21 de Setembro de 2006, IPRAX, 2007, p. 531 ss); exigência de que o país de origem da radiodifusão por satélite ou retransmissão por cabo seja definido numa perspectiva organizacional e não apenas técnica (tal como aconteceu no caso Google, em 2008, na *Sentença* proferida pela Grande Instance de Paris, caso *Société des Auteurs des Arts Visuels et de l'Image SAIF v. SARL Google France Google Inc.*, acessível em [www.juriscom.net](http://www.juriscom.net), consultado em 15. 10.2014 ); aplicação apenas do país de origem quando haja harmonização total dos países envolvidos, como acontece com a Directiva 93/83/CEE, de 27 de Setembro de 1993, relativa à coordenação de determinadas disposições em matéria de direitos de autor e direitos conexos aplicáveis às emissões verificadas a partir de Estados-Membros da União Europeia; aplicação das soluções decorrentes dos *Princípios do American Law Institute* § 321, nº1 e nº2: quando a violação de direitos intelectuais tenha carácter ubíquo, os Estados deverão aplicar a lei do Estado com a conexão mais estreita). Dário Moura Vicente considera que esta doutrina, tendo

---

em conta os interesses em jogo, não é inteiramente satisfatória no que respeita à colocação das obras e prestações à disposição em rede. Isto, pelo facto de implicar que todo aquele que se proponha explorar qualquer obra ou prestação em rede ter que conformar a sua actividade com várias ordens jurídicas nacionais, ou seja, as de todos os países em que a obra fique acessível *on line*. Se alguma das leis em causa proibir a utilização, caso não seja tecnicamente possível restringir impedir o acesso a partir do território onde vigore essa lei, a proibição pode ter um alcance universal. Ou seja, segundo Dário Moura Vicente, a lei mais restritiva vai determinar os limites da utilização em toda a rede, o que é prejudicial e implica uma aplicação extraterritorial do Direito de Autor injustificada. Por isso, o mesmo autor defende a aplicação de medidas restritivas que actuem como forma de limitar o número de leis aplicáveis nestas hipóteses. Cfr. *A tutela Internacional cit.*, pp. 227-229, texto e notas, desenvolvidamente, com referência a soluções que exijam uma conexão real e substancial com o país em que a obra é acessível ( *Sentença* do Supremo Tribunal do Canadá de 2004, caso *Society of Composers , Authors and Music Publishers of Canadá v. Canadian Association of Internet Providers*, 2004, SCR; orientação também seguida na sentença do Oberlandsgericht de Munique, de 21 de Setembro de 2006, IPRAX, 2007, p. 531 ss.); exigência de que o país de origem da radiodifusão por satélite ou retransmissão por cabo seja definido numa perspectiva organizacional e não apenas técnica (tal como aconteceu no caso Google, em 2008, na Sentença proferida pela Grande Instance de Paris, caso *Société des Auteurs des Arts Visuels et de l'Image SAIF v. SARL Google France Google Inc.*, acessível em [www.juriscom.net](http://www.juriscom.net), consultado em 15.10.2014 ); aplicação apenas do país de origem quando haja harmonização total dos países envolvidos, como acontece com a Directiva 93/83/CEE, de 27 de Setembro de 1993, relativa à coordenação de determinadas disposições em matéria de direitos de autor e direitos conexos aplicáveis às emissões verificadas a partir de Estados-Membros da União Europeia; aplicação das soluções decorrentes dos *Princípios do American Law Institute* § 321, nº1 e nº2: quando a violação de direitos intelectuais tenha carácter ubíquo, os Estados deverão aplicar a lei do Estado com a conexão mais estreita.

Desenvolvidamente, em matéria de direitos de autor, VICENTE, Dário Moura, *Problemática Internacional da Sociedade da Informação*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 165 ss, em especial, pp. 170-171; VICENTE, Dário Moura, *A Tutela Internacional cit.*, em especial, pp. 208-218. Esta

relativas aos contratos encontram-se nos artigos 41º e 42º CC. O Regulamento Roma I aplica-se às obrigações contratuais plurilocalizadas no âmbito da UE (embora não à Dinamarca e Reino Unido, que não ficaram abrangidos), com possibilidade de expansão universal.

Caso os tribunais do foro se considerem competentes (por via do Regulamento de Bruxelas, da Convenção de Lugano, ou das próprias regras internas decorrentes do Código de Processo Civil, para as hipóteses não abrangidas nos dois diplomas referidos), os tribunais portugueses, reconhecendo a Lei do Contrato decorrente da escolha das partes, da prestação típica ou da conexão mais próxima, nos termos do Regulamento Roma I, deverão aplicar essa lei.

**2.12. Se as partes escolheram a lei aplicável, é hoje na generalidade aceite que os contratos internacionais se regem pela lei escolhida pelas partes. Projecta-se no Direito Internacional Privado o princípio da autonomia da vontade. Para além de se respeitar uma esfera de liberdade no**

---

posição é também defendida por parte de alguma doutrina e jurisprudência alemã e italiana. Cf. as referências de PINHEIRO, L. de Lima, *Direito Internacional Privado*, Vol. II, *Direito de Conflitos, Parte Especial*, p. 550, que, no entanto expressa posição discordante. De PINHEIRO, L. de Lima, veja-se também "Algumas considerações", cit., p. 13 ss.

âmbito contratual, garante-se a certeza e a segurança em situações jurídicas plurilocalizadas, as partes sabem qual a lei que vai reger os seus actos.

Este Princípio está previsto no art. 3º, nº1, do Regulamento Roma I<sup>77</sup>.

---

<sup>77</sup> No entanto, a aplicação do Roma I tem sido objecto de polémica quando confrontado com a Directiva do Comércio Electrónico, transposta, entre nós, pelo Decreto-Lei do Comércio electrónico nº 7/2004, de 7 de Janeiro. Nos termos do art. 1º, o diploma transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno (Directiva sobre Comércio Electrónico) bem como o artigo 13.º da Directiva 2002/58/CE, de 12 de Julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e a protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas (Directiva relativa à Privacidade e às Comunicações Electrónicas).

Os artigos 3º 4º, e 5º impõem regras relativamente à lei aplicável aos prestadores de serviços na Sociedade da Informação, que podiam colidir com as regras decorrentes do Tratado Roma I. No entanto, o art. 6º, n.º 1, al. a) determina que fica fora do âmbito de aplicação dos artigos 4.º, n.º 1, e 5.º, n.º 1 a propriedade intelectual, incluindo a protecção das bases de dados e das topografias dos produtos semicondutores. Por sua vez, o art. 6º, al. e), exclui a matéria disciplinada por legislação escolhida pelas partes no uso da autonomia privada. Ainda, o art. 1º, nº4, da Directiva refere que a mesma não estabelece normas de Direito Internacional Privado e o Anexo I refere que o art. 3º, nºs 1 e 2 não se aplicam em matéria de direitos de autor e direitos conexos.

De qualquer modo subsistem perplexidades na doutrina, porque a articulação entre os dois diplomas está longe de ser clara. O nosso legislador (assim como o da maioria dos Estados-Membros) transpôs o art.3.º da Directiva através de uma norma de conflitos unilateral. Além de que a doutrina discute se esse art. 3.º tem em si uma norma de conflitos ou estabelece uma norma de aplicação imediata. Além disso, o considerando 22 da Directiva do Comércio Electrónico não é claro. De todo o modo, parece-nos que o melhor entendimento é o de que a

**A escolha pode ser expressa ou tácita e pode recair sobre uma lei que tenha qualquer tipo de conexão com o contrato** (cf. art. 3º, 3), excepto se a situação não for plurilocalizada ou não for abrangida pelo Regulamento Roma I, que, todavia, consagra, no art. 2º, o princípio da aplicabilidade universal.

Portanto, se as partes escolheram uma lei diversa da lei nacional, decorre do exposto que, respondendo à primeira questão, a lei portuguesa não se aplica, pelo que não se aplica o art.178º, nº4, CDADC.

**2.13.** Na falta de escolha pelas partes, o Regulamento Roma I remete para a lei do país em que o contraente que deva efectuar a prestação característica do contrato resida (ou tenha sede ou estabelecimento), nos termos do art. 4º, nº2. Mas esta regra de conflitos pode ser afastada se o

---

Directiva do Comércio Electrónico, neste aspecto, apenas respeita a regras públicas de estabelecimento dos operadores, pelo que o Regulamento Roma I não se deve considerar colocado em causa nestas matérias. Neste sentido parecem-nos decisivos os argumentos desenvolvidos por PINHEIRO, Luís de Lima, *Direito Internacional Privado*, cit., p. 366 ss., em especial pp. 369-347. Embora em 2005, já Dário Moura Vicente dava conta desta problemática, decidindo no sentido da não prevalência da Directiva do Comércio Electrónico. Cfr. VICENTE, Dário Moura, *Problemática Internacional da Sociedade da Informação*, Coimbra, Almedina, p. 201 ss., em especial pp. 208-209 e pp. 215- 216; no mesmo sentido, VICENTE, Dário Moura, *A tutela cit.*, 289 ss.



contrato tiver uma conexão manifestamente mais estreita com um país diverso (art. 4º, nºs 3 e 4).

No caso em apreço, a prestação característica é a colocação à disposição *on line* para efeitos de acesso *on demand*. Se o produtor, a quem foi cedido o direito pelo artista intérprete ou executante, tem sede ou sucursal fora de Portugal, a lei portuguesa não é chamada se e na medida em que se recorra ao provedor de serviços apenas como um simples intermediário, ou, mesmo que lhe ceda uma licença, o provedor de serviços não tem qualquer estabelecimento em Portugal, o que parece ser o caso. Para colocar a prestação em rede a partir do nosso país, não necessita de estar aqui estabelecido<sup>78</sup>.

---

<sup>78</sup> VICENTE, Dário Moura, *A tutela* cit., considera que quanto à questão do relevo da prestação característica do contrato não se pode responder em termos uniformes. " É, na verdade, imprescindível apurar, para aquele efeito, se o beneficiário da licença ou o transmissário assumiram perante o seu titular a obrigação de explorar o direito licenciado ou transmitido ou se, ao invés, lhes cabe tão-somente pagar o preço da licença (admitindo que o contrato é oneroso). Na primeira hipótese, será a obrigação do beneficiário da licença ou do transmissário do direito que por via de regra caracteriza o contrato. Na segunda, terá de admitir-se que é antes a obrigação a cargo da parte que concede a licença ou transmite o direito que confere individualidade e permite subsumi-lo sob determinado tipo legal ou social" (pp. 294-295). A aplicação da lei do devedor da prestação característica do contrato justifica-se plenamente,



De qualquer modo, em certos casos, o Regulamento Roma I permite que, de acordo com o art. 4º, nº3, se aplique lei diversa da lei do devedor da prestação característica. São as hipóteses em que o contrato apresenta uma conexão manifestamente mais estreita com a lei deste país. Como decorre do Considerando 20, estamos perante uma cláusula de excepção, plenamente justificada pela proximidade patente com lei diversa da prevista anteriormente<sup>79</sup>. Se todos os elementos de conexão relevantes apontam para esta outra lei, justifica-se plenamente o afastamento da conexão relacionada com a prestação característica.

No caso em análise, também não se aplica a lei portuguesa por via da cláusula de excepção, pois a única conexão com Portugal é a colocação à

---

reduzindo os custos de transacção e possibilitando uma interpretação uniforme (Para mais desenvolvimentos, autor e *op. cit.*, p. 296).

<sup>79</sup> Podem ver-se vários exemplos da aplicação da cláusula de excepção em VICENTE, Dário Moura, *A tutela*, cit., pp. 296-297. É controvertida a questão de saber qual será a conexão mais relevante, no silêncio das partes. De forma desenvolvida, veja-se TORREMANS, Paul L.C., *Licences and assignments of intellectual property rights under the Rome I Regulation*, em especial, pp. 6-11 e pp. 27-34.

[http://eprints.nottingham.ac.uk/1693/1/Licences and assignments of intellectual property rights under the Rome I Regulation - finalx.pdf](http://eprints.nottingham.ac.uk/1693/1/Licences_and_assignments_of_intellectual_property_rights_under_the_Rome_I_Regulation_-_finalx.pdf), consultado em 20.10.2014.

Para as críticas que levanta a utilização da terminologia "cláusula de excepção" e questões substantivas e subjacentes, que não importa aqui desenvolver, cfr. PINHEIRO, L. Lima, *Direito Internacional Privado*, cit., pp. 277-287.

disposição ser efectuada no nosso país ou a partir de Portugal, o que pode ser efectuado a partir de um servidor colocado noutra país. Todos os aspectos relacionados com o contrato nos remetem para lei diversa.

**2.14. Em conclusão, a resposta à 1ª questão é de que a lei portuguesa não será chamada a aplicar-se à colocação à disposição em Portugal ou a partir de Portugal das fixações fonográficas (ou fonogramas) das prestações de artistas estrangeiros, efectuadas fora do País, em execução de contratos de fixação celebrados ao abrigo de uma legislação diferente da legislação nacional (designadamente no que concerne à vontade das partes) com produtores fonográficos, a menos que o operador de serviços seja fornecedor de conteúdos e tenha sede ou estabelecimento em Portugal.**

De qualquer forma, sempre estaria na disponibilidade das partes a possibilidade de afastar a lei portuguesa, escolhendo lei diversa.

**2.15. Quanto à colocação à disposição, no estrangeiro e de modo a não serem acessíveis a partir de Portugal, das fixações fonográficas (ou fonogramas) das prestações de artistas nacionais efectuadas no País, em**



execução de contratos de fixação celebrados ao abrigo da lei Portuguesa com produtores fonográficos.

**Aplicando as regras acima mencionadas, também aqui a resposta será negativa se as partes tiverem escolhido uma lei diversa da lei nacional para aplicação ao contrato, ao abrigo do art.4º, nº1, do Tratado de Roma I.**

A aplicação do critério da prestação característica em conexão com a residência do devedor, depende de vários factores.

A obrigação característica, ou seja, a colocação da prestação à disposição *on line* e *on demand*, é efectuada a partir do estrangeiro, sendo as prestações fonográficas acessíveis em Portugal mas a partir de país estrangeiro.

Mas, por outro lado, os contratos de fixação foram celebrados ao abrigo da lei portuguesa e as prestações dos artistas intérpretes ou executantes foram efectuadas em Portugal. Embora nada nos seja dito quanto ao estabelecimento do produtor de fonogramas, a situação normal, neste caso, será a de o produtor de fonogramas ter sede, ou um estabelecimento, em Portugal.

Neste caso, e ao abrigo de um contrato de licença ou transmissão de direitos, implícito como vimos, no contrato de fixação, se o devedor for o



produtor de fonogramas, com estabelecimento em Portugal, que apenas se socorre de um operador de serviços como intermediário para colocar as prestações à disposição *on line*, parece-nos que poderemos considerar que a prestação característica se situa em Portugal, pelo que a lei portuguesa será aplicável. Isto se e na medida em que, embora o acesso não seja efectuado a partir do nosso país, em Portugal qualquer utilizador possa aceder à prestação, porque o acesso não está bloqueado em Portugal.

Resposta diversa seria, se o acesso estiver bloqueado em Portugal, o que não será a situação normal.

Já se o produtor concedeu uma licença ou transmitiu os seus direitos ao provedor de serviços, que passa a ser também um provedor de conteúdos, tudo depende de saber onde se situa o estabelecimento deste. Se for fora de Portugal, o art. 4º, nº2, não será de aplicar. Já será de aplicar se for em Portugal.

Aplicar a esta hipótese a cláusula de excepção, também depende das variáveis acima referidas, pelo que não podemos chegar a uma resposta conclusiva.

**De qualquer modo, as partes podem sempre afastar a lei portuguesa escolhendo a lei do país que querem ver aplicada. Por isso, a decisão fica sempre na disponibilidade das partes.**

***F. Em caso de resposta afirmativa a qualquer uma das sub - questões da alínea anterior, a quem, num caso ou no outro, cabe ao abrigo da mesma norma, o exercício do direito de colocação à disposição?***

2.16. Em primeiro lugar, há que deixar bem claro que só será de aplicar a lei portuguesa e, conseqüentemente, o art. 178º, nº4, se as partes não escolherem lei diversa que, inclusive, não tem de ter qualquer conexão com Portugal, ao abrigo do Tratado Roma I. Mas, para quem entenda que o caso se deve resolver por via extracontratual (não é essa a nossa opinião), também será de aplicar a lei portuguesa para quem considere relevante o país de colocação à disposição, ou seja, o país de origem (hipótese com que também não concordamos).

Se respondêssemos com base apenas na letra da lei, designando o art. 178º, nº4, uma única entidade com direito de gestão obrigatória e forçada no nosso país, diríamos que seria a esta que caberia o direito de colocação à disposição, mesmo para utilizações primárias.

Todavia, vimos já que por várias razões o art. 178º, nº4, não pode ser aplicado de acordo com a sua letra.

Designadamente, por ser uma norma violadora de normas que estão hierarquicamente acima dela, em especial, os já mencionados artigos 10º do Tratado OMPI de 1996 e o art. 3º, nº2, da Directiva sobre Sociedade da Informação, que consagram a favor do intérprete ou executante um direito de exclusivo de exploração neste âmbito. Direito de exclusivo que é reafirmado no próprio art. 178º, nº1, al. d), e decorre do art. 183º-A CDADC.

Como é sabido, o art. 8º, nº2, da CRP impõe uma determinada ordem, estando as leis ordinárias abaixo dos Tratados de que Portugal faz parte (no caso, o Tratado OMPI sobre Interpretações e Fonogramas). Para além disso, valem os princípios do primado e da interpretação conforme da lei interna com o Direito Comunitário que, inclusive, está acima da Constituição, uma vez que Portugal, ao aceitar fazer parte da UE, alienou alguma parte da sua soberania (cada vez mais na medida em que os Regulamentos e Directivas sejam aprovados por maioria). Além de que as decisões do TJUE constituem precedentes relativamente às decisões internas.

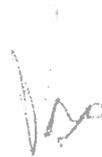
O art.178º, nº4, nunca será de aplicar por ser contrário aos Princípios do primado e da interpretação conforme do direito interno com o Direito da UE.

Para além disso, é uma norma inconstitucional, por desrespeito pela ordem imposta pelo art. 8º, nº2 CRP, por violar os princípios básicos inerentes aos direitos, liberdades e garantias, entre os quais direito de associação, que implica sempre a liberdade de não associação.

Mas há mais razões para que o art. 178º, nº4, não se aplique, como já vimos, uma vez que expropria o artista intérprete ou executante de um direito de exclusivo que a al. d) do nº1 do mesmo artigo prevê a seu favor, ou seja, existe no próprio artigo uma contradição intrínseca.

Isto, para além da contradição sistemática do nº4 do art. 178º com o artigo 183º-A recentemente transposto e, portanto, prioritário, que tacitamente afasta aquele.

A futura transposição da Directiva sobre gestão colectiva e a Proposta de Lei sobre gestão colectiva, em discussão na especialidade, parecem apontar para a condenação do art. 178º, nº4, CDADC, por permitirem a escolha da entidade de gestão dentro da UE, ou seja, a deslocalização da gestão, e parecerem



claramente contrárias a uma gestão forçada. Diríamos, deste modo, que o desaparecimento do nº4 do art. 178º CDADC é uma questão de curto prazo.

2.17. Indo um pouco além do que nos é pedido neste Parecer, não queremos deixar de referir que, do ponto de vista da indústria musical, ou seja, de um ponto de vista político e económico, a aplicação deste artigo significa a quase morte de um mercado já de si pouco relevante.

Qual é o artista intérprete ou executante estrangeiro ou nacional, com um mínimo de reconhecimento público, que está para abdicar dos seus direitos de exclusivo quanto a esta forma de utilização primária fundamental, que se traduz hoje em dia na decisão de colocar em rede a sua prestação para acesso *on demand*? De um ponto de vista de política legislativa e de um ponto de vista económico, este artigo é um absurdo.

Nenhum intérprete e, por arrastamento, os próprios autores que são ao mesmo tempo intérpretes, está para se sujeitar a que seja uma entidade de gestão que, ao abrigo do art. 178º, nº4, tenha o absoluto monopólio da gestão colectiva nesta matéria, nos termos do referido artigo, tanto para os associados como para os não associados. Ou seja, que uma única entidade de gestão em Portugal tenha o poder de 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 entidade de gestão em Portugal faz acordos com múltiplas entidades de gestão estrangeiras<sup>80</sup> e é membro da SCAPR<sup>81</sup>, saindo a sua posição monopolística 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 pelas tradicionais entidades de gestão, 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 no mercado *on line*? Não podemos esquecer que este é cada vez mais o mercado musical

---

<sup>80</sup> <http://www.gda.pt/> , consultado em 20.10.2014.

<sup>81</sup> <http://www2.ipddb.org/>, consultado em 20.10.2014.



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 e os operadores de telecomunicações se vão sujeitar ao regime que uma entidade de gestão nacional queira impor?

O mercado musical relevante deslocar-se-á para fora de Portugal. O mercado encarregar-se-á, mas com graves prejuízos para a indústria musical portuguesa, de repor a ordem lógica: à entidade de gestão restará ser remunerada pelas utilizações efectuadas, no entanto, cada vez serão menos os criadores e executantes que representará.

**2.18.** Mas a aplicação do art. 178º, nº4, é potencialmente ainda mais letal. Este aspecto vai bastante além do que nos foi pedido, porque já não tem directamente que ver com a Audiogest, mas parece-nos fundamental.

Se lermos bem o art.178º, a “expropriação” efectuada pelo art. 178º, nº4, não se restringe aos artistas intérpretes e executantes na área da música.

O nº1 do art.178º também abrange os artistas intérpretes, ou seja, os artistas na área do vídeo, abrangendo, portanto, 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 nº 1 também concede o direito de exclusivo de colocar à disposição *on line* para acesso *on demand* as suas prestações (interpretações).

Se virmos bem, o art. 178º, nº4, não expropria apenas os intérpretes ou executantes musicais do seu direito de exclusivo, mas também abrange os artistas intérpretes na área audiovisual, pois nenhuma distinção é efectuada e a entidade de gestão em causa representa todo o tipo de artistas, sejam eles intérpretes ou executantes na área do áudio ou do vídeo.

Isto significa, tão simplesmente, que, a aplicar-se o art.178º, nº4, os actores em geral, os produtores 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 *laptop*, no *i-pad*, no *andróide* e em cada vez mais *hardware* (por exemplo, relógios, aparelhos incluídos em veículos automóveis, etc.), chegamos facilmente ao absurdo que o nº4 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 uma entidade de gestão, o que fere o mais elementar bom senso.



**G. Caso o art.178º, nº4, permita a aplicação, em Portugal, de um regime diferente daquele que é aplicável nos restantes Estados Membros da União Europeia, é compatível:**

*i) Com as normas da União Europeia relativas ao mercado interno? e, designadamente, é ou não susceptível de criar obstáculos ao funcionamento do mercado interno, em particular no que respeita à livre prestação de serviços e, eventualmente, ao direito de estabelecimento e à livre circulação de mercadorias?*

*ii) Com as normas da União Europeia relativas à protecção da concorrência? e, designadamente se interpretada no sentido de impor o exercício por entidades de gestão colectiva, em regime de monopólio legal para tais entidades, do direito do artista, intérprete ou executante de fazer ou autorizar (e, portanto, de impedir) a colocação à disposição das fixações fonográficas (ou fonogramas) das suas prestações?*

*iii) A norma, introduzida que foi no ordenamento jurídico nacional no âmbito do processo de transposição da 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, se interpretada no sentido de impor o exercício por entidade de gestão colectiva do direito em causa, é compatível com o disposto no artigo 3.º da Directiva? ou "expropria" o artista do direito que lhe é conferido pelo mesmo artigo 3.º da Directiva?*

**2.19.** Quanto à primeira sub - questão, a resposta só pode ser negativa, no sentido de que o art. 178º, nº4 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>82</sup>.

**2.20.** Quanto à segunda sub - questão, consideramos que está respondida, pois ao longo do nosso estudo demonstramos que as entidades de gestão estão sujeitas à aplicação das regras da concorrência tendo já, por diversas

---

<sup>82</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.º633, no francês, nos artigos L212-3 e L212-4 do Code de la Propriété Intellectuelle e alemão, no UrhberrechtsGesetz (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.º4.



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 ter uma posição de monopólio de direito e de facto, sendo-lhe permitido, ao abrigo do art. 178º, nº4, 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 do direito de decidir se desejam ou não ser representados por uma entidade de gestão, do nosso ponto de vista, pode configurar só por si um abuso de posição dominante. Nada justifica que a uma entidade de gestão seja atribuído este direito e com esta plenitude.

**Por este motivo, cremos que a Audiogest poderá 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.**

Relembramos, pelo exposto ao longo do estudo, que, além de estar em causa um abuso de posição dominante, está também em causa a violação do Tratado OMPI de 1996 sobre Fonogramas e Interpretações (art. 10º), a que a UE está também vinculada e a violação da Directiva sobre o Direito da Informação (art. 3º, nº 2).

**2. 21.** Quanto à terceira sub - questão, não restam dúvidas sobre o facto de o art. 178º, nº4, implicar a expropriação do direito de exclusivo conferido, designadamente, pelo art. 3º, nº2 da Directiva sobre Sociedade da Informação, por tudo o que expusemos até ao momento.

**Desta forma, ao levantar a questão prejudicial, ou ao optar por desencadear uma denúncia junto da Comissão Europeia contra o Estado português, a Audiogest deverá também incluir estes pontos, ou seja, a expropriação ser contrária ao direito de exclusivo previsto na UE, designadamente na Directiva da Sociedade da Informação (art. 3º, nº2) e no Tratado OMPI sobre Execuções e Fonogramas (art.10º), de que é a EU membro.**

**H. A norma é compatível com a letra e o espírito da Directiva 2006/116/CE (relativa ao prazo de protecção do direito de autor e de certos direitos conexos), alterada pela Directiva 2011/77/EU, mormente dos respectivos n.ºs 2-A a 2-E e artigo 10.º - A, que parece assentar no pressuposto de facto que em relação aos fonogramas, o direito em causa não só pode como é habitualmente cedido ou transmitido pelo artista ao produtor?**

**2.22.** Decorre de todo o exposto que o art. 178º, nº4, não é compatível com a letra nem com 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, assumido como direito de exclusivo, em conformidade com as Convenções OMPI e com a Directiva Comunitária sobre Sociedade da Informação.

**Isto significa que o art.178º, nº4, viola o Direito Internacional Público e o Direito Comunitário, cujo Primado deve ser respeitado.**

**I. Face à mesma norma, se o titular do direito (original ou derivado) se encontrar ou não inscrito, nessa qualidade, em qualquer entidade de gestão colectiva e, ele próprio, autorizar a colocação à disposição das fixações fonográficas (ou fonogramas) das prestações objecto do direito, por**

**qualquer meio e mediante remuneração ou não, comete algum acto ilícito? E, em caso afirmativo, quais as consequências da ilicitude, quer para o próprio, quer para a entidade por ele autorizada?**

**2.23.** Face a todo o exposto, consideramos que *não comete qualquer acto ilícito, mesmo em face do direito constituído. Isto, por o art. 178º, nº4, ser uma norma contraditória em si mesma e do ponto de vista sistemático - sendo certo que as normas com que entra em contradição, em especial o art. 183º-A CDADC, devem prevalecer sobre a norma em questão -, inconstitucional, violadora do Direito da União Europeia e do Direito Internacional a que Portugal está vinculado.*

Por estes motivos, se o titular do direito (original ou derivado) se encontrar ou não inscrito numa entidade de gestão, **ele próprio poderá autorizar a colocação à disposição das fixações fonográficas/ fonogramas das prestações objecto do direito, por qualquer meio e mediante remuneração ou não. Ao actuar desse modo não comete qualquer acto ilícito.** Quando muito, estará a elidir uma presunção *iuris tantum* totalmente descabida.

Caso assim não se entenda, o que só por mera hipótese se concebe, cremos que poderia estar em causa apenas um **ilícito meramente civil.** Não

nos parece que esteja em causa um crime - seja de usurpação, seja de contrafacção -, porque as normas penais implicam uma tipicidade da previsão legal, e nem o art. 195º (usurpação), que seria o crime que aqui poderia estar em causa, nem o art. 196º (contrafacção), que de todo o modo não seria chamado, referem no tipo a falta de autorização das entidades de gestão. Além disso, para a hipótese, também não está prevista qualquer contra-ordenação (cfr. art. 205º CDADC).

**3. Uma proposta de solução legislativa, em função do Parecer solicitado acerca das diversas questões colocadas, caso se conclua pela inconstitucionalidade, desconformidade ou inadequação da norma.**

Por todo o exposto, a solução legislativa que propomos passa pela *abolição do nº4 do art. 178º CDADC*. Recordando Baptista Machado<sup>83</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>84</sup>. Estamos nestas hipóteses perante situações de

---

<sup>83</sup> MACHADO, J. Baptista, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, p.175 ss, em especial p.186.

<sup>84</sup> Idem, *Indrodução...*, p. 186.

*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.

Ao longo deste Parecer, verificamos que o nº4 do art. 178º CDADC entra em contradição com a al. d) do nº 1, e com o próprio nº3, pois retira ao artista intérprete ou executante o seu direito de exclusivo de colocação à disposição *on line* para acesso *on demand*, no caso das utilizações primárias, sem que nada o justifique; está ainda 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. Mais, verificamos que a norma é inconstitucional e contrária aos Tratados Internacionais a que Portugal está vinculado, bem como ao Direito Comunitário, que têm primazia sobre as normas nacionais. Cremos que são razões mais do que suficientes para defender que o nº4 do art. 178º deva ser alvo de uma interpretação revogatória ou ab-rogante, se e na medida em que não respeite o direito de exclusivo do artista intérprete ou executante no tocante às utilizações primárias do direito de colocação da sua prestação em rede.



O nº4 do art.178º só se poderia aproveitar na medida em que se referisse apenas às questões remuneratórias, decorrentes das utilizações primárias, pois são expressamente exceptuadas, nos termos nº2 do mesmo artigo, as utilizações secundárias. Em caso algum se poderá referir ao exercício de utilizações primárias da prestação, pois isso significa espoliar o artista intérprete ou executante do seu direito de exclusivo que lhe é garantido de todas as formas vistas ao longo do nosso estudo.

Poderíamos defender uma opção legislativa que colocasse o nº4 do art.178º CDADC ao nível da remuneração, devendo, para tanto, respeitar o disposto em norma posterior, o art. 183º-A, que trata também da remuneração. Mas não faz qualquer sentido tratar da remuneração em duas normas contraditórias, sendo certo, que, por todo o exposto, o art. 183º-A deverá prevalecer.

**Propomos que o nº4 do art.178º seja revogado**, uma vez que é uma norma absurda que apenas serve para criar confusão.

## CONCLUSÕES

**1ª** Quanto à natureza do direito conferido na alínea d) do n.º 1 do artigo 178.º do CDADC, estamos perante um direito novo, patrimonial, de exclusivo, de duração actualmente harmonizada na EU e limitada, não perante 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.

**2ª** O nº4 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 nº1, convertendo-o, sem que nada o justifique, num direito de simples remuneração para utilizações primárias, ainda para mais, exercido por uma entidade de gestão que entre nós tem um monopólio de direito e de facto, sendo o artista intérprete ou executante forçado a uma gestão por uma entidade que o não representa sequer, sem que nada o justifique.



**3ª O art. 178º, nº4, viola também as mais elementares regras em matéria de direitos morais previstos nos artigos 180º e 182º CDADC, que consagram o direito de paternidade e o direito à integridade e genuinidade a favor do artista intérprete ou executante.**

**4ª 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, como se tivesse renunciado em parte aos seus direitos morais, que são irrenunciáveis, nos mesmos termos previstos para os direitos de autor (art. 56º, nº 2, CDADC), por força do art. 192º e, mesmo que assim se não entenda, porque o art. 182º configura uma norma imperativa.**

**5ª Se a entidade de gestão tem o poder de fazer o *upload* da música, pode afectar atributos fundamentais do direito de paternidade e integridade ou genuinidade da prestação, direitos morais previstos nos arts. 180º e**



**182ºCDADC, e as regras mais elementares de sobreposição dos direitos morais aos direitos patrimoniais.**

**6ª 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, nº4. Mas 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.**

**7ª A entidade de gestão que, nos termos do nº4, do art. 178º CDADC, coloca a prestação em rede, ou seja, que expropria o artista intérprete ou executante do seu direito de exclusivo conferido pela al. d) do nº1, pode nem ser a que representa os titulares do direito (com a agravante de em Portugal só existir uma, em regime monopolístico, neste caso, de direito e de facto), violando-se, desta forma, o direito do artista intérprete ou executante que não deseje ser representado.**

**8ª O art. 183º-A CDADC é sistematicamente incompatível com o nº 4 do art. 178º CDADC e a interpretação resultante do art. 183-A deve prevalecer sobre a decorrente do nº4 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.**

**9ª Decorre do art. 183º-A CDADC, entre outros aspectos, que o direito em análise é cedido ao produtor de fonogramas por via contratual, sendo o contrato bilateral e oneroso, e que o montante devido pelo produtor a título de remuneração adicional 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.**

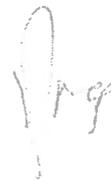
**10ª Esta obrigação é incompatível com o artigo 178º nº 4º, pois pressupõe que quem coloca o direito em causa à disposição é o produtor, e não a**

entidade de gestão. Ou seja, é o produtor a fazer a exploração primária da prestação.

11ª Quanto às questões básicas a propósito do art. 183-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 de fonogramas, decorrendo, inclusive, do nº1 do artigo 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 nº1.

12ª 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, quer no mercado *on line*, para acesso *on demand*.

13ª 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 nº2, o direito de colocação em rede para acesso *on demand*, que ora nos interessa.

14ª O produtor é que tem que dar as autorizações em causa porque os direitos de exploração lhe foram transmitidos pelo artista intérprete ou executante aquando da celebração do contrato de fixação.

15ª Mais uma vez, este nº2 do art. 184º CDADC se revela incompatível com o art. 178º, nº4, 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.

16º 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 independência das formas de exploração, designadamente, previsto

no art.68º, nº4 CDADC para os direitos de autor e aplicável aos direitos conexos, por força do art. 192º do mesmo Código.

17ª 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.

18ª Entendemos, por isso, que o 183º-A CDADC, não estabelece uma presunção de transferência ou cedência do direito de colocação à disposição para acesso *on demand* pelo artista intérprete ou executante ao produtor de fonogramas. Está antes em causa um pressuposto do exercício desse direito. De acordo com o *princípio da disposição funcional*, sendo o contrato de fixação em causa finalista, implica que, 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 *on line* para acesso *on demand*.

19ª O art. 178º, nº 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 - cfr. nº 1 (epígrafe e alínea d) do art. 178º e art.183-A do CDADC).

20ª O nº4 do art.178º, se levado à letra, não faz qualquer sentido. Por todos os motivos, nomeadamente: por estarmos perante um direito de exclusivo; por estarmos perante uma exploração primária; por razões de incompatibilidade sistemáticas (cf. cotejo com os artigos. 183º-A e 184º CDADC); por ser atentatório das regras básicas em matérias de direitos morais do artista intérprete ou executante; por ser inconstitucional; por ser atentatório do Tratado OMPI sobre Interpretações e Fonogramas a que Portugal se vinculou e por ser contrário ao Direito Comunitário.

**21ª** 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.

**22ª** Só uma norma pode prevalecer. Resta saber qual. Decorre do exposto que o artigo 183º resulta de uma Directiva Comunitária recente, e o Direito comunitário tem primazia sobre o Direito nacional, que deve ser interpretado de acordo com aquele. O art. 178º, n.º4, é anterior e não resulta de qualquer Directiva, viola o art.3º, n.º2 da Directiva sobre Sociedade da Informação. Isto bastaria para responder que, havendo contradição, deverá prevalecer o art.183º. O art.178º só poderá ser admitido na medida em que não contradiga e se sujeite ao disposto no art. 183º-A, o que não acontece.

**23ª** As contradições decorrem do próprio artigo 178º, que considera o direito em causa um direito de exclusivo, exceptuando-o expressamente



da solução de gestão colectiva obrigatória prevista para as utilizações secundárias (cfr. 178º, nº1 al. d) e nº3), em aberta contradição com o nº4. O artigo em causa constitui, aliás, uma curiosa invenção do legislador nacional, sem paralelo nas outras legislações da UE.

24ª O direito de colocação à disposição ao público para transmissão *on demand* é previsto pela Directiva 2001/29/CE, como um direito de exclusivo, no art. 3º, nº2, e o legislador nacional está sujeito aos Princípios do Primado do Direito da UE e da Interpretação Conforme com o Direito da UE, quer esteja em causa o Tratado, quer Regulamentos ou Directivas. Inclusive, a jurisprudência do TJCE constitui precedente da jurisprudência nacional.

25º Em todos os países estudados da UE em que se prevê uma norma deste tipo nunca está em causa o direito de exclusivo, mas apenas o direito de saber se o direito de exclusivo de colocar a obra *on line* para acesso *on demand* deve estar sujeito a uma remuneração sujeita a gestão obrigatória. Nunca é colocado em causa o direito de o artista intérprete ou executante ter o exclusivo de colocar a prestação *on line* ou de ceder esse direito a quem deseje para o fazer.

**26ª O mesmo direito de exclusivo está previsto no art. 10º do Tratado OMPI sobre Interpretações e Fonogramas, Tratado que, por força da ordem imposta pelo art. 8º, nº2 da Constituição da República Portuguesa, se sobrepõe às normas ordinárias.**

**27ª O art. 178º, nº4, 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 nº1 do art. 178º e o art. 183º-A sobre o nº 4 do art. 178º.**

**28ª O art.178º, nº4, 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.**

**29ª 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 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, é sempre ilegítima e inconstitucional.**

**30ª Deve ser sempre salvaguardada a liberdade do autor ou titular de direitos conexos, na medida do possível. Desta forma, nos termos gerais do regime da representação, haverá sempre o poder de revogação do acto praticado. A imposição de limites não justificados a essa revogação representa um abuso e, se a entidade tiver uma posição dominante, um abuso de posição dominante à luz das regras da Concorrência.**

**31ª A Comissão Europeia já há muito reconheceu expressamente que as entidades de gestão devem ser consideradas *empresas*, para os efeitos de aplicação dos actuais artigos. 161.º e 162.º do Tratado de União Europeia e várias decisões jurisprudenciais já condenaram entidades de gestão por abuso de posição dominante. Assim como tem acontecido com entidades de supervisão nacionais.**

**32ª Na recente 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. Em matéria de gestão colectiva, inclusive, existe a Proposta de Lei nº 245/XII, já aprovada na generalidade pela Assembleia da República, que também parece ir no mesmo sentido

33ª Embora ainda seja cedo para chegar a conclusões definitivas, tudo parece indicar que a gestão forçosa irá terminar e que os titulares de direitos poderão escolher, dentro da UE (ou EEE), as entidades de gestão que desejam que os representem. A ser assim, o art. 178º, nº4, estará definitivamente condenado, pois o titular de direitos poderá escolher qualquer outra entidade de gestão dentro da UE com um regime mais favorável para gerir os seus direitos de colocação em rede para acesso *on demand*. Ou seja, será de esperar uma deslocalização a este nível.

34ª Faz sentido que, nos termos do nº3 do art. 178º, estejamos perante situações de gestão obrigatória e, nos termos do nº 4 não, se e na medida em que o art. 178º, nº3 se restringir a utilizações secundárias. Não faz qualquer sentido aplicar a gestão obrigatória às situações de utilização



primária, previstas no nº4. Em todo o caso, a gestão forçada, em ambas as hipóteses, parece-nos ilegítima e inconstitucional.

35ª A considerarmos que no artigo 178º, nº4, existe uma presunção, para eventualmente lhe dar alguma utilidade, tal só poderia ser interpretada com carácter limitado, como uma presunção de gestão obrigatória forçada, *iuris tantum* e limitada ao reportório nacional. Isto, se e na medida em que fosse legal, constitucional e não contrária ao Direito Comunitário e aos Tratados internacionais a que Portugal se vinculou, o que não acontece.

36ª O art.178º, nº4, se interpretado no sentido de ser obrigatório o exercício por entidade de gestão colectiva do direito exclusivo do artista intérprete ou executante de, por si ou pelos seus representantes, fazer ou autorizar a colocação à disposição, é inconstitucional. Se interpretado no sentido de impedir a transmissão, transferência, cedência ou licenciamento de tal direito, por parte do seu titular originário, é também inconstitucional.

37ª O art. 178º, nº4, 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 podem ser direitos de simples remuneração.

**38ª** 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.

**39ª** Mas se, por hipótese académica, ainda ficasse alguma dúvida, que não fica, perante todo o exposto, há que recordar que o direito de colocação à disposição para efeitos de acesso *on demand* tem exactamente a mesma natureza de direito de exclusivo, quer esteja previsto como direito de autor (cfr. art. 68º CDADC), quer como direito conexo dos artistas intérpretes ou executantes (cfr. art. 178º, nº1, al. b CDADC), derivando essa igualdade de natureza dos Tratados OMPI de



1996 (cfr. art. 8º do Tratado OMPI sobre Direito de Autor, art.10 do Tratado OMPI sobre Prestações e Fonogramas) e da Directiva Comunitária sobre Sociedade da Informação (cfr. art, 3º, nº2). A única coisa que é diferente é a sua duração, mais restrita em matéria de direitos conexos, e o menor número de direitos morais dos artistas intérpretes ou executantes, aspectos que nada interferem neste aspecto.

40ª Está também em causa, no art. 178º, nº4, a violação de outro aspecto dos direitos liberdades e garantias constitucionalmente tutelados: a violação da liberdade de associação (art. 46ºCRP). A liberdade de se associar implica a liberdade de não se associar, a menos que algo justifique a gestão colectiva obrigatória forçada. 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, tanto mais em situações de utilização primárias.

41ª Os direitos liberdades e garantias estão sujeitos, designadamente, aos artigos 17º e 18º da CRP. Interessa-nos realçar, no art. 18º CRP, a aplicação imediata das normas Constitucionais, que não deixa quaisquer dúvidas quanto a este concreto direito, a vinculação, não apenas das

104

entidades públicas, como das privadas (as entidades de gestão são entidades privadas, tal como os autores e titulares de direitos conexos), a reserva de lei, e, sobretudo, o carácter restritivo das restrições, traduzida, designadamente, em proporcionalidade (nº2, 2ª parte), mas também generalidade e abstracção de lei restritiva, proibição de lei restritiva retroactiva e a garantia do conteúdo essencial (nº3, 3ª parte)

42ª A aplicabilidade directa não deixa margem para dúvidas, no caso concreto, pois a norma em causa é imediatamente exequível, porque suficientemente determinada, ou seja, não carece de concretização; também a aplicabilidade *erga omnes*, entre particulares, é hoje um dado assente.

43ª Aspecto a destacar no caso concreto é a falta de proporcionalidade manifesta. O referido princípio, também denominado princípio da proibição do excesso, desdobra-se em três sub - princípios, nenhum deles respeitado pelo art. 178º, nº4, CDACD. O princípio da adequação, ou princípio da idoneidade, implica que as medidas restritivas previstas na lei sejam o meio adequado para a prossecução dos fins visados, em particular, outros direitos ou bens protegidos pela CRP. Já vimos que o

disposto no art. 178º, nº4, CDADC, não se adequa de forma nenhuma aos fins visados com a previsão do direito de exclusivo de colocação em rede para acesso *on demand* nas utilizações primárias, antes constitui um erro da legislação nacional; mais, as entidades de gestão não estão constitucionalmente previstas.

44ª Também não se verifica no caso em análise o sub - princípio da exigibilidade, também denominado princípio da necessidade ou princípio da indispensabilidade, segundo o qual as medidas restritivas previstas na lei devem ser necessárias, exigíveis, porque de outro modo os fins visados pela lei não poderiam ser obtidos por outras formas menos onerosas para os direitos, liberdades e garantias. No caso, o artigo 178º, nº4 CDADC, aniquila um direito Constitucionalmente garantido.

45ª Não se verifica também o princípio da proporcionalidade em sentido restrito, segundo o qual, os meios legais restritivos e os fins obtidos devem encontrar-se numa “justa medida”, impedindo-se, desta forma, a adopção de medidas restritivas desproporcionadas, excessos relativamente aos fins a obter. O art.178º, nº4, CDADC até poderia servir como exemplo de escola da violação deste sub - princípio, como decorre



**de tudo o exposto até agora, tanto mais que consagra uma situação de gestão colectiva obrigatória forçosa, sem que nada o justifique.**

**46ª Adoptar neste caso uma medida restritiva mata o conteúdo essencial do direito de colocação à disposição em rede para acesso *on demand* nas utilizações primárias, o que é, justamente, o que o artigo 178º, nº4 CDADC efectua.**

**47ª Por força da hierarquia constitucional das fontes normativas, os Tratados e o Direito da União Europeia prevalecem sobre o Direito interno, e o nº4 do art. 178º, nº4, 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, como já verificamos.**

**48ª 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.**



**49ª 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.**

**50ª 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 (cfr. art. 8º, nº2 CRP). Os Tratados OMPI foram ratificados por Portugal.**

**51ª O art.178º, nº4, CRP é uma norma inconstitucional, podendo a Audiogest levantar a questão da inconstitucionalidade sucessiva, abstracta ou concreta, conforme achar mais adequado.**

**52ª Aplicar o art. 178º, nº 4, CDADC à colocação à disposição em Portugal ou a partir de Portugal das fixações fonográficas (ou fonogramas) das prestações de artistas estrangeiros, efectuadas fora do País, em execução de contratos de fixação celebrados ao abrigo de uma legislação diferente da legislação nacional (designadamente no que concerne à vontade das partes) com produtores fonográficos, ou à colocação à**



**disposição no estrangeiro e por forma a não serem acessíveis a partir de Portugal das fixações fonográficas (ou fonogramas) das prestações de artistas nacionais efectuadas no País, em execução de contratos de fixação celebrados ao abrigo da lei Portuguesa com produtores fonográficos, depende da vontade das partes, por aplicação do art. 3º do Tratado Roma I. Caso as partes não escolham a lei aplicável, o artigo 4º, nº2 ou nº 3, pode conduzir à aplicação da lei portuguesa, com o inerente risco de um intérprete menos atento aplicar o art. 178º, nº4.**

**53ª Caso se possa aplicar a lei portuguesa aos contratos celebrados neste âmbito entre produtores e artistas intérpretes ou executantes, só será de aplicar a lei portuguesa e, conseqüentemente, o art. 178º, nº4, se as partes não escolherem lei diversa que, inclusive, não tem que ter qualquer conexão com Portugal, ao abrigo do Tratado Roma I.**

**54ª Se respondêssemos com base apenas na letra da lei, designando o art. 178º, nº4 uma única entidade com direito de gestão obrigatória e forçada no nosso país, diríamos que a esta poderia caber, em algumas situações, caso as partes não escolhessem a lei aplicável, o direito de colocação à disposição, mesmo para utilizações primárias.**



**55ª** Todavia, o art.178º, nº4, não pode ser aplicado de acordo com a sua letra.

**56ª** A futura transposição da Directiva sobre gestão colectiva e a Proposta de Lei sobre gestão colectiva, em discussão na especialidade, parecem apontar para a condenação do art. 178º, nº4 CDADC, por permitirem a escolha da entidade de gestão dentro da UE, ou seja, a deslocalização da gestão, e parecerem claramente contrárias a uma gestão forçada. Se tal vier a acontecer, o desaparecimento do nº4 do art. 178º CDADC é uma questão de curto prazo.

**57ª** O art. 178º, nº4, pode ter graves consequências, não apenas para o mercado da música, mas também para todo o mercado audiovisual, pois os artistas intérpretes não são exceptuados da norma. Atendendo ao tipo de exploração actual, em *hardware* convergente, existe um sério risco de deslocação de um mercado, já de si marginal, com prejuízo para todos os titulares de direitos envolvidos, nomeadamente, artistas intérpretes, autores, produtores de fonogramas e videogramas, entidades de radiotelevisão, operadores de telecomunicações e operadores da internet.



**58ª O art.178º, nº4, não permite a aplicação em Portugal de um regime diferente daquele que é aplicável nos restantes Estados-Membros da União Europeia.**

**59ª Tal é incompatível com as normas da União Europeia relativas ao mercado interno, porque é susceptível de criar obstáculos ao funcionamento do mercado interno, em particular no que respeita à livre prestação de serviços e, eventualmente, ao direito de estabelecimento e à livre circulação de mercadorias**

**60ª Viola as normas comunitárias em matéria de Concorrência, uma vez que o art.178º, nº4, institui a favor de uma entidade de gestão um monopólio de direito e de facto a favor desta entidade, impondo uma gestão obrigatória e forçada, sem qualquer justificação, mesmo para utilizações primárias.**

**61ª Expropria a 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, do direito de exclusivo consagrado no art. 3º, nº2 da mesma Directiva.**



**62ª** O art. 178º, nº4 não é compatível com a letra nem com 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, assumido como direito de exclusivo, em conformidade com as Convenções OMPI e com a Directiva Comunitária sobre sociedade da informação.

**63ª** A Audiogest poderá 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.

**64ª** Consideramos que não comete qualquer acto ilícito, mesmo em face do direito constituído, o titular originário ou derivado que autorize a colocação à disposição das fixações fonográficas/ fonogramas das prestações objecto do direito, por qualquer meio e mediante remuneração ou não.

**65ª** A conclusão anterior decorre do facto de o art. 178º, nº4, ser uma norma contraditória em si mesma e do ponto de vista sistemático - sendo certo que as normas com que entra em contradição, em especial o art.

**183º-A CDADC, devem prevalecer sobre a norma em questão -, ser inconstitucional, ser violadora do Direito da União Europeia e do Direito Internacional a que Portugal está vinculado.**

**66ª Caso, por hipótese académica, se admita algum ilícito, seria apenas civil, porque não há nenhum crime no CDADC que contenha no seu tipo a violação de direitos de entidades de gestão, e os crimes têm que estar tipificados (cfr. artigos 195º a 197º CDADC).**

**67ª Também não está prevista qualquer contra-ordenação.**

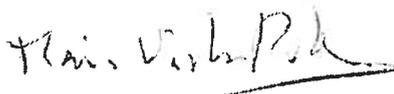
**68ª A proposta de solução legislativa que defendemos implica que o nº4 do art.178º seja revogado.**

**Este é, s.m.j, o nosso Parecer**

**Coimbra, 28 de Novembro de 2014**



**António Pinto Monteiro**



**Maria Victória Rocha**

