

Memorando
Pontos Essenciais e Argumentos em Defesa da Revogação do
n.º 4 do artigo 178.º do CDADC

Nota Prévia:

O presente memorando é subscrito e apresentado conjuntamente pela **AUDIOGEST – Associação para a Gestão e Distribuição de Direitos** (produtores musicais) e pela **GEDIPE – Associação para a Gestão de Direitos de Autor, Produtores e Editores** (produtores audiovisuais). Em cada um dos respectivos sectores estas entidades representam a quase totalidade do mercado nacional (música e produções audiovisuais vendidas e utilizadas em Portugal), incluindo as produções de origem estrangeira.

O objectivo do presente memorando é o de **alertar o legislador para os graves riscos para o direito mas sobretudo para a economia e o mercado de produtos culturais “on line” da norma plasmada no n.º 4 do artigo 178.º do Código do Direito de Autor e Direitos Conexos (CDADC)**, adiante transcrita.

Para tanto, e nos dois primeiros pontos, começamos por assinar aspectos específicos e outros tantos inconvenientes que a norma em questão tem para cada um dos mercados, em particular. Nos pontos seguintes apontam-se, sucessivamente e agora em termos gerais e sucintos, os vícios de inconstitucionalidade da norma e de violação de directiva da União Europeia; a sua inaplicabilidade aos artistas estrangeiros e os entraves ao mercado interno criados por tal disposição legal; a violação de normas nacionais e europeias de direito da concorrência; a impossibilidade de salvar a norma pela via interpretativa; e, por último, a oportunidade de proceder à sua revogação.

Tal é a organização que adoptámos na exposição que se segue.

1. No que concerne a Gravações Musicais:

A Contradição Literal entre o Artigo 178.º, n.º 4 e o Artigo 183-A .º

Em 7 de Dezembro de 2013, entrou em vigor a Lei n.º 82/2013, de 6 de Dezembro, que transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2011/77/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Setembro de 2011, que altera a Directiva n.º 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 alterando o Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (CDADC).

Tal diploma legal, aditou ao CDADC o seu novo artigo 183.º - A do qual constam as normas que, seguidamente, se transcrevem:

«Artigo 183.º-A

Disponibilização de fonogramas pelo produtor

1 - Decorridos 50 anos após um fonograma ser licitamente publicado ou, na ausência desta publicação, ser licitamente comunicado ao público, se o produtor de fonogramas ou o cessionário dos respetivos direitos não colocarem cópias do fonograma à venda no mercado em quantidade suficiente, ou não o colocarem à disposição do público, em transmissão por fio ou sem fio, por forma a torná-lo acessível ao público a partir do local e no momento por ele escolhido individualmente, o artista intérprete ou executante pode resolver o contrato mediante o qual transferiu ou cedeu ao produtor de fonogramas os seus direitos sobre a fixação das suas prestações, apenas na parte respeitante aos fonogramas que reúnam tais condições.

2 - O direito de resolução contratual referido no número anterior é irrenunciável, podendo ser exercido caso o produtor ou o cessionário dos respetivos direitos, no prazo de um ano contado a partir da notificação pelo artista intérprete ou executante da sua vontade de resolver o contrato, não proceda a um dos dois atos de exploração acima mencionados, fazendo desse modo caducar o direito do produtor ou cessionário dos respetivos direitos sobre o fonograma em causa.

3 - (...)

4 - Caso um contrato de transferência ou cessão de direitos atribua ao artista intérprete ou executante o direito a uma remuneração não recorrente, tem este o direito irrenunciável de obter uma remuneração suplementar anual do produtor de fonogramas por cada ano completo imediatamente após o quinquagésimo ano subsequente ao fonograma ser licitamente publicado ou, na ausência desta publicação, após o quinquagésimo ano subsequente a ser licitamente comunicado ao público.

5 - O montante global destinado pelo produtor de fonogramas ao pagamento da remuneração suplementar anual referida nos números anteriores deve corresponder a 20 % das receitas por este recebidas no ano anterior ao ano relativamente ao qual a indicada remuneração é paga, pela reprodução, distribuição e colocação à disposição do público desses fonogramas, não sendo dedutíveis ao referido montante quaisquer adiantamentos ou outras deduções previstas no contrato.

6 - (...)

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

(sublinhados nossos)

De tal artigo – que tem por fonte directa e imediata os números 2-A a 2-E do artigo 3.º da mencionada Directiva e que, em muitos aspectos, corresponde à cópia literal dos mesmos – resulta com cristalina clareza que:

- (i) Os direitos dos artistas sobre a fixação das suas prestações fonográficas não só são **susceptíveis de ser transferidos para o respectivo produtor fonográfico** como, tal transmissão ou cedência será até a hipótese mais comum;
- (ii) Mais concretamente, a faculdade de colocação (da gravação que incorpora a prestação artística) à disposição do público, em transmissão por fio ou sem fio, por forma a torná-lo acessível ao público a partir do local e no momento por ele escolhido individualmente, **não só pode ser, como tipicamente é, transmitida pelo artista ao produtor**;
- (iii) Tais transmissões ou cedências são efectuadas mediante **contrato** (obviamente celebrado entre o artista e o produtor-cessionário);

- (iv) Por assim ser, o produtor, cessionário ou transmissário dos direitos tem não só o **direito** como (decorrido que seja o prazo referido no n.º 1 do artigo vindo de transcrever) o **dever de explorar economicamente a referida prestação, designadamente, através de actos de colocação à disposição do público.**
- (v) Os mencionados contratos, não só podem prever como tipicamente prevêem para alguns dos artistas intervenientes na prestação fixada (designadamente para os denominados “artistas – intérpretes”) o **direito a receber uma remuneração recorrente** (tipicamente denominada ‘*royalty*’) do produtor que, estando legitimado a auferir e auferindo os proveitos económicos da exploração dos direitos de que é transmissário ou cessionário, os reparte, nos termos acordados com o artista.
- (vi) Após o decurso do prazo de 50 anos sobre a publicação ou comunicação ao público lícitas, caso o produtor não cumpra o seu dever de exploração efectiva das fixações, **o contrato de transmissão ou cedência dos direitos** poderá ser resolvido.
- (vii) Na hipótese inversa, e caso o produtor explore economicamente tal fixação, terá o artista que não receba uma remuneração recorrente (tipicamente o “artista – executante”) **direito a uma remuneração suplementar** que corresponde a 20% das **receitas auferidas pelo produtor**, em virtude de determinados actos de exploração entre os quais se conta **a colocação à disposição do público**, o que indicia, desde logo, que competirá ao produtor – cessionário acordar e receber de terceiros por ele licenciados um montante que engloba também a parcela devida aos artistas pela exploração das fixações.
- (viii) O montante devido **pelo produtor** (e, note-se, não pelo licenciado ou utilizador da prestação fixada) a título de remuneração adicional dos artistas que não tenham direito a uma remuneração recorrente **deve ser pago por este mesmo produtor a uma entidade de gestão colectiva de direitos de artistas, intérpretes ou executantes.**

É pois evidente que as normas vindas de transcrever e analisar não só permitem como, no mínimo, pressupõem que, por via de regra, os direitos dos artistas sobre as prestações fixadas e editadas – incluindo a faculdade de colocação à disposição do público - **são transferidos para o produtor**, que as explora economicamente, recebendo os proveitos da respectiva exploração e pagando ao artista ou – apenas na hipótese específica dos artistas que não tenham direito contratual a uma remuneração recorrente e decorrido o prazo supra referido – a uma entidade de gestão colectiva que represente tal classe de titulares de direitos. É também evidente que **tais direitos e faculdades são transmitidos ou cedidos ao produtor por via de um contrato celebrado entre este e os artistas em causa.**

A norma em causa, recentemente introduzida no CDADC, decorre de uma directiva da UE que, como tal, obriga o legislador e o Estado Português.

Por outro lado, através da Lei 50/2004, de 24 de Agosto (que Transpôs para a ordem jurídica nacional a Directiva n.º 2001/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio,

relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade de informação) havia sido já introduzida, no mesmo Código, a actual redacção do artigo 178.º que, na parte que ora importa tem a seguinte redacção:

Artigo 178.º

Poder de autorizar ou proibir

1 - Assiste ao artista intérprete ou executante o direito exclusivo de fazer ou autorizar, por si ou pelos seus representantes:

- a) (...)*
- b) (...)*
- c) (...)*
- d) A colocação à disposição do público, da sua prestação, por fio ou sem fio, por forma que seja acessível a qualquer pessoa, a partir do local e no momento por ela escolhido.*

2 - (...)

3 - (...)

4 - O direito previsto na alínea d) do n.º 1 só poderá ser exercido por uma entidade de gestão colectiva de direitos dos artistas, que se presumirá mandatada para gerir os direitos de todos os titulares, incluindo os que nela não se encontrem inscritos, assegurando-se que, sempre que estes direitos forem geridos por mais que uma entidade de gestão, o titular possa decidir junto de qual dessas entidades deve reclamar os seus direitos.”

Importa, antes de mais referir que, se a introdução no ordenamento jurídico nacional da norma vertida na alínea d) do n.º 1 corresponde ao **cumprimento da norma constante da alínea a) do n.º 2 do artigo 3.º da mencionada Directiva n.º 2001/29/CE**, já o n.º 4 constituiu uma inusitada “inovação” do legislador nacional, sem qualquer paralelo noutros Estados-Membros da União.

Era já para nós claro - por imperativos lógicos que decorrem da sua inserção sistemática, da hierarquia das normas e de princípios gerais de direito - que jamais a norma questão poderia retirar ao próprio artista o direito que o normativo da UE lhe confere de decidir livremente sobre a forma de exploração das suas prestações e, designadamente, sobre a faculdade de fazer ou autorizar, designadamente por cessão ou transmissão desse seu direito, a colocação à disposição do público das fixações que as incorporem.

Acresce que a Directiva n.º 2011/77/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Setembro de 2011, e as normas nacionais que a transpõem – em particular o supra transcrito artigo 183.º - A do CDADC - vêm confirmar a posição que sempre defendemos em relação ao referido n.º 4 do artigo 178.º do mesmo código: trata-se, no mínimo, de uma norma desprovida de qualquer sentido e utilidade prática, que não a de gerar desnecessárias e nada aconselháveis dúvidas interpretativas.

Uma vez mais, tomando apenas em conta o teor literal de ambos os preceitos supra transcritos:

- (i) Como é possível que, o direito de colocação à disposição de prestações artísticas fixadas **só possa** “*ser exercido por uma entidade de gestão colectiva de direitos dos artistas*” (n.º 4 do artigo 178.º) e, do mesmo passo o produtor tenha não só o direito

como o dever de colocar essa mesma prestação “à disposição do público, em transmissão por fio ou sem fio, por forma a torná-lo acessível ao público a partir do local e no momento por ele escolhido individualmente” (n.º 1 do artigo 183.º - A)?

- (ii) Como é possível, no mesmo diploma legal, admitir a possibilidade – ou melhor, pressupor – que o artista “transferiu ou cedeu ao produtor de fonogramas os seus direitos sobre a fixação das suas prestações” (n.º 1 do artigo 183.º - A) e, simultaneamente afirmar que esse mesmo direito “só poderá ser exercido por uma entidade de gestão colectiva de direitos dos artistas” (n.º 4 do artigo 178.º)?
- (iii) Como é possível, neste contexto, que seja conferido ao artista (ele próprio) o direito de “resolver o contrato mediante o qual transferiu ou cedeu ao produtor de fonogramas os seus direitos” (n.º 1 do artigo 183.º - A) quando – a atender apenas ao teor literal do n.º 4 do artigo 178.º - é a entidade de gestão colectiva que se presume “mandatada para gerir os direitos de todos os titulares, incluindo os que nela não se encontrem inscritos”?
- (iv) Por que razão deveria o artista “obter uma remuneração suplementar anual do produtor de fonogramas” (n.º 4 do artigo 184.º - A), incidente sobre os montantes auferidos “pela reprodução, distribuição e colocação à disposição do público” (n.º 5 do artigo 184.º - A) quando essa mesma faculdade de colocação à disposição do público é um direito cujo exercício, aparentemente, competiria a “uma entidade de gestão colectiva de direitos dos artistas” (n.º 4 do artigo 178.º)?
- (v) Que sentido faz que o direito previsto na alínea b) do n.º 1 do artigo 178.º seja gerido por uma entidade de gestão colectiva de direitos de artistas (como refere o n.º 4 do artigo 178.º) simultaneamente essa (ou outra) entidade de gestão colectiva de direitos da mesma categoria de titulares tenha o direito de auferir do produtor uma “remuneração suplementar anual” também em virtude do exercício desse mesmo direito pelo produtor, como decorre dos n.ºs 4, 5 e 7 do artigo 183.º - A?

A leitura paralela e cotejada das normas legais em apreço é, por si só, suficiente para demonstrar que estas **não podem continuar a subsistir simultaneamente, sem manifestos e graves prejuízos para a certeza e segurança jurídica, no ordenamento jurídico nacional** e, muito menos, no mesmo código.

E, se o facto de a norma plasmada no artigo 183.º - A do CDADC decorrer directamente da execução de um comando de uma norma supra nacional, justificaria, só por si, uma opção do legislador quanto à norma que deveria prevalecer, subsistem ainda razões acrescidas que justificam uma clara e imediata opção legislativa.

De facto, a letra do n.º 4 do artigo 178.º é estranha (e como se viu contraditória) não só ao ordenamento jurídico nacional, como também com o ordenamento jurídico da União Europeia.

2. No que concerne a Gravações Audiovisuais

A situação que Afecta e Põe em Risco o Mercado Audiovisual

Ao contrário do que ocorre com os denominados “pequenos direitos” ou utilizações “secundárias” (v.g. a retransmissão por cabo ou a comunicação ao público), em que a gestão colectiva constitui um instrumento útil e necessário para acautelar, a um tempo, os direitos criadores e produtores e os interesses dos utilizadores, o direito de colocação à disposição do público é, manifestamente, uma utilização primária ou “grande direito” cuja exploração e gestão é tipicamente, em todo o mundo, efectuada pelo produtor cinematográfico ou audiovisual.

Como é do conhecimento geral, hoje e cada vez mais, os filmes e séries são disponibilizados ao público, via *internet* ou através de IPTV ou cabo, em sistemas de Vídeo-On-Demand (VOD), sendo evidente que esta forma de aceder e fruir as gravações audiovisuais, tem vindo progressivamente a substituir a venda (e o aluguer) de suportes físicos. É pois claro que, como sempre ocorreu, na venda de suportes físicos e ocorre em todo o mundo em relação a estas “novas” utilizações, é ao produtor – cessionário legítimo dos direitos de exploração das obras e prestações incorporadas na gravação – que compete a exploração económica de tais gravações, directamente ou através de terceiros por ele (produtor) autorizados.

É absurdo – sobretudo no mercado cinematográfico em que a produção de origem Anglo-saxónica, atinge quotas superiores a 95% - que a lei nacional possa ser interpretada no sentido de atribuir “obrigatoriamente” a gestão de tal direito a uma entidade de gestão colectiva, pondo em causa o normal funcionamento deste mercado que se desenvolve à escala global.

Mas além de absurda, tal norma, assim interpretada, viola gritantemente princípios gerais de direito e, designadamente, de direito internacional privado, uma vez que, em relação ao reportório estrangeiro, é à lei pessoal que competirá regular as condições de legitimidade, material e formal, dos negócios jurídicos que envolvem a transmissão, cessão e licenciamento destes direitos.

Como é evidente, a norma não é nem pode ser oponível a artistas estrangeiros que, livremente e de acordo com as regras de mercado vigentes em todo o mundo, cederam aos respectivos produtores (de forma expressa e por contrato ou mesmo com base em presunções legais) o direito de exploração das suas prestações. Por ser assim, o único efeito possível desta norma seria o de criar um regime de “incapacidade” aplicável apenas aos artistas nacionais e ao território português, regime esse que em nada beneficia os próprios artistas e, muito menos os utilizadores.

De facto, os utilizadores, longe de verem facilitado o processo de licenciamento de direitos, teriam, em tal hipótese, que contratar com duas entidades - o produtor e a entidade de gestão de direitos dos artistas - a concessão dos direitos que antes lhes podiam ser conferidos apenas pelo produtor. É evidente que a aplicação desta norma apenas terá por efeito a exclusão de obras audiovisuais nacionais das grandes plataformas internacionais de distribuição digital.

3. Violação de Princípios Constitucionais:

É evidente que esta norma jamais poderia ser interpretada – ao contrário do que, erradamente, poderia inculcar a sua letra – no sentido de impedir que o artista exerça directamente o seu direito. Uma interpretação nesse sentido corresponderia a uma **inaceitável limitação de**

liberdades e garantias constitucionalmente protegidas, limitação essa que, no caso, não passa pelo crivo da proporcionalidade, necessidade e adequação, ao contrário do que ocorre com os verdadeiros casos de gestão colectiva legalmente previstos para utilizações ditas “secundárias” (v.g a retransmissão por cabo, a gestão da remuneração pela cópia privada e, como ocorre em muitos países europeus, a comunicação ao público de fonogramas e videogramas já editados).

4. Violação da Directiva 2001/29/CE

Sendo a faculdade de colocação à disposição do público uma denominada “utilização primária”, aliás equiparada à publicação ou “lançamento” comercial, é evidente que aquela (errada) interpretação da norma em apreço, constituiria uma abusiva “expropriação” do direito do artista que a alínea b) do n.º 1 do mesmo artigo lhe conferiu. Tratar-se-ia, nesta hipótese, de uma **clara e flagrante violação da alínea a) do n.º 2 do artigo 3.º da mencionada Directiva n.º 2001/29/CE**, o que levaria, por si só a arredar semelhante entendimento.

5. A (In)Aplicabilidade aos Artistas Estrangeiros e os Entraves ao Mercado Interno:

Noutra ordem de considerações – e agora independentemente da interpretação que possa ser atribuída à norma – é evidente que esta **jamais se poderia aplicar a reportórios de artistas estrangeiros** que, nos termos da legislação (estrangeira) aplicável, celebraram os contratos que entenderam ser mais favoráveis à valorização e exploração económica do produto do seu trabalho artístico, não podendo prever ou sequer imaginar que, num território da Europa, existia semelhante norma legal, que, além do mais, é **insusceptível de qualquer aplicação a tal reportório, pela impossibilidade de preenchimento do critério de reciprocidade**.

Ora, não só mas também por esta razão, é evidente que não poderá ser aceite qualquer aplicação material de uma norma que tenha por efeito prático a criação de um **entreve objectivo ao funcionamento do mercado interno**. Tal entrave decorreria da implementação de um quadro legal diferente aplicável ao território português – e, eventualmente, apenas a nacionais- quadro esse que, além do mais, não constituiria uma vantagem, mas antes uma objectiva desvantagem, para o funcionamento do mercado de disponibilização “on-line” de fixações de obras e prestações, no nosso país.

5.1.A Criação de um (Injustificado) Monopólio Legal

Por ser **flagrantemente violadora de normas nacionais e europeias do de direito de concorrência**, seria ainda de afastar qualquer entendimento no sentido da obrigatoriedade da gestão colectiva por parte da entidade de gestão de direitos dos artistas, por tal se traduzir na criação de um “monopólio legal”, sem qualquer paralelo noutros países do espaço europeu e sem qualquer benefício objectivo para os titulares de direitos em causa e para os utilizadores das prestações fixadas.

Seriam tão nefastos como previsíveis os efeitos que semelhante regime teria nas decisões de investimento a tomar por operadores de plataformas digitais internacionais em relação a um mercado tão marginal, à escala global, como é o mercado Português.

6. A Ausência de Qualquer (outra) Interpretação que Permita “Salvar” a Norma

O problema adensa-se quando – por muito boa vontade que tenha o interprete – **não é possível vislumbrar uma interpretação útil da norma que não seja susceptível de gerar tais efeitos.**

Se, já antes da publicação da Lei 82/2013 de 6 de Dezembro, o preceito em causa era, na melhor das hipóteses, inútil, despropositado e desprovido de qualquer sentido ou alcance prático e, na pior, desproporcionado, inconstitucional, e violador de normas da União Europeia, é agora mais evidente que ele não pode subsistir.

7. A Oportunidade para Tomar Medidas Urgentes

Estando, neste momento a ser preparada (Já em fase de discussão na A. R.) legislação relativa a direitos de autor e direitos conexos esta é a primeira oportunidade, após as alterações introduzidas no CDADC pela Lei n.º 82/2013, de 6 de Dezembro, para corrigir este grave erro decorrente, em boa medida, do facto desta norma ter sido introduzida sem uma efectiva consulta ou audição dos principais interessados.

Concretamente, a **Proposta de Lei 247/XII**, altera o CDADC para transpor a Directiva da União Europeia relativa às denominadas “obras órfãs” e aproveita até a oportunidade para corrigir outro “erro”, também por nós já apontado ainda que de muito menor impacto, pela nova redacção que é conferida ao n.º 3 do artigo 183.º do CDADC. Esta é, de facto, a oportunidade soberana para expurgar a nossa legislação de uma norma que é, a um tempo, prejudicial para o mercado, inconstitucional, contraditória com outras normas do mesmo código, violadora da Directiva que alegadamente pretende transpor, violadora de normas da União Europeia relativa ao mercado interno e, no limite, inaplicável.

Por outro lado, e tendo em conta que um dos diplomas em preparação, entre outros aspectos, irá dotar o sistema de gestão colectiva de meios adequados ao exercício legítimo de direitos por parte das entidades de gestão, seria essencial evitar que o início da vigência de tais mecanismos possa ser marcado pela sua utilização ao serviço de um pretenso direito que jamais existiu e que constitui um “corpo estranho” a todo o nosso sistema jurídico de direito de propriedade intelectual.

É neste sentido que - por todas as razões invocadas, e por imperativo de coerência interna material e formal do ordenamento jurídico nacional - que solicitamos uma **urgente intervenção legislativa e em simultâneo com o processo de elaboração e aprovação do novo regime jurídico das entidades de gestão colectiva** o problema em questão seja definitiva e eficazmente resolvido

o que, salvo melhor opinião, passará por remover do CDADC a norma ínsita no n.º 4 do artigo 178.º do CDADC.

1 de Novembro de 2014

AUDIOGEST – Associação para a Gestão e Distribuição de Direitos;

GEDIPE – Associação para a Gestão de Direitos de Autor, Produtores e Editores;