



MEMORANDO

PROPOSTA DE REVISÃO LEGISLATIVA RELATIVA A LICENÇAS DE DIREITOS DE AUTOR E CONEXOS

I. INTRODUÇÃO

O presente documento foi solicitado pela, e preparado em benefício exclusivo da, Confederação do Turismo Português (“CTP”), não devendo ser facultado a qualquer outra entidade sem o nosso prévio consentimento.

Constitui objecto deste trabalho identificar e analisar de forma sumária algumas medidas que a CTP pode tomar, nomeadamente em sede de revisão legislativa, com o objectivo de clarificar as obrigações legais que os utilizadores, nomeadamente os estabelecimentos hoteleiros e similares¹, parques de campismo e estabelecimentos de restauração e de bebidas, estão sujeitos em matéria de obtenção e pagamento de licenças de direitos de autor e de direitos conexos. O presente documento não tem carácter exaustivo nem definitivo, destinando-se a ulterior análise e discussão com a CTP.

A análise efectuada e as conclusões apresentadas traduzem a nossa melhor opinião à presente data, assentam nos pressupostos enunciados no Capítulo II e estão sujeitas às reservas pontualmente levantadas, podendo não ser coincidentes com as de entidades administrativas, judiciais ou arbitrais que se venham a pronunciar sobre esta matéria.

¹ Empreendimentos turísticos.



II. PRESSUPOSTOS

Constituem pressupostos deste trabalho que:

1. Em geral, os estabelecimentos hoteleiros procedem à seguinte utilização de obras e prestações protegidas:
 - (a) Radiodifusão (televisão e rádio), nos quartos e em espaços públicos (*hall*, restaurantes, bares, etc.);
 - (b) Difusão de música (CDs) em espaços públicos (nomeadamente música ambiente);
 - (c) Disponibilização de serviços de *Video-on-Demand* (VOD) nos quartos.
2. Os parques de campismo procedem a uma utilização similar de obras e prestações referidas. Os estabelecimentos de restauração e de bebidas, por sua vez, procedem à difusão de música (da rádio e de CDs) e têm instaladas televisões para visionamento pelos seus clientes (de forma análoga, portanto, ao que sucede nos espaços públicos dos estabelecimentos hoteleiros).
3. O presente memorando analisará apenas as utilizações referidas na perspectiva do direito de autor e de direitos conexos, pelo que não se procederá ao estudo das implicações que possam decorrer para as associadas da CTP caso procedam a outras utilizações, nomeadamente mediante a organização de espectáculos nas suas instalações.

A este respeito, portanto, não se analisará, nomeadamente, se as associadas da CTP podem ser consideradas promotoras de espectáculos de natureza artística



nem se proporá revisões legislativas neste domínio, remetendo-se para o nosso anterior memorando sobre esta matéria.

4. Adicionalmente, o presente memorando foi elaborado com o objectivo de acompanhar a proposta de revisão legislativa que se pretende propor em sede de direitos de autor e conexos, pelo que se aborda apenas de forma sucinta os argumentos que sustentam os diversos entendimentos nesta matéria.

III. QUESTÃO PRÉVIA: O REGIME LEGAL PORTUGUÊS DE DIREITO DE AUTOR E DIREITOS CONEXOS

A O direito de autor e os direitos conexos

1. O direito de autor protege a criação intelectual, isto é, a expressão da individualidade do seu autor/criador. Não existem critérios legais para aferir se uma obra é criativa, mas a análise da estrutura, organização e apresentação da mesma tem sido entendida como permitindo distinguir uma obra criativa (em que estes elementos são expressão da criatividade do autor) das obras não criativas, nas quais estes elementos já preexistem à criação.

Apenas casuisticamente se pode apreciar a existência de criatividade e, por isso, se uma determinada obra é protegida por direito de autor. Contudo, em princípio existem determinadas obras que serão criativas e por isso protegidas, como serão, para o que nos interessa, as canções (obras musicais) e os filmes, séries e similares (obras audiovisuais). Relativamente a outras obras audiovisuais que são emitidas na televisão e na rádio (como sejam os concursos e telejornais) é discutível se são criativos, pelo que apenas uma apreciação concreta permitirá determiná-lo.



2. O direito de autor está, regra geral, na titularidade do seu criador intelectual – como seja, para o que nos interessa, quem cria a música e a letra de uma canção (autores da obra musical) e quem cria o filme (realizador), o argumento e a banda sonora do mesmo (autores da obra audiovisual). Contudo, pode suceder que não seja assim: é o caso paradigmático da designada “obra por encomenda”, na qual o direito de autor fica a pertencer, se tal for definido contratualmente, a quem encomenda a obra – p.ex., o produtor de uma obra musical ou audiovisual.

3. No entanto, há ainda que fazer uma distinção: o direito de autor inclui o direito patrimonial e o direito moral:
 - (a) O direito patrimonial é o direito de autorizar a exploração de uma obra por terceiros. Pese embora o Código de Direito de Autor e Direitos Conexos (doravante “CDADC”) não recorra a uma estruturação clara do conteúdo do direito patrimonial, pode afirmar-se, em geral, que este inclui:
 - (i) O direito de reprodução da obra (p.ex., tirar fotocópias ou fazer um *download*);
 - (ii) O direito de distribuição (p.ex., colocar no mercado CDs e DVDs de obras);
 - (iii) O direito de comunicar ao público (p.ex., a radiodifusão);
 - (iv) O direito de colocar uma obra à disposição do público de forma a que os membros do público possam aceder a ela no momento e local pretendido (p.ex., na Internet); e
 - (v) O direito de transformação (i.e., alterar uma obra de tal forma que dê origem a uma obra nova, ou seja, uma obra que apresenta uma individualidade própria).

 - (b) O direito moral é, essencialmente, o direito de garantir a integridade da obra (opondo-se a alterações que deformem o seu conteúdo e coloquem



em causa o bom nome e reputação do autor) e o direito à paternidade da obra (exigindo que o seu nome seja divulgado como criador da obra).

Apenas o direito patrimonial pode ser transferido para outra pessoa ou entidade (p.ex., ao abrigo do regime da obra por encomenda), pelo que é possível que o titular do direito patrimonial e o titular do direito moral não coincidam.

4. Os direitos conexos, por sua vez, protegem as seguintes realidades:
 - (a) As prestações dos artistas intérpretes ou executantes (cantores, actores, músicos, bailarinos, etc.). As prestações apenas são protegidas quando esteja subjacente uma obra protegida: os artistas são os que representam, cantam, recitam, declamam, interpretam ou executam obras protegidas;
 - (b) Os videogramas e fonogramas, i.e., o registo que resulta da fixação, num suporte material, de sons e/ou imagens;
 - (c) As emissões de radiodifusão dos respectivos organismos.

5. Para o que ora nos interessa, os titulares dos direitos conexos têm o poder de autorizar ou proibir:
 - (a) Artistas:
 - (i) A radiodifusão e a comunicação ao público por qualquer meio da sua prestação não fixada, excepto quando a prestação já seja, por si própria, uma prestação radiodifundida;
 - (ii) A colocação à disposição do público de forma a que os membros do público possam aceder à prestação no momento e local pretendido.



- (b) Produtores de videogramas e fonogramas:
 - (i) A radiodifusão;
 - (ii) A execução pública;
 - (iii) A colocação à disposição do público de forma a que os membros do público possam aceder à prestação no momento e local pretendido.

- (c) Organismos de radiodifusão:
 - (i) A retransmissão das suas emissões (é o que sucede, nomeadamente, nos pacotes dos serviços por cabo como o MEO ou a ZON);
 - (ii) A comunicação ao público das suas emissões quando essa comunicação seja feita em lugar público e com entradas pagas;
 - (iii) A colocação à disposição do público de forma a que os membros do público possam aceder à prestação no momento e local pretendido.

B O regime das licenças de direito de autor e de direitos conexos

1. De forma muito sintética, há que distinguir três realidades em matéria de autorizações de direito de autor e direitos conexos:
 - (a) Os usos livres;
 - (b) As licenças voluntárias; e
 - (c) As licenças compulsórias.

2. Os usos livres dizem respeito a situações nas quais, embora em princípio a utilização da obra, prestação, videograma/fonograma e/ou emissão de radiodifusão devesse estar sujeita a autorização dos respectivos titulares, o CDADC dispensa essa autorização. Em alguns casos, é igualmente dispensada a



realização de um pagamento e em outros casos a lei impõe o pagamento de uma remuneração equitativa.

Os usos livres existem porque o legislador entendeu que outros princípios se sobrepõem, nomeadamente:

- (a) Direitos fundamentais, designadamente a liberdade de expressão, de imprensa e o direito à informação. Com base neste fundamento, foram criados limites como o da citação ou de revista de imprensa;
 - (b) Motivos de interesse público, sendo nesse sentido que são estabelecidos os limites a favor de bibliotecas, museus, estabelecimentos de ensino, entre outros;
 - (c) Falhas de mercado, ou seja, situações nas quais o titular não consegue, atentas as circunstâncias, exercer os seus direitos. É nesta razão que alguma doutrina fundamenta o limite da cópia privada, uma vez que era impossível aos titulares dos direitos, no contexto analógico, controlarem a reprodução das suas obras.
3. As licenças voluntárias dizem respeito aos casos mais frequentes, em que é necessário obter autorização do titular do direito para utilizar a obra, prestação, videograma/fonograma e/ou emissão de radiodifusão. Usualmente a obtenção da autorização está sujeita ao pagamento de uma contrapartida económica, mas o titular pode optar por licenciar o uso de forma gratuita.
 4. As licenças compulsórias correspondem aos casos em que o titular do direito não se pode opor a conceder uma licença: ela é concedida de forma obrigatória, tendo o titular apenas direito a obter uma remuneração pela mesma.
 5. A forma como as licenças referidas são geridas pode também ser variada:



- (a) Base individual: neste caso, cada titular concede as autorizações pretendidas, pelo que o utilizador tem de entrar em contacto directo com aquele e negociar as condições da licença;
 - (b) Gestão colectiva: neste caso, as autorizações são concedidas por entidades de gestão colectiva, as quais actuam, na prática, como representantes dos titulares dos direitos.
6. A gestão colectiva pode ter três modalidades:
- (a) Voluntária: neste caso, os titulares decidem registar-se numa entidade de gestão colectiva e delegar nesta o direito de negociar com os utilizadores as condições do licenciamento. Nesta circunstância, as entidades de gestão colectiva apenas representam os seus associados;
 - (b) Obrigatória: neste caso, a lei determina que as entidades de gestão colectiva representam todos os titulares de um determinado direito, independentemente de estarem ou não registados;
 - (c) Alargada: neste caso, a lei determina que as entidades de gestão colectiva representam todos os titulares de um determinado direito, independentemente de estarem ou não registados, *desde que* o número de titulares que voluntariamente se registou seja substancial.
7. Ao abrigo da lei portuguesa:
- (a) A gestão colectiva voluntária é admissível em qualquer situação, devendo contudo as entidades de gestão colectiva cumprir determinados requisitos constantes da lei e registar-se junto da Inspeção-Geral das Actividades Culturais (IGAC);



(b) A gestão colectiva obrigatória é apenas admissível, para o que nos interessa, nos seguintes casos:

- (i) Direito de autor: retransmissão por cabo de quaisquer obras;
- (ii) Artistas:
 - Retransmissão por cabo das suas prestações;
 - Radiodifusão e comunicação ao público das suas prestações quando o artista tenha autorizado a fixação das mesmas para fins de radiodifusão a um produtor ou a um organismo de radiodifusão;
 - Colocação à disposição do público das suas prestações de forma a que possam ser acessíveis por qualquer pessoa a partir do local e no momento escolhido.²
- (iii) Produtores de videogramas ou fonogramas: retransmissão por cabo dos seus videogramas/ fonogramas;
- (iv) Organismos de radiodifusão: retransmissão por cabo das suas emissões;

(c) A gestão colectiva alargada é apenas admissível nos seguintes casos:

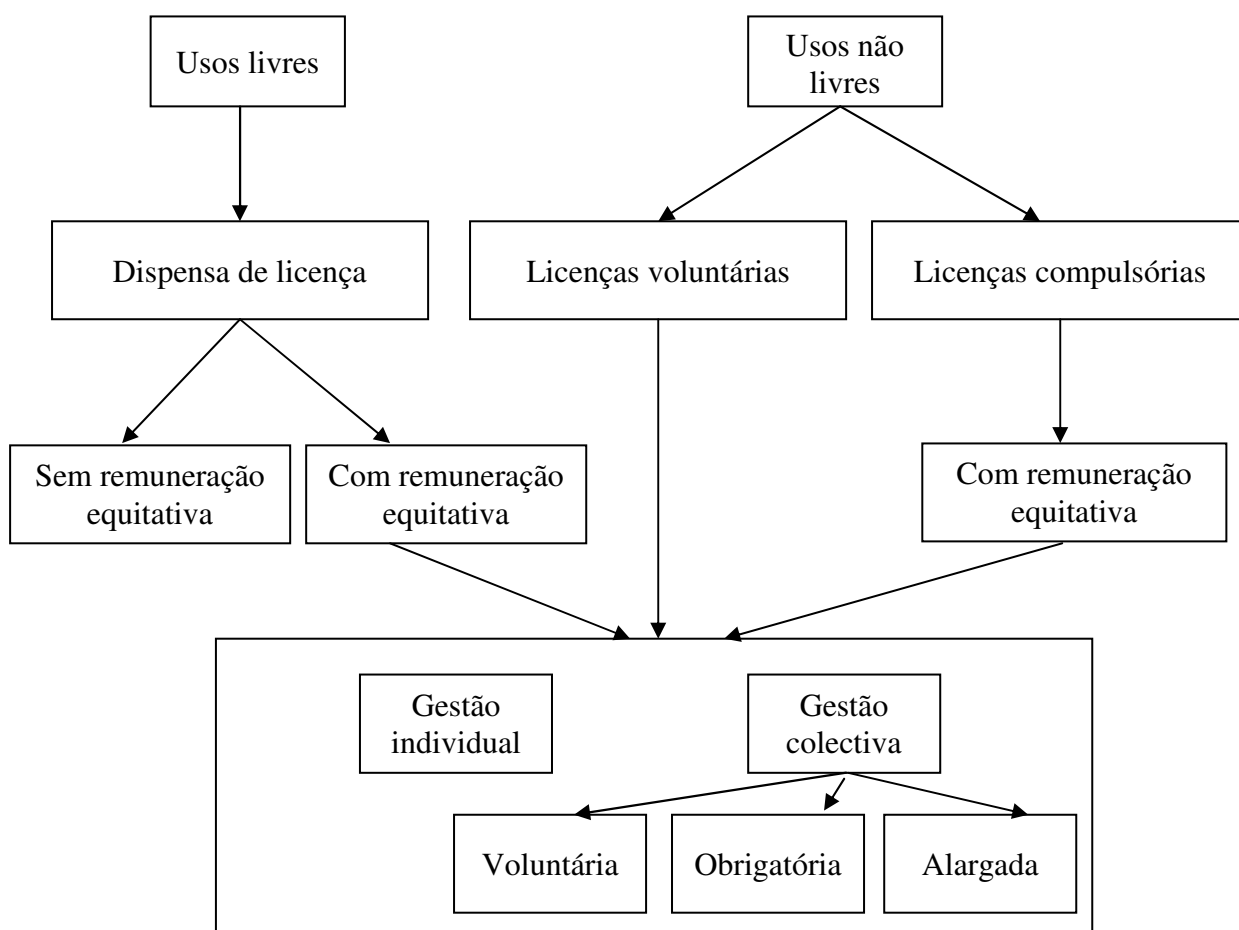
- (i) Direito de autor: retransmissão por satélite de obras musicais;
- (ii) Artistas: retransmissão por satélite das suas prestações;
- (iii) Produtores: retransmissão por satélite dos seus videogramas/ fonogramas;

² O CDADC não utilizada exactamente a mesma redacção legal utilizada em outros casos de gestão colectiva obrigatória: em vez de referir que a entidade de gestão colectiva se *considera* mandatada para gerir os direitos de todos os titulares, incluindo os que não se encontram inscritos, menciona que a entidade se *presume* mandatada. A diferença de redacção pode ser indicativa de que o legislador optou pelo regime da presunção legal e não da gestão colectiva obrigatória. Contudo, a entender-se que a presunção é inilidível e uma vez que não existe possibilidade de “opt-out”, o regime seria em qualquer caso similar ao da gestão obrigatória.



- (iv) Organismos de radiodifusão: retransmissão por satélite das suas emissões.

8. Assim, e tendo em atenção o que ficou acima exposto:



C Aplicabilidade do regime actual às associadas da CTP

1. As associadas da CTP utilizam as obras, prestações, videogramas/fonogramas e emissões de radiodifusão da seguinte forma:
 - (a) Radiodifusão (televisão e rádio) em espaços públicos e nos quartos;



- (b) Difusão de música (CDs) em espaços públicos;
 - (c) VOD nos quartos.
2. Vejamos de seguida cada uma das situações referidas e as regras do CDADC relativamente à necessidade ou não de obtenção das devidas autorizações e de realização de pagamentos aos titulares dos direitos.

C.1 RADIODIFUSÃO

C.1.1 Espaços públicos

1. Em matéria de direitos de autor, o CDADC estabelece que depende de autorização a comunicação da obra em qualquer lugar público, por qualquer meio que sirva para difundir sinais, sons ou imagens (artigo 149.º, n.º 2). Mais acrescenta que é devida remuneração ao autor pela comunicação pública da obra radiodifundida, por altifalante ou qualquer outro instrumento análogo transmissor de sinais, de sons ou de imagens (artigo 155.º).
2. A interpretação dos artigos referidos não é unânime:
 - (a) De um lado, estão as correntes que entendem que a mera colocação de aparelhos de televisão ou rádio em lugares públicos não está sujeita a autorização, porque não se trata de uma comunicação ao público – trata-se de mera recepção das emissões de radiodifusão. De acordo com estas posições, apenas quando fossem utilizados meios que potenciassem a emissão (p.ex., altifalantes ou ecrãs que não sejam parte da própria televisão), haveria que obter o consentimento dos autores. Esta é a posição da Procuradoria-geral da República;
 - (b) De outro lado, estão as correntes que entendem que a colocação de aparelhos de televisão ou rádio em lugares públicos está sujeita a



autorização, porque se trata de uma comunicação ao público. É a posição da Sociedade Portuguesa de Autores.³

3. Assim sendo, embora existam argumentos que permitam à CTP sustentar que as suas associadas não têm de obter autorizações nem pagar pelas mesmas salvo se recorrerem a meios que potenciem a emissão (como sucederá, p.ex., nos casos de música ambiente emitida pela rádio), importa ter em atenção que, tendencialmente, os organismos de gestão colectiva terão um entendimento diverso.
4. Em matéria de direitos conexos, relembra-se que o CDADC reconhece:
 - (a) Aos artistas o direito de autorizar a radiodifusão e a comunicação ao público da sua prestação não fixada, salvo se se tratar de uma prestação radiodifundida;
 - (b) Aos produtores o direito de autorizar a difusão dos seus videogramas/fonogramas;
 - (c) Aos organismos de radiodifusão o direito de autorizar a comunicação ao público das suas emissões, quando essa comunicação é feita em lugar público e com entradas pagas.
5. No que diz respeito aos artistas e produtores, poderá entender-se, na linha do que foi sustentado para o autor, que o recurso a equipamentos de rádio e televisão não consiste num acto de comunicação ao público ou radiodifusão, mas num acto de mero recepção que, por isso, não está sujeito a autorização. Tal

³ Embora o Guia da Convenção de Berna tenha também indicado no sentido de que o autor, quando autoriza a utilização da sua obra, concede apenas uma autorização para a radiodifusão doméstica (pelo que deve consentir especificamente a radiodifusão para outros fins), tal não significa necessariamente que tenham de ser as associadas da CTP que devam obter essa autorização: sobretudo numa altura em que as emissões de radiodifusão são distribuídas por empresas através de *set-top-boxes* e mediante a celebração de um contrato com os utilizadores, aquelas saberão se estão a negociar com clientes domésticos ou não, pelo que, mesmo a seguir a posição exposta, sempre se poderia sustentar que continuariam a ser os organismos de radiodifusão (neste caso, os operadores de distribuição como a ZON ou o MEO) a obter as devidas autorizações.



apenas não sucederia quando se recorresse a meios que potenciem a emissão.⁴
Recorda-se, contudo, que esta posição não é unânime.

6. Relativamente aos organismos de radiodifusão, o CDADC apenas exige autorização quando a comunicação seja feita em lugar público e com entradas pagas, não sendo claro o conceito adoptado. Caso se entenda que o conceito de “entradas pagas” diz respeito apenas aos locais que têm por actividade principal a comunicação ao público de emissões, de tal forma que o público paga para aceder a essas emissões, então apenas os locais nos quais se efectuam transmissões de espectáculos, como a transmissão televisiva de um acontecimento, estão sujeitos a autorização do organismo de radiodifusão. Um entendimento diverso, no sentido de que o conceito de “entradas pagas” diz respeito não ao pagamento para aceder à emissão, mas ao pagamento para aceder ao lugar público, levará a que os organismos de radiodifusão se possam também opor às emissões em lugares como os espaços públicos dos hotéis.

Sem prejuízo do exposto, parece-nos haver argumentos para sustentar que os locais que procedem à comunicação pública das emissões com carácter subsidiário relativamente à sua actividade principal não são locais com “entradas pagas”, diversamente dos locais dedicados especificamente ao espectáculo e entretenimento.

7. Assim sendo, poderá entender-se que os artistas e produtores apenas terão de autorizar os actos em que a emissão é potenciada, e que os organismos de radiodifusão nem isso o terão de fazer quando o lugar público em causa não tem entradas pagas.

⁴ Muito embora a lei não acrescente, para os titulares dos direitos conexos, o direito de autorizar a comunicação pública *por altifalante ou meio análogo* (o que poderia levar a sustentar que nestes casos nem mediante o recurso a meios potenciadores da emissão seria necessária autorização), recorda-se que nestes casos é contestável que não haja um novo acto de comunicação, porque a emissão está a ser comunicada a um espaço diferente pela potenciação gerada.



8. Nos casos em que seja necessário obter autorização dos titulares do direito de autor e dos direitos conexos, as associadas da CTP podem recorrer a duas vias:
 - (a) Consentimento individual: as associadas obteriam de cada titular do direito as autorizações necessárias. Este processo é naturalmente pouco viável, pois as associadas não controlam os conteúdos das emissões de radiodifusão;
 - (b) Gestão colectiva: as associadas recorreriam às entidades de gestão colectiva para obter as autorizações necessárias. Neste ponto, importa ter em atenção o seguinte:
 - (i) Gestão colectiva voluntária: em princípio a gestão colectiva será meramente voluntária, o que significa que as entidades de gestão colectiva não representam todos os titulares dos direitos. Existe por isso sempre o risco de as associadas estarem a fazer usos que não estão autorizados;
 - (ii) Gestão colectiva obrigatória: a retransmissão por cabo está sujeita a gestão colectiva obrigatória, o que significa que neste caso as associadas, ao obterem a autorização das entidades de gestão colectiva, estariam a obter autorização para todas as obras, prestações e videogramas/fonogramas que fossem transmitidos na televisão e rádio. Nesta específica situação, poderia explorar-se a hipótese de se sustentar que as associadas procedem à retransmissão por cabo no caso de música ambiente com base no facto de disporem de uma rede de cabo interna que difunde as emissões. Este argumento, contudo, tem dois riscos:



- Por um lado, não resolve o problema de a potenciação da emissão ser feita por intermédio de outros meios que não uma rede de cabo (p.ex., um altifalante);
- Por outro lado, defender nesta sede de que do que se trata é de uma retransmissão por cabo poderá dificultar a defesa de que as emissões nos quartos não estão sujeitas a autorização, conforme se verá em mais detalhe de seguida.

C.1.2 Quartos

1. Em matéria de direito de autor, recorde-se que depende de autorização a comunicação da obra em lugar público. O lugar público é definido no CDADC como todo aquele a que seja oferecido o acesso, implícita ou explicitamente, mediante remuneração ou sem ela, ainda que com reserva declarada do direito de admissão (artigo 149.º, n.º 3).
2. A questão que se coloca é a de saber se os estabelecimentos hoteleiros, ao colocarem equipamentos de televisão e rádio nos quartos, estão a praticar um acto de comunicação em *lugar público*.
3. De um lado, estão as correntes que entendem que os quartos de hotel são lugares privados e que, em consequência, não existe comunicação em lugar público.⁵

Outras correntes, pelo contrário, consideram que existe um acto de comunicação pública nos quartos de hotel, afastando os critérios que se baseiam na natureza pública ou privada dos lugares.⁶

⁵ A jurisprudência espanhola, por decisão do Supremo Tribunal, de 2003, pronunciou-se neste sentido, de forma contrária à maior parte das decisões até à data. Esta inversão de entendimento tem sido interpretada como tendo tido o objectivo de alterar expressamente a jurisprudência até aí vigente.

⁶ Relembre-se o Acórdão do TJCE SGAE v. Rafael Hotels, de 7 de Dezembro de 2006, mencionado no nosso anterior memorando.



Para o efeito, são avançados essencialmente os seguintes argumentos:

- (a) Por um lado, o argumento de que não se deve analisar a natureza pública ou privada do quarto de hotel, mas se existe ou não uma comunicação a um *público*. Neste sentido, sustenta-se que o conjunto de ocupantes dos quartos de hotel constitui *público* (um público não simultâneo, mas sucessivo), pois não mantêm relações pessoais entre si.
- (b) De outro lado, o argumento de que os hotéis procedem a um acto de retransmissão por cabo por disporem de uma rede interna que distribui a emissão.⁷
- (c) Por fim, o argumento de que o acto de colocação de equipamentos de recepção em cada quarto e de permitir aos clientes aceder à emissão tem relevância económica autónoma e por isso deve estar sujeita a autorização. Defende-se que a análise não se deveria dirigir à isolada realidade de um quarto de hotel, nem sequer à atomística consideração de um puro conjunto de quartos, mas sim ao hotel (ou estabelecimento similar) enquanto unidade – quer enquanto unidade física, englobando uma diversidade de instalações ou divisões, quer enquanto unidade de exploração, como organização de factores dirigida à prestação de certo tipo de serviço.

4. Existem contudo argumentos contra as posições acima descritas:

- (a) Contra a posição que entende que neste caso há *público*, sustenta-se que como as emissões de radiodifusão são dinâmicas, só em casos excepcionais de repetição de programas os sucessivos ocupantes de um quarto terão acesso às *mesmas* obras. Tal permite questionar se existe

⁷ Esta tem sido tendencialmente a posição da jurisprudência francesa e alemã, argumento, aliás, que pode ser igualmente utilizado para os espaços públicos. Cumpre salientar que a AGICOA, associação internacional da qual a GEDIPE faz parte, é uma associação que tem apenas por objectivo (tanto quanto percebemos) regular a cobrança de tarifas em matéria de retransmissão integral e simultânea de programas de televisão, pelo que parece que será com base neste argumento que a GEDIPE exige das associadas da CTP o pagamento de direitos conexos.



comunicação pública e, mesmo que se entendesse em sentido afirmativo, as tarifas a pagar deveriam ser ínfimas, porque tendencialmente cada obra radiodifundida será visionada por um número ínfimo (se mesmo algum) dos ocupantes do hotel.

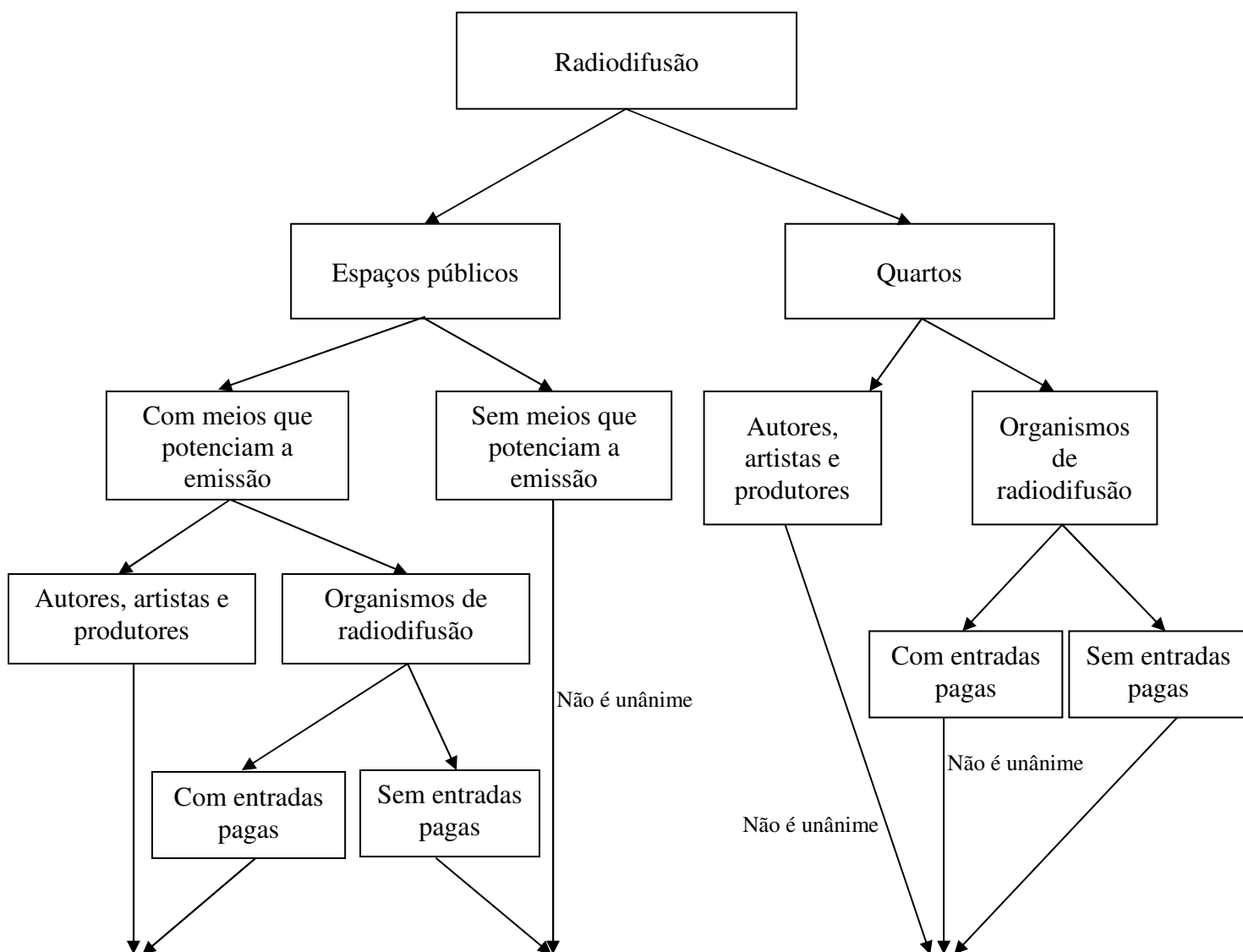
- (b) Contra a posição que entende que o hotel procede a uma retransmissão por cabo, poderá sustentar-se que a rede de cabo interna tem apenas em vista facilitar o acesso pelos hóspedes à emissão, de forma similar ao que se verifica em redes utilizadas em conjuntos de vivendas ou prédios. Adicionalmente, o hotel não assume a responsabilidade pela emissão: tal continua a ser responsabilidade do organismo de radiodifusão (sendo certo que a retransmissão é definida na lei como a “emissão simultânea por um organismo de radiodifusão de uma emissão de outro organismo de radiodifusão”);
 - (c) Contra o argumento de que a instalação de televisores e rádios nos quartos consiste num acto de exploração com significado económico próprio, poderá sustentar-se que a recepção das emissões nos quartos de hotéis não constitui um elemento essencial do serviço prestado, não sendo determinante para a escolha do hotel (ou outro) pelos clientes.
5. Em matéria de direitos conexos, recorda-se que aos artistas é reconhecido o direito de autorizar a comunicação ao público de prestações não fixadas e não radiodifundidas, aos produtores de videogramas ou fonogramas o direito de autorizar a difusão por qualquer meio e aos organismos de radiodifusão o direito de autorizar a comunicação ao público, em lugar público e com entradas pagas.

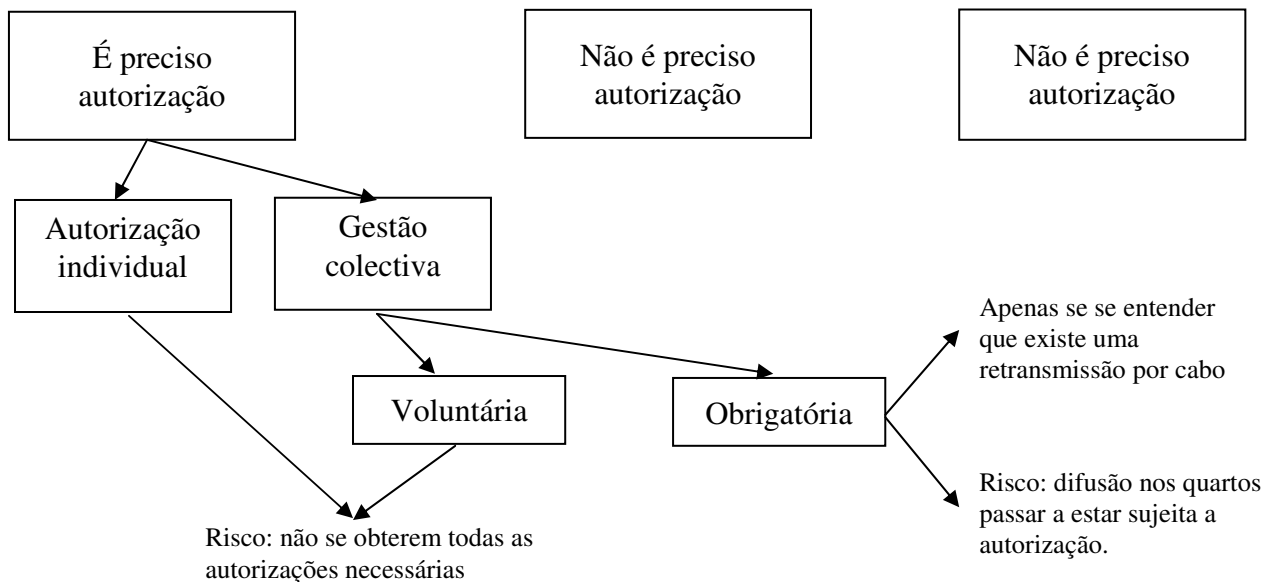
Também para os titulares dos direitos conexos se pode avançar com os argumentos acima indicadas para os autores: os hotéis limitam-se a colocar equipamentos terminais de televisão e rádio, pelo que o que se verifica é apenas uma recepção da emissão, a qual não está sujeita a autorização.



Em nenhum dos casos existe um acto de *comunicação*, pois tal exige uma potenciação da emissão. Para os organismos de radiodifusão, existe o argumento adicional de que os quartos de hotel não são lugares públicos e de que não são lugares com entradas pagas (no âmbito do entendimento acima dado a esta expressão).

C.1.3 Sumário esquemático





C.2 DIFUSÃO DE MÚSICA EM ESPAÇOS PÚBLICOS

C.2.1 Análise

1. Pretende analisar-se nesta secção os casos em que é difundida música em espaços públicos através da colocação de CDs e não de emissões de rádio (questão que foi analisada em C.1 *supra*).

2. No que diz respeito ao direito de autor, parece resultar claro da lei que neste caso é necessário obter as devidas autorizações.

A autorização tanto pode ser obtida directamente do autor ou dos organismos de gestão colectiva. Uma vez mais, a gestão colectiva é meramente voluntária.

3. No que diz respeito aos direitos conexos, há que distinguir:

(a) Os artistas têm o direito de autorizar a comunicação ao público da sua prestação. Contudo, se essa comunicação ao público é feita a partir de



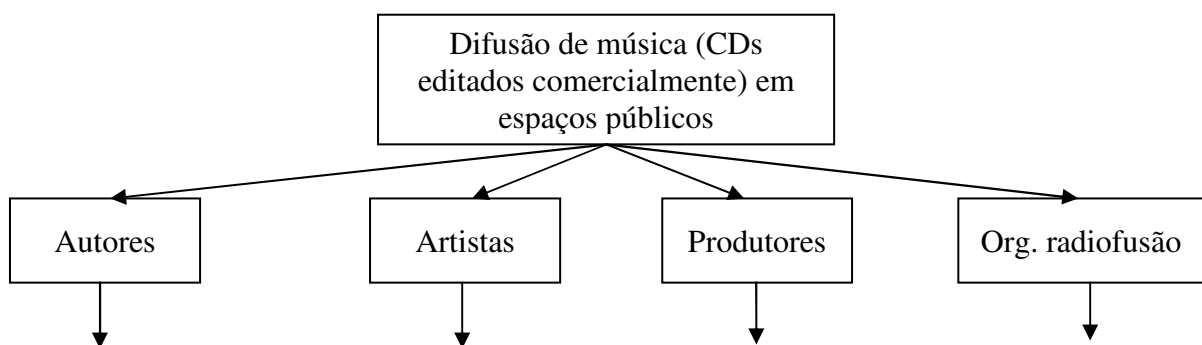
uma fixação (como um CD) editado comercialmente, entende-se que os artistas têm apenas direito a uma remuneração equitativa.

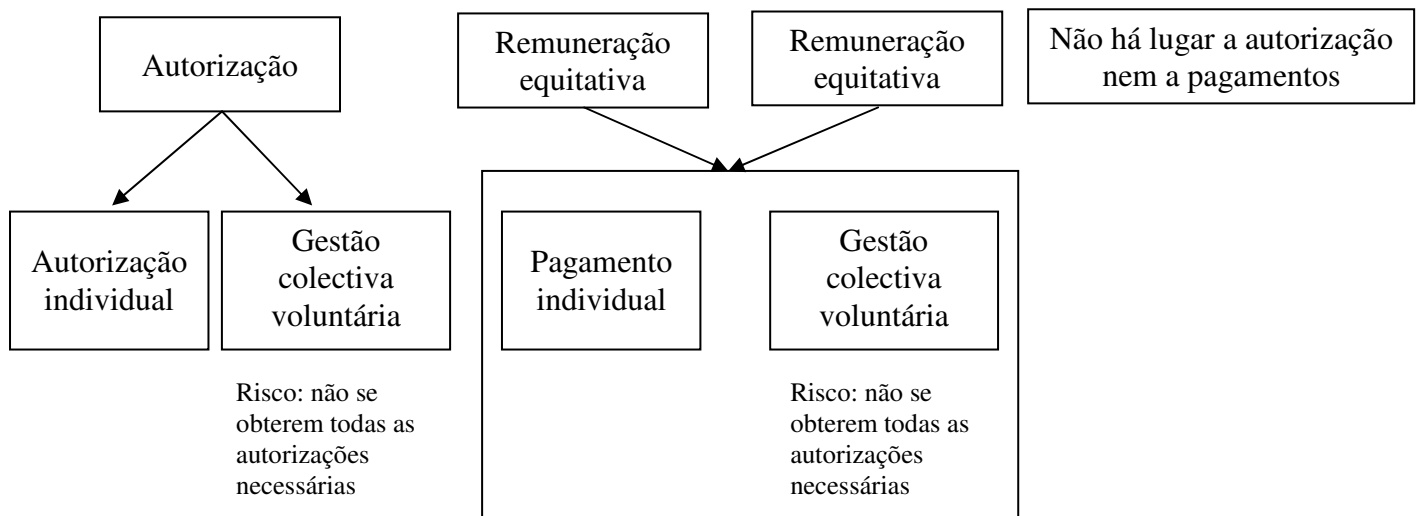
Tal significa que os artistas não se podem opor a conceder a devida autorização. Contudo, não significa que haja gestão colectiva obrigatória: muito embora nestes casos os direitos sejam usualmente geridos por organismos de gestão colectiva, esta mantém-se voluntária.

- (b) Os produtores têm o direito de autorizar a execução pública dos seus fonogramas, salvo se o fonograma tiver sido editado comercialmente, situação em que terá apenas direito a uma remuneração equitativa, nos termos acima analisados para os artistas.
- (c) Os organismos de radiodifusão têm o direito de autorizar a comunicação ao público das suas emissões quando essa comunicação é feita em lugar público e com entradas pagas.

Assumindo neste caso que os CDs não consistem em emissões radiofónicas, então não será necessário obter autorização dos organismos de radiodifusão. Mesmo que assim se não entendesse, sempre o entendimento dado ao conceito de “entradas pagas” permitiria excluir tal obrigação.

C.2.2 Sumário esquemático





C.3 VOD NOS QUARTOS

C.3.1 Análise

1. A colocação de uma obra, prestação, videograma e emissão à disposição do público para que estes possam aceder a partir do momento pretendido está sujeito a autorização dos respectivos autores, artistas, produtores e organismos de radiodifusão.
2. No caso dos autores, a autorização pode ser obtida directamente dos mesmos ou de organismos de gestão colectiva. A gestão é voluntária.
3. No caso dos artistas, a autorização apenas pode ser obtida através de uma entidade de gestão colectiva, que se presume mandatada para gerir os direitos de todos os titulares, incluindo os que nela não estiverem inscritos.



4. No caso do produtor, o CDADC exige também autorização para colocação à disposição do público de um videograma e fonograma.

A autorização pode ser obtida directamente dos mesmos ou de organismos de gestão colectiva. A gestão é voluntária.

5. No caso dos organismos de radiodifusão, estes devem autorizar a colocação à disposição do público das suas emissões (p.ex., programas de televisão que passam a estar disponíveis em VOD). A obtenção de autorização é feita directamente aos organismos de radiodifusão, desconhecendo-se a existência de entidades de gestão colectiva neste domínio em Portugal.

6. Pese embora o exposto, há que determinar se as autorizações e os pagamentos indicados devem ser efectuados pelos estabelecimentos hoteleiros ou não.

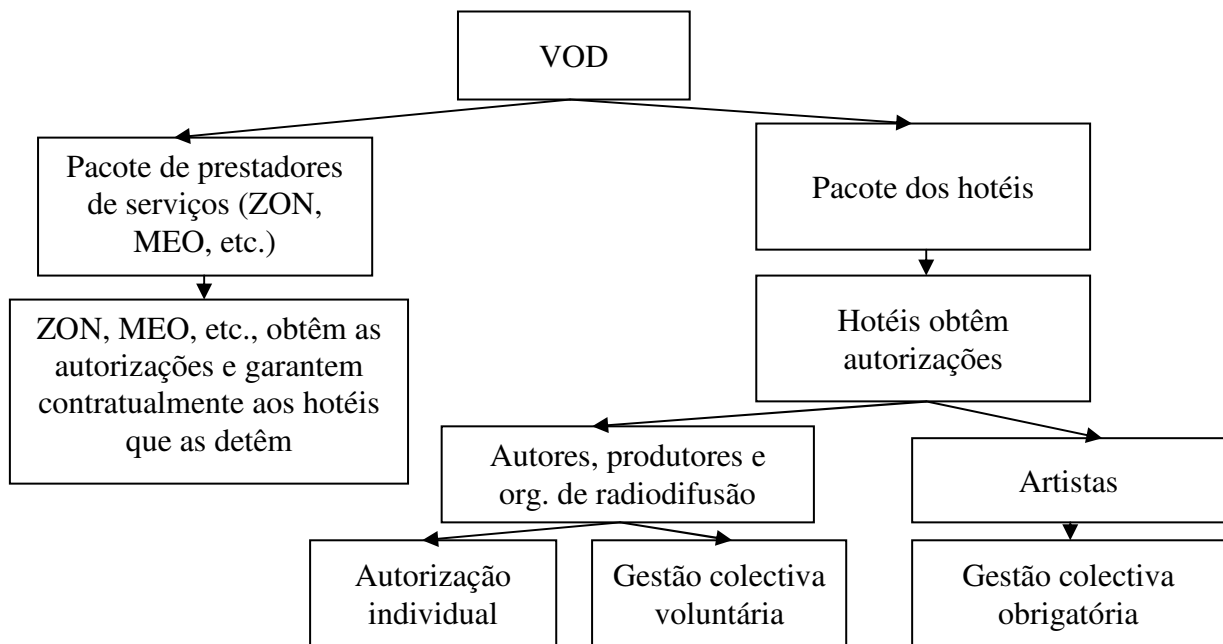
Embora tal não resulte claro da lei, julga-se que se poderá explorar a hipótese de defender que apenas nos casos em que os estabelecimentos hoteleiros e similares construam os seus próprios catálogos de filmes/programas em VOD terão de obter as devidas autorizações e proceder aos pagamentos indicados na lei.

Se, pelo contrário, o serviço for prestado por uma terceira entidade (p.ex., ZON ou MEO), então poderia defender-se que teria de ser esta a obter as devidas autorizações, pois neste caso os hotéis não seriam mais do que um cliente ao lado dos habituais clientes residenciais (e sem prejuízo das particularidades que justificariam a celebração de contratos específicos com as terceiras entidades e o pagamento de valores superiores aos exigíveis a clientes residenciais).



Contudo, e para maior segurança, seria recomendável que nos contratos celebrados entre as associadas da CTP e as terceiras empresas, estas garantissem ter obtido todos os direitos necessários para o efeito, responsabilizando-se por pagamentos que pudessem vir a ser exigidos pelos outros pretendentes titulares dos direitos às associadas.

C.3.2 Sumário esquemático



IV. PROPOSTAS DE ACTUAÇÃO

A Enquadramento

1. A divergência de opiniões relativamente às concretas situações em que é devido ou não o pagamento pela utilização de obras, prestações, videogramas/fonogramas e emissões de radiodifusão conduziu a CTP a



ponderar proceder a uma revisão legislativa que esclarecesse esta matéria, com o objectivo de ultrapassar as incertezas que se mantêm neste domínio.

2. A revisão legislativa terá dois objectivos principais:
 - (a) Delimitar em que situações é devida autorização e/ou pagamento pela utilização de obras, prestações, videogramas/fonogramas e emissões de radiodifusão; e
 - (b) Nos casos em que é devida autorização e/ou pagamento, garantir que os mesmos podem ser obtidos pelos utilizadores para todos os autores, artistas e produtores – gestão colectiva obrigatória ou alargada.
3. A este respeito, importa começar por determinar qual a abrangência da revisão, isto é, se existem limites à consagração no CDADC de usos livres, licenças obrigatórias e/ou gestão colectiva obrigatória ou alargada.
4. No que diz respeito aos usos livres, a resposta é afirmativa: o artigo 5.º da Directiva Sociedade da Informação (Directiva n.º 2001/29/CE de 22 de Maio), transposta para o CDADC com a Lei n.º 50/2004 de 24 de Agosto, delimita de forma exaustiva as circunstâncias em que as utilizações de obras, prestações, videogramas/fonogramas e emissões de radiodifusão não estão sujeitas a pagamento nem a autorização. Embora se permita que os Estados-membros consagrem outros usos livres, tal apenas é possível para utilizações “*em certos casos de menor importância para os quais já existam excepções ou limitações na legislação nacional...*” É por isso questionável que se pudessem agora criar novos usos livres.

O exposto não impede, naturalmente, que se esclareça que a mera recepção não está sujeita a autorização nem a pagamento, porque do que se trata não é de um uso livre (isto é, um uso que em princípio estaria sujeito a autorização mas que devido a outros princípios que se sobrepõem aos direitos de autor e conexos, foi



subtraído da mesma), mas sim de um “não-uso”, ou seja, de uma situação na qual a obra, prestação, videogramas/fonograma e emissão de radiodifusão não é sequer “usada” ou explorada.

5. No que diz respeito às licenças obrigatórias e à gestão colectiva obrigatória, existem posições divergentes:

- (a) De um lado, estão as correntes que sustentam que as licenças obrigatórias e a gestão colectiva obrigatória não podem ser consagradas nas legislações nacionais fora das circunstâncias permitidas pela Convenção de Berna para a protecção de obras literárias e artísticas. Na mesma linha, não será possível prever a gestão colectiva obrigatória fora dos casos permitidos pela Convenção de Roma para a protecção dos artistas, produtores de fonogramas e organismos de radiodifusão.

Estas correntes sustentam o seu entendimento no facto de a Convenção de Berna dispor que os Estados apenas em determinadas circunstâncias podem definir “*as condições de exercício dos direitos*” (artigo 11.º bis, n.º 2). Esta redacção, prevista na Convenção de Berna para a radiodifusão e a comunicação por altifalante ou instrumento análogo, é interpretada no sentido de que apenas nos casos constantes da Convenção de Berna se pode instituir ou uma licença obrigatória (direito a remuneração equitativa) ou a gestão colectiva obrigatória. No mesmo sentido dispõe a Convenção de Roma, ao afirmar que “*não podem instituir-se licenças ou autorizações obrigatórias, senão na medida em que forem compatíveis com as disposições da presente Convenção*” (artigo 15.º, n.º 2).

Segundo estas correntes, contudo, quando seja permitido prever o direito a uma remuneração equitativa em alternativa ao direito de autorização, o legislador nacional poderá impor que a gestão dessa remuneração



equitativa seja obrigatoriamente efectuada por organismos de gestão colectiva.

Assim, fora das circunstâncias indicadas pelos dois referidos diplomas, os Estados signatários não podem nem substituir o direito de autorizar por um direito a uma remuneração equitativa, nem sujeitar os direitos dos titulares a gestão colectiva obrigatória.

Tal apenas seria possível mediante a revisão das Convenções, o que, atendendo ao número elevado de Estados signatários, se afigura pouco viável.

- (b) Do outro lado, estão as correntes que sustentam que a Convenção de Berna e a Convenção de Roma não estabelecem limites a este respeito, pelo que os Estados são livres de prever a gestão colectiva obrigatória.

Argumentam para o efeito que se o objectivo das Convenções é proteger os titulares dos direitos, então uma tal proibição iria contra este objectivo, pois frequentemente o recurso à gestão colectiva é a melhor forma de defender os titulares, que não têm condições de exercer os seus direitos de forma individual.

- 6. No que diz respeito à gestão colectiva alargada, existem também posições divergentes:

- (a) De um lado, estão as correntes que entendem que a gestão colectiva alargada pode ser consagrada a nível europeu, mas não a nível nacional.

Fundamentam-se, para o efeito, no disposto no artigo 3.º, n.º 2 da Directiva Cabo Satélite (Directiva n.º 93/83/CE de 27 de Setembro),



segundo o qual os Estados-membros estão *autorizados* a prever gestão colectiva alargada para radiodifusão por satélite. Segundo estas correntes, uma interpretação *a contrario* levaria a concluir que sem tal autorização, os Estados não podem consagrar a gestão colectiva alargada.

- (b) De outro lado, estão as correntes que entendem que os Estados são livres de prever a gestão colectiva alargada, entendendo que as Directivas comunitárias não estabelecem limites a este respeito.
7. Tendo em atenção a divergência de opiniões a este respeito, optou-se, nesta primeira fase, por propor uma revisão legislativa que fosse ao encontro da posição mais conservadora, isto é, a de que não é possível consagrar a nível nacional a gestão colectiva obrigatória ou alargada fora das circunstâncias permitidas pelas Convenções internacionais e pelos diplomas comunitários.

Tal deveu-se essencialmente aos seguintes motivos:

- (a) Em primeiro lugar, uma vez que não existe unanimidade a este respeito, a CTP deverá avaliar, em conjunto com as suas associadas, se pretende avançar para uma proposta com este sentido, sendo certo que a consagração de regimes de gestão colectiva obrigatória ou alargada, embora facilite a obtenção de direitos pelos utilizadores, poderá deparar-se com uma maior resistência por parte dos titulares dos direitos. Esta opção deve ser por isso cuidadosamente avaliada.
- (b) Em segundo lugar, está em curso na União Europeia um estudo relativo à gestão colectiva (doravante Estudo),⁸ o qual tem em vista a elaboração de uma Directiva neste domínio. A CTP poderá aproveitar esta iniciativa para procurar traduzir na Directiva as suas posições sobre esta matéria,

⁸ Vide http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/management/management_en.htm.



garantindo nomeadamente a consagração de mecanismos de gestão colectiva obrigatória ou alargada a nível europeu.

Julga-se que a opção da gestão colectiva alargada poderá ser mais viável, pois garante a liberdade contratual dos utilizadores, que poderiam remover o seu repertório da gestão colectiva, ao mesmo tempo que criaria segurança jurídica para os utilizadores, pois permitiria garantir que as entidades de gestão colectiva portuguesas representariam todo os titulares dos direitos, salvo os que expressamente tivessem solicitado a sua exclusão.

- (c) Por fim, a revisão do CDADC ora proposta apenas mantém a necessidade de autorização (em regime de gestão voluntária) para os seguintes actos:
 - (i) Música ambiente, isto é, os casos em que os estabelecimentos hoteleiros e similares colocam CDs a tocar ou difundem a música emitida na rádio nos seus espaços públicos e/ou quartos. Recordamos que neste caso apenas é necessária autorização em regime de gestão voluntária no caso dos autores;
 - (ii) VOD (podendo, conforme referido, explorar-se a hipótese de tal autorização ser apenas necessária quando o pacote de filmes/programas é construído pelo próprio hotel).

Ora, o primeiro caso poderá ser resolvido mediante o recurso exclusivo a música ambiente por CDs, controlando o catálogo das entidades de gestão colectiva com quem sejam celebrados os contratos para efeitos de autorização e/ou pagamento tendo em vista garantir que representam as canções difundidas.



O segundo caso, por sua vez, poderá ser resolvido na mesma linha do que sucede com os CDs: sabendo as associadas quais os filmes/programas que disponibilizam em VOD, bastará tão só requerer às entidades de gestão colectiva o seu catálogo e confirmar que esses filmes/programas são representados pela entidade.

Em ambos os casos referidos (CDs e VOD) é frequente, contudo, que sejam as editoras e as produtoras cinematográficas a controlar o exercício dos direitos, sobretudo nos EUA.⁹

Quando se trate de CDs e DVDs nacionais, poderá ser mais complexa a obtenção das autorizações devidas se os titulares dos direitos não estiverem representados nas entidades de gestão colectiva. A solução passaria, nomeadamente, por estabelecer uma presunção legal e inilidível de que o produtor teria o poder de gerir a exploração económica das obras e prestações fixadas nesses CDs e DVDs. Esta opção, contudo, deve ser devidamente ponderada, pois ela alterará de forma substancial o regime tradicional de titularidade de direito de autor vigente na nossa ordem jurídica.¹⁰

8. Vejamos de seguida então as propostas de actuação a avaliar pela CTP neste domínio.

B Revisão legislativa

⁹ Embora em outros países da União Europeia se estejam já a criar mecanismos de gestão colectiva para o VOD, embora numa base voluntária, tanto quanto é do nosso conhecimento.

¹⁰ Esta opção poderá ser mais viável para as obras cinematográficas, uma vez que o CDADC prevê já que “a autorização para a produção cinematográfica implica, salvo estipulação especial, autorização para a distribuição e exibição do filme em salas públicas de cinema”. Contudo, os restantes actos mantêm-se sujeitos a autorização dos autores, pelo que se poderia propor uma revisão neste ponto, prevendo que “se considera que qualquer pessoa que participe na produção de uma obra cinematográfica e que nessa sequência venha a adquirir a titularidade de direitos de autor ou conexos, autoriza o produtor a explorar economicamente a mesma por qualquer forma e meio, tendo os titulares dos direitos o direito de requerer do produtor o pagamento de uma remuneração equitativa pelos usos efectuados”.



1. O primeiro passo a tomar pela CTP será, conforme já referido, propor uma revisão legislativa a nível nacional.

Esta revisão legislativa terá por objectivo suportar os argumentos acima expostos que permitem defender que as associadas não têm de pagar pela recepção de emissões de radiodifusão, nem nos espaços públicos nem nos quartos, salvo quando seja utilizado um instrumento potenciador das emissões.

Do mesmo modo, tem em vista permitir sempre o recurso à gestão colectiva quando o CDADC prevê já o mero direito a uma remuneração equitativa.

Por fim, tem também por objectivo garantir que a fixação das tarifas pelos organismos de gestão colectiva é feita de forma transparente e após negociação com as entidades representativas dos utilizadores.

2. Neste contexto, propõe-se a revisão do CDADC e do Regime Jurídico das Entidades de Gestão Colectiva (Lei n.º 83/2001, de 3 de Agosto).
3. No que diz respeito ao CDADC, cumpre salientar que muito embora se justificasse uma revisão aprofundada do mesmo (uma vez que quer a sua estrutura quer o seu conteúdo tem sido causa de muitas dúvidas na doutrina e suscitado variadas críticas), pretende-se tão só rever o diploma na estrita medida em que tal seja necessário para os objectivos acima indicados.
4. Para o efeito, propõe-se a revisão do CDADC nas seguintes linhas:
5. Em matéria de direito de autor, reestruturar o direito exclusivo do autor em consonância com as melhores orientações internacionais, distinguindo quatro direitos principais: o direito de reprodução, o direito de distribuição, o direito de comunicação ao público e o direito de transformação.



Apenas o direito de comunicação ao público tem relevância para as associadas da CTP no âmbito do estudo ora em análise, pelo que a revisão legislativa procurará detalhar em mais pormenor este direito.

Neste âmbito, propõe-se uma redacção segundo a qual o direito de comunicação ao público inclui:

- (a) A representação e a recitação – situação típica é aquela na qual as obras dramáticas ou literárias são representadas em palco (teatro) ou recitadas;
- (b) A exibição ou exposição – situação típica é aquela na qual as obras de escultura ou fotografias são expostas. Inclui no entanto também a exibição cinematográfica, isto é, o cinema;
- (c) A radiodifusão – isto é, a televisão e rádio, bem como a distribuição de canais através dos designados operadores de distribuição (como a ZON ou o MEO);
- (d) A comunicação através de videogramas e fonogramas – isto é, pôr um CD ou DVD num leitor e proceder à sua audição ou visualização;
- (e) A colocação à disposição do público, por fio ou sem fio, da obra por forma a torná-la acessível a qualquer pessoa a partir do local e no momento por ela escolhido – como se poderá entender que é o caso do VOD¹¹; e
- (f) A comunicação através de radiodifusão – a qual diz respeito à utilização de altifalantes, ecrãs ou outros meios análogos que potenciem a emissão.

6. Adicionalmente, esclarece-se o seguinte:

¹¹ Este ponto não é claro, pois o VOD coloca uma obra à disposição do público para que possa ser acessível por membros deste em momento por eles escolhido, mas não em local à escolha. Contudo, já tem sido sustentado que se deve integrar o VOD neste direito de autor.



- (a) A radiodifusão inclui três elementos (emissão, transmissão e recepção), pelo que a mera recepção resultante da instalação de televisores nos espaços públicos e nos quartos não é radiodifusão;
 - (b) A radiodifusão é praticada pelos organismos de radiodifusão, os quais são as entidades que exploram economicamente e de forma directa a difusão de sinais e que são responsáveis pela emissão de radiodifusão, pela montagem e pela programação do conteúdo da mesma. Por isso, as associadas não poderão ser consideradas organismos de radiodifusão e por isso não procedem a actos de radiodifusão (nem de retransmissão, afastando-se desta forma o argumento de que transmissão da emissão através da rede interna de cabo dos hotéis é um acto de retransmissão);
 - (c) A utilização de altifalantes, ecrãs ou outros meios análogos que potenciem a emissão de radiodifusão não está sujeita a autorização, mas a remuneração equitativa, a qual é gerida por entidades de gestão colectiva que se consideram mandatadas para gerir os direitos de todos os titulares.
7. No que diz respeito aos direitos conexos, propõe-se uma redacção segundo a qual:
- (a) Os artistas têm o direito de autorizar a comunicação da sua prestação (ao vivo) através de altifalantes, ecrãs e instrumentos análogos.

Os artistas têm ainda o direito a uma remuneração equitativa pela potenciação da emissão que contenha as suas prestações, bem como pela comunicação através de videogramas ou fonogramas editados comercialmente, isto é, por colocar um CD ou um DVD a tocar. Este direito é obrigatoriamente gerido por entidades de gestão colectiva



representativas dos produtores fonográficos e videográficos, que entregam os valores devidos aos artistas.

- (b) Os produtores videográficos e fonográficos têm o direito a uma remuneração equitativa a ser gerida por entidades de gestão colectiva pela execução pública (isto é, colocar o CD ou DVD a tocar), bem como pela potenciação da emissão que contenha os seus fonogramas/videogramas, desde que o CD ou DVD tenha sido editado comercialmente. Caso contrário, não há lugar a autorização nem a pagamento.
- (c) Os organismos de radiodifusão têm o direito de autorizar a comunicação das suas emissões através de videogramas ou fonogramas ou a potenciação da sua emissão, quando essa comunicação é feita em lugar público e com entradas pagas, esclarecendo-se que os lugares com entradas pagas são os lugares que têm por actividade principal a comunicação de emissões através de videogramas ou fonogramas ou através de radiodifusão.

8. Através da revisão proposta, atingem-se os seguintes objectivos:

- (a) Não sujeitar a autorização, nem a pagamento, a recepção de emissões de radiodifusão que ocorram em espaços públicos e nos quartos, desde que se recorra apenas aos equipamentos terminais típicos (televisor, rádio);
- (b) Sujeitar a mero pagamento e a gestão colectiva a potenciação da emissão através de ecrãs, altifalantes e instrumentos similares no caso dos autores. No caso dos direitos conexos, esclarece-se que não é necessário obter autorização ou proceder a pagamentos salvo (i) no caso dos artistas e dos produtores, se se tratar de fonogramas/videogramas editados comercialmente – remuneração equitativa e gestão colectiva – e (ii) no



caso dos organismos de radiodifusão, se houver entradas pagas – autorização.

- (c) No caso de música ambiente, mantém-se a solução actual:
 - (i) Para os autores, é necessário obter a devida autorização, sendo a gestão colectiva meramente voluntária;
 - (ii) Para os artistas e produtores, é necessário apenas proceder ao pagamento de uma remuneração equitativa quando o CD tenha sido editado comercialmente. Acrescentou-se contudo o regime da gestão colectiva;
 - (iii) Para os organismos de radiodifusão, e assumindo que as associadas não recorrem a CDs de conteúdos radiodifundidos (p.ex., de um programa de rádio), não é preciso obter autorização nem proceder a pagamentos.
- (d) No caso do VOD, não se altera a redacção da lei (isto é, não se esclarece que, tratando-se do catálogo de vídeos de empresas terceiras, como a ZON ou o MEO, são estas que têm de obter as devidas autorizações), uma vez que se julga que este objectivo poderá ser mais facilmente atingível nos contratos com estas entidades, mediante a inserção de uma cláusula na qual estas garantem que as associadas da CTP nada mais têm de pagar pelo serviços de VOD, nomeadamente aos titulares dos direitos.

Adicionalmente, o esclarecimento deste ponto no CDADC criaria um certo desequilíbrio na lei, uma vez que esta não dispõe acerca de quem deve obter a devida autorização dos titulares dos direitos para outros actos.



9. No que diz respeito ao Regime Jurídico das Entidades de Gestão Colectiva, propõe-se que a sua revisão responda de forma assertiva às principais questões que se identificam neste âmbito e relevantes para os utilizadores de obras¹²:

- (a) Antes de mais, a obrigação de as entidades de gestão colectiva prestarem informação completa sobre as suas competências e os seus representados. Tendo em vista a evolução tecnológica neste âmbito, acompanhado do facto de praticamente todas as entidades disporem de uma página de Internet, propõe-se que tal informação seja disponibilizada *online* em permanência, garantindo-se assim de forma mais eficaz e transparente o direito à informação.

Adicionalmente, propõe-se que a informação disponibilizada inclua a lista completa do repertório representado pela entidade. Saliente-se, contudo, que esta obrigação pode ser de difícil execução, sobretudo tratando-se do repertório de entidades estrangeiras que as portuguesas apenas representem ao abrigo de acordos de reciprocidade, pois neste caso não há garantias que as entidades estrangeiras estejam em condições de fornecer informação atempada e completa a este respeito.¹³

- (b) Em segundo lugar, a consagração de um conjunto de regras relativas à fixação de tarifas, mediante a criação de critérios que garantam a sua adequação e proporcionalidade, bem como a obrigatoriedade de negociação das mesmas com entidades representativas dos utilizadores.

¹² Outras alterações se justificariam, tendo em vista garantir a maior transparência das entidades de gestão colectiva perante os titulares dos direitos. Este não constitui, contudo, o objecto do presente estudo nem da revisão proposta, o qual tem apenas em atenção os utilizadores.

¹³ Vide o documento da Comissão de monitorização da RECOMENDAÇÃO DA COMISSÃO de 18 de Maio de 2005 relativa à gestão transfronteiriça colectiva do direito de autor e dos direitos conexos no domínio dos serviços musicais em linha, no qual se indica que a identificação das obras geridas pelas entidades é uma das principais dificuldades actuais. http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/management/monitoring-report_en.pdf



- (c) Em terceiro lugar, a previsão de que as entidades de gestão colectiva não são a única fonte de autorizações ou de realização de pagamentos, pelo que os utilizadores podem, querendo, dirigir-se directamente aos titulares dos direitos, situação em que, caso aplicável, o valor das tarifas deve ser reduzido proporcionalmente.

Esta opção, a qual, tanto quanto sabemos, é já praticada pelas entidades portuguesas¹⁴, ficaria assim consagrada na lei, o que contribuiria para o aumento da eficiência e transparência das entidades – com efeito, é expectável que a possibilidade de licenciamento paralelo crie um incentivo para aquelas melhorarem os seus serviços. Adicionalmente, ao se prever a redução proporcional das tarifas, atenuar-se-á o problema da “dupla remuneração” que poderia resultar de o utilizador estar a pagar ao titular do direito e à entidade pelo uso da mesma obra, prestação ou outro produto.

- (d) Em quarto lugar, a previsão de que, havendo mais do que uma entidade a gerir um direito ou produto, o utilizador possa escolher a qual delas se quer dirigir, reduzindo-se também neste caso, proporcionalmente, as tarifas aplicáveis.

Com efeito, a questão relevante para os utilizadores não passa tanto, em nossa opinião, pelo número de entidades existentes, mas pelo número de entidades com as quais o utilizador tem de lidar para prosseguir a sua

¹⁴ De acordo com informação prestada pela SPA, os utilizadores podem obter licenças directamente dos titulares dos direitos, sendo essa licença válida. Contudo, neste caso, o titular do direito estará a incumprir o seu contrato com a SPA. A situação é diferente em outros países europeus, como sucede na Alemanha, onde a atribuição pelo titular do direito de poderes de gestão a uma entidade impede aquele de no futuro conceder directamente licenças. Esta solução tem sido criticada, pois ela tem conduzido em muitos casos a que os titulares dos direitos retirem o seu repertório das entidades, dificultando assim a obtenção pelos utilizadores de uma licença para um repertório global/nacional.



actividade económica¹⁵ e pelo risco de as mesmas concederem licenças “sobrepostas”, isto é, para o mesmo acto.

A opção ora proposta pretende reduzir os riscos referidos.

- (e) Por fim, a consagração de um regime mais exigente de informação por parte da Comissão de Mediação e Arbitragem (constituída para resolver litígios entre as entidades e terceiros), bem como por parte da IGAC, de modo a facilitar o acesso à informação necessária pelos utilizadores.

10. As propostas de revisão ao Regime Jurídico das Entidades de Gestão Colectiva permitirão reduzir o risco que resulta da sua posição como monopólios de facto, situação que tem sido indicada como causa do desequilíbrio negocial entre estas e os utilizadores.¹⁶

C Actuação a nível internacional

C.1 ACTUAÇÃO A NÍVEL EUROPEU

1. A revisão legislativa proposta aborda e resolve já alguns dos problemas com os quais as associadas da CTP se deparam neste domínio, designadamente a

¹⁵ O alheamento das entidades ao perigo de “sobreposição” de licenças tem sido avaliado como uma das causas de redução da procura de bens intelectuais, fenómeno que tem sido designado por “*fragmented management*”.

¹⁶ Posição, contudo, que não é unânime, pois tem-se igualmente salientado que são os aglomerados de *media* que exercem um poder dominante e que estão em condições de negociar as tarifas que desejam. Vide, a este respeito, a Resolução do Parlamento Europeu sobre um quadro comunitário para as sociedades de gestão colectiva no âmbito dos direitos de autor e direitos conexos, de 15 de Janeiro de 2004, n.º 2002/2274, segundo a qual os monopólios *de jure* ou de facto, constituídos regra geral pelas sociedades de gestão colectiva, não representam em si um problema de concorrência, desde que as mesmas não imponham restrições inaceitáveis aos seus membros ou ao acesso aos direitos por parte de clientes potenciais. Esta Resolução assinala que é a crescente concentração vertical dos meios de comunicação que representa o verdadeiro desafio no domínio do acesso a obras protegidas por direitos de autor e direitos conexos.



delimitação dos casos em que é necessária autorização ou basta o pagamento de uma remuneração equitativa, bem como os casos em que a gestão colectiva é obrigatória.

2. Apesar do exposto, a CTP poderá aproveitar o Estudo em curso na União Europeia para se pronunciar sobre o provável futuro projecto de Directiva que venha a ser elaborado e traduzir no mesmo as suas posições sobre esta matéria.
3. Importa referir que o Estudo em causa surgiu pela necessidade de regular as licenças para utilização online de música: o carácter transnacional da Internet exige que se proceda à revisão do funcionamento e competências das entidades de gestão colectiva, que se tem caracterizado pelo seguinte:
 - (a) As entidades de gestão colectiva têm competências delimitadas territorialmente, isto é, apenas aceitam representar titulares de direitos localizados nos respectivos países e apenas concedem direitos para utilização de obras, prestações e videogramas/fonogramas dentro do território desse país e para os utilizadores localizados no mesmo;
 - (b) Para que uma entidade de gestão colectiva possa representar titulares de direitos estrangeiros, terá de concluir acordos de reciprocidade com as congéneres estrangeiras.

Refira-se, contudo, que em 2008, no caso CISAC¹⁷, a Comissão Europeia pronunciou-se sobre o modelo descrito, proibindo três formas de exclusividade que as entidades de gestão colectiva garantiam através dos acordos de reciprocidade, por as considerar anti-concorrenciais:

¹⁷ *Confédération Internationale des Sociétés d'Auteurs et Compositeurs*: organização internacional que tem como membros sociedades de gestão colectiva.



- (a) Registo exclusivo, através da qual os titulares dos direitos apenas se podiam registar em entidades do local da sua nacionalidade ou residência;
- (b) Representação exclusiva, através da qual os utilizadores não tinham acesso directo ao repertório de uma entidade estrangeira, mas apenas através de entidades nacionais;
- (c) Território exclusivo, através do qual cada entidade de gestão colectiva se abstinha de operar no território de outra entidade.¹⁸

Apesar do exposto, na prática o modelo vigente até então continua a ser o mais frequente: por razões linguísticas e culturais, habitualmente os utilizadores recorrem às entidades de gestão colectiva localizadas no seu território e estas concedem direitos limitados a este.

4. Resulta claro que o actual funcionamento das entidades de gestão colectiva é pouco adequado para efeitos de utilização de música online, o que justificou o Estudo.

Muito embora ele se limite ao âmbito de aplicação descrito (música online), é expectável que as soluções que a União Europeia venha a adoptar neste domínio sejam posteriormente transpostas para outros actos de utilização de obras, prestações e videogramas/fonogramas.

5. Neste contexto, importa por isso explicar, de forma sumária, as opções que a Comissão Europeia considerou possíveis em matéria de licenciamento por entidades de gestão colectiva e qual delas entendeu mais adequada.

¹⁸ Vide a recente Directiva n.º 2006/123/CE, de 12 de Dezembro, relativa aos serviços no mercado interno, transposta pelo Decreto-Lei n.º 92/2010, de 26 de Julho, a qual prevê que os prestadores de serviços podem livremente estabelecer-se e exercer a sua actividade em outro Estado-membro.



6. Duas opções foram analisadas:

(a) A primeira opção manteria o esquema actual de acordos de reciprocidade.

Esta opção permite manter as entidades de gestão colectiva nacionais em funcionamento, pelo que tem sido sobretudo defendida pelas pequenas e médias entidades.

(b) A segunda opção consagraria as licenças pan-europeias, modelo em que (i) cada titular dos direitos pode escolher em que entidade de gestão colectiva europeia se quer registar (independentemente do Estado-membro de residência ou nacionalidade da entidade ou do titular) e qual o âmbito territorial do mandato concedido a essa entidade, (ii) cada entidade de gestão colectiva pode conceder licenças para todo o território europeu e (iii) os utilizadores podem recorrer a qualquer entidade de gestão colectiva europeia.¹⁹ Este modelo eliminaria os acordos de representação recíproca: cada entidade representaria apenas o seu repertório.

Esta opção terá por consequência, a médio e longo prazo, a manutenção apenas de um número reduzido de entidades de gestão colectiva – aquelas que são consideradas mais eficientes para os titulares dos direitos (“*one stop-shop*”)²⁰. Por isso, embora possa criar numa fase inicial um aumento da concorrência (pois as entidades competirão entre si para que os titulares

¹⁹ A nível contratual, os organismos de gestão colectiva já haviam revisto os seus acordos de reciprocidade tendo em vista permitir a concessão de licenças multi-territoriais para o ambiente online. Foi o que sucedeu com os acordos de Santiago, o acordo BIEM/Barcelona (já caducados) e o acordo IFPI/simulcasting e webcasting.

²⁰ A Comissão Europeia, no seu “*Study on a Community Initiative on the cross-border collective management of Copyright*”, em http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/management/study-collectivemgmt_en.pdf, indica mesmo o caso das entidades portuguesas como aquelas cujo repertório é constituído essencialmente ao abrigo de acordos de reciprocidade, o que demonstra que estas seriam profundamente afectadas pelo modelo de licenças pan-europeias: passariam a ter um repertório limitado a titulares menos conhecidos ou com menos poder negocial (tendencialmente portugueses), o que implicaria o aumento dos seus custos administrativos por perda de economias de escala, o que por sua vez desincentivaria a utilização de obras portuguesas.



dos direitos se registem nelas), traduzir-se-á a longo prazo no desaparecimento das pequenas e médias entidades que sejam menos competitivas.

7. A Comissão Europeia manifestou já a sua preferência pela segunda opção²¹, reconhecendo contudo que ela é sobretudo favorável para os titulares dos direitos e não para os utilizadores.²²

Com efeito, o regime das licenças pan-europeias, ao reduzir o número de entidades de gestão colectiva a nível europeu, induz o risco de criação de monopólios europeus e da diminuição da concorrência, ficando os utilizadores sujeitos às tarifas fixadas por tais entidades – sendo expectável que estas tarifas sejam superiores às actualmente em vigor pela necessidade de as entidades atraírem os titulares dos direitos.

8. A primeira opção será por isso mais favorável às associadas da CTP.²³ Contudo, de modo a garantir a consagração de gestão colectiva alargada e a

²¹ Vide RECOMENDAÇÃO DA COMISSÃO de 18 de Maio de 2005 relativa à gestão transfronteiriça colectiva do direito de autor e dos direitos conexos no domínio dos serviços musicais em linha legais. De acordo com a Comissão, “na era da exploração em linha de obras musicais, os utilizadores comerciais necessitam de uma política de licenças adaptada à ubiquidade do ambiente em linha e que seja multiterritorial. Por conseguinte, é apropriado prever a concessão de licenças multiterritoriais...” Vide igualmente o “Study on a Community Initiative on the cross-border collective management of Copyright”.

²² Afirma a Comissão que a diferença entre a primeira e a segunda opção é que a primeira introduz concorrência ao nível dos utilizadores, enquanto a segunda introduz concorrência ao nível dos titulares dos direitos: “In [the second] Option, CRMs would have to compete among themselves to attract right-holders, while in [the first] Option CRMs would compete to attract the business of commercial users. Option [2] can therefore be referred to as the “right-holders option” while option [1] is more favourable to commercial users.” A Comissão adopta contudo esta solução, salientando que é que melhor defende os titulares dos direitos contra “powerful commercial users at a pan-European level”. Em crítica, vide a posição da HOTREC disponível em http://circa.europa.eu/Public/irc/markt/markt_consultations/library?l=/copyright_neighbouring/cross-border_management/hotrec_enpdf/EN_1.0_&a=d.

²³ E, aliás, a solução mais adequada tendo em atenção que os mecanismos de resolução de litígios mantêm-se nacionais: com efeito, uma licença pan-europeia não seria acompanhada por mecanismos de resolução de litígios únicos, desde logo porque as condições de licenciamento e de fixação de tarifas variam de Estado para Estado. Pelo que qualquer medida neste sentido implicaria a uniformização do sistema de gestão colectiva em toda a União Europeia, com a dificuldade de não existir um mercado cultural unificado nem condições económicas similares nos Estados-membros.



permitir que os utilizadores possam obter as tarifas mais competitivas, este regime poderia ser revisto da seguinte forma:

- (a) As entidades de gestão colectiva dos Estados-membros ficariam obrigadas a negociar acordos de reciprocidade entre si, em condições objectivas e não discriminatórias, prevendo-se que Comissão Europeia ou outra entidade a designar poderia celebrar acordos de reciprocidade em nome daquelas em caso de recusa de uma entidade para o efeito;
- (b) Uma vez que todas as entidades europeias teriam o mesmo catálogo europeu, os utilizadores poderiam obter de qualquer uma delas autorização para utilizar as obras, prestações e videogramas/fonogramas para o território europeu ou para um ou mais Estados-membros determinados, garantindo-se assim que os utilizadores poderiam dirigir-se à entidade de gestão colectiva com as tarifas mais competitivas.²⁴

Esta opção garantiria que as entidades não abusariam da sua posição dominante e que competiriam pela qualidade, transparência e eficiência dos seus serviços.²⁵

- (c) Todos os Estados-membros consagrarão a gestão colectiva alargada para os mesmos actos de utilização, podendo contudo cada Estado-membro optar por consagrar a gestão colectiva obrigatória nestes casos. Garantir-se-ia assim a liberdade contratual dos utilizadores, que poderiam remover

²⁴ Opção que teria de ser rodeada das salvaguardas necessárias de forma a garantir que as entidades de gestão colectiva cobrissem os custos acrescidos que poderiam resultar do exercício de actividades de fiscalização fora do seu território. Outra opção seria permitir que neste caso as entidades se recusassem a conceder licenças – tal não seria considerado anti-concorrencial desde que fosse justificado por razões objectivas e não (apenas) por práticas concertadas entre as diversas entidades de gestão colectiva.

²⁵ Esta opção implicaria ainda que fosse esclarecido, a nível europeu, qual a lei aplicável às licenças concedidas. Com efeito, neste modelo os utilizadores portugueses poderiam deixar de negociar com entidades de gestão colectiva portuguesas.



o seu repertório da gestão colectiva, ao mesmo tempo que criaria segurança jurídica para os utilizadores, pois afastaria o risco de reclamações dos titulares dos direitos.

- (d) A gestão colectiva obrigatória ou alargada não impediria os utilizadores de se dirigirem directamente aos titulares dos direitos. Haveria por isso que consagrar que o mandato às entidades de gestão colectiva seria não exclusivo, o que contribuiria, como acima se viu, para o aumento da eficiência e boa gestão das entidades.
 - (e) Por fim, e para assegurar transparência às soluções referidas, poderia igualmente propor-se a criação de uma base de dados central a nível europeu, com indicação do catálogo de cada entidade de gestão colectiva e os acordos de reciprocidade celebrados entre elas. Tal base de dados deveria estar permanentemente acessível, p.ex., através da Internet.
9. Adicionalmente, deveriam ser adoptadas, a nível europeu, regras comuns para a supervisão das entidades de gestão colectiva, mediante mecanismos de controlo independentes e regulares. Neste contexto, poderia ser igualmente proposta a realização de análises regulares e comparativas às tarifas praticadas, incluindo ao modo como estas são estabelecidas.
10. Uma vez que a Comissão Europeia manifestou a sua preferência pelas licenças pan-europeias para o âmbito da música online, a CTP poderá aproveitar para propor uma solução alternativa, na linha do exposto, para as restantes situações.

Em qualquer dos casos, é recomendável que a Directiva que a Comissão Europeia pretende aprovar não se limite à música online, mas tenha um âmbito mais abrangente, abarcando todas as actividades das entidades de gestão colectiva.



C.2 ACTUAÇÃO A NÍVEL MUNDIAL

1. As opções analisadas pela Comissão Europeia teriam o seu âmbito de aplicação limitado ao território da União Europeia, pelo que seria recomendável continuar a garantir que os organismos de gestão colectiva europeus obteriam das suas congéneres (nomeadamente norte-americanas, uma vez que assumimos que as associadas da CTP recorrem essencialmente a obras norte-americanas) uma garantia contratual de que representam todos os titulares dos direitos, mesmo os que neles não estejam inscritos.

Adicionalmente, seria recomendável que as entidades norte-americanas assumissem a obrigação de indemnizar as entidades europeias caso os utilizadores fossem demandados pelos titulares dos direitos por utilização não autorizada das suas obras, prestações ou videogramas/fonogramas.

Criar-se-iam assim dois níveis de actuação:

- (a) Nos contratos entre as entidades europeias e os utilizadores, estes garantiriam que representavam todos os titulares de direitos, assumindo a obrigação de defender e indemnizar os utilizadores caso estes fossem demandados pelos titulares por utilização não autorizada das suas obras, prestações ou videogramas/fonogramas;
- (b) Nos acordos de reciprocidade entre as entidades europeias e as estrangeiras, estas garantiriam que representavam todos os titulares de direitos nacionais, sendo reconhecido o direito de regresso das entidades europeias contra aquelas em caso de pagamento de indemnizações aos utilizadores ao abrigo da alínea (a) acima.



2. Antecipando-se alguma dificuldade na negociação de tais condições, cumpre salientar que a opção da licença pan-europeia, ao “criar” grandes entidades de gestão colectiva centrais a nível europeu, poderá contribuir para a negociação das condições indicadas, pois estas entidades terão em princípio mais poder negocial do que as entidades que existem actualmente ao abrigo do regime dos acordos de reciprocidade.²⁶

V. CONCLUSÕES

1. As circunstâncias em que as associadas da CTP estão obrigadas a proceder ao pagamento pela utilização de obras, prestações, fonogramas/videogramas e emissões de radiodifusão não resultam claras da lei, o que tem levado ao surgimento de interpretações divergentes a este respeito.
2. Esta situação verifica-se nomeadamente nos casos de instalação de equipamentos terminais de rádio e televisão, havendo quem defenda que ocorre uma mera recepção não sujeita a pagamento, enquanto outros sustentam que se trata de um acto de comunicação ao público sujeito a autorização.
3. Nos casos de música ambiente (através de CDs), a estruturação actual da lei também pode criar dificuldades na determinação da exigência de autorização ou de mera remuneração equitativa, nomeadamente no caso dos produtores de fonogramas/videogramas.

²⁶ Contudo, por razões de concorrência, os EUA impedem que as entidades de gestão colectiva se assumam como representantes exclusivos dos titulares dos direitos. Como adicionalmente o registo numa entidade é voluntário, é expectável que seja difícil exigir das entidades americanas a garantia de que representam *todos* os titulares dos direitos.



4. Relativamente ao VOD, embora o mesmo dependa de autorização (ou de pagamento no caso dos artistas), não resulta claro se apenas as entidades que constroem o pacote de filmes/programas devem obter as devidas autorizações ou também outras entidades, como sejam os hotéis quando recorrem aos pacotes de VOD de entidades como a ZON ou o MEO.

5. A proposta de revisão legislativa tem por objectivo responder às dificuldades expostas através de três principais medidas:

Por um lado, reformular a redacção do CDADC de modo a tornar claro quais os actos sujeitos a autorização, quais os actos livres e quais os actos sujeitos a mera remuneração equitativa.

Por outro lado, alargar os casos em que as entidades de gestão colectiva têm competência para gerir os direitos de todos os titulares, mesmo daqueles que não se encontram inscritos.

Por fim, rever a Lei n.º 83/2001 de 3 de Agosto, que regula a constituição, organização, funcionamento e atribuições das entidades de gestão colectiva, impondo obrigações adicionais sobre estas e sobre a IGAC com o objectivo de garantir uma maior transparência e o mais fácil acesso à informação por parte dos interessados.

6. Deve ser aproveitada a iniciativa da União Europeia em matéria de gestão colectiva para procurar prever a nível europeu soluções que garantam maior competitividade das tarifas e maior representatividade das entidades de gestão colectiva.

Lisboa, 19 de Novembro de 2010