

DIREITOS CONEXOS (AO DIREITO DE AUTOR)(*)

*Pelo Mestre Nuno Sousa e Silva(**)*

SUMÁRIO:

1. Introdução. 2. Fontes Internacionais. 3. (Alguma) harmonização a nível europeu. 4. O regime português. 4.1. Objecto e titulares de protecção. 4.1.1. Os artistas-intérpretes. 4.1.2. Produtores de fonogramas e videogramas. 4.1.3. Organismos de radiodifusão. 4.1.4. Outros direitos conexos. 4.1.4.1. Produtor de bases de dados. 4.1.4.2. Direito sobre o título de uma obra. 4.1.4.3. Editor de obras inéditas não protegidas. 4.1.4.4. Editor de edições críticas e científicas de obras no domínio público. 4.1.4.5. Direito geral do editor? 4.1.4.6. Direito ao espectáculo? 4.2. Condições de protecção. 4.3. Conteúdo da protecção. 4.3.1. Faculdades Patrimoniais. 4.3.1.1. Faculdades harmonizadas a nível europeu. i) Direito de reprodução. ii) Direito de comunicação ao público. iii) Direito de distribuição. iv) Aluguer e comodato. v) Direito de fixação. 4.3.1.2. As disposições do CDADC. i) Artistas-intérpretes. ii) Produtores de fonogramas e videogramas. iii) Organismos de radiodifusão. 4.3.2. Faculdades pessoais. 4.4. Limites e excepções. 4.4.1. Utilizações livres. 4.4.2. Duração. 4.5. Meios de tutela (menção). 5. Conclusão: propostas de alteração legislativa. 6. Quadro-síntese da posição de cada titular.

(*) Este texto constitui, com considerável desenvolvimento, o suporte escrito de uma exposição oral feita a 5 de Março de 2016 no VII Curso de Pós-Graduação em Direito Intelectual organizado pela APDI na FDUL. Deixo aqui uma nota de agradecimento pelo convite ao Prof. Doutor Dário Moura Vicente.

(**) Doutorando e Mestre em Direito. LLM. IP (MIPLC). Assistente da Universidade Católica Portuguesa (Porto). Advogado. E-mail: <nsousaesilva@gmail.com>. Gostaria de agradecer a Maria Rita Mesquita e Pedro Sousa e Silva as sugestões. Os erros permanecem meus.

Abreviaturas utilizadas

- AG** Advogado-Geral
- BGH** Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal Alemão)
- BMJ** Boletim do Ministério da Justiça
- CC** Código Civil
- CDADC** Código dos Direitos de Autor e Direitos Conexos
- CDPA** Copyright, Designs and Patents Act (Reino-Unido)
- CdP** Cadernos de Direito Privado
- CRP** Constituição da República Portuguesa
- CUP** Cambridge University Press
- DL** Decreto-Lei
- ed(s)** editor(es)
- EE** Edward Elgar
- EIPR** European Intellectual Property Review
- GRUR** Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
- GRUR Int** Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil
- IIC** International Review of Intellectual Property and Competition Law
- IPQ** Intellectual Property Quarterly
- JIPITEC** Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law
- JIPLP** Journal of Intellectual Property Law and Practice
- JIPR** Journal of Intellectual Property Rights
- n** nota
- oup** Oxford University Press
- p./pp.** página / páginas
- QMJIP** Queen Mary Journal of Intellectual Property
- RABPI** Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual
- RDES** Revista de Direito e Estudos Sociais
- RDI** Revista de Direito Intelectual

- RED** Revista Electrónica de Direito
- RFDUL** Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
- RIDA** Revue Internationale du Droit d'Auteur
- ROA** Revista da Ordem dos Advogados
- rn** randnummer (número à margem)
- RPC** Reports of Patent, Design and Trademark Cases
- STJ** Supremo Tribunal de Justiça
- TJUE** Tribunal de Justiça da União Europeia.
- TRIPS/ADPIC** Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights/ Acordo Relativo aos Aspectos do Direito da Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio (usa-se o acrónimo inglês que se generalizou também na doutrina portuguesa)
- TRL** Tribunal da Relação de Lisboa
- UCE** Universidade Católica Editora
- UE** União Europeia
- UrhG** Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Lei alemã de direito de autor)
- WIPO/OMPI** World Intellectual Property Organization/ Organização Mundial da Propriedade Intelectual
- ZGE** Zeitschrift für Geistiges Eigentum
- ZUM** Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht

1. Introdução

Os direitos conexos (também chamados direitos vizinhos ou direitos afins ao direito de autor)⁽¹⁾ são uma criação mais recente do que o Direito de Autor⁽²⁾. A sua origem pode reconduzir-se ao surgimento e disseminação de tecnologias que permitiam gravar, reproduzir e transmitir execuções de obras protegidas e, por um lado, à protecção do investimento daqueles que se dedicavam a essas actividades⁽³⁾. Por outro lado, sentia-se também a necessidade de proteger os artistas-intérpretes, cuja prestação por via da gravação deixava de ter um carácter efémero⁽⁴⁾. Apesar da sua considerável heterogeneidade, a generalidade dos direitos conexos está relacionada (embora nem sempre) com as chamadas indústrias criativas, isto é, a produção cultural⁽⁵⁾. Trata-se de realidades ima-

(1) Designados em Inglês “neighbouring rights” ou “related rights”, em francês “droit voisins” ou “droit connexes”, em castelhano “derechos afines”, em alemão “verwandte Schutzrechte”, “Leistungsschutzrechte” ou mesmo “Nachbarrechte”, em italiano “diritti connessi”. A terminologia não se encontra estabilizada e todas as expressões são susceptíveis de crítica (assim, entre muitos outros, ANDRÉ LUCAS, HENRI-JACQUES LUCAS & AGNÈS LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique* (Lexis Nexis 2012), p. 928). A própria terminologia foi (e é) espelho de um confronto ideológico (cf. HERMAN COHEN JEROHAM, ‘The nature of Neighbouring Rights of Performing Artists, Phonogram Producers and Broadcasting Organizations’ *Columbia VLA Journal of Law & the Arts* 75 (1990-1991), pp. 85-91).

(2) Ao contrário do que é habitual, utilizarei a designação direito de autor no seu sentido restrito, procurando distinguir a regulação jurídica da obra (direito de autor), da regulação de prestações criativas e/ou empresariais por via de um direito próximo ao direito de autor (direitos conexos).

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

(4) OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor e Direitos Conexos* (Coimbra Ed. 1992), p. 14 e p.544; SILKE VON LEWINSKI, *International Copyright Law and Policy* (OUP 2008), p. 86. É comum assinalar-se que esta tecnologia produziu um grande desemprego entre artistas-intérpretes que se viram “substituídos pelas gravações” (assim KRÜGER, Vor §§73 ff. in SCHRICKER/LOWENHEIM, *Urheberrecht Kommentar* (C.H. Beck 2010), rn. 8). Mesmo hoje em dia os estudos empíricos assinalam que a maior parte dos artistas-intérpretes continuam a ser forçados (atenta a desigualdade de poder negocial) a alienar todos os seus direitos (cf. RUTH TOWSE, ‘Economics of Performers’ Rights’ in RICHARD WATT (ed), *Handbook on the Economics of Copyright* (EE 2014), p.130).

(5) Assim, EUGEN ULMER, *Urheber- und Verlagsrecht* (Springer 1980), p. 15 e HENRI DESBOIS, *Le droit d’auteur en France* (Daloz 1978), p. 213. Em sentido algo cri-

teriais, hoje em dia reguladas principalmente no domínio da Propriedade Intelectual.

Inicialmente, alguns dos problemas que os direitos conexos vieram procurar resolver foram abordados no âmbito da concorrência desleal⁽⁶⁾, só tendo a figura obtido consagração internacional autónoma na Convenção de Roma de 1961⁽⁷⁾. Em Portugal a figura

tico, cf. ANDRÉ LUCAS, HENRI-JACQUES LUCAS & AGNÉS LUCAS-SCHLOETTER, *ob. cit.*, p. 929. Também OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor...*, cit., p.568, se manifesta particularmente céptico: "...afirma-se como justificativa do regime legal a promoção da cultura; mas ela passa bem sem essa protecção. Eventuais vantagens são sobrepujadas pelos mesmos entraves que a essa cultura se trazem...". Também é certo que há reconhecidas dificuldades em definir cultura. VASCO PEREIRA DA SILVA, *A Cultura a que tenho Direito* (Almedina 2007), pp. 8-12 ("...definir a cultura apresenta-se mesmo como uma impossibilidade cultural..."), preconiza antes a adopção de aceções abertas de cultura para efeitos jurídicos.

⁽⁶⁾ ALEXANDER PEUKERT, *Güterzuordnung als rechtsprinzip* (Mohr Siebeck 2008), pp. 313-314. Cf. também ANNETTE KUR, 'What to protect, and how? Unfair competition, intellectual property, or protection *sui generis*?', in NARI LEE, *et. al.*, *Intellectual Property, Unfair Competition and Publicity* (EE 2014), p. 19, e SYLVIE NÉRISSEON, 'France', in FRAUKE HENNING-BODEWIG (ed), *International Handbook on Unfair Competition* (C.H. Beck 2012), p. 222, dando nota da utilização do conceito de *parasitisme* pela jurisprudência francesa para proteger fonogramas antes de 1985. Além da concorrência desleal, o direito de autor desempenhou inicialmente um papel importante em relação às prestações de artistas-intérpretes que eram consideradas obras derivadas (adaptações) e protegidas como tal (assim procedeu o legislador alemão em 1910 ao acrescentar uma alínea 2 ao §2 da *Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst* de 1901). Deve destacar-se que em relação aos artistas intérpretes os direitos de personalidade também foram tidos em conta (MANFRED REHBINDDER & ALEXANDER PEUKERT, *Urheberrecht* (C.H. Beck 2015), p. 235). Recentemente o 9th Circuit no caso *Garcia v. Google* reverteu *en banc* uma decisão que tinha reconhecido direitos de autor a uma actriz (Cindy Lee Garcia) cuja actuação tinha sido desvirtuada para fazer a polémica curta-metragem "Innocence of Muslims". Para uma história dos direitos conexos veja-se RASMUS FLEISCHER, 'Protecting the musicians and/or the record industry? On the history of 'neighbouring rights' and the role of Fascist Italy' QMJIP 5(3) (2015), pp. 327-334; XAVIER DAVERAT, 'Histoire des Droits Voisins' Juris-classeur propriété littéraire et artistique (2008) fascicule n.º 1405, pp. 1-28 e a exposição de MARCEL SAPORTA, 'Les droit dits «connexes» au droit d'auteur' Revue Internationale de Droit comparé [1952], pp. 42-72.

⁽⁷⁾ Segundo HERMAN COHEN JEROHAM, 'The relationship between copyright and neighbouring rights' RIDA [1990], p. 81, a primeira utilização do termo terá ocorrido em 1948 na Conferência diplomática para a revisão da Convenção de Berna, em Bruxelas. Como explicam PAUL GOLDSTEIN & BERT HUGENHOLTZ, *International Copyright* (OUP 2010), p. 54 —, que localizam a origem do termo em 1928 —foi a Convenção de Roma de 1961 que obrigou muitos dos signatários a adoptar pela primeira vez leis neste domínio. É certo que o problema da protecção dos artistas-intérpretes está na origem dos direitos conexos e que este assunto já tinha sido debatido, de forma inconclusiva, na conferência de 1928 em

do direito conexo (um direito subjectivo de proibir) foi acolhida com o actual Código de 1985⁽⁸⁾, ainda que com eficácia retroactiva⁽⁹⁾. Esta circunstância pode explicar a escassa atenção que a doutrina lhe tem dispensado⁽¹⁰⁾. Um outro aspecto que pode ter contribuído para uma relativa “marginalização” do tema prende-se com a circunstância de o conceito ser típico dos sistemas de *droit d’auteur*, sendo que os sistemas de *copyright*⁽¹¹⁾ tradicionalmente incluem algumas das prestações em causa (como fonogramas) no próprio conceito de obra protegida pelo direito de autor⁽¹²⁾.

Roma para a revisão da Convenção de Berna e existem referências ao debate já em 1909 (cf. *infra* nota 38).

⁽⁸⁾ Sendo certo que já existiam antecedentes, como a Lei 41/80 de 12 de Agosto (Protecção contra a reprodução ilícita de fonogramas), que reconhecia direitos aos produtores de fonogramas, nomeadamente um direito de reprodução, de distribuição e de importação.

⁽⁹⁾ O art. 194.º CDADC prevê que a protecção se estenda aos factos geradores de protecção anteriores à entrada em vigor do Código. Para uma discussão em termos análogos da aplicação da lei no tempo da Directiva 2006/116/CE relativa à duração, veja-se a decisão do TJUE no caso C-240/07, *Sony* (EU:C:2009:19).

⁽¹⁰⁾ No seu recente manual ALBERTO DE SÁ E MELLO (*Direito de Autor*, Almedina, 2014) p. 7, promete o tratamento “da importantíssima matéria dos direitos conexos” para uma próxima edição. PATRICIA AKESTER, *Direito de Autor em Portugal, nos PALOP, na União Europeia e nos Tratados Internacionais* (Almedina 2013), dedica-lhe poucas páginas (pp. 169-185), assim como LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito de Autor* (Almedina 2011), (pp. 243-276). Sobre o assunto, entre nós, veja-se ALEXANDRE DIAS PEREIRA, ‘Da Retransmissão por Cabo de Prestações Artísticas Protegidas por Direitos Conexos ao Direito de Autor’ [2012] ROA, pp. 991-1084; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor...cit.*, pp. 543-598 e ainda, do mesmo autor, ‘Projecto de uma Lei sobre Direitos Conexos ao Direito de Autor’ ROA [1978], pp. 597-632. Também no plano comparado são relativamente raras as monografias que incidam especificamente sobre direitos conexos. Em todo o caso, de entre as mais recentes, merecem especial referência, JÖRG REINBOEHE & SILKE VON LEWINSKI, *The WIPO Treaties on Copyright: A Commentary on the WCT, the WPPT, and the BTAP* (OUP 2015); RICHARD ARNOLD, *Performers’ Rights* (Sweet & Maxwell 2015); JOHANNES S. OEBBECKE, *Der ‘Schutzgegenstand’ der Verwandten Schutzrechte* (Peter Lang 2011); MEGUMI OGAWA, *Protection of Broadcaster’s Rights* (Brill 2005); OWEN MORGAN, *International Protection of Performers Rights* (Hart 2002) e PETER GANEA, *Verwandte Schutzrechte im Urheberrecht der Länder Japan, China und Deutschland — eine vergleichende Studie* (C.H. Beck 2000).

⁽¹¹⁾ Sobre a diferença cf., por todos, ALAIN STROWEL, *Droit d’auteur et copyright* (Bruylant 1992). Para uma exposição sucinta pode ver-se NUNO SOUSA E SILVA, ‘Uma introdução ao direito de autor europeu’ ROA [2013], pp. 1334-1351.

⁽¹²⁾ PAUL GOLDSTEIN & BERNT HUGENHOLTZ, *ob. cit.*, p. 231. Isto só é possível atento o nível mais baixo de originalidade que caracteriza estes sistemas (SILKE VON LEWINSKI, *International Copyright...cit.*, pp. 46-47).

Os direitos conexos são atribuídos a prestações que, não reunindo os requisitos para a protecção como obras, desempenham um papel relevante nas indústrias criativas; neste sentido são “ligados”/“vizinhos” dos direitos de autor⁽¹³⁾. Por este motivo, muitos autores referem a “precedência”⁽¹⁴⁾ ou superioridade⁽¹⁵⁾ do Direito de Autor sobre direitos conexos⁽¹⁶⁾. No entanto, se isto pode ser assim no plano “moral”, essa afirmação não encontra correspondência no plano jurídico⁽¹⁷⁾. Os direitos conexos, apesar da sua

⁽¹³⁾ PAUL GOLDSTEIN & BERNT HUGENHOLTZ, *ob. cit.*, p. 230: “...this subject matter “neighbors” the subject matter of author’s rights and copyright because it is thought to fall outside the domain of literary and artistic works and to lack the authorial creativity required for admission into the cathedral of author’s right.”. Assim se compreende que nos sistemas em que os requisitos de originalidade (v.g. EUA) são menos elevados, se possam proteger algumas destas prestações pelos direitos de autor, não adoptando a noção de direitos conexos. Apesar de não adoptar esta nomenclatura o sistema inglês tem direitos conexos (RICHARD ARNOLD, ‘Content copyrights and signal copyrights’ QMJIP [2011], p. 273).

⁽¹⁴⁾ LUIZ FRANCISCO REBELLO, *Introdução ao Direito de Autor*, vol. I (SPA 1994), p. 21 e do mesmo autor, *Código Anotado* (Âncora Editora 2002), p. 237: “Na hierarquia do Código, o direito de autor prevalece sobre os direitos conexos”. Também LUÍS MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, p. 246.

⁽¹⁵⁾ PATRICIA AKESTER, *ob. cit.*, p. 169. Também CLÁUDIA TRABUCO, *O Direito de Reprodução de Obras Literárias e Artísticas no Ambiente Digital* (Coimbra Ed. 2006), p. 58 (“relação hierárquica”).

⁽¹⁶⁾ DIAS PEREIRA, *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital* (Coimbra Ed. 2001), p. 167 começa por reconhecer que os direitos de autor, ao contrário dos direitos conexos, tutelam também interesses “*extra commercium*” mas acaba por concluir que estes últimos se enquadram igualmente na tutela do art. 42.º da CRP (p. 169) e podem ser integrados nas disposições do Código Civil (arts. 48.º e 1303.º) que fazem referência à propriedade intelectual (p. 177). No mesmo sentido CLÁUDIA TRABUCO, *O Direito... , cit.*, pp. 55-56.

⁽¹⁷⁾ Assim, entre muitos outros, CLAUDE MASOUYÉ, *Guide to the Rome Convention and to the Phonograms Convention* (WIPO 1981), p. 17 e KRÜGER, Vor §§73 ff... cit. rn. 15. Falando de uma “reserva simbólica” cf. ANDRÉ LUCAS, HENRI-JACQUES LUCAS & AGNÉS LUCAS-SCHLOETTER, *ob. cit.*, p. 931. Poderá admitir-se, com ALEXANDRE DIAS PEREIRA, ‘Da retransmissão...cit.’ p. 1000, que, uma vez que o art. 189.º/3 CDADC manda aplicar as excepções do direito de autor aos direitos conexos parece existir uma relativa superioridade dos primeiros sobre os últimos. No entanto, há determinados actos que podem não ser relevantes do ponto de vista do direito de autor (v.g. um *sample* demasiado curto de uma gravação) mas já sim na óptica dos direitos conexos. Para um exemplo em que uma excepção (§24 UhrG — utilização livre) foi considerada relevante no domínio dos direitos de autor mas inadmissível na perspectiva dos direitos conexos (§85 UhrG — direitos do produtor de fonogramas) veja-se o acórdão do BGH de 13 de Dezembro de 2012 *Metall auf Metall II* (I ZR 182/11).

menor duração, têm **igual força jurídica**⁽¹⁸⁾ e, em certa medida, são regulados por remissão para o regime dos direitos de autor⁽¹⁹⁾. A necessidade de regulação consonante também se explica pela circunstância de, em muitos domínios (v.g. música, cinema ou teatro), coexistirem vários direitos conexos e um ou mais direitos de autor sobre a mesma criação. Assim, na faixa de um álbum de música que seja transmitida na rádio, teremos a letra escrita por alguém (obra literária), a música eventualmente composta por outrem (obra musical), os artistas-intérpretes (cada um dos músicos que executa as obras)⁽²⁰⁾, o produtor de fonogramas (isto é, a editora que organiza a gravação) e o organismo de radiodifusão (a estação de rádio que transmite o programa nas ondas hertzianas ou via internet).

Estes direitos conexos são independentes uns dos outros e dos direitos de autor (art. 177.º CDADC), o que implicará a necessidade de reunir a autorização de todos os intervenientes para poder utilizar licitamente a criação musical tal como interpretada, gravada e transmitida. Este fenómeno designa-se por “fragmentação de direitos”^(21/22). Também por causa destas sobreposições de pro-

(18) Assim, HERMAN COHEN JEROHAM, ‘The relationship...cit.’, pp. 107-108. Não concordo por isso com a afirmação de PAUL GOLDSTEIN & BERNT HUGENHOLTZ, *ob. cit.*, p. 54 que retiram da regra da independência dos direitos conexos (art. 1.º/2 Convenção de Roma e art. 1.º/2 WPPT, art. 12.º Dir. 2006/115, replicada no art. 177.º CDADC) uma relação hierárquica. ROBERT DITTRICH, ‘The Practical Application of the Rome Convention’ *Bulletin Copyright Society U.S.A* 26 (1978-1979), p. 288, frisa que essa disposição é meramente interpretativa. Como explica magistralmente OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor...cit.*, p. 582: [esta] “É uma proposição oca, das muitas que juncam o Direito de Autor, destinada a aclamar os autores. (...) é ilegítimo retirar dela que em caso de colisão o conflito deverá solucionar-se em benefício do autor”.

(19) Vejam-se os arts. 192.º e 189.º/3 CDADC. Discutindo os termos da primeira remissão, cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor...cit.*, pp. 582-584. A meu ver, o aspecto em que esta extensão produzirá mais efeitos é relativamente aos negócios jurídicos, matéria que não abordarei neste texto.

(20) Estes músicos podem não ter qualquer relação artística com os autores da letra e/ou da música.

(21) Assim, DIAS PEREIRA, ‘Da retransmissão...’, *cit.*, p. 10001. Sobre o papel que as sociedades de gestão colectiva podem ter para minorar o problema veja-se, *inter alia*, DANIEL GERVAIS (ed), *Collective Management of Copyright and Related Rights* (Kluwer 2010).

(22) O facto de, com o surgimento dos direitos conexos, ser necessário proceder a mais pagamentos levou a que os autores receassem uma diminuição dos seus rendimentos,

tecção, deverão ser consagradas excepções e limites que se possam aplicar de forma transversal, sob pena de a sobreposição lhes retirar significado útil⁽²³⁾.

Existem ainda outras categorias de direitos conexos que visam resolver (supostas) falhas de mercado. Da mesma forma que os direitos de autor (e a Propriedade Intelectual de um modo geral) podem ser apontados como uma solução para o problema dos bens públicos⁽²⁴⁾, também, segundo alguns autores, existe um problema semelhante noutros domínios (como os direitos desportivos⁽²⁵⁾, ou os direitos sobre fragmentos de peças noticiosas)⁽²⁶⁾ excluídos de protecção por via de direitos de autor. Assim, este tipo de prestações, poderia ser protegida por um direito análogo, um direito conexo, que, à semelhança do que ocorre com os direitos de autor, permite através da escassez artificial, criar um mercado. Poder-se-á, assim, fazer uma distinção tendencial entre aqueles direitos conexos que normalmente se aplicam em paralelo com a protecção jusautorais⁽²⁷⁾ (v.g. o direito dos artistas-intérpretes ou do produtor de fonogramas) e aqueloutros que terão um objecto autónomo de protecção (como o direito conexo (*sui generis*) sobre bases de dados). Os primeiros são os direitos conexos “clássicos”⁽²⁸⁾, elen-

ou seja, uma diminuição da sua fatia no “bolo dos royalties” (cf. HERMAN COHEN JEROHAM, *The nature...cit*’, pp. 83-84).

⁽²³⁾ ROBERT PLAISANT, ‘Les droits des artistes interprètes ou exécutants’ *Bulletin du droit d’auteur (UNESCO)* vol XVIII (1984), p. 9. Sobre esse problema, de um modo mais amplo, cf. MARTIN SENFTLEBEN, ‘Overprotection and Protection Overlaps in Intellectual Property Law — the Need for Horizontal Fair Use Defences’, in ANNETTE KUR & V. MIZARAS (eds), *The Structure of Intellectual Property Law: Can One Size Fit All?* (EE 2011), pp. 136-181.

⁽²⁴⁾ Cf. MARK A. LEMLEY, ‘Ex Ante versus Ex Post Justifications for Intellectual Property’ *The University of Chicago Law Review*, Vol. 71, N.º 1 (2004), pp. 129-149.

⁽²⁵⁾ Consagrado em França (L 333-1 do Code du Sport) e em Itália no art 78-quarter I.d.a. (“diritti audiovisivi sportivi”) como um verdadeiro direito conexo. Sobre isso veja-se *infra* nota 101.

⁽²⁶⁾ Acrescentados à lei alemã em 2013 e à lei espanhola em 2014. Sobre o tema, com mais indicações, veja-se NUNO SOUSA E SILVA, ‘Direito de Autor: breve reflexão sobre o Futuro, o Presente e os Jornais na experiência europeia’ RABPI (142/2016), pp. 32-39.

⁽²⁷⁾ É claro que não é certo que o direito conexo assente sobre uma obra (ainda) protegida. Pode tratar-se de uma obra no domínio público.

⁽²⁸⁾ Assim OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor...cit.*, pp. 546 e 341 (“paradigmaticamente referidos”). Também PAUL GOLDSTEIN & BERNT HUGENHOLTZ, *ob. cit.*, p. 230:

cados no art. 176.º CDADC, os segundos gozam de consagração tanto no CDADC como em legislação avulsa. No essencial, este texto tratará dos direitos conexos clássicos, apesar de fazer referência aos segundos, quando se mostre adequado⁽²⁹⁾.

Apesar da semelhança estrutural, os direitos conexos têm várias características que os **distinguem** de forma clara **dos direitos de autor**. Desde logo no plano das **justificações**. Como afirma HERMAN COHEN JEHORAM⁽³⁰⁾: “Rights neighboring to copyright are, by definition, rights which are not genuine copyrights. They provide strengthened protection against certain acts of unfair competition which can be very loosely associated with copyright infringements”. Ademais, os direitos de autor incidem sobre uma expressão imaterial (*corpus mystichum*) e por isso podem ser violados de forma indirecta, isto é, sem interferência com o respectivo suporte (*corpus mechanicum*). Assim, se alguém pinta pela sua própria mão uma expressão copiada de uma obra anterior poderá infringir direitos de autor. Já os direitos conexos, apesar de também terem uma natureza imaterial⁽³¹⁾, normalmente só serão violados existindo uma **interferência com o respectivo suporte** (v.g. não há violação do direito conexo do produtor de fonogramas se alguém fizer uma gravação da mesma música sem partir, directa ou indirectamente, do fonograma em causa ou violação do direito do artista-intérprete se outrem cantar ou tocar da mesma forma)⁽³²⁾.

“Performances, phonograms, and broadcast make up the principal subject matter of neighboring rights”; ANDRÉ LUCAS, HENRI-JACQUES LUCAS & AGNÉS LUCAS-SCHLOETTER, *ob. cit.*, p. 933 e HERMAN COHEN JERHAM, *The nature...*, *cit.*, p. 76 (“three “classical” neighboring rights of performers, producers of phonograms and broadcasting organizations”). Outra distinção utilizada v.g. por MANFRED REHBINDER & ALEXANDER PEUKERT, *ob. cit.*, pp. 233-234, distingue entre “puras prestações empresariais”, visando a protecção do produto do investimento em conteúdos já existentes (v.g. direito do produtor de fonogramas), e direitos conexos relativos a “novos conteúdos”, tais como edições científicas, fotografias não originais e interpretações artísticas.

⁽²⁹⁾ O ponto 4.1.4. apresenta uma breve descrição do respectivo regime.

⁽³⁰⁾ ‘The nature...’, *cit.*, p. 76.

⁽³¹⁾ Como explica OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor...*, *cit.*, p. 568, não nos podemos esquecer que “o que se sujeita a um regime particular é a utilização da coisa incorpórea mediante a utilização da coisa corpórea”.

⁽³²⁾ RICHARD ARNOLD, ‘Content...’, *cit.*, p. 276. O autor apresenta o exemplo de um *remake* em 1998 por Gus Van Sant do filme *Psycho* de Alfred Hitchcock (1960), no qual o

Impõe-se, porém, uma ressalva: é possível que ocorra violação de um direito conexo através de uma utilização “em directo”, ou seja, sem interferir com o suporte, nomeadamente procedendo a uma fixação e/ou transmissão de uma interpretação enquanto esta ocorre⁽³³⁾.

Um outro aspecto diferenciador é a chamada *tipicidade fechada* do conteúdo dos direitos conexos⁽³⁴⁾. Isto traduz-se no facto de, ao contrário do que acontece com o direito patrimonial do autor, não existir uma cláusula geral (arts. 9.º e 68.º/1 CDADC) relativa ao conteúdo económico e moral da prestação protegida. Assim, o titular de direitos conexos só tem as faculdades patrimoniais ou pessoais que a lei expressa e exaustivamente lhe confere.

Como este texto demonstrará, esta categoria de direitos reveste-se de uma importância e significado prático incontornáveis⁽³⁵⁾.

primeiro cineasta reconstitui a obra do segundo cena-por-cena (p. 272). Esse *remake*, do ponto de vista dos direitos conexos, será legítimo. Também OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor...cit.*, p. 549, explicando a necessidade de interpretação restritiva do art. 196.º/1 uma vez que não pode ocorrer plágio de prestação (concordando, cf. CLÁUDIA TRABUCO, *O Direito... , cit.*, p. 222). Pronuncia-se em sentido contrário LUÍS MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, p. 246, n. 312, quando afirma que “não é permitido que um artista reproduza integralmente a prestação de outro artista, mesmo que o faça sem recurso a meios técnicos”. Em minha opinião será assim apenas quando essa reprodução da prestação implique também um acto relevante do ponto de vista do direito de autor; logo, a prestação em causa tem que se qualificar também como obra. Um aspecto que pode revelar algum interesse em situações de “plágio de prestação” é a protecção de indícios de personalidade do artista-intérprete (sobre esta última veja-se HUW BEVERLEY-SMITH, ANSGAR OHLY & AGNÈS LUCAS-SCHLOETTER, *Privacy, Publicity and Personality — Civil Law Perspectives on Commercial Appropriation* (CUP 2005)).

⁽³³⁾ Também em relação ao direito *sui generis* sobre bases de dados o TJUE já deixou claro que pode haver uma violação deste sem ocorrer extracção directa, nomeadamente através da mera consulta dos dados em ecrã e posterior utilização (C-304/07, *Directmedia Publishing* (EU:C:2008:552)).

⁽³⁴⁾ Expressão de ALEXANDRE DIAS PEREIRA, ‘Da Retransmissão... , cit., p. 1065. Nesse sentido também OLIVEIRA ASCENSÃO, *ob. cit.*, pp. 562 e 686.

⁽³⁵⁾ Ilustra-o o facto de em muitos casos a “estrela” ser o artista-intérprete (especialmente no caso de músicos e actores) e não tanto o escritor, compositor ou letrista. Como escreve HAIMO SCHACK, *Urheber- und Urhebervertragsrecht* (Mohr Siebeck 2013), p. 325, “Para o público o meio é frequentemente mais importante do que o conteúdo”.

2. Fontes Internacionais

A protecção dos direitos conexos resulta de uma grande influência internacional⁽³⁶⁾. Como referido, os direitos conexos referem-se a prestações que não reúnem os requisitos para gozar de protecção jusautorais, sendo assim excluídos do domínio de aplicação da Convenção de Berna de 1886⁽³⁷⁾. Por esse motivo, não se aplicava às prestações em causa no domínio dos direitos conexos a regra do tratamento nacional, em que assentava a Convenção. A necessidade de instituir um padrão internacional e garantir a não discriminação em relação aos direitos conexos era sentida de um modo generalizado, sendo discutida a propósito das sucessivas revisões da Convenção de Berna⁽³⁸⁾. Porém, o ponto de partida a este nível foi uma convenção autónoma.

A Convenção Internacional para a Protecção dos Artistas Intérpretes ou Executantes, dos Produtores de Fonogramas e dos Organismos de Radiodifusão (conhecida como **Convenção de Roma**), assinada a 26 de Outubro de 1961, foi preparada por três organizações internacionais: a Organização Internacional do Trabalho, a Unesco e o secretariado da União de Berna⁽³⁹⁾. Nesse

⁽³⁶⁾ MANFRED REHBINDER & ALEXANDER PEUKERT, *ob. cit.* (C.H. Beck 2015), p. 235 (“O crescente significado dos direitos conexos espelha-se não apenas no seu número rapidamente ascendente mas também na sua proeminente codificação no direito da união europeia e no direito internacional.”).

⁽³⁷⁾ PAUL GOLDSTEIN & BERNT HUGENHOLTZ, *ob. cit.*, p. 230. Estes mesmo autores não deixam de sublinhar que esta diferença é, em muitos casos, uma ficção, visto que “uma interpretação de um pianista de concerto pode ter bem mais criatividade que um *jingle* publicitário banal que reúna as condições para protecção jusautorais” (p. 231). De facto, a jurisprudência alemã do início de século chegou a considerar que existiam direitos de autor sobre actuações (SILKE VON LEWINSKI, *International Copyright... cit.*, p. 86).

⁽³⁸⁾ SILKE VON LEWINSKI, *International Copyright... cit.*, p. 87, refere uma intervenção da delegação inglesa na Conferência de Berlim para a revisão da Convenção de Berna, em 1908, perguntando se não seria desejável “incluir uma protecção jusautorais a nível internacional para discos de gramofones, rolos de pianolas, etc.”. LUIZ FRANCISCO REBELLO, *Introdução... cit.*, p. 21, situa a origem no congresso da ALAI em Weimar em 1903. Com um relato da pré-história da Convenção de Roma pode ler-se ALFRED BAUM, ‘Über den Rom-Entwurf zum Schutze des vorragenden Künstler, der Hersteller von Phonogrammen und des Rundfunks’ GRUR-Int [1953], pp. 197-220.

⁽³⁹⁾ HERMAN COHEN JEROME, ‘The relationship, cit., p. 93. Sobre a convenção pode ler-se, entre outros, XAVIER DESJEUX, *La Convention de Rome (10-26 octobre 1961)*.

documento consagrou-se um *standard* mínimo de protecção de determinadas categorias de pessoas — artistas-intérpretes, produtores de fonogramas e organismos de radiodifusão — contra certos actos de exploração das suas prestações. A técnica escolhida para o efeito passou pela atribuição de direitos de exclusivo (especificamente direitos de controlar a reprodução, comunicação e primeira fixação), com uma estrutura muito próxima do que acontece no Direito de Autor⁽⁴⁰⁾. A regra do tratamento nacional foi igualmente instituída⁽⁴¹⁾, dedicando a Convenção importantes artigos à definição dos elementos de conexão relevantes para o efeito. A Convenção consagra também uma limitação às formalidades que podem ser exigidas para a protecção por via de direitos conexos. Foi bastante criticado o agrupamento de interesses distintos e a discriminação dos artistas-intérpretes que, para muitos autores, mereciam um tratamento em sede de direito de autor⁽⁴²⁾, e a adesão à Convenção foi inicialmente muito reduzida⁽⁴³⁾. Portugal só aderiu a esta Convenção a 22 de Julho de 1999⁽⁴⁴⁾. Actualmente conta

Etude de la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion (LGDJ 1966); EUGEN ULMER, ‘The Rome Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations’ *Bulletin of the Copyright Society U.S.A* 10 (1962-1963), pp. 90-101; pp. 165-178; pp. 219-248 (o artigo saiu em três partes); ROBERT DITTRICH, ‘The Practical Application... *cit.*, pp. 287-307; CLAUDE MASOUYÉ, *Guide...*, *cit.*, pp. 7-87; DÁRIO MOURA VICENTE, *A Tutela Internacional da Propriedade Intelectual* (Almedina 2008), pp.128-130; GILLIAN DAVIES, ‘The 50.th anniversary of the Rome Convention for the protection of performers, producers of phonograms and broadcasting organisations: reflections on the background and importance of the Convention’ *QMJJIP* [2012], pp. 206-224.

⁽⁴⁰⁾ Na Convenção, estes direitos não têm a mesma força para todos os tipos de prestações. Os artista-intérpretes são aqueles que gozam de menos protecção, sendo que esta pode ser satisfeita apenas por meio da concorrência desleal ou direito penal. HERMAN COHEN JEROHAM, ‘The nature...’, *cit.*, p. 81, explica esta circunstância pela pressão colectivista da OIT que estaria apenas preocupada com a situação de desemprego dos artistas-intérpretes.

⁽⁴¹⁾ Ainda que em contornos minimalistas, visto que o art. 16.º admite reservas no sentido de garantir a reciprocidade (ROBERT DITTRICH, *The practical...*, *cit.*, pp. 289-290).

⁽⁴²⁾ HERMAN COHEN JEROHAM, ‘The relationship’, *cit.*, p. 101.

⁽⁴³⁾ SILVE VON LEWINSKI, *International Copyright...*, *cit.*, p. 91.

⁽⁴⁴⁾ através da resolução da Assembleia da República n.º 61/99. Com considerações acerca das vantagens e desvantagens da convenção para Portugal no final da década de 70, cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, ‘Projecto...’, *cit.*, pp. 598-600.

com 92 signatários⁽⁴⁵⁾ e, através da referência que lhe é feita noutros tratados (*inter alia* o acordo TRIPS), manifesta-se como a convenção mais importante em sede de direitos conexos⁽⁴⁶⁾.

A 29 de Outubro de 1971 celebrou-se a **Convenção de Genebra** para Protecção dos Produtores contra Reprodução não Autorizada dos seus Fonogramas. Esta Convenção surgiu devido à fraca adesão que até então a Convenção de Roma tinha tido⁽⁴⁷⁾ e ao facto de a indústria fonográfica considerar que as disposições relativas a fonogramas na Convenção de Roma não bastavam para combater a pirataria disseminada de fonogramas⁽⁴⁸⁾. Trata-se de um instrumento particularmente pequeno (tem 13 artigos) que institui a faculdade de impedir a reprodução, importação e distribuição de fonogramas (art. 2.º), uma duração mínima de 20 anos de protecção (art. 4.º) e limitações, tanto em relação ao que pode ser exigido em matéria de formalidades (art. 5.º), como à consagração de licenças obrigatórias (art. 6.º). O tratado é bastante flexível quanto à forma de implementação, declarando expressamente que os Estados-Membros tem a faculdade de a fazer por via do direito de autor, direito autónomo, concorrência desleal ou disposições de direito penal (art. 3.º). Não existe uma obrigação de tratamento nacional. A Convenção tem actualmente 78 signatários⁽⁴⁹⁾. No

(45) <http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?treaty_id=17> (consultado a 28 de Setembro de 2015). Deve referir-se que o art. 24.º da Convenção de Roma só admite a adesão daqueles Estados que sejam partes ou da Convenção de Berna ou da Convenção Universal.

(46) SILKE VON LEWINSKI, *International Copyright...*, cit., p. 98. Apesar disso, tem sido assinalada o seu carácter algo ultrapassado e uma eventual necessidade de revisão (LUCIE GUIBAULT & ROY MELZER, 'The Legal Protection of Broadcast Signals' IRIS Plus (2004), p. 2).

(47) São várias as explicações avançadas para essa fraca adesão. SILKE VON LEWINSKI, *International Copyright...*, cit., p. 92, refere a relutância dos países da tradição anglo-americana em proteger artistas-intérpretes e empresas de radiodifusão, a adesão prévia obrigatória à Convenção de Berna ou Convenção Universal (art. 24.º, Convenção de Roma), bem como a exigência de consagração de um direito de remuneração para segunda utilização de fonogramas ou interpretações.

(48) CLAUDE MASOUYÉ, *Guide...*, cit., p. 93. Também EUGEN ULMER, 'The Convention for the Protection of Producers of Phonograms against Unauthorised Duplication of their Phonograms' IIC [1972], pp. 317-334.

(49) <http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=18> (consultado a 28 de Setembro de 2015).

entanto, apesar de esta Convenção ser referida no Preâmbulo do CDADC, Portugal não a assinou até hoje.

Devido à fraca adesão à Convenção de Roma, também as empresas de radiodifusão sentiram a necessidade de celebrar uma convenção autónoma. Aliás, não era claro que a Convenção de Roma fosse aplicável à radiodifusão via satélite⁽⁵⁰⁾. Assim, em 21 de Maio de 1974 foi adoptada a Convenção Relativa à Distribuição de Sinais Portadores de Programas Transmitidos por Satélite, em Bruxelas (sendo conhecida como **Convenção de Bruxelas**)⁽⁵¹⁾. Trata-se de um documento com 12 artigos, com um regime semelhante ao da Convenção de Genebra, mas ainda mais flexível⁽⁵²⁾. Procura combater a utilização indevida de sinais (captação furtiva)⁽⁵³⁾, deixando a determinação dos meios de reacção ao Estado do organismo emissor (dito organismo de origem)⁽⁵⁴⁾. Tem como traço distintivo a característica de não tratar do conteúdo do sinal mas apenas do sinal em si desde que este seja portador de programas⁽⁵⁵⁾. No entanto, a Convenção tem uma exclusão importante: não se aplica a emissões destinadas a serem recebidas pelo público em geral (art. 3.º)⁽⁵⁶⁾. Este tratado conta actualmente com 37 signatários, entre os quais se inclui Portugal desde 1988⁽⁵⁷⁾.

⁽⁵⁰⁾ SILKE VON LEWINSKI, *International Copyright...*, cit., pp. 95-96.

⁽⁵¹⁾ Este tratado é gerido pelo United Nations Committee on the Peaceful Uses of Outer Space.

⁽⁵²⁾ SILKE VON LEWINSKI, *International Copyright...*, cit., pp. 96-97.

⁽⁵³⁾ Como explica MUHAMMED ABRAR, 'WIPO proposed treaty development and critical legal studies' EIPR [2013], p. 718, não está em causa a recepção privada mas sim a distribuição não autorizada de sinais.

⁽⁵⁴⁾ Cf. CLAUDE MASOUYÉ, 'A new International Convention' European Broadcasting Unit Review, 25 (1974), pp. 46-59; EUGEN ULMER, 'Protection of Authors in Relation to the Transmission via Satellite of Broadcast Programs' 93 RIDA(1977), pp. 4-41; PEDRO CORDEIRO, *Direito de Autor e Radiodifusão* (Almedina 2004) *passim*, esp., pp. 31-159.

⁽⁵⁵⁾ PAUL GOLDSTEIN & BERNT HUGENHOLTZ, *ob. cit.*, pp. 62-63. Assim, à partida é irrelevante o facto de o conteúdo ser ou não protegido.

⁽⁵⁶⁾ Como assinalam LUCIE GUIBAULT & ROY MELZER, *ob. cit.*, p. 3, esta exclusão implica que as disposições só valem para a transmissão de sinais entre organismos de radiodifusão e, assim, a evolução tecnológica tornou a Convenção praticamente irrelevante.

⁽⁵⁷⁾ <http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=19> (consultado a 28 de Setembro de 2015). Portugal aderiu à Convenção por via do Decreto n.º 19/88 de 26 de Agosto.

Como é sabido, em 1994 foi adoptado, como parte integrante do acordo de Marraquexe que estabelece a Organização Mundial do Comércio, o **acordo TRIPS** (do acrónimo inglês Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights)⁽⁵⁸⁾. Este acordo, além de incorporar uma parte importante do acervo internacional em matéria de propriedade intelectual, tornou-lhe aplicável o mecanismo de resolução de litígios da OMC⁽⁵⁹⁾. Actualmente conta com 162 signatários, sendo o documento mais importante no plano internacional do direito da propriedade intelectual. Em termos de direitos conexos, releva o art. 14.º que dispõe sobre os três direitos conexos “clássicos”. O n.º 1 dessa disposição, sobre artistas-intérpretes, equivale ao art. 7.º da Convenção de Roma⁽⁶⁰⁾ e o n.º 2, relativo aos produtores de fonogramas, corresponde ao art. 10.º da Convenção de Roma⁽⁶¹⁾. O art. 14.º/3 do Acordo TRIPS fica ligeiramente aquém da protecção dispensada pelo art. 13.º da Convenção de Roma aos organismos de radiodifusão⁽⁶²⁾. Em relação à duração, o art. 14.º da Convenção de Roma estabelecia um mínimo de 20 anos que, em relação aos artistas-intérpretes e aos produtores de fonogramas, foi elevada pelo art. 14.º/5 do Acordo TRIPS para 50 anos. É ainda de destacar a extensão do direito de aluguer e locação previsto para *software* no art. 11.º do Acordo

(58) Em Português é também utilizado o acrónimo ADPIC. Sobre este acordo veja-se, entre muitos outros, JAN BUSCHE, PETER-TOBIAS STOLL, ANDREAS WIEB, *TRIPS* (Carl Heymanns Verlag 2013); DANIEL GERVAIS, *The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis* (Sweet & Maxwell 2012); AAVV, *A Handbook on the WTO TRIPS Agreement* (Cambridge University Press 2012); CARLOS CORREA & ABDULQAWI YUSUF (eds), *Intellectual Property and International Trade: The TRIPS Agreement* (Kluwer Law International 2008); CARLOS M CORREA, *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights: A Commentary on the TRIPS Agreement* (OUP 2007).

(59) SUSY FRANKEL & DANIEL GERVAIS, *Advanced Introduction to Intellectual Property* (EE 2016), p. 29.

(60) CARLOS M. CORREA, ‘TRIPS Agreement: Copyright and Related Rights’ IIC [1994], p. 550.

(61) *Ibid.*, p. 551.

(62) *Ibid.*, p. 551. Isto porque a protecção estabelecida no acordo TRIPS é tida por opcional (assim MICHEL WALTER, ‘The relationship of, and comparison between, the Rome Convention, the WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT) and the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS Agreement)’ Copyright Bulletin vol. XXXIV (3) (2000), p. 5).

TRIPS aos fonogramas, operado pelo art. 14.º/4 e que também representa um aumento da protecção existente ao abrigo da convenção de Roma⁽⁶³⁾.

Em 1996 a WIPO adoptou dois tratados “gémeos” com o objectivo de adaptar as regras do direito de autor internacional aos novos desafios tecnológicos: o WIPO Copyright Treaty (WCT) e o WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT)⁽⁶⁴⁾. Estes tratados são designados frequentemente como os tratados da Internet ou tratados WIPO⁽⁶⁵⁾. O primeiro tratou de questões de direitos de autor (procurando actualizar a Convenção de Berna) e o segundo referiu-se aos direitos conexos (procurando actualizar a Convenção de Roma)⁽⁶⁶⁾. Estes tratados são paralelos e as respectivas disposições muito semelhantes. As suas maiores inovações consistem na introdução do direito de colocação à disposição do público, uma “nova” faculdade patrimonial destinada a assegurar a transição para a era digital, que inclui nomeadamente o direito de controlar o *upload* de uma obra ou prestação⁽⁶⁷⁾ e a consagração de tutela para as medidas técnicas de protecção e informações para gestão de direitos⁽⁶⁸⁾.

⁽⁶³⁾ CARLOS M. CORREA, ‘TRIPS Agreement ...’, *cit.*, p. 548.

⁽⁶⁴⁾ Em Português Tratado da OMPI sobre Interpretações ou Execuções e Fonogramas (TOIEF). Este tratado foi ratificado por Portugal em 2009 e tem, actualmente, 94 signatários.

⁽⁶⁵⁾ Cf. MIHÁLY FICSOR, *The Law of Copyright and the Internet: The 1996 WIPO Treaties, their Interpretation and Implementation* (OUP 2002) e JÖRG REINBOHE & SILKE VON LEWINSKI, *The WIPO Treaties...*, *cit.*

⁽⁶⁶⁾ PAUL GOLDSTEIN & BERNT HUGENHOLTZ, *ob. cit.*, p. 59. Para uma comparação do WPPT com a Convenção de Roma, cf. SILKE VON LEWINSKI, *International...*, *cit.*, pp. 442-482.

⁽⁶⁷⁾ Sobre este veja-se JANE GINSBURG, ‘The (New?) Right of Making Available to the Public’, in DAVID HAVER & LIONEL BENTLY (eds), *Intellectual Property in the New Millennium, Essays in Honour of William R. Cornish* (CUP 2004), pp. 234-247.

⁽⁶⁸⁾ Sobre este aspecto em detalhe, cf. JACQUES DE WERRA, ‘The Legal System of Technological Protection Measures under the WIPO Treaties, the Digital Millennium Copyright Act, the European Union Directives and other National Laws (Japan, Australia)’ in JANE GINSBURG (ed), *Adjuncts and alternatives to copyright : ALAI Congress June 13-17, (ALAI 2001)*, pp. 179-279 e MACIEJ BARCZEWSKI, ‘International Framework for Legal Protection of Digital Rights Management Systems’ EIPR [2005], pp. 165-169 e P. AKESTER & R. AKESTER, ‘Digital Rights Management in the 21.st Century’, EIPR [2006], pp. 159-168.

Quanto aos direitos conexos, o WPPT refere-se apenas aos artistas-intérpretes e aos produtores de fonogramas, atribuindo-lhes importantes direitos económicos como *standard* mínimos. Estabelece, no seu art. 17.º, um prazo mínimo de duração dos direitos dos artistas-intérpretes de 50 anos (em vez dos 25 anos da Convenção de Roma). Além disso, este tratado reconhece direitos morais aos artistas-intérpretes nas suas prestações (art. 5.º) e adopta o princípio de ausência de formalidades para a protecção dos direitos conexos que contempla (art. 20.º).

Uma vez que o acervo internacional em matéria de direitos conexos não abarcava a obra audiovisual — não prevendo a protecção dos artistas-intérpretes nesse domínio⁽⁶⁹⁾, nem a protecção dos produtores de videogramas⁽⁷⁰⁾ — sentiu-se a necessidade de reforçar a tutela internacional nesta área⁽⁷¹⁾. O **tratado de Pequim** sobre Interpretações e Execuções Audiovisuais (conhecido pela sigla inglesa **BTAP**) concluído a 26 de Junho de 2012 e assinado por 55 Estados, incluindo a União Europeia mas excluindo Portugal, visa colmatar parte desta lacuna⁽⁷²⁾. O tratado replica parcialmente disposições do WPPT adaptadas ao audiovisual⁽⁷³⁾, disciplinando os direitos morais (art. 5.º) e económicos (arts. 6.º a 11.º) dos artistas-intérpretes em relação a obras audiovisuais. Existem algumas ressalvas no sentido de garantir os interesses dos produtores de videogramas, nomeadamente o art. 12.º sobre a transferência

(69) O que se explica pela pressão da indústria cinematográfica norte-americana (EUGEN ULMER, ‘The Rome Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organisations — Part III’ *Bulletin of the Copyright Society of the U.S.A.*, Vol. 10(4) (1963), p. 242).

(70) EUGEN ULMER, ‘The Convention for the Protection of Producers...’, *cit.*, pp. 320-321 já dava conta dessa exclusão das fixações audiovisuais e respectivos problemas. Como explica MICHEL WALTER, *ob. cit.*, p. 6, nem mesmo a banda-sonora de um filme era protegida como fonograma ao abrigo do acervo existente.

(71) Assim SILKE VON LEWINSKI, *International...cit.*, pp. 497-501, e SILKE VON LEWINSKI, ‘The Beijing Treaty on Audiovisual Performances’ *Auteurs & Media* 6 (2012), pp. 539-540.

(72) Este tratado só entrará em vigor 3 meses após a trigésima ratificação (art. 26.º). Neste momento (18 de Dezembro de 2015) ocorreram apenas dez.

(73) MIHALY FICSOR, ‘The WIPO “Internet Treaties” and Copyright in the “Cloud”’, *ALAI Congress*. 2012, p. 1, refere-o como o terceiro dos “tratados da Internet”.

de direitos. A duração deste direito conexo também é estabelecida no mínimo de 50 anos (art. 14.º).

Quanto a outras iniciativas, há assinalar que desde 2002 tem sido debatida a possibilidade de um novo tratado WIPO relativo a organismos de radiodifusão visando suplementar a protecção da Convenção de Bruxelas, tendo já sido discutidas várias versões e o seu possível impacto⁽⁷⁴⁾.

3. (Alguma) harmonização a nível europeu

Actualmente o direito de autor europeu (em sentido amplo) conta com um acervo de nove directivas específicas, a que acresce a Directiva 2004/48/CE relativa a meios de tutela da Propriedade Intelectual⁽⁷⁵⁾. Algumas destas directivas revelam-se especialmente importantes na harmonização dos direitos conexos.

A **Directiva 2006/115/CE** relativa ao direito de aluguer, ao direito de comodato e a certos direitos conexos ao direito de autor em matéria de propriedade intelectual (versão codificada) (cuja versão inicial data de 1992)⁽⁷⁶⁾ além de ter harmonizado, transver-

⁽⁷⁴⁾ Sobre este ponto veja-se MUHAMMED ABRAR, *ob. cit.*, pp. 719-723; DIVYANSHU SEHGAL & MATHUR SIDDHARTHA, 'Rights and Duties of Broadcasting Organizations: Analysis of WIPO Treaty on the Protection of Broadcasting Organizations' JIPR [2011], pp. 402-408; TOM RIVERS, 'A Broadcasters' Treaty?', in PAUL TORREMANS (ed), *Copyright Law: A Handbook of Contemporary Research* (EE 2007), pp. 483-513; PATRICIA AKESTER, 'The Draft WIPO Broadcasting Treaty and Its Impact on Freedom of Expression' UNESCO e-copyright Bulletin April-June 2006 (em resposta a este estudo pode ler-se WERNER RUMPHORST, 'The Broadcasters' Neighbouring Right: Impossible to Understand?' UNESCO e-copyright Bulletin July-September 2006); THOMAS DREIER, 'Reflections On The Draft Wipo Broadcasting Treaty And Its Impact On Freedom Of Expression' e-copyright bulletin July-September 2006; MEGUMI OGAWA, *ob. cit.*, pp. 73-113.

⁽⁷⁵⁾ Para uma panorâmica sobre estas directivas, com referências adicionais, cf. NUNO SOUSA E SILVA, 'Uma introdução...', *cit.*, pp. 1352-1358.

⁽⁷⁶⁾ Directiva n.º 92/100/CEE do Conselho, de 19 de Novembro de 1992, relativa ao direito de aluguer, ao direito de comodato e a certos direitos conexos aos direitos de autor em matéria de propriedade intelectual. Para uma primeira avaliação, cf. SILKE VON LEWINSKI, 'Rental Right, Lending Right and Certain Neighbouring Rights: The EC Commission's Proposal for a Council Directive' EIPR [1991], pp. 117-123.

salmente para autores e titulares de direitos conexos, duas faculdades patrimoniais (direito de aluguer e de comodato)⁽⁷⁷⁾, procedeu a uma harmonização importante dos direitos conexos, estabelecendo um conjunto de direitos mínimos em termos muito mais generosos que aqueles que resultavam das normas internacionais⁽⁷⁸⁾. Assim, o art. 7.º consagra o direito de exclusivo de fixação para os artistas-intérpretes e organismos de radiodifusão, o art. 8.º estabelece o direito de comunicação ao público e de radiodifusão a favor de artistas-intérpretes, produtores de fonogramas e, com limitações, organismos de radiodifusão⁽⁷⁹⁾ e o art. 9.º atribui o direito de distribuição a estes três beneficiários e aos produtores de filmes (obras cinematográficas ou videogramas). O art. 10.º prevê ainda algumas utilizações livres em sede de direitos conexos. Esta directiva foi transposta para o direito português pelo DL n.º 332/97, de 27 de Novembro.

A **Directiva 93/83/CE** relativa aos direitos de autor e direitos conexos aplicáveis à radiodifusão por satélite e retransmissão por cabo é importante especialmente para os organismos de radiodifusão, apesar de conter poucas regras substantivas⁽⁸⁰⁾. A directiva define que a lei aplicável à comunicação por satélite é apenas a do Estado do emissor (*uplink State*)⁽⁸¹⁾ (art. 1.º/2/b) da Directiva) e, para efeitos de retransmissão por cabo, estabelece um sistema de gestão colectiva obrigatória para os autores e titulares de direitos conexos, à excepção dos organismos de radiodifusão (arts. 9.º

(77) São direitos autónomos do direito de distribuição (este apenas relacionado com a venda). A directiva nesta parte vem explicitar e harmonizar o que já resultava do acórdão 158/86 *Warner Brothers* (EU:C:1988:242).

(78) BERNT HUGENHOLTZ, 'Copyright without frontiers: the problem of territoriality in European copyright law', in ESTELLE DERCLAYE (ed), *Research Handbook on the Future of EU Copyright* (EE 2009), p. 15.

(79) Recentemente no caso C-279/13, *CMore* (EU:C:2015:199) o TJUE deixou claro que esta protecção é apenas um standard mínimo, sendo que os Estados-Membros podem consagrar medidas mais protectoras dos organismos de radiodifusão (no caso contra a emissão em directo num *site* de partidas de hóquei no gelo).

(80) BERNT HUGENHOLTZ, 'SatCab Revisited: The Past, Present and Future of the Satellite and Cable Directive' European Audiovisual Observatory Iris plus 2009-8 'Convergence, Copyrights and Transfrontier Television', p. 77.

(81) O que representa um afastamento da teoria de BOGSH segundo a qual o acto de emissão por satélite seria relevante em todos os Estados em que ocorresse a recepção. Para uma descrição detalhada da discussão, cf. PEDRO CORDEIRO, *ob cit.*, pp. 205-233.

e 10.^o)(⁸²). Em Portugal, esta directiva foi transposta pelo Decreto-Lei n.º 333/97, de 27 de Novembro. Actualmente, pondera-se uma revisão deste instrumento(⁸³) tendo sido recentemente apresentada (9 de Dezembro de 2015) uma proposta de regulamento com o objectivo de conseguir a portabilidade de conteúdos *online*, que poderá ter especial impacto nesta matéria(⁸⁴).

A **Directiva 96/9/CE** do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Março de 1996, relativa à protecção jurídica das bases de dados, estabeleceu um regime de protecção duplo (direitos de autor e um direito *sui generis* que deve ser considerado um direito conexo)(⁸⁵) para as bases de dados(⁸⁶), tendo sido transposta pelo Decreto-Lei n.º 122/2000, de 4 de Julho(⁸⁷).

A **Directiva 2001/29/CE** do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Maio de 2001 (comumente designada directiva

(⁸²) Sobre o funcionamento deste sistema em detalhe, cf. ALEXANDRE DIAS PEREIRA, 'Da retransmissão...', *cit.*, pp. 1036-1046.

(⁸³) Foi feita uma consulta pública pela Comissão Europeia (<<https://ec.europa.eu/digital-agenda/en/news/consultation-review-eu-satellite-and-cable-directive>>) que decorreu entre 24 de Agosto e 16 de Novembro de 2015.

(⁸⁴) COM(2015) 627 final.

(⁸⁵) Assim, entre muitos outros, MATTHIAS LEISTNER, 'Verwandte Schutzrechte im europäischen Urheberrecht: Eine Untersuchung am Beispiel des Datenbankherstellerechts', in PETER GANEA (ed.), *Urheberrecht : gestern, heute, morgen — Festschrift für Adolf Dietz zum 65. Geburtstag* (C.H. Beck 2001), pp. 493-515. A designação *sui generis* explica-se pela vontade de aplicar a regra da reciprocidade (art. 11.^o da directiva) ao invés do tratamento nacional. Apesar de a generalidade da doutrina considerar que a regra da reciprocidade não tem problemas (v.g. ESTELLE DERCLAYE, *The Legal Protection of Databases: A Comparative Analysis* (EE 2008), pp. 52-53), WILLIAM CORNISH, '1996 European Community Directive on Database Protection' *Columbia VLA Journal of Law & Arts* 21 (1996), p. 10, coloca a questão de saber se, sendo este caso uma forma de concorrência desleal, não será aplicável o princípio de tratamento nacional do art. 10bis da Convenção da União de Paris de 1996.

(⁸⁶) Sobre a directiva veja-se, MATTHIAS LEISTNER, *Der Rechtsschutz von Datenbanken im deutschen und europäischen Recht* (C. H. Beck 2000); MARK J. DAVISON, *The Legal Protection of Databases* (CUP 2003); GUIDO WESTKAMP, *Der Schutz von Datenbanken und Informationssammlungen in britischen und deutschen Recht* (C.H. Beck 2003); ESTELLE DERCLAYE, *The Legal Protection...*, *cit.*; MATTHIAS LEISTNER, 'The protection of databases' in ESTELLE DERCLAYE (ed.), *Research Handbook on the Future of EU Copyright* (EE 2009), pp. 427-456.

(⁸⁷) Vide, entre outros, ALBERTO DE SÁ E MELLO, *Tutela jurídica das bases de dados*, in AAVV, *Direito da sociedade da informação*, Vol. I (Almedina 1999), pp. 111-161.

Infosoc), relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação é a peça central do actual sistema de direitos de autor europeu⁽⁸⁸⁾. Foi transposta pela Lei 50/2004, de 24 de Agosto que operou alterações importantes ao CDADC⁽⁸⁹⁾. Em relação aos direitos conexos revela-se especialmente importante por harmonizar parte do conteúdo patrimonial de certos direitos conexos⁽⁹⁰⁾.

A **Directiva 2006/116/CE** relativa ao prazo de protecção do direito de autor e de certos direitos conexos⁽⁹¹⁾, alterada pela Directiva 2011/77/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Setembro de 2011, estabeleceram regras uniformes de duração dos direitos de autor e certos direitos conexos. Estas directivas, atenta a relevância económica da duração dos direitos, revelam-se matéria particularmente contenciosa e cujo sucesso de harmonização se manifesta duvidoso⁽⁹²⁾. Em termos de direitos conexos a sua transposição traduziu-se num aumento do prazo de protecção previsto na legislação nacional⁽⁹³⁾. Além disso, a directiva consagra a obrigação de conferir protecção às “obras não publicadas anteriormente” através da atribuição das faculdades

(88) Contestando o seu impacto, com uma análise convincente, veja-se BERNT HUGENHOLTZ, ‘Why the Copyright Directive is unimportant, and possibly invalid’ EIPR [2000], pp. 499-505.

(89) Para uma análise cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, ‘A transposição da directriz n.º 01/29 sobre aspectos do direito de autor e direitos conexos na sociedade da informação’, RFDUL XLIII (2002), pp. 915-932, e LUIZ FRANCISCO REBELLO, ‘A transposição da directiva n.º 2001/29/CE: um comentário crítico’, in AAVV, *Direito da Sociedade da Informação*, vol. VII (Coimbra Ed. 2008), pp. 433-458.

(90) Uma questão complexa prende-se com a relação entre esta directiva “geral” e as directivas especiais. Exemplificando este problema, cf. TITO RENDAS, ‘Lex Specialis(sima): Videogames and Technological Protection Measures in EU Copyright Law’ EIPR [2015], pp. 39-45.

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

(92) CHRISTINA ANGELOPOULOS, ‘The Myth of European Term Harmonisation: 27 Public Domains for the 27 Member States’ IIC [2012], pp. 567-594.

(93) Cf. *infra* nota 395. Para uma análise comparativa detalhada cf. SILKE VON LEWINSKI, ‘The EC Duration Directive: An Example of the Complexity of EC Copyright Harmonization’ in PETER YU (ed), *Intellectual Property and Information Wealth*, vol. IV (Praeger 2007), pp. 257-281.

patrimoniais do direito de autor durante 25 anos (art. 4.º) e admite, de forma opcional, a protecção de “edições críticas e científicas” com um prazo máximo de 30 anos (art. 5.º). Portugal consagra ambas no art. 39.º CDADC.

Ademais, a Directiva 2012/28/UE relativa a **obras órfãs**⁽⁹⁴⁾ aplica-se igualmente aos direitos conexos, assim como a Directiva 2014/26/UE, na medida em que se refere à **gestão colectiva** de direitos de autor e direitos conexos⁽⁹⁵⁾.

Apesar de existir alguma harmonização a nível internacional e europeu, a diversidade em termos de prestações protegidas e mesmo do respectivo regime é assinalável. Em geral, na sequência da Convenção de Roma (parcialmente acolhida via acordo TRIPS), todos os ordenamentos protegem artistas-intérpretes, produtores de fonogramas e organismos de radiodifusão. Existe, porém, uma variedade grande quanto às prestações protegidas, além deste conjunto relativamente consensual.

4. O regime português

Em Portugal, os direitos conexos são, como veremos, objecto de uma disciplina legal deficiente, que necessita urgentemente de revisão. A análise do nosso regime, também nessa perspectiva, per-

⁽⁹⁴⁾ Recentemente transposta pela Lei n.º 32/2015, de 24 de Abril que, entre outras coisas, aditou os arts. 26.º-A e 26.º-B ao CDADC. Sobre a directiva veja-se ELEONORA ROSATI, ‘The Orphan Works Directive, or throwing a stone and hiding the hand’ *JIPLP* [2013], pp. 303-310.

⁽⁹⁵⁾ Sobre esta directiva veja-se, entre outros, EMANUELA AREZZO, ‘Competition and Intellectual Property Protection in the Market for the Provision of Multi-Territorial Licensing of Online Rights in Musical Works — Lights and Shadows of the New European Directive 2014/26/EU’ *IIC* [2015], pp. 534-564; LUCIE GUIBAULT, ‘Collective Rights Management Directive’, in IRINI STAMATOUDI & PAUL TORREMANS (eds.), *EU Copyright Law — A Commentary* (EE 2014), pp. 696-795; JOÃO PEDRO QUINTAIS, ‘Proposal for a Directive on Collective Rights Management and (some) Multi-Territorial Licensing’ *EIPR* [2013], pp. 65-73; NUNO SOUSA E SILVA, ‘The proposed Directive on multi-territorial licensing for online music — Is competition a good idea?’ *Revista de Concorrência e Regulação* 16 (2013), pp. 29-52. Deve assinalar-se que o capítulo III da Directiva não é aplicável aos direitos conexos.

correrá os seguintes aspectos: objecto e titularidade, condições de protecção, conteúdo da protecção (faculdades patrimoniais e pessoais), limites (duração) e excepções (utilizações livres), finalizando com uma breve menção aos meios de tutela dos direitos conexos.

4.1. Objecto e titulares de protecção

De um modo geral, os direitos conexos protegem investimento (prestações de carácter artístico e/ou empresarial)⁽⁹⁶⁾ mas fazem-no através da atribuição de um direito de exclusivo a determinadas pessoas. Em termos de fundamentos e justificação da tutela, ao contrário dos direitos de autor, não se ensaiam argumentos de natureza ontológica/ética para a protecção de direitos conexos (à excepção dos relativos aos artistas-intérpretes). Aqui, a justificação é puramente económica⁽⁹⁷⁾.

Existe um *numerus clausus* de direitos conexos⁽⁹⁸⁾. Salvo intervenção legislativa, o investimento/esforço, não beneficiando de tutela específica, só será protegido pela concorrência desleal ou outros institutos análogos como a gestão de negócios ou o enriquecimento sem causa. Assim, ao contrário do que acontece noutros países, em Portugal não está consagrada protecção para fotografias não originais⁽⁹⁹⁾ ou escritos não originais⁽¹⁰⁰⁾, para eventos cultu-

⁽⁹⁶⁾ ANGÉL FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, 'Los Derechos Afines a los Derechos de Autor en el Texto Refundido de Ley de Propiedad Intelectual', ADI (1994-95), p. 107.

⁽⁹⁷⁾ ANETTE KUR & THOMAS DREIER, *European Intellectual Property* (EE 2013), p. 242. No mesmo sentido, VITTORIO M. DE SANCTIS, *Il diritto di autore* (Giuffrè 2012), p. 124. A jurisprudência europeia tem afirmado precisamente que o objecto específico destes direitos "visa assegurar aos titulares dos direitos em causa a protecção da faculdade de explorar comercialmente a colocação em circulação ou a colocação à disposição dos objectos protegidos, concedendo licenças mediante o pagamento de uma remuneração..." (cf. por último C-403/08 e C-429/08, *Murphy* (EU:C:2011:631) §107).

⁽⁹⁸⁾ ALEXANDRE DIAS PEREIRA, 'Da retransmissão...', cit', p. 993.

⁽⁹⁹⁾ Esta encontra-se prevista p. ex. no §72 da UhrG (lei alemã de direitos de autor), art. 128 LPI (lei espanhola de direitos de autor) e Arts. 87-92 l.d.a. (lei italiana de direitos de autor).

⁽¹⁰⁰⁾ Como é o caso do *geschriftenbescherming* holandês, a protecção dispensada a escritos não originais (cf. ANNEMARIE BEUNEN, 'Geschriftenbescherming: The Dutch

rais e/ou desportivos⁽¹⁰¹⁾, para projectos de engenharia⁽¹⁰²⁾, ou para o arranjo tipográfico de edições publicadas⁽¹⁰³⁾. Dizer que há um *numerus clausus* de direitos conexos não quer dizer, porém, que não existam outros direitos conexos que o legislador não qualifique como tal⁽¹⁰⁴⁾.

Como sublinha ÁNGEL FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR⁽¹⁰⁵⁾, os direitos conexos consistem numa “categoria heterogénea e, de certo modo arbitrária”. Por isso mesmo, é natural que não exista unanimidade quanto à existência ou classificação de determinados

Protection for Non-original Writings’, in B. HUGENHOLTZ, A. QUAEDVLIEG & D. VISSER (eds.), *A century of Dutch copyright law: Auteurswet 1912-2012* (Delex 2012), pp. 57-97). Recentemente, a decisão TJUE no caso C-30/14, *Ryanair* (EU:C:2015:10) parece indiciar a incompatibilidade dessa protecção com a directiva 96/9/CE.

⁽¹⁰¹⁾ O §81UhrG atribui um direito ao organizador de espectáculos **em que ocorra uma interpretação artística**, o que exclui prestações como jogos de futebol (BGH *Hartplatzhelden.de* 28 de Outubro de 2010 (I ZR 60/09), para um comentário, cf. ANSGAR OHLY, ‘Kein wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz für Amateurfußballspiele’ GRUR [2011], pp. 436-440). Na opinião da doutrina francesa o previsto no L. 333-1 du *Code du Sport* relativo a eventos desportivos configurará igualmente um direito conexo (cf., com mais referências, ANDRÉ LUCAS, HENRI-JACQUES LUCAS & AGNÈS LUCAS-SCHLOETTER, *ob. cit.*, p. 934.). Em Itália o art. 78 *quater* consagra também um direito conexo (cf. LUCA FERRARI, ‘Rights to Broadcast Sporting events under Italian Law’ *The International Sports Law Journal* [2010], pp. 65-73). Sobre o tema em geral cf. THOMAS MARGONI, ‘The Protection of Sports Events in the EU: Property, Intellectual Property, Unfair Competition and Special Forms of Protection’ in <<https://www.researchgate.net/>>; ISABEL KATINE, *Sportveranstalterrecht — Ein neues Immaterialgüterrecht?* (Mohr Siebeck 2014) (discutindo a questão exaustivamente do ponto de vista do ordenamento jurídico alemão *de lege lata e de lege ferenda*); KATRIEN LEFEVE, *New Media and Sport: International Legal Aspects* (Springer 2012) (com um enquadramento mais amplo); BEN VAN ROMPUY & THOMAS MARGONI, *Study on sports organisers’ rights in the European Union* (EAC/18/2012).

⁽¹⁰²⁾ Art. 99 lda.

⁽¹⁰³⁾ §§1(1)(c), 8 CDPA [esta protecção encontra-se em muitos outros países da *Commonwealth* como a Nova Zelândia, a Jamaica ou a Zâmbia; sobre a influência do direito de autor inglês veja-se a obra de UMA SUTHERSANEN & YSOLDE GENDREAU (eds), *A Shifting Empire: 100 Years of the Copyright Act 1911* (EE 2013)]. O que está em causa é o mero arranjo gráfico da edição (a forma como as letras aparecem na página), o que, na prática, se traduz apenas numa proibição da fotocópia (GERALD DWORKIN & RICHARD D. TAYLOR, *Blackstone’s Guide to the Copyright, Designs and Patents Act 1988* (OUP 1989), p. 30). Isto não deve ser confundido com a protecção de elementos tipográficos (um dado desenho das letras do alfabeto) podem ter ao abrigo do direito de autor.

⁽¹⁰⁴⁾ Neste mesmo sentido ANDRÉ LUCAS, HENRI-JACQUES LUCAS & AGNÈS LUCAS-SCHLOETTER, *ob. cit.*, p. 934.

⁽¹⁰⁵⁾ *Ob. cit.*, p. 107.

direitos de exclusivo como direitos conexos. O que lhes parece conferir unidade é a lógica de protecção da prestação por via de um direito subjectivo⁽¹⁰⁶⁾.

O elenco “clássico” dos direitos conexos, assim classificados pelo legislador nacional, inclui o direito dos **artistas-intérpretes** (também chamados executantes), o direito dos **produtores de fonogramas** e de **videogramas** e o direito dos **organismos de radiodifusão**⁽¹⁰⁷⁾. A estes acrescem o direito *sui generis* de protecção de **bases de dados**⁽¹⁰⁸⁾ e o **direito ao título de uma obra**⁽¹⁰⁹⁾. Apesar da sua localização sistemática, o **direito do editor de obras inéditas não protegidas** (art. 39.º/1 CDADC)⁽¹¹⁰⁾ e o **direito do editor de edições críticas e científicas de obras no domínio público** — (art. 39.º/2 CDADC)⁽¹¹¹⁾, constituem igualmente direitos conexos⁽¹¹²⁾. Na opinião de alguma doutrina dever-se-iam ainda considerar direitos conexos o **direito do editor**⁽¹¹³⁾ e o **direito ao espectáculo**⁽¹¹⁴⁾.

⁽¹⁰⁶⁾ CLAUDE MASOUYÉ, *Guide...*, *cit.*, p. 12, “...the guideline of stopping the unfair appropriation of the labor of others”.

⁽¹⁰⁷⁾ Assim, OLIVEIRA ASCENSÃO, *ob. cit.*, p. 546.

⁽¹⁰⁸⁾ Assim, ANDRÉ LUCAS, HENRI-JACQUES LUCAS & AGNÉS LUCAS-SCHLOETTER, *ob. cit.*, p. 934. Sem ser tão peremptório DIAS PEREIRA, *Informática...*, *cit.*, p. 217, reconhece que estes direitos se aproximam de um direito conexo. Em sentido próximo pronuncia-se CLÁUDIA TRABUCO, *O Direito...*, *cit.*, p. 67. Veja-se ainda *supra* nota 85.

⁽¹⁰⁹⁾ Nesse sentido, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor...*, *cit.*, p. 603. Para uma perspectiva comparativa cf. JAN KLINK, ‘Titles in Europe’ EIPR [2004], pp.290-300.

⁽¹¹⁰⁾ Este direito encontra-se v.g. no §70 UhrG e nos artigos 85-quater e 85-quinquies l.d.a.

⁽¹¹¹⁾ O direito alemão consagra protecção análoga no §71 UhrG. Sobre a sua aplicação recente a dois casos cf. BERNHARD VON LINSTOW, ‘Motezuma, Himmelscheibe und das System der Schutzrechte’, in AAVV, *Festschrift für Eike Ullmann* (Juris GmbH Saarbrücken 2006), pp. 297-310, que conclui que esta protecção é um corpo estranho no sistema de direitos conexos.

⁽¹¹²⁾ Neste sentido DIAS PEREIRA, ‘Duração dos direitos de autor e conexos’, *Direito & Justiça — Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Luís Carvalho Fernandes*, Vol. I (UCE 2012), p. 131. Sobre o seu regime veja-se *infra* 4.1.4.

⁽¹¹³⁾ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor...*, *cit.*, pp. 547-548 (um direito “em embrião” sendo meramente um direito de remuneração). ALBERTO VIEIRA, ‘A posição do editor na cópia Privada’ RDI n.º 1 [2014], p. 152, parece contrariar esta perspectiva, afirmando: “O editor não receber um direito de autor (...) nem tão-pouco um direito conexo. A sua protecção no sistema de Direito de Autor funda-se unicamente no contrato de edição e repousa exclusivamente numa lógica contratual e não autoral (legal)”. Rejeitando a exis-

A definição dos direitos conexos é feita sobretudo tendo em conta a actividade exercida. Mais do que requisitos intrínsecos ao objecto de protecção valem requisitos subjectivos. O direito de autor é, salvo algumas excepções, atribuído ao criador de uma obra (art. 11.º CDADC) (focando-se o objecto de protecção). O direito conexo, depende das qualidades em que uma pessoa toma contacto com uma obra ou da actividade que pratica. O art. 190.º elege os elementos de conexão que permitem determinar a aplicabilidade da lei portuguesa a uma determinada actividade⁽¹¹⁵⁾.

4.1.1. Os artistas-intérpretes

Como vimos, a protecção dos artistas-intérpretes, aqueles que executam uma obra (declamando, tocando, dançando, cantando, etc.), explica em grande medida o aparecimento dos direitos conexos (e até a respectiva designação)⁽¹¹⁶⁾. No entanto, este é um caso especial, desde logo porque estamos perante uma actividade com um carácter criativo e inevitavelmente desempenhada por seres humanos⁽¹¹⁷⁾. Esta circunstância, como explica PIERRE-YVES GAU-

tência de um direito conexo do editor em França, cf. ANDRÉ LUCAS, HENRI-JACQUES LUCAS & AGNÈS LUCAS-SCHLOETTER, *ob. cit.*, p. 933, dizendo que mais vale ao editor transaccionar direitos de autor do que ter um direito conexo de contornos imprecisos. No mesmo sentido, veja-se MICHEL VIVANT & JEAN-MICHEL BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur et droit voisins* (Daloz 2012), p. 941, dando conta da inexistência de tal direito em França mas do seu reconhecimento em Espanha, em Itália e na Alemanha.

⁽¹¹⁴⁾ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor...*, *cit.*, pp. 590-598 (identificando a fonte no costume, ver também, do mesmo autor 'Der Schutz von Veranstaltungen kraft Gewohnheitsrecht', GRUR Int [1991], pp. 20-25) e ALBERTO DE SÁ E MELLO, 'Filmagem de Espectáculos Desportivos e "Direito de Arena"' Jurismat n.º 1 (2012), pp. 175-199.

⁽¹¹⁵⁾ Sobre isso cf. *infra* 4.2.

⁽¹¹⁶⁾ O surgimento de novas tecnologias de gravação permitiu transformar uma atividade não produtiva (cuja utilidade desaparecia no instante da produção) numa atividade produtiva, o que levou a uma vaga de desemprego na profissão (HERMAN COHEN JEHORAM; 'The nature...', *cit.*, p. 77).

⁽¹¹⁷⁾ Será de perguntar se o piano mecânico ou um computador não são, afinal de contas, intérpretes das obras. Vários argumentos militam em sentido de uma resposta negativa. Desde logo a circunstância de ser de recusar a ideia de direitos sem sujeito. Além

TIER⁽¹¹⁸⁾ tem implicações desde logo no domínio dos direitos de personalidade⁽¹¹⁹⁾.

O primeiro desafio, neste domínio, consiste em determinar quem são artistas-intérpretes⁽¹²⁰⁾. O art. 176.º/2 do CDADC, replicando o art. 3.º(a) da Convenção de Roma⁽¹²¹⁾, define-os como “os actores, cantores, músicos, bailarinos e outros que representem, cantem, recitem, declamem, interpretem ou executem de qualquer maneira obras literárias ou artísticas.” Esta definição pressupõe que esteja em causa a execução de uma obra literária ou artística⁽¹²²⁾. Deverá tratar-se de uma **actividade com carácter artístico** e não meramente técnico⁽¹²³⁾. Porém, não se exigirá que esta

disso, estas tecnologias não operam sem uma instrução previamente determinada por um ser humano e, na maior parte das vezes, não dispõem de margem de escolha para permitir individualizar uma interpretação. Sobre o problema em relação aos direitos de autor, cf. ALBERTO VIEIRA, ‘Obras geradas por computador e direito de autor’, in AAVV, *Direito da Sociedade de Informação*, vol. II (Coimbra Editora, 2001), pp. 113-143.

⁽¹¹⁸⁾ *Propriété littéraire et artistique* (PUF 2012), pp. 140-141. No mesmo sentido ALEXANDRE DIAS PEREIRA, ‘Da retransmissão...’, cit., p. 999.

⁽¹¹⁹⁾ Não deixa de ser curioso que a matéria do sigilo epistolar seja regulada através de direitos conexos em Itália (arts. 93 a 95 lda), encontrando-se em Portugal nos arts. 75.º a 77.º do CC. De facto, a protecção de cartas chegou a ser contemplada como parte de um tratado sobre direitos conexos previsto para 1939 (SILKE VON LEWINSKI, *International Copyright...*, cit., pp. 88-89). O direito ao retrato encontra-se também nos arts. 96 a 98 da lda (inserido como um direito conexo); em contrapartida em Portugal está contemplado no art. 79.º do CC. Sobre este último ponto, com interessantes referências comparativas, pode ver-se DAVID OLIVEIRA FESTAS, *Do Conteúdo Patrimonial do Direito à Imagem* (Coimbra Editora, 2009). O papel dos direitos de personalidade na protecção de direito dos intérpretes e a necessidade do consentimento individual para uma transmissão foram alvo de discussão no conhecido caso de 1960 (“Bodas de Fígaro”) decidido pelo BGH (I ZR 64/58).

⁽¹²⁰⁾ Concordo com OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor...*, cit., pp. 551-554, quanto à inutilidade de proceder a uma distinção entre artistas-intérpretes e artistas-executantes. Não obstante, este autor entende que: “O termo genérico é o do intérprete: executante é termo de espécie, destinado a abranger aqueles que se exprimem através de instrumentos”. Em sentido próximo, veja-se CLAUDE MASOUYÉ, *Guide...*, cit., p. 21.

⁽¹²¹⁾ O art. 2.º(a) WPPT acrescentou uma referência ao folclore como possível objeto de interpretação (PAUL GOLDSTEIN & BERNT HUGENHOLTZ, *ob. cit.*, p. 233). Isto corrobora a conclusão de que a obra interpretada não tem que gozar de direitos de autor. O legislador alemão alterou o §73 UhrG em 2003 na sequência do WPPT, parece-me que tal não será necessário na nossa lei.

⁽¹²²⁾ MICHEL WALTER, *ob. cit.*, p.5.

⁽¹²³⁾ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor...*, cit., pp. 551 e 553 (“Não é protegido o operador das luzes de um bailado, nem o que projecta os diapositivos pela máquina. Não

obra interpretada seja previamente existente⁽¹²⁴⁾. Assim, a **arte improvisada**, na medida em que seja original gerará ao ser exteriorizada num improviso, direitos de autor e, em simultâneo, um direito conexo na esfera jurídica do improvisante⁽¹²⁵⁾. Poder-se-á dar o caso de a obra a interpretar deixar uma margem criativa especialmente ampla ao intérprete. Nestes casos, haverá que fazer uma distinção, particularmente difícil na prática, entre o momento em que o artista deixa de estar apenas a interpretar e passa também a criar uma obra derivada⁽¹²⁶⁾.

A referência a uma “obra literária e artística” não pressupõe a respectiva qualificação como obra protegida por direitos de autor⁽¹²⁷⁾, o que se revela particularmente importante no domínio da dança que, nos termos do art. 2.º/1/d), está sujeita a um requisito adicional (a fixação) para efeitos da sua protecção⁽¹²⁸⁾. No entanto,

há então atividade artística.”). O problema pode colocar-se com determinados “concertos” de música electrónica em que o DJ se limita a tocar aquilo que está previamente determinado ou, mais amplamente, em relação às prestações “em *playback*”. É claro que mesmo nesses casos, além de poder existir alguma opção performativa, existe um comportamento exterior observável pelo público. Como explica KRÜGER, §73 *cit.*, m. 8, através desta definição o legislador quis excluir um conjunto de prestações que frequentemente participam num espetáculo tais como o ponto, o gerente de palco, o técnico de luzes, o dramaturgo, o director de camarins, os técnicos de som e de imagem.

⁽¹²⁴⁾ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor...*, *cit.*, p. 554.

⁽¹²⁵⁾ Ac. STJ, de 2-VII-1998 (rel. PEREIRA DA GRAÇA), in CJ/STJ VI — II (1998) p. 169; Ac. STJ 15-XII-1998 (rel. RIBEIRO COELHO) e Ac. STJ 1-VII-2008 (rel. SEBASTIÃO PÓVOAS), concluindo bem que “O autor não tem que autorizar a sua própria interpretação, para efeitos de direito de autor...”. Deve destacar-se, que também a actuação num ensaio goza de protecção (ANGÉL FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, *ob. cit.*, p. 114).

⁽¹²⁶⁾ VICTÓRIA ROCHA, ‘A titularidade das criações intelectuais no âmbito da relação de trabalho’ in AAVV, *Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais*, vol. I (Coimbra Editora, 2007), p. 188; MICHEL VIVANT & JEAN-MICHEL BRUGUIÈRE, *ob. cit.*, pp. 940-941. Discutindo o assunto a propósito de uma sentença cf. RICHARD ARNOLD, ‘Are performers authors?’ EIPR [1999], pp. 464-469. O conhecido filósofo francês DENIS DIDEROT defendia precisamente que o actor é apenas “um fantoche cujas cordas são detidas pelo autor” e esta parece ser a concepção filosófica que justifica a solução legal. No entanto, esta concepção simplista foi posta rapidamente em causa no plano filosófico (sobre este ponto, cf. MATHILDE PAVIS, ‘Is There Any-body on Stage? A Legal (mis)Understanding of Performances’ *Journal of Theatre and Performing Arts* 8.2 (2014), pp.11-41 e ERIKA FISCHER-LICHTE, *The Transformative Power of Performance* (Routledge 2008)).

⁽¹²⁷⁾ KRÜGER, §73, *cit.*, m.10.

⁽¹²⁸⁾ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor...*, *cit.*, p. 554.

entende-se que a obra interpretada deve ser uma obra literária ou artística, não podendo tratar-se de uma mera prestação⁽¹²⁹⁾. Assim, tem-se entendido que *strippers* ou actores pornográficos não se qualificam como artistas-intérpretes visto que apenas darão o seu corpo e não interpretarão uma obra⁽¹³⁰⁾.

O art. 9.º da Convenção de Roma prevê a possibilidade de qualquer Estado Contratante estender a protecção àqueles artistas que não executem obras literárias ou artísticas, como artistas de circo. No entanto, Portugal não terá utilizado essa faculdade. Isto deixa de fora a generalidade das prestações de artistas como prestidigitadores⁽¹³¹⁾, palhaços ou trapezistas⁽¹³²⁾. Claro que nada impede que, sendo as respectivas prestações originais, gozem de direitos de autor e do respectivo direito conexo⁽¹³³⁾. Na generalidade dos casos, manequins ou desportistas também não poderão gozar deste direito conexo⁽¹³⁴⁾. Numa decisão recente a *Cour de Cassation* Francesa entendeu que os participantes de um *reality show* intitulado “A Ilha da Tentação” não deveriam ser considerados artistas-intérpretes⁽¹³⁵⁾.

⁽¹²⁹⁾ PAUL GOLDSTEIN & BERNT HUGENHOLTZ, *ob. cit.*, p. 234. Como frisa KRÜGER, §73 *cit.*, n.13 nem todas as obras são passíveis de interpretação. Por exemplo as obras de arte visual “interpretam-se a si mesmas”.

⁽¹³⁰⁾ KRÜGER, §73, *cit.*, n. 10. Parece-me, no entanto, que esta situação não pode ser resolvida em abstracto mas apenas tendo em conta os contornos da prestação em causa.

⁽¹³¹⁾ Sobre a protecção dos truques de magia cf. GUILHEM JULIA, *L'œuvre de magie et le droit* (Bruylant 2014) (com uma análise jurídica) e JACOB LOSHIN, ‘Secrets Revealed: How Magicians Protect Intellectual Property Without Law’ in: AAVV, *Law and Magic: A Collection of Essays* (Carolina Academic Press 2010), pp. 123-142 (destacando o papel das normas sociais).

⁽¹³²⁾ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor...*, *cit.*, p. 555. Diferentemente, em França o art. L 212-1 prevê a protecção daquele que interprete “uma obra literária ou artística, um numero de variedades, de circo ou de marionetes”. ANGÉL FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, *ob. cit.*, p. 109, n. 18 dá conta também da exclusão dos toureiros.

⁽¹³³⁾ Assim, VITTORIO M. DE SANCTIS, *ob. cit.*, p. 125. ANDRÉ LUCAS, HENRI-JACQUES LUCAS & AGNÉS LUCAS-SCHLOETTER, *ob. cit.*, pp. 935-936 sugerem que a obra nem precisa de ser original, bastando que se trate de uma obra do domínio literário ou artístico. No entanto, reconhecem que a distinção entre obra original e obra literária e artística é muito difícil de fazer. No mesmo sentido KRÜGER, §73 *cit.*, n. 10 e FRANK GOTZEN, *Le droit des interprètes et exécutants dans la Communauté économique européenne* (estudo para a Comissão Europeia 1977), pp. 12-13.

⁽¹³⁴⁾ ANDRÉ LUCAS, HENRI-JACQUES LUCAS & AGNÉS LUCAS-SCHLOETTER, *ob. cit.*, p. 936. Também OWEN MORGAN, *ob. cit.*, p. 151.

⁽¹³⁵⁾ Decisão de 24 de Abril de 2013 (FR:CCASS:2013:C100399). Para um

Já o apresentador de um programa, na medida em que siga um guião (obra literária), pode ser considerado um artista-intérprete, desde que lhe dê um cunho pessoal, fazendo uma interpretação dessa obra⁽¹³⁶⁾. Os mesmo se pode dizer de um comediante⁽¹³⁷⁾. O problema coloca-se com mais acuidade quando o apresentador ou o comediante improvisem. Não parece que se possa qualificar como obra a improvisação de um condutor de entrevistas ou apresentador de um programa televisivo e, falhando esse pressuposto, falará também a sua qualificação como artista-intérprete.

É necessário que ocorra uma **interpretação**, isto é, que a pessoa entre em contacto com a obra de forma pessoal e que a exteriorize de forma individual⁽¹³⁸⁾. Tendo em conta a singularidade do ser humano, este requisito não se revela particularmente difícil de preencher. Não é necessário que a interpretação tenha qualidade artística e/ou técnica, mas não pode ser totalmente “asséptica” ou mecânica⁽¹³⁹⁾. A mera reprodução de um ficheiro MIDI num computador, na medida em que seria exactamente igual noutra computador, não constitui uma interpretação. Da mesma forma que aquele que faça rodar o rolo de um piano mecânico não se qualifica como intérprete, nem aquele que se limite a aparecer num documentário⁽¹⁴⁰⁾. A questão pode colocar-se com mais dificuldade em relação ao leitor dum livro em formato áudio.

comentário crítico, cf. XAVIER DAVERAT, ‘Télé-réalité et interprétation artistique’ *Semaine juridique*, 26 (2013), pp.1266-1269.

⁽¹³⁶⁾ Neste sentido, cf. a decisão do BGH de 14.XI.1980 *Quizmaster* (I ZR 73/78). A secção 248(A)(2) do Copyright Act Australiano de 1968 dispõe que não se consideram interpretações “(b) a reading, recital or delivery of any item of news and information; (c) a performance of a sporting activity; or (d) a participation in a performance as a member of an audience”.

⁽¹³⁷⁾ DOTAN OLIAR & CHRISTOPHER SPRIGMAN, ‘There’s No Free Laugh (Anymore): The Emergence of Intellectual Property Norms and the Transformation of Stand-Up Comedy’ *Virginia Law Review* Vol. 94(8) (2008), pp. 1787-1867, num artigo muito interessante demonstram em detalhe o sistema de normas sociais que se desenvolveu nos EUA com vista a colmatar a falta de resposta jurídica para a protecção dos comediantes. Este aspecto é semelhante ao que acontece no domínio dos truques de magia (cf. *supra* nota 131).

⁽¹³⁸⁾ ANDRÉ LUCAS, HENRI-JACQUES LUCAS & AGNÈS LUCAS-SCHLOETTER, *ob. cit.*, p. 936, sublinham o carácter pessoal da interpretação.

⁽¹³⁹⁾ O §73 UhrG fala em participação “no plano artístico”.

⁽¹⁴⁰⁾ Neste sentido, rejeitando a pretensão dum professor filmado no documentário

Parece dever entender-se que **apenas** as **pessoas singulares** podem qualificar-se como artistas-intérpretes⁽¹⁴¹⁾. Mas o maestro que dirige um conjunto deve também ser considerado um artista-intérprete⁽¹⁴²⁾. A apresentação de alguém como artista-intérprete faz **presumir** a respectiva **titularidade** do direito (art. 180.º/3)⁽¹⁴³⁾.

Um problema complexo é o de saber como ocorre o exercício de direitos em casos de execução conjunta de uma obra (v.g. os **vários intérpretes** de uma orquestra)⁽¹⁴⁴⁾. O art. 181.º atribui uma função de representação obrigatória (na falta de acordo) ao director do conjunto ou, não existindo, ao encenador no caso de actores, ao maestro no caso de uma orquestra, e ao director no caso de um coro⁽¹⁴⁵⁾.

Uma norma enigmática e que se encontra sistematicamente deslocada, consta do art. 189.º/2 CDADC. De acordo com esta disposição “A protecção outorgada neste capítulo ao artista não abrange a prestação decorrente do exercício de dever funcional ou de **contrato de trabalho**”. A consequência desta norma parece ser

“Être et avoir” sobre a vida quotidiana numa escola rural decidiu a *Cour de cassation* (decisão de 13 de Novembro de 2008, 06-16.278). Para uma discussão, com indicações jurisprudenciais, relativa aos figurantes e papéis secundários, cf. ANDRÉ LUCAS, HENRI-JACQUES LUCAS & AGNÈS LUCAS-SCHLOETTER, *ob. cit.*, pp. 938-939.

⁽¹⁴¹⁾ Neste sentido depõe o art. 190.º/1 que ao contrário dos outros números não menciona a “sede” como critério de conexão. Uma questão curiosa consiste em saber se merece protecção quem utilize figuras virtuais para uma actuação (cf. de KRÜGER, §73, *cit.*, m. 12). Parece-me que se deve responder na afirmativa visto que a figura é utilizada como um instrumento (no mesmo sentido *vide* GERNOT SCHULZE, ‘Urheber- und Leistungsschutzrechtliche Fragen virtueller Figuren’ ZUM [1997], pp. 77-86).

⁽¹⁴²⁾ PAUL GOLDSTEIN & BERNT HUGENHOLTZ, *ob. cit.*, p. 234.

⁽¹⁴³⁾ Esta disposição resulta do art. 5.º/b) da Directiva 2004/48/CE, por sua vez inspirada no art. 15.º da Convenção de Berna (cf. considerando 28 da Directiva).

⁽¹⁴⁴⁾ O art. 8.º da Convenção de Roma limita-se a referir o problema e a necessidade de o regulamentar.

⁽¹⁴⁵⁾ LUÍS MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, p. 258, salienta a natureza supletiva desta disposição. Se existir acordo entre todos, podem designar outra forma de representação. Esta disposição contribui também para a definição de quem são artista-intérpretes, à partida estas categorias também integram o conceito. O §80 UhrG é uma norma com configuração muito semelhante e tem-se entendido que o seu âmbito de aplicação é bastante reduzido (KRÜGER, §80, *in* SCHRICKER/LOWENHEIM, *Urheberrecht Kommentar* (C.H. Beck 2010) m. 1). De facto, há muitos casos em que não existe uma relação “hierárquica” entre artistas-intérpretes que geram conjuntamente uma prestação. Nesses casos valerá a propriedade e o regime da sociedade civil.

a ausência de protecção da prestação artística em causa quando esta integre a actividade de um contrato de trabalho⁽¹⁴⁶⁾, e aparentemente já não perante a prestação de serviços⁽¹⁴⁷⁾. No entanto, concordo com VICTÓRIA ROCHA⁽¹⁴⁸⁾ quando sugere que esta norma deve ser lida restritivamente como uma mera recusa de remuneração suplementar. Citando⁽¹⁴⁹⁾: “Desta forma, se o trabalhador é contratado para cantar todas as noite nos restaurante da entidade empregadora apenas terá direito à remuneração ajustada. Todavia, todos os direitos conexos que a lei lhe reconhece subsistem (...) No exemplo, não poderá [a entidade empregadora] fixar e distribuir ou vender fonogramas ou videogramas com a prestação em causa. Sem o acordo do intérprete não poderá comunicá-la fora do contexto das apresentações ao vivo no bar.”. Também MENEZES LEITÃO adopta esta orientação⁽¹⁵⁰⁾.

4.1.2. Produtores de fonogramas e videogramas

O Código prevê igualmente a atribuição de um direito conexo ao produtor de fonograma ou videograma, definido como aquele “...que fixa pela primeira vez os sons provenientes de um execu-

⁽¹⁴⁶⁾ Assim OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor...*, cit., p. 558. Contra, LUIZ FRANCISCO REBELLO, *Código do Direito de Autor...*, cit., p. 248, admite que seja convencionalizado algo em sentido distinto (de acordo com a sua interpretação esta norma seria mera presunção *iuris tantum*). No entanto, OLIVEIRA ASCENSÃO considera que não pode um contrato fazer nascer uma protecção que a lei exclui. DIAS PEREIRA, *Informática...*, cit., p. 223, adere à posição de OLIVEIRA ASCENSÃO.

⁽¹⁴⁷⁾ O que reduzirá o impacto prático da disposição visto que uma grande parte dos artistas-intérpretes não tem contrato de trabalho.

⁽¹⁴⁸⁾ ‘A titularidade...’, cit., pp. 190-191.

⁽¹⁴⁹⁾ *Ibid.*, p. 191.

⁽¹⁵⁰⁾ *Ob. cit.*, p. 250. O autor apontava como argumento sistemático o texto do art. 18.º da Lei n.º 4/2008, de 07 de Fevereiro relativa ao regime **dos contratos de trabalho dos profissionais de espectáculos**. Essa norma foi entretanto revogado pela Lei n.º 28/2011, de 16 de Junho). Sobre o regime, cf. JÚLIO GOMES, ‘Da fábrica à fábrica dos sonhos — Primeiras reflexões sobre o Regime dos Contratos de Trabalho dos Profissionais de Espectáculos’, in *Novos Estudos de Direito do Trabalho* (Coimbra Editora, 2010), pp. 197-231.

ção ou quaisquer outros, ou as imagens de qualquer proveniência, acompanhadas ou não de sons” (art. 176.º/3)⁽¹⁵¹⁾. Fonograma designa um registo (“a gravação”) de sons (art. 176.º/4) e videograma um registo de imagens (art. 176.º/5). Videograma deve ser distinguido de filme, definido no art. 183.º/5 como “uma obra cinematográfica ou audiovisual e toda e qualquer sequência de imagens em movimento, acompanhadas ou não de som”⁽¹⁵²⁾. Assim, a noção de filme inclui quer uma obra protegida por direito de autor, por ser original (obra cinematográfica), quer o videograma que, não sendo obra cinematográfica poderá conter um registo desta⁽¹⁵³⁾. Como explica OLIVEIRA ASCENSÃO⁽¹⁵⁴⁾: “...o objeto de protecção são os sons e/ou imagens ínsitos no fonograma ou videograma **no seu sentido de veículo**, que exprimem normalmente uma coisa incorpórea, que pode ser obra literária e artística”⁽¹⁵⁵⁾. Por isso mesmo, a *Cour de Cassation* Francesa esclareceu, bem, que um ficheiro digital também se qualifica como fonograma⁽¹⁵⁶⁾ e a igual conclusão se pode chegar quanto a um videograma.

Ao contrário do que acontece com os artistas-intérpretes, aqui não se revela necessária qualquer relação com uma obra literária ou artística⁽¹⁵⁷⁾. A justificação deste direito reside na protecção do

(151) Igual noção se encontra no art. 3.º/c) da Convenção de Roma (relativo apenas a fonogramas). Para videogramas esta noção é semelhante ao art. L-215-1 do Code de la Propriété Intellectuelle.

(152) Esta definição provem do art. 2.º/1/b) da Directiva 2006/115/CE.

(153) SYLVIE NERISSON, ‘The Rental and Lending rights directive’ in IRINI STAMATOU DI & PAUL TORREMANS (eds), *EU Copyright Law — A Commentary* (EE 2014), p. 164. Em sentido próximo e crítico da distinção, cf. PASCAL KAMINA, ‘The subject-matter for film protection in Europe’, in ESTELLE DERCLAYE (ed), *Research Handbook on the Future of EU Copyright* (EE 2009), pp. 95-96. O TJUE condenou o Estado Português pela incorrecta assimilação de videogramas a filmes (C-61/05, *Comissão contra Portugal* (EU:C:2006:467)). Esta é matéria onde grassa grande confusão, como assinala PASCAL KAMINA, *últ. ob. cit.*, p. 85.

(154) *Direito de Autor...*, cit., p. 568 (sublinhado acrescentado).

(155) Como dá conta SIMON APEL, ‘Bridgeport Music, Inc. v. Dimension Films (USA), Metall auf Metall (Germany) and Digital Sound Sampling — “Bright Line Rules”?’ ZGE 3 (2010) p. 337, n. 47, é este o entendimento dominante na Alemanha. Neste mesmo sentido determinando o valor da acção com base em causas imateriais (€30.000,01) em vez de em função do valor dos suportes, cf. Ac. TRL 2-V-2013 (rel. MAGDA GERALDES).

(156) Decisão de 11 de Setembro de 2013 (FR:CCASS:2013:C100904).

(157) Por isso, aquilo que PATRICIA AKESTER, *Direito de Autor...cit.*, p. 169, afirma (“Os direitos conexos situam-se no âmbito da execução de uma obra preexistente...”) só é

investimento⁽¹⁵⁸⁾. Deste modo, qualquer registo de sons (música⁽¹⁵⁹⁾, entrevistas, a leitura dum livro (*audiobook*), sons da natureza ou até ruído branco) ou imagens (incluindo eventos públicos, reportagens, concertos e mesmo imagens de câmaras de segurança), independentemente das qualidades do que é registado e, mesmo, na ausência de qualquer edição, pode gozar de protecção por via deste direito conexo. Parafraseando ANDREAS RAHMATIAN⁽¹⁶⁰⁾, para aceder à protecção basta ligar um gravador⁽¹⁶¹⁾.

É certo que muitas vezes uma gravação de imagem ou som envolve grandes conhecimentos técnicos e mesmo escolhas artísticas⁽¹⁶²⁾, mas será relativamente difícil que ao produtor seja reconhecida a autoria de uma música, ainda que o seu contributo seja determinante para a qualidade do produto final⁽¹⁶³⁾. A questão já

verdade em relação aos artistas-intérpretes mas já não quanto aos restantes direitos conexos. MICHEL VIVANT & JEAN-MICHEL BRUGUIÈRE, *ob. cit.*, p. 938 assinalam precisamente o carácter muito heterógeno dos direitos conexos e a sua relação meramente tendencial com o direito de autor.

⁽¹⁵⁸⁾ LUÍS MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, p. 259. Como afirmado pelo TJUE no caso C-200/96 *Metronome Music* (EU:C:1998:172), §24: "...afigura-se justificada pela protecção dos investimentos extremamente elevados e aleatórios que exige a produção de fonogramas e que são indispensáveis à prossecução da actividade de criação de novas obras pelos autores. (...) a atribuição de um direito exclusivo aos produtores constitui certamente a forma de protecção mais eficaz, tendo em conta nomeadamente a evolução das novas tecnologias e a ameaça cada vez mais grave que representa a pirataria, favorecida pela extrema facilidade de reprodução dos suportes de som". O TJUE já advertiu, porém, que o investimento na produção de videogramas não tem a mesma relevância que outros objectos como fonogramas (C-61/05, *Comissão contra Portugal*, §28: "...não se afigura que a produção de videogramas necessite de investimentos tão elevados e tão aleatórios que mereçam uma protecção especial").

⁽¹⁵⁹⁾ O conceito de música é algo particularmente difícil de definir. No sistema de *droit d'auteur* esta dificuldade conceptual não releva tanto. A preocupação para aplicação do Direito prende-se com a questão (que não é menos difícil) da originalidade. Sobre os problemas da música no direito de autor (sobretudo *copyright*) veja-se a obra recente de ANDREAS RAHMATIAN (ed.), *Concepts of Music and Copyright* (EE 2015) e, antes disso, RICHARD ARNOLD, 'Reflections on The Triumph of Music: Copyrights and Performers' Rights in Music' IPQ [2010], pp. 153-164.

⁽¹⁶⁰⁾ 'Is copyright good for music?' JIPLP [2010], p. 872.

⁽¹⁶¹⁾ Sendo certo que, como veremos *infra*, em relação a estes direitos existem formalidades essenciais.

⁽¹⁶²⁾ PASCAL KAMINA, 'Towards new forms of neighbouring rights within the European Union?', in D. VÄVER & L. BENTLY (eds), *Intellectual Property in the New Millennium* (CUP 2004), p. 282.

⁽¹⁶³⁾ CLÁUDIA TRABUCO, *O Direito...*, *cit.*, p. 65, n. 54. É claro que a transformação

não é igual quanto ao registo de imagens⁽¹⁶⁴⁾. Quando se trate de uma obra cinematográfica o realizador pode facilmente gozar simultaneamente do direito de autor (art. 22.º CDADC) e do direito conexo do produtor de videogramas⁽¹⁶⁵⁾.

O CDADC trata unitariamente os produtores (de fonogramas e videogramas) no art. 184.º apesar de a nível internacional os segundos não estarem contemplados e, para alguns efeitos, se dever fazer a distinção⁽¹⁶⁶⁾. Em bom rigor, ainda há que distinguir o produtor de videogramas do produtor de filmes⁽¹⁶⁷⁾.

Em qualquer dos casos, para atribuir um direito conexo a um produtor, exige-se que a **fixação** ocorra **pela primeira vez**. Fixação é definida no art. 141.º do CDADC como “...incorporação de sons ou de imagens, separada ou cumulativamente, num suporte material suficientemente estável e duradouro que permita a sua percepção, reprodução ou comunicação de qualquer modo, em período não efémero”. Num certo sentido exigir que a fixação ocorra pela primeira vez é um pleonasma. Como explica CLÁUDIA TRABUCO⁽¹⁶⁸⁾ “Na actividade de reprodução presume-se a existência de um *corpus* físico no qual a obra original é materializada, e esse *corpus* apenas pode ser obtido mediante a fixação da obra”. Assim, fixação será sempre o primeiro registo de um conteúdo a reprodução consistirá na multiplicação desse exemplar⁽¹⁶⁹⁾.

digital de uma execução pode, em certos casos, qualificar-se como obra (fonográfica) derivada. Neste sentido, explicando o magro sentido da referência a obras fonográficas e videográficas no art. 2.º/1/f) do CDADC (veja-se OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor...*, cit., pp. 80-82). Por outro lado os arts. 24.º e 26.º do CDADC parecem excluir o engenheiro de som da autoria (nestes termos MAFALDA SEBASTIÃO, ‘O Direito do Produtor’ (inédito FDUL 2009), pp. 9-11 e, aderindo expressamente a essa tese, cf. Ac. TRL 11-VII--2013 (rel. ANA LUCINDA CABRAL)). No geral deve entender-se que é a **empresa produtora** e não os técnicos individuais quem acede à protecção (CLAUDE MASOUYÉ, *Guide...cit*, p. 43).

⁽¹⁶⁴⁾ Sobre este regime veja-se, entre outros, PASCAL KAMINA, ‘The subject-matter...’, cit., pp. 77-101 e, do mesmo autor, *Film Copyright in the European Union* (CUP 2002).

⁽¹⁶⁵⁾ PASCAL KAMINA, ‘The subject-matter...’, cit., p. 77.

⁽¹⁶⁶⁾ Desde logo porque o art. 164.º/3 CDADC dispõe que os fotogramas das películas cinematográficas se consideram fotografias.

⁽¹⁶⁷⁾ Esta categoria foi introduzida no art. 7.º/1/c) do DL n.º 332/97, de 27 de Novembro por imposição da Directiva 92/100/CE.

⁽¹⁶⁸⁾ *O Direito...*, cit., p.259.

⁽¹⁶⁹⁾ Parece depor neste sentido, além da definição de reprodução (art. 176.º/7) o

O titular deste direito conexo tanto pode ser pessoa colectiva como pessoa singular sendo mais comum a primeira⁽¹⁷⁰⁾. Relativamente a obras cinematográficas, o produtor é definido no art. 126.º como “o empresário do filme [que] organiza a feitura da obra cinematográfica, assegura os meios necessários e assume as responsabilidades técnicas e financeiras inerentes”. Esta definição corresponde à noção mais geral de produtor como aquela entidade que dirige e custeia a gravação⁽¹⁷¹⁾.

Tal como acontece em relação ao direito do artista-intérprete (art. 180.º/3), a indicação do respectivo nome ou denominação de uma pessoa nas cópias autorizadas também faz **presumir a titularidade** do direito conexo para os produtores de fonogramas ou videogramas (art. 185.º/3 CDADC)⁽¹⁷²⁾.

4.1.3. Organismos de radiodifusão

Em relação aos organismos de radiodifusão, tal como na protecção dos produtores de fonogramas e videogramas, está em causa uma prestação empresarial (financeira e técnica). Com a atribuição deste direito visa-se a protecção do investimento feito com a disseminação de um conteúdo⁽¹⁷³⁾. A concessão deste direito conexo revela-se particularmente controversa visto que não depende nem

cotejo das alíneas b) e c) do art. 187.º do CDADC. Apesar de aparentemente rejeitar esta construção, CLÁUDIA TRABUCO, *O Direito...cit.*, pp. 261-262 (pp. 296-297), confirma que “O direito de fixação (...) reporta-se apenas à primeira fixação das prestações em jogo, uma vez que todas as fixações subsequentes são já tidas como reproduções e caem na previsão de outras disposições” (p. 265, n.156). No sentido que defendo, veja-se OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor... cit.*, pp. 228-229.

⁽¹⁷⁰⁾ CLAUDE MASOUYÉ, *Guide... cit.*, p. 97 (relativamente apenas a produtores de fonogramas).

⁽¹⁷¹⁾ SIMON APEL, *ob. cit.*, p. 338; ANGÉL FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, *ob. cit.*, p. 122.

⁽¹⁷²⁾ Em França, apesar da ausência de norma expressa no domínio dos direitos conexos, a *Cour de Cassation* decidiu aplicar a norma dos direitos de autor por analogia aos fonogramas (decisão de 14 de Novembro de 2012 (FR:CCASS:2012:C101295)).

⁽¹⁷³⁾ LUCIE GUIBAULT & ROY MELZER, *ob. cit.*, p.2.

do conteúdo daquilo que é transmitido, nem da existência de investimento substancial⁽¹⁷⁴⁾.

Organismo de radiodifusão é definido como “a entidade que efectua emissões de radiodifusão sonora ou visual, entendendo-se por emissão de radiodifusão a difusão dos sons ou de imagens, ou a representação destes, separada ou cumulativamente, por fios ou sem fios, nomeadamente por ondas hertzianas, fibras ópticas, cabo ou satélite, destinada à recepção pelo público” (art. 176.º/9)⁽¹⁷⁵⁾. O objecto de protecção do direito conexo é o programa transmitido (o sinal) que pode ou não gozar de direitos de autor⁽¹⁷⁶⁾. Destarte, reportagens, concertos, eventos públicos de qualquer natureza (jogos de futebol, debates parlamentares) e até imagens não tratadas, gozam de protecção⁽¹⁷⁷⁾.

Satisfazem a definição de organismos de radiodifusão tanto as estações televisivas como de rádio⁽¹⁷⁸⁾, estando, porém, excluídos aqueles que apenas fazem retransmissão por cabo (art. 187.º/2, CDADC)⁽¹⁷⁹⁾. À partida serão pessoas colectivas a gozar desse direito conexo, sendo certo que nada impede que alguém faça transmissões a título individual e, assim, aceda à protecção⁽¹⁸⁰⁾. Também os titulares de direitos de organismo de radiodifusão gozam de uma **presunção** de titularidade nos termos do art. 187.º/3.

⁽¹⁷⁴⁾ LUCIE GUIBAULT & ROY MELZER, *ob. cit.*, p. 2. LIONEL BENTLY & BRAD SHERMAN, *Intellectual Property Law* (OUP 2009), p. 86, assinalam a especificidade deste direito conexo: “...a broadcast is essentially the provision of a service which involves a communication: it is not the creation of a thing, but an action. (...) what is protected are the signals which are transmitted. In a sense copyright law recognizes the value in the act of communication itself, as distinct from the content of what is being communicated”.

⁽¹⁷⁵⁾ Deve assinalar-se que esta definição é bastante mais ampla do que a da Convenção de Roma, que não cobre transmissão por cabo (CLAUDE MASOUYÉ, *Guide...*, *cit.*, p. 24).

⁽¹⁷⁶⁾ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor...*, *cit.*, p.578.

⁽¹⁷⁷⁾ DIAS PEREIRA, *Informática...*, *cit.*, p. 220.

⁽¹⁷⁸⁾ CLAUDE MASOUYÉ, *Guide...*, *cit.*, p. 24.

⁽¹⁷⁹⁾ Esta exclusão provem do art. 7.º/3 da Directiva 2006/115.

⁽¹⁸⁰⁾ VITTORIO M. DE SANCTIS, *ob. cit.*, p. 199.

4.1.4. Outros direitos conexos⁽¹⁸¹⁾

Já se assinalou que existem direitos conexos que o CDADC não qualifica como tal. Trata-se daquilo a que alguma doutrina já chamou “os direitos vizinhos dos direitos vizinhos”⁽¹⁸²⁾. São igualmente direitos subjectivos sobre bens imateriais, de carácter negativo (direitos de proibir), atribuídos com vista à protecção do investimento e vagamente associados ao domínio das artes e das letras.

4.1.4.1. Produtor de bases de dados

O direito *sui generis* de **bases de dados** é atribuído ao produtor de base de dados que tenha feito um investimento substancial em termos qualitativos ou quantitativos na “obtenção, verificação ou apresentação do conteúdo de uma base de dados” (art. 12.º/2, DL 122/2000)⁽¹⁸³⁾. Este direito **protege o investimento**, dando ao produtor a possibilidade de **proibir a extracção e a reutilização** da totalidade ou de uma parte substancial (aferida do ponto de vista qualitativo, ou seja, a parte mais importante em termos de investimento, ou quantitativo, isto é, tendo em conta a totalidade dos dados)⁽¹⁸⁴⁾ do seu conteúdo. Base de dados é definida como

⁽¹⁸¹⁾ Este ponto tratará apenas sumariamente a configuração normativa de cada um destes direitos conexos.

⁽¹⁸²⁾ MICHEL VIVANT & JEAN-MICHEL BRUGUIÈRE, *ob. cit.*, p. 939. Também VITTORIO M. DE SANCTIS, *ob. cit.*, p. 182.

⁽¹⁸³⁾ Este direito pode cumular-se com o direito de autor. Sobre esse problema especificamente *vide* NUNO SOUSA E SILVA, *The Ownership Problems of Overlaps in European Intellectual Property Law* (Nomos 2014) pp. 56-60.

⁽¹⁸⁴⁾ C-203/02, *BHB v William Hill* (EU:C:2004:695), §71: “O conceito de parte substancial, avaliada em termos qualitativos, do conteúdo da base de dados refere-se à importância do investimento ligado à obtenção, à verificação ou à apresentação do conteúdo do objecto do acto de extracção e/ou de reutilização, independentemente da questão de saber se este objecto representa uma parte quantitativamente substancial do conteúdo geral da base de dados protegida. Uma parte quantitativamente negligenciável do conteúdo de uma base de dados pode, com efeito, representar, em termos de obtenção, de verificação ou de apresentação, um importante investimento humano, técnico ou financeiro”.

“a colectânea de obras, dados ou outros elementos independentes, dispostos de modo sistemático ou metódico e susceptíveis de acesso individual por meios electrónicos ou outros.” (art. 1.º/2 DL 122/2000). Trata-se de um conceito com “...um alcance amplo, livre de considerações de ordem formal, técnica ou material”⁽¹⁸⁵⁾.

O TJUE produziu jurisprudência abundante sobre estes conceitos. Nos quatro julgamentos referidos colectivamente como os *fixtures cases*, emitidos todos no mesmo dia 9 de Novembro de 2004⁽¹⁸⁶⁾, o Tribunal esclareceu que o âmbito do direito do fabricante das bases de dados não é tão extenso como se pensava inicialmente⁽¹⁸⁷⁾. Segundo esta jurisprudência o único **investimento relevante** para aceder à protecção é aquele que é dirigido especificamente à produção da base de dados. Não deve ser tido em conta aquele investimento que, apesar de ser relacionado com a actividade em que a base de dados surge (v.g. a organização de uma corrida, de viagens de comboio ou de jogos de futebol), não diz directamente respeito à obtenção, verificação ou apresentação desses dados⁽¹⁸⁸⁾.

O TJUE também já deixou claro que adopta um **conceito amplo** de **extracção** e de **reutilização**. No caso *Directmedia*⁽¹⁸⁹⁾ o Tribunal confirmou que “o conceito de «extracção» (...) deve ser

⁽¹⁸⁵⁾ C-444/02, *OPAP (Fixtures)* (EU:C:2004:697), §20. Recentemente o TJUE confirmou esta interpretação ampla ao decidir que também “os dados geográficos que são extraídos de uma carta topográfica por um terceiro para produzir e comercializar outro mapa mantêm, depois da sua extração, um valor informativo suficiente para poderem ser qualificados de «elementos independentes» de uma «base de dados» na aceção da referida disposição.” (C 490/14, *Verlag Esterbauer* (EU:C:2015:735), §28-29).

⁽¹⁸⁶⁾ C-203/02, *BHB v William Hill*; C-46/02, *Oy Veikkaus (Fixtures)* (EU:C:2004:694); C-338/02, *Svenska Spel (Fixtures)* (EU:C:2004:696); C-444/02, *OPAP (Fixtures)*. Para um comentário veja-se MARK DAVIDSON & BERNT HUGENHOLTZ, ‘Football fixtures, horse races and spin-offs: the ECJ domesticates the database right’ EIPR [2005], pp. 113-118.

⁽¹⁸⁷⁾ MATTHIAS LEISTNER, ‘The protection of databases’, *cit.*, pp. 429-449.

⁽¹⁸⁸⁾ C-203/02, *BHB v William Hill*, §30-42. Para uma confirmação desta abordagem, cf. C-604/10, *Football Dataco (Yahoo)* (EU:C:2012:115), §28 (sublinhando que esta conclusão não afecta a possibilidade de a base de dados em causa gozar de direitos de autor).

⁽¹⁸⁹⁾ C-304/07, *Directmedia Publishing*, §34.

entendido no sentido de que visa qualquer acto não autorizado de apropriação de todo ou de parte do conteúdo de uma base de dados”, incluindo a extracção não substancial que cumulativamente atinja um valor substancial⁽¹⁹⁰⁾, mesmo quando feita sem recurso a meios técnicos⁽¹⁹¹⁾.

No caso *Innoweb*⁽¹⁹²⁾ também ficou claro que o conceito de reutilização é configurado como “...referindo-se a qualquer ato que consista na colocação à disposição do público, sem o consentimento da pessoa que criou a base de dados, dos resultados do seu investimento, privando-a, assim, dos rendimentos que se considera permitirem-lhe amortizar o custo desse investimento (...). O referido conceito abrange, portanto, qualquer ato não autorizado de difusão ao público do conteúdo de uma base de dados protegida ou de uma parte substancial desse conteúdo (...). A natureza e a forma do procedimento utilizado são desprovidas de pertinência para este efeito”. Assim, o envio “através do seu servidor *web*, para o computador de outra pessoa, e a pedido desta, dados previamente extraídos do conteúdo de uma base de dados protegida pelo direito *sui generis*”⁽¹⁹³⁾, bem como “...a colocação *online* de um metamotor de busca dedicado, (...) pelo seu explorador, que se destina a que os utilizadores finais aí introduzam as suas pesquisas a fim de serem traduzidas no motor de busca de uma base de dados protegida”⁽¹⁹⁴⁾ foram considerados actos de extracção, logo passíveis de ser controlados pelo titular do direito *sui generis*.

Este direito tem uma duração de 15 anos (art. 16.º DL 122/2000) mas pode ser infinitamente renovado com cada investimento substancial que seja feito na actualização ou verificação dos elementos que compõem a base de dados (art. 17.º DL 122/2000)⁽¹⁹⁵⁾.

⁽¹⁹⁰⁾ C-203/02, *BHB v William Hill*, §87.

⁽¹⁹¹⁾ C-304/07, *Directmedia Publishing*, §60.

⁽¹⁹²⁾ C-202/12, *Innoweb* (EU:C:2013:850), §37. Isto já havia sido afirmado em C-173/11, *Football Dataco II* (EU:C:2012:642), §20.

⁽¹⁹³⁾ C-173/11, *Football Dataco II*, §21.

⁽¹⁹⁴⁾ C-202/12, *Innoweb*, §50.

⁽¹⁹⁵⁾ ANNETTE KUR & THOMAS DREIER, *ob. cit.*, p. 268; VITTORIO M. DE SANCTIS, *ob. cit.*, p. 335, n. 21.

4.1.4.2. Direito sobre o título de uma obra

O **direito ao título de uma obra**, consagrado nos arts. 4.º e 214.º CDADC, é um direito conexo, apesar de estar mais próximo, na sua configuração, da tutela típica de um sinal distintivo⁽¹⁹⁶⁾. A respectiva protecção depende da capacidade distintiva do título, da sua novidade relativa (isto é, não existir título idêntico para obra do mesmo género)⁽¹⁹⁷⁾ e, no caso de obra inédita, do respectivo registo conjuntamente com a obra. Assim, para gozar deste direito conexo não se pode tratar de um título banal tal como “Um sonho de mulher”⁽¹⁹⁸⁾, “Primeira Página”⁽¹⁹⁹⁾ ou “Telejornal”⁽²⁰⁰⁾, nem de um título já conhecido para aquele género de obra. Não se exige originalidade no sentido jusautorral de “criação do próprio autor”⁽²⁰¹⁾ mas antes requisitos mais próximos do direito de marcas⁽²⁰²⁾. A possibilidade de o título distinguir uma obra de outras, decompõe-se na novidade e na capacidade disintiva.

A protecção dispensada ao título que satisfaça estes requisitos aparentemente seria a mesma que aquela de que goza a obra protegida (art. 4.º/1, 1.ª parte). No entanto, o legislador não foi feliz na sua redacção. Na verdade, o critério de protecção deve ser aquele que é utilizado no direito de marcas: o título só é protegido quanto ao risco de confusão em relação a obras do mesmo género⁽²⁰³⁾. Assim, atento este “princípio da especialidade”, um livro e uma

(196) Neste preciso sentido OLIVEIRA ASCENSÃO, *ob. cit.*, pp. 547 e 603. VITTORIO M. DE SANCTIS, *ob. cit.*, p. 127, identifica este direito como um direito próximo da concorrência desleal. Em sentido semelhante pronuncia-se PASCAL KAMINA, ‘Towards new forms...’, *cit.*, p. 287, n. 23.

(197) OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor...*, *cit.*, p. 601.

(198) Ac. STJ 29-IV-2010 (rel. GARCIA CALEJO).

(199) Ac. TRL 28-IX-1989 (rel. ALFREDO CARDOSO).

(200) Ac. TRL 13-VII-1995 (rel. LOPES BENTO).

(201) Sobre o sentido desta fórmula e com indicações adicionais veja-se NUNO SOUSA E SILVA, ‘Uma introdução...’, *cit.*, pp. 1365-1373.

(202) Sobre as várias alternativas de protecção, a propósito do acordão citado na nota 199, cf. AAVV, *Protecção do Título de Jornal* (SPA 1989).

(203) FERRER CORREIRA & NOGUEIRA SERÊNS, ‘Parecer’, in AAVV, *Protecção do Título...*, *cit.*, p. 22; OLIVEIRA ASCENSÃO, ‘Parecer’, in AAVV, *Protecção do Título...*, *cit.*, pp. 64-66.

canção, ou um bailado e uma pintura podem ter o mesmo título⁽²⁰⁴⁾. Já existirá maior dificuldade na determinação do risco de confusão entre um filme e um livro, ou um bailado e uma ópera. Valerá aqui a ideia de que, quanto maior a proximidade dos sinais, menor proximidade entre géneros será necessária para afimar a existência de confusão⁽²⁰⁵⁾. Cumpre ainda assinalar que a protecção do título não é independente: surge sempre associada à obra, não constituindo um direito autónomo⁽²⁰⁶⁾. Por isso a duração da protecção do título é duração dos direitos de autor sobre a obra correspondente.

4.1.4.3. Editor de obras inéditas não protegidas

O direito do editor de obras inéditas não protegidas (art. 39.º/1 CDADC), cuja consagração resulta da directiva da duração, incide sobre obras cuja protecção jusautoral expirou sem terem sido divulgadas. O objectivo deste direito é estimular e proteger a divulgação de uma obra sobre a qual à partida já não incidiriam direitos de exclusivo, conferindo um exclusivo de 25 anos a quem faça essa divulgação pela primeira vez⁽²⁰⁷⁾. A edição pode fazer-se em qualquer formato, incluindo digital⁽²⁰⁸⁾. À partida, este direito pode abranger obras perdidas, desde que não tenham sido publicadas⁽²⁰⁹⁾.

⁽²⁰⁴⁾ FERRER CORREIRA & NOGUEIRA SERÉNS, *ob. cit.*, p. 22; ANTÓNIO MARIA PEREIRA, ‘Parecer’, in AAVV, *Protecção do Título...*, *cit.*, p. 45; OLIVEIRA ASCENSÃO, *ob. cit.*, p. 65.

⁽²⁰⁵⁾ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor...*, *cit.*, pp. 601-602, defendendo um raciocínio teleológico em termos análogos. No direito europeu de marcas esta formulação encontra-se v.g. no caso C-39/97, *Canon* (EU:C:1998:442), §17.

⁽²⁰⁶⁾ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor...*, *cit.*, pp. 602-603.

⁽²⁰⁷⁾ Para uma discussão detalhada dos fundamentos deste direito veja-se EVA LANGER, *Der Schutz nachgelassener Werke: Eine richtlinienkonforme und rechtsvergleichende Auslegung von § 71 UrhG* (V&R Unipress, 2012), pp. 56-70 (concluindo pela protecção do investimento como parte de uma política cultural).

⁽²⁰⁸⁾ LOWENHEIM, §70, in SCHRICKER/LOWENHEIM, *Urheberrecht Kommentar* (C.H. Beck 2010), m. 6.

⁽²⁰⁹⁾ Parece que a consagração deste direito se encontra em contradição com o sentido do texto do art. 78.º, CDADC. Será que essa norma se deve considerar **tacitamente revogada**? Cumpre ao legislador clarificar esta questão.

Em 2009, o BGH analisou esse problema a propósito da ópera de Vivaldi “Motezuma” de 1733, encontrada em 2002 numa biblioteca em Berlim⁽²¹⁰⁾. O Tribunal começou por explicitar que, tendo em conta a dificuldade da prova de factos negativos (neste caso provar a não publicação de uma obra com séculos), basta ao editor invocar essa não publicação, cabendo à outra parte apresentar factos que demonstrem a existência de uma publicação⁽²¹¹⁾. No caso em concreto, com base em depoimentos de musicologistas que apontaram a prática comum em Veneza de depósito da pauta para consulta do público, o Tribunal considerou que a obra tinha sido publicada e portanto não gozava desta protecção⁽²¹²⁾. Em 2003, o Landgericht de Magdeburg⁽²¹³⁾ tinha adoptado uma posição ligeiramente diferente em relação ao disco de Nebra (um artefacto de cerca de 1600 a.C. descoberto em 1999 por dois indivíduos que faziam buscas ilegalmente)⁽²¹⁴⁾, considerando que o facto de um objecto não ser visto há muito tempo deve fazer presumir a sua não publicação.

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

É curioso constatar que a mesma conduta — a publicação de um inédito — tanto pode constituir crime (se o direito patrimonial de autor ainda não expirou, tal como resulta do previsto nas alíneas *a*) e *b*) do art. 195.º/2, CDADC), como levar à atribuição deste direito conexo.

⁽²¹⁰⁾ Decisão de 22 de Janeiro de 2009 (I ZR 19/07), *Motezuma*.

⁽²¹¹⁾ Rn. 19-20.

⁽²¹²⁾ Rn. 41.

⁽²¹³⁾ Decisão de 16 de Outubro de 2003 (7 O 847/03) (publicada em ZUM [2004] p. 580).

⁽²¹⁴⁾ <https://en.wikipedia.org/wiki/Nebra_sky_disk> (consultado a 17 de Janeiro de 2016).

4.1.4.4. Editor de edições críticas e científicas de obras no domínio público

O direito do editor de **edições críticas e científicas de obras no domínio público** está previsto no art. 39.º/2, CDADC, encontra-se no plano comparado (v.g. §70 UhrG e art. 85quater l.d.a.) e está igualmente previsto de forma opcional na directiva relativa à duração⁽²¹⁵⁾. É importante compreender que o objecto deste direito conexo é apenas o valor acrescentado que a parte crítica e/ou científica relacionada com a obra traz⁽²¹⁶⁾. Assim, uma edição desse mesmo trabalho sem esse acréscimo continua a ser livre visto integrar o domínio público⁽²¹⁷⁾. Parece que, por igualdade de razão, a protecção dispensada por este direito conexo também se deve aplicar a edições científicas de obras incapazes de gozar de direitos de autor⁽²¹⁸⁾.

Quanto ao conteúdo, aquela disposição é ainda mais lacónica do que o número anterior, limitando-se a dizer que estas edições “beneficiam de protecção”. Parece-me que se deve entender que essa protecção será “equivalente à resultante dos direitos patrimoniais do autor”, ou seja, a aplicação por remissão do art. 68.º, CDADC. Em Portugal a duração estabelecida é de 25 anos a contar da data da edição⁽²¹⁹⁾. Não está previsto um direito de paternidade mas o costume da comunidade científica impõem a referência do autor, o que, em muitos casos, levará a um resultado próximo.

⁽²¹⁵⁾ Analisando de forma crítica esta disposição da directiva veja-se THOMAS MARGONI & MARK PERRY, ‘Scientific And Critical Editions Of Public Domain Works: An Example Of European Copyright Law (Dis)Harmonization’ *Canadian Intellectual Property Review* 27 (2011), pp. 157-170. Os autores chegam a afirmar que “The part of the Term Directive analyzed here should be deemed invalid or repealed as a result of its implementation” (p. 166).

⁽²¹⁶⁾ ALEXANDER PEUKERT, *Die Gemeinfreiheit* (Mohr Siebeck 2012), p. 109.

⁽²¹⁷⁾ LOWENHEIM, §§70, *cit.*, rn. 3-4, assinala que esta protecção pode cumular-se com a protecção dispensada ao autor dos comentários críticos e científicos se existir, bem como com o direito do editor de obras inéditas não protegidas.

⁽²¹⁸⁾ LOWENHEIM, §70, *cit.*, rn. 5.

⁽²¹⁹⁾ Ao contrário do que acontece v.g. em Itália (20 anos) ou na Polónia (30 anos).

4.1.4.5. Direito geral do editor?

Um **direito geral do editor** não parece existir (ainda) na ordem jurídica portuguesa. No entanto, como aponta MENEZES LEITÃO⁽²²⁰⁾, existem utilizações livres que dependem da indicação do editor (art. 76.º/1/a) CDADC) e/ou que dão origem a remuneração equitativa a seu favor (arts. 76.º/1/b) e c) e 82.º)⁽²²¹⁾. Na verdade isto representa um equivalente funcional da protecção dos arranjos tipográficos existente no direito anglo-saxónico mas, diferentemente, não passa pela atribuição de um direito subjectivo absoluto⁽²²²⁾. Em Itália, a mesma solução de protecção contra aproveitamento parasitário do investimento editor é por vezes obtida via concorrência desleal, sendo que no passado chegou a existir um direito conexo⁽²²³⁾.

4.1.4.6. Direito ao espectáculo?

O **direito ao espectáculo** foi enunciando entre nós por OLIVEIRA ASCENSÃO⁽²²⁴⁾, que lhe atribui origem consuetudinária com alguma consagração legal no art. 117.º CDADC⁽²²⁵⁾, que exige autorização do empresário do espectáculo (além do autor e artistas) para a respectiva fixação, exibição e/ou radiodifusão. A jurispru-

⁽²²⁰⁾ *Ob. cit.*, pp. 275-276.

⁽²²¹⁾ Muito crítico desta solução, cf. ALBERTO VIEIRA, 'A posição...', *cit.*

⁽²²²⁾ Cf. nota 103. Sobre a noção de equivalentes funcionais no direito comparado vide KONRAD ZWEIGERT, 'Des solutions identiques par des voies différentes, Revue internationale de droit comparé (1966), pp. 5-18.

⁽²²³⁾ VITTORIO M. DE SANCTIS, *ob. cit.*, p. 182.

⁽²²⁴⁾ 'O Direito ao Espectáculo' BMJ n.º 366 (1987), pp.41-55 (= in AAVV, *Estudos em Memória do Prof. Doutor Paulo Cunha* (AAF DL 1987), pp. 133-139); 'Direito à Informação e Direito ao Espectáculo' ROA [1988], pp. 17-35 (= in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró*, vol. II (Coimbra Editora, 1993), pp. 285-308); 'Titularidade de Licença de Emissor de Televisão e Direito ao Espectáculo no Rescaldo do Litígio S.L Benfica/Olivedesportos', in AAVV, *Estudos de homenagem a Magalhães Collaço*, vol. II (Almedina 2002), pp. 295-312.

⁽²²⁵⁾ Aplicável, *ex vi*, art. 121.º/2 CDADC, à recitação e à execução de obras musicais.

dência tem dado algum acolhimento a esta tese⁽²²⁶⁾. MAFALDA SEBASTIÃO⁽²²⁷⁾ sustenta que o *animus* (a consciência social do costume) reside no facto de todos termos presente que não devemos aproveitar-nos de um espectáculo. E acrescenta⁽²²⁸⁾ que o facto de os direitos televisivos dos jogos de futebol serem altamente valiosos corrobora a existência deste direito⁽²²⁹⁾.

Não partilho desta forma de ver as coisas. Recorrendo às aviadas palavras de TIAGO AZEVEDO RAMALHO⁽²³⁰⁾: “Em matéria de *res* (ou entes) *incorporales*, é (...) função da regra jurídica determinar o que vale como realidade jurídica ideal — a regra jurídica individua entes colectivos; e só em função do critério formulado pela regra jurídica é possível determinar de que se trata. Assim, a regra jurídica oferece, então, o ângulo relevante de consideração para certo efeito. Nestas matérias, qualquer discurso naturalista está por isso votado ao fracasso (...). Nunca é o real (ainda que de natureza ideal) qua tale, portanto, que determina a consideração jurídica; o que determina é a sua qualificação como juridicamente relevante, pressupondo um critério que assim determine”⁽²³¹⁾. Na verdade, no plano jurídico-legalista (das normas legais), os mecanismos que permitem apropriar valor no espectáculo parecem-me

⁽²²⁶⁾ Cf. Ac. STJ 21-V-2009 (rel. CUSTÓDIO MONTES), julgado ao abrigo da anterior Lei de Bases do sistema desportivo de 1990.

⁽²²⁷⁾ *Ob. cit.*, p. 66.

⁽²²⁸⁾ *Ibid.*, pp. 66-67.

⁽²²⁹⁾ De facto, há notícias recentes de os direitos de transmissão desportiva de jogos de futebol dos três maiores clubes portugueses terem sido objecto de contratos com valor entre 400 e 457,7 milhões de euros (cf. <<http://observador.pt/explicadores/os-jogos-dos-grandes-melhor-negocio/>>).

⁽²³⁰⁾ ‘Recensão a GROTEN, corpus *und* universitas, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015’ RED n.º 3 (2015), p. 18. Em sentido muito próximo, cf. HAIMO SCHACK, *ob. cit.*, pp. 10-12.

⁽²³¹⁾ OLIVEIRA ASCENSÃO, ‘O Direito ao Espectáculo’, *cit.*, p. 41 parece apoiar-se na teoria da força normativa dos factos. O que é normal para quem queira sustentar o fundamento consuetudinário do direito (assim, BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador* (Almedina 2007), pp. 44-49); mas levanta inevitáveis dificuldades em termos de segurança jurídica. O exemplo que OLIVEIRA ASCENSÃO, ‘O Direito ao Espectáculo’, *cit.*, p. 53, apresenta (se a RTP pretendesse transmitir em directo uma récita de ópera seria seguramente expulsa pelo empresário) parece-me ser um mero resultado do exercício do direito de propriedade e o conseqüente controlo de acesso a um recinto (*Hausrecht*).

ser sobretudo o direito de propriedade (que permite controlar as entradas no espaço físico onde ocorre espectáculo) e o contrato (que permite impor condições para assistir ao espectáculo)⁽²³²⁾. A juntar a isto existe a ideia de *numerus clausus* de direitos absolutos, igualmente válida para a Propriedade Intelectual⁽²³³⁾.

Para testar a existência de um direito ao espectáculo coloca-se a pergunta prática: será que alguém que se encontra licitamente a assistir a um espectáculo e que obteve autorização dos artistas, fixando a respectiva actuação com o seu telemóvel, pode ser impedido pelo organizador desse espectáculo de colocar essa obra à disposição do público⁽²³⁴⁾, nomeadamente no Youtube? E esta plataforma pode ser obrigada a retirar esse vídeo? Posto de outra forma, existe um direito com natureza absoluta (*erga omnes*), logo oponível a terceiros, incidindo sobre o imaterial que é o espectáculo? Actualmente não encontramos, em Portugal, fundamento legal para isso⁽²³⁵⁾.

⁽²³²⁾ Neste mesmo sentido parece ir a actual disposição do art. 49.º/2 da Lei de Bases da Actividade Física e do Desporto (Lei n.º 5/2007, de 16 de Janeiro). A esta abordagem, a doutrina alemã chama *Hausrecht*, querendo com isso designar a combinação do direito de propriedade com os mecanismos contratuais. Nas Conclusões relativas aos processos C-201/11P, C204/11P e C-205/11P *UEFA e FIFA contra Comissão* (EU:C:2012:786) §33-45, o AG JÄÄSKINEN parece acolher esta concepção. Como explica THOMAS MARGONI, *ob. cit.*, pp. 5-7, esta abordagem encontra-se pelo menos na Áustria, na Alemanha e na Holanda. Em sentido diverso, OLIVEIRA ASCENSÃO, 'O Direito ao Espectáculo' *cit.*, p. 46 apontava as insuficiências da propriedade e, apesar de reconhecer virtualidades à abordagem contratual (pp. 48-49), acaba por negá-la (p. 52). Aos meios de tutela referidos podemos juntar a concorrência desleal em alguns (poucos) casos e o enriquecimento sem causa. Em sentido basicamente coincidente com OLIVEIRA ASCENSÃO pode ver-se ALBERTO DE SÁ E MELLO, 'Filmagem...', *cit.*

⁽²³³⁾ JOSÉ ALBERTO VIEIRA, 'Obras geradas...', *cit.*, p. 139, e OLIVEIRA ASCENSÃO, 'O Direito ao Espectáculo', *cit.*, p. 45.

⁽²³⁴⁾ Ou que assiste a um jogo de futebol que, como confirmado pelo TJUE, não goza de direitos de autor (C-403/08 e C-429/08 *Murphy* §98).

⁽²³⁵⁾ Com uma análise do actual quadro legal, cf. LUÍS MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, pp. 270-274 que conclui porém que se encontra "claramente reconhecido na nossa ordem jurídica o direito ao espectáculo" (p. 274). Em sentido algo distinto, o Estudo encomendado pela Comissão Europeia (BEN VAN ROMPUY & THOMAS MARGONI, *Study...*, *cit.*, p. 60) indica que o estado actual da lei Portuguesa não é muito claro. Entrando no fundamento consuetudinário haverá que fazer um trabalho de empírico procurando em primeiro lugar determinar da existência e contornos do costume (o que aumenta em enorme medida a insegurança jurídica). No entanto, atento o disseminado uso de *smartphones* e a prática comum de partilha de vídeos feitos com esses telefones na Internet, atrevo-me a aventar

4.2. Condições de protecção

O nascimento de direitos conexos, tal como os direitos de autor, não está dependente de registo⁽²³⁶⁾. Porém, ao contrário do que acontece com o direito de autor (art. 12.º, CDADC), não vale o princípio geral da ausência de **formalidades**.

Inspirado no art. 11.º da CRoma, o art. 185.º CDADC exige como condição de protecção de fonogramas e videogramas a utilização do símbolo ® com a indicação do ano de primeira publicação⁽²³⁷⁾. Esta exigência, na parte em que se refere a **fonogramas**, pode considerar-se **tacitamente revogada**⁽²³⁸⁾ pelo art. 20.º WPPT que adoptou o princípio da ausência de formalidades em relação ao objecto do tratado (fonogramas e interpretações). Quanto aos videogramas, esta norma mantem-se em vigor.

Apesar de não ter relevância directa no plano dos direitos conexos⁽²³⁹⁾, é necessário ter em conta o DL n.º 39/88, de 6 de

que esse costume, se alguma vez existiu, já não subsiste. Não será possível configurar o caso como uma utilização privada visto que a plataforma se trata de uma página livremente acessível a todos. Fazendo uma análise semelhante à que apresentei, mas no âmbito do quadro legal alemão, veja-se THOMAS DREIER, ‘GERMANY: Creating New Property Rights on the Basis of General Legal Concepts — Without limits?’ JIPITEC [2011], pp. 152-156.

⁽²³⁶⁾ Trata-se de um padrão internacional estabelecido, para os direitos de autor na Convenção de Berna, art. 5/2. Em relação aos direitos conexos não existe norma tão directa. Apesar disso, no art. 20.º WPPT (relativo aos fonogramas e artistas-intérpretes) é adoptado o princípio da ausência de formalidades. Agora já não é certo o que, em 1992, correctamente afirmava OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor...*, cit., p. 416.

⁽²³⁷⁾ Esta disposição também se encontra no art. 5.º da Convenção de Genebra. Como explica OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor...*, cit., p. 573, a norma portuguesa trata-se de uma disposição “completamente equivocada” visto que a norma da Convenção de Roma reflectia apenas uma solução de consenso mínimo tendo em conta o grupo de países onde eram exigidas formalidades. Ao transpô-la, Portugal tornou-se escusadamente um país que exige formalidades. O mesmo autor (p. 574) parece sustentar uma interpretação ab-rogante do art. 205.º/2 na parte em que qualifica como contra-ordenação o desrespeito pelo art. 185.º. Só posso acompanhar essa leitura.

⁽²³⁸⁾ Uma vez que Portugal ratificou este tratado e por via do art. 8.º/2 da CRP ele vale directamente na ordem interna, sendo lei posterior e (discutivelmente) superior. Sobre isto veja-se, por todos, GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I (Coimbra Editora, 2007), pp. 259-261. Neste caso, visto que ocorre apenas uma revogação parcial deverá falar-se em derrogação (BAPTISTA MACHADO, *ob. cit.*, p. 165).

⁽²³⁹⁾ Visto que estes direitos apenas têm um conteúdo negativo; isto é, a respectiva concessão não confere um direito a comercializá-los. Não acompanho por isso OLIVEIRA

Fevereiro relativo à **classificação de videogramas**, que estabelece como condição para “a distribuição, sob qualquer forma, nomeadamente o aluguer e venda, e a exibição pública de videogramas”, a respectiva classificação (art. 3.º/1). No cumprimento do art. 5.º o modelo da etiqueta a aplicar consta da Portaria n.º 32-A/98, de 19 de Janeiro, reprimada pela Portaria n.º 277-A/2011, de 13 de Outubro. Em termos simétricos, o DL n.º 227/89, de 8 de Julho disciplina a **classificação de fonogramas** mas aplica-se apenas às cassetes-áudio (art. 1.º/2) que ultimamente têm gozado de um pequeno ressurgimento⁽²⁴⁰⁾. A Portaria n.º 58/98, de 6 de Fevereiro contem os modelos de selo a afixar nos fonogramas autenticados.

Do ponto de vista substancial, quanto à generalidade dos direitos conexos não se exige originalidade ou um *quantum* de investimento para o acesso à protecção⁽²⁴¹⁾. É necessário apenas que cada prestação se insira conceptualmente nas categorias acima indicadas⁽²⁴²⁾. Como visto, os fonogramas, videogramas ou emissões radiodifundidas são protegidas independentemente das qualidades do objecto que registam (do conteúdo). Mas já quanto aos artistas-intérpretes, apesar de se não ser necessário registo ou fixação, bastando a respectiva exteriorização⁽²⁴³⁾, exige-se que ocorra **interpretação** (a existência de um toque pessoal na execução da obra) **de uma obra literária ou artística**⁽²⁴⁴⁾.

Para a obtenção de um direito conexo em Portugal, além da verificação dos respectivos pressupostos materiais, é ainda necessário que se verifique um **elemento de conexão** previsto no

ASCENSÃO, *Direito de Autor...*, cit., p. 575, que parece pressupor que este sistema é incompatível com a Convenção de Roma. No sentido de se tratar realmente de um requisito de protecção, cf. LUÍS MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, p. 261.

⁽²⁴⁰⁾ <<http://www.hypebot.com/hypebot/2015/09/the-cassette-tapes-come-back.html>>.

⁽²⁴¹⁾ VITTORIO M. DE SANCTIS, *ob. cit.*, p. 192.

⁽²⁴²⁾ Usando a expressão de KRÜGER, §73, *cit.*, rn. 3 cada uma destas definições tem uma função de chave (*Schlüsselfunktion*) na medida em que apenas verificada o seu preenchimento é que podemos ter acesso à respectiva tutela.

⁽²⁴³⁾ ANGÉL FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, *ob. cit.*, pp. 113-114.

⁽²⁴⁴⁾ ANDRÉ LUCAS, HENRI-JACQUES LUCAS & AGNÈS LUCAS-SCHLOETTER, *ob. cit.*, p. 935: “...deux éléments essentiels: la prestation protégée consiste dans l’interprétation d’une œuvre et cette interprétation doit présenter un caractère personnel”.

art. 190.º ou que, por via de uma convenção internacional, se obtenha uma **extensão** de protecção (art. 193.º).

Os elementos de conexão previstos são, em alternativa, a nacionalidade portuguesa ou de outro Estado-Membro da União Europeia ou, no caso de pessoas colectivas, a sede efectiva na União Europeia ou que a prestação, fixação ou emissão ocorra no território português. No caso de fonogramas ou videogramas importa ainda a publicação pela primeira vez em Portugal (art. 190.º/2/c)⁽²⁴⁵⁾. Verificado qualquer um destes elementos de contacto, a lei portuguesa atribui o respectivo direito conexo⁽²⁴⁶⁾. Não se tendo verificado nenhum destes eventos, é ainda possível que, se um outro Estado-Membro de uma Convenção que Portugal integre, conceder um direito conexo a um certo titular, Portugal lho atribua também, desde que esse direito se encontre previsto na lei nacional (art. 193.º)⁽²⁴⁷⁾.

4.3. Conteúdo da protecção

4.3.1. Faculdades Patrimoniais

Tal como o direito de autor é composto por um conjunto amplo de faculdades de carácter negativo, também o titular de direitos conexos goza de alguns direitos de proibir. No entanto, como já se disse, vigora em matéria de direitos conexos o princípio da tipicidade fechada. Assim, apenas as faculdades, patrimoniais ou pessoais, expressamente reservadas aos seus titulares importam⁽²⁴⁸⁾. O Código enumera os direitos em causa em função do direito conexo respectivo. Não obstante, visto que o quadro con-

⁽²⁴⁵⁾ Estes elementos de conexão são essencialmente os definidos nos arts. 4.º a 6.º da Convenção de Roma.

⁽²⁴⁶⁾ Por força do princípio da territorialidade (art. 63.º, aplicável *ex vi* art. 192.º), válido apenas em Portugal.

⁽²⁴⁷⁾ Assim, nunca um nacional espanhol ou alemão gozará do seu direito conexo relativo a fotografias não originais em Portugal.

⁽²⁴⁸⁾ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor...*, cit., p. 665.

ceptual (harmonizado a nível europeu) do direito de reprodução, direito de comunicação ao público (incluindo a colocação à disposição), direito de distribuição, direito de fixação e direito de aluguer e comodato público são os mesmos para todos estes direitos conexos, começarei por uma exposição geral, antes de abordar os direitos patrimoniais específicos de cada um dos titulares.

Antes, porém, é conveniente assinalar a **distinção** geral entre, de um lado, **direitos de exclusivo**, direitos absolutos de controlar (autorizar ou proibir) determinado comportamento e, de outro, **direitos de/a uma remuneração**, direitos de crédito que permitem apenas exigir um dado pagamento de outrem⁽²⁴⁹⁾. Em relação aos direitos conexos, dependendo da faculdade e das circunstâncias, um titular pode ter um direito de exclusivo ou apenas direitos de remuneração (que é o resultado de uma licença obrigatória estabelecida por lei)⁽²⁵⁰⁾.

4.3.1.1. Faculdades harmonizadas a nível europeu⁽²⁵¹⁾

A Directiva 2001/29/CE (conhecida como directiva Infosoc) veio harmonizar de forma transversal os três direitos económicos considerados mais importantes — reprodução, comunicação ao público e distribuição — tanto em relação ao titular de direito de autor como ao titular de alguns direitos conexos⁽²⁵²⁾. No caso dos

⁽²⁴⁹⁾ É muito influente o artigo de GUIDO CALABRESI, 'Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral' *Harvard Law Review* [1972], pp.1089-1128 que explora a distinção em detalhe. Entre nós, além da incontável doutrina civilística, destaco a análise profunda e original de MIGUEL GALVÃO TELLES, 'Direitos Absolutos e Direitos Relativos', in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Joaquim Moreira da Silva Cunha* (Coimbra Editora, 2005), pp. 649-676.

⁽²⁵⁰⁾ DIAS PEREIRA, 'Da retransmissão...', *cit.*, p. 1006. Um exemplo desta técnica encontra-se logo no art. 12.º da Convenção de Roma referente a usos secundários de fonogramas.

⁽²⁵¹⁾ Esta secção é parcialmente baseada em NUNO SOUSA E SILVA 'Uma introdução...', *cit.*, pp. 1374-1384.

⁽²⁵²⁾ Para um relato exaustivo das transposições da directiva Infosoc, cf. GUIDO WESTKAMP, 'The Implementation of Directive 2001/29/EC in the Member States, Part II'

direitos conexos, a Directiva veio apenas suplementar o acervo já existente, uma vez que, como vimos, já existiam instrumentos que harmonizavam algumas faculdades patrimoniais para os titulares de direitos conexos, especialmente a Directiva 2006/115/CE. De um modo geral, o legislador europeu declarou que estes direitos devem ser entendidos de forma ampla⁽²⁵³⁾. Apesar de existirem algumas diferenças⁽²⁵⁴⁾, o TJUE tem aplicado os conceitos de forma transversal tanto para os direitos de autor como para os direitos conexos. Por isso mesmo, a análise que se segue recorre a muita da jurisprudência europeia desenvolvida no contexto do direito de autor.

i) Direito de reprodução

O direito de reprodução é um direito de proibir a cópia “por qualquer espécie ou forma, no todo ou em parte.” A directiva Infosoc define-o, em termos semelhantes ao art. 9(1) da Convenção de Berna⁽²⁵⁵⁾, no seu art. 2.º, como “o direito exclusivo de autorização ou proibição de reproduções, directas ou indirectas, temporárias ou permanentes, por quaisquer meios e sob qualquer forma, no todo ou em parte”. O art. 176.º/7 CDADC apresenta uma definição de reprodução sensivelmente coincidente⁽²⁵⁶⁾.

Em termos de direitos conexos, a Directiva 2001/29 atribui o direito de reprodução “aos artistas intérpretes ou executantes, para as fixações das suas prestações”, “aos produtores de fonogramas, para os seus fonogramas”, “aos produtores de primeiras fixações de filmes, para o original e as cópias dos seus filmes” (ou seja, produtores de videogramas), e “aos organismos de radiodifusão, para as fixações das suas radiodifusões, independentemente de estas

disponível em <http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/infosoc-study-annex_en.pdf>.

⁽²⁵³⁾ Considerando 21 (relativo ao direito de reprodução) e 23 da Directiva Infosoc (relativo ao direito de comunicação ao público).

⁽²⁵⁴⁾ V.g. em relação ao direito de comunicação ao público (cf. infra 4.3.1.1.ii.).

⁽²⁵⁵⁾ E, para os direitos conexos, arts. 7.º (c) e 10.º da Convenção de Roma.

⁽²⁵⁶⁾ CLÁUDIA TRABUCO, *O Direito...*, cit., pp. 728-730, apesar de criticar esta noção (por não ter em conta a exclusão do art. 75.º/1 CDADC), considera que ela é “aplicável a todos os direitos protegidos sob a égide do Direito de Autor”.

serem transmitidas por fio ou sem fio, incluindo por cabo ou satélite.” (art. 2.º/1/b), c), d) e e).

A **reprodução directa** pressupõe a interferência com um suporte (v.g. a cópia de um ficheiro ou de uma cassette), enquanto que a **reprodução indirecta** envolve a utilização de um meio intermédio (v.g. a obtenção de um fonograma a partir da sua emissão radiodifundida)⁽²⁵⁷⁾.

Apesar de a directiva utilizar o mesmo conceito de reprodução para os direitos de autor e para os direitos conexos, não existe em relação a estes últimos protecção contra a cópia nos mesmos termos. Ao contrário do que acontece com os direitos de autor, à partida qualquer excerto, por mais pequeno que seja, representa uma reprodução, não sendo necessário que o excerto em causa apresente qualidades particulares^(258/259). Seguindo a linha de raciocínio do BGH no caso *Metall auf Metall I*, esta diferença, apesar de favorecer os titulares de direitos conexos, justifica-se tendo em conta a natureza distinta dos direitos. No caso dos direitos conexos, o que protege é o investimento independentemente da qualidade daquilo que é registado. Logo, não se pode ter em conta a qualidade do reproduzido se isso não é tido em conta para aceder à protecção⁽²⁶⁰⁾.

Por outro lado, como se assinalou, não existe plágio de prestação⁽²⁶¹⁾, assim copiar o modo de actuação de um outro artista não implica reprodução da sua prestação. A protecção dispensada aos artistas-intérpretes por este direito é protecção contra a reprodução da gravação da sua prestação e não sobre a forma de interpretação em si.

⁽²⁵⁷⁾ SILKE VON LEWINSKI, ‘Rental Right...’, *cit.*, p. 120; ANGÉL FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, *ob. cit.*, p. 123.

⁽²⁵⁸⁾ Assim, entre muitos outros, GERNOT SCHULZE, ‘Urheberrecht und neue Musiktechnologien’ ZUM [1994], p. 20 (citado com aprovação pelo BGH, na decisão de 20.XI.2008, *Metall auf Metall I* (I ZR 112/06), rn. 14). Em sentido contrário pronuncia-se MAFALDA SEBASTIÃO, *ob. cit.*, p. 26.

⁽²⁵⁹⁾ Deve ainda assinalar-se que o tamanho do excerto pode ser relevante para aferir da aplicação de algumas excepções.

⁽²⁶⁰⁾ Criticando este raciocínio, cf. SIMON APEL, *ob. cit.*, pp. 343-344.

⁽²⁶¹⁾ Cf. *supra* nota 32 e texto que a acompanha.

ii) Direito de comunicação ao público

Com base no estabelecido nos tratados WIPO de 1996, o art. 3.º/1 da directiva InfoSoc estabelece a favor dos autores o (um) direito de comunicação ao público definido como “o direito exclusivo de autorizar ou proibir qualquer comunicação ao público das suas obras, por fio ou sem fio, incluindo a sua colocação à disposição do público por forma a torná-las acessíveis a qualquer pessoa a partir do local e no momento por ela escolhido”⁽²⁶²⁾.

Em relação aos mesmos titulares de direitos conexos a que atribui o direito de reprodução, a Directiva 2001/29 (art. 3.º/2) limita-se a atribuir a faculdade de colocação à disposição do público, uma vez que a comunicação ao público “clássica” já resultava parcialmente do art. 8.º da Directiva 2006/115/CE⁽²⁶³⁾. Apesar disso, o resultado prático da conjugação das directivas é semelhante ao previsto para os titulares de direitos de autor. Os titulares de direitos conexos, à excepção dos organismos de radiodifusão⁽²⁶⁴⁾, gozam, salvo pequenas excepções, de um direito amplo de comunicação ao público que corresponde à noção utilizada no âmbito dos direitos de autor⁽²⁶⁵⁾. Assim, a jurisprudência do TJUE neste campo pode ser aplicada transversalmente.

⁽²⁶²⁾ Sobre esta faculdade a bibliografia é extensa; mais recentemente pode ver-se MATTHIAS LEISTNER, ‘Copyright at the interface between EU law and national law: definition of “work” and “right of communication to the public”’ JIPLP [2015], pp. 626-637; MATTHIAS LEISTNER, ‘Europe’s copyright law decade: Recent case law of the European Court of Justice and policy perspectives’, CMLR [2014], pp. 559-600; POORNA MYSOOR, ‘Unpacking the right of communication to the public: a closer look at international and EU copyright law’, IPQ 2(2013), pp.166-185; KATARZYNA KLAFKOWSKA-WANIOWSKA, ‘Public communication right: towards the full harmonization?’ EIPR [2013], pp.751-758; AGNÈS LUCAS-SCHLOETTER, ‘Das Recht der öffentlichen Wiedergabe in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs’, ZGE vol. 5(1) (2013), pp. 84-102.

⁽²⁶³⁾ Veja-se ALEXANDRE DIAS PEREIRA, ‘Da Retransmissão...’, *cit.*, pp. 1031-1033, com uma análise detalhada da aplicação do artigo.

⁽²⁶⁴⁾ Cf. *infra* nota 269 e texto que a acompanha.

⁽²⁶⁵⁾ Esta conclusão não é totalmente clara. Encontra-se pendente um reenvio feito pelo OLG de Colónia (C-117/15, *Reha Training*) em que uma das perguntas é precisamente se os critérios para determinar se ocorre comunicação ao público são os mesmos nestes dois domínios. Procederei, na análise que se segue, no pressuposto de que a resposta é afirmativa.

No entanto, o TJUE entende que conceito de comunicação ao público consagrado no art. 8.º/2 da Directiva 2006/115/CE é de **natureza compensatória**, enquanto que aquele consagrado no art. 3.º/1 da Directiva InfoSoc é de **natureza preventiva** (direito de exclusivo)⁽²⁶⁶⁾. Esta diferença, apesar de aparentemente não ser determinante, parece levar a que seja mais fácil afirmar que ocorre comunicação ao público no caso do direito de autor do que nos direitos conexos, pelo menos ao abrigo do art. 8.º da Directiva 2006/115⁽²⁶⁷⁾. Além disso, é importante ter em conta que a harmonização desta faculdade patrimonial não foi total. Como esclareceu o TJUE no caso *CMore Entertainment*⁽²⁶⁸⁾, apesar de o art. 8.º/3 da Directiva 2006/115/CE não contemplar o direito dos organismos de radiodifusão impedirem a transmissão em directo em *site* da internet de eventos desportivos, também não se opõe a que os Estados-Membros consagrem esse direito na sua legislação nacional⁽²⁶⁹⁾.

A comunicação ao público de uma obra ou prestação —, seja um programa de televisão⁽²⁷⁰⁾, uma música ou uma pintura — poderá constituir uma violação de direitos de autor ou direitos

⁽²⁶⁶⁾ C-135/10 *SCF v Marco del Corso* (EU:C:2012:140), §75-78.

⁽²⁶⁷⁾ Aparentemente em sentido próximo, cf. C-351/12, *OSA* (EU:C:2014:110), §35.

⁽²⁶⁸⁾ C-279/13, *CMore Entertainment* (EU:C:2015:199).

⁽²⁶⁹⁾ Logo, a harmonização é mínima e não total, ao contrário do que acontece em relação ao direito de autor. Como afirmado no acórdão C-466/12, *Svensson* (EU:C:2014:76), §37: "...o art. 3.º, n.º 1, da Directiva 2001/29 não pode ser entendido no sentido de que permite aos Estados-Membros proteger de forma mais lata os titulares de um direito de autor, prevendo que o conceito de comunicação ao público inclui mais operações do que as abrangidas por esta disposição".

⁽²⁷⁰⁾ Sobre o acórdão do STJ 15/2013, cf. NUNO SOUSA E SILVA, 'Communication to the public or "freedom to receive"? — A Portuguese bitter sweet symphony' [2014], *JIPLP*, pp. 272-273) Com um comentário mais completo *vide* DIAS PEREIRA, 'Direitos de autor e comunicação pública de obra radiodifundida em estabelecimento comercial — anotação ao acórdão de n.º 15/2013 do Supremo Tribunal de Justiça', *RLJ* 144 (3990) (2015). Mais recentemente e por mero despacho, o TJUE (C-151/15, *SPA* (EU:C:2015:468)) declarou que o sentido do acórdão uniformizador do STJ era incompatível com o direito europeu. Isto parece constituir a machadada final na teoria da liberdade de recepção (defendida por OLIVEIRA ASCENSÃO (*Direitos de Autor...*, *cit.*, p. 301) e seguida por PEDRO CORDEIRO (*Direito de Autor e Radiodifusão*, *cit.*, pp. 483-484). No entanto, revela-se particularmente importante para testar o alcance desta conclusão o resultado do reenvio pendente C-117/15, *Reha Training*.

conexos. De igual forma, a colocação de obras para *download* num *site* ou a utilização de redes *p2p* integra o conceito de comunicação ao público⁽²⁷¹⁾. Trata-se de um direito definido de forma muito ampla⁽²⁷²⁾, instituído com vista a abranger novas realidades trazidas com a informática e a internet⁽²⁷³⁾. Porém, e ao contrário do que se poderia pensar, o direito de comunicação ao público, tal como definido na Directiva 2011/29 para o direito de autor, não abrange a comunicação de uma obra feita quando o público está presente (a chamada **execução pública**)⁽²⁷⁴⁾. No entanto, em relação aos direitos conexos, o art. 8.º da Directiva 2006/115/CE, parece abranger a execução pública⁽²⁷⁵⁾.

Definir quando ocorre comunicação ao público é uma operação complexa, como aliás reconhece o TJUE⁽²⁷⁶⁾: “Para efeitos da referida apreciação, importa ter em conta vários critérios complementares, de natureza não autónoma e interdependentes entre si. Consequentemente, há que os aplicar individualmente assim como na sua interacção recíproca, sendo certo que, em diferentes situações concretas, podem estar presentes com uma intensidade muito variável”. Os critérios a que se deve atender é a **existência (indispensável) de um público novo** e a ocorrência de um **acto de comunicação**⁽²⁷⁷⁾. O papel do utilizador da obra ou prestação e o contexto em que esta é utilizada revelam-se factores importantes mas não decisivos.

⁽²⁷¹⁾ Outra coisa é afirmar a sua ilegalidade, o que só pode ser feito após escrutinar a aplicabilidade de excepções, *máxime* a excepção de cópia privada. Cf. CHRISTOPHE GEIGER, ‘Legal or Illegal? That is the Question! Private Copying and Downloading on the Internet’ IIC [2008], pp. 597-603. Em 2014, no caso C-435/12 *ACI Adam* (EU:C:2014:254), o TJUE deixou claro que a excepção da cópia privada não se aplica ao *download* de fontes ilegais.

⁽²⁷²⁾ C-607/11, *ITV* (EU:C:2013:147), §20.

⁽²⁷³⁾ Fala-se a este propósito de um “umbrella right” (assim IRINI STAMATOUDI & PAUL TORREMANS, ‘The Information Society Directive’ in IRINI STAMATOUDI & PAUL TORREMANS (eds), *EU Copyright Law — A Commentary* (EE 2014), p. 408).

⁽²⁷⁴⁾ Considerando 23 da directiva InfoSoc e C-283/10, *Circul Globus București* (EU:C:2011:772), §41.

⁽²⁷⁵⁾ Nestes termos ALEXANDRE DIAS PEREIRA, ‘Da Retransmissão...’, *cit.*, p. 1031.

⁽²⁷⁶⁾ C-135/10 *SCF v Marco del Corso*, §79.

⁽²⁷⁷⁾ C-466/12, *Svensson*, §16. Também C-325/14, *SBS Belgium* (EU:C:2015:764), §15 e §24 (confirmando o carácter **cumulativo** destes requisitos).

α) Público Novo

Não se revela fácil definir **público**⁽²⁷⁸⁾. O TJUE refere que algo é público se abranger um “número indeterminado de telespectadores potenciais”⁽²⁷⁹⁾. No fundo, “trata-se de tornar uma obra perceptível, de modo adequado, às pessoas em geral, por oposição a pessoas específicas pertencentes a um grupo privado”⁽²⁸⁰⁾. Simultaneamente, o Tribunal já esclareceu que público terá que incluir um número significativo de pessoas (o chamado limiar *de minimis*)⁽²⁸¹⁾, excluindo-se “um conjunto de pessoas demasiado pequeno ou mesmo insignificante”⁽²⁸²⁾. No entanto, na contagem deste número de pessoas é necessário considerar não só os acessos simultâneos como igualmente os acessos sucessivos⁽²⁸³⁾. Assim, ainda que uma determinada obra nunca seja apreciada simultaneamente por mais do que uma pessoa, pode ocorrer comunicação ao público. Revela-se aliás irrelevante determinar se ocorreu ou não acesso de um conjunto considerável de pessoas, bastando essa potencialidade⁽²⁸⁴⁾.

O essencial, para que se possa falar em comunicação ao público, é que haja um número considerável de pessoas que pode ter acesso à obra ou prestação⁽²⁸⁵⁾. Como confirmado recentemente, um processo de comunicação em que um “organismo de radiodifu-

⁽²⁷⁸⁾ ANSGAR OHLY, ‘Economic rights’ in ESTELLE DERCLAYE (ed), *Research Handbook on the Future of EU Copyright* (EE 2009), p. 226.

⁽²⁷⁹⁾ C-306/05 *SGAE* (EU:C:2006:764), §37 e 38, citando os casos C-89/04, *Mediakabel* (EU:C:2005:348), §30 (interpretação da Directiva 89/552/CEE sobre audiovisual) e C-192/04, *Lagardère* (EU:C:2005:475), §31.

⁽²⁸⁰⁾ C-135/10, *SCF v Marco del Corso*, §85; C-607/11, *ITV*, §32; C-325/14, *SBS Belgium*, §21.

⁽²⁸¹⁾ V.g. C-162/10, *Phonographic Performance (Ireland) Limited*, §33 e C-306/05 *SGAE* §38. Para uma análise aprofundada, cf. LÍGIA GUTIERREZ SETÚBAL, ‘Stirring Up ‘Communication to the Public’ (2012), in <<http://ssrn.com/abstract=2248690>>, pp. 47 a 75.

⁽²⁸²⁾ C-135/10 *SCF v Marco del Corso*, §86.

⁽²⁸³⁾ C-607/11, *ITV*, §33.

⁽²⁸⁴⁾ CLÁUDIA TRABUCO, ‘As ligações em rede são atos de comunicação ao público?’ Cdp n.º 47 (2014), p. 31.

⁽²⁸⁵⁾ C-192/04, *Lagardère*, §31: “...um círculo limitado de pessoas que podem captar os sinais provenientes do satélite unicamente através de um equipamento profissional não pode ser considerado um público”.

são (...) transmite os seus sinais portadores de programas aos seus distribuidores identificados e determinados sem que os potenciais telespectadores possam ter acesso aos sinais um organismo de radiodifusão não procede a um ato de comunicação ao público”⁽²⁸⁶⁾. Assim, o TJUE já considerou que os pacientes de um consultório de um dentista não constituíam público⁽²⁸⁷⁾. Encontra-se por decidir se os clientes de um centro de fisioterapia que usa algumas televisões ligadas nas áreas comuns constituem público⁽²⁸⁸⁾, apesar de já ter sido afirmado que os pacientes de um estabelecimento termal integram o conceito de público⁽²⁸⁹⁾.

É importante realçar que, para que ocorra comunicação, o público tem que ser um **público novo**, isto é um público que não foi contemplado no acto inicial de comunicação⁽²⁹⁰⁾. Este critério foi inicialmente desenvolvido na jurisprudência relativa à radiodifusão⁽²⁹¹⁾, mas estendeu-se igualmente à apreciação de actos como hiperligações⁽²⁹²⁾ ou *framing*⁽²⁹³⁾. Está ainda por esclarecer se uma hiperligação para um conteúdo colocado à disposição do público sem autorização do titular de direitos, mas que seja livremente acessível, configura ou não comunicação ao público⁽²⁹⁴⁾.

β) O acto de comunicação

Comunicação é definida como “qualquer transmissão de obras protegidas, independentemente do meio ou procedimento técnico utilizados”⁽²⁹⁵⁾. Por outro lado, o TJUE também já esclareceu que

⁽²⁸⁶⁾ C-325/14, *SBS Belgium*, §§24 e 34.

⁽²⁸⁷⁾ C-135/10, *SCF v Marco del Corso*,

⁽²⁸⁸⁾ C-117/15, *Reha Training* (pendente).

⁽²⁸⁹⁾ C-351/12, *OSA*, §32.

⁽²⁹⁰⁾ C-607/11, *ITV*, §39; C-351/12, *OSA*, §31; C-466/12, *Svensson*, §27.

⁽²⁹¹⁾ C-306/05, *SGAE*, §40; C-136/09, *Organismos Sillogikis* (EU:C:2010:151), §38.

⁽²⁹²⁾ C-466/12, *Svensson*, §24-31.

⁽²⁹³⁾ C-348/13, *BestWater* (EU:C:2014:2315), §§14 e 19. Assim, CLÁUDIA TRABUCO, ‘As ligações em...’, *cit.*, p. 31. Cf. também MIRA BURRI, ‘Permission to Link Making Available via Hyperlinks in the European Union after Svensson’ JIPITEC [2014], pp. 245-255.

⁽²⁹⁴⁾ É a questão central do reenvio pendente C-160/15, *GS Media*.

⁽²⁹⁵⁾ C-403/08 e C-429/08, *Murphy*, §193; C-351/12, *OSA*, §25.

não constitui comunicação “um mero meio técnico para garantir ou melhorar a transmissão de origem na zona de cobertura”⁽²⁹⁶⁾.

Na verdade, o Tribunal Europeu parece ter estabelecido uma interpretação finalística de comunicação. Só pode comunicar aquele que quer comunicar. Neste sentido, e reafirmando jurisprudência anterior, explicou⁽²⁹⁷⁾: “Com efeito, o utilizador efectua um acto de comunicação ao intervir, com pleno conhecimento das consequências do seu comportamento, para dar aos seus clientes acesso a uma emissão radiodifundida que contém a obra protegida. Se esta intervenção não se verificasse, estes clientes, embora se encontrem fisicamente no interior da zona de cobertura da referida emissão, não poderiam, em princípio, disfrutar [sic!] da obra difundida.” É claro que não se exige conhecimento por parte do utilizador das subtilezas do direito de autor a fim de se poder afirmar que há uma intenção de comunicar e consciência das consequências da sua acção. Aquilo que é relevante é a intervenção do utilizador no sentido de proporcionar comunicação da obra. Assim, distingue-se o caso dos vizinhos que podem ouvir a música tocada muito alto por um deles, do homem que instale colunas viradas para fora a fim de “dar música às pessoas”. O primeiro não tem intuito de comunicar, mas o segundo já tem⁽²⁹⁸⁾.

χ) A natureza da comunicação

De forma criativa (*praeter legem*) e controversa, o TJUE afirma igualmente que “o carácter lucrativo de uma comunicação ao público (...) não é irrelevante”⁽²⁹⁹⁾. O relevante não é a natureza lucrativa da comunicação, mas sim da actividade no âmbito da qual esta ocorre⁽³⁰⁰⁾. No fundo, o que importa saber é se a comunicação se dá

⁽²⁹⁶⁾ C-607/11, *ITV*, §28; C-403/08 e C-429/08, *Murphy*, §194; C-431/09 e C-432/09, *Airfield* (EU:C:2011:648), §79.

⁽²⁹⁷⁾ C-135/10, *SCF v Marco del Corso*, §82; C-162/10, *Phonographic Performance (Ireland) Limited*, §31.

⁽²⁹⁸⁾ LÍGIA GUTIERREZ SETÚBAL, *ob. cit.*, p. 44, fala de uma certa predisposição mental para o acto.

⁽²⁹⁹⁾ C-306/05, *SGAE*, §44; C-403/08 e C-429/08, *Murphy*, §204; C-607/11, *ITV*, §42.

⁽³⁰⁰⁾ LÍGIA GUTIERREZ SETÚBAL, *ob. cit.*, p. 75. Assim, C-403/08 e C-429/08, *Murphy*, §205 e 206; C-151/15, *SPA*, §27. Aparentemente em sentido distinto, cf. C-135/10 *SCF v Marco del Corso*, §98-99.

no contexto da vida privada ou como parte de um negócio (v.g. como música ambiente num restaurante). No primeiro caso, é menos provável tratar-se de uma comunicação ao público. No entanto, em decisões mais recentes este aspecto tem vindo a ser desvalorizado⁽³⁰¹⁾.

δ) Concretizações jurisprudenciais

Em sede de reenvio prejudicial, o TJUE considerou existir comunicação ao público na reprodução de fonogramas, quer nas áreas comuns, quer nos quartos de um hotel, e igualmente na mera disponibilização de cds e leitores aos hóspedes⁽³⁰²⁾. Afirmou-o também no caso de recepção de obras (por radiodifusão) num hotel⁽³⁰³⁾, numa estância termal⁽³⁰⁴⁾, num *pub*⁽³⁰⁵⁾, num café-restaurant⁽³⁰⁶⁾ e igualmente a respectiva retransmissão em sites de *streaming*, mesmo sendo a obra de livre recepção⁽³⁰⁷⁾. No entanto, negou a existência de comunicação ao público no caso de reprodução de fonogramas como música ambiente no consultório de um dentista⁽³⁰⁸⁾, no caso de hiperligações para conteúdos⁽³⁰⁹⁾ e *framing* de vídeos⁽³¹⁰⁾ livremente disponíveis na Internet. Também considerou que a emissão por satélite de sinais codificados cuja recepção só é possível com equipamento profissional, não constitui comunicação ao público⁽³¹¹⁾.

ε) Radiodifusão e remuneração equitativa

Quando se fala de radiodifusão, trata-se do acto de emissão de um sinal. A radiodifusão é abordada, no direito europeu, como uma

⁽³⁰¹⁾ C-607/11, *ITV*, §42-44.

⁽³⁰²⁾ C-162/10, *Phonographic Performance (Ireland) Limited*.

⁽³⁰³⁾ C-306/05, *SGAE*; C-136/09, *Organismos Sillogikis*, §42-43 (televisões num hotel de luxo com 253 quartos usando uma única antena).

⁽³⁰⁴⁾ C-351/12, *OSA*.

⁽³⁰⁵⁾ C-403/08 e C-429/08, *Murphy*, §204.

⁽³⁰⁶⁾ C-151/15, *SPA*.

⁽³⁰⁷⁾ C-607/11, *ITV Catchup*.

⁽³⁰⁸⁾ C-135/10, *SCF v Marco del Corso*.

⁽³⁰⁹⁾ C-466/12, *Svensson*.

⁽³¹⁰⁾ C-348/13, *Bestwater*.

⁽³¹¹⁾ C-192/04, *Lagardère*. Em sentido próximo, cf. C-325/14, *SBS Belgium*.

manifestação da comunicação ao público, alvo de consagração autónoma para os direitos conexos e podendo consistir num direito de exclusivo (art. 8.º/1 e/3 da Directiva 2006/115/CE) ou num direito a auferir uma remuneração.

Quanto à radiodifusão de um fonograma publicado com fins comerciais e a respectiva reprodução em emissões radiodifundidas, prevista no art. 8.º/2 da Directiva 2006/115/CE, está consagrada uma remuneração equitativa a repartir pelos artistas-intérpretes e produtores de fonogramas. O cálculo do respectivo montante “deve tomar em consideração todos os aspectos da emissão, tais como, designadamente, a audiência efectiva, a audiência potencial e a versão linguística”⁽³¹²⁾. Por isso mesmo, o TJUE já entendeu que⁽³¹³⁾: “...o art. 8.º, n.º 2, da Directiva 92/100 não se opõe a um modelo de cálculo da remuneração equitativa dos artistas intérpretes ou executantes e dos produtores de fonogramas que inclua factores variáveis e factores fixos tais como o número de horas de difusão dos fonogramas, a importância da audiência dos organismos de rádio e de televisão representados pelo organismo de difusão, as tarifas convencionalmente fixadas em matéria de direitos de execução e de radiodifusão de obras musicais protegidas pelos direitos de autor, as tarifas praticadas pelos organismos públicos de radiodifusão nos Estados-Membros vizinhos do Estado-Membro em causa e os montantes pagos pelas estações comerciais, desde que esse modelo seja susceptível de permitir atingir um equilíbrio adequado entre o interesse dos artistas intérpretes ou executantes e dos produtores em receber uma remuneração pela radiodifusão de um fonograma determinado e o interesse de terceiros em poder radiodifundir esse fonograma em condições razoáveis e que não seja contrário ao direito comunitário”.

Em relação à distribuição por cabo de radiodifusões o TJUE esclareceu que esta não se encontra harmonizada, devendo ser determinada pela lei nacional⁽³¹⁴⁾.

⁽³¹²⁾ C-192/04, *Lagardère*, §51.

⁽³¹³⁾ C-245/00, *SENA*, §46.

⁽³¹⁴⁾ C-293/98, *Egeda* (EU:C:2000:66), §29.

§) Consagração no CDADC

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

iii) Direito de distribuição

Nas palavras de ANSGAR OHLY⁽³¹⁵⁾ “o direito de distribuição é o direito de controlar a comercialização e circulação de exemplares físicos incorporando uma obra”. É de realçar que o direito de distribuição só se refere a objectos **físicos**⁽³¹⁶⁾. Neste caso, esta faculdade patrimonial encontra-se prevista no art. 9.º da Directiva 2006/115/CE para os artistas-intérpretes, produtores de fonogramas, produtores de primeira fixação em filme e organismos de radiodifusão em relação às prestações respectivas⁽³¹⁷⁾.

O TJUE já esclareceu que este direito só se aplica quando esteja em causa uma transferência de propriedade desse objecto físico, não sendo abrangida a mera exibição ou utilização desse objecto (no caso uma cadeira desenhada por Le Corbusier) num espaço comercial⁽³¹⁸⁾. No entanto, disse também que tendo em

⁽³¹⁵⁾ ‘Economic Rights’, *cit.*, p. 219.

⁽³¹⁶⁾ AGNÉS LUCAS SCHLOETTER, ‘The Acquis Communautaire in the Area of Copyright and Related Rights: Economic Rights’ in TATIANA-ELIANA SYNODINOU (ed.), *Codification...*, *cit.*, p. 120. Recentemente o TJUE confirmou-o no caso C-419/13, *Art & Allposters International* (EU:C:2015:27), §40.

⁽³¹⁷⁾ Por isso mesmo, o art. 4.º da Directiva 2001/29 refere-se ao direito de distribuição apenas para titulares de direitos de autor.

⁽³¹⁸⁾ C-456/06, *Cassina* (EU:C:2008:232), §36: “...apenas correspondem ao conceito de distribuição ao público, por qualquer outro meio diferente da venda, do original ou de uma cópia de uma obra, na acepção do art. 4.º, n.º 1, da Directiva 2001/29, os actos que implicam exclusivamente uma transferência de propriedade desse objecto”. Este acórdão

conta que “a distribuição ao público se caracteriza por uma série de operações que vão, pelo menos, da celebração de um contrato de venda à sua execução por meio da entrega a um elemento do público”⁽³¹⁹⁾, um comerciante é responsável por qualquer transacção realizada pelo próprio, ou por sua conta, que dê lugar a uma «distribuição ao público» num Estado-Membro onde os bens distribuídos estão protegidos por direitos de exclusivo. Assim, um contrato de compra e venda, celebrado pela Internet (no *Ebay*) para entrega num outro país constitui distribuição no país de destino, imputável ao comerciante⁽³²⁰⁾. Também lhe pode ser imputada “qualquer operação da mesma natureza efectuada por um terceiro, quando tiver especificamente em vista o público do Estado de destino e não pudesse ignorar os actos desse terceiro”⁽³²¹⁾. No caso recente C-516/13 *Dimensione Direct Sales*, o TJUE confirmou que assim era, entendendo que “pode haver infracção ao direito exclusivo de distribuição (...) quando um comerciante, não titular do direito de autor, põe à venda obras protegidas ou cópias destas e dirige uma publicidade, através do seu sítio Internet, por publicação pública ou na imprensa, aos consumidores situados no território do Estado-Membro no qual essas obras estão protegidas a fim de incitar estes últimos a fazer a sua aquisição”⁽³²²⁾.

A despeito da sua amplitude, este direito está sujeito a um importante limite: o esgotamento⁽³²³⁾. Quando ocorra uma primeira transferência de propriedade (através de venda, doação ou qualquer outra forma) de uma cópia legítima dentro do espaço económico europeu, o titular dos direitos conexos já não pode exercer o seu direito de distribuição nessa particular cópia. Esta circunstân-

foi duramente criticado v.g. por GERNOT SCHULZE, ‘Die Gebrauchüberlassung von Möbelleimitaten — Besprechung zu BGH, *Le Corbusier-Möbel II*’ GRUR [2009], pp. 812 e ss.

⁽³¹⁹⁾ C-5/11, *Titus Dönner* (EU:C:2012:370), §26.

⁽³²⁰⁾ C-98/13, *Blomqvist* (EU:C:2014:55), §29. Confirmado em C-516/13, *Dimensione Direct Sales* (EU:C:2015:315), §27.

⁽³²¹⁾ C-5/11, *Titus Dönner*, §27.

⁽³²²⁾ §31.

⁽³²³⁾ Art. 4(2) da Directiva. Já resultava de intervenção jurisprudencial pré-harmonização (C-479/04, *Laserdisken* (EU:C:2006:549)), sendo certo que o esgotamento não afecta os direitos de aluguer e comodato (art. 4.º do DL n.º 332/97, solução confirmada pelo acórdão do TJUE C-200/96, *Metronome Musik* (EU:C:1998:172)).

cia permite que existam mercados de bens protegidos por direitos conexos em segunda mão⁽³²⁴⁾. Assim, um disco “não pirateado”/“original” pode ser revendido porque ocorreu esgotamento do direito de distribuição dos direitos que este incorpora, aquando da primeira venda. Por isso mesmo, é particularmente ilustrativa a expressão de ANDRÉ LUCAS, que descreve o direito de distribuição como “uma arma que dispara um único tiro”⁽³²⁵⁾.

A nível nacional o legislador define distribuição de forma mais restritiva. De acordo com o art. 176.º/8: “Distribuição é a actividade que tem por objecto a oferta ao público, em quantidade significativa, de fonogramas ou videogramas, directa ou indirectamente, quer para venda quer para aluguer”. Esta referência à quantidade significativa constitui uma limitação incompreensível do âmbito desta faculdade patrimonial, que julgo **contrária ao direito europeu**. Além disso, não se consagra no CDADC o direito de distribuição para os artistas-intérpretes ou para os organismos de radiodifusão. O que poderia levar a pensar que, na lei portuguesa, apenas o produtor goza do direito de distribuição (art. 184.º/1 *in fine*)⁽³²⁶⁾. No entanto, a transposição do art. 9.º da Directiva 2006/115/CE ocorreu no art. 7.º do DL 332/97, de 27 de Novembro, ou seja, todos os titulares, à excepção do produtor de videogramas⁽³²⁷⁾, gozam do direito de distribuição, incluindo o direito de aluguer e comodato. É incompreensível que esta disposição se encontre fora do articulado do CDADC.

⁽³²⁴⁾ No Estados-Unidos na controversa decisão de 2013 *Kirtsaeng v. John Wiley & Sons, Inc.* o Supremo Tribunal acolheu o esgotamento (*first sale doctrine*) internacional. Assim, nos EUA, o direito de distribuição esgota-se em qualquer cópia legítima em relação à qual tenha havido transferência de propriedade.

⁽³²⁵⁾ *Droit d'auteur et numérique* (Litec 1998), §277.

⁽³²⁶⁾ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor...*, cit. pp. 571-572, pronunciava-se visceralmente contra a atribuição deste direito ao produtor.

⁽³²⁷⁾ Exclusão que se explica pela condenação do Estado Português no caso C-61/05, *Comissão contra Portugal*, §29: “...esse decreto-lei, na medida em que prevê um direito de aluguer igualmente a favor dos produtores de videogramas, não está conforme com a directiva”.

iv) Aluguer e comodato público

O legislador europeu consagrou nos arts. 3.º a 6.º da Directiva 2006/115/CE o direito de aluguer e comodato a favor de autor e titulares de direitos conexos⁽³²⁸⁾. Em Portugal, o Legislador transpôs esta directiva em diploma autónomo: o DL 332/97 de 27 de Novembro⁽³²⁹⁾ e considerou, um pouco à semelhança do que acontece em França (onde vale o amplo *droit de destination*), que esta faculdade integrava o direito de distribuição, apesar de (ao contrário do direito de distribuição geral) não estar sujeita a esgotamento (cf. art. 7.º/2 do DL 332/97). Em qualquer caso, é claro que as faculdades de aluguer e comodato apenas se referem a exemplares físicos⁽³³⁰⁾.

O comodato é um contrato gratuito, correspondente à noção de “empréstimo” de coisa determinada (art. 1129.º do CC)⁽³³¹⁾. No entanto, o direito consagrado não abrange o empréstimo “entre amigos” e a título privado. O que está em causa é apenas o direito de **comodato público**, definido como o “acto de colocar à disposi-

⁽³²⁸⁾ A harmonização operada por esta directiva é mínima e foram muitos os modos de transposição utilizados. Para indicações comparativas, cf. LUÍS MENEZES LEITÃO, A incorrecta transposição da Directiva 92/100/CEE do Conselho, de 19.11.1992, relativamente ao direito de comodato público’ CdP n.º 16 (2006), pp. 11-12 e, em mais detalhe, JÖRG REINBOTHE & SILKE VON LEWINSKI, *The EC Directive on Rental and Lending Rights and on Piracy* (Sweet & Maxwell, 1993).

⁽³²⁹⁾ A transposição foi sujeita a duas acções de incumprimento: C-53/05, *Comissão contra Portugal* (EU:C:2006:448), em que Portugal foi condenado por adoptar uma exclusão particularmente ampla (o direito não se aplicaria a “bibliotecas públicas, escolares, universitárias, museus, arquivos públicos, fundações públicas e instituições privadas sem fins lucrativos”) e C-61/05, *Comissão contra Portugal*, no qual o Estado Português foi condenado pela extensão do direito de aluguer aos produtores de videogramas e pela ambiguidade quanto ao sujeito passivo da obrigação de remuneração equitativa a favor do artista-intérprete. A Comissão intentou outras acções contra os Estados que tinham adoptado exclusões muito amplas: C-36/05, *Comissão contra Espanha* (EU:C:2006:672) e C-175/05, *Comissão contra Irlanda* (EU:C:2007:13).

⁽³³⁰⁾ SILKE VON LEWINSKI, ‘Rental Right..., *cit.*, p. 119 (“...material objects only”).

⁽³³¹⁾ Cf. JÚLIO GOMES, ‘Do contrato de comodato’ CdP 17 (2007), pp. 3-31. Como indica LUÍS MENEZES LEITÃO, ‘A incorrecta transposição...*cit.*’ p. 12 o comodato só é aplicável a exemplares físicos (o que decorre não só da definição do contrato, como do facto de ser incluído no direito de distribuição). O caso C-117/13, *Ulmer* (EU:C:2014:2196) parece confirmar indirectamente essa conclusão.

ção do público, para utilização, o original ou cópias da obra, durante um período de tempo limitado e sem benefícios económicos ou comerciais directos ou indirectos, quando efectuado através de estabelecimento acessível ao público, à excepção do empréstimo interbibliotecas, da consulta presencial de documentos no estabelecimento e da transmissão de obras em rede.” (art. 3.º/c) do DL 332/97)⁽³³²⁾. Esta definição é mais restrita do que a do contrato civil, bastando um qualquer benefício comercial, ainda que indirecto, para não se considerar ocorrer comodato público⁽³³³⁾.

Este direito de comodato público traduz-se num direito, por parte titulares de direitos conexos⁽³³⁴⁾, a auferir uma remuneração pelo “empréstimo” bibliotecário dos suportes de obras e/ou prestações protegidas, estando isentas do pagamento as “bibliotecas públicas da Administração Central, Regional e Local, escolares e universitárias” (art. 6.º do DL 332/97)⁽³³⁵⁾. Quanto aos autores trata-se de um direito de exclusivo (art. 68.º/2/f) do CDADC), apesar de o art. 6.º do DL 332/97 parecer indiciar o contrário⁽³³⁶⁾.

Aluguer é definido como “o acto de colocar à disposição do público, para utilização, o original ou cópias da obra, durante um período de tempo limitado e com benefícios comerciais directos ou indirectos” (art. 3.º/b) do DL 332/97). Trata-se de um contrato oneroso, actualmente em desuso quanto a exemplares físicos, mas popular no tempo dos “clubes de vídeo”⁽³³⁷⁾. A estrutura é seme-

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

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

(334) à excepção do produtor de videogramas, neste caso substituído pelo produtor da primeira fixação de um filme (cf. nota 327).

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

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

(337) SYLVIE NÉRISSON, ‘The Rental and...’, *cit.*, p. 153.

lhante à do direito de comodato público, consagrando-se um direito de exclusivo a favor dos autores (art. 68.º/2/f) CDADC)⁽³³⁸⁾ e um direito de remuneração a favor dos titulares de direitos conexos (art. 5.º DL 332/97).

Quanto à remuneração equitativa⁽³³⁹⁾, o TJUE já clarificou que se trata de um conceito definido a nível do Direito da União Europeia⁽³⁴⁰⁾ que se deve distinguir o conceito de “compensação equitativa” utilizado no âmbito da cópia privada⁽³⁴¹⁾. Segundo o Tribunal, o valor desta remuneração tem que ser determinado “...à luz do valor [da respectiva] utilização nas trocas económicas”⁽³⁴²⁾. No entanto, em relação ao comodato público, atendendo à sua natureza gratuita e ao facto de o art. 6.º da Directiva se referir apenas a remuneração, o TJUE entende que se trata de uma noção distinta da de remuneração equitativa⁽³⁴³⁾. Mesmo assim, a remuneração devida pelo comodato público “não pode ser meramente simbólica”⁽³⁴⁴⁾. Apesar de os Estados-Membros terem ampla margem para configurar a forma de cálculo desse valor⁽³⁴⁵⁾, este “não pode ser totalmente dissociad[o] dos elementos constitutivos desse prejuízo. Uma vez que o prejuízo resulta do comodato público, isto é, da disponibilização de bens protegidos, por instituições acessíveis ao público, o montante da remuneração deve ter em conta a extensão dessa disponibilização”⁽³⁴⁶⁾. Logo, é necessário atender ao “número de bens postos à disposição do público”⁽³⁴⁷⁾ e o “número de comodatários inscritos numa instituição”⁽³⁴⁸⁾, o que indicia que bibliotecas maiores devam pagar mais. O TJUE já con-

⁽³³⁸⁾ No caso de transmissão deste direito a favor dos titulares de direitos conexos, o direito do autor transforma-se num mero direito de remuneração (art. 5.º/1, DL 332/97).

⁽³³⁹⁾ Estabelecida para o aluguer e radiodifusão nos arts. 5.º e 8.º da Directiva 2006/115/CE.

⁽³⁴⁰⁾ C-245/00, *SENA* (EU:C:2003:68), §24.

⁽³⁴¹⁾ C-271/10, *VEWA*, §28.

⁽³⁴²⁾ C-245/00, *SENA*, §37; C-192/04, *Lagardère*, §50.

⁽³⁴³⁾ C-271/10, *VEWA*, §29-33.

⁽³⁴⁴⁾ C-271/10, *VEWA*, §34.

⁽³⁴⁵⁾ C-245/00, *SENA*, §34 e 40; C-192/04, *Lagardère*, §48.

⁽³⁴⁶⁾ C-271/10, *VEWA*, §37.

⁽³⁴⁷⁾ C-271/10, *VEWA*, §38.

⁽³⁴⁸⁾ C-271/10, *VEWA*, §39.

siderou que um sistema que não tinha em consideração o número de bens disponíveis, mas apenas o número de comodatários inscritos, era contrário à Directiva⁽³⁴⁹⁾.

v) Direito de fixação

Um direito especificamente associado aos direitos conexos (apesar de também ser atribuído aos autores)⁽³⁵⁰⁾ é o **direito de fixação**. O art. 7.º da Directiva 2006/115/CE prevê este direito para os artistas-intérpretes e para os organismos de radiodifusão. Como vimos, fixação será o primeiro registo de um conteúdo num suporte material; daí que não seja necessário falar de fixação em relação a fonogramas ou videogramas pois a respectiva protecção resulta da fixação. Trata-se do direito de impedir a gravação de uma prestação ou radiodifusão sem autorização do titular do direito conexo respectivo.

4.3.1.2. As disposições do CDADC

i) Artistas-intérpretes

O art. 178.º refere-se às faculdades patrimoniais dos artistas-intérpretes. De acordo com o seu n.º 1, o artista tem o direito de controlar a fixação de prestações ainda não fixadas⁽³⁵¹⁾, a reprodução de fixação das suas prestações⁽³⁵²⁾, a comunicação ao público,

⁽³⁴⁹⁾ C-271/10, *VEWA*, §40-42.

⁽³⁵⁰⁾ CLÁUDIA TRABUCO, *O Direito...*, *cit.*, p. 265. Deve assinalar-se que o direito do autor controlar a fixação é mitigado quando a obra musical e o respectivo texto já foram objecto de fixação fonográfica comercial. Nesses casos (das comumente designadas “covers” ou versões) resta apenas o direito a uma remuneração nos termos do art. 144.º CDADC.

⁽³⁵¹⁾ Cf. também art. 117.º CDADC. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor...*, *cit.*, p. 561 considera que este artigo tem o mesmo âmbito de aplicação que o art. 178.º do CDADC.

⁽³⁵²⁾ ALEXANDRE DIAS PEREIRA, ‘Da Retransmissão...’, *cit.*, p. 1007, n.41, assinala com razão que a formulação verbal das alíneas *b)* e *c)* do n.º 1 do art. 178.º utilizando a expressão “sem o seu consentimento” já não faz sentido e “é redundante e fonte de eventuais equívocos”.

a radiodifusão (incluindo por satélite e por cabo)⁽³⁵³⁾ e a colocação à disposição do público das suas prestações. Exemplificando: um músico pode impedir que registem imagem e/ou vídeo da sua actuação (fixação), que façam cópias dessa gravação (reprodução), que toquem essa gravação num bar (comunicação ao público), que a transmitam na televisão ou rádio (radiodifusão) ou que a coloquem numa plataforma como o Youtube para *streaming* ou num servidor para *download* (colocação à disposição do público).

No entanto, a faculdade de controlar a comunicação ao público e a radiodifusão é altamente limitada, sendo reduzida a um direito inalienável a uma remuneração equitativa por cada utilização, sempre que o artista-intérprete dê autorização à fixação da sua prestação para fins de radiodifusão⁽³⁵⁴⁾. Nesses casos, a lei estabelece uma presunção absoluta de transferência dessas faculdades patrimoniais e a gestão colectiva obrigatória⁽³⁵⁵⁾ dessa quantia (art. 178.º/2)⁽³⁵⁶⁾. Já o direito de colocação à disposição do público está sujeito apenas a gestão colectiva facultativa (art. 178.º/4)⁽³⁵⁷⁾.

Como foi mencionado, a nossa lei consagra em diploma extravagante o direito de distribuição dos artistas-intérpretes, sendo mencionado no 178.º/3 como parte dos actos pelos quais é devida remuneração aos artistas (“a comercialização de fixações obtidas”). Esse direito de distribuição inclui o direito de aluguer e comodato (art. 7.º do DL 332/97, de 27 de Novembro), que em certos casos pode ser transformado num mero direito de remuneração⁽³⁵⁸⁾. Os artistas-intérpretes também gozam do direito de radiodifusão por satélite (sujeito a negociação individual ou colectiva) e por cabo (direito de remuneração sujeito a gestão colectiva obrigatória), nos termos dos arts. 6.º a 8.º do DL n.º 333/97, de 27 de Novembro.

⁽³⁵³⁾ Art. 8.º do DL 333/97.

⁽³⁵⁴⁾ ALEXANDRE DIAS PEREIRA, ‘Da Retransmissão...’, *cit.*, p. 1061.

⁽³⁵⁵⁾ Ou seja, incluindo os artistas que não estejam inscritos na sociedade de gestão colectiva considerada “representativa da respectiva categoria”. No mesmo sentido ALEXANDRE DIAS PEREIRA, ‘Da Retransmissão...’, *cit.*, p. 1062.

⁽³⁵⁶⁾ ALEXANDRE DIAS PEREIRA, ‘Da Retransmissão...’, *cit.*, p. 1008.

⁽³⁵⁷⁾ O que resultou da supressão do vocábulo “só” na alteração a este artigo efectuada recentemente pela Lei n.º 32/2015, de 24 de Abril.

⁽³⁵⁸⁾ Art. 8.º do DL 332/97.

ii) Produtores de fonogramas e videogramas

O art. 184.º do CDADC enumera as faculdades patrimoniais dos produtores de fonogramas e de videogramas, mencionando no seu n.º 1 a reprodução e a distribuição (incluindo exportação e importação) e no seu n.º 2 a difusão, a execução pública, a colocação à disposição do público e a comunicação pública. A fixação não se encontra expressamente mencionada, visto que se considerará inserida na faculdade de reprodução (uma fixação de um fonograma ou videograma será a sua reprodução directa ou indirecta). Por outro lado, apesar de ser expressamente referida, a execução pública, no sentido em que é habitualmente empregue (prestação “ao vivo”), não faz sentido em relação a fonogramas ou videogramas⁽³⁵⁹⁾. Caso a gravação (fonograma ou videograma) seja “posta a tocar” estaremos no domínio da comunicação pública.

Tal como sucede com os artistas-intérpretes, também o direito de distribuição dos produtores inclui o direito de aluguer e comodato (art. 7.º do DL 332/97, de 27 de Novembro), e os produtores gozam, igualmente, do direito de radiodifusão por satélite (sujeito a negociação individual ou colectiva) e por cabo (direito de remuneração sujeito a gestão colectiva obrigatória), nos termos dos arts. 6.º a 8.º do DL n.º 333/97, de 27 de Novembro.

O Código prevê ainda que, no caso de edição comercial de fonograma ou videograma, a utilização em qualquer forma de comunicação pública da gravação dará origem a uma remuneração equitativa a favor dos produtores (art. 184.º/3)⁽³⁶⁰⁾. Em princípio, esta remuneração é repartida em partes iguais entre os artistas-intérpretes e o produtor, sendo porém possível estipulação contratual em contrário. O art. 184.º/4, através de remissão, confere aos produtores a faculdade de fiscalizar os estabelecimentos de imprensa e duplicação de fonogramas e videogramas e armazenamento

⁽³⁵⁹⁾ Agradeço a ALEXANDRE OLIVEIRA esta indicação.

⁽³⁶⁰⁾ Esta designação “qualquer forma de comunicação pública” parece corresponder ao conceito amplo de comunicação ao público adoptado no Direito da União Europeia, referido *supra* 4.3.1.1. *ii*). A conclusão é corroborada pelo teor do art. 15.º WPPT em que esta norma se baseia.

dos suportes materiais, e ainda daqueles que se dediquem à importação, fabrico ou venda de fonogramas e videogramas.

iii) Organismos de radiodifusão

Quanto aos organismos de radiodifusão, dispõe o art. 187.º do CDADC que estes têm as faculdades patrimoniais de controlar a retransmissão das suas emissões por ondas radioeléctricas⁽³⁶¹⁾; a fixação das emissões⁽³⁶²⁾; a reprodução dessa fixação, a colocação à disposição do público (incluindo por cabo ou satélite) “on demand” e a comunicação ao público quando esta ocorra em lugar público e com entradas pagas⁽³⁶³⁾. Assim, à partida, não é devida remuneração aos organismos de radiodifusão pelo facto de uma televisão ou de um rádio estar ligado num café, visto que esse lugar é de acesso livre. A questão poderá ser mais complicada quando o estabelecimento tenha “consumo obrigatório” visto que aí existe um pagamento indirecto da entrada.

4.3.2. Faculdades pessoais

Como é sabido os autores gozam de direitos morais (também ditos direitos pessoais), nomeadamente o direito de paternidade (que permite controlar a atribuição de autoria), o direito de integridade (que confere a possibilidade de controlar a forma de exploração artística da obra e, em Portugal, obstar à sua destruição), o direito de divulgação (permite controlar se, e em que condições, a

⁽³⁶¹⁾ A retransmissão é definida como “a emissão simultânea por um organismo de radiodifusão de uma emissão de outro organismo de radiodifusão” (art. 176.º/10). Como bem assinala OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de autor... cit.*, p. 580 a retransmissão é apenas aquela que ocorre em simultâneo, caso contrário estaremos já no domínio da fixação e radiodifusão.

⁽³⁶²⁾ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor...cit.*, p. 579, n. 1, faz notar a inutilidade da locução “em suporte material”, fixação será sempre em suporte material.

⁽³⁶³⁾ Esta solução corresponde *grosso modo* ao art. 13.º da Convenção de Roma e ao disposto no art. 8.º/3 da Directiva 2006/115. Encontra-se pendente o reenvio C-641/15, *Verwertungsgesellschaft Rundfunk*, em que se procura apurar se um hotel que disponibilize televisões nos quarto satisfaz esta definição.

obra é publicada) e o direito de retirada⁽³⁶⁴⁾. No exercício destes direitos, é possível a um autor interferir com os direitos conexos, especialmente com a liberdade de actuação/criação dos artistas-intérpretes. Assim, no conhecido caso *Lindon*⁽³⁶⁵⁾ estava em causa uma obra do dramaturgo Samuel Beckett (“À espera de Godot”) que iria ser encenada com actrizes a desempenharem papéis de personagens masculinas. Os herdeiros do dramaturgo consideravam que essa prática afectava a integridade da obra e o Tribunal acolheu a sua argumentação, proibindo a respectiva encenação⁽³⁶⁶⁾.

Mas o problema aqui em causa é o de saber se os titulares dos direitos conexos gozam de direitos morais. Como vimos, em geral, os direitos conexos têm uma teleologia mais próxima da concorrência desleal do que do direito de autor. Logo, não seria de esperar que os titulares de direitos conexos gozassem de direitos morais na mesma medida que os autores.

⁽³⁶⁴⁾ Arts. 56.º a 62.º CDADC. Deve destacar-se que o art. 56.º contem uma cláusula geral, pelo que além destas faculdades existem outras. Além disso, em certos casos estes poderes jurídicos sobrepõem-se. Para uma visão comparativa e detalhada sobre o tema pode ver-se MIRA SUNDARAN RAJAN, *Moral Rights: Principles, Practice and New Technology* (OUP 2011); ELIZABETH ADENEY, *The moral rights of authors and performers* (OUP 2006) e CARINE DOUTRELEPONT, *Le droit moral de l’auteur et le droit communautaire* (Bruylant 1997). Entre nós, além dos manuais, cf. ALEXANDRE SÁ E MELLO, *O Direito Pessoal de Autor no Ordenamento Jurídico Português* (SPA 1989); ORLANDO DE CARVALHO, ‘Os direitos de personalidade de autor’, in AAVV, *Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, tomo II (Edições Cosmos 1994), pp. 539-550; ALEXANDRE DIAS PEREIRA, *Direitos de Autor e Liberdade de Informação* (Almedina 2008), pp. 463-482; GERALDO DA CRUZ ALMEIDA, ‘O Direito Pessoal de Autor no Código de Direito de Autor e dos Direitos Conexos’, in AAVV, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva* (AAFDUL 2001) pp. 1055-1128.

⁽³⁶⁵⁾ De 15 de Outubro de 1992, publicado em RIDA (1993), p. 225.

⁽³⁶⁶⁾ MATHILDE PAVIS, *ob. cit.*, pp. 22-24, aponta este caso como um exemplo do reconhecimento ainda que implícito do impacto e efeito criador da atividade do artista-intérprete. Ao que parece o mesmo caso foi julgado em Itália mas admitiu-se a actividade em causa com base na liberdade de criação. ANDRÉ LUCAS, HENRI-JACQUES LUCAS & AGNÉS LUCAS-SCHLOETTER, *ob. cit.*, p. 932 referem este caso como um exemplo da prevalência dos interesses dos autores sobre o dos direitos conexos. Dão outro exemplo de uma decisão do mesmo Tribunal de Grand Instance de Paris (de 10 de Janeiro de 1990, publicado em RIDA (1990), p. 368) em que foi recusada ao violoncelista Rostropovitch a pretensão de impedir a exibição da sua execução num filme visto que, na sua opinião, esta era desvirtuada tal como apresentada.

A nível **internacional**, apenas os artistas-intérpretes estão contemplados. O WPPT consagra, no seu art. 5.º, os direitos à identificação nas suas prestações e de se oporem a qualquer deformação, mutilação ou outra modificação das suas prestações que possa afectar a sua reputação e, de forma mais mitigada, o art. 5.º do tratado de Pequim, contem previsão equivalente. A nível europeu os direitos morais continuam fora das preocupações do legislador⁽³⁶⁷⁾.

O legislador português, tal como previsto no WPPT, reconhece direitos pessoais ao artista-intérprete. No entanto, como assinala MENEZES LEITÃO⁽³⁶⁸⁾ o conteúdo pessoal do direito do artista-intérprete é muito mais limitado do que o do direito de autor, consubstanciando-se apenas no direito à **menção do nome** do artista (art. 180.º/1), à reivindicação da **paternidade** da prestação (art. 180.º/2) e a assegurar a genuinidade e **integridade** da prestação (art. 182.º)⁽³⁶⁹⁾. As outras categorias de titulares de direitos conexos não gozam de direitos morais⁽³⁷⁰⁾. A única excepção será o produtor de filmes que goza do direito a ser identificado nos termos do art. 126.º/2 CDADC.

O direito à **menção** encontra limite nos casos em que a “utilização da interpretação ou execução impuser a omissão da menção” (art. 180.º/1), nomeadamente no caso de uma orquestra (não se mencionará o nome de todos os executantes) ou de outro colectivo como uma banda (sendo normalmente designado o grupo e não cada um dos artistas). Além disso, os programas sonoros exclusivamente musicais sem qualquer forma de locução, bem como

⁽³⁶⁷⁾ Sobre este aspecto veja-se WILLEM GROSHEIDE, ‘Moral Rights’ in ESTELLE DERCLAYE (ed.), *Research Handbook on the Future of EU Copyright* (EE 2009), pp. 242-266.

⁽³⁶⁸⁾ *Direito de Autor...*, cit., pp. 256-257.

⁽³⁶⁹⁾ Disposições equivalentes encontram-se na Alemanha (§74 e §75 UhrG) que, porém, como país monista que é sujeita estes direitos ao mesmo prazo de caducidade dos direitos económicos, ou seja, 50 anos (§76UhrG). Sobre esta discussão, cf. *infra* nota 374 e texto que a acompanha.

⁽³⁷⁰⁾ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor...*, cit., p. 665. Para uma apologia da consagração de direitos conexos em relação a fonogramas partindo do exemplo do virtuoso pianista GLENN GOULD, cf. MIRA SUNDARAN RAJAN, ‘Glenn Gould and the case for moral rights in sound recordings’, in <<http://ipkitten.blogspot.pt/2015/10/glenn-gould-and-case-for-moral-rights.html>> (4 Outubro 2015).

aqueles “casos, consagrados pelo uso corrente, em que as circunstâncias e necessidades da transmissão levam a omitir as indicações referidas”, estão excluídos desta obrigação de menção (art. 154.º *ex vi* art. 180.º/2). Assim, esta obrigação de menção parece ser limitada aos casos em que seja usual e não se revele demasiado onerosa⁽³⁷¹⁾.

O direito à **integridade** da prestação visa assegurar que a prestação de um artista não é deformada de forma a pôr em causa a sua reputação, honra ou propósito artístico. Haverá que fazer um juízo objectivo quanto à verificação e razoabilidade dos motivos do artista que invoca este direito⁽³⁷²⁾. O direito de integridade pode ter um conteúdo meramente semântico (mais fraco), permitindo a um artista rejeitar a paternidade daquela prestação tal como é apresentada (é esta a solução prevista no art. 60.º/3 CDADC para as obras de arquitectura), ou um conteúdo normativo “forte”, admitindo que o artista possa obstar à disseminação da respectiva prestação. O CDADC não contém indicações que imponham qualquer uma destas duas concepções. Parece-me que deverão valer aqui considerações de proporcionalidade a ter em conta no caso concreto. Deverá atender-se nomeadamente ao grau de interferência com os interesses do artista, ao número de artistas e outros titulares envolvidos na prestação em causa, procurando conciliar os interesses em jogo. Assim, creio que será lícito ao tribunal, atendendo a estes factores, em cada caso optar por uma das duas soluções. Um exemplo de uma solução “maximalista” encontra-se na decisão

⁽³⁷¹⁾ Aplaudindo esta formulação veja-se OLIVEIRA ASCENSÃO *Direito de Autor...*, *cit.*, p. 563. Pode-se discutir se, sendo o artista-intérprete especialmente conhecido, existirá a necessidade legal de o apresentar.

⁽³⁷²⁾ Nas palavras de OLIVEIRA ASCENSÃO *Direito de Autor...*, *cit.*, p. 564, “...este direito só pode ser entendido como cobertura duma necessidade ética. A lei é muito expressa em não dar nenhuma abertura a um poder arbitrário de proibir, quando nenhuma incidência da personalidade estiver em causa”. No caso *Blier c. Banque Nationale de Paris* (publicado em RIDA [1997], pp. 284 e ss.) o Tribunal de Grande Instance de Paris negou a pretensão dos filhos de um actor de, com base no seu direito moral, impedir a utilização de excertos de gravações das suas actuações em publicidade. O Tribunal teve em conta vários factores, nomeadamente o facto de o actor já ter feito publicidade no passado a uma marca de queijo Camembert e os termos da campanha publicitária, concluindo que não existia razão atendível para proibir a respectiva exibição.

de 1991 do *Oberlandsgericht* de Munique relativa ao grupo musical U2 em que o tribunal admitiu que a banda pudesse obstar à distribuição de um CD na Alemanha de um concerto cuja gravação havia sido particularmente mal feita⁽³⁷³⁾.

A questão da **duração dos direitos morais** do artista-intérprete também não encontra resposta directa no Código. OLIVEIRA ASCENSÃO⁽³⁷⁴⁾ defende que “o regime dos direitos pessoais de autor, nomeadamente no que respeita à duração, não é transponível para os direitos pessoais do artista”⁽³⁷⁵⁾. O Autor entende que a estrutura dos direitos conexos é monista, logo a duração das faculdades pessoais será a mesma das faculdades patrimoniais⁽³⁷⁶⁾. Em França, o entendimento tem sido outro, os direitos morais dos titulares de direitos conexos são considerados eternos⁽³⁷⁷⁾. Apesar de se ganhar com uma clarificação, creio que, tratando-se de faculdades pessoais, essas deverão ter o mesmo tratamento que têm em sede de direito de autor, sendo aplicáveis os arts. 56.º e 57.º CDADC.

Deve ainda mencionar-se que, apesar de não configurar propriamente um direito moral, a violação da obrigação de identificação dos produtores de fonogramas ou de videogramas pode implicar uma contra-ordenação nos termos do art. 205.º CDADC.

⁽³⁷³⁾ Decisão de 18.VII.1991 (29 U 3050/91) publicada em ZUM [1991], p. 540.

⁽³⁷⁴⁾ *Direito de Autor...*, cit., pp. 563-564.

⁽³⁷⁵⁾ Como é sabido o art. 56.º/2 refere-se ao direito moral do autor como “inalienável, irrenunciável e imprescritível, perpetuando-se, após a morte do autor”. DIAS PEREIRA, *Direitos de Autor e Liberdade...*, cit., pp. 478-480, manifesta algum cepticismo quanto ao efeito desta disposição e defende que, na realidade, a parte dos direitos morais relativa à protecção da personalidade do autor se extingue com a caducidade dos direitos económicos.

⁽³⁷⁶⁾ *Direito de Autor...*, cit., pp. 665-666, Invocando a semelhança com as patentes onde também se consagra um direito “moral” à menção do inventor (art. 60.º CPI).

⁽³⁷⁷⁾ YVES GAUBIAC, BRIGITTE LINDNER & JOHN N. ADAMS, ‘Duration of copyright’ in ESTELLE DERCLAYE (ed.), *Research Handbook on the Future of EU Copyright* (EE 2009), p. 154; ELIZABETH ADENEY, *ob. cit.*, p. 215.

4.4. Limites e exceções⁽³⁷⁸⁾

Como escreve PIERRE SIRINELLI⁽³⁷⁹⁾: “Examinar as exceções aos direitos de autor e direitos conexos significa, por forma negativa, determinar os contornos da propriedade literária e artística e, indirectamente, definir o seu fundamento e filosofia”. Em bom rigor, para compreender os direitos de autor (ou os direitos conexos) e sobretudo o seu carácter (mais ou menos) justo, é indispensável olhar para os limites e exceções, determinar aquele conjunto de actos que, apesar de caírem no âmbito de um direito de exclusivo, são admitidos pela ordem jurídica⁽³⁸⁰⁾.

4.4.1. Utilizações livres

Apesar de ser um dos pontos mais relevantes na estrutura de um sistema jusautorais, a **intervenção europeia** em relação às exceções é altamente incompleta e sujeita a muitas críticas⁽³⁸¹⁾. Tirando a excepção obrigatória, relativa a cópias transitó-

⁽³⁷⁸⁾ Limites e exceções não são exactamente a mesma coisa. Os primeiros referem-se a usos não abrangidos e os segundos a derrogações de uma regra ou princípio (neste sentido CHRISTOPHE GEIGER & FRANCISKA SCHÖNHERR, ‘Defining the Scope of Protection of Copyright in the EU’, in TATIANA-ELIANA SYNODINOU(ed), *Codification of European Copyright Law — Challenges and Perspectives* (Kluwer Law 2012), p. 135). Nesta perspectiva constituiriam limites a dicotomia ideia-expressão e a duração (com uma abordagem semelhante cf. ANDREAS RAHMATIAN, *Copyright and Creativity* (EE 2011), pp. 123-148). Porém, o TJUE no caso C-521/11, *Amazon.com* (EU:C:2013:515) §§33-40 parece adoptar uma distinção diferente. THOMAS DREIER, ‘Überlegungen zur Revision des Schrankenatalogs der Richtlinie 2001/29/EG’ GRUR-Int [2015], pp. 649-650, discute a terminologia apontando que esta pode ter consequências reais e que o TJUE faz um uso pouco preciso da diferenciação.

⁽³⁷⁹⁾ ‘Exception and Limits to Copyright and Neighboring Rights’ [1999], WCT-WPPT/IMP/1 <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/wct_wppt_imp/wct_wpt_imp_1.pdf>.

⁽³⁸⁰⁾ Com uma abordagem semelhante, começando por traçar o paralelo com as limitações ao direito de propriedade, cf. ANDREAS RAHMATIAN, *Copyright and Creativity...*, *cit.*, pp. 123-148. No considerando 31 da directiva Infosoc pode ler-se “Deve ser salvaguardado um justo equilíbrio de direitos e interesses entre as diferentes categorias de titulares de direitos, bem como entre as diferentes categorias de titulares de direitos e utilizadores de material protegido”.

⁽³⁸¹⁾ MARIE-CHRISTINE JANSSENS, ‘The issue of exceptions: reshaping the keys to

rias necessárias num dado processo tecnológico (art. 5(1)⁽³⁸²⁾), a Directiva InfoSoc lista cinco excepções e limitações possíveis ao direito de reprodução (art. 5(2) e quinze excepções e limitações possíveis ao direito de reprodução e de comunicação ao público (art. 5(3), num total de vinte⁽³⁸³⁾). Admite ainda a criação de excepções ou limitações ao direito de distribuição, quando necessárias para garantir a efectividade das mencionadas excepções (art. 5(4)). Por último, esclarece que a criação de qualquer excepção está sujeita ao chamado “teste dos três passos” (art. 5(5)⁽³⁸⁴⁾).

Algumas das excepções ao direito de reprodução estão dependentes da existência de “uma compensação equitativa”. É assim com o caso da reprografia (5(1)(b)), da cópia privada (5(2)(b) e dos hospitais ou prisões (5(2)(e)⁽³⁸⁵⁾. Trata-se de um direito remunera-

the gates in the territory of literary, musical and artistic creation’, in ESTELLE DERCLAYE (ed.), *Research Handbook on the Future of EU Copyright* (EE 2009) pp. 317-348; LUCIE GUIBAULT, ‘Why Cherry-Picking Never Leads to Harmonisation’ [2010] JIPITEC pp. 55-66 e, mais recentemente, THOMAS DREIER, ‘Überlegungen...’, *cit.*, pp. 648-657.

⁽³⁸²⁾ No caso C-302/10 *Infopaq II* o TJUE elaborou esta noção, interpretando a excepção em termos exigentes. O Tribunal já havia deixado claro que esta excepção cobria a “criação de fragmentos transitórios das obras, que se sucedem e são imediatamente substituídos por outros, na memória de um decodificador de satélite num ecrã de televisão” (C-403/08 e C-429/08, *Murphy*). Recentemente, no caso C-360/13, *Public Relations Consultants* (EU:C:2014:1195) esclareceu ainda que a excepção também abrange “as cópias no ecrã de um computador do utilizador e as cópias na memória de armazenamento temporária (memória «cache») do disco rígido desse computador, efetuadas por um utilizador final durante a consulta de um sítio Internet”.

⁽³⁸³⁾ Esta lista é exaustiva (cf. considerando 32). THOMAS DREIER, ‘Überlegungen...’, *cit.*, p. 657 propõe uma alteração à lista e a adopção de algumas flexibilidades mas não a “importação” do *fair use* norte-americano que considera inadequado para o actual direito europeu. TITO RENDAS, ‘Fair use na União Europeia (ou os estereótipos das Copyright Wars)’ *Propriedades Intelectuais* n.º 3 (2015), pp. 26-39, demonstra que o principal problema do actual sistema de limites e excepções não reside na falta de flexibilidade interpretativa (que na realidade não se tem verificado) mas sim na dificuldade de adaptação. Sugere algumas soluções no sentido de reforçar a legitimidade e previsibilidade das decisões jurisprudenciais nesta matéria.

⁽³⁸⁴⁾ Trata-se de um teste de direito internacional que visa garantir que os limites e excepções estabelecidos no direito interno são proporcionais e razoáveis. Há Estados, como Portugal, que transpuseram este teste para o direito interno. Sobre a interpretação deste teste veja-se, em profundidade, MARTIN SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-step Test* (Kluwer Law International 2004).

⁽³⁸⁵⁾ Nesta última disposição menciona-se “compensação justa” na versão portuguesa, pese embora as versões inglesa (“fair compensation”), alemã (“gerechten Aus-

tório, de uma taxa (*levy*) estabelecido a favor dos autores⁽³⁸⁶⁾. O TJUE afirmou já, no contexto da cópia privada, que esta “compensação equitativa deve necessariamente ser calculada com base no critério do prejuízo causado aos autores de obras protegidas pela introdução da exceção de cópia privada”⁽³⁸⁷⁾, sendo que os devedores desta taxa poderão ser as empresas que intervêm na disponibilização desses aparelhos, “Por conseguinte, uma vez que o referido sistema [espanhol] permite aos devedores repercutir o custo da taxa sobre os utilizadores privados e que, assim sendo, estes últimos assumem o encargo da taxa por cópia privada, deve ser considerado conforme com o «justo equilíbrio» a encontrar entre os interesses dos autores e os dos utilizadores de objectos protegidos”⁽³⁸⁸⁾. Existe um acervo considerável de decisões sobre esta matéria⁽³⁸⁹⁾.

Na Directiva 2006/115, o art. 10.º prevê igualmente limites à protecção dos direitos de fixação, radiodifusão e comunicação ao público e distribuição, inspirados no art. 15.º da Convenção de Roma. Este artigo faz também uma remissão geral para os limites dos direitos de autor. Todos estes limites estão sujeitos à “regra dos três passos” (art. 10.º/3).

O Tribunal tem, de um modo geral, afirmado que os limites e excepções devem ser interpretados restritivamente⁽³⁹⁰⁾. Esta abordagem é típica do *droit d’auteur* mas é criticada como retrógrada⁽³⁹¹⁾. Recentemente o TJUE deixou claro que o significado de

gleich”), francesa (“compensation equitable”), italiana (“equo compenso”) e holandesa (“billijke compensatie”) utilizem sempre a mesma expressão.

⁽³⁸⁶⁾ Sobre este assunto tem havido um considerável debate; veja-se STAVROULA KARAPAPA, *Private Copying* (Routledge 2012); JOOST POORT & JOÃO PEDRO QUINTAIS, ‘The Levy Runs Dry: A Legal and Economic Analysis of EU Private Copying Levies’ JIPI-TEC [2013], pp. 205-224 e JOÃO PEDRO QUINTAIS, ‘Private Copying and Downloading from Unlawful Sources’ IIC [2015], pp. 66-93.

⁽³⁸⁷⁾ C-467/08, *Padawan* (EU:C:2010:620), §42.

⁽³⁸⁸⁾ *Ibid.*, §§48 e 49.

⁽³⁸⁹⁾ Sendo os mais recentes C-521/11, *Amazon.com* (EU:C:2013:515), C-435/12, *ACI Adam* (EU:C:2014:254), C-463/12, *Copydan Båndkopi* (EU:C:2015:144) e C-572/13, *HP* (EU:C:2015:750).

⁽³⁹⁰⁾ C-5/08, *Infopaq* §56-57 e C-403/08 e C-429/08, *Murphy*, §162.

⁽³⁹¹⁾ Assim, ANNETTE KUR & THOMAS DREIER, *ob. cit.*, p. 302.

cada exceção consagrada não pode ser modulado pelos Estados-Membros⁽³⁹²⁾. Nas palavras de THOMAS DREIER⁽³⁹³⁾: “os Estados-Membros apenas podem escolher *se* mas já não *como* implementam os limites opcionais consagrados na directiva”.

Em **Portugal**, as **exceções** ao direito de autor encontram-se essencialmente no art. 75.º (utilizações livres). As exceções aplicáveis aos direitos conexos estão previstas no art. 189.º, sendo complementadas por duas remissões. A primeira, prevista no art. 189.º/1/f) para “os demais casos em que a utilização da obra é lícita sem o consentimento do autor” e a segunda, aparentemente mais restritiva, no art. 189.º/3, dispõe que: “Os limites e exceções que recaem sobre o direito de autor são aplicáveis aos direitos conexos, em tudo o que for compatível com a natureza destes direitos”. À primeira vista, revela-se difícil compatibilizar esta duas disposições. Será que o n.º 1/f) quer dizer que, se a obra for de utilização lícita, então os titulares de direitos conexos não a podem impedir? Não parece ser esse o caso, pelo que estas disposições serão simplesmente redundantes, devendo ser fundidas.

As exceções especificamente mencionadas para os direitos conexos referem-se ao uso privado, à utilização de excertos nos mesmos termos em que é admitida a citação no direito de autor, à utilização para fins exclusivamente científicos ou pedagógicos, à fixação efémera feita por organismos de radiodifusão e às fixações ou reproduções realizadas por entes públicos ou concessionários de serviços públicos por algum interesse excepcional de documentação ou para arquivo (art. 189.º/1). A estas acrescem, por remissão, todas as utilizações livres previstas para os direitos de autor

Nos termos do art. 2.º da Lei 62/98, de 1 de Setembro (Lei da Cópia Privada) são beneficiários da taxa de cópia privada os autores, os artistas intérpretes, os editores e os produtores fonográficos e videográficos.

⁽³⁹²⁾ C-510/10, *DR and TV2 Danmark* (EU:C:2012:244) §36.

⁽³⁹³⁾ ‘Überlegungen...’, *cit.*, p. 648.

4.4.2. Duração

Como escreve VITTORIO M. DE SANCTIS⁽³⁹⁴⁾, “A duração dos direitos patrimoniais do direito de autor e dos direitos conexos é sem dúvida a [sua] mais importante limitação...”. Em Portugal, a duração dos direitos conexos estava inicialmente regulada no nosso Código em relação a cada direito⁽³⁹⁵⁾. Em 1991 (Lei n.º 114/91, de 3 de Setembro), foi estabelecida a duração uniforme de 50 anos para os três direitos conexos clássico e, em 2008 (Lei n.º 16/2008, de 01 de Abril) as disposições relativas à duração foram agrupadas no art. 183.º. A Lei n.º 82/2013, de 6 de Dezembro, transpôs a última e controversa directiva relativa à duração (conhecida como directiva da extensão)⁽³⁹⁶⁾, introduzindo o art. 183.º-A com um mecanismo complexo de repartição de benefícios. Para compreensão da solução do CDADC revela-se especialmente útil consultar a última versão do art. 3.º da Directiva relativa à duração⁽³⁹⁷⁾.

O ponto de partida é que a duração dos **direitos conexos “clássicos”**, à excepção do outorgado ao produtor de fonogramas, se cifra em **50 anos**. Este prazo de caducidade conta-se da actuação

⁽³⁹⁴⁾ *Ob. cit.*, p. 329.

⁽³⁹⁵⁾ Para o artista-intérprete, inicialmente 25 anos (art. 189.º da primeira versão de 1985) e depois 40 anos (art. 183.º da segunda versão de 1985) “contados do primeiro dia do ano subsequente àquele em que ocorreu o facto gerador da protecção”. Para o produtor, inicialmente 10 anos (art. 192.º da primeira versão) e depois 25 anos (art. 186.º da segunda versão) contados do primeiro dia do ano subsequente àquele em que ocorreu a fixação. Para a emissão de radiodifusão inicialmente 10 anos (art. 194.º da primeira versão) e depois 20 anos (art. 188.º da segunda versão) contados da mesma forma. Para uma interessante panorâmica comparativa em termos de duração, além de SILKE VON LEWINSKI, “The EC Duration Directive...”, *cit.*, veja-se também YVES GAUBIAC, BRIGITTE LINDNER & JOHN N. ADAMS, *ob. cit.*, pp. 148-192. Sobre o tema, entre nós, além dos manuais, veja-se, DIAS PEREIRA, ‘Duração dos direitos de autor e conexos’, *Direito & Justiça — Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Luís Carvalho Fernandes*, Vol. I (UCE 2012), pp. 109-135.

⁽³⁹⁶⁾ Directiva n.º 2011/77/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Setembro. Sobre a controvérsia, cf., por todos, NATALI HELBERGER, *et al.*, ‘Never forever: Why extending the term of protection for sound recordings is a bad idea’ EIPR [2008], pp. 174-181 e BENJAMIN FARRAND, ‘Too much is never enough: the 2011 Copyright in Sound Recordings Extension Directive’ EIPR [2011], pp. 297-304.

⁽³⁹⁷⁾ Directiva n.º 93/98/CE, codificada na Directiva n.º 2006/116/CE e alterada pela mencionada Directiva n.º 2011/77/UE.

do artista-intérprete, da primeira fixação pelo produtor de videogramas ou da primeira emissão pelo organismo de radiodifusão (art. 183.º/1)⁽³⁹⁸⁾. Se, porém, no decurso deste prazo, o **videograma** for licitamente publicado ou comunicado ao público, a contagem do prazo de 50 anos reinicia-se, contando do primeiro destes dois eventos (art. 183.º/2).

Apesar de a lei não ser clara, encontra-se previsto um mecanismo de extensão semelhante, mas agora de 50 para 70 anos, tanto para os **artistas-intérpretes** cuja **prestação** esteja **fixada num fonograma** (ou seja, para os **músicos**)⁽³⁹⁹⁾, como para os **produtores de fonogramas**. Assim, ocorrendo lícita publicação ou comunicação ao público do fonograma dentro do prazo de 50 anos, os direitos dos artistas-intérpretes que tenham gravado fonogramas e dos produtores de fonogramas durarão 70 anos a contar do primeiro destes dois eventos⁽⁴⁰⁰⁾.

Para compreender o art. 183.º/3 é útil consultar a Directiva que o legislador tentou transpor. Isto porque, através da leitura do texto dessa norma do CDADC, ficamos sem saber se o direito a que a disposição se refere é o do produtor de fonogramas ou o direito do artista-intérprete. Sendo certo que a referência ao n.º 1 indica ser o direito deste último. Assim, o art. 183.º/3 transpõe o art. 3.º/1 2.ª parte da Directiva 2006/116/CE. Ficamos sem indicação quanto à duração do direito do produtor de fonogramas. Quer isso dizer que ele é eterno? Não, nunca poderia ser assim.

Dispõe o art. 3.º da Directiva 2006/116/CE: “Os direitos dos produtores de fonogramas caducam cinquenta anos após a fixação. No entanto, se o fonograma for legalmente publicado durante este período, os direitos caducam setenta anos após a data da primeira publicação. Se o fonograma não for legalmente publicado durante o período acima referido e se o fonograma tiver sido legalmente

⁽³⁹⁸⁾ Em relação ao organismo de radiodifusão, uma vez que o conteúdo emissão é irrelevante, cada emissão (ainda que do mesmo conteúdo) atrai protecção autónoma (LUCIE GUIBAULT & ROY MELZER, *ob. cit.*, p. 3).

⁽³⁹⁹⁾ Em bom rigor, como visto, o fonograma não precisa de conter música. Assim, também um artista cuja declamação de um poema seja gravada pode gozar desta extensão.

⁽⁴⁰⁰⁾ Salvo no caso de se verificar a série de eventos descritos nos n.ºs 1 e 2 do art. 183.º-A.

comunicado ao público durante o mesmo período, os direitos caducam setenta anos após a data da primeira comunicação legal ao público”.

O **art. 183.º-A** é uma transposição do mecanismo complexo de **repartição de benefícios** resultantes da **extensão** do prazo de protecção dos produtores de fonogramas e dos artistas-intérpretes cuja prestação se encontre registada nos fonogramas (normalmente músicos). Assim, os números 1 e 2 desta disposição consagram a chamada solução “use it or lose it”⁽⁴⁰¹⁾. Se, ao fim de 50 anos, não existirem “cópias do fonograma à venda no mercado em quantidade suficiente” ou o mesmo não estiver à disposição do público, o artista-intérprete tem o direito, potestativo-extintivo e inalienável, de resolver o contrato que tenha celebrado com o produtor de fonogramas na parte relativa a esses fonogramas⁽⁴⁰²⁾. Para o efeito, deve notificar o produtor de fonogramas da sua intenção e esta só produzirá efeitos se, no prazo de um ano a contar dessa notificação, o produtor dos fonogramas não colocar essas cópias no mercado ou proceder à respectiva comunicação ao público. Com a resolução do contrato caduca igualmente o direito do produtor de fonogramas⁽⁴⁰³⁾. Este será o caso para os fonogramas com pouco interesse comercial.

Já quanto aos mais atraentes do ponto de vista comercial (não por acaso a extensão coincidiu com o aproximar do fim do prazo de protecção de artistas como os Beatles)⁽⁴⁰⁴⁾ o mecanismo é diferente. Se o contrato celebrado entre o(s) artista(s)-intérprete(s) e o produtor de fonogramas não prever “pagamentos recorrentes”, isto é, *royalties* pagos com base no sucesso comercial do fonograma, o

⁽⁴⁰¹⁾ GEMMA MINERO, ‘The Term Directive’ in IRINI STAMATOUDI & PAUL TORREMANS (eds), *EU Copyright Law — A Commentary* (EE 2014), pp. 269-270, dando conta que a solução da Directiva se inspira no direito tedesco.

⁽⁴⁰²⁾ No caso de vários artistas-intérpretes o art. 183.º-A/3 remete para a solução da obra em colaboração (art. 17.º), este artigo, por sua vez, manda aplicar as regras da propriedade (arts. 1403.º a 1407.º do CC), que muitas vezes redundam numa decisão de acordo com a equidade.

⁽⁴⁰³⁾ Esta disposição, a meu ver, não diminui a necessidade de clarificar a sua duração no artigo anterior.

⁽⁴⁰⁴⁾ Como assinala CHRISTINA ANGELOPOULOS, ‘Amended Directive Extends the Term of Protection for Performers and Sound Recordings’ *GRUR Int.* [2011], p. 987.

art. 183.º-A/4 assegura que não será apenas o produtor de fonogramas a lucrar com a extensão do prazo. Para que o(s) artista(s)-intérprete(s) que alienaram definitivamente os seus direitos possam beneficiar da extensão de prazo, esta disposição atribui-lhes um “direito irrenunciável de obter uma remuneração suplementar anual”. Este valor “deve corresponder a 20% das receitas” obtidas através da exploração do fonograma no ano anterior (art. 183.º-A/5). A cobrança deste valor está sujeita a gestão colectiva obrigatória (art. 183.º-A/7), o que significa que em Portugal a entidade responsável pela gestão desta remuneração suplementar será a GDA.

Quanto à **forma de contagem**, nem relativamente aos direitos de autor nem quanto aos direitos conexos se encontra consagrada no código a regra do art. 8.º da Directiva 2006/115, segundo a qual: “Os prazos previstos na presente directiva são calculados a partir do primeiro dia do ano subsequente ao respectivo facto gerador”⁽⁴⁰⁵⁾. De acordo com essa regra, as obras e as prestações protegidas entram no domínio público “em bloco” no dia 1 de Janeiro do ano seguinte ao do término do prazo. Na ausência desta regra no CDADC, poder-se-ia pensar que valem as regras gerais do Código Civil (arts. 296.º e 279.º). Mas não. De forma inexplicável, o legislador dispôs sobre o assunto no art. 3.º do DL n.º 334/97, de 27 de Novembro⁽⁴⁰⁶⁾. Revela-se imperioso transferir essa norma — a regra base relativa à contagem dos prazos de duração — para o CDADC aproveitando para lhe dar uma melhor formulação.

Em termos de duração é aplicável aos **titulares estrangeiros** (excepto da União Europeia) de direitos conexos a regra de **reciprocidade material**, também dita de comparação de termos (art. 37.º *ex vi* art. 183.º/6)⁽⁴⁰⁷⁾. Apesar de a remissão do art. 183.º/6

⁽⁴⁰⁵⁾ Encontra-se norma semelhante no art. 14.º da Convenção de Roma e no art. 17.º WPPT.

⁽⁴⁰⁶⁾ Sobre este diploma, cf. ALEXANDRE DIAS PEREIRA, ‘O Tempo e O Direito de Autor’ *Temas de Propriedade Intelectual*, n.º 1 (1999), pp. 75-85.

⁽⁴⁰⁷⁾ Sobre o impacto do princípio da não discriminação (art. 18.º TFUE) neste domínio, cf., com adicionais referências, NUNO SOUSA E SILVA, ‘Cidadania Europeia e Propriedade Intelectual — os Estados e as pessoas’, in SOFIA OLIVEIRA PAIS (coord.), *Cidadania europeia: valores, direitos e oportunidades* (UCE Porto 2015), pp. 419-424.

aparentemente omitir os produtores de fonogramas, creio que se deverá entender, na mesma linha da inclusão do produtor de fonogramas no art. 183.º/1/b), que esta regra também lhes é aplicável.

4.5. Meios de tutela (menção)

Face aos direitos de autor, as medidas de tutela dos direitos conexos não revelam grandes especificidades. Os direitos conexos gozam igualmente de tutela penal, contra-ordenacional, civil e administrativa. Por isso, esta secção limita-se a fazer uma breve menção aos meios de tutela actualmente existentes e às respectivas particularidades em sede de direitos conexos.

Fruto de **intervenção europeia**, toda a propriedade intelectual, incluindo os direitos conexos, goza dos meios de tutela previstos na Directiva 2004/48/CE⁽⁴⁰⁸⁾. Apesar de ter existido uma proposta, até hoje não há instrumento europeu que preveja medidas de tutela penal para a propriedade intelectual⁽⁴⁰⁹⁾. Em matéria de tutela (comumente designado *enforcement*) importante atender às numerosas disposições no acordo TRIPS (arts. 41.º a 61.º), ainda que nem todas sejam aplicáveis aos direitos conexos⁽⁴¹⁰⁾.

Nos termos do art. 2.º/1/c) do Regulamento (UE) n.º 608/2013 de 12 de Junho de 2013, os titulares de direitos conexos podem recorrer às **medidas aduaneiras** de apreensão e eventual destruição de mercadorias que infrinjam os seus direitos⁽⁴¹¹⁾.

⁽⁴⁰⁸⁾ Sobre a transposição em Portugal veja-se ADELAIDE MENEZES LEITÃO, 'A tutela dos direitos de Propriedade Intelectual na Directiva 2004/48/CE', in AAVV, *Direito da Sociedade de Informação*, vol. VII (Coimbra Editora, 2008), pp. 173-205.

⁽⁴⁰⁹⁾ Para uma discussão ampla e com adicionais referências vide CHRISTOPHE GEIGER (ed), *Criminal Enforcement of Intellectual Property: A Handbook of Contemporary Research* (EE 2012).

⁽⁴¹⁰⁾ Para uma avaliação e adicionais referências veja-se PETER K. YU, 'Why Are The TRIPS Enforcement Provisions Ineffective?', in PAUL TORREMAN (ed.), *Research Handbook on Cross-border Enforcement of Intellectual Property* (EE 2014), pp. 770-788.

⁽⁴¹¹⁾ Sobre o sistema em maior detalhe, cf. OLIVIER VRINS & MARIUS SCHNEIDER (eds.), *Enforcement of Intellectual Property Rights through Border Measures* (OUP 2012).

No plano da **tutela civil**, estão previstas medidas para obtenção e conservação de prova, providências cautelares, incluindo arresto, medidas inibitórias, também contra intermediários inocentes⁽⁴¹²⁾ indemnizações calculadas de forma a privar o infractor dos lucros que obtenha⁽⁴¹³⁾, sanções acessórias, tais como a destruição de mercadoria ou a publicação de decisões às custas do infractor (arts. 210.º-A a 211.º-A do CDADC).

Como é habitualmente sistematizado⁽⁴¹⁴⁾ no quadro **jurídico-penal** previsto no CDADC, existem quatro tipos de crime: a usurpação (art. 195.º), a contrafação (art. 196.º), a violação do direito moral (art. 198.º) e o aproveitamento de obra contrafeita ou usurpada (art. 199.º)⁽⁴¹⁵⁾. Estes crimes, à excepção do crime de violação de direito moral — que só se poderá verificar em relação aos artista-intérpretes — são aplicáveis sensivelmente nos mesmos termos aos direitos conexos⁽⁴¹⁶⁾. Apesar de o art. 202.º — que prevê um regime especial de tutela penal dos direitos morais — apenas se referir ao autor, este poderia estender-se igualmente aos artistas-intérpretes⁽⁴¹⁷⁾. No entanto, tendo em conta o princípio da legali-

(412) Sobre isso, veja-se NUNO SOUSA E SILVA, 'A perspectiva do equilíbrio entre a Propriedade Intelectual e (outros) Direitos Fundamentais' *Revista de Direito Intelectual*, n.º 1 (2015), pp. 209-223.

(413) Para uma reflexão acerca das especificidades desta indemnização veja-se MARIA DA GRAÇA TRIGO, 'Responsabilidade Civil por violação de Direito Intelectual' *RDES LII* n.os 3-4 (2012), pp. 149-172.

(414) V.g. DAVID SILVA RAMALHO, 'A Tutela Penal dos Direitos de Autor e dos Direitos Conexos Na Sociedade Da Informação' *ROA* [2012], p. 219.

(415) OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Penal de Autor* (Lex 1993), p. 21, entende que o art. 195.º/3 contempla um quinto tipo mas que não é aplicável aos titulares de direitos conexos.

(416) Sobre a tutela penal dos direitos de autor, cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Penal de Autor...*, *cit.*; JOSÉ Branco, 'DL 63/85', in PAULO PINTO DE ABLUQUERQUE & JOSÉ BRANCO (org.), *Comentário das Leis Penais Extravagantes*, vol. II (UCE 2011), pp. 247-283; DAVID SILVA RAMALHO, *ob. cit.*, *passim*, esp., pp. 219-246; VALTER DA SILVA ALVES, *O Crime de Usurpação de Direitos de Autor* (Almedina, 2014). Deve frisar-se que OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Penal de Autor...*, *cit.*, conclui em geral que os direitos conexos não gozam de tutela penal (pp. 25-26, 45-46, 59).

(417) Crítico da equiparação no direito penal entre direito de autor e direitos conexos, cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Penal de Autor...*, *cit.*, pp. 16-17 e, novamente, pp. 62-63 ("...sistema penal anômalo, havendo que o repensar de alto a baixo").

dade em direito penal esta conclusão valerá apenas *de iure condendo*⁽⁴¹⁸⁾.

O crime de usurpação (art. 195.º) é um crime definido essencialmente por remissão para as faculdades patrimoniais dos titulares de direitos conexos⁽⁴¹⁹⁾, sendo que o art. 195.º/2/c) se refere especificamente à tutela das suas prestações quando utilizadas para além do autorizado⁽⁴²⁰⁾. Por outro lado, as alíneas a) e b) do art. 195.º/2 têm relação com a protecção dos direitos conexos mencionados no art. 39.º do CDADC⁽⁴²¹⁾, mas como indica DAVID SILVA RAMALHO⁽⁴²²⁾: “as referidas alíneas apenas se referem ao autor e nunca aos titulares de direitos conexos, pelo que, face ao princípio da proibição da analogia, apenas se deve dar por tutelado o direito daquele e não destes”. Por outro lado, o crime de contrafacção caracteriza-se pela apresentação como própria de prestação alheia (art. 196.º)⁽⁴²³⁾. Assinalamos já que não consideramos existir um ilícito de plágio de prestação⁽⁴²⁴⁾, sendo que seria conveniente clarificar este aspecto através de intervenção legislativa.

Em matéria de contra-ordenações, o art. 205.º estabelece no n.º 1 uma coima entre €249,40 e €2493,99 para a infracção das obrigações de comunicação previstas no art. 143.º. Por sua vez, o art. 205.º/2 prevê coimas entre €99,76 e €997,60 pela violação de obrigações de identificação dos autores, dos artistas e dos produtores de fonogramas ou videogramas.

⁽⁴¹⁸⁾ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Penal de Autor...*, cit., p. 59.

⁽⁴¹⁹⁾ Sobre a questão da eventual inconstitucionalidade da norma, cf. VALTER DA SILVA ALVES, *ob. cit.*, pp. 33-53 e JORGE MIRANDA & MIGUEL PEDROSA MACHADO, *Constitucionalidade da Protecção Penal dos Direitos de Autor e da Propriedade Industrial* (Dom Quixote, 1995).

⁽⁴²⁰⁾ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Penal de Autor...*, cit., p. 25.

⁽⁴²¹⁾ Cf. *supra* 4.1.4.

⁽⁴²²⁾ *Ob. cit.*, p. 222.

⁽⁴²³⁾ Poderá criticar-se o legislador por utilizar designações contrárias ao que a “linguagem comum” faz supor. Afinal de contas a definição “de dicionário” de usurpação é: “Apoderar-se violentamente ou fraudulentamente do que pertence a outrem.” <<http://goo.gl/NeSgH7>>.

⁽⁴²⁴⁾ Cf. *supra* nota 32 e texto que a acompanha.

5. Conclusão: propostas de alteração legislativa

Neste artigo procurei descrever de forma crítica o regime vigente em Portugal para os direitos conexos ao direito de autor. O seu impacto prático é evidente, tal como tem sido a ineptidão do legislador neste domínio.

O CDADC precisa com alguma urgência de ser revisto e melhor organizado e não apenas no domínio dos direitos conexos⁽⁴²⁵⁾. Como vimos, existem algumas normas que levantam problemas desnecessários e que se revelam incompatíveis com o acervo internacional vigente em Portugal. De igual modo, existem normas importantes para a compreensão do regime que se encontram em legislação extravagante, frustrando a própria razão de ser de um Código⁽⁴²⁶⁾.

Sugere-se, assim:

- a eliminação da exigência de formalidades do art. 185.º/1;
- independentemente da manutenção do actual art. 185.º, remover a referência a esse artigo na enumeração do art. 205.º/2;
- alterar a inserção sistemática do actual art. 39.º, colocando-o na secção relativa aos direitos conexos;
- clarificar o conteúdo da protecção dos dois direitos conexos previstos no art. 39.º;
- resolver a contradição entre os arts. 39.º e 78.º do CDADC, possivelmente revogando ou reduzindo o âmbito deste último;

⁽⁴²⁵⁾ Só para mencionar alguns exemplos: a epígrafe do art. 3.º CDADC deveria ser “obras derivadas” e não “obras equiparadas a originais”; deveria suprimir-se a exigência de escritura pública para a transmissão (art. 44.º CDADC) visto que já nem para a transmissão de um imóvel (art. 875.º CC) é necessária uma formalidade tão exigente e os crimes previstos nos arts. 195.º e 196.º deveriam deixar de ser crimes públicos, alterando-se o art. 197.º CDADC.

⁽⁴²⁶⁾ BATISTA MACHADO, *ob. cit.*, p. 99: “Um código pressupõe (...) um plano sistemático (...) ao mesmo tempo que (...) facilita a construção científica do Direito (...)”.

- a consagração legal com contornos claros ou, alternativa que prefiro, a rejeição de um “direito ao espectáculo” através de norma que adopte expressamente o princípio do *numerus clausus* de direitos conexos;
- a supressão do art. 189.º/2 ou, caso se sustente uma interpretação que lhe dê significado operativo, a sua autonomização num artigo e a explicitação desse significado;
- transformar o art. 193.º num n.º 4 do actual art. 190.º;
- consagrar no CDADC o direito de distribuição para os artistas-intérpretes e para os organismos de radiodifusão, ou seja, mover o conteúdo do art. 7.º do DL n.º 332/97, de 27 de Novembro para o CDADC;
- alterar a definição de “distribuição” do art. 176.º/8 removendo a referência a “quantidade significativa”, adoptando em alternativa a definição constante do art. 4.º da Directiva 2001/29;
- incluir na definição de organismo de radiodifusão do art. 176.º/9 a referência, que consta actualmente do art. 187.º/2, à exclusão dos distribuidores de cabo que se limitem a efectuar a retransmissão;
- harmonizar o art. 68.º/2/f) do CDADC com o art. 6.º do DL 332/97, de forma a esclarecer se o direito de comodato público dos autores é um direito de exclusivo ou de remuneração;
- retirar das alíneas b) e c) do n.º 1 do art. 178.º do CDADC a expressão “sem o seu consentimento”⁽⁴²⁷⁾;
- remover a expressão “em suporte material” da alínea b) do n.º 1 do art. 178.º⁽⁴²⁸⁾;
- remover a referência à execução pública de fonogramas do art. 184.º, n.º 2;

⁽⁴²⁷⁾ Cf. ALEXANDRE DIAS PEREIRA, ‘Da Retransmissão...’, *cit.*, p. 1007, n. 41.

⁽⁴²⁸⁾ Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor...*, *cit.*, p. 579, n. 1.

- fundir o art. 189.º/1/f) com o art. 189.º/3;
- acrescentar ao art. 183.º/1 uma nova alínea que mencione expressamente a duração do direito do produtor de fonogramas: 50 anos, com possibilidade extensão para 70 anos no caso de lícita publicação ou comunicação ao público (tal como consta do art. 3.º/2 da Directiva 2006/115/CE);
- como consequência deste acrescento, tornar inequívoca a aplicabilidade da regra da reciprocidade material do art. 37.º (*ex vi* art. 183.º/6) aos direitos conexos dos produtores de fonogramas;
- acrescentar ao CDADC uma norma quanto à forma de contagem do prazo de duração tanto de dos direitos conexos como do direito de autor, em conformidade com o art. 8.º da Directiva 2006/115;
- esclarecer qual é a duração das faculdades pessoais atribuídas aos artistas-intérpretes;
- excluir expressamente a figura do plágio de prestação, acrescentando uma alínea *c*) ao art. 196.º/4 do CDADC;
- acrescentar uma referência aos artistas-intérpretes no art. 202.º do CDADC.

Estas transformações, algumas das quais urgentes, devem tentar manter, dentro do possível, o arranjo em termos de numeração do CDADC, aproveitando os “espaços vazios” que a revogação de normas cria. Algumas das propostas são, seguramente, mais discutíveis do que outras. Mas espero que este texto contribua para a compreensão, estudo e debate de uma matéria importante que, até agora, não recebeu a devida atenção por parte da doutrina.

6. Quadro-síntese da posição de cada titular

Este quadro-síntese abstrai de algumas conclusões a que cheguei na interacção entre os vários instrumentos internacionais, europeus e nacionais. Visa ser uma síntese mais próxima do disposto na actual legislação nacional.

	Artistas-intérpretes	Produtores fonogramas	Produtores videogramas	Organismos de radiodifusão
Requisitos	Interpretação (actividade artística) de obra literária ou artística Critérios de conexão (190.º/1) ou extensão (193.º)	Gravação símbolo © Critérios de conexão (190.º/2) ou extensão (193.º)	= Produtor de fonogramas	Emissão Critérios de conexão (190.º/3) ou extensão (193.º)
Titularidade	Quem interpreta Presunção (180.º/3)	Quem organiza a gravação Presunção (185.º/3)	= Produtor de fonogramas	Quem emite Presunção (187.º/3)
Faculdades Patrimoniais	Comunicação ao público Radiodifusão Fixação Reprodução Colocação à disposição do público [178.º] Distribuição, incluindo aluguer e comodato Art. 7.º DL 332/97 radiodifusão por satélite e por cabo arts. 6.º-8.º DL 333/97	Reprodução Distribuição Difusão Execução pública Colocação à disposição do público Comunicação pública [184.º] Distribuição, incluindo aluguer e comodato Art. 7.º DL 332/97 radiodifusão por satélite por cabo arts. 6.º-8.º DL 333/97	= Produtor de fonogramas excepto direito de aluguer e comodato (atribuído ao produtor da primeira fixação em filme) Art. 7.º DL 332/97	Retransmissão Fixação Reprodução Colocação à disposição do público Comunicação ao público em lugar público com entradas pagas [187.º] radiodifusão por satélite por cabo arts.6.º-8.º DL 333/97
Faculdades Morais	Paternidade (180.º) Integridade (182.º)	Não há	Direito à menção do produtor do filme (126.º/2)	Não há
Duração	em geral 50 anos (183.º/1/a) mas 70 anos para algumas interpretações registadas em fonogramas (183.º/3)	50 anos com possibilidade de extensão até 70 anos (183.º-A)	50 anos com possibilidade de reiniciar a contagem (183.º/2)	50 anos a contar da primeira emissão (183.º/1/c)

Vila Nova de Gaia, 31 de Janeiro de 2016