

Da reprodução de fonogramas sem autorização do produtor perante o Direito português vigente

ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO

I. Introdução

1. O circuito da radiodifusão

I. As obras literárias, científicas ou artísticas podem ser radiodifundidas. Existem procedimentos técnicos cada vez mais aperfeiçoados que permitem levar a cabo tal tarefa, divulgando-as por todo o Planeta. Essa possibilidade vem bulir com diversos interesses económicos: os do autor, os dos artistas que porventura intervenham, os do produtor que assegure a sua fixação, os das cadeias de radiodifusão que disponham dos meios técnicos e procedam à competente selecção, os dos anunciantes que coloquem publicidade, a qual é escutada ou visualizada por entremear obras radiodifundidas, os do público consumidor e os do Estado.

II. Seria de um simplismo *naïf* alijar ou vilipendiar algum destes elos da criação e da difusão das obras. Todos eles são necessários, cabendo apenas prevenir que a preponderância de algum deles possa vir a quebrar o circuito, por aniquilamento prático de outro ou de outros. Isto dito: na origem de todo o mercado de radiodifusão artística e literária está, indiscutivelmente, o autor ou criador da obra.

A criação artística corresponde a uma capacidade inata do ser humano. E isso sucede independentemente da busca do lucro material ou, sequer, da sobrevivência. Mas ultrapassado um estágio de arte elementar, a qualidade e a amplitude da criação artística depende, no essencial¹:

- de um complexo e prolongado processo de aprendizagem, a que o autor se deve sujeitar;
- do nível de vida do próprio autor e do acesso que ele tenha a elementos formativos e à informação;
- da experiência do autor e do esforço de aperfeiçoamento que ela permita;
- da capacidade que o autor tenha de atrair, pela sua obra, os restantes factores que conduzem à radiodifusão da peça em causa.

III. Sendo o papel do autor fundamental, cumpre relevar, de seguida, a função do artista ou do intérprete. Tomando como exemplo uma obra musical: apenas a sua execução ou a sua interpretação permitem dar corpo à dimensão criativa do autor. Os actores ou intérpretes são agentes fundamentais na radiodifusão e, como tal, têm protecção jurídica². Assim como sucede relativamente ao autor, também o artista ou o intérprete requerem, hoje, para além de dotes inatos: uma aprendizagem de muitos anos, um nível de vida adequado, uma capacidade económica mínima que permita o acesso à informação e à manutenção de uma boa compleição física, uma experiência alargada e um bom relacionamento social. Tudo isso exige meios materiais. Sem artistas adequados e sem intérpretes conhecedores, a obra artística não teria vida.

2. O papel da produção

I. À partida, a execução artística é efémera. Uma execução musical ou uma representação cénica são disfrutadas pelos espectadores presentes. Terminado o espectáculo, apenas permanece a memória de quem o tenha presenciado.

¹ GUILLAUME HENRI, *L'évaluation en droit d'auteur* (2007), n.º 1 (1). Entre nós, vide PEDRO DA COSTA CORDEIRO, *Direito de autor e radiodifusão* (2004), 17-18.

² GUNHAR BERNDORFF/BARBARA BERNDORFF/KNUT EIGLER, *Musikrecht / Die häufigsten Fragen des Musikgeschäfts*, 6.ª ed. (2010), Nr. 33 (92 ss.).

A difusão (ou a radiodifusão) da obra requerem a sua fixação. Para tanto, é fundamental a disponibilidade de meios técnicos adequados. Tais meios evoluíram muito nos dois últimos séculos: cilindros de cera, discos de porcelana, discos de vinil, fitas magnéticas, cassetes, “cd’s”, discos ópticos e dispositivos de armazenamento cada vez mais pequenos e eficazes.

II. Existe, neste domínio, uma linguagem de Direito de autor, fixada em lei e que cumpre recordar. Assim, segundo o artigo 176.^{o3}:

1. As prestações dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores de fonogramas e de videogramas e dos organismos de radiodifusão são protegidas nos termos deste título.
2. Artistas intérpretes ou executantes são os actores, cantores, músicos, bailarinos e outros que representem, cantem, recitem, declamem, interpretem ou executem de qualquer maneira obras literárias ou artísticas.
3. Produtor de fonograma ou videograma é a pessoa singular ou colectiva que fixa pela primeira vez os sons provenientes de uma execução ou quaisquer outros, ou as imagens de qualquer proveniência, acompanhadas ou não de sons.
4. Fonograma é o registo resultante da fixação, em suporte material, de sons provenientes de uma prestação ou de outros sons, ou de uma representação de sons.
5. Videograma é o registo resultante da fixação, em suporte material, de imagens, acompanhadas ou não de sons, bem como a cópia de obras cinematográficas ou audiovisuais.
6. Cópia é o suporte material em que se reproduzem sons e imagens, ou representação destes, separada ou cumulativamente, captados directa ou indirectamente de um fonograma ou videograma, e se incorporam, total ou parcialmente, os sons ou imagens ou representações destes, neles fixados.
7. Reprodução é a obtenção de cópias de uma fixação, directa ou indirecta, temporária ou permanente, por quaisquer meios e sob qualquer forma, no todo ou em parte dessa fixação.

³ Todos os artigos citados sem indicação da fonte pertencem ao Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (CDADC), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de Março e sucessivamente alterado por diversos diplomas, o último dos quais a Lei n.º 16/2008, de 1 de Abril.

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.
9. Organismo de radiodifusão é 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.
10. Retransmissão é a emissão simultânea por um organismo de radiodifusão de uma emissão de outro organismo de radiodifusão.

III. Pois bem: em termos práticos, o processo de radiodifusão assenta na produção. Ela assegura a fixação da obra, permitindo, depois, todo o disfrute alargado do seu conteúdo. Cabe ao produtor seleccionar e apurar a obra, descobrir (eventualmente) e habilitar o artista ou o executante, organizar os meios técnicos para uma execução exemplar, registá-la e integrá-la nos circuitos artísticos a jusante.

A democratização do disfrute artístico depende da dimensão do produtor, da sua gestão, da sua capacidade em racionalizar os custos e da sua eficiência ao colocar no mercado, a preços compatíveis, todo o produto da criação artística⁴.

3. Os direitos envolvidos na radiodifusão

I. À partida, o autor é o titular da obra que tenha criado (11.º). O seu “domínio” consubstancia-se nos denominados direitos morais e direitos patrimoniais (9.º).

Mas além do autor, também os outros intervenientes nos circuitos que permitam o disfrute da obra pelo público têm (devem ter!) posições jurídicas reconhecidas. Aqui surgem os direitos conexos (176.º ss.), ainda ditos “direitos vizinhos” (*droit voisins*)⁵ ou “direitos de protecção aparentados” (*verwandte Schutzrechte*)⁶.

⁴ Estes diversos elementos integram a economia da cultura; em termos introdutórios: MANFRED REHBINDER, *Urheberrecht*, 16.ª ed. (2010), § 1, Nr. 6 (3).

⁵ MICHEL VIVANT/JEAN MICHEL BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur* (2009), Nr. 19 (26-27); CHRISTOPHE CARON, *Droit d'auteur et droits voisins* (2009), Nr. 20 (18-19).

⁶ MANFRED REHBINDER, *Urheberrecht*, 16.ª ed. cit., Nr. 775 ss. (298 ss.); há uma especial focagem nos direitos da execução ou *Leistungsschutzrechte*: PETER LUTZ, *Grundriss des Urheberrechts* (2009), Nr. 556 ss. (176 ss.).

O sistema anglo-saxónico ou sistema de *copyright*⁷ pode, do ponto de vista continental, ser tomado como um esquema desenvolvido em torno de um “direito vizinho”. Efectivamente, o direito básico não cabe ao autor, mas antes a quem tenha assumido o encargo económico (e os riscos) da criação. Há um primado da obra que coloca em segundo plano os aspectos morais⁸. Estes têm vindo a ser reconhecidos na evolução subsequente⁹, aproximando os dois grandes sistemas.

II. Na radiodifusão, para além dos aspectos morais que assistem ao autor e, pelo menos, aos artistas ou intérpretes, temos direitos patrimoniais. Estes deverão contemplar, pelo menos: o autor, os executantes, o produtor e a entidade radiodifusora. Quando algum deles fique de fora (ou não seja suficientemente remunerado) uma de três:

- ou há mecenato;
- ou há uma situação desequilibrada que apenas transitoriamente poderá perdurar;
- ou um dos agentes envolvidos consegue, mercê da sua inserção no processo de radiodifusão, recolher, alhures, vantagens que o compensem.

III. Se nos centrarmos na fonte de financiamento, temos também três possibilidades:

- ou há mecenato ou financiamento público;
- ou os radiodifusores logram cobrar taxas ou rendas, obrigatórias ou acordadas, aos utentes;
- ou se recorre à publicidade: os radiodifusores aproveitam o interesse gerado pelas obras radiodifundidas e colocam espaço no mercado da publicidade, alocando parte das receitas deste ao circuito da distribuição artística.

IV. A radiodifusão moderna opera com muitas centenas de obras, em sequência. Estão envolvidos os respectivos autores, os executantes e os respectivos produtores. Seria inviável negociar, com cada um deles e a propósito de cada obra, os aspectos patrimoniais envolvidos. A questão, fortemente condicionada por exigências práticas, é resolvida através

⁷ Quanto à origem e à evolução histórica do *copyright*: RONAN DEAZLEY, *On the Origin of the Rights to Copy / Charting the Movement of Copyright Law in Eighteenth-Century Britain (1695-1775)* (2004), XXVI + 261 pp.

⁸ FRANÇOISE BEUIAMOU/JOËLLE FARCHY, *Droit d'auteur et copyright*, 2.^a ed. (2009), 22 ss..

⁹ As noções elementares podem ser confrontadas em CALVIN LOWE, *A Guide to Copyright & Intellectual Property Law* (2010), 9 ss.

da gestão colectiva dos direitos de autor¹⁰. A matéria consta da Lei n.º 83/2001, de 3 de Agosto, a qual regula a constituição, organização, funcionamento e atribuição das entidades de gestão colectiva do direito de autor e dos direitos conexos.

Os titulares do direito de autor e de direitos conexos escolhem entidades colectivas que os representem e que negoceiam, com as sociedades de radiodifusão, a autorização para a utilização das obras e a contrapartida devida por essa autorização. O instrumento jurídico concluído entre os autores e os titulares de direitos conexos e as entidades de gestão colectiva é um contrato de gestão¹¹.

4. A Lei portuguesa; a opção de Oliveira Ascensão

I. O regime aplicável à autorização para a radiodifusão de obras e à retribuição que daí advenha varia com a lei de cada País. Há, ainda, normas comunitárias a ter em conta. A Lei portuguesa vigente é muito clara. Vamos sumariá-la.

II. Quanto à obra: depende de autorização do autor a radiodifusão sonora ou visual da obra (149.º/1). Diz o artigo 150.º:

Se a obra foi objecto de fixação para fins de comercialização com autorização do autor, abrangendo expressamente a respectiva comunicação ou radiodifusão sonora ou visual, é desnecessário o consentimento especial deste para cada comunicação ou radiodifusão, sem prejuízo dos direitos morais e do direito a remuneração equitativa.

Ou seja: perante a produção comercial, uma de duas: ou o autor autorizou de antemão a radiodifusão da obra, e não é necessário um consentimento especial subsequente caso a caso, ou não o fez e tal consentimento terá de ser dado posteriormente.

III. Quanto a fonogramas ou videogramas, funciona o artigo 184.º:

– carecem de autorização do produtor a sua reprodução e difusão (184.º/1 e 2);

¹⁰ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil / Direito de autor e direitos conexos* (1992, reimp., 1998), 691 ss. Este Autor, na linha da orientação geral que entendeu imprimir à sua obra, faz uma crítica permanente e acérrima às entidades de gestão colectiva, ainda que sem indicar nem fontes nem factos concretos. De todo o modo, escreveu antes da Lei n.º 83/2001, de 3 de Agosto, e não explicita esquemas alternativos aos existentes.

¹¹ Artigo 12.º da Lei n.º 83/2001, de 3 de Agosto.

– quando se trate de fonograma ou de videograma editados comercialmente, o utilizador pagará determinadas quantias (184.º/3).

Nem se percebe como houve dúvidas: um produtor pode pretender colocar no comércio uma obra e proibir a sua radiodifusão. Basta ler a etiquetagem de qualquer cd/vídeo: compram-se no mercado, mas está proibida a sua pública execução ou radiodifusão. Só assim não seria perante lei expressa.

Logo, o n.º 3 não dispensa a autorização para radiodifusão; apenas acrescenta que esta, quando permitida, dá lugar a um pagamento equitativo a repartir igualmente pelo produtor e pelo intérprete, salvo cláusula em contrário. Esta cláusula poderá fixar: ou uma retribuição “não equitativa” (para mais ou para menos) ou uma diversa repartição do seu valor.

IV. O problema surgiu mercê de uma interpretação circunstancial de Oliveira Ascensão.

Em nome da verdade científica, cabe recordar que este Autor, de resto Ilustre, teve um papel decisivo na elaboração do Código do Direito de Autor de 1985, tal como resultou do Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de Março. Na altura, este Código originou uma forte reacção dos meios ligados à gestão dos direitos de autor: daí resultou a Lei n.º 45/85, de 17 de Setembro, que desvirtuou profundamente, do ponto de vista do seu Autor material, o diploma inicial¹². Oliveira Ascensão reagiu com convicção e passou, na sua obra, sempre excelente, a criticar aprememente os diversos preceitos legais. O estilo manteve-se: basta ler algumas páginas do livro em causa para se apreender um tom menos habitual em obras jurídico-científicas. E aqui temos como, passado um quarto de século e em área que nem tem a ver com os desaguidados de 1985, ainda se mantém um forte ataque à lei em vigor.

Este Autor veio defender, na base de uma articulação vocabular entre os números 3 e 2¹³ do artigo 184.º, que havendo uma “edição comercial”, a autorização do produtor para a radiodifusão não seria necessária¹⁴.

V. Salvo o devido respeito, esta orientação não resulta da lei. Tão-pouco se pode dizer que se trata de uma solução contra o público¹⁵: porque não contra as multinacionais de radiodifusão? Ou a favor do público, prevenindo cópias piratas?

¹² Veja-se, do próprio OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de autor* cit., 20.

¹³ Que considera “lazerento”: ob. cit., 570.

¹⁴ Todavia, na ob. cit., 21, admite-se que os produtores vendam no mercado (logo: tenham fixado com fins comerciais) e recebam pagamento pela autorização para difusão.

¹⁵ *Idem*, 570.

Há que prevenir pré-entendimentos emotivos. De todo o modo, a questão suscitada por Oliveira Ascensão constitui um ensejo para aprofundar a temática subsequente.

5. Sequência

I. Fixado o problema, iremos, com vista à sua delucidação, aprofundar os aspectos seguintes:

- a legislação do Direito de autor;
- a natureza do Direito de autor;
- os parâmetros axiológicos da radiodifusão.

As leis de Direito de autor têm-se sucedido: o Código de 1985 tem sofrido sucessivas alterações, das quais resultam os textos problemáticos vigentes. Além disso, há que contar com fontes internacionais e com diplomas comunitários. Assume o maior interesse referir a evolução subsequenciada de toda esta matéria.

O Direito de autor abrange, consabidamente, uma vertente moral e uma vertente patrimonial. São independentes? A comercialização retira a disponibilidade moral da obra (ou a da sua interpretação)? Ainda que de modo conciso, há que não perder o sentido profundo que toda esta matéria assume, no Direito civil.

Finalmente: as interpretações teoricamente possíveis têm consequências. De que tipo? Os valores envolvidos na radiodifusão, devidamente ponderados, oferecem pistas de solução que não devem ser ignoradas.

II. Fica explicada a sequência. Apurados os diversos elementos em jogo, regressaremos ao tema nuclear do presente estudo. No final serão apresentadas breves conclusões.

II. Fontes

6. A Convenção de Roma de 1961

I. Na base da tutela dos intérpretes, dos artistas e dos produtores de fonogramas, encontramos a Convenção de Roma de 1961, intitulada, na versão portuguesa, “Convenção internacional para protecção dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores de fonogramas e dos organismos de radiodifusão”. Esta Convenção foi aprovada, para

adesão, pela Resolução da Assembleia da República n.º 61/99, de 16 de Abril de 1999¹⁶.

II. Vamos reter, dessa convenção, os preceitos básicos ora em causa:

Artigo 7.º

1. A protecção aos artistas intérpretes ou executantes prevista na presente Convenção compreenderá a faculdade de impedir:

- a) A radiodifusão e a comunicação ao público das suas execuções sem seu consentimento, excepto quando a execução utilizada para a radiodifusão ou para a comunicação ao público já seja uma execução radiodifundida ou fixada num fonograma;
- b) A fixação num suporte material sem seu consentimento da sua execução não fixada;
- c) A reprodução sem seu consentimento de uma fixação da sua execução:
 - i) Se a primeira fixação foi feita sem seu consentimento;
 - ii) Se a reprodução for feita para fins diferentes daqueles para os quais foi dado o consentimento;
 - iii) Quando a primeira fixação, feita em virtude das disposições do artigo 15.º da presente Convenção, for reproduzida para fins diferentes dos previstos nesse artigo.

(...)

Artigo 10.º

Os produtores de fonogramas gozam do direito de autorizar ou proibir a reprodução directa ou indirecta dos seus fonogramas.

Artigo 12.º

Quando um fonograma publicado com fins comerciais ou uma reprodução desse fonograma forem utilizados directamente pela radiodifusão ou para qualquer comunicação ao público, o utilizador pagará uma remuneração equitativa e única aos artistas intérpretes ou executantes ou aos produtores de fonogramas ou aos dois. Na falta de acordo entre eles, a legislação nacional poderá determinar as condições de repartição desta remuneração.

III. A sucessão de textos afigura-se clara¹⁷. O artigo 12.º aplica-se na sequência do artigo 10.º: a remuneração equitativa prevista no primeiro

¹⁶ DR I Série-A, n.º 169, de 22-Jul.-1999, 4507-4518; a Convenção de Roma foi ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 168/99, de 22 de Julho. O texto pode ser confrontado, em língua alemã, em *Urheber- und Verlagsrecht*, 13.ª ed. da Beck (2010), intr. HANS-PETER HILLIG, 413-424. Ainda quanto à Convenção de Roma: PEDRO DA COSTA CORDEIRO, *Direito de autor e radiodifusão* cit., 123 ss.

¹⁷ Referimos JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito autoral* (ed. Rio de Janeiro) (1980), 281, onde se faz a descrição sequencial dos preceitos, sem dispensar a autorização para a radiodifusão.

(o 12.º) pressupõe que a reprodução tenha sido autorizada nos termos do segundo (o 10.º). Caso a reprodução seja ilícita, não há “remuneração” mas, eventualmente, indemnização e consequências penais. Fica em aberto a possibilidade de as leis nacionais dispensarem a autorização: mas não a remuneração.

IV. Mas quanto ao artigo 7.º: está em aberto a necessidade de uma interpretação integrada: um artista ou intérprete pode perfeitamente autorizar a fixação em fonograma da sua actuação, mas com a expressa reserva de não permitir a sua radiodifusão. O artigo 7.º/1, *a*), da Convenção, apenas oferece uma presunção: a de que, autorizada a fixação em fonograma, fica permitida a sua radiodifusão. Mas ainda então com cautelas: a pessoa que se preste a um filme de família pode não pretender que o mesmo seja radiodifundido.

As Convenções internacionais devem ser interpretadas com cuidado, uma vez que resultam, muitas vezes, de negociações feitas sem critério de conjunto, artigo a artigo.

7. O Tratado OMPI sobre Direito de Autor

I. A Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI)¹⁸ é uma agência especializada das Nações Unidas, criada em 1967, com sede em Genebra. Tem 184 Estados-Membros e promove e administra 24 tratados internacionais.

II. Entre os instrumentos geridos pela OMPI conta-se o Tratado sobre o Direito de Autor de 20-Dez.-1996, em vigor desde 6-Mar.-2002, conhecido pela sigla WCT (*Wipo Copyright Treaty*). Este Tratado foi aprovado pela Resolução da Assembleia da República n.º 53/2009, de 5 de Fevereiro de 2009¹⁹ e ratificado pelo Decreto do Presidente da República n.º 68/2009, de 30 de Julho. Entrou em vigor, em Portugal, no dia 10-Mar.-2010: tal como para os diversos países da União Europeia.

¹⁸ Por vezes referida pela sigla WIPO (*World Intellectual Property Organization*).

¹⁹ DR I Série, n.º 146, de 30-Jul.-2009, 4889-4896. O texto está publicado em português e em inglês. Em alemão: *Urheber- und Verlagsrecht*, 13.ª ed. cit., 350-356; recordamos que perante fontes internacionais, a consulta em várias línguas é um útil auxiliar de interpretação.

III. Esta Convenção veio, entre outros aspectos, alargar a programas de computador a protecção conferida pela Convenção de Berna sobre Direito de Autor. Segundo o artigo 8.º do Tratado: salvo determinadas excepções,

(...) os autores de obras literárias e artísticas gozam do direito exclusivo de autorizar qualquer comunicação ao público das suas obras (...)

8. O Tratado OMPI sobre Prestações e Fonogramas

I. Também em Genebra e no mesmo dia 30-Dez.-1996, foi adoptado o Tratado da OMPI sobre Prestações e Fonogramas, conhecido pela sigla WPPT (*Wipo Performances and Phonograms Treaty*). O Tratado em causa foi aprovado pela Resolução da Assembleia da República n.º 81/2009, de 5 de Fevereiro²⁰ e ratificado pelo Decreto do Presidente da República n.º 77/2009, de 27 de Agosto.

II. O Tratado sobre Prestações e Fonogramas ressaltou expressamente a Convenção de Roma. No essencial, ele veio:

- proclamar a tutela dos artistas intérpretes ou executantes e aos produtores (3.º);
- consignar os direitos morais dos artistas intérpretes ou executantes (5.º).

III. Quanto a direitos patrimoniais dos artistas intérpretes ou executantes, cabe citar, desde logo, os artigos 6.º e 10.º. Assim:

Artigo 6.º

Direitos de carácter patrimonial dos artistas intérpretes ou executantes sobre as suas prestações não fixadas

Os artistas intérpretes ou executantes gozam do direito exclusivo de autorizar, relativamente às suas prestações:

- i) A radiodifusão e a comunicação ao público das suas prestações não fixadas, excepto quando a prestação seja já uma prestação radiodifundida; e
- ii) A fixação das suas prestações não fixadas.

(...)

²⁰ DR I Série n.º 166, de 27-Ago.-2009, 5636-5646, em português e em inglês. Em alemão: *Urheber- und Verlagsrecht*, 13.ª ed. cit., 357-366.

Artigo 10.º

Direito de colocação à disposição de prestações fixadas

Os artistas intérpretes ou executantes gozam do direito exclusivo de autorizar a colocação à disposição do público das suas prestações fixadas em fonogramas, por fios ou sem fios, por forma a torná-las acessíveis a membros do público a partir do local e no momento por eles escolhido individualmente.

III. No que respeita aos direitos dos produtores, vamos consignar os artigos 11.º e 14.º:

Artigo 11.º

Direito de reprodução

Os produtores de fonogramas gozam do direito exclusivo de autorizar a reprodução directa ou indirecta dos seus fonogramas, de qualquer maneira e sob qualquer forma.

(...)

Artigo 14.º

Direito de colocação à disposição de fonogramas

Os produtores de fonogramas gozam do direito exclusivo de autorizar a colocação à disposição do público dos seus fonogramas, por fios ou sem fios, por forma a torná-los acessíveis a membros do público a partir do local e no momento por eles escolhido individualmente.

IV. Mais complexo se afigura o artigo 15.º, assim concebido:

Artigo 15.º

Direito a remuneração pela radiodifusão e comunicação ao público

1 Os artistas intérpretes ou executantes e os produtores de fonogramas gozam do direito a uma remuneração equitativa e única pela utilização directa ou indirecta de fonogramas publicados com fins comerciais para radiodifusão ou para qualquer comunicação ao público.

2. As Partes Contratantes podem determinar na sua legislação nacional que a remuneração equitativa e única seja reclamada ao utilizador pelo artista intérprete ou executante ou pelo produtor de um fonograma, ou por ambos. As Partes Contratantes podem adoptar legislação nacional que, na falta de acordo entre o artista intérprete ou executante e o produtor de um fonograma, determine as condições de repartição da remuneração equitativa e única entre os artistas intérpretes ou executantes e os produtores de fonogramas.

3. Qualquer Parte Contratante pode declarar, por notificação depositada junto do director-geral da OMPI, que aplicará o disposto no n.º 1 unicamente em relação a certas utilizações, ou que limitará a sua aplicação de qualquer outro modo, ou que pura e simplesmente não aplicará essas disposições.

4. Para efeitos do disposto no presente artigo, considerar-se-ão os fonogramas colocados à disposição do público, por fios ou sem fios, por forma a torná-los acessíveis a membros do público a partir do local e no momento por eles escolhido individualmente, como tendo sido publicados com fins comerciais.

V. O esquema do Tratado sobre Prestações e Fonogramas, para mais quando interpretado à luz da Convenção de Roma, parece claro. Assim:

- ficam ressalvados os direitos morais;
- a radiodifusão depende de autorização dos artistas intérpretes e dos produtores;
- quando ocorra e se trate de publicações com fins comerciais, há direito à remuneração equitativa.

De facto, não se prevê, em parte alguma, uma radiodifusão obrigatória ou uma sujeição à mesma. E também não se fez referência a qualquer “fixação comercial”: conceito que nem se alcança no Direito inglês, como veremos. Finalmente: a remuneração só opera quando haja fins lucrativos, o que é de regra. Fica ao critério de cada legislação nacional o saber se a autorização para comercialização envolve a autorização para radiodifusão ou se se requerem autorizações distintas.

9. O Código do Direito de Autor de 1985 (versão original)

I. O Código do Direito de Autor, adoptado pelo Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de Março, veio ocupar-se dos então ditos “direitos afins do direito de autor ou com eles conexos”. Vamos transcrever dois troços significativos do seu preâmbulo:

A importante disciplina da protecção dos titulares de direitos afins do direito de autor, ou com ele conexos, segue de muito perto a Convenção de Roma para Protecção de Artistas Intérpretes ou Executantes, de Produtores de Fonogramas e dos Organismos de Radiodifusão, de 1961. O intérprete e o executante têm, sem dúvida, uma interpretação criadora, digna de protecção. Mas como esta criação se insere necessariamente noutra – a do autor da obra interpretada ou executada –, a protecção outorgada àqueles não pode em nada prejudicar a protecção dos autores desta.

E, de seguida:

O novo Código toma também em consideração a Convenção de Genebra para Protecção dos Produtores contra Reprodução não Autorizada dos seus Fonogramas, de 1971. Todos aqueles que fabricarem ou duplicarem fonogramas e videogramas passam a estar obrigados a comunicar, periódica e especificamente, à Direcção-Geral dos Espectáculos e do Direito de Autor as quantidades produzidas ou duplicadas. Esta comunicação será acompanhada de prova de autorização dos titulares de direitos sobre as obras fixadas nos fonogramas e videogramas. Prevê-se ainda que no preço de venda ao público de todos e quaisquer aparelhos mecânicos, químicos, eléctricos, electrónicos ou outros que permitam a gravação e reprodução de obras literárias ou artísticas e bem assim no preço de todos e quaisquer suportes de gravações e reproduções que por qualquer desses meios possam obter-se passe a incluir-se uma quantia em benefício dos autores e dos artistas cujo objecto sejam obras gravadas ou reproduzidas pelos meios em apreço.

II. O Código, na sua versão inicial, dava uma protecção alargada aos titulares dos direitos conexos. Para facilidade de colocação, vamos reter os textos essenciais:

Artigo 183.º

Poder de impedir

Os artistas intérpretes ou executantes podem impedir, salvo acordo em contrário:

- a) A radiodifusão ou a comunicação ao público, por qualquer meio, das execuções que tiverem realizado, salvo quando utilizadas para a radiodifusão ou comunicação pública execuções já radiodifundidas ou já fixadas;
- b) A fixação das suas execuções não fixadas;
- c) A reprodução de fixação não autorizada das suas execuções, ou para fim diverso do previsto na autorização, ou dos que visam as utilizações livres enumeradas no artigo 194.º, quando a fixação tiver sido feita ao abrigo das disposições desse artigo.

Artigo 184.º

Autorização para radiodifundir

1. Na falta de acordo em contrário, a autorização para radiodifundir uma execução implica autorização para a sua fixação e posterior radiodifusão e reprodução dessa fixação, bem como para a radiodifusão de fixações licitamente autorizadas por outro organismo de radiodifusão.

2. O artista tem, todavia, direito a remuneração suplementar sempre que, sem estarem previstas no contrato inicial, forem realizadas as seguintes operações:

- a) Uma nova transmissão;
- b) A retransmissão por outro organismo de radiodifusão;
- c) A comercialização de fixações obtidas para fins de radiodifusão.

3. A retransmissão e a nova transmissão não autorizadas dão ao artista o direito de receber 20% da remuneração primitivamente fixada.

4. A comercialização dá ao artista o direito de receber 20% da quantia que o organismo de radiodifusão que fixou a execução receber do adquirente.

5. O artista pode estipular com os organismos de radiodifusão condições diversas das referidas nos números anteriores.

Artigo 190.º

Autorização do produtor

1. Carece de autorização do produtor do fonograma ou do videograma a reprodução feita com vista à distribuição das cópias ao público.

2. Os produtores de fonogramas ou de videogramas têm a faculdade de fiscalização análoga à conferida nos n.ºs 2 e 3 do artigo 145.º ao autor.

III. Em parte alguma se prevê uma radiodifusão obrigatória ou que dispense autorização. De resto, o diploma adere estreitamente às disposições da Convenção de Roma²¹.

²¹ A Lei n.º 41/80, de 12 de Agosto, que aprovou regras de protecção contra a reprodução ilícita de fonogramas, não refere, de modo expresse, a radiodifusão. De todo o modo,

10. A reforma de Setembro de 1985

I. Como foi referido, na sequência do descontentamento suscitado, pelo Código do Direito de Autor de 1985, nos meios a especialidade, foi efectuada, nesse mesmo ano, uma reforma aprofundada do diploma.

II. Nos dois aspectos agora em causa, sucedeu, no essencial, o seguinte. Os artigos 183.º, 184.º e 190.º, acima transcritos, surgem reenumerados como 178.º, 179.º e 184.º, respectivamente. No artigo 183.º – agora 178.º – as alterações foram de certa monta. Ficou com a redacção seguinte:

Os artistas intérpretes ou executantes podem impedir:

- a) A radiodifusão ou a comunicação ao público, por qualquer meio, sem o seu consentimento, das prestações que tenham realizado, salvo quando se utilizem prestações já radiodifundidas ou já fixadas;
- b) A fixação, sem o seu consentimento, das prestações que não tenham sido fixadas;
- c) A reprodução, sem o seu consentimento, de fixação das suas prestações quando esta não tenha sido autorizada, quando a reprodução seja feita para fins diversos daqueles para os quais foi dado o consentimento ou quando a primeira fixação tenha sido feita ao abrigo do artigo 189.º e a respectiva reprodução vise fins diferentes dos previstos nesse artigo.

III. Nos restantes, as alterações foram de ordem formal: visaram aproximar a terminologia legal da do texto da Convenção de Roma.

11. A reforma de 1991

I. A Lei n.º 114/91, de 3 de Setembro, veio introduzir alterações no Código do Direito de Autor. Como razão próxima, este diploma tem a da adesão à Convenção de Roma, aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 61/99, de 16 de Abril, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 168/99, de 22 de Julho, ambos acima referidos.

II. Entre as alterações relevantes, cumpre sublinhar as do artigo 179.º/3 a 5 e as do artigo 184.º. Para os presentes propósitos, afigura-se útil a sua transcrição:

era aí fixada a necessidade de autorização do produtor para a reprodução de fonogramas com vista à distribuição de cópias ao público e a distribuição em si – 2.º, a) e c).

Artigo 179.º

Autorização para radiodifundir

(...)

3. A retransmissão e a nova transmissão não autorizadas de uma prestação dão aos artistas que nela intervêm o direito de receberem, no seu conjunto, 20% da remuneração primitivamente fixada.

4. A comercialização dá aos artistas o direito de receberem, no seu conjunto, 20% da quantia que o organismo de radiodifusão que fixou a prestação receber do adquirente.

5. O artista pode estipular com o organismo de radiodifusão condições diversas das referidas nos números anteriores, mas não renunciar aos direitos nela consignados.

Artigo 184.º

Autorização do produtor

1. Carecem de autorização do produtor do fonograma ou do videograma a reprodução e a distribuição ao público de cópias dos mesmos, bem como a respectiva importação ou exportação.

2. Carecem também de autorização do produtor do fonograma ou do videograma a difusão por qualquer meio e a execução pública dos mesmos.

3. Quando um fonograma ou videograma editado comercialmente, ou uma reprodução dos mesmos, for utilizado por qualquer forma de comunicação pública, o utilizador pagará ao produtor e aos artistas intérpretes ou executantes uma remuneração equitativa, que será dividida entre eles em partes iguais, salvo acordo em contrário.

4. Os produtores de fonogramas ou de videogramas têm a faculdade de fiscalização análoga à conferida nos n.ºs 1 e 2 do artigo 143.º.

III. Não terá havido um enorme cuidado formal nestas alterações, claramente aderentes à Convenção de Roma. Mas o essencial parece claro:

- especificou-se a necessidade de autorização para a radiodifusão;
- fixou-se uma remuneração equitativa para tal eventualidade, quando se trate de produtos “comerciais”.

A necessidade de autorização para a radiodifusão resultava já, implicitamente, da lei anterior. Na verdade, não faz grande sentido exigir uma autorização para fazer cópias e permitir, *ad nutum*, uma radiodifusão, quando é sabido que o receptor pode fazer, nessa base, as cópias que entender, sem qualquer hipótese de controlo. Quanto à remuneração: sempre poderia ser fixada, aquando da autorização. A novidade é o reparti-la pelos intérpretes e pelo produtor.

IV. Em compensação, parece-nos claramente contrário à lógica global da reforma introduzida pela Lei n.º 114/91, de 3 de Setembro, a ideia de que a “edição comercial” de um fonograma ou videograma permite a livre radiodifusão, com dispensa de autorização.

O fonograma comercializado custa dinheiro a quem a ele queira aceder. Não se compreende porque facultá-lo *ad nutum* a quem o obtenha por radiodifusão (e que pode, de imediato, gravá-lo). Além disso e como já referimos, é totalmente legítimo editar comercialmente um fonograma (ou videograma) estipulando que a radiodifusão não é possível ou que depende de novo acordo.

12. As reformas de 1997

I. A quietude do Código do Direito de Autor teve pouca dura. Os Decretos-Leis n.º 332/97, de 27 de Novembro e n.º 334/97, da mesma data, introduziram novas alterações.

II. O Decreto-Lei n.º 332/97, de 27 de Novembro, veio introduzir regras sobre o aluguer e o comodato de obras ou seu suporte. Essas figuras foram também alargadas aos direitos conexos. Tratou-se de transpor a Directriz n.º 92/100, de 19 de Novembro²².

III. O Decreto-Lei n.º 334/97, de 27 de Novembro, transpôs a Directriz n.º 93/98, de 29 de Outubro²³. Desta feita, visou-se harmonizar o prazo de protecção dos direitos de autor e conexos.

13. As reformas de 2004 e de 2006

I. Seguiu-se, na série de alterações introduzidas no Código do Direito de Autor, a Lei n.º 50/2004, de 24 de Agosto. Esta Lei visou transpor a Directriz n.º 2001/29, de 22 de Maio, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade de informação²⁴. Vamos reter o artigo 3.º dessa Directriz:

Artigo 3.º

Direito de comunicação de obras ao público, incluindo o direito de colocar à sua disposição outro material

1. Os Estados-Membros devem prever a favor dos autores 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.

2. Os Estados-Membros devem prever que o direito exclusivo de autorização ou proibição de colocação à disposição do público, por fio ou sem fio, por forma

²² JOCE N. L 346, 61-66, de 27-Nov.-1992.

²³ JOCE N. L 290, 9-13, de 24-Nov.-1993.

²⁴ JOCE N. L 167, 10-19, de 22-Jun.-2001.

a que seja acessível a qualquer pessoa a partir do local e no momento por ela escolhido, cabe:

- a) Aos artistas intérpretes ou executantes, para as fixações das suas prestações;
- b) Aos produtores de fonogramas, para os seus fonogramas;
- c) Aos produtores de primeiras fixações de filmes, para o original e as cópias dos seus filmes; e
- d) Aos organismos de radiodifusão, para as fixações das suas radiodifusões, independentemente de estas serem transmitidas por fio ou sem fio, incluindo por cabo ou satélite.

3. Os direitos referidos nos n.ºs 1 e 2 não se esgotam por qualquer acto de comunicação ao público ou de colocação à disposição do público, contemplado no presente artigo.

II. O artigo 5.º contém uma longa lista de excepções à regra do artigo 3.º. Não a transcrevemos, por ser muito extensa: mas todas elas se reduzem a transmissões ou reproduções efémeras, pedagógicas, científicas, noticiosas e sem fins lucrativos. Além disso, o preâmbulo da Directriz, auxiliar de interpretação, explica o alcance das excepções nos termos seguintes:

(32) A presente directiva prevê uma enumeração exaustiva das excepções e limitações ao direito de reprodução e ao direito de comunicação ao público. Algumas excepções só são aplicáveis ao direito de reprodução, quando adequado. Esta enumeração tem em devida consideração as diferentes tradições jurídicas dos Estados-Membros e destina-se simultaneamente a assegurar o funcionamento do mercado interno. Os Estados-Membros devem aplicar essas excepções e limitações de uma forma coerente, o que será apreciado quando for examinada futuramente a legislação de transposição.

III. A Lei n.º 50/2004, de 24 de Agosto, com estes significativos antecedentes, veio precisar as diversas situações em que são permitidas utilizações da obra, sem autorização do autor (75.º). O novo artigo 176.º contém melhores disposições.

Quanto ao artigo 178.º, temos a sublinhar, entre outras alterações, os seguintes números 2 e 3:

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

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

IV. Por seu turno, o artigo 184.º viu alterados os seus n.ºs 1 e 2, nos termos seguintes:

1. Carecem de autorização do produtor do fonograma ou do videograma a reprodução, directa ou indirecta, temporária ou permanente, por quaisquer meios e sob qualquer forma, no todo ou em parte, e a distribuição ao público de cópias dos mesmos, bem como a respectiva importação ou exportação.
2. Carecem também de autorização do produtor do fonograma ou do videograma a difusão por qualquer meio, a execução pública dos mesmos e a colocação à disposição do público, por fio ou sem fio, por forma que sejam acessíveis a qualquer pessoa a partir do local e no momento por ela escolhido.

V. Não antevemos nada que, nestas alterações, suscite, de perto ou de longe, a ideia de que alguma vez se tenha tornado possível radiodifundir um fonograma, fora das excepções legais previstas, sem autorização do produtor e dos intérpretes.

Pelo contrário: a interpretação conforme com a Directriz n.º 2001/29 inculca, precisamente, a ideia inversa.

VI. A Lei n.º 24/2006, de 30 de Junho, veio alterar o artigo 54.º do CDAC, relativamente ao direito de comparticipação do autor no preço obtido com cada venda da obra.

14. A reforma de 2008

I. Finalmente, chegamos à reforma adoptada pela Lei n.º 16/2008, de 1 de Abril. Esse diploma alterou, designadamente, o Código do Direito de Autor e o Código da Propriedade Industrial, republicando-os em anexo. Foi uma boa medida, uma vez que, no tocante sobretudo ao primeiro, proliferavam, desde 1985, os diplomas de alteração. Mas as modificações introduzidas foram simples: cifraram-se em oito artigos e no aditamento de mais treze artigos, atinentes, estes, a questões processuais.

A reforma adveio da necessidade de transpor a Directriz n.º 2004/48, de 29 de Abril, relativa ao respeito dos direitos de propriedade industrial²⁵ justamente com preceitos relativos à prova.

II. A reforma de 2008 não alterou os preceitos relativos à radiodifusão de fonogramas. A manutenção dos dispositivos anteriores significa que, do ponto de vista do legislador, os textos eram claros e equilibrados.

III. A estrutura e a natureza do direito de autor

15. Aspectos gerais; a evolução dos direitos de personalidade

I. A determinação da estrutura e da natureza do direito (subjectivo) de autor, bem como a dos direitos conexos, é questão delicada. De acordo com a boa metodologia jurídica, ela deveria assentar na prévia determinação do regime aplicável²⁶. Sucede, todavia, que o Código do Direito de Autor não vem dar corpo a nenhuma construção coerente. Ele foi fruto das circunstâncias, tendo evoluído ao sabor de instrumentos internacionais díspares e de diversas contingências ligadas a problemas concretos que, bem ou mal, se pretenderam solucionar. A presente rubrica visa chamar a atenção para a existência de valorações unitárias no Direito de autor. Muitas vezes os “dualismos” e os “pluralismos” advêm de se lidar com noções não-compreensivas de direitos subjectivos e de não se atinar na origem do problema.

II. O direito de autor arrancou da aplicação da ideia de propriedade às realidades imateriais. Essa concepção está, de certo modo, ainda subjacente ao artigo 1303.º, do Código Civil. Foi a pandectística alemã que,

²⁵ JOCE N. L 157, 45-86, de 30-Abr.-2004.

²⁶ Entre nós: OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de autor* cit., 646 ss. e 667 ss.; JOSÉ ALBERTO COELHO VIEIRA, *A estrutura do Direito de autor no ordenamento jurídico português* (1992), especialmente 134 ss.; ALBERTO DE SÁ E MELLO, *Contrato de direito de autor / A autonomia contratual na formação do direito de autor* (2008), especialmente 71 ss.; no estrangeiro, com indicações, referimos FRÉDÉRIC POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur* (2005), 30 ss., concluindo que a lei francesa consagra a concepção dualista (ob. cit., 45) e CHRISTIAN CZYCHOWSKI, em FRIEDRICH KARL FROMM/WILHELM NORDEMANN, *Urheberrecht // Kommentar*, 10.ª ed. (2008), § 11, Nr. 1 (269), explicando que a lei alemã recebe a teoria monista, de acordo com a doutrina dominante.

ao reservar a propriedade para as coisas corpóreas, obrigou a repensar o tema dos direitos de personalidade, inicialmente negados por Savigny²⁷.

Na fase final do pandectismo, os direitos de personalidade foram potenciados e enriquecidos pelo tratamento dogmático alcançado pelos direitos sobre bens imateriais, recém-conquistados para a Ciência do Direito. Trata-se de um aspecto que deve ser enfatizado: os direitos de personalidade desenvolveram-se apoiados na prática e nas necessidades de dar corpo aos vectores humanistas que, perante novas realidades animaram o Direito civil.

No tocante às manifestações “parcelares” que, na periferia, animaram os direitos de personalidade temos, em primeiro lugar, o tema das patentes. Mercê da rápida industrialização surgiu, em 1877, a Lei Alemã das Patentes. Visando explicar a tutela aí dispensada aos seus titulares, Carl Gareis introduz a ideia do “direito individual”²⁸. Haveria, depois, um “direito individual geral”²⁹:

(...) a ordem jurídica reconhece a cada pessoa o direito de se realizar como indivíduo, de viver e de desenvolver e valorizar as suas forças.

Neste “direito individual geral”³⁰ tem-se visto o “direito geral de personalidade” depois referido por alguns pandectistas e que floresceria, mais tarde, na sequência da 2.ª Guerra Mundial.

III. Paralelamente, Josef Kohler batia-se pelos direitos dos bens imateriais³¹. Eles não dariam lugar a uma “propriedade espiritual” e não se limitariam a possibilitar uma determinada defesa: pela positiva, facultariam a exploração económica de um bem imaterial³². Na base, todavia, Kohler acabaria por colocar o “direito individual”, patente em ulterior escrito sobre o direito ao nome³³. Segundo Kohler,

²⁷ FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts* I (1840), § 53 (335-338).

²⁸ CARL GAREIS, *Das Deutsche Patentgesetz vom 25. Mai 1877 erläutert*, cit. através da rec. de PAUL LABAND, ZHR 23 (1878), 621-624.

²⁹ *Apud* LABAND, *Das Deutsche Patentgesetz* cit., 621.

³⁰ Ao qual, de resto, LABAND, *Das Deutsche Patentgesetz* cit., 622, não se mostra favorável.

³¹ JOSEF KOHLER, *Das Autorrecht, eine zivilistische Abhandlung, zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Eigentum, vom Miteigentum, vom Rechtsgeschäft und vom Individualrecht* I, JhJb XVIII (1879), 129-138 e II, JhJb XVIII (1879), 329-442 (478, com os três anexos), 129 e *passim*.

³² J. KOHLER, *Das Autorrecht* cit., 130-131, 337 e 338.

³³ J. KOHLER, *Das Individualrecht als Namensrecht*, AbürglR V (1891), 77-110.

O direito ao nome só pode ser bem apreendido como peça ou parte do direito individual. O nome como tal não é objecto do direito; o nome é caracterização tal como o monograma, como o pseudónimo; mas objecto do direito é a própria pessoa porquanto ela pode exigir que ninguém use alguma fórmula que provoque confusão, troca ou diminuição da pessoa, na exteriorização de actos³⁴.

Também a fotografia não poderia ser usada sem autorização do fotografado³⁵.

Kohler aprofundaria o seu pensamento a propósito dos direitos relativos a cartas-missivas³⁶. Tratar-se-ia de um direito ao substrato geral³⁷, tendo o autor o direito exclusivo do seu aproveitamento económico e o de preservar a matéria em jogo.

O cultivo destes pontos dogmáticos era dobrado pela análise – sempre apoiada em institutos concretos – do papel dos princípios jurídicos na defesa das instituições e dos ideais³⁸. O nome de KOHLER deve, assim, ser retido entre os primeiros dogmáticos dos direitos de personalidade³⁹.

IV. O progressivo domínio dogmático da “periferia” da personalidade permitiu o esforço de abstracção necessário para se alcançar a ideia de “bem de personalidade”, base de qualquer dogmática coerente de direitos de personalidade.

Estes vêm, assim, a ser afirmados, na pandectística tardia, já sem dúvidas ou indecisões. Autores como Regelsberger⁴⁰ e Otto von Gierke⁴¹ reportam-se aos direitos de personalidade como direitos subjectivos privados e não patrimoniais⁴². No entanto, o desenvolvimento era ainda

³⁴ J. KOHLER, *Das Individualrecht* cit., 77; quanto à possibilidade de o “eu” dispor da própria personalidade, KOHLER remete para o seu *Autorrecht*.

³⁵ J. KOHLER, *Das Individualrecht* cit., 89.

³⁶ J. KOHLER, *Das Recht an Briefen*, *AbürglR* 7 (1893), 94-149.

³⁷ J. KOHLER, *Das Recht an Briefen* cit., 94.

³⁸ J. KOHLER, *Die Ideale im Recht* V (1891), 161-265 (250 e *passim*).

³⁹ Cf. LEO BURCKAS, *Eigentumsrecht. Urheberrecht und Persönlichkeitsrecht an Briefen* (1907), 69.

⁴⁰ FERDINAND REGELSBERGER, *Pandekten*, 1.º vol. (1893), § 50 (197-198); diz este Autor que as pessoas têm direitos ao próprio corpo e ao espírito, sem relação com coisas ou com outras pessoas.

⁴¹ OTTO VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht* I (1895), § 81 (702 ss.); os direitos de personalidade são os que concedem ao seu sujeito o domínio sobre uma parcela da própria esfera de personalidade; tratar-se-ia de direitos subjectivos, reconhecidos por todos.

⁴² OTTO VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht* cit., 1, 705-706.

escasso, de tal modo que o tema não logrou uma consagração geral no BGB⁴³.

16. A negociabilidade limitada

I. Já foi entendido que os direitos de personalidade seriam, por essência, *extra commercium*. Não é assim⁴⁴. O artigo 81.º/1 admite, em termos genéricos, a limitação voluntária dos direitos de personalidade, desde que não se mostre atingida a ordem pública. Além disso, o artigo 79.º/1 refere, a propósito do direito à imagem, a hipótese de o retrato de uma pessoa ser “... lançado no comércio ...”, termos esses que são repetidos no n.º 3 desse mesmo preceito. Também o direito ao nome admite negócios, no âmbito comercial.

II. Os direitos de personalidade representam, como quaisquer outros direitos subjectivos, posições de liberdade, reconhecidas ao seu beneficiário. Nessa qualidade, eles implicam disponibilidade.

As grandes restrições advêm da não-patrimonialidade de vários deles e da inerência de todos: o Direito poderá consentir em limitações graciosas e temporárias: mas não na sua troca por dinheiro ou numa alienação definitiva. Quanto à graciosidade, será o caso dos direitos do círculo biológico e do círculo moral. Todavia, apenas caso a caso será possível formular um juízo definitivo. No tocante à temporalidade: o artigo 81.º fixa uma regra de livre revogabilidade, “... ainda que com obrigação de indemnizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte”. Em rigor, trata-se de denúncia e não de revogação, já que a figura procede em situações duradouras e não tem eficácia retroactiva. A indemnização deve ser cabal, tendo em conta as circunstâncias do caso. Ela não poderá ser agravada por cláusula penal compulsória, sob pena de se pôr em causa a livre “revogabilidade” (ou denunciabilidade); já uma cláusula penal que se limite a prever os danos e a inverter o ónus da sua prova⁴⁵ parece possível e conciliável com a negociabilidade

⁴³ Cf. BERNHARD WINDSCHEID/THEODOR KIPP, *Lehrbuch des Pandektenrechts* I (1906, reimpr., 1984), 173 ss. Quanto à luta pelos direitos de personalidade antes de 1900, cf. JÜRGEN SIMON, *Das allgemeine Persönlichkeitsrecht und seine gewerblichen Erscheinungsformen/ Ein Entwicklungsprozess* (1981), 169 ss.

⁴⁴ Cf. KARL-NIKOLAUS PEIFER, *Individualität im Zivilrecht* (2001), 270 ss.

⁴⁵ Cf., quanto a estas categorias, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização* (1990), 282, 601 ss. e *passim*.

limitada: denunciado o contrato limitador dos direitos de personalidade do interessado, presumir-se-ia que os “... prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte” seriam os emergentes da cláusula penal. O interessado, querendo e podendo, provaria que seriam inferiores, abrindo às partes a redução da cláusula.

A negociabilidade limitada serve interesses sérios; não pode ser fonte de chicanas e de falta de seriedade nas contratações.

III. Disseminadas na lei, podemos localizar diversas disposições que, traduzindo a referida “negociabilidade limitada”, podem visar situações de personalidade ou situações mescladas com elementos de personalidade. Assim:

- a cessão de créditos é possível, entre outros aspectos, “... quando o crédito não esteja, pela própria natureza da prestação, ligado à pessoa do credor” – artigo 577.º/1;
- o credor não pode ser constrangido a receber a prestação de terceiro “... quando a substituição o prejudique” – artigo 767.º/2;
- a sanção pecuniária compulsória não é possível nas prestações de facto “... que exigem especiais qualidades científicas ou artísticas do obrigado” – 829.º-A;
- a execução de um contrato é possível, designadamente “... sempre que a isso não se oponha a natureza da obrigação assumida” – artigo 830.º/1;
- são absolutamente impenhoráveis as coisas ou direitos inalienáveis – 822.º, a), do Código de Processo Civil;
- não podem extinguir-se por compensação os créditos impenhoráveis, excepto entre si – 853.º/1, b), a interpretar restritivamente, de modo a não abranger os créditos absolutamente impenhoráveis.

Podemos, daqui, retirar vectores de ordem geral. Assim, os direitos de personalidade que assumam natureza creditícia, mercê da negociabilidade limitada, não são cedíveis (sobretudo sem o consentimento do “devedor”), não podem ser efectivados por terceiros, não podem ser objecto de sanções pecuniárias compulsórias ou de execução específica, são impenhoráveis e não se extinguem por compensação. Outros vectores surgem em domínios especiais, com relevo para o Código de Trabalho.

IV. Mas sob todas estas regras, há uma patrimonialidade latente que permita negociações. A essência pessoal não é prejudicada, como melhor iremos verificar.

17. A relevância patrimonial dos danos morais

I. O Direito tradicional, particularmente no Sul da Europa, demonstrava uma certa aversão pela patrimonialidade. Recordamos que, segundo as Ordenações, a prática do comércio era expressamente proibida aos clérigos, aos fidalgos e aos cavaleiros, (...) *porque não convém a suas dignidades (...)*⁴⁶. Essa regra ilustra os preconceitos ancestrais contra o comércio. O Marquês de Pombal tentou remar contra um estado de coisas, que sempre prejudicou o País. Nesse sentido e como exemplo, determinou que quem entrasse para a Companhia Geral do Grão-Pará e Maranhão com 10 000 cruzados tinha vários privilégios, prosseguindo⁴⁷:

E o commercio, que nella se fizer na sobredita forma, não só não prejudicará à nobreza das pessoas que o fizerem, no caso em que a tenham herdado, mas antes pelo contrário será meio próprio para se alcançar a nobreza adquirida (...).

II. Estas singularidades prolongaram-se no Direito civil. No século XIX, não se conhecia a categoria de danos morais.

De facto, os artigos 2384.º a 2387.º do Código de Seabra dispunham sobre prejuízos ressarcíveis no caso de homicídio ou de ferimentos: só especificavam danos patrimoniais, abstraindo dos restantes. Os danos morais não seriam ressarcíveis, por falta de base legal. Além disso, veio sustentar-se que as obrigações insusceptíveis de avaliação pecuniária não poderiam, quando violadas, dar lugar a uma sanção⁴⁸. Finalmente e nas palavras de Manuel de Andrade,

O dinheiro e os danos morais são entidades absolutamente heterogéneas, não podendo, pois, existir qualquer equivalência entre elas. De resto, só numa concepção genericamente materialista da vida é que pode aceitar-se a ideia de saldar com dinheiro quaisquer valores morais sacrificados; de atribuir ao ofendido, no caso de danos morais, o direito de apresentar uma conta ao ofensor⁴⁹.

⁴⁶ *Ordenações Filipinas*, Liv. IV, Tit. XVI = ed. Gulbenkian, IV e V, 801. *Vide* o nosso *Manual de Direito comercial*, 2.º ed. (2007), 80-81.

⁴⁷ *Vide* o nosso *Manual de Direito das sociedades* 1, 2.ª ed. (2007), 110.

⁴⁸ LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito civil*, 4 (1931), 343.

⁴⁹ MANUEL DE ANDRADE, *Teoria geral das obrigações*, com a col. de RUI DE ALARCÃO, 3.ª ed. (1966), 165. O próprio ANDRADE acabava, depois, por admitir a indemnização por danos morais, quando correspondesse a uma cláusula penal.

III. Estas asserções não são hoje admitidas. Desde logo surpreende que se venha invocar a intangibilidade da ofensa moral ... para a deixar sem protecção. A indemnização pode ter uma função ressarcitiva, apagando o dano: assim será, em princípio, nos danos patrimoniais. Mas pode, também, ter uma função compensatória: ainda que se saiba ser impossível suprimir determinado dano, é preferível arbitrar uma indemnização que, de certo modo, compense o mal feito, do que nada fazer.

Além disso, sabe-se, hoje, que a responsabilidade civil tem um papel punitivo: visa ressarcir o mal feito e desincentivar, quer junto do agente, quer junto de outros elementos da comunidade, a repetição das práticas prevaricadoras.

Deu-se uma evolução doutrinária e jurisprudencial que, aos poucos, veio a consagrar a ressarcibilidade de danos morais. Esta foi admitida perante leis especiais que a consentissem⁵⁰ e, esporadicamente, sob a invocação de preceitos constitucionais retirados da Constituição de 1933⁵¹. Todavia, a prática anterior ao Código Civil vigente procurava, sempre, acolher-se a leis especiais⁵². Uma viragem favorável ao ressarcimento de danos morais, independentemente de tais constrangimentos, ocorreria já próxima da mudança de códigos⁵³.

IV. Aquando da preparação do que viria a ser o Código Civil de 1966, o tema da ressarcibilidade dos danos morais foi aprofundado por Vaz Serra⁵⁴, que deu uma resposta positiva de princípio. Acabaria por, na parte agora em causa, formular a proposta seguinte⁵⁵:

⁵⁰ Tal o caso do artigo 34.º do Código de Processo Penal de 1927; cf. RCB 18-Nov.-1947 (CARLOS SAAVEDRA), BMJ 6 (1948), 252-257 (256-257) e STJ 13-Dez.-1947 (TAVARES DA COSTA), BMJ 4 (1948), 110-113 (111-112).

⁵¹ STJ 20-Jul.-1951 (RAÚL DUQUE), BMJ 26 (1951), 235-238 (237); em concreto, não foi, aí, arbitrada uma indemnização por, segundo o Supremo, não se terem especificado os danos.

⁵² STJ 22-Jul.-1952 (CAMPELO DE ANDRADE), BMJ 32 (1952), 250-252, STJ 13-Mar.-1962 (AMÍLCAR RIBEIRO), BMJ 115 (1962), 429-432 (431), STJ 24-Abr.-1962 (ALFREDO JOSÉ DA FONSECA), BMJ 116 (1962), 443-446 (444 e 445), STJ 22-Dez.-1964 (ALBUQUERQUE ROCHA), BMJ 142 (1965), 332-337 (337) e STJ 19-Jan.-1965 (GOMES DE ALMEIDA), BMJ 143 (1965), 204-207 (207).

⁵³ STJ 18-Nov.-1966 (GONÇALVES PEREIRA), BMJ 161 (1966), 389-392 (391).

⁵⁴ ADRIANO VAZ SERRA, *Reparação do dano não patrimonial*, BMJ 83 (1958), 69-111 (106). Esta matéria pode ser comodamente confrontada em JACINTO RODRIGUES BASTOS, *Das obrigações em geral*, II (1972), 116 ss.

⁵⁵ ADRIANO VAZ SERRA, *Direito das obrigações*, BMJ 101 (1960), 15-408 (137).

Artigo 759.º

Satisfação do dano não patrimonial

1. O dano não patrimonial é objecto de satisfação pecuniária quando seja suficientemente grave e merecedor de protecção jurídica. Tal acontece, em especial, nos casos de lesão de direitos de personalidade (...)

18. Os direitos de personalidade patrimoniais

I. A evolução acima apontada, quer na vertente dos direitos de personalidade, quer na da compensabilidade dos danos morais permite apontar a categoria geral dos direitos de personalidade patrimoniais. Essa categoria, ilustrada com o direito ao nome⁵⁶ e com o direito à imagem⁵⁷, explicaria a existência de direitos relativos a bens de personalidade susceptíveis de, no mercado, serem trocados por dinheiro ou, pelo menos, estilizados de forma economicamente relevante.

II. A patrimonialidade não é nenhuma degradação: antes um complemento de vivências humanas. O Direito não pode ignorar essa realidade, nem, muito menos, lamentar a espiritualidade perdida. Deve, antes, corrigir abusos e salvaguardar a dignidade relativa a bens que comportem a dimensão pessoal e patrimonial. Bastará um exemplo: não pagar o salário devido envolve um incumprimento pecuniário; mais grave do que isso: implica uma grave desconsideração pelo trabalho de um ser humano.

19. O direito de autor e os direitos conexos

I. A evolução acima apontada é útil para melhor surpreender a natureza do direito de autor. As considerações obtidas são aplicáveis aos direitos conexos.

O direito subjectivo é uma posição vantajosa marcada pela liberdade. O beneficiário dispõe de uma permissão normativa de aproveitamento de um bem⁵⁸. Mas por razões histórico-culturais que se projectam nas normas de hoje, essa permissão é conferida em termos compreensivos (por oposição a analíticos). Tomando o exemplo universal do direito de propriedade: ele

⁵⁶ Vide o nosso *Tratado de Direito civil, I – Parte geral*, tomo 3, *Pessoas*, 2.ª ed. (2007), 193 ss.

⁵⁷ *Idem*, 233 ss.

⁵⁸ Vide o nosso *Tratado de Direito civil, I – Parte geral*, tomo 1, 3.ª ed. (2005, rcimp., 2009), 311 ss. e 311 ss.

implica a concessão de um conjunto infindo de possibilidades, totalmente variável consoante o objecto em jogo e as circunstâncias de cada caso.

II. A esta luz, compreende-se que a doutrina mais aprofundada defenda um monismo do direito de autor, sem preocupações de saber se se trata de “monismo pessoal” ou de “monismo patrimonial”. O direito de autor confere, ao titular, uma tutela conjunta dos seus interesses espirituais e materiais⁵⁹. De resto, se bem pensarmos, ambos os aspectos estão interligados:

- o desrespeito pelo “direito moral” do autor atinge a sua capacidade de gerar riqueza;
- o postergar do “direito patrimonial” fere a dignidade da obra e do seu criador.

A doutrina mais recente complementa a concepção unitária assim exposta justamente com o reconhecimento dos direitos de personalidade patrimoniais⁶⁰.

III. Poder-se-ia contrapor que os regimes aplicáveis ao “direito moral” são diferentes dos do “direito patrimonial”. Mas também isso sucede com o direito de propriedade: o denominado uso e fruição podem ser concedidos a outras pessoas, em termos variáveis sem que, por isso, se introduzam elementos de dualidade no direito real máximo.

O monismo tem, de resto, vindo a ser reconhecido como a melhor via técnica de explicar os esquemas vigentes⁶¹. Exceptua-se o caso francês, onde o dualismo se mantém activo. Mas essa posição não pode deixar de ser aproximada da fraqueza doutrinária que os direitos de personalidade têm acusado, em França⁶².

⁵⁹ GERNOT SCHULZE, em THOMAS DREIER/GERNOT SCHULZE, *Urheberrechtsgesetz*, 3.^a ed. (2008), § 11, Nr. 2 (204); WINFRIED BULLINGER, em ARTUR-AXEL WANDTKE/WINFRIED BULLINGER, *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, 3.^a ed. (2009), § 11, Nr. 1 e 2 (219-220); CHRISTIAN CZYCHOWSKI, em NORDEMANN/NORDEMANN, *Urheberrecht*, 10.^a ed. cit., 269, já referido.

⁶⁰ MANFRED REHBINDER, *Urheberrecht*, 16.^a ed. cit., 17.

⁶¹ Na Suíça, onde o dualismo fez alguma carreira mercê da influência francesa – vide MANFRED REHBINDER/ADRIANO VIGANÒ, *Urheberrecht*, 3.^a ed. (2008), 77-78 – surge hoje – cf. DENIS BARRELET/WILLI EGLOFF, *Urheberrecht*, 3.^a ed. (2008), 212 – o monismo.

⁶² Vide o nosso *Tratado I/3*, 2.^a ed. cit., 55 ss.

IV. A interligação entre os aspectos morais e patrimoniais dos direitos de autor, numa síntese de princípio, é aplicável, com as necessárias adaptações, aos direitos conexos. Rejeitando a ancestral (e nociva) tendência para desconsiderar a comerciabilidade: o reconhecimento dessa síntese não é nenhuma despromoção para a espiritualidade das criações.

Ocorre, aqui, afastar a minoração do direito do produtor, por ser uma (mera) empresa. Embora seja claro que o direito do produtor tem uma dimensão patrimonial evidente, devemos admitir que não lhe são indiferentes os aspectos “morais” envolvidos. O produtor, ao fixar uma obra, envolve o seu bom nome e acolhe a dimensão “moral” do autor e do intérprete. A tutela da integridade da obra protege, também, o produtor; a sua paternidade representa, para ele, um bem inestimável. Até por razões pedagógicas, o Direito não pode “condenar” as entidades produtivas a um anátema.

V. Em suma: os direitos sobre bens imateriais traduzem uma síntese frutuosa, entre as dimensões “moral” e “patrimonial”. Tal síntese previne contra cortes na realidade, que mesmo quando necessários para efeitos de análise, devem ser superados pela ideia do conjunto.

IV. Os parâmetros axiológicos da radiodifusão

20. Aspectos gerais

I. A radiodifusão pode ser inserida na disciplina jurídica da comunicação social (*Medienrecht*). Há, aí, múltiplos vectores a considerar⁶³:

- princípios constitucionais, incluindo os princípios da democracia, do Estado de Direito, do Estado social, da Cultura e da integração europeia;
- direitos fundamentais, com relevo para a liberdade de opinião, a liberdade de informação e a liberdade artística;
- direitos básicos, como a livre iniciativa económica, a propriedade privada e o direito de livre escolha do trabalho;
- o Direito de personalidade;
- os direitos de autor e direitos conexos.

⁶³ Veja-se o teor geral da obra de FRANK FECHNER, *Medienrecht*, 7.ª ed. (2006), XXX + 437 pp.

II. Algumas destas posições podem encontrar-se em conflito. Caberá, no caso concreto, ao intérprete aplicador resolver o problema, com recurso, se necessário, às regras sobre a colisão de direitos⁶⁴.

21. *A tutela dos agentes*

I. Na radiodifusão encontramos, subjacente, uma especial colaboração entre diversos agentes. Estando em causa uma canção, por exemplo, temos de lidar, como foi parcialmente antecipado na introdução, com o autor da música, com o autor da letra, com a orquestra, com o intérprete, com o produtor e com o radiodifusor. Os autores da música e da letra têm, cada um deles, direitos de autor próprios; a orquestra, o intérprete e o produtor, direitos conexos.

II. As tutelas envolvidas assumem unitárias, mas distintas vertentes pessoais e patrimoniais. Como foi sustentado, elas são interdependentes. Mesmo quando certos aspectos possam ser alienados, mantêm-se a ligação entre eles, de tal modo que o desrespeito por um envolve a fraqueza do outro.

22. *A produção e a “comercialidade”*

I. O produtor fixa a obra: um passo necessário, na generalidade das situações de radiodifusão. Em termos técnico-jurídicos, essa actividade é, à partida, “comercial”⁶⁵:

- em sentido subjectivo, por ser levada a cabo por sociedades comerciais (a grande maioria dos casos) ou por comerciantes ou industriais, nessa qualidade;
- em sentido objectivo, por estar especialmente regulada em leis comerciais.

II. Este aspecto não deve ser exagerado. O Direito de autor surge hoje dominado por instrumentos internacionais. Estes estão pensados para funcionar em países que não conhecem a contraposição entre o

⁶⁴ Temos em mente, de modo especial, o conflito sempre latente entre o direito à honra e a liberdade de informação; vide o nosso *Tratado* cit., I/3, 2.ª ed., 185 ss..

⁶⁵ Vide, quanto aos actos de comércio, o nosso *Manual de Direito comercial* cit., 2.ª ed., 187 ss.

Direito civil e o Direito comercial⁶⁶. Além disso, o próprio Direito de autor tem natureza civil.

Estamos, todavia, conscientes que o acto de produção visa o aproveitamento material da obra: pelo autor e pelos demais agentes, incluindo o produtor.

III. A obra fixada é reproduzida (em regra) e lançada no mercado: por exemplo, através de disco ou de “cd”. Pergunta-se: fará sentido, a partir daqui, impor uma radiodifusão livre, compensada (quando muito) com uma retribuição “equitativa”?

No limite, bastaria que uma empresa de radiodifusão adquirisse um único disco ou “cd” e o radiodifundisse em contínuo para que ninguém comprasse nenhum exemplar. E mesmo uma radiodifusão mais moderada poderia impedir vendas da obra: os ouvintes interessados poderiam gravar a emissão, dispensando quaisquer aquisições.

IV. Cumpre ponderar que o risco das quebras nas vendas, por via da radiodifusão, poderia ser compensado pela publicidade que esta sempre acarreta. Admitimos, por isso, que nos limites constitucionais, o legislador histórico possa optar por uma de mais soluções. Os instrumentos internacionais acima examinados visam dar protecções mínimas aos agentes. Para além dessas, as diversas leis nacionais podem optar.

Importante é, todavia, o sublinhar que a produção com fitos comerciais, absolutamente dominante, não deve ser desconsiderada. A eventualidade de ser proibida a radiodifusão de obra fixada é frequentíssima, como foi dito: bastará confrontar as etiquetas dos *cd's video*. Apenas uma lei expressa poderia dispor de outro modo.

V. A interpretação do artigo 184.º

23. Os “direitos” de reprodução e de comunicação

I. Os elementos obtidos permitem, agora, interpretar mais cabal e fundamentadamente o artigo 184.º. Desde logo, todo ele é dominado pela epígrafe “autorização do produtor”.

⁶⁶ Tal o caso da Inglaterra – vide o nosso *Manual de Direito comercial cit.*, 2.ª ed., 72 ss. – e, em menor grau, os da Suíça e da Itália.

Vamos recordar os seus dois primeiros números, na redacção dada pela Lei n.º 50/2004, de 24 de Agosto:

1. Carecem de autorização do produtor do fonograma ou do videograma a reprodução, directa ou indirecta, temporária ou permanente, por quaisquer meios e sob qualquer forma, no todo ou em parte, e a distribuição ao público de cópias dos mesmos, bem como a respectiva importação ou exportação.

2. Carecem também de autorização do produtor do fonograma ou do videograma a difusão por qualquer meio, a execução pública dos mesmos e a colocação à disposição do público, por fio ou sem fio, por forma que sejam acessíveis a qualquer pessoa a partir do local e no momento por ela escolhido.

Esses dispositivos completaram os que advinham da anterior redacção dada pela Lei n.º 114/91, de 3 de Setembro.

II. Os dois números em causa advêm dos artigos 2.º e 3. da Directriz n.º 2001/29, de 22 de Maio⁶⁷: o primeiro relativo à reprodução e o segundo, à comunicação ao público. Deixam claro que quer a reprodução, em qualquer das suas modalidades, quer a difusão, também por qualquer das vias possíveis, carecem de autorização do produtor.

III. A exigência de autorização para a radiodifusão, por parte do produtor, resulta directamente da ideia da protecção dos fonogramas. Como temos vindo a enfocar, tal protecção seria letra morta quando fosse permitida uma radiodifusão não autorizada.

E não se trata, simplesmente, de assegurar ao produtor a possibilidade de recuperar o investimento feito, se possível com lucro: a dimensão pessoal do direito está em causa. Quer o autor, quer o intérprete, quer o produtor, podem ter razões legítimas para limitar a circulação da obra.

24. A remuneração equitativa

I. E com isto chegamos ao nosso já conhecido artigo 184.º/3, que reproduzimos para facilidade de análise:

Quando um fonograma ou videograma editado comercialmente, ou uma reprodução dos mesmos, for utilizado por qualquer forma de comunicação pública, o utilizador pagará ao produtor e aos artistas intérpretes ou executantes uma remuneração equitativa, que será dividida entre eles em partes iguais, salvo acordo em contrário.

⁶⁷ Vide MANUEL LOPES ROCHA/HENRIQUE CARREIRO, *Guia da Lei do Direito de autor na sociedade de informação* (2005), 57.

Este preceito foi retirado do artigo 8.º/2 da Directriz n.º 92/100, de 19 de Novembro, que dispõe:

Os Estados-membros deverão prever um direito tendente a garantir o pagamento de uma remuneração equitativa e única pelos utilizadores que usem fonogramas publicados com fins comerciais ou suas reproduções em emissões radiodifundidas por ondas radioeléctricas ou em qualquer tipo de comunicação ao público, bem como garantir a partilha de tal remuneração pelos artistas intérpretes ou executantes e pelos produtores de fonogramas assim utilizados.

II. Interessa desfazer, desde já, um grave equívoco: a Directriz n.º 92/100 não estabelece qualquer “licença legal”. O artigo 8.º/1 faz depender a radiodifusão de autorização dos artistas intérpretes. O que se passa é tão-só: aquando da produção, o produtor acorda com o artista intérprete se sim ou não a radiodifusão é possível. Normalmente, não o será, salvo (uma) autorização, que o produtor poderá dar em nome e por conta do artista se, para tal, tiver poderes.

A preocupação comunitária não foi a de dispensar a (óbvia) necessidade de uma específica autorização para radiodifusão: foi, antes, a de assegurar a “remuneração equitativa” e a sua repartição. A ideia foi retomada pela Directriz n.º 2001/29 que, no seu artigo 5.º/2, e), chega a (só) permitir

(...) reproduções de transmissões radiofónicas, por instituições sociais com objectivos não comerciais, tais como hospitais ou prisões, desde que os titulares dos direitos recebam uma compensação justa.

III. A Directriz refere “fonogramas publicados com fins comerciais”, isto é, que visem o lucro. Neste sentido deve ser entendida a expressão “editado comercialmente”: esta, tomada à letra, absorveria todo o universo dos fonogramas.

IV. Isto dito: o artigo 184.º/3 deve ser lido depois dos números 1 e 2. As autorizações previstas nestes dois preceitos são sempre necessárias; só depois fará sentido ponderar a “remuneração equitativa”. A radiodifusão proibida é ilícita, não podendo ser legitimada por qualquer remuneração.

Como temos vindo a retomar: não haveria qualquer protecção de fonograma caso este pudesse ser pura e simplesmente radiodifundido. O próprio artigo 185.º/1, quando fixa, como condição de protecção, a menção, nas cópias autorizadas, do símbolo “P”, perderia o sentido: protecção contra o quê se a cópia puder ser radiodifundida sem autorização?

Voltamos a sublinhar: estão em jogo não só os aspectos patrimoniais como, também, os pessoais ou de personalidade.

25. Aspectos complementares

I. O Direito português comporta uma solução clara, totalmente de acordo com os instrumentos comunitários e internacionais. A possibilidade de uma radiodifusão não-autorizada, apenas assente na subsequente “remuneração equitativa”, teria ainda consequências não excogitáveis, para as quais a Ordem Jurídica nacional não tem solução. Por exemplo, bastará imaginar:

- que uma empresa de radiodifusão, invocando as dificuldades práticas em fixar a remuneração equitativa, decide nada pagar: pode radiodifundir tudo sem limites?
- que uma empresa, no limiar da insolvência, decida não pagar: pode radiodifundir de graça?

Afigura-se claro que a hipótese de uma “licença legal” só opera com uma instância de controlo que, pelo menos, sancione o incumprimento da empresa de radiodifusão, com a revogação de tal “licença”. Além disso, o pagamento efectivo deve ser assegurado.

II. A solução aqui patente poderá parecer uma originalidade portuguesa. A Lei alemã do Direito de autor confere, quer ao autor (§ 78/2, 1) quer ao produtor de fonogramas (§ 86), uma pretensão de remuneração equitativa (*angemessene Vergütung*) quando exista uma difusão pública autorizada⁶⁸. Ora a “autorização” ou “legitimação” pode advir da mera edição autorizada da obra: uma disposição fixada por lei expressa⁶⁹, mas que o Direito português vigente desconhece.

Todavia, os organismos de gestão colectiva alemães são activos e eficientes. As “remunerações equitativas” são efectivamente calculadas, de modo adaptado ao aproveitamento das obras e são pagas. Transpor, sem cuidados nem precauções legais e administrativas, tal esquema para o espaço português seria inviável. E, de todo o modo: sempre exigiria lei expressa.

⁶⁸ MAREILE BÜSCHER, em WANDTKE/BULLINOER, *Praxiskommentar*, 3.ª ed. cit., § 78, Nr. 15 ss. (1157 ss.) e MARTIN SCHAEFER, *idem*, § 86, Nr. 1 ss. (1205 ss.). Mareile Büscher enfatiza a emissão feita *de modo autorizado*.

⁶⁹ MARTIN SCHAEFER, em FROM/NORDEMANN, *Urheberrecht*, 10.ª ed. cit., § 78, Nr. 7 ss. (1265 ss.); DREIER/SCHULZE, *Urheberrechtsgesetz*, 3.ª ed. cit., § 78, Nr. 11 (1107).