

# DA RETRANSMISSÃO POR CABO DE PRESTAÇÕES ARTÍSTICAS PROTEGIDAS POR DIREITOS CONEXOS AO DIREITO DE AUTOR

*Pelo Prof. Doutor Alexandre Libório Dias Pereira\**

## *SUMÁRIO:*

**Introdução.** § 1. **Dos direitos conexos em geral** (breve apontamento).  
§ 2. **Da proteção das prestações artísticas no CDADC e legislação complementar:** evolução histórica e quadro geral: 2.1. Da origem e evolução da proteção dos artistas na ordem jurídica portuguesa; 2.2. A estrutura dualista da proteção das prestações artísticas; 2.3. O Decreto-Lei n.º 333/97, de 27 de novembro. § 3. **Da proteção das prestações artísticas no direito internacional:** 3.1. A Convenção Internacional para a Proteção dos Artistas Intérpretes ou Executantes, dos Produtores de Fonogramas, e dos Organismos de Radiodifusão, assinada em Roma em 26 de outubro de 1961; 3.2. O Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio (1994); 3.3. O Tratado da Organização Mundial da Propriedade Intelectual sobre Interpretações ou Execuções e Fonogramas (TOIEF), concluído em dezembro de 1996. § 4. **Direito da União Europeia:** 4.1. Diretiva 2006/115/CE (ex Diretiva 92/100/CEE); 4.2. Diretiva 93/83/CEE (Satélite e Cabo); 4.3. Diretiva 2001/29/CE (breve referência). § 5. **Direito comparado** (breve apontamento): 5.1. Espanha; 5.2. França; 5.3. Itália; 5.4. Alemanha; 5.5. Bélgica; 5.6. Reino Unido; 5.7. Síntese. § 6. **Da retransmissão por cabo das prestações**

---

(\*) Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. O Autor agradece, penhorado, a colaboração de Sofia de Vasconcelos Casimiro (Mestre em Direito pela Universidade de Lisboa e Doutorada em Propriedade Intelectual pela Queen Mary, Universidade de Londres; Docente da Academia Militar e Advogada) na elaboração deste trabalho.

**artísticas no CDADC:** 6.1. Direito exclusivo de radiodifusão e de comunicação ao público de prestações artísticas não radiodifundidas ou não fixadas; 6.2. Direito a remuneração equitativa; 6.3. Síntese; 6.4. Decreto-Lei n.º 333/97, de 27 de novembro; 6.5. Da arbitragem necessária. **Conclusões. Referências.**

## INTRODUÇÃO

1. Este estudo versa sobre o problema da existência, na ordem jurídica portuguesa, de um direito exclusivo a favor dos artistas intérpretes ou executantes relativamente à retransmissão por cabo das suas prestações artísticas.

Terminologicamente, o problema exige o esclarecimento das expressões ‘prestação radiodifundida’ e ‘efetuada a partir de uma fixação’, utilizadas na lei para recortar negativamente o direito exclusivo dos artistas de autorizar a radiodifusão e a comunicação ao público das suas prestações.

Em termos de importância prática, uma resposta negativa à questão supra enunciada — válida e correta à luz da ordem jurídica portuguesa —, implicará, nomeadamente, o afastamento da arbitragem necessária legalmente prevista para os litígios resultantes da falta de autorização sobre a retransmissão por cabo de obras literárias ou artísticas protegidas pelo direito de autor.

2. Para saber se os artistas têm, à luz da ordem jurídica portuguesa, o direito de autorizar a retransmissão por cabo das suas prestações investigaremos a ordem jurídica interna, bem como as fontes do direito internacional e do direito da União Europeia, e teremos em conta algumas experiências de direito comparado.

Com efeito, a regulação interna das questões em análise traduz-se, em larga medida, na receção de instrumentos de direito internacional e na transposição de instrumentos de harmonização comunitária no setor do direito de autor e dos direitos conexos. Por outro lado, o direito comparado mostra que existe diversidade de soluções entre países que têm em comum serem Partes Contratantes.

tes dos diversos instrumentos internacionais e Estados-Membros da União Europeia.

3. Não obstante, mesmo que se conclua que a ordem jurídica portuguesa deveria atribuir esse direito, daí não resultará necessariamente a sua existência. Regem em matéria de direitos conexos ao direito de autor dois princípios cardinais: o princípio da tipicidade e o princípio da territorialidade.

Por um lado, o *princípio da tipicidade* significa que as previsões dos direitos conexos ‘são típicas; não há direitos dos artistas, patrimoniais ou pessoais, que não sejam os que constam da lei. Não há aqui nenhuma atipicidade, semelhante à que se verifica no exclusivo de exploração económica do autor’<sup>(1)</sup>.

Por outro lado, o *princípio da territorialidade* significa que a existência e conteúdo destes direitos são matérias da competência de cada Estado soberano<sup>(2)</sup>. Em suma: ‘Cada Estado deve [...] ter a prerrogativa de definir se e em que termos tais exclusivos se constituem, exercem e extinguem no território sobre o qual detém poderes de soberania, assim como de determinar o seu conteúdo, objeto e limites e as sanções aplicáveis às respetivas violações. O âmbito espacial de eficácia desses exclusivos é, pois, em princípio, confinado ao território do Estado que os concede (ou melhor, de acordo com cujo Direito os mesmos se constituíram)’<sup>(3)</sup>.

---

(1) JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil — Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992, p. 562 (embora o nosso Ilustre Professor defenda que ‘os bens intelectuais não são objeto de direitos reais’ — *Direito Civil — Reais*, 5.ª ed. revista e ampliada, Coimbra, Coimbra Editora, 1993, p. 39; no mesmo sentido, veja--se, por exemplo, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direitos Reais*, Reprint 1979, Lisboa, Lex, 1993, pp. 164-8, 192; para desenvolvimentos sobre esta questão, veja-se ALEXANDRE L. DIAS PEREIRA, *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*, Coimbra, Almedina, 2008, § 2, e, mais recentemente, considerando que ‘o direito de autor corresponde a um direito-quadro, que engloba vários direitos subjectivos específicos que se unificam num complexo unitário: a permissão normativa de aproveitamento de uma obra intelectual’, LUÍS MANUEL DE TELES MENEZES LEITÃO, *Direito de autor*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 45).

(2) JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, ‘Territorialidade dos Direitos de Autor e Conexos e Direito Comunitário’, *Revista da Ordem dos Advogados*, 1990, II, pp. 313-334.

(3) DÁRIO MOURA VICENTE, *A Tutela Internacional da Propriedade Intelectual*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 16 (‘normalmente, tais exclusivos [de utilização de bens intelectuais] apenas são concedidos pela ordem jurídica de cada país se e na medida em que

Em ordem ao esclarecimento dos termos do problema interessa percorrer os campos normativos relevantes, começando com umas breves considerações gerais sobre os direitos conexos. Veremos, depois, em que termos é prevista a proteção das prestações artísticas na ordem jurídica portuguesa, centrando-nos na questão da existência ou não do direito de autorizar a sua retransmissão por cabo.

Depois, para saber se esse direito deveria existir na ordem jurídica portuguesa, estudaremos as normas relevantes de fonte internacional, designadamente as disposições sobre a matéria estabelecidas na Convenção Internacional para a Proteção dos Artistas Intérpretes ou Executantes, dos Produtores de Fonogramas e dos Organismos de Radiodifusão (Convenção de Roma, 1961), no Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio (ADPIC, 1994), e no Tratado da OMPI sobre Interpretações ou Execuções e Fonogramas (TOIEF, dezembro de 1996).

Seguidamente, vamos percorrer as disposições relevantes do direito da União Europeia, procurando saber se estabelecem a obrigação de os Estados-Membros instituírem a favor dos artistas um direito de retransmissão por cabo das suas prestações. Serão aqui convocadas a Diretiva 2006/115/CE (ex Diretiva 92/100/CEE) e a Diretiva 93/83/CEE (Satélite e Cabo), sem deixar de ter em conta a Diretiva 2001/29/CE (Sociedade da Informação).

Note-se, todavia, que, à luz do princípio da territorialidade, mesmo que o direito comunitário tivesse obrigado os Estados-Membros a reconhecerem aos artistas um direito exclusivo de retransmissão por cabo das suas prestações, ainda assim seria necessário verificar se e em que medida o direito interno teria cumprido essa obrigação. Sem prejuízo da responsabilidade do Estado pela transposição deficiente ou pela não transposição das diretivas, estas não são providas de efeito direto horizontal, i.e. não constituem direitos subjetivos diretamente oponíveis entre os sujeitos

---

isso se revele, na ótica dela, socialmente útil — v.g. porque essa é a forma mais adequada de estimular a criação intelectual ou a inovação, de promover a diferenciação dos bens e serviços disponíveis no mercado ou de assegurar o correto funcionamento deste' — p. 15).

particulares<sup>(4)</sup>. Com efeito, ‘apesar da harmonização do regime dos direitos de autor e conexos, a proteção destes direitos continua a ser conferida, na Comunidade Europeia, pelo sistema jurídico de cada Estado-Membro. Não há, por enquanto, direitos autorais diretamente fundados no Direito Comunitário (ao invés do que sucede no domínio dos direitos industriais)’<sup>(5)</sup>.

A título complementar, tomaremos em consideração, sumariamente, o estado da questão no direito comparado, sobretudo em países que, como Portugal, não apenas são membros da União Europeia mas também partilham uma tradição jurídica de matriz romano-germânica. Nesse sentido, será feita uma breve referência à situação de Espanha, Itália, França, Alemanha e Bélgica. Não deixaremos todavia de auscultar a situação no Reino Unido.

Regressaremos, por fim, à ordem jurídica interna, e terminaremos com as principais conclusões sobre as questões *supra* enunciadas.

## § 1. Dos direitos conexos em geral (breve apontamento)

Ao lado da proteção das obras literárias e artísticas pelo direito de autor firmou-se a proteção, pelos direitos conexos ao direito de autor, de prestações artísticas e de prestações empresariais, técnicas e organizatórias, cuja configuração é ‘mais ou menos’ relacionada com a proteção do direito de autor<sup>(6)</sup>. Este ‘mais ou menos’ diz muito da natureza especial dos direitos conexos, categoria que reúne diversas figuras, designadas na literatura germânica por direitos de proteção de prestações (*Leistungsschutzrechte*)<sup>(7)</sup>.

---

(4) Para desenvolvimentos, e.g. FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União Europeia*, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 436-9.

(5) MOURA VICENTE, *A Tutela Internacional*, cit., p. 135.

(6) EUGEN ULMER, *Urheber- und Verlagsrecht*, 3. Aufl., Springer, Berlin, 1980, p. 15.

(7) Ver e.g. GERHARD SCHRICKER, *Urheberrecht — Kommentar*, dir Gerhard Schricker, 3. Aufl., München, Beck, 2006, p. 14; Artur-Axel Wandtke, *UrhR — Praxis-kommentar zum Urheberrecht*, coord. Artur-Axel Wandtke / Winfried Bullinger, 2. Aufl., München, Beck, 2006, p. 9.

Na base dos direitos conexos está a crescente importância económica das prestações que protegem. Por exemplo, no campo da música ou do cinema, é frequente os artistas serem mais célebres do que os autores das obras que interpretam ou executam<sup>(8)</sup>. Além disso, a produção de fonogramas e de videogramas exige avultados investimentos, ficando os produtores expostos ao risco de duplicação não autorizada (ou pirataria) das suas fixações. O mesmo sucede, *mutatis mutandis*, com os organismos de radiodifusão relativamente às suas emissões.

Ora, em ordem a atender às pretensões das diversas categorias de interessados, foram atribuídos direitos conexos aos artistas intérpretes ou executantes, aos produtores fonográficos e videográficos e aos organismos de radiodifusão enquanto ‘*auxiliares da criação artística e literária*’<sup>(9)</sup>. Todavia, a proteção destes direitos conexos autonomizou-se dos direitos de autor, já que não protegem nem direta nem indiretamente criações literárias e artísticas, sendo, quando muito, veículos dessas criações.

No início do séc. XX, com a emergência de novos meios de gravação e de difusão de sons e/ou de imagens, apelou-se à proteção dos artistas em termos análogos à dos autores de obras literárias ou artísticas<sup>(10)</sup>. As primeiras propostas que visaram a proteção dos produtores de fonogramas e dos artistas no plano internacional baseavam-se na proteção do direito de autor. Como se refere no *Manual de Propriedade Intelectual* da OMPI/WIPO<sup>(11)</sup>, a proteção da gravação de prestações artísticas contra a duplicação não autorizada foi discutida na Conferência Diplomática da União de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas que teve lugar em

---

(8) TULLIO ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, 3 ed., Milano, Giuffrè, 1960, p. 845.

(9) HENRI DESBOIS, *La propriété littéraire et artistique*, Paris, Armand Collin, 1953, p. 150.

(10) LUIZ FRANCISCO REBELLO, *Introdução ao Direito de Autor*, Volume I, SPA/Dom Quixote, Lisboa, 1994, p. 21 (‘A consagração legal dos direitos conexos, preconizada desde 1903 pela Associação Literária e Artística Internacional (ALAI) [...] no seu Congresso em Weimar, em que foi reconhecido que os artistas careciam duma proteção jurídica contra a exploração não autorizada das suas interpretações ou execuções’).

(11) *WIPO Intellectual Property Handbook: Policy, Law and Use*, pp. 314-5 — <<http://www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/en/iprm/pdf/ch5.pdf>>.

Roma em 1928. Mais tarde, em 1934, a Confederação Internacional das Sociedades de Autores e Compositores (CISAC) assinou um acordo com a Federação Internacional da Indústria de Gramofones nos termos do qual deveria ser proposta, por ocasião da projetada revisão da Convenção de Berna, o aditamento de um anexo a esta Convenção prevendo a proteção dos fonogramas contra a sua duplicação não autorizada bem como o direito dos produtores de fonogramas a remuneração equitativa pela utilização dos seus fonogramas por radiodifusão ou exibição cinematográfica. Paralelamente, a Organização Mundial do Trabalho (OMT) procurou formas de proteção dos artistas, tendo sido elaborados inclusivamente documentos em cooperação com os órgãos da União de Berna. Interrompidos os trabalhos por força da 2.<sup>a</sup> Guerra Mundial, seriam os mesmos retomados posteriormente, culminando com a elaboração de um projeto de Convenção por um comité de peritos oriundos da OMPI, da Unesco e da OMT, o qual serviria de base para a Conferência Diplomática que acordou o texto final da Convenção Internacional para a Proteção dos Artistas Intérpretes ou Executantes, dos Produtores de Fonogramas e dos Organismos de Radiodifusão: a Convenção de Roma de 26 de outubro de 1961<sup>(12)</sup>.

Em suma, na Convenção de Roma a ‘tutela internacional dos direitos conexos obteve a sua primeira consagração expressa’, estabelecendo, em traços gerais, o princípio do tratamento nacional, a garantia de direitos mínimos, e a não subordinação da proteção a formalidades superiores às nela previstas<sup>(13)</sup>.

Em Portugal, o Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos de 1985 (doravante CDADC)<sup>(14)</sup> consagrou os direitos conexos num título autónomo, tendo por base a Convenção de

---

<sup>(12)</sup> *WIPO Intellectual Property Handbook*, cit., pp. 314-5.

<sup>(13)</sup> MOURA VICENTE, *A Tutela Internacional*, cit., pp. 128-130. Sobre a Convenção de Roma, e.g. HENRI DESBOIS, ANDRÉ FRANÇON, ANDRÉ KEREVER, *Les Conventions Internationales du Droit d'Auteur et des Droits Voisins*, Dalloz, Paris, 1976, pp. 319-396.

<sup>(14)</sup> Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de março, e alterado pelas Leis n.º 45/85, de 17 de setembro, e n.º 114/91, de 3 de setembro, pelos Decretos-Lei n.º 332/97 e 334/97, ambos de 27 de novembro, e pelas Leis n.º 50/2004, de 24 de agosto, e n.º 16/2008, de 1 de abril.

Roma. Sofreria alterações posteriores decorrentes, designadamente, da transposição de diretivas comunitárias.

Rege em matéria de direitos conexos o princípio da tipicidade taxativa (*numerus clausus*)<sup>(15)</sup> ou *lista fechada*, no sentido de que, ao contrário dos direitos de autor, os direitos conexos não são enunciados através de cláusulas gerais, quer quanto ao objeto, quer quanto aos atos reservados<sup>(16)</sup>. Só as prestações previstas são protegidas e apenas nos termos estabelecidos na lei, sem alargamentos possíveis<sup>(17)</sup>.

Os direitos conexos não protegem obras literárias e artísticas, mas antes prestações artísticas e prestações empresariais, técnicas e organizatórias. Apesar da designação unitária, os direitos conexos não são ‘homogêneos, mas antes bastante diversos’<sup>(18)</sup> — falando-se inclusivamente em ‘direitos heteróclitos’<sup>(19)</sup> —, além de que os diferentes titulares de direitos conexos concorrem entre si pela proteção jurídica<sup>(20)</sup>.

Em termos gerais, quanto aos titulares, existem dois grandes grupos de direitos conexos. De um lado, os direitos conexos dos artistas relativamente às suas prestações artísticas (interpretações

---

(15) OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor*, cit., p. 562 (‘não há direitos dos artistas, patrimoniais ou pessoais, que não sejam os que constam da lei’).

(16) PIERRE SIRINELLI, *Propriété littéraire et artistique*, 2.ª ed., Paris, Dalloz, 2003, p. 177.

(17) Não obstante, em sentido amplo, a categoria dos direitos conexos abrangerá outras figuras ainda que não previstas no título do CDADC relativo a estes direitos nem sujeitas às disposições que os regem. Pense-se, nomeadamente, no direito especial do fabricante de bases de dados, instituído pelo DL 122/2000, de 4 de julho, que transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de março, relativa à proteção jurídica das bases de dados.

(18) SCHRICKER, *Urheberrecht — Kommentar*, cit., p. 14. A caracterização das diferentes prestações dos sujeitos destes direitos está prevista no art. 176.º do CDADC.

(19) CHRISTOPHE CARON, *Droit d’auteur et droits voisins*, 2.ª ed., Paris, Litec, 2009, pp. 477-8.

(20) Tenha-se em mente, por exemplo, que as gravações e a sua difusão pelos meios de comunicação tornaram dispensáveis muitos artistas. Joseph Straus, ‘Neighbouring Rights — National and International Developments’, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, Volume XIV Copyright and Industrial Property, chief editor Gerhard Schricker, Cap. 5, Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 15 (indicando que só na RFA, ‘whereas in 1950, there were some 48500 performing artists active in the field of music, this figure decreased in 1970 to only 29521’).



ou execuções), cuja dimensão pessoal fundamenta direitos não apenas económicos mas também morais. Com efeito, os direitos conexos dos artistas abrangem direitos de natureza pessoal, que se analisam no direito à identificação (art. 180.º) e na ilicitude das utilizações que deformem, mutilem e desfigurem uma prestação, que a desvirtuem nos seus propósitos ou que atinjam o artista na sua honra e reputação (art. 182.º)<sup>(21)</sup>.

De outro lado, os direitos conexos dos produtores fonográficos ou videográficos e dos organismos de radiodifusão, justificados pelo princípio da proteção do investimento<sup>(22)</sup>, segundo uma lógica mais próxima do direito industrial. Aliás, a proteção do investimento dos produtores fonográficos ou videográficos e dos organismos de radiodifusão poderia alcançar-se, também, por via da repressão da concorrência desleal<sup>(23)</sup>.

Além disso, os direitos conexos (económicos) analisam-se em duas categorias distintas de direitos. De um lado, direitos exclusivos de autorizar ou proibir determinados atos relativamente às prestações protegidas (e.g. fixação e reprodução de prestações artísticas). De outro lado, direitos de remuneração equitativa, que atribuem aos respetivos titulares o direito de obter remuneração

---

(21) Em Espanha, a Lei 23/2006 acrescentou a necessidade de autorização do artista, durante toda a sua vida, *para el doblaje de su actuación en su propia lengua* (LPI, art. 113.º, 2). Note-se que o CDADC estabelece que a proteção outorgada ao artista no capítulo dos direitos conexos não abrange a prestação decorrente do exercício de dever funcional ou de contrato de trabalho (art. 189.º, 2). Por outro lado, nos termos do art. 18.º da Lei n.º 4/2008, de 7 de fevereiro, alterada pela Lei n.º 105/2009, de 14 de setembro, ‘Os direitos de propriedade intelectual decorrentes da atividade artística dos trabalhadores de espetáculos públicos regem-se pelo Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, sem prejuízo de poderem ser exercidos individualmente se for essa a vontade expressa dos respetivos titulares, comunicada a entidade de gestão coletiva de direitos dos artistas.’ Para uma análise histórica comparativa dos direitos morais ver ELIZABETH ADENEY, *The Moral Rights of Authors and Performers — An International and Comparative Analysis*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2006 (notando que ‘The history of moral rights development since the early 19th century has been a history of sorting out the relationships between the various participants in the creation/exploitation process’ — p. 4).

(22) JULIA ELLINS, *Copyright Law, Urheberrecht und ihre Harmonisierung in der Europäischen Gemeinschaft (Von den Anfängen bis ins Informationszeitalter)*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997.

(23) OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor*, cit., p. 695.

pela prática de outros atos relativamente às suas prestações, sem que todavia lhes assista o direito de os autorizar ou proibir.

Apesar da sua heterogeneidade, os direitos conexos estão sujeitos a algumas disposições comuns. Para além da liberdade de uso privado, os direitos conexos são também limitados por certas utilizações livres, como sejam, por exemplo, os excertos de prestações para fins de informação ou crítica, a sua utilização para fins exclusivamente científicos ou pedagógicos, bem como, ainda, os demais casos em que a utilização da obra é lícita sem o consentimento do autor (art. 189.º/1). Além disso, os direitos conexos não podem proibir o que os direitos de autor permitem, já que as limitações e exceções que recaem sobre estes são aplicáveis aos direitos conexos, em tudo o que for compatível com a natureza destes direitos (art. 189.º/3). Neste sentido, os direitos conexos são ‘direitos hierarquicamente inferiores ao direito de autor’<sup>(24)</sup>.

Assim, a referência à natureza dos direitos conexos mostra que se trata de direitos de natureza não idêntica aos direitos de autor. Com efeito, ao contrário dos direitos de autor, os direitos conexos não são enunciados através de cláusulas gerais, quer quanto ao objeto, quer quanto aos atos reservados. Só as prestações previstas são protegidas e apenas nos termos previstos na lei, sem alargamentos possíveis.

Não obstante a tendência para uma certa ‘homogeneidade funcional’ entre os direitos económicos de autor e os direitos conexos das empresas culturais<sup>(25)</sup> — falando-se mesmo em proteção ‘virtualmente equivalente’ entre os autores e os artistas (*performers*)<sup>(26)</sup>, tendo em conta a consagração de direitos morais com

---

(24) CARON, *Droit d'auteur*, cit., pp. 478-9. V. tb. SILKE VON LEWINSKI, MICHEL M. WALTER, ‘Information Society Directive’, *European Copyright Law: A Commentary*, ed. Michel Walter, Silke von Lewinski Oxford/New York, Oxford University Press, 2010, p. 1042 (‘the protection of related rights should not be broader than the protection of authors’).

(25) MICHELE BERTANI, *Impresa Culturale e Diritti Esclusive*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 453.

(26) LIONEL BENTLY, BRAD SHERMAN, *Intellectual Property Law*, 3.<sup>rd</sup> ed., Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 304.

apontada natureza *híbrida*<sup>(27)</sup> para os artistas intérpretes ou executantes —, a verdade é que os direitos conexos não se confundem com o direito de autor.

Com efeito, uma das matérias mais sensíveis na consagração legal dos direitos conexos, em especial dos direitos dos artistas, foi a sua relação com o direito de autor sobre as obras literárias ou artísticas utilizadas pelos artistas nas suas interpretações ou execuções. Desde logo por se entender que os novos direitos colidiriam com direitos já existentes sobre as obras literárias ou artísticas<sup>(28)</sup>.

Ora, sem prejuízo de a atuação do artista poder traduzir-se na criação de uma obra artística original protegida pelo direito de autor<sup>(29)</sup>, rege nesta matéria o princípio da autonomia dos direitos conexos em relação ao direito de autor, no sentido de que a tutela dos direitos conexos não afeta nem prejudica de modo algum a proteção do direito de autor sobre a obra utilizada (art. 177.º)<sup>(30)</sup>.

Este princípio tem duas vertentes. Por um lado, significa que os sujeitos de direitos conexos devem obter as autorizações dos respetivos titulares de direitos de autor sobre as obras protegidas que utilizem nas suas prestações. Assim, por exemplo, o produtor de videogramas ou fonogramas carece de autorização do autor da obra protegida para que possa realizar licitamente a sua fixação (art. 141.º/1). Por outro lado, a atribuição de direitos conexos não depende da proteção pelo direito de autor da obra sobre a qual

---

<sup>(27)</sup> TRISTAN AZZI, *Recherche sur la loi applicable aux droits voisins du droit d'auteur en droit international privé*, Paris, LGDJ, 2005, p. 461.

<sup>(28)</sup> Esta é aliás uma objeção que se levantava à própria propriedade literária e artística, como se pode ver já em VISCONDE DE CARNAXIDE, *Tratado da Propriedade Literária e Artística (Direito Interno, Comparado e Internacional)*, Renascença Portuguesa, Porto, 1918.

<sup>(29)</sup> OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor*, cit., p. 554 ('quando se realiza uma improvisação, [...] a obra é criada à medida que é executada, mas as duas atividades são intelectualmente protegidas.');

ROBERT PLAISANT, *Le droit des auteurs et des artistes exécutants*, Paris, Delmas, 1970, p. 184 ('Il appartient au juge de décider si l'improvisation comporte une originalité suffisante pour qu'il y ait oeuvre artistique').

<sup>(30)</sup> Este princípio está plasmado em praticamente todos os instrumentos sobre direitos conexos: Convenção de Roma (art. 1.º), TOIEF (art. 1.º/2), Diretiva 93/83/CEE (art. 5.º), Diretiva 2006/115/CE (art. 12.º), DL 332/97 (art. 10.º).

incide a prestação (e.g. prestações artísticas de obras já caídas no domínio público)<sup>(31)</sup>.

Os direitos conexos constituem uma categoria jurídica algo eclética na ordem jurídica portuguesa. As referências aos direitos de autor que se encontram na Constituição da República Portuguesa (art. 42.º) e no Código Civil (e.g. art. 1303.º) não são acompanhadas por referências aos direitos conexos. Compreende-se que o Código Civil não tenha consagrado a figura dos direitos conexos, uma vez que, ao tempo da sua aprovação, estes direitos não eram atribuídos na ordem jurídica portuguesa. Portugal não tinha ainda ratificado a Convenção de Roma (1961) sobre a proteção dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores de fonogramas e dos organismos de radiodifusão. Não obstante, o diploma que aprovou o Código do Direito de Autor de 1966, pouco tempo antes do Código Civil, dava já conta destes direitos no preâmbulo (§ 9), reservando todavia a sua regulação para ‘diploma autónomo’.

## **§ 2. Da proteção das prestações artísticas no CDADC e legislação complementar: evolução histórica e quadro geral**

Na ordem jurídica portuguesa os artistas intérpretes ou executantes têm sobre as suas prestações os direitos conexos ao direito de autor previstos no título III do CDADC. Vejamos um pouco mais a génese e a evolução dos direitos conexos dos artistas na ordem jurídica portuguesa.

### **2.1. Da origem e evolução da proteção dos artistas na ordem jurídica portuguesa**

O diploma que aprovou o Código do Direito de Autor de 1966 dava já conta dos direitos conexos no seu preâmbulo (§ 9): ‘Quanto

---

(31) OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor*, cit., pp. 553-4.

às alterações técnicas [...] respeitam essencialmente a setores limítrofes do direito de autor. Este último é sobretudo o caso dos chamados «direitos vizinhos do direito de autor», que foram objeto de convenção internacional assinada em Roma em 26 de outubro de 1961 e devem ficar reservados para diploma autónomo.’

Esse diploma autónomo chegou a ser objeto de um Projeto de Lei sobre Direitos Conexos ao Direito de Autor, elaborado por Oliveira Ascensão para responder a uma ‘situação de total vazio normativo’<sup>(32)</sup>.

Não obstante, ao invés de seguir a via do diploma autónomo, o legislador optaria por incluir a proteção dos direitos conexos no Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (CDADC), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de março. Apesar de Portugal não ter ainda ratificado a Convenção de Roma, o Código estabeleceu a proteção dos direitos conexos ao direito de autor tendo por referência essa Convenção<sup>(33)</sup>.

No que respeita especificamente aos artistas, o artigo 183.º estabelecia que estes podem impedir, salvo acordo em contrário: 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 (a)*; a fixação das suas execuções não fixadas (*b*); e 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 (*c*).

Por outro lado, o artigo 184.º estabelecia que, na falta de acordo em contrário, a autorização para radiodifundir uma execu-

---

<sup>(32)</sup> JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, ‘Projeto de uma Lei sobre Direitos Conexos ao Direito de Autor’, *Revista da Ordem dos Advogados*, 1978, p. 599. Os produtores de fonogramas obteriam inicialmente proteção através da Lei n.º 41/80, de 12 de agosto (Id., *Direito de Autor*, cit., p. 569).

<sup>(33)</sup> Ratificação pelo Decreto do Presidente da República n.º 168/99, de 22 de julho, adesão pela Resolução da Assembleia da República n.º 61/99, DR I-A, n.º 169, 22/7/1999, e entrada em vigor em 17 de julho de 2002, Aviso do Ministério dos Negócios Estrangeiros n.º 52/2002, DR I-A, n.º 132, 8/5/2002. MOURA VICENTE, *A Tutela Internacional*, cit., p. 130, nota 361.

ção 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 (n.º 1). Ou seja, relativamente à utilização das prestações artísticas pela radiodifusão, o direito do artista limitava-se basicamente à autorização da primeira emissão ou da primeira fixação para fins de radiodifusão.

Não obstante, como defendia Oliveira Ascensão no seu Projeto de Lei sobre Direitos Conexos, ‘à liberdade da utilização [secundária] não deve corresponder a sua gratuitidade. Uma remuneração suplementar deveria ser prevista em contrapartida da — retransmissão — nova transmissão — comercialização’<sup>(34)</sup>. Nesta ordem de ideias, o n.º 2 do mesmo artigo garantia ao artista o direito a remuneração suplementar sempre que, sem estarem previstas no contrato inicial, fossem realizadas as seguintes operações: uma nova transmissão (a); a retransmissão por outro organismo de radiodifusão (b); a comercialização de fixações obtidas para fins de radiodifusão (c). Pela retransmissão e pela nova transmissão não autorizadas tinha o artista o direito de receber 20% da remuneração primitivamente fixada (n. 3) e, pela comercialização, 20% da quantia que o organismo de radiodifusão que fixou a execução recebesse do adquirente (n. 4), sem prejuízo de estipulação de condições diversas entre o artista e os organismos de radiodifusão (n. 5).

Todavia, estes direitos não seriam aplicáveis nos casos em que o artista tivesse consentido a inclusão da sua execução numa fixação de sons ou de imagens e de sons (art. 187.º).

Por exigências de constitucionalidade<sup>(35)</sup>, o Código foi imediatamente alterado pela Lei n.º 45/85, de 17 de setembro. Em especial, o artigo 72.º/3 desta Lei passou a noção de organismo de radiodifusão para o n.º 9 do artigo 181.º do Código, e definiu-o como ‘a entidade que efetua emissões de radiodifusão sonora ou visual, entendendo-se por emissão de radiodifusão a difusão de sons ou de

---

<sup>(34)</sup> OLIVEIRA ASCENSÃO, ‘Projeto de uma Lei sobre Direitos Conexos ao Direito de Autor’, cit., p. 605.

<sup>(35)</sup> LUIZ FRANCISCO REBELLO, *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos*, 3.ª ed., Lisboa, Âncora, 2002, p. 17.

imagens, separada ou cumulativamente, por fios ou sem fios, nomeadamente por ondas hertzianas, fibras óticas, cabo ou satélite, destinada à receção pelo público'. Além disso, alterou a numeração do artigo 181.º, passando a constituir o atual artigo 176.º do Código (n.º 6).

Por outro lado, o artigo 73.º da Lei 45/85 alterou a numeração das referidas disposições, passando o artigo 183.º a constituir o atual artigo 178.º e deu nova redação ao seu texto, nos termos da qual '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*' (*itálico nosso*).

Na opinião de Oliveira Ascensão, esta norma 'torna livre a radiodifusão e a comunicação ao público de prestações já radiodifundidas ou já fixadas'<sup>(36)</sup>. Na verdade, mais do que tornar livre, esta norma reafirmou a liberdade de radiodifusão e de comunicação ao público de prestações já radiodifundidas ou já fixadas, estabelecida no Código logo na sua versão originária (no então art. 183.º-a), à semelhança, como veremos, da Convenção de Roma.

Posteriormente, a Lei n.º 114/91, de 3 de setembro, alterou a redação do artigo 179.º, no que diz respeito à remuneração dos artistas. Substituiu o termo execução por prestação (n.º 3 e 4) e tornou irrenunciável o direito à remuneração pela retransmissão e pelas novas transmissões não autorizadas (n.º 5). Se a retransmissão de prestação já radiodifundida ou fixada era livre, já para a comercialização de fixações obtidas para fins de radiodifusão foi confirmada a licença legal prevista logo em 1985, garantindo-se, todavia, ao artista o direito a remuneração irrenunciável por tais utilizações.

Por outro lado, a Lei 114/91 introduziu o n.º 3 do artigo 184.º (baseado no art. 12.º da Convenção de Roma), nos termos do qual 'Quando um fonograma ou videograma editado comercialmente, ou uma reprodução dos mesmos, for utilizado por qualquer forma

---

<sup>(36)</sup> OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor*, cit., p. 561.

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.’

Ora, do art. 178.º/a, ‘que torna livre a radiodifusão e a comunicação ao público de prestações já radiodifundidas ou já fixadas’ e do ‘art. 178.º/c, que só reserva a reprodução quando a fixação não tenha sido autorizada e em casos análogos’, concluía Oliveira Ascensão que ‘podemos retirar um princípio que é essencial para explicar esta matéria. O que se reserva é a utilização imediata das prestações dos artistas, em que se inclui a própria fixação. As utilizações mediatas não estão sujeitas ao consentimento’<sup>(37)</sup>.

As alterações introduzidas recentemente pela Lei n.º 50/2004, de 24 de agosto, ao 178.º do CDADC, não modificaram substancialmente o referido princípio. O mesmo vale para o princípio da tipicidade (*ou numerus clausus*) que rege nesta matéria<sup>(38)</sup>.

O princípio da tipicidade significa que só os atos previstos na lei e apenas na medida da previsão legal ficam sujeitos ao poder de autorizar ou proibir conferido aos artistas. Todavia, a proteção dos artistas não se esgota no poder de autorizar ou proibir certos atos. Para além dos direitos morais dos artistas consagrados no Código logo em 1985, é atribuído aos artistas um direito de remuneração por certos atos que escapam ao seu poder de autorizar ou proibir.

Com efeito, ainda nas palavras de Oliveira Ascensão, ‘o sistema só se compreende se acrescentarmos que as utilizações mediatas previstas por lei, embora livres, dão direito a remuneração. O direito patrimonial do artista cinde-se assim em direitos exclusivos e direitos de remuneração’<sup>(39)</sup>.

Nesse sentido apontava já também o referido art. 184.º/3 introduzido pela Lei 114/91, ao estabelecer o direito a remuneração equitativa pela utilização por qualquer forma de comunicação ao público de fonogramas ou videogramas publicados com fins comerciais a favor dos artistas e dos produtores. Todavia, embora

---

<sup>(37)</sup> *Ibid.*, pp. 561-2 (notas de rodapé omitidas).

<sup>(38)</sup> *Ibid.*, p. 562.

<sup>(39)</sup> *Ibid.*, p. 562.



decalcado da Convenção de Roma, esta norma afasta-se dela já que não menciona expressamente a utilização pela radiodifusão.

A Lei 50/2004 alterou, nomeadamente, os artigos 176.º e 178.º do CDADC. Por um lado, a noção de emissão de radiodifusão passou a abranger não apenas a difusão de sons ou de imagens mas também a ‘representação destes’ (art. 176.º/9). Por outro lado, o artigo 178.º sofreu alterações significativas, cujo pleno alcance só se compreende em articulação com o artigo 5.º da Lei 50/2004, que revogou nomeadamente o artigo 179.º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, onde se estabeleciam os efeitos da autorização para radiodifundir concedida pelo artista.

## **2.2. A estrutura dualista da proteção das prestações artísticas**

O art. 178.º será atualmente ‘um curioso exemplo de aceitação automática, pelo legislador, de um compromisso entre partes interessadas’<sup>(40)</sup>. Talvez por isso as alterações não contribuam para a clareza do regime legal, sem que todavia tenham afetado, em nossa opinião, a estrutura dualista da proteção dos artistas, no sentido de lhes serem atribuídos direitos exclusivos relativamente a determinados atos e direitos de remuneração relativamente a outros.

Para começar, o novo n.º 1 do art. 178.º passou a atribuir ao artista um poder de autorizar ou proibir, que agora consiste expressamente no direito exclusivo<sup>(41)</sup> de fazer ou autorizar, por si ou pelos seus representantes, determinados atos, a saber:

---

<sup>(40)</sup> MANUEL LOPES ROCHA, HENRIQUE CARREIRO, *Guia da Lei do Direito de Autor na Sociedade da Informação (Lei 50/2004, de 24 de agosto) Anotada e Comentada*, Famação/Lisboa, Centroatlântico, 2005, p. 54 (acrescentando que ‘esta solução “contratualista” foi simultaneamente apresentada ao legislador pela GDA e por, pelo menos, uma empresa de radiodifusão (cfr. o Anexo n.º 2 do Relatório da 1.ª Comissão)’).

<sup>(41)</sup> Ao conservar na redação da norma a expressão ‘sem o seu consentimento’, o legislador ter-se-á esquecido de que essa fórmula fazia sentido quando ao artista assistia (apenas) a faculdade de impedir a prática de determinados atos ‘sem o seu consentimento’. Sendo agora formulado como um direito exclusivo de autorizar ou proibir, a expressão ‘sem o seu consentimento’ é redundante e fonte de eventuais equívocos.

- a) a radiodifusão e a comunicação ao público, por qualquer meio, da sua prestação, *exceto quando a prestação já seja, por si própria, uma prestação radiodifundida ou quando seja efetuada a partir de uma fixação*;
- b) a fixação das prestações que não tenham sido fixadas;
- c) a reprodução direta ou indireta, temporária ou permanente, por quaisquer meios e sob qualquer forma, no todo ou em parte, 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 [utilizações livres] e a respetiva reprodução vise fins diferentes dos previstos nesse artigo;
- d) a colocação à disposição do público, da sua prestação, por fio ou sem fio, por forma a que seja acessível a qualquer pessoa, a partir do local e no momento por ela escolhido.

Depois, o n.º 2 do art. 178.º passou a estabelecer que a autorização de fixação da sua prestação para fins de radiodifusão concedida pelo artista a um produtor (cinematográfico, audiovisual ou videográfico) ou a um organismo de radiodifusão envolve a *transmissão dos seus direitos de radiodifusão e comunicação ao público*. Não obstante a transmissão destes direitos, o artista conserva ‘o direito de auferir uma remuneração inalienável, equitativa e única, por todas as autorizações referidas no n.º 1, à exceção do direito previsto na alínea d) do número anterior’. Além disso, o 2.º período do número 2 do artigo 178.º sujeita o exercício deste direito de remuneração a gestão coletiva obrigatória e confere um mandato legal à entidade de gestão desta categoria de direitos. Com efeito, o direito a remuneração inalienável, equitativa e única será exercido através de acordo coletivo celebrado entre os utilizadores e a entidade de gestão coletiva representativa da respetiva categoria, que se considera mandatada para gerir os direitos de todos os titulares dessa categoria, incluindo os que nela não se encontrem inscritos (art. 178.º/2, 2.º período).

Embora a autorização de fixação para fins de radiodifusão envolva a transmissão apenas dos direitos de radiodifusão e de comunicação ao público, a lei atribui ao artista o direito de remuneração por todas as autorizações previstas no n.º 1, à exceção do direito de colocação à disposição do público ‘a pedido’. Ora, para além deste direito e dos direitos de radiodifusão e de comunicação ao público, assiste ao artista, nos termos do art. 178.º/1-b, o direito exclusivo de autorizar ou proibir a fixação, sem o seu consentimento, das prestações que não tenham sido fixadas, com base no qual poderia proibir a fixação para fins diversos da radiodifusão. Além disso, nos termos do art. 178.º/1-c, assiste-lhe ainda o direito exclusivo de reprodução de fixação das suas prestações quando a reprodução seja feita para fins diversos daqueles para os quais foi dado o consentimento (*i*) ou quando a primeira fixação tenha sido feita ao abrigo do artigo 189.º [utilizações livres] e a respetiva reprodução vise fins diferentes dos previstos nesse artigo (*ii*).

Ora, englobando no direito de remuneração do artista todas estas autorizações mas resultando da autorização de fixação para radiodifusão a transmissão apenas dos direitos de radiodifusão e de comunicação ao público, parece que a lei terá estabelecido ao mesmo tempo uma cessão legal de direitos e uma licença legal relativamente aos direitos não legalmente cedidos. Ou seja, a referida autorização implica a transmissão legal dos direitos de radiodifusão e de comunicação ao público bem como a licença legal para o exercício dos direitos de que ainda dispunha, à exceção do novo direito de colocação à disposição do público ‘a pedido’.

Por seu turno, o n.º 3 do art. 178.º estabelece que a referida remuneração inalienável e equitativa abrangerá igualmente a autorização para novas transmissões, a retransmissão e a comercialização de fixações obtidas para fins exclusivos de radiodifusão. Este preceito destinar-se-á a tornar claro que a autorização de fixação da prestação para fins de radiodifusão garante que o produtor ou o organismo de radiodifusão têm autorização para novas transmissões bem como para a retransmissão e a comercialização de fixações obtidas para fins exclusivos de radiodifusão. Ao mesmo tempo, é garantida ao artista, em contrapartida, uma remuneração inalienável, única e equitativa pela prática de todos esses atos. De

algum modo, isso já resultava do art. 178.º/2, além de a radiodifusão e a comunicação ao público de prestação radiodifundida ou efetuada a partir de uma fixação serem excluídas do direito exclusivo por força do art. 178.º/1-a, *in fine*.

Embora sejam subtraídos ao exclusivo do artista, parece ser propósito da lei tornar claro que tais atos são abrangidos pela remuneração prevista no art. 178.º/2, que, como vimos, é única, inalienável e equitativa. Donde decorre que a Lei 50/2004 *englobou numa única remuneração as diversas remunerações* que antes eram devidas por utilizações das prestações artísticas.

Quanto ao direito de colocação à disposição do público ‘a pedido’, o n.º 4 do artigo 178.º sujeita o exercício deste novo direito a gestão coletiva obrigatória por entidade de gestão especializada, dispondo que esse direito só poderá ser exercido por uma entidade de gestão coletiva de direitos dos artistas, a qual se presumirá mandatada para gerir os direitos de todos os titulares, incluindo os que nela não se encontrem inscritos, podendo o titular decidir junto de qual dessas entidades deve reclamar os seus direitos sempre que estes direitos forem geridos por mais que uma entidade de gestão.

### **2.3. O Decreto-Lei n.º 333/97, de 27 de novembro**

O regime do CDADC é complementado pelo DL 333/97, de 27 de novembro, que transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva 93/83/CEE (satélite e cabo). Este diploma manda aplicar à comunicação ao público por satélite e à retransmissão por cabo das prestações dos artistas as disposições dos artigos 178.º, 184.º e 187.º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, e os artigos 6.º e 7.º do DL 333/97.

Este diploma não atribui aos artistas o direito exclusivo de autorizar ou proibir a retransmissão por cabo. Dispõe no artigo 7.º, sobre retransmissão por cabo, que o direito de autorizar ou proibir a retransmissão por cabo só pode ser exercido através de uma entidade de gestão coletiva (n.º 1) e estabelece que, na falta de acordo sobre a autorização da retransmissão por cabo, o litígio resolver-se-á por via arbitral, nos termos da lei (n.º 3). A necessidade de

autorização para retransmissão por cabo, quando prevista, justificará ainda a obrigação de negociar prevista no artigo 9.º, nos termos do qual ‘As entidades representativas dos vários interesses em presença estabelecerão as negociações e os acordos no respeito pelo princípio da boa fé, conducentes a assegurar que a retransmissão por cabo se processe em condições equilibradas e sem interrupções’ (n.º 1), não devendo ser impedidas ou atrasadas pelas partes sem válida justificação (n.º 2).

Todavia, a obrigatoriedade de gestão coletiva e a imposição do recurso à via arbitral referem-se ao exercício do direito exclusivo de retransmissão por cabo, quando este direito exista. Ora, relativamente às prestações dos artistas, esse direito não é instituído nas disposições relevantes nem do CDADC nem do DL 333/97.

Feita esta primeira análise, vejamos seguidamente se o quadro legal português está em conformidade com os instrumentos de direito internacional e da União Europeia aos quais o Estado Português está vinculado.

### **§ 3. Da proteção das prestações artísticas no direito internacional**

#### **3.1. A Convenção Internacional para a Proteção dos Artistas Intérpretes ou Executantes, dos Produtores de Fonogramas, e dos Organismos de Radiodifusão, assinada em Roma em 26 de outubro de 1961**

A Convenção de Roma, cuja ‘longa história’ remontará pelo menos a 1925<sup>(42)</sup>, garante um *mínimo de proteção* aos artistas intérpretes ou executantes através da ‘possibilidade de impedir certos atos’ praticados sem o seu consentimento. Em vez de enumerar os direitos mínimos dos artistas, esta expressão foi usada para per-

---

(42) HENRI DESBOIS, ANDRÉ FRANÇON, ANDRÉ KEREVER, *Les Conventions Internationales du Droit d’Auteur et des Droits Voisins*, Paris, Dalloz, 1976, pp. 320-1.

mitir que o Reino Unido pudesse continuar a proteger os artistas mediante leis penais<sup>(43)</sup>.

### **a) A proteção mínima**

A proteção mínima dos artistas estabelecida pela Convenção de Roma compreende ‘a faculdade de impedir’ os atos previstos no artigo 7.º/1, a saber, na síntese da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI/WIPO): *a*) a radiodifusão e comunicação ao público de execuções ao vivo (*live performances*)<sup>(44)</sup>; *b*) a gravação de execuções não fixadas<sup>(45)</sup>; *c*) a reprodução de fixação de execução quando feita sem o consentimento do artista ou para fins não autorizados pela convenção ou pelo artista<sup>(46)</sup>.

Assim, ao contrário do previsto para os produtores de fonogramas (art. 10.º) e para os organismos de radiodifusão (art. 13.º), em vez de estabelecer um direito exclusivo para os artistas<sup>(47)</sup>, a Convenção de Roma obriga os Estados Contratantes a preverem apenas o poder de impedir determinados atos, estabelecendo o fim mas não os meios<sup>(48)</sup>.

Esta solução foi criticada por estabelecer para os artistas uma proteção inferior à que é acordada para os produtores de fonogra-

---

<sup>(43)</sup> *WIPO Handbook*, cit., p. 317; LIONEL BENTLY, BRAD SHERMAN, *Intellectual Property Law*, 3.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2009, 304 (indicando que a proteção dos artistas no Reino Unido remonta à Lei *Dramatic and Musical Performers' Rights*, 1925).

<sup>(44)</sup> *WIPO Handbook*, cit., p. 317 (‘broadcasting or communication to the public of a “live” performance’).

<sup>(45)</sup> Incluindo, por exemplo, o chamado ‘bootlegging’, que significa a gravação por um indivíduo e pelos seus próprios meios de um concerto a que assiste, escondendo a cassete com a gravação nas botas para a levar depois à produtora de fonogramas. STEPHEN M. STEWART, *International Copyright and Neighbouring Rights*, 2.ª ed., assisted by Hamish Sandison, London, Butterworths, 1989, p. 233.

<sup>(46)</sup> *WIPO Handbook*, cit., p. 317.

<sup>(47)</sup> JOSEPH STRAUS, ‘Neighbouring Rights’ in *International Encyclopedia of Comparative Law*, cit., p. 16 (‘in respect of performing artists the Rome Convention does not provide for any exclusive right’).

<sup>(48)</sup> WILHELM NORDEMANN, KAI VINCK, PAUL WOLFGANG HERTIN, *Droit d’auteur international et droits voisins dans les pays de langue allemande et les États membres de la Communauté Européenne. Commentaire*, trad. J. Tournier, Bruxelles, Bruylant, 1983, p. 362.

mas e para os organismos de radiodifusão<sup>(49)</sup>. Todavia, como indica Stewart, razões políticas e não estritamente jurídicas estiveram na base dessa solução: o direito exclusivo foi alvo de forte oposição dos representantes dos autores (que receavam que um tal direito concorreria com o dos autores), dos organismos de radiodifusão (que receavam que esse direito pudesse ser transferido para os sindicatos dos artistas colocando nas suas mãos uma arma muito poderosa contra a liberdade dos organismos de radiodifusão), e finalmente, de países como o Reino Unido (que protegiam os artistas mediante disposições penais)<sup>(50)</sup>.

Em resultado, o art. 7.º da Convenção de Roma seria uma das suas disposições *à la carte*, na medida em que deixa os Estados Contratantes de ‘mãos livres’ para decidirem a melhor maneira de proteger os artistas contra tais atos<sup>(51)</sup>:

**b) Proteção contra a radiodifusão e comunicação ao público, não consentidas, de prestações artísticas: sentido e limites**

À cabeça dos atos previstos no artigo 7.º surge a radiodifusão e a comunicação ao público das execuções dos artistas sem seu consentimento (art. 7.º/1-a, 1.ª parte).

Por um lado, quanto à comunicação ao público, entende-se que abrange a transmissão por altifalantes ou por fios de um concerto a um público diferente daquele presente no local do concerto<sup>(52)</sup>.

---

(49) *Ibid.*, p. 361 (‘il est regrettable qu’l’on ait accepté, au detriment des artistes-interprètes, un niveau de protection non seulement insuffisant, mais très inférieur par rapport aux droits reconnus aux producteurs de phonogrammes (Art. 10) et aux organismes de radiodiffusion.’).

(50) STEWART, *International Copyright*, cit., p. 231 (com referência ao *WIPO Guide to Rome*, 7). Sobre a tripla resistência a um direito exclusivo dos artistas ver também NORDEMANN/VINCK/HERTIN, *Droit d’auteur international*, cit., pp. 360-1.

(51) SAM RICKETSON, JANE C. GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights, The Berne Convention and Beyond*, Vol. II, Oxford/New York, Oxford University Press, 2006, p. 1213.

(52) STEWART, *International Copyright*, cit., p. 232.

Por seu turno, as alíneas *f*) e *g*) do artigo 3.º da Convenção de Roma definem radiodifusão e retransmissão para efeitos desta Convenção: por *radiodifusão* entende-se ‘a difusão de sons ou de imagens e sons, por meios de ondas radioelétricas, destinadas à receção pelo público’, e por *retransmissão* a ‘emissão simultânea da emissão de um organismo de radiodifusão efetuada por outro organismo de radiodifusão’.

Ora, a Convenção excetuou ‘a execução utilizada para a radiodifusão ou para a comunicação ao público [que] já seja uma execução radiodifundida ou fixada num fonograma’ (art. 7.º/1-a, 2.ª parte). Em virtude desta exceção, é consensual o entendimento de que a proteção abrange apenas a radiodifusão e outras comunicações ao público de execuções ao vivo (‘live performances’<sup>(53)</sup>, *éxecutions vivantes*<sup>(54)</sup>). Isto significa que a faculdade de proibir que assiste ao artista nos termos da Convenção de Roma não abrange os atos de retransmissão, por meios de ondas radioelétricas, da sua prestação radiodifundida.

Na opinião de Stewart<sup>(55)</sup>, o artigo 7.º/1-a compreende quatro exceções ao poder de proibir a radiodifusão e a comunicação ao público, a saber:

- a) Se a execução já tiver sido radiodifundida, caso em que se considera uma retransmissão para efeitos do artigo 7.º/2;
- b) Se a radiodifusão for feita a partir de uma fixação, por ex. uma gravação feita para fins de radiodifusão (art. 7.º/2) ou um fonograma comercial (art. 12.º) ou uma fixação efêmera permitida mesmo sem autorização do artista (art. 15.º/c);
- c) Se a execução pública for feita por meio de uma radiodifusão (e.g., rádio num restaurante, ou televisão num hotel);

---

<sup>(53)</sup> *WIPO Handbook*, cit., p. 317.

<sup>(54)</sup> DESBOIS/FRANÇON/KEREVER, *Les Conventions Internationales du Droit d'Auteur et des Droits Voisins*, cit., p. 328 (‘l’*é*xécution «vivante»’ — citando em seu apoio Desjeux: ‘la protection conventionnelle ne joue pas s’il y a radiodiffusion ou fixation intermédiaire de cette *é*xécution’). Também neste sentido, embora críticos, NORDEMANN/VINCK/HERTIN, *Droit d’auteur international*, cit., p. 363 (‘la protection ne s’étend qu’à la radiodiffusion et autres communications au public d’*é*xécutions «vivantes»’).

<sup>(55)</sup> STEWART, *International Copyright*, cit., p. 232.



- d) Se a execução pública for feita por meio da fixação da execução (e.g., através de uma gravação numa 'jukebox').

Em suma, por força destas exceções, o direito de proibir a radiodifusão ou comunicação ao público seria limitado às atuações ao vivo.

### c) A retransmissão como assunto da legislação nacional

A retransmissão por cabo não terá sido prevista pela Convenção de Roma<sup>(56)</sup>, e os seus artigos 7.º/2 e 12.º dissipam quaisquer dúvidas que ainda pudessem existir quanto a ser a retransmissão abrangida pela faculdade de impedir a radiodifusão ou a comunicação ao público das prestações dos artistas<sup>(57)</sup>.

Com efeito, a Convenção de Roma pretendeu assegurar, apenas, que o artista tivesse a faculdade mínima de impedir a radiodifusão e a comunicação pública da sua execução (prestação), deixando para a legislação nacional do Estado Contratante onde a proteção for pedida a regulação da proteção contra a retransmissão, a fixação para fins de radiodifusão e a reprodução dessa fixação para fins de radiodifusão (art. 7.º/2-1)), bem como a regulação das modalidades de utilização pelos organismos de radiodifusão das fixações feitas para fins de radiodifusão (art. 7.º/2-2)), com a ressalva de a legislação nacional não poder privar os artistas da faculdade de estabelecerem relações contratuais com os organismos de radiodifusão (art. 7.º/2-3)).

---

<sup>(56)</sup> STEWART, *International Copyright*, cit., p. 232; PEDRO J. F. DA COSTA CORDEIRO, *Direito de Autor e Radiodifusão. Um estudo sobre o direito de radiodifusão desde os primórdios até à tecnologia digital*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 127 ('a radiodifusão por cabo não está prevista na Convenção de Roma gozando por isso os Estados-membros que a ela adiram de plena liberdade de regulamentação' — embora fosse já conhecida e até objeto de regulação designadamente no Reino, onde a secção 40 do UK Copyright Act de 1956 permitia a retransmissão por cabo dos programas da BBC e da IBA sem necessidade de qualquer autorização ou pagamento — *Ibid.*, p. 293).

<sup>(57)</sup> *Ibid.*, p. 314, nota 771 ('Não há, pois, lugar a um direito exclusivo já que a retransmissão não pode ser, por natureza, de uma prestação em direito. / Se nas difusões originárias não existe um direito exclusivo para as prestações que não sejam em direito, por maioria de razão não haverá lugar a tal direito em caso de retransmissão').

Assim, a regulação da retransmissão é uma das matérias da competência da legislação nacional do Estado Contratante onde a proteção for pedida<sup>(58)</sup>. O que permite extrair a conclusão de que, ‘nas suas relações com os organismos de radiodifusão os direitos dos artistas foram substancialmente reduzidos’<sup>(59)</sup>. Na verdade, a legislação nacional poderá estabelecer que, uma vez consentida pelo artista a radiodifusão da sua prestação e no silêncio do contrato quanto à utilização que o organismo de radiodifusão pode fazer da prestação, este será livre de retransmitir, fixar e reproduzir a radiodifusão, e reproduzir ou qualquer outra utilização que pretenda fazer para fins de radiodifusão da fixação<sup>(60)</sup>.

Na opinião de Stewart, resultaria do art. 7.º/2 da Convenção de Roma uma situação de ‘vácuo’ na proteção dos artistas<sup>(61)</sup>. Outros autores falam, com propriedade, em liberdade de exploração radiofônica logo que o artista intérprete ou executante consinta a radiodifusão da sua prestação, ressalvando-se todavia que os Estados Contratantes não podem privar os artistas do direito de regular livremente as suas relações contratuais com os organismos de radiodifusão nem restringir este direito<sup>(62)</sup>.

Na síntese clara e concisa de Oliveira Ascensão, ‘Se o artista consentiu [...] na radiodifusão, passa a reger o art. 7.º/2, que atribui à legislação nacional prover à proteção contra a retransmissão, a fixação para fins de radiodifusão e a reprodução de semelhante fixação; bem como disciplinar as modalidades de utilização, pelos organismos de radiodifusão, destas fixações. Em todo o caso, os artistas poderão sempre regular por via contratual as suas relações com os organismos de radiodifusão’<sup>(63)</sup>.

---

(58) PASCAL KAMINA, *Film Copyright in the European Union*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, p. 344.

(59) STEWART, *International Copyright*, cit., p. 234.

(60) *Ibid.*, p. 234.

(61) *Ibid.*, p. 234.

(62) *Ibid.*, p. 234; NORDEMANN/VINCK/HERTIN, *Droit d’auteur international*, cit., p. 365-6. Entende-se que neste contexto contrato inclui acordos coletivos e também decisões de tribunais arbitrais, quando envolvidos — *WIPO Handbook*, cit., p. 31.

(63) OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor*, cit., p. 560.

Em suma, a retransmissão é uma das matérias da competência da legislação nacional do Estado Contratante onde a proteção for pedida. A Convenção de Roma não abrange a retransmissão no poder de impedir a radiodifusão ou a comunicação ao público, deixando a cada Estado Contratante a liberdade de fixar essa proteção, sem prejuízo de eventuais acordos entre os artistas e os organismos de radiodifusão.

#### **d) Direito de remuneração**

A Convenção de Roma estabelece no art. 12.º que ‘Quando um fonograma publicado com fins comerciais ou uma reprodução desse fonograma forem utilizados diretamente pela radiodifusão ou para qualquer comunicação ao público, o utilizador pagará uma remuneração equitativa e única aos artistas ou aos produtores de fonogramas ou aos dois’, podendo a legislação nacional determinar as condições de repartição desta remuneração na falta de acordo entre eles.

Segundo a OMPI/WIPO, este artigo não confere nenhum direito nem a artistas nem a produtores de fonogramas de autorizar ou proibir a utilização secundária do fonograma; antes pelo contrário, garantindo uma remuneração única e equitativa pela utilização do fonograma, esta disposição parece estabelecer uma espécie de ‘licença não voluntária’<sup>(64)</sup>. A propósito desta norma, já considerada o ‘ponto focal’ da Convenção<sup>(65)</sup>, sustenta-se que as hipóteses em que o artista intérprete e o produtor de fonogramas são privados de direitos exclusivos reúnem as principais formas de exploração possível do seu direito de comunicação ao público. ‘Na prática, a exceção [licença legal] torna-se o princípio’<sup>(66)</sup>. Para além da limitação significativa que acarreta à proteção dos artistas e dos produtores de

---

<sup>(64)</sup> *WIPO Handbook*, cit., p. 318.

<sup>(65)</sup> STRAUS, ‘Neighbouring Rights’, *International Encyclopedia of Comparative Law*, cit., p. 17.

<sup>(66)</sup> AZZI, *Recherche*, cit., p. 45. Todavia, em rigor, só seria uma licença legal se o direito de autorizar a radiodifusão ou comunicação ao público fosse previsto. Ora, a Convenção estabelece que o poder de proibir tais atos não se impõe relativamente a prestações radiodifundidas ou fixadas (incluindo fonogramas publicados com fins comerciais).

fonogramas, a Convenção de Roma permite que os Estados Contratantes façam certas reservas a esta norma nos termos do art. 16.º.

Ora, a radiodifusão e a comunicação ao público de prestação efetuada a partir de uma fixação não são abrangidas no poder mínimo de impedir atribuído ao artista (art. 7.º/1-a) nem no direito de autorizar ou proibir a reprodução de fonogramas de que gozam os seus produtores (art. 10.º). De todo o modo, quando forem utilizados diretamente pela radiodifusão ou para qualquer comunicação ao público fonogramas publicados com fins comerciais deve o utilizador pagar uma remuneração ‘equitativa e única’ aos artistas ou aos produtores de fonogramas ou aos dois, podendo a legislação determinar as condições da sua repartição na falta de acordo entre artistas e produtores de fonogramas. Trata-se, por conseguinte, de um direito a mera remuneração por atos que, segundo a Convenção de Roma, não têm que ser abrangidos pelo poder de impedir dos artistas nem pelo direito de autorizar ou proibir dos produtores de fonogramas.

Por outro lado, o âmbito de aplicação deste direito de remuneração é relativamente restrito, uma vez que abrange apenas *fonogramas publicados com fins comerciais* ou uma sua reprodução (já não fonogramas não publicados ou publicados sem fins comerciais) utilizados diretamente pela radiodifusão ou para qualquer comunicação ao público. Ora, segundo o glossário da Convenção, a radiodifusão é limitada ‘à difusão de sons ou de imagens e sons, por meio de ondas radioelétricas, destinadas à receção pelo público’ (art. 3.º/f), parecendo excluir-se a transmissão por cabo. Além disso, exige-se que os fonogramas sejam ‘utilizados diretamente pela radiodifusão’ (art. 12.º), com exclusão por conseguinte da retransmissão. Finalmente, ‘tal direito poderá nem sequer existir se os Estados-membros fizerem uso da reserva do art. 16 n.º 1, alínea a)-i), ou ser limitado — cfr., pontos (ii), (iii) e (iv), do mesmo preceito’<sup>(67)</sup>.

---

<sup>(67)</sup> PEDRO CORDEIRO, *Direito de Autor*, cit., p. 128 (concluindo, com apoio nomeadamente no *Guia da Convenção de Roma e da Convenção de Fonogramas* (Genebra, 1995), que ‘Só o radiodifusor originário estará, por isso, sujeito ao direito de remuneração — caso ele exista. A expressa exclusão da figura da retransmissão não deixa dúvidas quanto a esta interpretação que é, aliás, sustentada pelo Relatório Geral de 1961 e pela melhor doutrina’ — *ibidem*, notas de rodapé omitidas).

### **e) Utilizações livres e outros limites**

Para além dos limites aos direitos conferidos que permite, a Convenção de Roma também impõe ela própria alguns limites a esses direitos<sup>(68)</sup>. Por um lado, qualquer Estado Contratante pode estabelecer exceções relativamente à utilização privada, pequenos excertos em relatos de acontecimentos de atualidade, fixação efémera por organismo de radiodifusão pelos seus próprios meios e para as suas próprias emissões, e a utilização destinada exclusivamente ao ensino ou à investigação científica (art. 15.º/1).

Para além destas exceções, os Estados Contratantes podem também estabelecer, relativamente aos direitos conexos dos artistas, produtores de fonogramas e dos organismos de radiodifusão, limites da mesma natureza dos que são previstos na sua legislação nacional de proteção do direito de autor sobre obras literárias ou artísticas. Todavia, a previsão de autorizações obrigatórias só é permitida se for compatível com as disposições da Convenção de Roma (art. 15.º/2).

Por outro lado, o art. 19.º da Convenção de Roma afasta a faculdade de impedir prevista no artigo 7.º quando um artista haja consentido a inclusão da sua execução numa fixação de imagens ou de imagens e sons. Esta norma favorece claramente os produtores videográficos, audiovisuais ou cinematográficos, comentando-se, a seu respeito, que o consentimento do artista para a inclusão da sua prestação em videograma ou filme deixa-o numa ‘posição vulnerável’<sup>(69)</sup>. Tanto mais que o direito de remuneração previsto no art. 12.º da Convenção se refere apenas a fonogramas publicados com fins comerciais.

### **f) Síntese**

Não resulta da Convenção de Roma que os Estados Contratantes devam atribuir aos artistas o poder de impedir a retransmissão por cabo das suas prestações. Antes pelo contrário, a retrans-

---

<sup>(68)</sup> *WIPO Handbook*, cit., p. 318.

<sup>(69)</sup> RICKETSON/GINSBURG, *International Copyright*, cit., p. 1213.

missão por cabo não terá sido prevista pela Convenção e, mesmo que se considere abrangida pela noção de retransmissão prevista na Convenção, a prestação é, por natureza, uma prestação radiodifundida ou efetuada a partir de uma fixação, devendo nessa medida considerar-se excepcionada ou excluída da faculdade de impedir a radiodifusão ou a comunicação ao público nos termos do art. 7.º/1-a da Convenção de Roma.

Além disso, pela utilização direta pela radiodifusão ou para qualquer comunicação ao público de fonogramas publicados com fins comerciais, a Convenção estabelece que o utilizador deve pagar uma remuneração equitativa e única aos artistas ou aos produtores dos fonogramas ou aos dois, competindo à legislação nacional determinar as condições de repartição desta remuneração na falta de acordo entre eles (art. 12.º).

Este direito a remuneração única e equitativa é de alcance limitado, já que abrange apenas fonogramas publicados com fins comerciais (ou uma sua reprodução) utilizados *diretamente* pela radiodifusão ou para qualquer comunicação ao público. De fora ficam, nomeadamente, os fonogramas publicados sem fins comerciais bem como a utilização indireta pela radiodifusão, i.e., a retransmissão. Além disso, a Convenção admite reservas totais ou parciais a este direito de remuneração, incluindo a sua não aplicação a determinadas utilizações tais como a radiodifusão (art. 16.º).

Todavia, o facto de a Convenção de Roma parecer limitar a faculdade de proibir dos artistas à radiodifusão e a comunicação ao público das suas prestações ao vivo, com exclusão da retransmissão (entendida como ‘emissão simultânea’), não significa que os Estados Contratantes não possam estabelecer uma faculdade de proibir com um âmbito de proteção mais amplo. Com efeito, a distribuição por cabo de uma prestação artística radiodifundida poderá ser considerada uma utilização distinta dessa prestação<sup>(70)</sup>,

---

(70) DAVID B. WINN, *European Community and International Media Law*, London, Graham&Trotman / Martinus Nijhoff, 1994, p. 366; PEDRO CORDEIRO, *Direito de Autor*, cit., p. 320.

digna de tutela legal semelhante à prevista para a emissão primária, como terá sucedido no direito belga<sup>(71)</sup>.

Porém, à semelhança de muitos ordenamentos jurídicos nacionais, a ordem jurídica portuguesa respeitou os mínimos da Convenção de Roma e não atribuiu ao artista o direito de autorizar a retransmissão da sua prestação, na medida em que esta é já, por si própria, uma ‘prestação radiodifundida’. Ou seja, uma vez autorizada a transmissão primária, o artista já não pode proibir a retransmissão da sua prestação, enquanto emissão simultânea por um organismo de radiodifusão de uma emissão de outro organismo de radiodifusão’ (art. 176.º/10 CDADC), dado que a sua prestação é já, por si própria, uma ‘prestação radiodifundida’.

De igual modo, o artista não tem o direito de autorizar a radiodifusão nem a comunicação ao público da sua prestação quando esta seja efetuada a partir de uma fixação (i.e. a partir de um fonograma ou de um videograma tal como estes são definidos no CDADC), incluindo a fixação lícita para fins de radiodifusão. Ora, por maioria de razão, não tendo o direito de autorizar a radiodifusão e a comunicação ao público da prestação quando efetuada a partir de uma fixação, o artista não terá também o direito de autorizar a retransmissão da prestação assim radiodifundida.

Em todo o caso, note-se que embora nem a Convenção de Roma nem o CDADC o refiram expressamente, parece-nos que, enquanto elementos de delimitação negativa do direito exclusivo dos artistas, as noções de ‘prestação radiodifundida’ e ‘efetuada a partir de uma fixação’ pressupõem a respetiva licitude, i.e. serem prestações radiodifundidas ou fixadas com autorização do artista ou no âmbito das utilizações legalmente permitidas ou previstas no art. 189.º (e.g. utilização para fins de informação ou crítica nos termos do art. 189.º/1-b).

Além disso, enquanto a Convenção de Roma estabelece no art. 19.º que o consentimento do artista para a ‘inclusão da sua execução numa fixação de imagens ou de imagem e sons’ (i.e. num

---

(71) Lei de 30 de junho de 1994 sobre direito de autor e direitos conexos, art. 51; FERNAND DE VISSCHER & BENOÎT MICHAUX, *Précis du droit d’auteur et des droits voisins*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 274-6.

videograma) afasta a sua faculdade de proibir prevista no art. 7.º — sem prever sequer em contrapartida qualquer remuneração equitativa para os artistas —, já o CDADC lhes atribui um direito de remuneração inalienável, equitativa e única por todas as utilizações — à exceção da colocação à disposição do público ‘a pedido’ — da sua prestação cuja fixação tenha autorizado para fins de radiodifusão a um produtor videográfico, audiovisual ou cinematográfico, ou a um organismo de radiodifusão (art. 178.º/2).

Por outro lado, o CDADC estabelece uma remuneração única e equitativa para o artista, juntamente com o produtor, pela utilização por qualquer forma de comunicação pública de fonograma ou videograma editado comercialmente, ou de uma reprodução do mesmo (art. 184.º/3)<sup>(72)</sup>. Em comparação, a Convenção de Roma prevê a referida remuneração única e equitativa não apenas para qualquer comunicação ao público mas também para a *utilização direta* por radiodifusão de fonograma publicado com fins comerciais (art. 12.º).

Assim, a lei portuguesa terá sido mais generosa ao alargar a remuneração ao produtor de videograma, mas, ao contrário da Convenção de Roma, não refere expressamente a utilização por radiodifusão no âmbito dessa remuneração. Pelo que no direito interno a referida remuneração parece não abranger a radiodifusão (direta ou indireta). Voltaremos a este assunto.

---

<sup>(72)</sup> Embora seja igualmente equitativa e única, à semelhança da prevista no art. 178.º/2, a remuneração estabelecida no art. 184.º/3 não é considerada inalienável. Não obstante, estas remunerações parecem ser afastadas quando se trate de prestação artística decorrente do exercício de dever funcional ou de contrato de trabalho (art. 189.º/2). De *lege ferenda*, poder-se-ia equacionar uma solução semelhante à adotada em Espanha, onde o art. 110.º da LPI, na redação introduzida pela Lei 23/2006, estabelece que, apesar de os direitos exclusivos de reprodução e de comunicação ao público pertencerem ao empresário ou à pessoa por conta de quem é feita a interpretação ou execução, os artistas conservam os seus direitos de remuneração.



### 3.2. O Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio (1994)

O Acordo ADPIC<sup>(73)</sup> conservou a abordagem aberta da Convenção de Roma, ao invés de estabelecer a proteção dos artistas como direito exclusivo sobre as suas prestações<sup>(74)</sup>. Com efeito, à semelhança da Convenção de Roma, o Acordo ADPIC estabelece no art. 14.º/1 que os artistas terão a possibilidade de impedir a realização, sem o seu consentimento, de determinados atos, a saber: ‘a fixação da sua execução não fixada’ (a), ‘a reprodução dessa fixação’ (b), e ‘a radiodifusão por meio de ondas radioelétricas e a comunicação ao público das suas execuções ao vivo’ (c)<sup>(75)</sup>.

Ora, ao invés de excepcionar certos atos do poder de impedir a radiodifusão e a comunicação ao público das prestações artísticas, esta norma do Acordo ADPIC delimita pela positiva a proteção dos artistas ao referi-la às suas ‘execuções ao vivo’. Deste modo, a retransmissão não terá sido abrangida pela proteção dos artistas estabelecida neste Acordo.

Assim a retransmissão com ou sem fios será matéria excluída, por definição, da proteção prevista, não sendo sequer necessário considerar, neste âmbito, que o Acordo ADPIC possibilita aos Membros que relativamente aos direitos conferidos prevejam condições, limitações, exceções e reservas na medida autorizada pela Convenção de Roma (art. 14.º/6, 1.ª parte). Com efeito, sendo a radiodifusão e a comunicação ao público limitadas às ‘execuções ao vivo’ — tal como aliás já era entendimento consensual face à Convenção de Roma (*vide supra*) — parece-nos que a retransmissão não foi abrangida na proteção dos artistas estabelecida pelo Acordo ADPIC.

---

(73) Aprovado para adesão pela Resolução da Assembleia da República n.º 75-B/94, de 15 de dezembro.

(74) RICKETSON/GINSBURG, *International Copyright*, cit., p. 1230.

(75) No sentido de que, à semelhança da Convenção de Roma que lhe serve de modelo, os conceitos de radiodifusão e de retransmissão do Acordo ADPIC ‘se restringem às emissões efetuadas sem fio’, PEDRO CORDEIRO, *Direito de Autor*, cit., pp. 136-7.

### 3.3. O Tratado da Organização Mundial da Propriedade Intelectual sobre Interpretações ou Execuções e Fonogramas (TOIEF), concluído em dezembro de 1996

Se o Acordo ADPIC limita expressamente, na questão em análise, o poder de impedir a radiodifusão ou comunicação ao público às prestações artísticas ‘ao vivo’, já o Tratado da OMPI sobre Interpretações ou Execuções e Fonogramas (TOIEF), concluído em dezembro de 1996, reforçou a proteção dos artistas<sup>(76)</sup>.

Para começar, abrangeu os artistas de ‘expressões de folclore’ no rol de artistas protegidos (art. 2.º-a)<sup>(77)</sup>. Depois, o TOIEF estabelece determinados direitos morais dos artistas intérpretes ou executantes (art. 5.º). Todavia, este aspeto não representou uma inovação para a ordem jurídica portuguesa, que já conferia direitos morais aos artistas.

#### a) Direito exclusivo

No que respeita especificamente aos direitos económicos, o TOIEF ‘evoluiu’ para a figura do direito exclusivo<sup>(78)</sup>. Com efeito, relativamente aos direitos patrimoniais dos artistas sobre as suas *prestações não fixadas*, o TOIEF estabelece no art. 6.º que os artistas gozam do direito exclusivo<sup>(79)</sup> de autorizar a sua fixação (a) bem

---

<sup>(76)</sup> Aprovado pela Resolução da Assembleia da República n.º 81/2009, Diário da República, 1.ª série, n.º 166, 27 de agosto de 2009, p. 5636. Ao tempo da conclusão deste Acordo tinham já sido adotadas na então Comunidade Europeia a Diretiva 92/100/CEE sobre aluguer, comodato e direitos conexos ao direito de autor (agora substituída pela Diretiva 2006/115/CE), e a Diretiva 93/83/CEE sobre radiodifusão por satélite e retransmissão por cabo.

<sup>(77)</sup> A Convenção de Roma prevê apenas os artistas de obras literárias ou artísticas (art. 3.ºa, *in fine*) — independentemente de a obra literária ou artística interpretada ou executada ser protegida pelo direito de autor —, mas possibilita que a legislação nacional dos Estados Contratantes torne extensiva a proteção nela prevista aos artistas não executantes de obras literárias ou artísticas (art. 9.º).

<sup>(78)</sup> RICKETSON/GINSBURG, *International Copyright*, cit., p. 1259.

<sup>(79)</sup> STRAUS, ‘Neighbouring Rights’, *International Encyclopedia of Comparative Law*, cit., p. 25 (Under WPPT [...] performers will also have economic rights, which

como a sua radiodifusão e a sua comunicação ao público, *exceto quando já sejam uma interpretação ou execução radiodifundida (b)*.

Prestações não fixadas são, como vimos, as atuações ao vivo, tanto em espetáculo em recinto aberto ao público como em estúdio. Nos termos do TOIEF, os artistas têm o direito exclusivo de autorizar a radiodifusão e a comunicação pública dessas prestações, exceto se estas já forem uma interpretação ou execução radiodifundida. Ora, no caso da retransmissão (enquanto emissão simultânea) a prestação é já uma interpretação ou execução radiodifundida, pelo que será excluída do direito exclusivo do artista. Este entendimento é corroborado igualmente pelas noções de radiodifusão e de comunicação ao público estabelecidas neste Tratado.

O TOIEF define radiodifusão como ‘a transmissão *sem fio* de sons ou imagens e sons, ou de representações destes, destinados a ser recebidos pelo público; uma transmissão desta natureza realizada por satélite é também ‘radiodifusão’; a transmissão de sinais codificados será considerada ‘radiodifusão’ quando os meios de descodificação sejam fornecidos ao público pelo organismo de radiodifusão ou com o seu consentimento (art. 2.º/f, *itálico nosso*). Deste modo, uma prestação é radiodifundida quando é transmitida (ou retransmitida) por meios de radiodifusão sem fios, incluindo por satélite.

Por seu turno, por comunicação ao público entende-se ‘a transmissão ao público, por qualquer meio que não seja radiodifusão, de sons de uma interpretação ou execução ou os sons ou representações de sons fixados num fonograma. Para os fins do artigo 15.º entende-se que ‘comunicação ao público’ inclui o tornar audível ao público os sons ou representações de sons fixados num fonograma’ (art. 2.º/g).

Assim radiodifusão e comunicação ao público são realidades distintas e juridicamente diferenciadas. O direito exclusivo de radiodifusão e de comunicação ao público de prestações não fixadas abrange apenas, por definição, as atuações ao vivo<sup>(80)</sup>. Na

---

unlike those provided under the Rome Convention and the TRIPS Agreement represent full exclusive rights’).

<sup>(80)</sup> *WIPO Handbook*, cit., p. 328. No sentido de que este Tratado estabelece um direito exclusivo sobre atuações ao vivo quanto à radiodifusão ou comunicação ao público (salvo se já é uma prestação radiodifundida) e à fixação das atuações, KAMINA, *Film Copyright*, cit., p. 344.

comunicação ao público encontram-se, desde logo, os casos em que uma atuação ao vivo é levada ao público através de altifalantes. Alguns Autores vão mais longe e defendem que deveria ser igualmente abrangida nesta figura a transmissão ao vivo pela Internet<sup>(81)</sup>.

Apesar de a noção de comunicação ao público incluir as ‘representações de sons fixados num fonograma’, o art. 6.º do TOIEF limita o direito de comunicação ao público às prestações (interpretações ou execuções) não fixadas.

Em todo o caso, a retransmissão, definida na Convenção de Roma como ‘a emissão simultânea da emissão de um organismo de radiodifusão efetuada por outro organismo de radiodifusão’ (art. 3.º/g), não é abrangida pelo direito exclusivo. Poder-se-ia dizer que o TOIEF, ao contrário da Convenção de Roma, não exclui do exclusivo a radiodifusão e a comunicação ao público de prestações artísticas efetuadas a partir de uma fixação. Todavia, a norma que prevê este direito (art. 6.º) refere-se aos direitos patrimoniais dos artistas sobre as suas prestações *não fixadas*. Ora, tratando-se de prestações não fixadas exclui-se aqui à partida a questão das prestações efetuadas a partir de uma fixação.

Relativamente a estas [prestações fixadas] são previstos os direitos exclusivos de reprodução, distribuição, aluguer, bem como o novo direito de colocação à disposição do público ‘a pedido’, i.e. ‘o direito de colocação à disposição do público das suas prestações fixadas em fonogramas, por fio ou sem fio, de tal maneira que os membros do público possam ter acesso a elas desde um lugar e num momento que individualmente escolherem’ (art. 10.º).

Este novo direito, objeto de grandes discussões quanto à sua configuração e moldado de raiz em atenção à interatividade específica das comunicações eletrónicas em rede, é concebido como um direito autónomo, dirigido a uma nova forma de utilização das obras e prestações que não se confunde nem com as formas convencionais de distribuição nem com a radiodifusão nem ainda com as formas tradicionais de comunicação ao público. Ou seja, a radiodifusão e a comunicação ao público tradicionais não abran-

---

(81) RICKETSON/GINSBURG, *International Copyright*, cit., p. 1259.

gem nem são abrangidas por este direito, que se afirma como uma modalidade nova e independente de utilização das prestações<sup>(82)</sup>.

Todavia, para efeitos do direito de remuneração equitativa e única pela radiodifusão e pela comunicação ao público de fonogramas que incluam prestações artísticas, consideram-se como se tivessem sido publicados para fins comerciais os fonogramas colocados à disposição do público nos termos deste novo direito, i.e. por fio ou sem fio, de maneira que os membros do público possam ter acesso a eles desde um lugar e num momento que individualmente escolherem (15.º/4).

### **b) Direito de remuneração equitativa**

O referido direito de remuneração está previsto no art. 15.º do TOIEF. Em termos semelhantes à Convenção de Roma, o TOIEF estabelece a favor dos artistas e dos produtores de fonogramas publicados para fins comerciais<sup>(83)</sup> o direito a uma ‘remuneração equitativa e única’ pela sua utilização, direta ou indireta, pela radiodifusão ou por qualquer forma de comunicação ao público (art. 15.º/1), deixando à legislação nacional das Partes Contratantes determinar qual dos titulares do direito ou ambos terá legitimidade para reclamar ao utilizador o respetivo pagamento (que será devido a ambos, ao contrário do previsto na Convenção de Roma que deixa o assunto para a legislação nacional) e para fixar, na ausência de acordo entre os beneficiários, os termos da sua repartição (art. 15.º/2).

Tal como se prevê na Convenção de Roma, também o TOIEF admite que este direito a remuneração equitativa seja sujeito a determinadas reservas pelas Partes Contratantes (art. 15.º/3 e 21.º).

---

<sup>(82)</sup> Ver o nosso *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, § 47; MIHALY FICSOR, *The Law of Copyright and the Internet: The 1996 WIPO Treaties, Their Interpretation and Implementation*, Oxford, Oxford University Press, Oxford, 2002.

<sup>(83)</sup> Em Declaração Acordada relativamente ao artigo 15.º do TOIEF, lê-se que ‘o disposto no artigo 15.º não impede que o direito conferido por esse artigo seja concedido aos artistas intérpretes ou executantes de folclore e aos produtores de fonogramas que procedam à gravação de folclore, caso esses fonogramas não tenham sido editados com fins comerciais.’

De resto, nos termos do art. 1.º/1 do TOIEF, ‘Nenhuma das disposições do presente Tratado implica a derrogação das obrigações das Partes Contratantes entre si decorrentes da Convenção Internacional’ de Roma.

Ora, parece-nos que em matéria de radiodifusão e de comunicação ao público o TOIEF acrescentou pouco em relação à Convenção de Roma, em termos tais que o direito de remuneração poderia ser entendido restritivamente por referência apenas às formas tradicionais de radiodifusão e de comunicação ao público. Considerando-se a transmissão por cabo não uma forma de comunicação ao público mas antes de radiodifusão, mas abrangendo esta apenas a transmissão sem fios, concluir-se-ia que a transmissão por cabo (com fios) seria excluída do âmbito do TOIEF, incluindo do direito de remuneração equitativa<sup>(84)</sup>. Aliás, como se lê na Declaração Acordada relativamente ao artigo 15.º do TOIEF, ‘Considera-se que o artigo 15.º não constitui uma resolução completa do nível de direitos de radiodifusão e de comunicação ao público de que os produtores de fonogramas e os artistas intérpretes ou executantes deveriam beneficiar na era digital. As delegações não conseguiram chegar a um consenso acerca de diferentes propostas relativas a aspetos da exclusividade a conceder em certas circunstâncias ou a direitos a conceder sem a possibilidade de reservas, tendo por conseguinte deixado a questão para resolução futura.’

De resto, a única referência à utilização por fio surge no âmbito do novo direito de colocação à disposição do público ‘a pedido’, o qual constitui uma modalidade nova de utilização de prestações, que não se confunde com as tradicionais radiodifusão e comunicação ao público. Nesse sentido, a transmissão por cabo seria prevista no TOIEF apenas no âmbito do novo direito de colocação à disposição do público ‘a pedido’, não sendo abrangida, nessa medida, pelo referido direito de remuneração única e equitativa.

---

(84) SILKE VON LEWINSKI, ‘Rental and Lending Rights Directive’, in *European Copyright Law: A Commentary*, ed. Michel Walter, SILKE VON LEWINSKI, Oxford/New York, Oxford University Press, 2010, pp. 320-1.

### c) Síntese

A proteção das prestações artísticas prevista no TOIEF não difere substancialmente, no que diz respeito à radiodifusão e à comunicação ao público, do regime da Convenção de Roma. Todavia, ao invés de mera faculdade de impedir, configura-se neste Tratado como direito exclusivo de autorizar a radiodifusão e a comunicação ao público de prestações artísticas *ao vivo*, i.e. prestações ainda não fixadas nem radiodifundidas. Além disso, estabelece também, embora sujeito igualmente a reservas, o direito de remuneração equitativa para os artistas e os produtores de fonogramas publicados com fins comerciais, quando estes sejam utilizados, direta ou indiretamente, pela radiodifusão ou por qualquer comunicação ao público.

De um modo geral, a lei portuguesa parece-nos estar em conformidade com a proteção das prestações artísticas prevista no TOIEF. A maior dúvida que se poderá suscitar é aquela a que aludimos a propósito da Convenção de Roma e que se prende com o facto de o CDADC não incluir expressamente a radiodifusão nas utilizações de fonogramas publicados com fins comerciais pelas quais é devida remuneração aos artistas e aos produtores. De todo o modo, os instrumentos internacionais permitem reservas a esse direito.

Em todo o caso, tal como o Tratado TOIEF, também a lei portuguesa limita o exclusivo de radiodifusão e de comunicação ao público às prestações artísticas ainda não radiodifundidas nem fixadas. O que, a nosso ver, exclui do exclusivo a retransmissão por cabo.

## § 4. Direito da União Europeia

Analisemos agora as disposições relevantes do direito da União Europeia, em ordem a saber se as prestações artísticas são aí protegidas e, em particular, se a retransmissão por cabo é ou não, e em que termos, abrangida nessa proteção.

Do leque de instrumentos de harmonização comunitária adotados no domínio do direito de autor e dos direitos conexos, destacam-

-se aqui duas Diretivas<sup>(85)</sup>. Por um lado, a Diretiva 2006/115/CE, que revogou e substituiu a Diretiva 92/100/CEE (designada abreviadamente por Diretiva Aluguer e Comodato). Por outro lado, a Diretiva 93/83/CEE (designada abreviadamente por Diretiva Satélite e Cabo). Especial importância assume também a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia sobre as matérias harmonizadas por estas Diretivas.

#### 4.1. Diretiva 2006/115/CE (ex Diretiva 92/100/CEE)

A Diretiva 2006/115/CE<sup>(86)</sup> obriga os Estados-Membros a preverem certos direitos exclusivos para os artistas relativamente às suas prestações, como sejam o direito de fixação (art. 7.º/1) e o direito de distribuição (art. 9.º/1-a), bem como o direito de aluguer e o direito de comodato (art. 3.º/1-a). No domínio da radiodifusão e da comunicação ao público das suas prestações, os Estados-Membros ficam obrigados a garantir aos artistas determinados ‘direitos mínimos’<sup>(87)</sup>. São ‘direitos mínimos’ uma vez que a Diretiva ressalva que os Estados-Membros podem estabelecer para os titulares de direitos conexos ao direito de autor uma proteção superior à exigida pelas suas disposições em matéria de radiodifusão e de comunicação ao público (considerando 16 do preâmbulo).

Estes direitos mínimos analisam-se, por um lado, em *direitos exclusivos*, que permitem aos artistas autorizar ou proibir determinados atos, e, por outro, em *direitos de remuneração*, que conferem apenas o direito de obter remuneração pela prática de certos atos relativamente às suas prestações. Vejamos.

---

(85) Sobre o estado da questão antes das Diretivas comunitárias, GERHARD SCHRICKER, *Urheberrechtliche Probleme des Kabelrundfunks*, Baden-Baden, Nomos, 1986, MARIE HELEN PICHLER, *Copyright Problems of Satellite and Cable Television in Europe*, London (etc.), Graham & Trotman, 1987, THOMAS DREIER, *Kabelweiterleitung und Urheberrecht. Eine vergleichende Darstellung*, München, Beck, 1991.

(86) A Diretiva 2006/115/CE revogou a Diretiva 92/100/CEE, embora o regime seja idêntico (art. 8.º e 14.º).

(87) LEWINSKI, ‘Rental and Lending Rights Directive’, in *European Copyright Law: A Commentary*, cit., p. 318.



**a) Sentido e limites do direito exclusivo de radiodifusão e de comunicação ao público na Diretiva 2006/115/CE (art. 8.º/1)**

À cabeça dos direitos exclusivos dos artistas surge o direito de radiodifusão e de comunicação ao público das suas prestações, ‘*exceto se a prestação já for, por si própria, uma prestação radiodifundida ou se for efetuada a partir de uma fixação*’ (art. 8.º/1, *itálico nosso*). Assim, a Diretiva 2006/115/CE estabelece o direito exclusivo de radiodifusão e de comunicação ao público, mas do seu âmbito de aplicação são excluídas, à semelhança da Convenção de Roma, as que já sejam, por si próprias, prestações radiodifundidas ou efetuadas a partir de uma fixação. Detenhamo-nos então nos contornos do direito exclusivo de radiodifusão e comunicação ao público.

Quanto ao *direito de radiodifusão* sustenta-se que é limitado à radiodifusão sem fios, incluindo por satélite<sup>(88)</sup>. Por seu turno, quanto ao *direito de comunicação ao público*, este não incluiria, por exclusão de partes, a radiodifusão sem fios, nem a transmissão por cabo e afins<sup>(89)</sup>. Como formas típicas de comunicação ao público previstas no art. 8.º/1 da Diretiva indicam-se as atuações públicas ao vivo de concertos musicais ou de atores de peças teatrais ou a recitação de obras literárias em lugares públicos<sup>(90)</sup>. Resalva-se todavia que, tendo a Diretiva estabelecido apenas uma proteção mínima, os Estados-Membros podem alargar o direito de radiodifusão dos artistas à transmissão por cabo ou outros fios, na medida em que as normas da Diretiva Satélite e Cabo sejam respeitadas.

---

<sup>(88)</sup> *Ibid.*, p. 320 (“The right is thus limited to broadcasting by wireless means”).

<sup>(89)</sup> *Ibid.*, p. 320 (“Since Article 8(1) by intention excludes transmission by cable and other wire, also such transmissions are arguably not covered by this term”).

<sup>(90)</sup> *Ibid.*, pp. 320-1 (sustentando ainda que os fenómenos tornados possíveis pelas novas tecnologias, como a webradio, a webcasting, e simulcasting, não existiam quando a Diretiva foi inicialmente adotada em 1992, pelo que os Estados-Membros não seriam obrigados a assegurar proteção contra estas formas de comunicação ao público com base no art. 8.º da Diretiva, sem prejuízo de o poderem fazer tendo em conta o considerando 20 do seu preâmbulo).

Nesta perspetiva, a transmissão por cabo e, por maioria de razão, a retransmissão por cabo seriam à partida excluídas do direito exclusivo de autorizar a radiodifusão e a comunicação ao público estabelecido pela Diretiva 2006/115/CE. Ou seja, o direito mínimo estabelecido no art. 8.º/1 da Diretiva 2006/115/CE abrangerá apenas a radiodifusão e a comunicação ao público da ‘prestação pessoal’ que ainda não tenha sido radiodifundida nem fixada. Em suma, a restrição do direito exclusivo às ‘atuações ao vivo’ (*live performances*) significa que o artista pode apenas proibir a radiodifusão ao vivo (*live broadcasts*) da sua prestação especialmente em certos eventos, como um festival de teatro ou um concerto, bem como a comunicação ao vivo (*live communication*)<sup>(91)</sup>.

Todavia, o artista já não terá qualquer direito de impedir a radiodifusão repetida (*repeated broadcasting*) da primeira radiodifusão efetuada a partir da sua atuação pessoal, uma vez que nesse caso a prestação já é uma *prestação radiodifundida* ou, pelo menos, a repetição da transmissão terá necessariamente que ser feita a partir da fixação da primeira radiodifusão. O mesmo seria válido para a retransmissão (*rebroadcasting*) da primeira radiodifusão de uma prestação pessoal. De igual modo, o artista não poderia proibir a comunicação ao público da sua prestação radiodifundida ou da fixação da sua atuação, por exemplo, mediante exibição ou representação pública de uma gravação sonora ou de vídeo ou de uma radiodifusão que tenha sido gravada em cassete ou vídeo<sup>(92)</sup>.

Por conseguinte, à semelhança da Convenção de Roma, do Acordo ADPIC e do TOIEF (estes últimos adotados em momento posterior à aprovação da Diretiva 92/100/CEE), o direito exclusivo de autorizar a radiodifusão e a comunicação pública é limitado

---

<sup>(91)</sup> *Ibid.*, p. 321 (ilustrando o seu raciocínio com as atuações ao vivo que podem ser apresentadas ao público através de altifalantes e ecrãs a partir de uma sala onde a atuação está a decorrer para outra sala, de modo a permitir a uma audiência mais vasta assistir à atuação).

<sup>(92)</sup> *Ibid.*, p. 321 (‘the performer does not have any right to prevent the repeated broadcasting of the first broadcast made from his personal performance [...] the performer may not prohibit the communication to the public of his broadcast performance’).

basicamente às prestações artísticas ao vivo ainda não radiodifundidas nem fixadas<sup>(93)</sup>.

De todo o modo, a proteção das prestações artísticas em sede de radiodifusão e de comunicação ao público não se esgota no limitado direito exclusivo.

**c) Direito de remuneração pela radiodifusão ou comunicação ao público de fonograma publicado com fins comerciais (art. 8.º/2)**

Com efeito, à semelhança do que a Convenção de Roma já previa, a Diretiva 2006/115/CE estabelece, por outro lado, que os utilizadores de fonogramas publicados com fins comerciais, ou suas reproduções, em emissões radiodifundidas por ondas radioelétricas ou em qualquer tipo de comunicações ao público devem pagar uma remuneração equitativa única aos artistas e aos produtores dos fonogramas assim utilizados, devendo essa remuneração ser partilhada por acordo entre os artistas e os produtores de fonogramas e podendo os Estados-Membros, na falta de acordo entre os beneficiários da remuneração, determinar os termos da sua repartição (art. 8.º/2).

Esta disposição abrange apenas *fonogramas* publicados comercialmente<sup>(94)</sup>, já não videogramas. Além disso, ainda segundo Silke von Lewinski, o direito de remuneração seria limitado à radiodifusão por ondas radioelétricas (*by wireless means*), incluindo a radiodifusão por satélite mas excluindo a transmissão por cabo<sup>(95)</sup>. De resto, o Tribunal de Justiça pronunciou-se no sentido de que a

---

<sup>(93)</sup> Segundo LAURA CHIMIENTI (*Lineamenti del nuovo diritto d'autore — direttive comunitarie e normativa interna*, 3.ª ed., Milano, Giuffrè, 1999, p. 154), 'oggi, in âmbito EU, l'art. 8 della Direttiva in commento garantisce il diritto esclusivo di ritrasmissione via cavo sia dell'autore, sia dei titolari di diritti connessi.' Parece-nos, todavia, que esta interpretação não tem apoio nem na letra nem no espírito das normas comunitárias, relativamente aos artistas.

<sup>(94)</sup> Em conformidade com o art. 15.º/4 do TOIEF serão considerados publicados com fins comerciais os fonogramas que sejam objeto de colocação à disposição do público 'a pedido'.

<sup>(95)</sup> LEWINSKI, 'Rental and Lending Rights Directive', in *European Copyright Law: A Commentary*, cit., p. 323.

noção de ‘comunicação ao público’, relativamente à distribuição de programas televisivos por cabo, deverá ser interpretada à luz da legislação nacional de cada Estado-Membro<sup>(96)</sup>.

A Autora ressalva, todavia, que a proteção mínima visada pela Diretiva não impede os Estados-Membros de alargarem o direito de remuneração equitativa<sup>(97)</sup> quer às gravações audiovisuais quer à transmissão por cabo de fonogramas<sup>(98)</sup>.

Por outro lado, conforme se lê no preâmbulo (considerando 15) e resulta do art. 3.º/6, da Diretiva 2006/115/CE, os Estados-Membros podem prever que da assinatura de um contrato celebrado entre um artista e um produtor de filmes relativamente à produção de um filme resulte a permissão do aluguer bem como dos restantes direitos do artista, incluindo os direitos de radiodifu-

---

(96) Com efeito, no seu acórdão de 3 de fevereiro de 2000, C-293/98 (*Egeda*), Col. 2000, p. I-629, par. 29, o Tribunal de Justiça decidiu que a Diretiva 93/83/CEE não define exhaustivamente o conceito de comunicação ao público, o qual dependerá por conseguinte, sem prejuízo de harmonização futura, da legislação interna dos Estados-Membros: ‘a questão de saber se o facto de um estabelecimento hoteleiro captar sinais de televisão por satélite ou por via terrestre e de os distribuir por cabo aos seus diferentes quartos é um «ato de comunicação ao público» ou de «recepção pelo público» não é regulada pela Diretiva 93/83, de modo que deve ser apreciada de acordo com o direito nacional.’

(97) Sobre o conceito de remuneração equitativa, considerando que embora seja uma noção de direito comunitário, os Estados-Membros conservam uma ampla margem de apreciação e de determinação dos critérios relevantes para a fixação dos montantes a pagar pelos utilizadores, ver o acórdão do TJUE de 6 de fevereiro de 2003, no processo C-245/00, *Stichting ter Exploitatie van Naburige Rechten (SENA) v Nederlandse Omroep Stichting (NOS)*. Col. 2003, p. I-1269 (‘o 8.º, n.º 2, da Diretiva 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 fatores variáveis e fatores 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 suscetível 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’ — 1289).

(98) LEWINSKI, ‘Rental and Lending Rights Directive’, in *European Copyright Law: A Commentary*, cit., p. 323.

são e de comunicação ao público, ‘se o referido contrato estabelecer uma remuneração equitativa nos termos do artigo 5.º’, que estabelece o direito irrenunciável a uma remuneração equitativa cuja gestão poderá ser confiada às entidades de gestão coletiva dos artistas, sem prejuízo de os Estados-Membros poderem sujeitá-la a gestão coletiva obrigatória (art. 5.º/2-3-4).

Ora, a lei portuguesa, que já tinha consagrado no DL 332/97 (art. 8.º), para o caso de celebração de produção de filme entre artistas e produtor, a presunção de cessão ao produtor do direito de aluguer dos artistas, sem prejuízo do direito irrenunciável a uma remuneração equitativa nos termos do art. 5.º/2 do referido diploma — presunção essa então logo prevista na Diretiva 92/100/CEE que a Diretiva 2006/115/CE veio substituir — estabeleceu depois um complexo regime no art. 178.º/2 para a autorização de fixação de prestação artística para fins de radiodifusão porventura ao abrigo do art. 3.º/6 da agora Diretiva 2006/115/CE.

Todavia, o CDADC vai mais longe já que fala em transmissão de direitos — quando na Diretiva se estabelece uma licença legal — e, além disso, no círculo de beneficiários inclui não apenas o produtor cinematográfico, videográfico ou audiovisual, mas também os organismos de radiodifusão. Ou seja, onde a Diretiva coloca celebração de contrato de produção de filme e produtor, a lei portuguesa prevê autorização de fixação para fins de radiodifusão e acrescenta o organismo de radiodifusão. Sendo que a remuneração inalienável, equitativa e única atribuída ao artista cobrirá todas as autorizações que lhe caberiam dar (salvo para a colocação à disposição do público ‘a pedido’) e ainda ‘a autorização para novas transmissões, a retransmissão e a comercialização de fixações obtidas para fins exclusivos de radiodifusão’ (art. 178.º/3).

Deste regime parece resultar que a lei portuguesa terá favorecido a posição dos produtores videográficos, audiovisuais ou cinematográficos e dos organismos de radiodifusão, uma vez que com a autorização de fixação da prestação para fins de radiodifusão, os direitos dos artistas ficam, no essencial, reduzidos a um direito de remuneração inalienável, equitativa e única, sujeito de resto a gestão coletiva obrigatória e ficando a respetiva entidade de gestão

legalmente mandatada para gerir o direito de remuneração mesmo dos artistas que nela não estejam inscritos (art. 178.º/2, parte final).

Seja como for, a Diretiva 2006/115/CE não estabelece a favor dos artistas nenhum direito exclusivo de autorizar a retransmissão das suas prestações. Sustenta-se, aliás, que a transmissão (e a retransmissão) por cabo não é sequer abrangida por essa Diretiva. Importa, todavia, prosseguir a investigação da fonte europeia, da qual brotou justamente uma Diretiva sobre satélite e cabo no domínio do direito de autor e dos direitos conexos, a Diretiva 93/83/CEE.

#### 4.2. Diretiva 93/83/CEE (Satélite e Cabo)

Como se lê no seu preâmbulo (considerando 33), a Diretiva 93/83/CEE (Satélite e Cabo)<sup>(99)</sup> ‘prevê as disposições mínimas necessárias para estabelecer e garantir, numa base essencialmente contratual, uma difusão transfronteiras, livre e ininterrupta, de programas por satélite, bem como a retransmissão por cabo de programas radiodifundidos a partir de outros Estados-Membros’.

Assim, a Diretiva 93/83/CEE estabelece uma proteção mínima dos direitos conexos em sede de comunicação ao público por satélite e retransmissão por cabo. Remete para o art. 8.º da Diretiva 92/100/CEE (agora Diretiva 2006/115/CE), com a ressalva de que os Estados-Membros podem atribuir-lhes uma proteção mais ampla no que respeita ao direito de radiodifusão e de comunicação ao público (art. 6.º/1), na medida em que as definições de satélite e de comunicação ao público por satélite previstas no seu art. 1.º/1-2 sejam respeitadas (art. 6.º/2).

Assim, quanto à *comunicação ao público por satélite* (art. 4.º/1), os direitos dos artistas são os previstos nos artigos 7.º, 8.º e 10.º da

---

(99) E.g. THOMAS DREIER, ‘Satellite and Cable Directive’, in *European Copyright Law: A Commentary*, ed. Michel Walter, SILKE VON LEWINSKI, Oxford/New York, Oxford University Press, 2010, pp. 391-499; LINDY GOLDING, ‘Intellectual Property and the Media’, in *Media Law and Practice*, ed. David Goldberg, GAVIN SUTTER, IAN WALDEN, Oxford/New York, Oxford University Press, 2009, pp. 191-226.

Diretiva 92/100/CEE (agora Diretiva 2006/115/CE), entendendo-se por comunicação ao público por satélite ‘o ato de introdução, sob o controlo e a responsabilidade do organismo de radiodifusão, de sinais portadores de programas que se destinam a ser captados pelo público numa cadeia ininterrupta de comunicação conducente ao satélite e deste para a terra’ (art. 1.º/2-a).

Por seu turno, a *retransmissão por cabo* é definida como ‘a retransmissão ao público, simultânea, inalterada e integral, por cabo ou micro-ondas, de uma emissão primária a partir de outro Estado-membro, com ou sem fio, incluindo por satélite, de programas de televisão ou rádio destinados à receção pelo público’ (art. 1.º/3).

**a) A não instituição a favor dos artistas de um direito exclusivo de retransmissão por cabo das suas prestações**

Lê-se no preâmbulo da Diretiva 93/83/CEE que ‘a transmissão por cabo a partir de outros Estados-Membros constitui um ato sujeito ao direito de autor e, *sendo caso disso*, aos direitos conexos’ (considerando 27, *itálico nosso*). Ora, como veremos, a Diretiva não sujeitou a autorização dos artistas a retransmissão por cabo das suas prestações.

Com efeito, a Diretiva 93/83/CEE não obriga os Estados-Membros a instituírem um direito exclusivo de retransmissão por cabo para os artistas. Impõe apenas aos Estados-Membros o dever de garantirem ‘que a retransmissão por cabo de emissões provenientes de outros Estados-Membros se processe, no seu território, no respeito pelo direito de autor e direitos conexos *aplicáveis* e com base em contratos individuais ou acordos coletivos entre os titulares de direitos de autor, os titulares de direitos conexos e os distribuidores por cabo’ (art. 8.º/1, *itálico nosso*). Numa palavra, a diretiva não atribui aos artistas nenhum direito exclusivo de autorizar ou proibir a retransmissão por cabo das suas prestações. Antes pelo contrário, remete essa matéria para a legislação aplicável.

Foi justamente neste sentido que se pronunciou o Tribunal de Justiça da União Europeia no acórdão *Egeda v Hoasa*. No entender do Tribunal de Justiça, do artigo 8.º da Diretiva 93/83 e do seu considerando 27.º resulta que esta Diretiva não obriga os Estados-Membros a instituírem para os artistas um direito específico de retransmissão por cabo nem define o conteúdo desse direito. Limita-se a prever que os Estados-Membros assegurarão que a distribuição por cabo no seu território de programas procedentes de outros Estados-Membros se realize em respeito pelos direitos de autor e direitos conexos *aplicáveis*:

‘Resulta do artigo 8.º da Diretiva 93/83 bem como do seu vigésimo sétimo considerando que esta não exige aos Estados-Membros que instituem um direito específico de retransmissão por cabo nem define o alcance de um tal direito. Contenta-se em prever a obrigação de os Estados-Membros garantirem que as retransmissões por cabo de emissões provenientes de outros Estados-Membros se efetuem, no seu território, com respeito dos direitos de autor e dos direitos conexos em vigor’<sup>(100)</sup>.

Ora, na opinião de Thomas Dreier, este acórdão do Tribunal de Justiça tornou claro que saber quem são os autores ou titulares de direitos conexos em termos de direito exclusivo relativamente à retransmissão por cabo das suas obras ou prestações relacionadas, e saber quem são os titulares de meras pretensões remuneratórias a este respeito, depende – sem prejuízo das normas das convenções internacionais – da respetiva (atual ou futura) ordem jurídica de cada Estado-Membro<sup>(101)</sup>.

Ou seja, a Diretiva não trata sequer da existência do direito exclusivo de autorizar a retransmissão por cabo, limitando-se a dispor que, caso exista na ordem jurídica interna do Estado-Membro em causa, deverá ser respeitado.

---

<sup>(100)</sup> Tribunal de Justiça, Acórdão de 3 de fevereiro de 2000, C-293/98 (*Egeda*), Col. 2000, p. I-629, par. 24.

<sup>(101)</sup> DREIER, ‘Satellite and Cable Directive’, in *European Copyright Law: A Commentary*, cit., p. 448.



### **b) A noção de retransmissão por cabo**

Pese embora a Diretiva 93/83/CEE não estabelecer para os artistas um direito exclusivo de autorizar a retransmissão por cabo das suas prestações, fornece todavia um dado com relevante valor interpretativo, que é a definição de retransmissão por cabo ('a retransmissão ao público, simultânea, inalterada e integral, por cabo ou micro-ondas, de uma emissão primária a partir de outro Estado-Membro, com ou sem fio, incluindo por satélite, de programas de televisão ou rádio destinados à receção pelo público' — art. 1.º/3).

Ao contrário do TOIEF, não é certo que a transmissão por cabo tenha sido afastada das operações de radiodifusão<sup>(102)</sup>. De

---

<sup>(102)</sup> A Diretiva 89/552/CEE do Conselho, de 3 de outubro de 1989, relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas ao exercício de atividades de radiodifusão televisiva (Jornal Oficial n.º L 298 de 17/10/1989, pp. 23-30), definiu radiodifusão televisiva como 'a transmissão primária, com ou sem fio, terrestre ou por satélite, codificada ou não, de programas televisivos destinados ao público' (art. 1.º/a). A mesma disposição especifica que a radiodifusão televisiva 'inclui a comunicação de programas entre empresas com vista à sua difusão ao público', mas já não 'os serviços de comunicações que forneçam, a pedido individual, elementos de informação ou outras mensagens, como os serviços de telecópia, os bancos eletrónicos de dados e outros serviços similares' (art. 1.º/a). A Diretiva 89/552/CEE foi posteriormente alterada pela Diretiva 97/36/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 30 de junho de 1997.

Ora, chamado a pronunciar-se sobre esta noção de radiodifusão televisiva, o Tribunal de Justiça, no acórdão de 2 de junho de 2005, C-89/04 (*Mediakabel*), Col. 2005, p. I-4891, decidiu que 'O conceito de «radiodifusão televisiva», a que se refere o artigo 1.º, alínea a), da Diretiva, 89/552, relativa ao exercício de atividades de radiodifusão televisiva, com a redação dada pela Diretiva 97/36, é definido de modo autónomo por essa disposição. Não se define por oposição ao conceito de «serviço da sociedade da informação», na aceção do artigo 1.º, ponto 2, da Diretiva 98/34, relativa a um procedimento de informação no domínio das normas e regulamentações técnicas e das regras relativas aos serviços da sociedade da informação, com a redação dada pela Diretiva 98/48, e não engloba necessariamente os serviços não abrangidos por este último conceito. Um serviço insere-se no conceito de «radiodifusão televisiva» quando consista na transmissão primária de programas televisivos destinados ao público, isto é, a um número indeterminado de telespectadores potenciais, para os quais são simultaneamente transmitidas as mesmas imagens. A técnica de transmissão das imagens não é um elemento determinante para esta apreciação. / Um serviço que consiste na emissão de programas televisivos destinados ao público e que não é fornecido a pedido individual de um destinatário de serviços, constitui um serviço de radiodifusão televisiva'. Assim, a noção de radiodifusão televisiva abrange igualmente a

todo o modo, a Diretiva estabelece apenas a favor dos autores o direito de radiodifusão por satélite (art. 2.º). Além disso, sendo excluído o direito de autorizar a radiodifusão e a comunicação ao

---

transmissão por cabo, com exclusão todavia dos serviços a pedido individual de um destinatário de serviços (e.g. vídeo a pedido).

Posteriormente, a Diretiva 89/552/CEE foi novamente alterada pela Diretiva 2007/65/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2007, que reformulou a noção de radiodifusão televisiva (ou emissão televisiva), no sentido de se tratar de ‘um serviço de comunicação social audiovisual linear’, i.e., ‘um serviço de comunicação social audiovisual prestado por um fornecedor de serviços de comunicação social para visionamento simultâneo de programas, ordenados com base numa grelha de programas’ (art. 1.º/e). Nestes termos, a transmissão por cabo de programas televisivos será abrangida nesta noção de radiodifusão na medida em que se destine ao ‘visionamento simultâneo de programas, ordenados com base numa grelha’. Esta noção foi conservada pela Diretiva 2010/13/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 10 de março de 2010 relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros respeitantes à oferta de serviços de comunicação social audiovisual (Diretiva «Serviços de Comunicação Social Audiovisual»), que revogou e substituiu a Diretiva 89/552/CEE.

No direito interno, a Lei n.º 27/2007, de 30 de julho, que regula o acesso à atividade de televisão e o seu exercício (Lei da Televisão), define televisão como ‘a transmissão, codificada ou não, de imagens não permanentes, com ou sem som, através de uma rede de comunicações eletrónicas, destinada à receção em simultâneo pelo público em geral’ (art. 2.º/1-j). É assim decisivo o critério de receção em simultâneo pelo público em geral, por oposição aos serviços a pedido individual do destinatário. O meio de transmissão é agora considerado uma rede de comunicações eletrónicas, que a Lei das Comunicações Eletrónicas (Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro) define como ‘os sistemas de transmissão e, se for o caso, os equipamentos de comutação ou encaminhamento e os demais recursos que permitem o envio de sinais por cabo, meios radioelétricos, meios óticos, ou por outros meios eletromagnéticos, incluindo as redes de satélites, as redes terrestres fixas (com comutação de circuitos ou de pacotes, incluindo a Internet) e móveis, os sistemas de cabos de eletricidade, na medida em que sejam utilizados para a transmissão de sinais, as redes utilizadas para a radiodifusão sonora e televisiva e as redes de televisão por cabo, independentemente do tipo de informação transmitida (art. 3.º/x; para noção idêntica de redes de comunicações eletrónicas ver o Decreto-Lei n.º 123/2009, de 21 de maio, art. 3.º/1-q). Assim, as redes de televisão por cabo são redes de comunicações eletrónicas, i.e. meios de televisão, sendo que por atividade de televisão se entende, nos termos do art. 1.º/1-a da Lei da Televisão (Lei 27/2007), ‘a atividade que consiste na organização, ou na seleção e agregação, de serviços de programas televisivos com vista à sua transmissão, destinada à receção pelo público em geral’. O n.º 2 deste artigo exclui da noção de atividade de televisão, os serviços de comunicações destinados a serem recebidos apenas mediante solicitação individual (a), a mera retransmissão de emissões alheias (b), e a transmissão pontual de eventos, através de dispositivos técnicos instalados nas imediações dos respetivos locais de ocorrência e tendo por alvo o público aí concentrado (c).

público de prestações quando estejam em causa prestações radiodifundidas ou fixadas, a retransmissão por cabo torna claro que no conceito de prestação radiodifundida deve incluir-se a prestação incluída em programas de televisão ou rádio que é objeto de uma *emissão primária*, com ou sem fio, incluindo por satélite, destinados à receção pelo público.

A noção de retransmissão por cabo prevista nesta diretiva é mais restrita do que a noção de retransmissão da Convenção de Roma. Enquanto esta se refere apenas a ‘emissão simultânea’, a Diretiva 93/83/CEE apresenta diversos requisitos para a retransmissão por cabo, designadamente a emissão primária ser proveniente de outro Estado-Membro e tratar-se de ‘retransmissão ao público simultânea, inalterada e integral, por cabo ou microondas’<sup>(103)</sup> (art. 1.º/2).

Não é certo, todavia, que estes requisitos adicionais devam ser tidos em conta para efeitos da caracterização das prestações radiodifundidas ou efetuadas a partir de uma fixação que são excluídas do direito exclusivo de radiodifusão e de comunicação ao público. A noção comunitária é vinculada a determinadas tecnologias (*technology-specific regulation*), parecendo não abranger outras formas de retransmissão, designadamente a retransmissão por satélite<sup>(104)</sup>. Neste sentido, como informa Dreier, a Comissão Europeia, no seu relatório sobre a Diretiva (COM(2002) 430 final)<sup>(105)</sup>, não considerou adequado alargar essa noção a outras formas de retransmissão, designadamente por satélite, em virtude de a Diretiva sujeitar o exercício do direito exclusivo de retransmissão por cabo, quando exista, a gestão obrigatória. O que, todavia, não impediu o Supremo Tribunal Austríaco de, na sua decisão de 26 de outubro

---

<sup>(103)</sup> Os chamados *Multipoint Microwave Distribution Systems* — MMDS, DREIER, ‘Satellite and Cable Directive’, in *European Copyright Law: A Commentary*, cit., p. 419.

<sup>(104)</sup> *Ibid.*, pp. 419-420 (lamentando esta opção da Diretiva tanto mais que outras formas de retransmissão eram já conhecidas ao tempo da sua aprovação).

<sup>(105)</sup> *Relatório da Comissão Europeia sobre a aplicação da Diretiva 93/83/CEE do Conselho relativa à coordenação de determinadas disposições em matéria de direito de autor e direitos conexos aplicáveis à radiodifusão por satélite e à retransmissão por cabo*, Bruxelas, COM(2002) 430 final, 26.07.2002.

de 2008 (*UMTS-Mobilfunknetz/Première*), aplicar a correspondente disposição da Lei Austríaca do Direito de Autor (§ 59a) aos programas televisivos transmitidos por telemóvel<sup>(106)</sup>.

De todo o modo, a definição de retransmissão por cabo, constante da Diretiva Satélite e Cabo, não abrange transmissões diferidas (apenas as simultâneas, i.e. as que podem ser recebidas ao mesmo tempo por radiodifusão) nem as que alterem os programas transmitidos (e.g. substituindo ou omitindo a publicidade da emissão primária) nem as que selecionem apenas as suas ‘melhores partes’, sem prejuízo todavia de ligeiros diferimentos ou meras alterações justificadas por razões técnicas<sup>(107)</sup>. Para estas transmissões (diferidas, alteradas ou parciais) já não se justificará o regime simplificado que a Diretiva estabelece para a aquisição de direitos de retransmissão por cabo através da sua gestão coletiva obrigatória.

A noção de emissão simultânea não significa que se trate de simultaneidade absoluta, já que razões técnicas poderão justificar algum desfazamento temporal<sup>(108)</sup>. De resto, será igualmente válido neste domínio o preceito segundo o qual, para efeitos da autorização de radiodifusão de obra protegida, ‘não se considera nova transmissão a radiodifusão feita em momentos diferentes, por estações nacionais ligadas à mesma cadeia emissora ou pertencentes à mesma entidade, em virtude de condicionalismos horários ou técnicos’ (art. 153.º/e CDADC).

### **c) Gestão coletiva obrigatória e mecanismos de mediação: sentido e limites**

A Diretiva 93/83/CEE sujeita o exercício do direito exclusivo de retransmissão por cabo — e apenas este — a gestão coletiva obrigatória<sup>(109)</sup> e estabelece um mandato legal a favor de entidade de gestão de direitos da mesma categoria<sup>(110/111)</sup>.

---

<sup>(106)</sup> DREIER, ‘Satellite and Cable Directive’, in *European Copyright Law: A Commentary*, cit., p. 420.

<sup>(107)</sup> *Ibid.*, pp. 420-1.

<sup>(108)</sup> *Ibid.*, pp. 420-1.

<sup>(109)</sup> GUNNAR KARNELL, SILKE VON LEWINSKI, ‘Collective administration of copy-

Por um lado, estabelece que ‘o direito dos titulares de direitos de autor e de direitos conexos de autorizar ou proibir a um operador por cabo uma retransmissão por cabo só poderá ser exercido através de entidades de gestão’ (art. 9.º/1). Repare-se que a norma, para além de não instituir ela própria o direito exclusivo de retransmissão por cabo<sup>(112)</sup>, refere-se precisamente aos direitos de autorizar ou proibir e não a outros direitos que possam existir, tais como direitos puramente remuneratórios. Ou seja, a norma diz respeito à imposição da gestão coletiva obrigatória, só valendo para o direito de autorizar ou proibir a retransmissão por cabo e na medida em que este direito exista na legislação nacional.

Além disso, a Diretiva 93/83/CEE estabelece um mandato legal para uma entidade de gestão de direitos da mesma categoria relativamente à gestão dos direitos que o respetivo titular não tenha transferido para uma entidade de gestão, cabendo-lhe decidir qual das entidades deve gerir os seus direitos no caso de os direitos dessa categoria serem geridos por mais do que uma entidade de gestão (art. 9.º/2, 1.º e 2.º períodos). A Diretiva possibilita ainda que os Estados-Membros prevejam que um titular de direitos que autorize no seu território a emissão primária de uma obra e/ou

---

rights and neighbouring rights’, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, Volume XIV Copyright and Industrial Property, chief editor Gerhard Schricker, Cap. 6, Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 36.

<sup>(110)</sup> Através deste esquema, a Diretiva procurou resolver o chamado ‘problema dos *outsiders*’, DREIER, ‘Satellite and Cable Directive’, in *European Copyright Law: A Commentary*, cit., pp. 452-3.

<sup>(111)</sup> Note-se, porém, que tanto a gestão coletiva obrigatória como o mandato legal de gestão não se aplicam aos direitos exercidos por um organismo de radiodifusão em relação às suas próprias emissões, independentemente de os direitos em questão lhe pertencem ou de lhe terem sido transferidos por outros titulares de direitos de autor e/ou de direitos conexos (art. 10.º). Sobre a amplitude do mandato legal, veja-se o acórdão do Tribunal de Justiça de 1 de junho de 2006, C-169/05 (*Uradex*), Col. 2006, p. I-4973.

<sup>(112)</sup> Ao contrário do que faz o art. 2.º relativamente ao direito de radiodifusão por satélite (‘os Estados-Membros garantirão aos autores o direito exclusivo de autorizar a comunicação ao público por satélite de obras protegidas pelo direito de autor’), o que todavia, em virtude da sujeição do seu exercício a gestão coletiva obrigatória, significará que, na prática, ‘o direito exclusivo passou a ser um direito de remuneração’ — PEDRO CORDEIRO, *Direito de Autor*, cit., p. 283 (considerando aliás que ‘a solução consagrada peca por inconstitucional’ e que constitui um ‘monopólio das entidades de gestão’ — pp. 284-5).

prestação protegidas aceite não exercer os seus direitos de retransmissão por cabo numa base individual mas nos termos dispostos na diretiva (art. 9.º/3).

Para as situações de impossibilidade de acordo sobre a *autorização de retransmissão* de uma emissão de radiodifusão por cabo, a Diretiva incumbe os Estados-Membros de preverem a possibilidade de as partes interessadas recorrerem a um ou mais mediadores, os quais serão selecionados em termos de assegurar a sua total e inequívoca independência e imparcialidade, competindo-lhes prestar assistência nas negociações e o poder de apresentar propostas às partes, as quais se consideram aceites por todas caso nenhuma a ela se opuser no prazo de três meses (art. 11.º).

Todavia, mesmo aqui, a garantia de recurso a mediação não significa a imposição dessa via. Embora proposta pelo representante português nos trabalhos preparatórios, a via da arbitragem obrigatória foi recusada<sup>(113)</sup>. Pelo contrário, é entendimento dominante que deve ser deixada às partes a possibilidade de acordarem por si próprias a solução de litígios, e isto mesmo nos Estados-Membros nos quais uma certa entidade já tenha sido encarregue de lidar com a atividade de mediação de acordo com o art. 11.º, já que o objetivo da Diretiva é possibilitar vias de solução de litígios e não abolir quaisquer mecanismos de mediação já existentes<sup>(114)</sup>.

A obrigatoriedade de gestão coletiva do direito exclusivo de autorizar a retransmissão por cabo, quando este exista, bem como a exigência dirigida aos Estados-Membros de garantirem às partes a possibilidade de recorrerem a mecanismos expeditos de mediação colhem a sua justificação no objetivo principal da Diretiva

---

(113) *Ibid.*, p. 287 (acrescentando que ‘o art. 11.º da diretiva não impede, no entanto, que os interessados se submetam, voluntariamente, a uma arbitragem vinculativa’, e, ainda, que ‘os Estados-membros, só no que ao direito de retransmissão por cabo previsto na diretiva diz respeito, estão impedidos de estabelecer esse tipo de arbitragens.’ — pp. 287-8)

(114) DREIER, ‘Satellite and Cable Directive’, in *European Copyright Law: A Commentary*, cit., p. 460 (‘it must also be up to the parties to agree upon a settlement of disputes on their own, and this even in Member States in which a certain facility has already been entrusted with the mediation activity according to Article 11’). Na opinião do Autor, a tarefa dos mediadores seria apenas prestar assistência às partes nas negociações e não impor-lhes uma solução vinculativa (*ibid.*, p. 460).

que é ‘garantir, numa base essencialmente contratual, uma difusão transfronteiras, *livre e ininterrupta*, de programas por satélite, bem como a retransmissão por cabo de programas radiodifundidos a partir de outros Estados-Membros’ (considerando 33, *itálico nosso*). Pelas mesmas razões, em ordem à prevenção do abuso de posições negociais, a Diretiva incumbe os Estados-Membros de assegurarem, através do direito civil ou administrativo, consoante o caso, que as partes iniciem e realizem de boa-fé as negociações sobre a autorização da retransmissão por cabo e não impeçam ou atrasem as negociações sem uma justificação válida (art. 12.º/1).

Este quadro normativo justifica-se em virtude de o direito exclusivo de autorizar a retransmissão por cabo poder constituir um entrave à ‘difusão transfronteiras, *livre e ininterrupta*, de programas por satélite, bem como a retransmissão por cabo de programas radiodifundidos a partir de outros Estados-Membros’. De resto, este objetivo não sairia facilitado através da instituição, a favor dos artistas e de outros titulares de direitos, de um direito exclusivo de retransmissão por cabo das suas prestações. Pelo que se compreende perfeitamente que a Diretiva 93/83/CEE não o tenha feito, ressaltando todavia a possibilidade de os Estados-Membros estabelecerem um nível de proteção mais elevado.

#### **d) Síntese**

A Diretiva 93/83/CEE (satélite e cabo) não obriga os Estados-Membros a instituírem a favor dos artistas um direito exclusivo de autorizar ou proibir a retransmissão por cabo das suas prestações. Além disso, a gestão coletiva do exercício do direito de retransmissão por cabo só é obrigatória quando este direito seja um direito exclusivo, isto é, um direito de autorizar ou proibir a retransmissão por cabo. O mesmo vale para a garantia de procedimento de mediação, a qual, de resto, não deve impedir as partes de recorrerem a outras soluções, como a arbitragem voluntária.

Quanto a este último aspeto, a lei portuguesa foi além da Diretiva, uma vez que impõe não apenas a gestão coletiva obrigatória

do exercício do direito exclusivo de retransmissão por cabo, mas ainda sujeita a arbitragem obrigatória os litígios resultantes da falta da autorização — parecendo este último aspeto carecer de apoio na Diretiva. Em qualquer caso, tanto a gestão coletiva obrigatória como a arbitragem obrigatória pressupõem ambas a existência do direito exclusivo de retransmissão por cabo, o qual não é previsto para os artistas na lei portuguesa à semelhança do que sucede em vários Estados-Membros, como veremos adiante. Antes porém interessa fazer uma breve referência à Diretiva 2001/29/CE sobre direito de autor e direitos conexos na sociedade da informação.

#### **4.3. Diretiva 2001/29/CE (breve referência)**

A Diretiva 2001/29/CE não prevê disposições sobre a retransmissão por cabo (tal como supra caracterizada) das prestações dos artistas. Quanto a estes, estabelece apenas que os Estados-Membros devem prever o direito exclusivo de autorizar ou proibir a colocação da prestação à disposição do público, por fio ou sem fio, de forma a ser acessível a qualquer pessoa a partir do local e no momento por ela escolhido (art. 3.º/2-a).

Esta norma corresponde ao art. 10.º do TOIEF e diz respeito ao novo direito exclusivo de colocação à disposição do público ‘a pedido’ configurado de raiz para o ambiente específico das comunicações eletrónicas interativas, em especial para a Internet<sup>(115)</sup>. Como vimos, esta nova forma de utilização (‘transmissão interativa’) não abrange nem é abrangida pelos tradicionais atos de radiodifusão e de comunicação ao público.

---

<sup>(115)</sup> Ver também o nosso *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnológica*, cit., § 47; PEDRO CORDEIRO, *Direito de Autor*, cit., p. 390, nota 937.



## § 5. Direito comparado (breve apontamento)

Vejam os seguidamente a situação em alguns países que, à semelhança de Portugal, são Membros da União Europeia. Embora o direito comparado não seja, enquanto tal, fonte imediata de direito, trata-se, não obstante, de um recurso metodológico com grande importância<sup>(116)</sup>, uma vez que permite, por comparação e contraste, compreender melhor a situação da ordem jurídica portuguesa. Interessa considerar, em particular, se a solução da lei portuguesa é uma solução única ou isolada ou se, pelo contrário, encontra semelhanças na legislação de outros países, mormente no círculo de Estados que estão vinculados não apenas pela Convenção de Roma e demais instrumentos de direito internacional *supra* analisados mas também pelos instrumentos comunitários.

### 5.1. Espanha

Em Espanha, os direitos conexos são previstos e regulados no livro II do *Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual* (TRLPI), aprovado pelo Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, com alterações posteriores<sup>(117)</sup>. Os direitos dos artistas são estabelecidos nos artigos 105.º a 109.º.

Nos termos do artigo 108.º/1-a, sobre comunicação pública, assiste ao artista intérprete ou executante o direito exclusivo de autorizar, por escrito, a comunicação pública das suas atuações, salvo quando essa atuação constitua em si mesma uma atuação transmitida por radiodifusão ou se realize a partir de uma fixação previamente autorizada. Segundo Rogel Vide e Serrano Gómez, a comunicação pública da atuação não terá que ser consentida por escrito quando seja uma atuação ao vivo que se emite de forma

---

(116) FERNANDO JOSÉ BRONZE, «Continentalização» do direito inglês ou «insularização» do direito continental?, Boletim da Faculdade de Direito (Suplemento) XXII, Coimbra, 1975; DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado*, I, Coimbra, Almedina, 2008.

(117) Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, modificado por Ley 23/2006 de 7 de julio.

simultânea, pois nesses casos entende-se que o artista a autoriza implicitamente<sup>(118)</sup>.

Por outro lado, a Lei espanhola atribui aos artistas o direito de remuneração, devida pelo utilizador, pela utilização para qualquer forma de comunicação pública de fonogramas publicados com fins comerciais ou de videogramas, sendo o seu exercício sujeito a gestão coletiva obrigatória (art. 108/4-5-6)<sup>(119)</sup>.

## 5.2. França

Em França, indica-se a decisão da *Cour de cassation* no caso *Furtwängler* (1964) como o primeiro reconhecimento de direitos aos artistas (no caso um maestro)<sup>(120)</sup>. Atualmente, o Livro II da Primeira Parte do Código da Propriedade Intelectual prevê os direitos conexos (vizinhos) ao direito de autor<sup>(121)</sup>.

O art. L. 212-3 sujeita a autorização escrita do artista-intérprete a fixação da sua prestação, a sua reprodução e a sua comunicação ao público, assim como toda e qualquer utilização separada do som ou da imagem da prestação se esta tiver sido fixada para o som e a imagem. Trata-se, por conseguinte, de uma proteção bastante ampla, abrangendo, para além das utilizações tradicionais por

---

<sup>(118)</sup> CARLOS ROGEL VIDE, EDUARDO SERRANO GÓMEZ, *Manual de Derecho de Autor*, Madrid, Editorial réus, 2008, p. 147 ('La comunicación pública de la actuación há de ser también consentida por escrito por el artista intérprete o ejecutante, salvo cuando [...] sea una actuación en vivo que se emite de forma simultánea, pues en esos casos se entiende que la está autorizando implícitamente.').

<sup>(119)</sup> *Ibid.*, p. 148. Sobre o art. 108.º da LPI ver também e.g. os *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, 2.ª ed., Madrid, Tecnos, pp. 1567-1578 (Antonio Cabanillas Sánchez).

<sup>(120)</sup> CLAUDE COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, 5.ª ed., Paris, Dalloz, 1990, pp. 392-399. Como assinala ROBERT PLAISANT (*Le droit des auteurs et des artistes exécutants*, Paris, Delmas, 1970, p. 187), a jurisprudência *Furtwängler* proveio do Tribunal Civil de la Seine (19/1/1955), que reconheceu ao artista um direito oponível *erga omnes* relativamente às suas prestações, cuja violação seria geradora de responsabilidade delitual.

<sup>(121)</sup> Code de la propriété intellectuelle (CPI), aprovado pelo Decreto 95-385 de 10 de abril de 1995, com alterações posteriores (versão consolidada em 16 de março de 2011) <<http://www.legifrance.gouv.fr/>>.

fixação, reprodução e comunicação ao público, qualquer utilização separada<sup>(122)</sup>.

Não obstante, o art. L 212-10 limita a proteção dos artistas, dispondo que não podem proibir a reprodução e a comunicação pública da sua prestação se ela for acessória a um evento que constitua o objeto principal de uma sequência de uma obra ou de um documento audiovisual. Assim, quando a prestação é meramente acessória, o direito exclusivo do artista é limitado à autorização da fixação da sua prestação<sup>(123)</sup>.

Além disso, o art. L. 214-1 estabelece que, tendo um fonograma sido publicado para fins de comércio, o artista-intérprete e o produtor não se podem opor à sua comunicação direta num local público (tais como bares, restaurantes ou estabelecimentos comerciais<sup>(124)</sup> mas já não espetáculos públicos) e *à sua radiodifusão e à sua distribuição por cabo simultânea e integral*, bem como à reprodução reservada estritamente para estes fins, efetuada pelas ou por conta das empresas de comunicação audiovisual com vista a sonorizar os seus próprios programas difundidos pelas suas antenas bem como pelas das empresas de comunicação audiovisual que prestem uma remuneração equitativa. Estas utilizações são permitidas por lei (*licence légale*), mas por elas devem os utilizadores pagar aos artistas e aos produtores dos fonogramas uma remuneração equitativa, que será repartida por ambos em partes iguais<sup>(125)</sup>.

Assim, parece resultar desta norma que relativamente a fonogramas publicados com fins comerciais que incluam prestações artísticas, tanto a sua comunicação em local público (salvo em espetáculos públicos) como a radiodifusão e a retransmissão, simultânea e integral por cabo de tais prestações são excluídas do direito exclusivo de radiodifusão e de comunicação ao público,

---

<sup>(122)</sup> Na utilização separada estará em causa sobretudo a exploração apenas sonora de uma cena filmada — CARON, *Droit d'auteur*, cit., p. 493.

<sup>(123)</sup> Aponta-se o direito do público à informação como a justificação para esta restrição do direito exclusivo — *ibid.*, p. 495.

<sup>(124)</sup> *Ibid.*, p. 496.

<sup>(125)</sup> *Ibid.*, p. 496 ('Dans toutes ces hypothèses, les diffuseurs n'ont donc pas à solliciter d'autorisations. Mais ils doivent acquitter une remuneration').

sendo todavia devida pelo utilizador ao artistas e aos produtores do fonograma o pagamento de uma remuneração equitativa a repartir por ambos em partes iguais.

### 5.3. Itália

A lei italiana do direito de autor e dos direitos conexos<sup>(126)</sup> estabelece no art. 80/2 que os artistas intérpretes ou executantes têm, independentemente da eventual retribuição que lhes assista pela prestação artística ao vivo, o direito exclusivo de autorizar: a fixação das suas prestações artísticas (*a*), a reprodução da fixação das suas prestações artísticas (*b*); e a comunicação ao público das suas prestações *ao vivo*, a menos que as mesmas já sejam radiodifundidas ou objeto de uma fixação utilizada para a difusão (*c*). Neste último caso, tratando-se de fixação em suporte fonográfico, é atribuída aos artistas a compensação prevista no art. 73 ou no art. 73-bis consoante a utilização seja feita, respetivamente, com ou sem fins lucrativos.

Na literatura é recorrente a distinção entre *utilizações primárias* e *utilizações secundárias* das prestações artísticas, sendo as primeiras as que têm por objeto a prestação pura e simples, e as segundas as já fixadas num suporte material. Ora, no direito italiano, ao contrário das primárias, as utilizações secundárias das prestações ao vivo não estarão sujeitas a autorização, à semelhança do que previsto no art. 7/1-a da Convenção de Roma<sup>(127)</sup>. Assim, o artista tem o direito de autorizar ou proibir a radiodifusão da sua prestação ao vivo. Todavia, este *ius excluendi*<sup>(128)</sup> já não abrangerá as utilizações secundárias, designadamente a

---

(126) Legge 22 aprile 1941 n. 633 (protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio), alterada ultimamente pela Legge 9 gennaio 2008, N. 2 — <[http://www.interlex.it/testi/l41\\_633.htm#80](http://www.interlex.it/testi/l41_633.htm#80)>.

(127) LUIGI CARLO UBERTAZZI, *Direito d'Autore — Commentatio Breve alle Leggi su Proprietà Intellettuale e Concorrenza*, 4.<sup>a</sup> ed., Padova, Cedam, 2009, p. 80 ('Non sono invece soggette ad autorizzazione le utilizzazioni secondarie delle prestazioni dal vivo, analogamente a quanto previsto dall'art. 7 co. 1.a) CR.' — A. Cappellaro).

(128) *Ibid.*, p. 80.

retransmissão da prestação radiodifundida, incluindo a retransmissão por cabo<sup>(129)</sup>.

#### 5.4. Alemanha

Na Alemanha, a lei do direito autoral (UrhG)<sup>(130)</sup> estabelece no § 78 (*Öffentliche Wiedergabe*) dois tipos de direitos dos artistas relativamente à comunicação ao público das suas prestações (*Darbietungen*)<sup>(131)</sup>. Direitos exclusivos ou de proibição (*Verbotsanspruch*), por um lado, e direitos de remuneração (*Vergütungsanspruch*), por outro<sup>(132)</sup>.

O atual § 78 UrhG reúne sob a designação comunicação pública o regime que antes estava disperso por três normas<sup>(133)</sup>, a saber; o § 74 que sujeitava a consentimento do artista a transmissão da sua prestação por meio de ecrã, altifalantes ou dispositivos téc-

---

<sup>(129)</sup> A distinção entre utilizações primárias e utilizações secundárias é expressamente consagrada na lei norte-americana, que estabelece uma licença legal para as transmissões secundárias simultâneas realizadas em determinadas circunstâncias por distribuidores por cabo. US Copyright Act, Sec. 111(c) <<http://www.copyright.gov/title17/92chap1.html#111>>.

<sup>(130)</sup> Urheberrechtsgesetz vom 9. September 1965 (BGBl. I S. 1273), das zuletzt durch Artikel 83 des Gesetzes vom 17. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2586) geändert worden ist — <[http://www.gesetze-im-internet.de/urhg/\\_78.html](http://www.gesetze-im-internet.de/urhg/_78.html)>.

<sup>(131)</sup> § 78 *Öffentliche Wiedergabe*. (1) *Der ausübende Künstler hat das ausschließliche Recht, seine Darbietung 1. öffentlich zugänglich zu machen (§ 19a), 2. zu senden, es sei denn, dass die Darbietung erlaubterweise auf Bild- oder Tonträger aufgenommen worden ist, die erschienen oder erlaubterweise öffentlich zugänglich gemacht worden sind, 3. außerhalb des Raumes, in dem sie stattfindet, durch Bildschirm, Lautsprecher oder ähnliche technische Einrichtungen öffentlich wahrnehmbar zu machen. (2) Dem ausübenden Künstler ist eine angemessene Vergütung zu zahlen, wenn 1. die Darbietung nach Absatz 1 Nr. 2 erlaubterweise gesendet, 2. die Darbietung mittels Bild- oder Tonträger öffentlich wahrnehmbar gemacht oder 3. die Sendung oder die auf öffentlicher Zugänglichmachung beruhende Wiedergabe der Darbietung öffentlich wahrnehmbar gemacht wird. (3) Auf Vergütungsansprüche nach Absatz 2 kann der ausübende Künstler im Voraus nicht verzichten. Sie können im Voraus nur an eine Verwertungsgesellschaft abgetreten werden. (4) § 20b gilt entsprechend.*

<sup>(132)</sup> RETO HILTY, *Verbotrecht vs. Vergütungsanspruch: Suche nach den Konsequenzen der tripolaren Interessenlage im Urheberrecht*, in Festschrift für Gerard Schricke, München, Beck, 2005, p. 348.

<sup>(133)</sup> SCHRICKER/Krüger, *Urheberrecht — Kommentar*, cit., p. 1499.

nicos semelhantes em local diferente daquele em que a prestação ocorresse; o § 76 que sujeitava a radiodifusão da prestação ao consentimento do artista, exceto se a prestação tivesse sido licitamente fixada por meios de gravação vídeo ou áudio já publicada; neste caso o artista teria não obstante direito a remuneração equitativa; e o § 77, que dispunha que o artista deveria receber uma remuneração equitativa no caso de a prestação ser comunicada publicamente por meio de gravações áudio ou vídeo ou tornada perceptível pelo público por meios de radiodifusão<sup>(134)</sup>.

Atualmente, o § 78 (1) UrhG estabelece que o artista tem o direito exclusivo, relativamente à sua prestação (*Darbietung*): *a*) de a tornar publicamente acessível (*Öffentliche Zugänglichmachung*); *b*) de a emitir, exceto se a emissão for efetuada a partir de uma fixação sonora ou visual autorizada ou se já tiver sido licitamente emitida ou tornada acessível ao público<sup>(135)</sup>; *c*) de, fora da sala em que é realizada, a comunicar ao público por meio de ecrã, altifalantes ou dispositivos semelhantes<sup>(136)</sup>.

Por seu turno, o § 78 (2) UrhG dispõe que é devida uma remuneração equitativa (*angemessene Vergütung*) ao artista intérprete quando a sua prestação: *a*) é transmitida licitamente sem autorização do artista; *b*) é realizada a partir de uma gravação sonora ou visual; *c*) e ainda quando seja transmissão ou comunicação pública de prestação já tornada publicamente acessível. Esta pretensão compensatória (*Vergütungsansprüche*) do artista é irrenunciável e sujeita a gestão coletiva obrigatória (§ 78(3)).

---

<sup>(134)</sup> MANDRED REHBINDER, *Urheberrecht*, 9. Aufl., München, Beck, 1996, p. 308; WILHELM NORDEMANN, KAI VINCK, PAUL W. HERTIN, *Urheberrecht — Kommentar zum Urheberrechtsgesetz und zum Urheberrechtswahrnehmungsgesetz mit den Texten der Urheberrechtsgesetze Österreichs und der Schweiz*, begr. Friedrich Karl Fromm und Wilhelm Nordemann, 9. Aufl., Stuttgart, Kohlhammer, 1998, pp. 526-556 (Hertin), p. 544.

<sup>(135)</sup> Quanto à razão de ser da restrição, já prevista na Convenção de Roma, SCHRICKER/Krüger, *Urheberrecht — Kommentar*, cit., p. 1501-2 (“Während die Urheber ein Interesse an möglichst intensiver Nutzung ihrer Werke auch im Wege der Sendung haben, besteht bei den ausübenden Künstlern die Gefahr einer Blockierung der Funksendung zur Erhaltung der Nachfrage nach lebenden Darbietungen”).

<sup>(136)</sup> No sentido de que este preceito só se aplica a performances ao vivo, LOEWENHEIM/Vögel, *Handbuch des Urheberrechts*, dir. Ulrich Loewenheim, 2. Auf., München, Beck, 2009, § 38, p. 657 (“§ 78 Abs. 1 Nr. 3 UrhG gilt nur für Live-Darbietungen”).

Todavia, relativamente à retransmissão por cabo, o § 78(4) UrhG remete especificamente para o § 20b UrhG (*Kabelweitersendung*) nos termos do qual o direito de retransmitir por cabo ou micro-ondas de forma simultânea, inalterada e integral um programa já emitido pode apenas ser exercido através de uma sociedade de gestão coletiva, salvo no que respeita aos direitos dos organismos de radiodifusão sobre as suas emissões (1).

Ao remeter para o § 20b UrhG não é certo que a lei germânica do direito autoral tenha atribuído ao artista o direito exclusivo de autorizar a retransmissão por cabo que assiste ao autor de obra literária ou artística. O § 78(4) UrhG estabelece, singelamente, “§ 20b gilt entsprechend.”

Ora, o § 20b UrhG regula o exercício do direito exclusivo de retransmissão por cabo de obras literárias ou artísticas, de acordo com o regime estabelecido pela Diretiva 93/83/CEE. E isso vale tanto para o § 20b (1) como para o § 20b (2), ambos da lei autoral (UrhG). Nos termos desta última disposição, se o autor tiver concedido o direito de retransmissão por cabo a um organismo de radiodifusão ou a um produtor fonográfico ou videográfico, então o operador de cabo deverá pagar igualmente ao autor, pela retransmissão por cabo, uma remuneração equitativa (*angemessene Vergütung*) irrenunciável e confiável apenas a, e exercitável através de, uma entidade de gestão coletiva.

Ou seja, o 20b UrhG limitar-se-á a regular o exercício do direito exclusivo de retransmissão por cabo que aos autores é conferido. Pelo que a remissão do § 78(4) para essa norma não poderia ser entendida como a atribuição de direitos exclusivos ao artista. A questão, não obstante, é controvertida, suscitando divergências de opinião. Uma corrente da doutrina sustenta que o artista é protegido mediante um direito de exclusividade relativamente à retransmissão por cabo das suas prestações<sup>(137)</sup>, ressalvando todavia que,

---

(137) SCHRICKER/Krüger, *Urheberrecht — Kommentar*, cit., p. 1502 (“Gegen deren Verwertungen durch andere Sendeunternehmen, zB im Wege der Anschluss — oder Weitersendung, ist der ausübende Künstler durch ein Ausschliesslichkeitsrecht mit Drittwirkung geschützt.”); THOMAS DREIER, GERNOT SCHULZE, *Urheberrechtsgesetz. Urheberrechtswahrnehmungsgesetz. Kunsturhebergesetz*, 3. Aufl. München, Beck, 2008, § 78, p. 1110 (DREIER).

estando sujeito a gestão coletiva obrigatória, este direito não eliminaria o chamado privilégio de emissão (*Sendeprivileg*), no pressuposto todavia da licitude da emissão primária ou da fixação da prestação, e tendo em conta a chamada *Zweckübertagungstheorie*<sup>(138)</sup>.

Outra corrente defende que a licença legal para a emissão de prestação artística a partir de uma sua fixação sonora ou visual autorizada ou quando já tenha sido licitamente emitida ou tornada acessível ao público abrangerá igualmente a retransmissão simultânea e integral por cabo, devendo todavia o utilizador pagar por essa utilização secundária uma remuneração equitativa sujeita a gestão coletiva obrigatória<sup>(139)</sup>.

### 5.5. Bélgica

No direito belga, o art. 41 da lei autoral<sup>(140)</sup> subtrai ao exclusivo a radiodifusão e a comunicação da prestação num lugar público, a partir de uma reprodução lícita da sua prestação (e.g. a radiodifusão a partir de um fonograma produzido com o consentimento do artista) ou a partir da sua radiodifusão lícita (e.g. a retransmissão de uma emissão de concerto autorizada pelo artista). Por tais atos é atribuído aos artistas apenas o direito a remuneração equitativa<sup>(141)</sup>. Não obstante, a retransmissão por cabo é objeto de

---

<sup>(138)</sup> SCHRICKER/Krüger, *Urheberrecht — Kommentar*, cit., pp. 1503, 1506; DIETER DÖRR, JOHANNES KREILE, MARK D. COLE, *Handbuch Medienrecht — Recht der elektronischen Massenmedien*, Frankfurt am Main, Verlag Recht und Wirtschaft, 2008, p. 361 ('Sinn und Zweck dieser Regelungen ist, dass die Rechteinhaber eine Kabelweiterleitung nicht mit einem Verbotrecht blockieren können).

<sup>(139)</sup> LOEWENHEIM/Vögel, *Handbuch des Urheberrechts*, cit., p. 658, 662; WANDTKE/BULLINGER/Büscher, *UrhR — Praxiskommentar zum Urheberrecht*, cit., § 78, p. 987 ('Diese gesetzliche Begrenzung der Aktivlegitimation bringt es mit sich, dass der ausübende Künstler hinsichtlich der zeitgleichen, unveränderten Kabelweiterleitungen von Rundfunkprogrammen keine Verbotsansprüche nach § 78 Abs. 1 Nr. 2 geltend machen kann'); MANDRED REHBINDER, *Urheberrecht*, 16. Aufl., München, Beck, 2010, pp. 303-4.

<sup>(140)</sup> Lei de 30 de junho de 1994 sobre direito de autor e direitos conexos, art. 51.

<sup>(141)</sup> FERNAND DE VISSCHER & BENOÎT MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 274.



uma norma específica, que reserva expressamente aos artistas o direito de autorizar a retransmissão por cabo das suas prestações (art. 51)<sup>(142)</sup>.

## 5.6. Reino Unido

No Reino Unido, os artistas (*performers*) têm direitos de quatro tipos: ‘direitos não proprietários’ (*non property rights*), direitos de propriedade (*property rights*), direitos de remuneração (*remuneration rights*) e direitos morais (*moral rights*). No que à radiodifusão e à comunicação ao público diz respeito, destacam-se por um lado o direito de impedir (enquanto *non-property right*) a radiodifusão das suas performances ao vivo (Sec. 182 — *Consent required for recording, &c. of live performance*); e, por outro lado, o direito de remuneração equitativa pela representação ou comunicação ao público por quaisquer meios — salvo por transmissão a pedido — de gravações sonoras que incluam a sua prestação, cujo exercício é sujeito a gestão coletiva obrigatória (Sec. 182D — *Right to equitable remuneration for exploitation of sound recording*)<sup>(143)</sup>.

De notar que, na ausência de acordo entre os utilizadores e a entidade de gestão coletiva, o tribunal de direitos de autor (*Copyright Tribunal*) pode determinar o montante remuneratório<sup>(144)</sup>.

## 5.7. Síntese

Este breve roteiro pelo direito comparado permite verificar que a lei portuguesa não se encontra isolada. Corresponde até à situação da maioria dos países referidos. Aliás, mesmo no direito

---

<sup>(142)</sup> *Ibid.*, pp. 274-6 (‘Tout comme les auteurs, les artistes-interprètes ou exécutants disposent du droit exclusive d’autoriser la retransmission par câble de leurs prestations’).

<sup>(143)</sup> LIONEL BENTLY, BRAD SHERMAN, *Intellectual Property Law*, 3.<sup>rd</sup> ed., Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 306-8. UK Copyright, Designs and Patent Act 1988 — <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/contents>>.

<sup>(144)</sup> *Ibid.*, p. 308.

alemão não é certo que a lei autoral atribua ao artista o direito exclusivo de autorizar a retransmissão por cabo simultânea e inalterada das suas prestações licitamente radiodifundidas tanto em atuações ao vivo como realizadas a partir de fixações lícitas (fonogramas ou videogramas). Fala-se até no ‘privilégio de emissão’, ressalvando-se todavia o direito dos artistas a remuneração equitativa pela utilização das suas prestações. Já no direito belga, a retransmissão por cabo de prestações artísticas é expressamente reservada aos artistas.

Assim, a análise precedente mostra que sob o mesmo enquadramento internacional e face às mesmas obrigações comunitárias em matéria de proteção jurídica dos artistas existem posições diversas no que respeita à retransmissão por cabo de prestações, embora a maioria dos ordenamentos jurídicos analisados não atribua esse direito aos artistas, ficando-se antes, de um modo geral, pelo estabelecimento de direitos de remuneração verificados certos requisitos.

Analisados os instrumentos de direito internacional e as diretivas da União Europeia relevantes neste domínio e tendo igualmente em conta experiências significativas do direito comparado, regressemos agora à ordem jurídica interna.

## **§ 6. Da retransmissão por cabo das prestações artísticas no CDADC**

As prestações dos artistas intérpretes ou executantes<sup>(145)</sup> (abreviadamente, artistas) são objeto de proteção, juntamente com as prestações dos produtores de fonogramas e de videogramas e as dos organismos de radiodifusão, enquanto direitos conexos ao direito de autor nos termos do título III do CDADC (176.º/1)<sup>(146)</sup>.

---

<sup>(145)</sup> Considerando o intérprete como género do sujeito das prestações artísticas de que o executante seria apenas espécie, embora concluindo pela unidade da categoria, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor*, cit., pp. 551-4.

<sup>(146)</sup> Salvo indicação em contrário, os artigos doravante referidos pertencem ao CDADC.

Tal como previsto na Convenção de Roma (art. 3.º-a<sup>(147)</sup>), que todavia ressalva no art. 9.º a possibilidade de qualquer Estado Contratante tornar extensiva a proteção nela prevista aos artistas que não executem obras literárias ou artísticas), os artistas são ‘os atores, cantores, músicos, bailarinos e outros que representem, cantem, recitem, declamem, interpretem ou executem de qualquer maneira obras literárias ou artísticas’ (art. 176.º/2). As prestações dos artistas consistem, por conseguinte, em representar, cantar, declamar, interpretar ou executar, de qualquer maneira, obras literárias ou artísticas, independentemente de estas serem ou não protegidas pelo direito de autor. Pela negativa, “Atividades meramente mecânicas não são protegidas. Não é protegido o operador das luzes de um bailado, nem o que projeta os diapositivos pela máquina”<sup>(148)</sup>.

A prestação artística ocorre em diversas formas de utilização de obras literárias e artísticas, designadamente a representação cénica (i.e. ‘a exibição mediante espectadores de uma obra dramática, dramático-musical, coreográfica, pantonímica ou outra de natureza análoga, por meio de ficção dramática, canto, dança, música ou outros processos adequados, separadamente ou combinados entre si’ — art. 107.º/1) e a ‘recitação de uma obra literária e a execução por instrumentos ou por instrumentos e cantores de obra musical ou literário-musical’ (art. 121.º/1). Está ainda (quase sempre) envolvida na produção de obra cinematográfica e na exibição do filme em salas públicas de cinema (art. 127.º), bem como na fixação fonográfica e videográfica (art. 141.º) e ainda na radio-difusão sonora ou visual e na comunicação da obra em lugar público por qualquer meio que sirva para difundir sinais, sons ou imagens (art. 149.º).

Ora, sem prejuízo do direito de autor que exista sobre a obra literária ou artística que o artista interprete ou execute, a ordem

---

<sup>(147)</sup> Por força da Convenção, não seriam artistas intérpretes ou executantes nomeadamente os artistas de variedades e os desportistas, DESBOIS/FRAŶON/KEREVER, *Les Conventions Internationales*, cit., p. 323. No sentido de que também não são protegidos como *performers* os que dão entrevistas, BENTLY/SHERMAN, *Intellectual Property Law*, cit., p. 305.

<sup>(148)</sup> OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor*, cit., p. 553.

jurídica atribui proteção aos artistas que, no plano económico, se analisa em duas formas jurídicas distintas: ora como direito exclusivo de autorizar ou proibir determinados atos; ora como direito a remuneração equitativa relativamente a outros atos.

### **6.1. Direito exclusivo de radiodifusão e de comunicação ao público de prestações artísticas não radiodifundidas ou não fixadas**

Quanto ao direito exclusivo, dispõe o artigo 178.º/1 que o artista tem o direito exclusivo de fazer ou autorizar, por si ou pelos seus representantes, determinados atos, a saber:

- a) a radiodifusão e a comunicação ao público, por qualquer meio, da sua prestação, *exceto quando a prestação já seja, por si própria, uma prestação radiodifundida ou quando seja efetuada a partir de uma fixação*;
- b) a fixação das prestações que não tenham sido fixadas;
- c) a reprodução direta ou indireta, temporária ou permanente, por quaisquer meios e sob qualquer forma, no todo ou em parte, sem o seu consentimento, de fixação das suas prestações quando esta não tenha sido autorizada (i), quando a reprodução seja feita para fins diversos daqueles para os quais foi dado o consentimento (ii) ou quando a primeira fixação tenha sido feita ao abrigo do artigo 189.º (utilizações livres) e a respetiva reprodução vise fins diferentes dos previstos nesse artigo (iii);
- d) a colocação à disposição do público, da sua prestação, por fio ou sem fio, de forma a ser acessível a qualquer pessoa, a partir do local e no momento por ela escolhido<sup>(149)</sup>.

---

<sup>(149)</sup> O art. 117.º prevê que os atos de transmissão pela radiodifusão sonora ou visual, de reprodução em fonograma ou videograma, de filmagem ou de exibição de representação de obra protegida pelo direito de autor carecem de consentimento escrito do autor e das autorizações do empresário do espetáculo e dos artistas. Não obstante, esta norma não introduz mais direitos para os artistas do que os previstos no art. 178.º, ou seja, 'o art. 117.º não exorbita do âmbito demarcado pelo art. 178.º' — *ibid.*, p. 561.

Resulta deste preceito que a ordem jurídica portuguesa reconhece aos artistas o direito exclusivo de fazer ou autorizar a radiodifusão e a comunicação ao público, por qualquer meio, da sua prestação (art. 178.º/1-a, 1.ª parte). Por radiodifusão entende-se a ‘difusão dos sons ou de imagens, ou a representação destes, separada ou cumulativamente, por fios ou sem fios, nomeadamente por ondas hertzianas, fibras óticas, cabo ou satélite, destinada à receção pelo público’ (art. 176.º/9).

Ora, ‘este preceito demonstra, sem margem para dúvidas, que na legislação portuguesa a transmissão por cabo é uma modalidade de radiodifusão’<sup>(150)</sup>.

Assim, a radiodifusão, que se pode realizar por fios ou sem fios, por satélite ou por cabo, carece em princípio de autorização do artista. Todavia, como vimos, são excetuadas do direito exclusivo a prestação que já seja, por si própria, uma *prestação radiodifundida* ou quando seja *efetuada a partir de uma fixação* (art. 178.º/1-a, 2.ª parte).

Ou seja, o direito exclusivo de radiodifusão e de comunicação ao público, por qualquer meio, das suas prestações não abrange as situações em que a prestação já seja, por si própria, uma prestação radiodifundida ou quando seja efetuada a partir de uma fixação. Nestas situações, o artista não tem o poder de, nos termos da epígrafe do artigo 178.º, autorizar ou proibir esses atos, assistindo-lhe apenas, na medida da previsão legal, o direito de remuneração equitativa.

A ‘prestação radiodifundida’ diz respeito desde logo às prestações ao vivo que sejam objeto de radiodifusão. Abrange a trans-

---

<sup>(150)</sup> PEDRO CORDEIRO, *Direito de Autor*, cit., p. 396, nota 946. Em estudo publicado em 1948 (*Le droit d’auteur et des droits connexes en radiodiffusion*, BRUYLANT, Bruxelles, 1948) GEORGES STRASCHNOV sustentava que a noção de radiodifusão abrange diversas fases sucessivas: as operações distintas da emissão propriamente dita — representação ou execução ou recitação em estúdio (emissão em direto, programa ao vivo) ou fora de estúdio (retransmissão), ou gravação da obra para emissão diferida (1); a emissão ela mesma i.e. o envio de ondas hertzianas para o espaço (2); a receção pelo público em geral, tanto no círculo de família como em lugar público (3); a radiodifusão de programa diretamente em estúdio ou receção do programa e sua redistribuição por fio (4); a retransmissão (rebroadcasting) mediante receção por ou sem fio do programa com vista à sua utilização hertziana (5).

missão direta, por via de radiodifusão sonora e/ou visual, de espetáculo público ou de execução em estúdio ‘ao vivo’. E significa que tendo o artista autorizado a radiodifusão não pode depois proibir a retransmissão da sua prestação, i.e., ‘a emissão simultânea por um organismo de radiodifusão de uma emissão de outro organismo de radiodifusão’ (art. 176.º/10).

Por seu turno, ao invés da transmissão em direto de prestação ao vivo, a prestação ‘efetuada a partir de uma fixação’ diz respeito à radiodifusão ou à comunicação pública realizadas com base em fonograma ou videograma tal como estes são definidos nos n.º 4 e 5 do artigo 176.º. Por outro lado, na noção de prestação ‘efetuada a partir de uma fixação’ deve abranger-se ainda a fixação obtida com autorização do artista para fins de radiodifusão (art. 178.º/2).

Poderia ainda incluir-se nesta situação a prestação realizada a partir de fixação efémera feita por organismo de radiodifusão, a qual é prevista no artigo 189.º/1-d, como utilização livre. Todavia, deve considerar-se o conceito de fixação, previsto no art. 141.º/1, sobre contrato de fixação fonográfica e videográfica, nos termos do qual por fixação se entende ‘a incorporação de sons ou de imagens, separada ou cumulativamente, num suporte material suficientemente estável e duradouro que permita a sua perceção, reprodução ou comunicação de qualquer modo, em período não efémero’. Neste sentido, a fixação efémera seria remetida para o âmbito da ‘prestação radiodifundida’<sup>(151)</sup>.

De todo o modo, a fixação efémera de prestação feita por organismos de radiodifusão é considerada expressamente uma utilização livre nos termos do art. 189.º/1-d, para a qual não é sequer prevista qualquer remuneração.

---

<sup>(151)</sup> Como referem SAM RICKETSON e JANE C. GINSBURG (*International Copyright and Neighbouring Rights*, cit., p. 1217): ‘the requirement of ephemerality means that any recordings that are made must be destroyed after a reasonable time, although clearly there may be differences between national laws as to the precise times for this.’

## 6.2. Direito a remuneração equitativa

O direito exclusivo abrange (apenas) as referidas situações. Todavia, a proteção económica dos artistas não se esgota nisso, uma vez que lhes é atribuído ainda um direito a remuneração equitativa pela prática de outros atos, que se analisam em dois grupos de casos.

Por um lado, o artista tem direito, juntamente com o produtor, a uma remuneração única e equitativa pela utilização por qualquer forma de comunicação pública de fonograma ou videograma editado comercialmente, ou de uma reprodução dos mesmos, que fixe prestação sua (art. 184.º/3). Ou seja, embora a radiodifusão e a comunicação ao público de prestação efetuadas a partir de fixação não sejam abrangidas pelo direito exclusivo, o artista tem direito de remuneração pela utilização por qualquer forma de comunicação pública de fonograma ou videograma publicado comercialmente, ou de uma reprodução dos mesmos, que fixem prestações suas. A utilização por radiodifusão (incluindo a transmissão por cabo) não é expressamente abrangida no âmbito desta remuneração.

Por outro lado, quando o artista autoriza a fixação da sua prestação para fins de radiodifusão a um produtor cinematográfico, audiovisual ou videográfico, ou a um organismo de radiodifusão, essa autorização envolve a transmissão dos seus direitos de radiodifusão e de comunicação ao público, ficando o artista com o direito de auferir uma remuneração inalienável, equitativa e única por todas as autorizações para radiodifusão ou comunicação ao público (art. 178.º/2-3).

Neste segundo grupo de casos, embora a autorização de fixação para fins de radiodifusão envolva a transmissão apenas dos direitos de radiodifusão e comunicação ao público, a lei atribui ao artista o direito de remuneração por todas as autorizações previstas no n.º 1, à exceção do direito de colocação à disposição do público, por fio ou sem fio, de forma a ser acessível a qualquer pessoa, a partir do local e no momento por ela escolhido (a chamada colocação à disposição do público a pedido ou transmissão interativa).

Todavia, para além deste direito e dos direitos de radiodifusão e comunicação ao público, assiste ao artista o direito exclusivo de

autorizar ou proibir, nomeadamente, a fixação para outros fins e a reprodução da sua prestação (art. 178.º/1-b/c). Ora, englobando no direito de remuneração do artista todas estas autorizações mas envolvendo a autorização de fixação para radiodifusão a transmissão apenas dos direitos de radiodifusão e de comunicação ao público, parece que a lei estabeleceu uma licença legal global resultante da mera autorização de fixação para fins de radiodifusão.

Além disso, o 2.º período do número 2.º do artigo 178.º sujeita obrigatoriamente esta remuneração a gestão coletiva e confere um mandato legal à entidade de gestão desta categoria de direitos. Com efeito, a remuneração única, equitativa e irrenunciável será exercida através de acordo coletivo celebrado entre os utilizadores e a entidade de gestão coletiva representativa da respetiva categoria, que se considera mandatada para gerir os direitos de todos os titulares dessa categoria, incluindo os que nela não se encontrem inscritos.

O n.º 3 do mesmo artigo acrescenta ainda que a referida remuneração, inalienável e equitativa, abrangerá igualmente a autorização para novas transmissões, a retransmissão e a comercialização de fixações obtidas para fins exclusivos de radiodifusão. Esta norma torna claro que a remuneração única, prevista no art. 178.º/2, abrange igualmente estas utilizações.

Ressalva-se, em todo o caso, o direito exclusivo de colocação à disposição do público ‘a pedido’ (previsto na alínea *d*) do n.º 1), cujo exercício é todavia sujeito, nos termos do n.º 4 do artigo 178.º, a gestão coletiva por entidade especializada, a qual se presumirá mandatada para gerir os direitos de todos os titulares, incluindo os que nela não se encontrem inscritos, podendo o titular decidir junto de qual dessas entidades deve reclamar os seus direitos sempre que estes direitos forem geridos por mais que uma entidade de gestão.

### 6.3. Síntese

A análise precedente mostra que o CDADC não atribui aos artistas o direito de autorizar a retransmissão das suas prestações. Com efeito, na retransmissão a prestação é já, por si própria, uma



‘prestação radiodifundida’. O artista tem o direito de autorizar a radiodifusão da sua prestação ao vivo, i.e. a transmissão direta por radiodifusão sonora e/ou visual da sua atuação ao vivo, seja em espetáculo público, seja em estúdio. Todavia, uma vez autorizada a transmissão primária (por fios ou sem fios, por satélite ou cabo), o artista já não pode proibir a retransmissão da sua prestação, i.e., ‘a emissão simultânea por um organismo de radiodifusão de uma emissão de outro organismo de radiodifusão’ (art. 176.º/10), uma vez que neste caso a sua prestação será já uma prestação radiodifundida para efeitos do art. 178.º/1-a.

De igual modo, o artista não tem o direito de autorizar a radiodifusão e a comunicação ao público da sua prestação quando esta seja efetuada a partir de uma fixação, quer se trate de fonograma ou videograma (tal como estes são definidos no CDADC), quer de fixação obtida exclusivamente para fins de radiodifusão.

Em todo o caso, parece-nos que, enquanto elementos de delimitação negativa do direito exclusivo dos artistas, as noções de ‘prestação radiodifundida’ e ‘efetuada a partir de uma fixação’ pressupõem a respetiva licitude, i.e. serem prestações radiodifundidas ou fixadas com autorização do artista, da lei ou no âmbito das utilizações livres previstas no art. 189.º (por ex., utilização para fins de informação ou crítica nos termos do art. 189.º/1-b).

Por outro lado, o CDADC confere ao artista o direito a remuneração inalienável, equitativa e única pelas utilizações das suas prestações sujeitas a autorização, quando o artista autorize a sua fixação para fins de radiodifusão a um produtor videográfico, audiovisual ou cinematográfico, ou a um organismo de radiodifusão. Esta autorização envolve a transmissão dos seus direitos de radiodifusão e comunicação ao público e dá origem a uma licença legal de utilização das suas prestações (salvo para a colocação à disposição do público a pedido), ficando o artista com o direito à referida remuneração única, equitativa e irrenunciável, para cuja gestão é legalmente mandatada a entidade de gestão coletiva representativa da respetiva categoria de direitos.

Além disso, pela utilização por qualquer forma de comunicação pública de fonograma ou videograma editado comercialmente, ou de uma reprodução do mesmo, assiste igualmente ao artista,

juntamente com o produtor, o direito a receber do utilizador uma remuneração equitativa (art. 184.º/3). Note-se que, ao contrário da remuneração prevista no art. 178.º/2-3, esta remuneração não é inalienável, e contrariamente à Convenção de Roma, ao TOIEF e à Diretiva 2006/115/CE, não abrange expressamente a radiodifusão (que abrange a transmissão por cabo)<sup>(152)</sup>.

Quanto a este último ponto, importa referir que a lei portuguesa parece não estar em desconformidade substancial com os instrumentos internacionais, uma vez que tanto a Convenção de Roma (art. 12.º e art. 16.º/1) como o TOIEF (art. 15.º e 21.º) admitem reservas totais ou parciais ao direito de remuneração pela utilização para radiodifusão ou qualquer comunicação ao público de fonogramas publicados com fins comerciais. Todavia, afigura-se comprometida a conformidade do art. 184.º/3 do CDADC com o art. 8.º/2 da Diretiva 2006/115/CE, que estabelece o dever de os Estados-Membros preverem ‘um direito que garanta o pagamento de uma remuneração equitativa única pelos utilizadores que usem fonogramas com fins comerciais ou suas reproduções em emissões radiodifundidas por ondas radioelétricas ou em qualquer tipo de comunicações ao público’.

Poder-se-ia procurar suprir a lacuna da lei interna interpretando a expressão ‘qualquer tipo de comunicações ao público’ no sentido de englobar igualmente a radiodifusão, com o argumento de o ‘legislador português não ter sentido necessidade de criar uma norma específica de transposição do art.º 8 n.º 2 da diretiva aluguer e comodato’<sup>(153)</sup>. Todavia, por esta ordem de razões, o legislador também não deveria ter sentido necessidade de autonomizar a radiodifusão e a comunicação ao público no leque de atos abrangi-

---

<sup>(152)</sup> Note-se que a difusão por qualquer meio de fonograma ou de videograma carece de autorização do respetivo produtor (art. 184.º/2), pelo que não faria sentido atribuir-lhe simultaneamente um direito exclusivo e um direito de remuneração pelo mesmo ato. Todavia, defendendo o cúmulo de direitos, embora crítico da solução legal, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor*, cit., 570, sustentando ainda que a ‘difusão por qualquer meio’ (n.º 2) seria abrangida pela fórmula ‘qualquer forma de comunicação pública’ (n.º 3). Também crítico ao direito exclusivo ‘que absurdamente decorre do art. 184.º, n.º 2 do CDADC’, PEDRO CORDEIRO, *Direito de Autor*, cit., p. 153, nota 374.

<sup>(153)</sup> *Ibid.*, p. 397.

dos pelo direito exclusivo do artista, englobando-os todos num ‘grande direito de comunicação ao público’ à semelhança por ex. da lei espanhola. De todo o modo, ficar-se-ia sem saber se tal radiodifusão seria limitada à radiodifusão por ondas radioelétricas, como impõe a Diretiva, ou se poderia ser alargada à transmissão por cabo enquanto modalidade de radiodifusão nos termos da lei interna.

Ora, o que sucede é que, para efeitos de regime jurídico, a radiodifusão e a comunicação pública são formas distintas de utilização das prestações, tal como sucede aliás para as obras literárias e artísticas (art. 149 e 155.º). Pelo que, ao não garantir expressamente ao artista o direito ao pagamento de uma remuneração equitativa única pelos utilizadores que usem fonogramas com fins comerciais ou suas reproduções em *emissões radiodifundidas por ondas radioelétricas*, a lei interna falha — lamentavelmente — no cumprimento da norma comunitária. Esta situação deverá ser corrigida pelo legislador, de modo a suprir a lacuna de proteção dos artistas e cumprir o dever de proteção imposto pela Diretiva no domínio da radiodifusão por ondas radioelétricas, mas sem prejuízo de poder alargar essa remuneração à transmissão por cabo. Recorrer à interpretação em conformidade com a Diretiva para alcançar, por via metodológica, a suficiência da norma interna esbarrará, a nosso ver, com princípio da tipicidade fechada que rege em matéria de direitos conexos.

#### **6.4. O Decreto-Lei n.º 333/97, de 27 de novembro**

O regime do CDADC é complementado pelo DL 333/97, que transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva 93/83/CEE (satélite e cabo). Este diploma manda aplicar à comunicação ao público por satélite e à retransmissão por cabo das prestações dos artistas as disposições dos artigos 178.º e 184.º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, e os artigos 6.º e 7.º do DL 333/97.

Todavia, à semelhança da Diretiva 93/83/CEE, este diploma não atribui aos artistas o direito exclusivo de autorizar ou proibir a

retransmissão por cabo. O direito exclusivo de retransmissão está expressamente previsto no CDADC para os autores (art. 68.º/2-e<sup>(154)</sup>) e para os organismos de radiodifusão (art. 187.º/1-a). Mas, relativamente a estes últimos, não se aplica sequer ao distribuidor por cabo que se limita a efetuar a retransmissão daquelas emissões, já que, nos termos do art. 187.º/2, ‘Ao distribuidor por cabo que se limita a efetuar a retransmissão de emissões de organismos de radiodifusão não se aplicam os direitos [dos organismos de radiodifusão] previstos neste artigo.’

Ora, o referido DL 333/97 dispõe no seu art. 7.º sobre retransmissão por cabo, que o direito de autorizar ou proibir a retransmissão por cabo só pode ser exercido através de uma entidade de gestão coletiva (n.º 1) e estabelece que, na falta de acordo sobre a autorização da retransmissão por cabo, o litígio resolver-se-á por via arbitral, nos termos da lei (n.º 3). Por conseguinte, o art. 7.º do DL 333/97 não institui nenhum direito exclusivo de retransmissão por cabo, ao contrário nomeadamente do seu art. 6.º/1 que dispõe expressamente que ‘A autorização de comunicação ao público por satélite constitui direito exclusivo do autor’.

É patente o contraste entre as duas normas. A primeira sujeita o exercício do direito exclusivo de retransmissão por cabo (quando exista) a gestão coletiva obrigatória, e determina a via da arbitragem necessária para a resolução de litígios emergentes da falta dessa autorização (a conceder pela entidade de gestão coletiva). A segunda constitui a favor dos autores (e, por remissão operada pelo art. 8.º, dos titulares de direitos conexos) o direito exclusivo de autorizar a comunicação ao público por satélite.

Assim, o facto de o art. 8.º do DL 333/97 sujeitar a comunicação ao público por satélite e a retransmissão por cabo das prestações artísticas ao estabelecido nos artigos 178.º, 184.º e 187.º do CDADC e, em especial, nos seus artigos 6.º e 7.º [do DL 333/97], daí não resulta nenhum direito exclusivo de retransmissão por cabo a favor dos artistas. Primeiro, porque esse direito não está previsto em nenhum preceito do CDADC. Segundo, porque nem o art. 6.º

---

(154) Ver também art. 153.º/3 CDADC.

nem especialmente o art. 7.º do DL 333/97 estabelecem esse direito a favor dos artistas<sup>(155)</sup>.

Ao contrário da Bélgica, onde foi estabelecido expressamente esse direito para os artistas, o legislador português não o atribuiu, nem tinha que o atribuir. Mesmo que se entenda que há uma lacuna de proteção dos artistas, deverá todavia reconhecer-se que se trata de uma lacuna voluntária, i.e. o legislador, de caso pensado, decidiu não estabelecer esse direito a favor dos artistas.

Por outro lado, não estando a retransmissão por cabo sujeita a autorização, não será aplicável o n.º 3 do art. 7.º do DL 333/97, que estabelece que, ‘Na falta de acordo sobre a autorização da retransmissão por cabo, o litígio resolver-se-á por via arbitral, nos termos da lei.’ A arbitragem obrigatória só vale, por conseguinte, para os casos em que não haja acordo sobre a autorização da retransmissão por cabo, o que pressupõe necessariamente a existência de um direito exclusivo de autorizar essa operação. Esse direito está previsto expressamente para os autores de obras literárias ou artísticas e para os organismos de radiodifusão, mas, relativamente a estes últimos, não se aplica sequer ao distribuidor por cabo que se limita a efetuar a retransmissão daquelas emissões (art. 187.º/2 CDADC).

Ademais, a não existência de um direito exclusivo de autorizar a retransmissão por cabo não pode ser suprida por interpretação criativa, contornando o princípio da tipicidade taxativa (*numerus clausus*) que rege nesta matéria. Recordando as palavras de Oliveira Ascensão, ‘não há direitos dos artistas, patrimoniais ou pessoais, que não sejam os que

---

(155) LUIZ FRANCISCO REBELLO (*Código do Direito de Autor*, cit., pp. 303-4) refere-se aos ‘direitos de comunicação por satélite e retransmissão por cabo estatuídos neste diploma.’ Todavia, relativamente à retransmissão por cabo — e ao contrário do que sucede relativamente ao direito de comunicar ao público por satélite (art. 6.º/1) —, o DL 333/97 não estatui nenhum direito, nem para os autores nem para os artistas, limitando-se apenas a sujeitar o seu exercício a gestão coletiva obrigatória (art. 7.º/1). Numa palavra, está em causa não a constituição de direitos, mas antes o seu exercício. O que, de resto, corresponde à solução da Diretiva transposta pelo DL 333/97. Por seu turno, a existência do direito exclusivo dos artistas de autorizar a retransmissão por cabo das suas prestações também não resulta do CDADC. Mais recentemente, parecendo admitir o direito de autorizar ou proibir a retransmissão por cabo, sujeito a ‘representação coletiva a título injuntivo’ (não obstante poder estar em causa prestação já radiofundida ou efetuada a partir de uma fixação), v. LUÍS MANUEL DE TELES MENEZES LEITÃO, *Direito de autor*, cit., pp. 253, 258.

constam da lei. Não há aqui nenhuma atipicidade, semelhante à que se verifica no exclusivo de exploração económica do autor<sup>(156)</sup>.

A sujeição do exercício do direito exclusivo de retransmissão por cabo a gestão coletiva obrigatória bem como a imposição de resolução dos litígios emergentes da falta dessa autorização a arbitragem necessária são duas medidas excepcionais que em muito comprimem a liberdade dos titulares de direitos<sup>(157)</sup>. Serão medidas necessárias e adequadas à prevenção do exercício abusivo desse direito exclusivo, suscetível por natureza de entravar injustificadamente a circulação das obras e prestações protegidas pelas redes de cabo e de comprometer desse modo não apenas o acesso público à informação mas igualmente o desenvolvimento deste novo modelo de negócio. Por estas razões, tanto a gestão coletiva obrigatória como a sujeição da resolução dos litígios a arbitragem necessária devem limitar-se à retransmissão por cabo tal como esta é definida na Diretiva Satélite e Cabo<sup>(158)</sup>.

Todavia, a obrigatoriedade da gestão coletiva e a imposição da arbitragem necessária referem-se ao exercício do direito exclusivo de retransmissão por cabo, cuja existência é por conseguinte pressuposta. Ora, esse direito não é instituído nas disposições relevantes nem do CDADC nem do DL 333/97.

## 6.5. Da arbitragem necessária

Aqui chegados, importa todavia colocar a questão: a arbitragem necessária que o DL 333/97 estabelece para os litígios relati-

---

<sup>(156)</sup> OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor*, cit., p. 562.

<sup>(157)</sup> A necessidade de autorização para retransmissão por cabo justifica ainda a obrigação de negociar prevista no artigo 9.º, nos termos do qual ‘As entidades representativas dos vários interesses em presença estabelecerão as negociações e os acordos no respeito pelo princípio da boa fé, conducentes a assegurar que a retransmissão por cabo se processe em condições equilibradas e sem interrupções’ (n.º 1), não devendo ser impedidas ou atrasadas pelas partes sem válida justificação (n.º 2).

<sup>(158)</sup> Apontando a discrepância entre a noção interna e a noção comunitária e criticando os seus efeitos em termos de regime, que qualifica como ‘más opções’, PEDRO CORDEIRO, *Direito de Autor*, cit., p. 417.

vos à ‘falta de acordo sobre a autorização da retransmissão por cabo’ é limitada a estes litígios ou, pelo contrário, abrangerá outros litígios entre as entidades de gestão coletiva dos direitos dos artistas e os operadores por cabo, nomeadamente no que respeita aos montantes das remunerações equitativas que assistem legalmente aos artistas relativamente a determinados atos que não estão sujeitos à sua autorização?

Se tivéssemos concluído pela existência na ordem jurídica portuguesa do direito exclusivo dos artistas de autorizar a retransmissão por cabo das suas prestações então a arbitragem necessária impor-se-ia inequivocamente.

Todavia, tendo-se apurado que esse direito não existe — nem teria que existir por força de instrumentos internacionais e comunitários —, decorrerá daí necessariamente não haver lugar à arbitragem necessária para os litígios entre as entidades de gestão coletiva dos direitos dos artistas e os operadores por cabo quando esteja em causa a utilização de prestações artísticas mediante retransmissão por cabo?

#### **a) Lei n.º 83/2001, de 3 de agosto**

A Lei n.º 83/2001, de 3 de agosto — que regula a constituição, organização, funcionamento e atribuições das entidades de gestão coletiva do direito de autor e dos direitos conexos — prevê a possibilidade de as partes submeterem a arbitragem (voluntária) a resolução dos ‘conflitos emergentes das relações entre as entidades de gestão coletiva e os seus associados ou cooperadores e terceiros contratantes e interessados’ (art. 28.º/1). Para efeitos desta arbitragem voluntária, ‘é criada junto do Ministério da Cultura uma comissão de medição e arbitragem’ (art. 28.º/2).

Ora, nos termos do art. 29.º/1, as competências desta comissão consistem em, relativamente à arbitragem voluntária, *poder* intervir ou decidir, a solicitação dos interessados e mediante acordo destes, nos litígios que lhe sejam submetidos e, designadamente, exercer a mediação nos processos de fixação dos valores de tarifas a aplicar pelas entidades de gestão (a) e julgar os litígios em matérias relativas aos atos e contratos produzidos em resultado da

atividade exercida pelas entidades de gestão coletiva no cumprimento do seu principal objeto (b).

Para além da *arbitragem voluntária* — na qual de resto as competências da comissão<sup>(159)</sup> parecem meramente facultativas, tanto para as partes como para a própria comissão (‘A Comissão... *poderá* intervir ou decidir’) —, a Lei 83/2001 estabelece ainda que ‘A comissão exerce a arbitragem obrigatória que estiver prevista na lei.’ (art. 28.º/3)<sup>(160)</sup>.

Uma situação de arbitragem obrigatória prevista na lei é a que diz respeito aos litígios entre os titulares de direitos de autor e/ou de direitos conexos e os utilizadores legítimos que pretendam ter acesso aos meios de acesso a obras e/ou prestações protegidas por medidas eficazes de carácter tecnológico, em ordem a efetivar uma utilização livre salvaguardada pelo regime destas medidas<sup>(161)</sup>.

### **b) O artigo 7.º/3 do DL 333/97**

Ora, será a situação prevista no art. 7.º/3 do DL 333/97 também uma situação de arbitragem necessária para efeitos do art. 28.º/3 da Lei 83/2001?

Aparentemente, é isso que resulta do teor da norma: ‘Na falta de acordo sobre a autorização da retransmissão por cabo, o litígio resolver-se-á por via arbitral, nos termos da lei.’

Todavia, é duvidoso que, ao impor a arbitragem necessária, a lei portuguesa esteja em total conformidade com a norma comunitária que transpõe (Diretiva 93/83/CEE, art. 11.º). Com efeito, ao invés de estabelecer a arbitragem obrigatória, a norma comunitária

---

<sup>(159)</sup> A composição desta comissão foi, nos termos do art. 30.º da Lei 83/2001, determinada pelo Despacho do n.º 17 584/2006, de 28 de julho de 2006, do Gabinete do Primeiro Ministro (DR 2.ª série, Parte C, n.º 167, 30.8.2006)

<sup>(160)</sup> A Lei 83/2001 estabelece que, subsidiariamente, o funcionamento da CMA rege-se pelas disposições gerais sobre arbitragem (art. 34.º). Ver artigos 1525.º e seguintes do Código de Processo Civil, e a nova Lei da Arbitragem Voluntária (Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro).

<sup>(161)</sup> Artigo 221.º/4 CDADC, introduzido pela Lei 50/2004, de 14 de agosto, que transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva 2001/29/CE sobre direito de autor e direitos conexos na sociedade da informação. Sobre o ponto, ALEXANDRE L. DIAS PEREIRA, *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*, cit., pp. 641-51.



limita-se a obrigar os Estados-Membros a preverem a existência de um mecanismo de mediação. De resto, a figura da arbitragem necessária deve entender-se como uma solução excecional, senão mesmo como uma forma imprópria de arbitragem<sup>(162)</sup>.

Seja como for, a norma estabelece especificamente a arbitragem necessária para os litígios relativos à ‘falta de acordo sobre a autorização da retransmissão por cabo’. Ora, vimos que a ordem jurídica portuguesa, tendo em conta o direito internacional e o direito da União Europeia, não atribui aos artistas o direito de autorizar a retransmissão por cabo das suas prestações. Na retransmissão por cabo a prestação é uma ‘prestação radiodifundida’, ou uma prestação que foi primariamente ‘efetuada a partir de uma fixação’. Pelo que, nos termos da al. a) do n.º 1 do art. 178.º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (CDADC), não é abrangida pelo direito exclusivo do artista.

Assim, não existindo na ordem jurídica o direito exclusivo do artista de autorizar a retransmissão por cabo da sua prestação, a falta de acordo quanto a esta retransmissão não justificará o recurso à arbitragem necessária para os litígios entre as entidades de gestão coletiva dos direitos dos artistas e os operadores de cabo.

Em suma, a imposição da arbitragem necessária reveste carácter excecional. Por isso o seu campo de aplicação deve ser limitado às situações expressamente previstas na hipótese da norma, ou seja, aos litígios relativos à falta de acordo sobre a autorização da retransmissão por cabo. Não sendo exigida tal autorização — como vimos suceder à luz da ordem jurídica interna relativamente às prestações dos artistas — não se impõe, de igual modo, o recurso à arbitragem necessária. De resto, como vimos, a conformidade desta arbitragem com a Diretiva é, no mínimo, duvidosa<sup>(163)</sup>, mesmo para as situações que a norma expressamente contempla.

---

<sup>(162)</sup> MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, Coimbra, Almedina, 2010.

<sup>(163)</sup> Recordando as palavras de THOMAS DREIER, ‘it must also be up to the parties to agree upon a settlement of disputes on their own, and this even in Member States in which a certain facility has already been entrusted with the mediation activity according to Article 11’ — ‘Satellite and Cable Directive’, in *European Copyright Law: A Commentary*, cit., p. 460.

Parece-nos aliás razoável que do princípio da interpretação da lei interna em conformidade com a norma comunitária resulte que, ao invés de impor a arbitragem necessária, a lei portuguesa se limite a garantir às partes a possibilidade de recurso à via arbitral. Todavia, não se justifica desenvolver mais este argumento uma vez que, como vimos, a norma interna aplicar-se-á apenas a litígios relativos à falta de acordo sobre a autorização da retransmissão por cabo, não tendo lugar, por conseguinte, quando não haja lugar à referida autorização.

## CONCLUSÕES

### 1.<sup>a</sup> Da tipicidade fechada dos direitos conexos

As prestações artísticas são protegidas por direitos conexos ao direito de autor. Para além de certos direitos morais, os direitos dos artistas consistem, por um lado, em direitos exclusivos de autorizar ou proibir determinadas utilizações das suas prestações e, por outro lado, direitos de remuneração relativamente a outras utilizações.

A disciplina dos direitos conexos é marcada pelos princípios da territorialidade e da tipicidade fechada. O primeiro significa que a ordem jurídica portuguesa é competente para determinar a atribuição destes direitos, sem prejuízo das obrigações do Estado Português decorrentes de instrumentos de direito internacional e/ou de direito da União Europeia. O segundo significa que a existência e o conteúdo destes direitos são previstos taxativamente na lei em termos de *tipicidade fechada*, por oposição ao direito de autor que é marcado pela tipicidade aberta.

A tipicidade fechada tem, desde logo, uma implicação metodológica para o intérprete, que se traduz na especial relevância do glossário de noções legais para a determinação do sentido e alcance das normas atributivas de direitos. Vale isto por dizer que, em princípio, o intérprete deve interpretar os termos utilizados pelo legislador em conformidade com as noções legalmente previstas.

Destacam-se neste âmbito as noções de fixação, radiodifusão e retransmissão, para além da noção de prestação artística. A rigidez que dessas noções resulte para a interpretação da lei encontrará justificação no referido princípio da tipicidade fechada — e que se compreende à luz das liberdades fundamentais da comunicação e das atividades económicas envolvidas que a instituição de direitos exclusivos comprime.

No catálogo de definições estabelecidas no art. 176.º do CDADC não constam as noções de ‘prestação radiodifundida’ e de ‘efetuada a partir de uma fixação’ utilizadas no art. 178.º/1-a. Todavia, não apenas a história da norma mas também o seu enquadramento sistemático e ainda a sua teleologia funcional fornecem indicações suficientes para uma correta compreensão dessas noções.

## **2.ª Da prestação artística protegida**

Quando o Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos utiliza as expressões ‘prestação radiodifundida’ ou prestação ‘efetuada a partir de uma fixação’ refere-se apenas às prestações dos artistas intérpretes ou executantes protegidas pelos direitos conexos ao direito de autor.

Ora, entendendo-se por artistas intérpretes ou executantes ‘os atores, cantores, músicos, bailarinos e outros que representem, cantem, recitem, declamem, interpretem ou executem de qualquer maneira obras literárias ou artísticas’ (art. 176.º/2), então as prestações artísticas consistem em atuações relativas apenas a obras literárias ou artísticas.

Todavia, não é requisito de proteção da prestação artística que a obra literária ou artística interpretada ou executada seja protegida pelo direito de autor. Assim, por exemplo, são igualmente protegidas as prestações artísticas de obras já caídas no domínio público. Contudo, não são protegidas as prestações que não consistam em interpretação ou execução de obra literária ou artística. Excluem-se assim as colaborações puramente técnicas (e.g. técnico de som ou de luzes) bem como as atuações não relativas a obras literárias ou artísticas (e.g. as atuações desportivas).

Além disso, por força da lei, ainda que relativas a obras literárias ou artísticas, a proteção do artista pelos direitos conexos não abrange as suas prestações decorrentes do exercício de dever funcional ou de contrato de trabalho (art. 189.º/2).

### **3.ª Da ‘prestação radiodifundida’**

Por *prestação radiodifundida* entende-se a prestação que é objeto de emissão de radiodifusão, enquanto ‘difusão de sons ou de imagens, ou a representação destes, separada ou cumulativamente, por fios ou sem fios, nomeadamente por ondas hertzianas, fibras óticas, cabo ou satélite, destinada à receção pelo público’ (art. 176.º/9).

Por contraposição à prestação ‘efetuada a partir de uma fixação’, a prestação radiodifundida refere-se à atuação ao vivo (*live performance*), que se realiza quer em sala de espetáculo quer em estúdio, e significa, para efeitos de regime, que o direito exclusivo de autorizar a radiodifusão ou a comunicação ao público abrange apenas a emissão primária de radiodifusão (com ou sem fios) ou a sua comunicação ao público (e.g. através de altifalantes ou outros dispositivos que tornem a prestação perceptível por um público não presente no local da atuação ao vivo). Uma vez radiodifundida, o artista já não pode impedir a posterior radiodifusão (retransmissão) ou comunicação ao público da sua prestação.

### **4.ª Da prestação ‘efetuada a partir de uma fixação’**

A prestação ‘efetuada a partir de uma fixação’ abrange dois tipos de casos.

Por um lado, a prestação artística que é radiodifundida ou comunicada ao público a partir de uma ‘incorporação de sons ou de imagens, separada ou cumulativamente, num suporte material suficientemente estável e duradouro que permita a sua perceção, reprodução ou comunicação de qualquer modo, em período não efémero’ (art. 141.º/1). O registo da fixação consistirá tipicamente

num fonograma ou num videograma, tal como definidos no CDADC (art. 176.º/4-5, parecendo abranger os filmes e outros registos audiovisuais na noção de videograma).

Por força do art. 178.º/1-a, *in fine*, o artista não tem o direito exclusivo de autorizar nem a radiodifusão nem a comunicação ao público das suas prestações artísticas fixadas em fonogramas ou em videogramas. Contudo, embora a lei não o diga expressamente — ao contrário do que sucede em outros países — a liberdade de radiodifusão e de comunicação ao público de prestação artística fixada em fonogramas e em videogramas pressuporá a licitude da fixação, isto é, tratar-se de prestação licitamente fixada. A fixação considera-se lícita quando for realizada com autorização do artista ou no âmbito e dentro dos limites das utilizações legalmente autorizadas, incluindo as utilizações livres previstas no CDADC para as prestações protegidas (art. 189.º).

No leque de utilizações livres são previstas, aliás, as ‘fixações efémeras feitas por organismo de radiodifusão’ (art. 189.º/1-d<sup>(164)</sup>). Enquanto utilização livre, estas fixações não são abrangidas pelo direito exclusivo, nem devem ser confundidas com as fixações para fins de radiodifusão que o artista poderá autorizar, relativamente às suas prestações, tanto a produtores fonográficos, videográficos ou audiovisuais como a organismos de radiodifusão.

Por outro lado, a prestação ‘efetuada a partir de uma fixação’ abrange a prestação fixada com autorização para fins de radiodifusão. A autorização de fixação para fins de radiodifusão implica a transmissão para o produtor (fonográfico, videográfico ou audiovisual) ou para o organismo de radiodifusão dos direitos exclusivos de radiodifusão e de comunicação ao público das prestações artísticas, bem como licença legal para o exercício dos restantes direitos exclusivos do artista, salvo o direito de colocação à disposição do público ‘a pedido’ (art. 178.º/2, 1.º período).

---

<sup>(164)</sup> Esta utilização livre deve interpretar-se em conformidade com a Convenção de Roma e com a Diretiva 2006/115/CE no sentido de ser limitada às fixações efémeras realizadas pelos organismos de radiodifusão ‘pelos seus próprios meios e para as suas próprias emissões’. Convenção de Roma, art. 15.º/1-c; Diretiva 2006/115/CE, art. 10.º/1-c).

## 5.<sup>a</sup> Da remuneração equitativa

O artista intérprete ou executante tem direito de remuneração em dois grupos de situações.

Por um lado, em caso de autorização de fixação para fins de radiodifusão, os direitos exclusivos de radiodifusão e de comunicação ao público do artista transmitem-se ao produtor ou ao organismo de radiodifusão e a lei habilita-os a praticar os demais atos que estariam sujeitos a autorização do artista (art. 178.º/2, 2.º período). Em contrapartida, é assegurado ao artista o direito a remuneração inalienável, única e equitativa, cujo exercício é sujeito a gestão coletiva obrigatória, sendo as entidades de gestão coletiva legalmente mandatadas para gerir os direitos de todos os titulares dessa categoria tanto dos seus associados como de terceiros (*outsiders*) (art. 178.º/2, 2.º período). Essa remuneração abrange igualmente todas as novas transmissões ou retransmissões das prestações artísticas cuja fixação foi autorizada pelo artista para fins de radiodifusão (art. 178.º/3).

Por outro lado, pela utilização por qualquer forma de comunicação ao público tanto de fonogramas como de videogramas publicados comercialmente é devida pelo utilizador ao artista e ao produtor uma remuneração equitativa (não inalienável), a dividir por ambos em partes iguais (art. 184.º/3). Ao contrário da Convenção de Roma (art. 12.º), do TOIEF (art. 15.º/1) e da Diretiva 2006/115/CE (art. 8.º/1), a lei portuguesa não prevê expressamente, para efeitos desta remuneração equitativa, a utilização de fonograma pela radiodifusão (incluindo a transmissão por cabo). Sendo que radiodifusão e comunicação ao público são recorrentemente previstas como formas distintas de utilização das prestações (e.g. CDADC, art. 149.º-156.º, art. 178.º/1-a; Convenção de Roma, art. 7.º/1-a; Acordo ADPIC, art. 14.º/1, 2.º período, TOIEF, art. 2.º/f-g; Diretiva 2006/115/CE, art. 8.º). Ora, esbarrando o cânone da interpretação da lei interna em conformidade com a Diretiva com o princípio da tipicidade fechada que rege neste domínio, caberá ao legislador suprir essa lacuna e cumprir o dever de proteção imposto pela Diretiva 2006/115/CE. Por conseguinte, de *lege data*, a referida remuneração equitativa e única não será devida em caso de utilização pela radiodifusão de fonograma ou de videograma publicados com fins comerciais.

## **6.<sup>a</sup> Da retransmissão por cabo de prestações artísticas**

Na ordem jurídica portuguesa os artistas não são titulares de um direito exclusivo de autorizar a retransmissão das suas prestações, entendendo-se por retransmissão a ‘emissão simultânea por um organismo de radiodifusão de uma emissão de outro organismo de radiodifusão’ (art. 176.º/10).

Além disso, não resulta de nenhum instrumento nem de direito internacional nem de direito da União Europeia a obrigação de o Estado Português atribuir aos artistas o direito exclusivo de autorizar a retransmissão por cabo das suas prestações.

Por outro lado, a noção de retransmissão por cabo prevista no DL 333/97 (art. 3.º/c) — mais ampla do que a prevista na Diretiva 93/83/CEE (art. 1.º/3) —, vale apenas para efeitos da gestão coletiva obrigatória a que sujeita o exercício do direito exclusivo de autorizar esse ato, quando aplicável (e.g. no caso de retransmissão por cabo de obra literária ou artística protegida pelo direito de autor).

Por essa razão, à luz da lei portuguesa, a liberdade de retransmissão por cabo de prestação artística radiodifundida ou efetuada a partir de uma fixação não exige que a emissão primária provenha de outro Estado-Membro nem que a retransmissão seja integral e inalterada, embora deva ser simultânea (sem prejuízo de ligeiros diferimentos por motivos de ordem técnica).

## **7.<sup>a</sup> Da arbitragem necessária de litígios entre entidades de gestão coletiva e operadores de cabo relativamente à retransmissão por cabo de prestações artísticas protegidas**

A sujeição à arbitragem necessária estabelecida no art. 7.º/3 do DL 333/97 dos conflitos relativos à mera remuneração equitativa prevista no art. 178.º/2-3 e no art. 184.º/3 do CDADC não terá fundamento na ‘falta de acordo sobre a autorização da retransmissão por cabo’, uma vez que a ordem jurídica portuguesa não estabelece para o artista o direito exclusivo de autorizar a retransmissão por cabo da sua prestação.

A arbitragem necessária imposta pela lei portuguesa – e cuja conformidade com a Diretiva 93/83/CEE (art. 11.º) é, no mínimo, duvidosa pelas razões supra aduzidas – deve ser limitada às situações expressamente previstas na hipótese da norma legal, i.e. aos litígios sobre a falta de autorização da retransmissão por cabo.

Pelo que, em suma, não sendo necessária esta autorização não terá lugar aquela arbitragem.

## REFERÊNCIAS

### 1. Legislação, Diretivas, Tratados

CDADC — Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de março, alterado pelas Leis n.º 45/85, de 17 de setembro, e 114/91, de 3 de setembro, pelos Decretos-Lei n.ºs 332/97 e 334/97, ambos de 27 de novembro, e pelas Leis n.º 50/2004, de 24 de agosto, e n.º 16/2008, de 1 de abril.

L 332/97 — Decreto-Lei n.º 332/97, de 27 de novembro.

DL 333/97 — Decreto-Lei n.º 333/97, de 27 de novembro.

DL 122/2000 — Decreto-Lei n.º 122/2000, de 4 de julho.

Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro (Lei das Comunicações Eletrónicas).

Lei n.º 27/2007, de 30 de julho (Lei da Televisão).

Convenção de Roma — Convenção Internacional para a Proteção dos Artistas Intérpretes ou Executantes, dos Produtores de Fonogramas, e dos Organismos de Radiodifusão, assinada em Roma em 26 de outubro de 1961.

Acordo ADPIC — Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio (1994).

TOIEF — Tratado da Organização Mundial da Propriedade Intelectual sobre Interpretações ou Execuções e Fonogramas (TOIEF), concluído em dezembro de 1996.

Diretiva 2006/115/CE — Diretiva 2006/115/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006, relativa ao direito de aluguer, ao direito de comodato e a certos direitos conexos ao direito de autor em matéria de propriedade intelectual, Jornal Oficial L 376/28, 27.12.2006.



Diretiva 93/83/CEE — Diretiva 93/83/CEE do Conselho, de 27 de setembro de 1993, relativa à coordenação de determinadas disposições em matéria de direito de autor e direitos conexos aplicáveis à radiodifusão por satélite e à retransmissão por cabo, Jornal Oficial n.º L 248 de 06/10/1993 p. 15-21.

Diretiva 92/100/CEE — Diretiva 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, Jornal Oficial n.º L 346 de 27/11/1992 p. 61-66 (revogada e substituída pela Diretiva 2006/115/CE).

Diretiva 2001/29/CE — Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, Jornal Oficial n.º L 167/10 de 22/6/2001.

Diretiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de março, relativa à proteção jurídica das bases de dados.

Diretiva 89/552/CEE do Conselho, de 3 de outubro de 1989, relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas ao exercício de atividades de radiodifusão televisiva (Jornal Oficial n.º L 298 de 17/10/1989, pp. 23-30), alterada pela Diretiva 97/36/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 30 de junho de 1997, e pela Diretiva 2007/65/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2007, e revogada pela Diretiva 2010/13/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 10 de março de 2010 relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros respeitantes à oferta de serviços de comunicação social audiovisual (Diretiva «Serviços de Comunicação Social Audiovisual»).

TRLPI — *Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual*, aprovado pelo Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, com alterações posteriores. <<http://www.boe.es/boe/dias/2006/07/08/pdfs/A25561-25572.pdf>>.

CPI — Code de la propriété intellectuelle, aprovado pelo Decreto 95-385 de 10 de abril de 1995, com alterações posteriores (versão consolidada em 16 de março de 2011) <<http://www.legifrance.gouv.fr/>>.

Legge 22 aprile 1941 n. 633 (protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio), alterada ultimamente pela Legge 9 gennaio 2008, N. 2 — <[http://www.interlex.it/testi/141\\_633.htm#80](http://www.interlex.it/testi/141_633.htm#80)>.

Urheberrechtsgesetz vom 9. September 1965 (BGBl. I S. 1273), das zuletzt durch Artikel 83 des Gesetzes vom 17. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2586) geändert worden ist — <[http://www.gesetze-im-internet.de/urhg/\\_78.html](http://www.gesetze-im-internet.de/urhg/_78.html)>.

Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins, de 30 de junho de 1994, com alterações posteriores — <<http://www.ejustice.just.fgov.be/>>.

UK Copyright, Designs and Patent Act 1988 — <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/contents>>.

## 2. Jurisprudência

Tribunal de Justiça, Acórdão de 3 de fevereiro de 2000, C-293/98 (*Egeda*), Col. 2000, p. I-629.

Tribunal de Justiça, Acórdão de 6 de fevereiro de 2003, C-245/00 (*SENA*), Col. 2003, p. I-1269.

Tribunal de Justiça, Acórdão de 2 de junho de 2005, C-89/04 (*Mediakabel*), Col. 2005, p. I-4891.

Tribunal de Justiça, Acórdão de 1 de junho de 2006, C-169/05 (*Uradex*), Col. 2006, p. I-4973.

## 3. Bibliografia

ASCARELLI, Tuli — *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, 3.<sup>a</sup> ed., Milano, Giuffrè, 1960.

ASCENSÃO, José de Oliveira — *Direito Civil — Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992 — *Direito Civil — Reais*, 5.<sup>a</sup> ed. Revista e ampliada, Coimbra Editora, 1993 — ‘Territorialidade dos Direitos de Autor e Conexos e Direito Comunitário’, *Revista da Ordem dos Advogados*, 1990, II, p. 313 — ‘Projeto de uma Lei sobre Direitos Conexos ao Direito de Autor’, *Revista da Ordem dos Advogados*, 1978, p. 597.

AZZI, Tristan — *Recherche sur la loi applicable aux droits voisins du droit d'auteur en droit international privé*, Paris, LGDJ, 2005.

BARROCAS, Manuel Pereira — *Manual de Arbitragem*, Coimbra, Almedina, 2010.

BENTLY, Lionel / SHERMAN, Brad — *Intellectual Property Law*, 3.<sup>rd</sup> ed., Oxford, Oxford University Press, 2009.

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.) — *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, Tecnos.
- BERTANI, Michele — *Impresa Culturale e Diritti Exclusive*, Milano, Giuffrè, 2000.
- BRONZE, Fernando José — «*Continentalização*» do direito inglês ou «*insularização*» do direito continental?, Boletim da Faculdade de Direito (Suplemento) XXII, Coimbra, 1975.
- CARON, Christophe — *Droit d'auteur et droits voisins*, 2.<sup>a</sup> ed., Paris, Litec, 2009.
- CHIMIENTI, Laura — *Lineamenti del nuovo diritto d'autore — direttive comunitarie e normativa interna*, 3.<sup>a</sup> ed., Milano, Giuffrè, Milano, 1999.
- COLOMBET, Claude — *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, 5.<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 1990.
- COMISSÃO EUROPEIA — *Relatório da Comissão Europeia sobre a aplicação da Diretiva 93/83/CEE do Conselho relativa à coordenação de determinadas disposições em matéria de direito de autor e direitos conexos aplicáveis à radiodifusão por satélite e à retransmissão por cabo*, Bruxelas, COM(2002) 430 final, 26.07.2002.
- CORDEIRO, António Menezes — *Direitos Reais*, Reprint 1979, Lisboa, Lex, 1993.
- CORDEIRO, Pedro João Fialho da Costa — *Direito de Autor e Radiodifusão. Um estudo sobre o direito de radiodifusão desde os primórdios até à tecnologia digital*, Coimbra, Almedina, 2004.
- DE VISSCHER, Fernand / Michaux, Benoît — *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruxelles, Bruylant, 2000.
- DESBOIS, Henri — *La propriété littéraire et artistique*, Paris, Armand Collin, 1953.
- DESBOIS, Henri / FRANÇO, André / KEREVER, André — *Les Conventions Internationales du Droit d'Auteur et des Droits Voisins*, Paris, Dalloz, 1976.
- DÖRR, Dieter / KREILE, Johannes / COLE, Mark D. — *Handbuch Medienrecht — Recht der elektronischen Massenmedien*, Frankfurt am Main, Verlag Recht und Wirtschaft, 2008.
- DREIER, Thomas — 'Satellite and Cable Directive', in *European Copyright Law: A Commentary*, ed. Michel Walter, Silke von Lewinski, Oxford/New York, Oxford University Press, 2010, pp. 391-499.

- DREIER, Thomas / SCHULZE, Gernot — *Urheberrechtsgesetz. Urheberrechtswahrnehmungsgesetz. Kunsturhebergesetz*, 3. Aufl. München, Beck, 2008.
- DREIER, Thomas — *Kabelweiterleitung und Urheberrecht. Eine vergleichende Darstellung*, München, Beck, 1991.
- ELLINS, Julia — *Copyright Law, Urheberrecht und ihre Harmonisierung in der Europäischen Gemeinschaft (von den Anfängen bis ins Informationszeitalter)*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997.
- FICSOR, Mihaly — *The Law of Copyright and the Internet: the 1996 WIPO Treaties, their Interpretation and Implementation*, Oxford, Oxford University Press, 2002.
- GOLDING, Lindy — ‘Intellectual Property and the Media’, in *Media Law and Practice*, ed. David Goldberg, Gavin Sutter, Ian Walden, Oxford/New York, Oxford University Press, 2009.
- HILTY, Reto — *Verbotrecht vs. Vergütungsanspruch: Suche nach den Konsequenzen der tripolaren Interessenlage im Urheberrecht*, in Festschrift für Gerard Schricker, München, Beck, 2005.
- KAMINA, Pascal — *Film Copyright in the European Union*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.
- KARNELL, Gunnar / LEWINSKI, Silke von — ‘Collective administration of copyrights and neighbouring rights’, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, Volume XIV Copyright and Industrial Property, chief editor Gerhard Schricker, Cap. 6, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes — *Direito de autor*, Coimbra, Almedina, 2011.
- LEWINSKI, Silke von — ‘Rental and Lending Rights Directive’, in *European Copyright Law: A Commentary*, ed. Michel Walter, Silke von Lewinski Oxford/New York, Oxford University Press, 2010.
- LOEWENHEIM, Ulrich (Hrsg.) — *Handbuch des Urheberrechts*, 2. Aufl., München, Beck, 2009.
- NORDEMANN, Wilhelm / VINCK, Kai / HERTIN, Paul Wolfgang — *Droit d’auteur international et droits voisins dans les pays de langue allemande et les États membres de la Communauté Européenne. Commentaire*, trad. J. Tournier, Bruxelles, Bruylant, 1983 — *Urheberrecht — Kommentar zum Urheberrechtsgesetz und zum Urheberrechtswahrnehmungsgesetz mit den Texten der Urheberrechtsgesetze Österreichs und der Schweiz*, begr. Friedrich Karl Fromm und Wilhelm Nordemann, 9. Aufl., Stuttgart, Kohlhammer, 1998.

- PEREIRA, Alexandre Libório Dias — *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*, Coimbra, Almedina, 2008 — *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnológica*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.
- PICHLER, Marie Helen — *Copyright Problems of Satellite and Cable Television in Europe*, London (etc.), Graham & Trotman, 1987.
- PLAISANT, Robert — *Le droit des auteurs et des artistes exécutants*, Delmas, Paris, 1970.
- QUADROS, Fausto de — *Direito da União Europeia*, Coimbra, Almedina, 2008.
- REBELLO, Luiz Francisco — *Introdução ao Direito de Autor*, Volume I, Lisboa, SPA/Dom Quixote, 1994 — *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos*, 3.<sup>a</sup> ed., Lisboa, Âncora, 2002.
- REHBINDER, Manfred — *Urheberrecht*, 16. Aufl., München, Beck, 2010 — *Urheberrecht*, 9. Aufl., München, Beck, 1996.
- RICKETSON, Sam / GINSBURG, Jane C. — *International Copyright and Neighbouring Rights, The Berne Convention and Beyond*, Vol. II, Oxford/New York, Oxford University Press, 2006.
- ROCHA, Manuel Lopes / CARREIRO, Henrique — *Guia da Lei do Direito de Autor na Sociedade da Informação (Lei 50/2004, de 24 de agosto) Anotada e Comentada*, Famalicão/Lisboa, Centroatlântico, 2005.
- ROGEL VIDE, Carlos / SERRANO GÓMEZ, Eduardo — *Manual de Derecho de Autor*, Madrid, Editorial Réus, 2008.
- SCHRICKER, Gerhard (Hrsg.) — *Urheberrecht — Kommentar*, 3. Aufl., München, Beck, 2006 — *Urheberrechtliche Probleme des Kabelrundfunks*, Baden-Baden, Nomos, 1986.
- SIRINELLI, Pierre — *Propriété littéraire et artistique*, 2.<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 2003.
- STEWART, Stephen M. — *International Copyright and Neighbouring Rights*, 2<sup>nd</sup> ed., assisted by Hamish Sandison, London, Butterworths, 1989.
- STRAUS, Joseph — ‘Neighbouring Rights — National and International Developments’, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, Volume XIV Copyright and Industrial Property, chief editor Gerhard Schricker, Cap. 5, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006.
- STRASCHNOV, Georges — *Le droit d’auteur et des droits connexes en radio-diffusion*, Bruxelles, Bruylant, 1948.
- UBERTAZZI, Luigi Carlo — *Direito d’Autore — Commentatio Breve alle Leggi su Proprietà Intellettuale e Concorrenza*, 4.<sup>a</sup> ed., Cedam, Padova, Cedam, 2009.

- ULMER, Eugen — *Urheber- und Verlagsrecht*, 3. Aufl., Berlin, Springer, 1980.
- VICENTE, Dário Moura — *A Tutela Internacional da Propriedade Intelectual*, Coimbra, Almedina, 2008 — *Direito Comparado*, I, Coimbra, Almedina, 2008.
- VISCONDE DE CARNAXIDE — *Tratado da Propriedade Literária e Artística (Direito Interno, Comparado e Internacional)*, Renascença Portuguesa, Porto, 1918.
- WALTER, Michel / LEWINSKI, Silke von (ed.) — *European Copyright Law: A Commentary*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2010.
- WANDTKE, Artur-Axel / Bullinger, Winfried Bullinger (Hrsg.) — *UrhR — Praxiskommentar zum Urheberrecht*, 2. Aufl., München, Beck, 2006.
- WINN, David B. — *European Community and International Media Law*, London, Graham&Trotman / Martinus Nijhoff, 1994.
- WIPO Intellectual Property Handbook: Policy, Law and Use* <<http://www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/en/iprm/pdf/ch5.pdf>>.