

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

APDI – Associação Portuguesa de Direito Intelectual

Da Necessidade e dos Limites à Gestão Colectiva Forçada de Direitos de Autor e Direitos Conexos

Duarte Vasconcelos

**Trabalho final realizado no âmbito do V Curso de Pós-Graduação em Direito de
Autor e da Sociedade de Informação**

Junho de 2014

Índice

Notas de Leitura	3
Abreviaturas	4
1 § Introdução	5
1.1. Justificação do Tema.....	5
1.2. Indicação de Sequência	5
2 § Da Gestão Colectiva de Direitos de Autor e Direitos Conexos.....	6
2.1. Objecto da gestão: direitos de autor e direitos conexos	7
2.2. Da Gestão Colectiva de Direitos	10
2.2.1. Das Entidades de Gestão Colectiva.....	12
2.2.2. Modalidades de Gestão Colectiva	17
2.2.3. Sobre o Funcionamento da Gestão Colectiva.....	18
3 § Da Gestão Colectiva Forçada.....	21
3.1. Casos Específicos de Gestão Colectiva Forçada.....	22
3.2. Gestão Colectiva Forçada Digital	24
3.3. A Directiva 2014/26/UE e o futuro das entidades de gestão colectiva	32
4 § Conclusões	37
5 § Bibliografia	38

Notas de Leitura

- As disposições legais não acompanhadas de referência relativa à respectiva fonte pertencem ao Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, aprovado pelo Decreto-Lei nº 63/85, de 14 de Março e alterado pelas Leis nºs 45/85, de 17 de Setembro e 114/91, de 3 de Setembro, pelos Decretos-Lei nºs 332/97, de 27 de Novembro e 334/97, de 27 de Novembro e, pelas Leis nºs 50/2004, de 24 de Agosto, 16/2008, de 1 de Abril, 65/2012, de 20 de Dezembro e, 82/2013, de 6 de Dezembro;
- As siglas e abreviaturas utilizadas encontram-se no início deste trabalho, após estas Notas de Leitura;
- O presente trabalho encontra-se actualizado com referência à legislação em vigor e à bibliografia acedida até ao mês de Junho de 2014;
- As obras citam-se em nota de rodapé da seguinte forma: a primeira citação inclui referências completas do autor, título, editora, data de publicação e página, sendo que as citações seguintes incluem apenas uma referência ao autor, ao título abreviado da obra e à página, permitindo uma clara identificação da obra utilizada;
- A bibliografia final contém referência completa de todas as obras citadas ao longo do trabalho.

Abreviaturas

Al./als. – Alínea/alíneas

Art./arts. – Artigo/artigos

CDADC – Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos

Cfr. – Confira

Coord. – Coordenação

Ed. – Edição

LC – Lei Constitucional

N.º – Número

OMPI – Organização Mundial da Propriedade Intelectual

Orient. – Orientação

p. – Página

pp. - Páginas

Reimp. - Reimpressão

Sep. – Separata

v.g. – verbi gratia

Vol. – Volume

1 § Introdução

1.1. Justificação do Tema

Encontramo-nos num momento chave da evolução e produção legislativa para abordar o tema a que nos propomos.

Por um lado, o desenvolvimento cada vez mais acelerado dos meios digitais de reprodução e divulgação de obras e prestações aporta um novo estado de coisas no sector da propriedade intelectual. Implica, por isso, uma necessidade de regulação cada vez mais premente no que aos novos meios digitais diz respeito.

Por outro, porque é precisamente no âmbito das previsões sobre o exercício dos direitos patrimoniais digitais – o direito de colocação à disposição do público, por fio ou sem fio, por forma a que seja acessível a qualquer pessoa, a partir do local e no momento por ela escolhido e, sobretudo, no caso das prestações dos artistas intérpretes e executantes, que surgem imposições de gestão colectiva forçada no direito português.

Estas imposições são questionáveis, principalmente quando confrontadas com a regulação comunitária sobre a mesma temática.

Deverá aferir-se se a tendência do legislador comunitário é mais ou menos favorável a estas previsões de gestão colectiva forçada, e em que sentido é que o legislador nacional terá de efectuar alterações, sobretudo no papel que as entidades de gestão colectiva terão futuramente.

1.2. Indicação de Sequência

Este trabalho inicia-se com um enquadramento sintético acerca do objecto da gestão colectiva do direito de autor e dos direitos conexos.

A abordagem prossegue com uma análise sobre o regime das entidades de gestão colectiva em Portugal, seguida da distinção das várias modalidades de gestão colectiva: voluntária e necessária, e, dentro desta, forçosa ou forçada.

O cerne deste trabalho incide sobre a gestão colectiva forçada e é nela que nos concentramos no ponto seguinte, procurando não só a definição do conceito mas também de um enunciado do que são as várias previsões do mesmo no ordenamento jurídico português; a sua relevância no meio digital e sua admissibilidade ou não; e uma referência à nova Directiva 2014/26/UE e as mudanças que a mesma exige.

2 § Da Gestão Colectiva de Direitos de Autor e Direitos Conexos

2.1. Objecto da gestão: direitos de autor e direitos conexos

Antes de enveredarmos pelo tema da gestão colectiva propriamente dita, convém compreender qual é o objecto desta gestão e o seu âmbito. A gestão colectiva incide sobre o direito de autor e direitos conexos que, por sua vez, obedecem a diferentes normas e são exercidos por diferentes entidades.

Cabe, pois, sistematizar que direitos são estes que estão sujeitos a uma gestão colectiva por entidades que não os próprios titulares.

É sabido que o direito de autor possui duas vertentes essenciais: por um lado, os direitos de natureza pessoal ou direitos morais ⁽¹⁾ e, por outro, os direitos patrimoniais, conforme resulta do artigo 9.º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos.

Os primeiros são direitos exclusivos, inalienáveis e irrenunciáveis, de relação pessoal entre o autor e a obra e de que aquele goza mesmo após a extinção ou a sua transmissão ⁽²⁾, enquanto os segundos comportam o direito de dispor, fruir, utilizar a obra ou autorizar terceiros a fazê-lo, enfim, de explorar economicamente a obra.

A titularidade de direitos patrimoniais garante ao autor as vantagens patrimoniais resultantes da exploração económica ⁽³⁾. A exploração económica da obra pode ser feita directamente pelo autor ou por um terceiro autorizado, através de um negócio jurídico celebrado para o efeito. Em bom rigor, se o criador intelectual da obra quiser dispor, por alguma forma, do direito ao exclusivo da exploração económica da obra terá sempre que existir uma iniciativa de transmissão da sua parte, conforme a permissão genérica do artigo 40.º al. b) do CDADC.

⁽¹⁾ Que não se confundem com os direitos de personalidade, “uma vez que estão ligados a um acto de criação intelectual e não genericamente à personalidade do autor” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito de Autor*, Almedina, 2011, p. 121).

⁽²⁾ V.g., o direito a reivindicar a paternidade da obra e a assegurar a sua genuinidade e integridade.

⁽³⁾ Convém ressaltar que, em algumas situações, como a do artigo 76.º, nº 1, alínea b), que remete para as alíneas a) e e) do nº 1 do artigo 75.º do CDADC – referentes à reprodução de obra para fins exclusivamente privados e à reprodução de obras previamente tornadas acessíveis ao público - a lei retira ao autor o exclusivo da exploração económica da obra, “convertendo-se num mero direito de participação financeira” através de uma remuneração equitativa. Assim, MENEZES LEITÃO, ob. cit., p. 122.

É sobre esta vertente patrimonial do direito de autor que incide a gestão colectiva. A gestão dos direitos morais é, pois, uma gestão individual.

O direito de autor pertence sempre ao criador intelectual da obra ⁽⁴⁾: é este o seu titular, a menos que se disponha em contrário e até caducar o prazo de setenta anos da sua morte ⁽⁵⁾, caindo, então, no domínio público.

Uma vez que os bens da propriedade intelectual constituem “bens do espírito”, na maior parte das vezes até imateriais, é bastante facilitada a sua difusão e mesmo reprodução a nível global. É, por isso, uma matéria bastante regulada também a nível internacional, com influência na legislação interna.

Ao nível do direito de autor, os principais instrumentos de regulação internacional são a Convenção de Berna para a Protecção de Obras Literárias e Artísticas, de 9 de Setembro de 1886, reconhecendo reciprocamente os direitos dos autores dos países que fazem parte da Convenção - à qual Portugal aderiu em 1978, o Tratado da OMPI sobre o Direito de Autor de 1996 - ao qual Portugal aderiu em 2009, a Convenção Universal sobre Direito de Autor, aprovada em Genebra em 1952 e revista em Paris a 24 de Julho de 1971 - a que Portugal aderiu em 1979.

Em termos comunitários são de destacar a Directiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 22 de Maio de 2001 relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade de informação, a Directiva 2004/48/CE, de 29 de Abril de 2004 do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao respeito dos direitos de propriedade intelectual, a Directiva 2011/77/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de Setembro de 2011 relativa ao prazo de protecção do direito de autor e de certos direitos conexos e, a mais recente Directiva 2014/26/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Fevereiro de 2014, relativa à gestão colectiva dos direitos de autor e direitos conexos e à concessão de licenças multiterritoriais de direitos sobre obras musicais para utilização em linha no mercado interno, que veremos em mais detalhe.

⁽⁴⁾ Salvo os casos excepcionais de titularidade do direito de autor relativo a obra feita por encomenda ou por conta de outrem, previstos no artigo 14.º do CDADC.

⁽⁵⁾ O prazo de setenta anos após a morte do criador intelectual constitui a regra geral do artigo 31.º do CDADC, existindo outras para as situações específicas previstas nos artigos 32.º e seguintes do CDADC.

Já os direitos conexos diferem do direito de autor na medida em que não respeitam ao criador intelectual da obra, o autor, mas, outrossim a todos aqueles que contribuíram de alguma forma para a elaboração, produção ou disponibilidade da obra, não sendo, contudo os seus autores. É o caso dos artistas intérpretes, executantes, produtores de fonogramas e videogramas e organismos de radiodifusão, cujos direitos, conexos ao direito de autor, são acautelados nas disposições dos artigos 176.º e seguintes do CDADC. Contudo, em caso de conflito, os direitos conexos não se sobrepõem aos direitos de autor, conforme dispõe o artigo 177.º do CDADC.

Também aqui se releva uma nota sobre os principais instrumentos de regulação internacional e comunitária dos direitos conexos, a saber, a Convenção Internacional para Protecção aos Artistas, Intérpretes ou Executantes, aos Produtores de Fonogramas e aos Organismos de Radiodifusão (Convenção de Roma de 1961), à qual Portugal aderiu em 1999, bem como o Tratado da OMPI sobre Prestações e Fonogramas, de 1996, ao qual Portugal aderiu em 2009, bem como as Directivas já mencionadas.

Relativamente à sua duração, os direitos conexos caducam decorrido um período de 50 anos após a representação ou execução pelo artista intérprete ou executante; após a primeira fixação, pelo produtor, do videograma ou filme; após a primeira emissão pelo organismo de radiodifusão, quer a emissão seja efectuada com ou sem fio, incluindo cabo ou satélite; conforme previsto no nº 1 do artigo 183.º do CDADC.

Recentemente, a Directiva nº 2011/77/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Setembro de 2011 veio alterar a Directiva nº 2006/116/CE, alargando os prazos de protecção do direito de autor e de determinados direitos conexos.

Impôs-se, então, uma revisão do CDADC quanto a esta matéria, tendo a Lei nº 82/2013, de 6 de Dezembro, alterado os prazos para 50 anos, após a data da primeira publicação ou da primeira comunicação ao público, no caso de o videograma ou filme protegidos serem objecto de publicação ou comunicação lícita ao público; para 70 anos após a data da primeira publicação ou da primeira comunicação ao público se a fixação da execução do artista intérprete ou executante num fonograma for objecto de publicação ou comunicação lícita ao público e, ainda, para 70 anos para os direitos dos produtores de fonogramas, após a data da primeira comunicação legal ao público se o

fonograma não tiver sido legalmente publicado ou não tiver sido legalmente comunicado ao público no decurso do prazo referido no nº 1 do artigo 183.º do CDADC.

Em termos de exercício, o artigo 192.º do CDADC determina que as disposições sobre os modos de exercício do direito de autor aplicam-se no que couber aos modos de exercício dos direitos conexos. Para MENEZES LEITÃO, através desta disposição pretende-se aplicar aos titulares dos direitos conexos o regime das modalidades de utilização de obra e de gestão do direito de autor, bem como as normas sobre violação e defesa do direito de autor ⁽⁶⁾. Já OLIVEIRA ASCENÇÃO tem uma visão mais restrita sobre a interpretação deste preceito, observando que o titular de direito conexo não pode gozar, sem mais, de todas as faculdades do autor ⁽⁷⁾.

No entanto, como veremos, tudo aponta para que, não obstante a inserção sistemática no CDADC do regime geral da gestão colectiva (Secção II do Título I, respeitante ao direito de autor), tais disposições se apliquem igualmente aos direitos conexos, com as adaptações necessárias.

2.2. Da Gestão Colectiva de Direitos

A gestão colectiva do direito de autor pode ser definida como “o recurso a entidades que funcionam como intermediários entre a comunidade dos autores e titulares de direito intelectuais e a pluralidade dos exploradores das suas obras e, em representação daqueles, autorizam estes a utilizá-las sob determinadas condições, nomeadamente pecuniárias e distribuem aos primeiros os montantes que lhes competem” ⁽⁸⁾.

Mais do que uma opção dos autores e titulares de direitos conexos, a gestão colectiva é uma necessidade, ainda mais premente no mundo actual face aos recentes

⁽⁶⁾ Cfr. MENEZES LEITÃO, ob. cit., p. 246.

⁽⁷⁾ Assim, ASCENÇÃO, José de Oliveira, *Direito Civil - Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra Editora, 1ª Edição, Reimpressão 2012, p. 582-583, “poderia ser-se tentado a ler a disposição como estabelecendo a tendencial subsidiariedade das regras sobre direito de autor em relação aos direitos conexos. Concedendo estas, restritivamente, as faculdades que enunciam, não teria sentido que com a outra mão se fossem atribuir as prerrogativas, muito mais amplas, concedidas ao autor. Isto anularia a tipificação de faculdades realizada. (...) Não pode ser este o sentido do artigo 192.º, sob pena de subverter todo o equilíbrio de interesse subjacente à lei e chegar a resultados contraditórios”.

⁽⁸⁾ Cfr. REBELLO, Luiz Francisco, *Gestão de direitos no ambiente digital*, in *Direito da sociedade da informação / org. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Associação Portuguesa do Direito Intelectual*. - Coimbra, 2009, p. 339-356, Vol. 8, p. 344.

desenvolvimentos tecnológicos. Pense-se, por exemplo, nas obras musicais e cinematográficas e na quantidade de meios actualmente existentes capazes de difundir e reproduzir obras nos mais variados locais e junto no maior número possível de utilizadores.

É desta forma que se revela incomportável, para os autores e titulares de direitos conexos o controlo e gestão individual sobre todas as formas de exploração das suas obras. São as próprias circunstâncias da realidade e da globalização que o obrigam (⁹). Assim e através da gestão colectiva, o autor pode exercer os seus direitos por intermédio de uma outra entidade, especializada na gestão dos mesmos.

A gestão colectiva não aproveita apenas a autores, artistas e em geral a titulares de direitos mas também aos utilizadores. Um exemplo importante será o caso dos pequenos comerciantes e empresários que pretendem comunicar música no seu estabelecimento. Estes utilizadores irão preferir dirigir-se a uma única entidade determinada para contratar a utilização de obras musicais do que a cada artista individualizado por cada reportório (¹⁰). Outros interessados mediatos na gestão colectiva podem também ser apontados (¹¹), como os provedores de serviços na Internet (iTunes, Spotify e outros), o consumidor ou utilizador final das obras intelectuais e ainda o próprio interesse colectivo na Cultura, que consubstancia um verdadeiro interesse público.

O artigo 72.º do CDADC contém uma permissão à gestão colectiva de direitos por intermédio de representante deste devidamente habilitado. Estes representantes serão as associações e organismos nacionais ou estrangeiros constituídos para gestão do direito de autor, nos termos do nº 1 do artigo 73.º, bastando a simples qualidade de

(⁹) Nesse sentido, NOGUEIRA, Fernanda Araújo Couto e Melo Nogueira, *As Entidades de Gestão Colectiva no Direito Português: uma abordagem à luz da Lei 83/2001, de 3 de Agosto, Relatório de Mestrado em Ciências Jurídico-Empresariais (Direito de Autor), Orientação de José Alberto Vieira, Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, 2011, p. 8.*

(¹⁰) Tal como afirma MAFALDA SEBASTIÃO, aos utilizadores “interessa que os valores de mercado sejam relativamente conhecidos e estáveis na medida em que, querendo usar as obras com fins comerciais, lhe permitirá tal conhecimento maior controlo, desde logo, previsional, de custos” (SEBASTIÃO, Mafalda Maria Rodrigues dos Santos Sebastião, *A Gestão Colectiva da Exploração de Obras Musicais no Espaço Comunitário, Relatório de Mestrado em Direito Intelectual, Orientação Prof. Oliveira Ascensão, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Maio 2009*).

(¹¹) Cfr. ASCENÇÃO, José de Oliveira, *Representatividade e legitimidade das entidades de gestão coletiva de direitos autorais, in Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas, Coimbra, 2013, vol. 1., p. 153.*

sócio, aderente ou a inscrição como beneficiário dos respectivos serviços para firmar esta relação de representação.

Mas quem são, afinal, estes organismos?

2.2.1. Das Entidades de Gestão Colectiva

A regulação da constituição, organização, funcionamento e atribuições das entidades de gestão colectiva é feita pela Lei nº 83/2001, de 3 de Agosto ⁽¹²⁾.

Muito se pode argumentar sobre as vantagens e desvantagens da criação de entidades de gestão colectiva ou até dos verdadeiros interesses que muitas vezes estas entidades acabam por prosseguir, em detrimento dos interesses individuais dos titulares dos direitos.

Contudo, a verdade é que a Lei nº 83/2001 prescreve que a criação destas entidades é da livre iniciativa dos titulares do direito de autor e dos direitos conexos (nº 1 do artigo 2.º). As entidades de gestão colectiva devem prosseguir fins não lucrativos – o que é, na sua prática, questionável, têm natureza de associações ou cooperativas de regime jurídico privado (nº 2 do artigo 2.º da mesma lei) e são pessoas colectivas de utilidade pública (artigo 8.º da mesma lei).

O seu funcionamento depende do registo prévio junto da Inspeção-Geral das Actividades Culturais (IGAC) ⁽¹³⁾ (artigo 6.º da mesma lei), entidade responsável pela supervisão e fiscalização destes organismos ⁽¹⁴⁾. De referir, ainda, que a própria relação

⁽¹²⁾ Uma nota histórica, lembrada por Luiz Francisco Rebello (ob. cit., p. 344-345): “A primeira associação portuguesa deste tipo foi criada em 1925. Nos três últimos lustres, várias outras se formaram, não só para a gestão do direito de autor como dos direitos conexos. Mas só no Código de 1966 aparece, pela primeira vez, uma referência às “associações nacionais e estrangeiras constituídas para o exercício e defesa dos direitos e interesses dos autores, e só em 2001 uma lei veio regular a constituição, organização, funcionamento e competência destas entidades.

⁽¹³⁾ Conforme consta do respectivo site (www.igac.pt), o IGAC é um serviço da administração directa do Estado, dotado de autonomia administrativa, sob a dependência do membro do Governo responsável pela área da Cultura, que tem por missão controlar e auditar os serviços e organismos dependentes ou sob tutela e superintendência do membro do Governo responsável pela área da cultura e fiscalizar e superintender na protecção do direito de autor, dos direitos conexos e dos recintos e espectáculos de natureza artística.

⁽¹⁴⁾ Como salienta Oliveira Ascensão, *Gestão Colectiva: Síntese...*, p. 26, a supervisão “deverá estar presente na constituição das entidades de gestão colectiva, assegurando a verificação dos requisitos mínimos exigidos por lei. Verificará os critérios de admissão dos titulares, as tarifas e outras condições de concessão da autorização a terceiros, bem como os critérios de repartição das remunerações entre os titulares, quando for o caso. Assegurará a informação adequada aos titulares e a sua participação na vida da entidade de gestão. Realizará o controlo da actividade, acompanhando o exercício e examinando os relatórios e contas. Protegerá particularmente os que não acorreram espontaneamente à entidade, assegurando a isonomia em relação a estes em caso de gestão colectiva forçada”.

e exercício da representação do titular do direito carece também de ser registada junto do mesmo organismo, nos termos do artigo 74.º do CDADC.

Em Portugal, são actualmente entidades registadas de gestão colectiva de direitos a SPA – Sociedade Portuguesa de Autor, AGE COP – Associação para a Gestão da Cópia Privada, a ASSOFT – Associação Portuguesa de Software, a AUDIOGEST – Gestão e Distribuição de Direitos, Lda., a GDA – Cooperativa de Gestão dos Direitos dos Artistas Intérpretes ou Executantes ⁽¹⁵⁾, CRL, a GEDIPE – Associação de Gestão Colectiva de Direito de Autor, Produtores e Editores, a GESTAUTOR – Associação de Gestão Colectiva de Direito de Autor, a UEP – União os Editores Portugueses e a VISAPRESS – Gestão de Conteúdos dos Media.

Entre as respectivas atribuições, as entidades de gestão colectiva estão legitimadas a exercer os direitos confiados à sua gestão e a exigir o seu efectivo cumprimento por parte de terceiros, seja mediante o recurso às vias administrativas ou judiciais (artigo 9.º da Lei nº 83/2001, de 3 de Agosto). Trata-se de um verdadeiro dever de gestão, pelo que as entidades de gestão colectiva estão obrigadas a aceitar a administração do direito de autor e dos direitos conexos que lhes sejam solicitados, não podendo recusar esta gestão a nenhum dos titulares de direitos seus associados (artigo 11.º da mesma lei) ⁽¹⁶⁾.

Esta defesa e gestão de direitos inclui os direitos morais de autor dos seus associados ou cooperadores, quando estes o requeiram (artigo 3.º, nº 2 da mesma lei). Isto não invalida que, à partida, só os direitos patrimoniais fiquem adstritos à gestão colectiva de direitos aquando da adesão. Para a gestão de direitos morais terá de haver, isso sim, uma estipulação expressa a pedido do titular de direitos ⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁵⁾ A GDA e a AUDIOGEST são entidades de gestão colectiva de direitos conexos em Portugal. Juntas criaram a PassMúsica, uma marca registada pensada para facilitar a emissão de licenças de utilização de fonogramas, em estabelecimentos comerciais, o que representa, como vimos, uma importante funcionalidade para estes utilizadores.

⁽¹⁶⁾ Alias, conforme salienta Oliveira Ascensão (*Representatividade e legitimidade...*, p. 170), “se assim não acontecesse, os entes de gestão poderiam excluir as pessoas *non gratae*, reduzindo-as a uma espécie de condição de párias no seu universo. A expulsão dos recalcitrantes pairaria como ameaça sempre presente, para reduzir ao silêncio os mais ousados”.

⁽¹⁷⁾ É também assim que a questão é encarada por Luiz Francisco Rebello, afirmando, acerca dos poderes conferidos às entidades de gestão colectiva, que, quando aos direitos patrimoniais, “a questão não se põe – a gestão colectiva destina-se precisamente, a garantir a sua efectividade, que de outro modo ficaria afectada”, e quanto aos direitos morais, que “o Código declara-os «inalienáveis, irrenunciáveis e imprescritíveis» (art. 56.º-2) e proibe expressamente que sejam «objecto de transmissão ou oneração, voluntárias ou forçadas, os poderes conferidos pela tutela dos direitos morais. (...) Mas isso não inibe esse organismo de assumir a sua defesa, (...) como representante, se o autor

As entidades de gestão colectiva estão dotadas de uma verdadeira capacidade judiciária para intervir civil e criminalmente em defesa dos interesses e direitos legítimos dos seus representados em matéria de direito de autor, conforme artigo 73.º, nº 2 do CDADC.

Para PAULA COSTA E SILVA ⁽¹⁸⁾, este último normativo sobre a capacidade judiciária seria até dispensável à luz dos restantes princípios gerais vigentes em sede de capacidade das pessoas colectivas. A autora relembra que o alcance deste artigo não é tornar as entidades de gestão colectiva em mandatários judiciais dos autores, até quando a constituição destes mandatários é regulada por lei, mas sim, quanto muito, afirmar expressamente que a entidade de gestão intervém para defesa dos seus representados e não substituindo-se a eles.

Às entidades de gestão colectiva cabe ainda uma função social e cultural. Nos termos do artigo 13.º, nº 1 da Lei nº 83/2001, de 3 de Agosto, as entidades de gestão colectiva deverão afectar uma percentagem não inferior a 5% das suas receitas à prossecução de actividades sociais e de assistência aos seus associados ou cooperadores, bem como a acções de formação destes, promoção das suas obras, prestações e produtos e, ainda, à divulgação dos direitos compreendidos no objecto da sua gestão, sendo que, nos termos do nº 2 do mesmo artigo, esta percentagem poderá incidir sobre a totalidade das receitas da entidade de gestão colectiva.

A percentagem destinada a funções sociais e culturais é questionada por OLIVEIRA ASCENÇÃO ⁽¹⁹⁾. Pelo contrário, LUIZ FRANCISCO REBELLO relembra

manifestar nesse sentido a sua vontade” (REBELLO, Luiz Francisco, *Gestão Colectiva do Direito de Autor: um Requiem Adiado*, in *Estudos de Direito da Comunicação*, Coimbra, 2002, p. 174-175).

⁽¹⁸⁾ Num comentário ao Acórdão da Relação de Lisboa de 9 de Junho de 1994, em que o artigo 73.º, nº 2 é analisado de uma perspectiva processual civil, vide SILVA, Paula Costa e, *A posição processual das entidades de gestão colectiva do direito de autor e dos direitos conexos : comentário ao Acórdão da Relação de Lisboa de 9 de Junho de 1994*, Separata da Revista da Ordem dos Advogados, ano 54, III, Dezembro de 1994, p. 871-893. Neste Acórdão o tribunal refere-se à entidade de gestão colectiva, que interpôs acção em representação da sua associada, como “autora da representada”, o que Paula Costa e Silva considera como incorrecto, uma vez que a mesma entidade não pode ser parte e representante no mesmo processo.

⁽¹⁹⁾ Na opinião do Autor (OLIVEIRA ASCENÇÃO, *Representatividade e Legitimidade...*, p. 161), “não se vê o que sejam “actividades sociais”: os titulares dos direitos agradeceriam decerto que o dinheiro para tal despendido lhes fosse antes directamente entregue. E também uma entidade de gestão colectiva de arrecadação não tem nenhuma qualificação especial para tomar para si funções de assistência aos seus membros. Tudo isto correria muito melhor se as quantias eventualmente aplicadas seguissem o destino normal, sendo repartidas directamente pelos titulares dos direitos administrados. (...) Há aqui um óbvio aproveitamento parasitário: uma percepção extraordinária de dinheiros destinados aos autores vai reverter em benefício de um fundo público.”

que o destino desta percentagem de receitas é justificado pela natureza de pessoa colectiva de utilidade pública das entidades de gestão colectiva.

Muito se discute, também, sobre a natureza da relação entre o autor e a entidade de gestão colectiva: se estamos perante uma representação sem poderes, perante uma figura de mandato, uma prestação de serviços ou uma cessão ou transmissão de direitos. Trata-se da questão de saber a que título é que as entidades de gestão colectiva exercem as suas funções perante os titulares de direitos.

Para LUIZ FRANCISCO REBELLO ⁽²⁰⁾, trata-se de uma relação de representação e não de mandato, na modalidade de representação voluntária, seguindo o regime dos artigos 262.º e seguintes do Código Civil e uma vez que os efeitos dos actos praticados são repercutidos directamente na esfera dos titulares. Neste caso, a procuração exigida pelo regime da representação voluntária seria a própria adesão do titular de direitos à entidade de gestão colectiva representante.

De facto, as entidades de gestão colectiva têm o poder de administração do direito intelectual mas não de dispor sobre ele.

OLIVEIRA ASCENÇÃO lembra que em alguns países europeus a relação entre entidades de gestão colectiva e titulares dos direitos é a de uma verdadeira cessão fiduciária, passando a titularidade dos direitos para a própria entidade de gestão colectiva, ficando, contudo, vinculada ao exercício da gestão no interesse do titular ⁽²¹⁾. O Autor acaba por enquadrar a relação entre entidades de gestão colectiva e titulares de direitos num mandato sem representação, que se constitui mediante a inscrição do titular naquela entidade ⁽²²⁾. O mandato seria, em muitos casos, sem representação uma vez que, no entender do autor, a procuração tem que ser outorgada por iniciativa da parte e não por imposição da lei ⁽²³⁾.

⁽²⁰⁾ REBELLO, Luiz Francisco, *Introdução ao Direito de Autor*, Lisboa, Sociedade Portuguesa de Autores, Dom Quixote, 1994, vol. 1, p. 231. O autor escreve antes da entrada em vigor da Lei nº 83/2001, de 3 de Agosto.

⁽²¹⁾ Cfr. OLIVEIRA ASCENÇÃO, *Representatividade e Legitimidade...*, p. 154. O autor sublinha ainda, na mesma passagem, a necessidade de proibição desta figura no direito português, tendo em conta a sua gravidade para os titulares de direitos, evitando-se assim o risco de uma “expropriação prática do direito patrimonial do titular”.

⁽²²⁾ Cfr. OLIVEIRA, JOSÉ DE, *Gestão Colectiva: síntese dos trabalhos e perspectivas futuras* in *Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*, nº 48 (Set-Out. 2000), p. 22.

⁽²³⁾ Cfr. ASCENÇÃO, José de Oliveira, *Direito Civil - Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra Editora, 1ª Edição, Reimpressão 2012, p. 694.

Uma nota mais de alerta para uma questão prática sobre a representação pelas entidades de gestão colectiva, que será da máxima relevância adiante. É que, muito mais vezes do que se possa julgar, os representados não são os autores da obra ou os artistas mas sim eventuais transmissários destes direitos. Com efeito, como vimos, o direito patrimonial que é atribuído ao criador intelectual inclui a faculdade de o transmitir, conforme o disposto nos artigos 9.º, nº 2 e 40.º, alínea b) do CDADC. Pense-se, a título de exemplo, no escritor que transmite este direito à editora ou no músico que o transmite à produtora de fonogramas. São empresas que, legitimamente, se dedicam à exploração económica deste direito.

Como vimos, o direito à exploração económica é um direito exclusivo atribuído pela lei ao criador intelectual. Só ele pode dispor dele ou transmiti-lo ⁽²⁴⁾. Esta iniciativa do transmitente/titular de direito é pré-requisito, como aponta TIAGO BESSA, sempre e relativamente a “todos os actos que atinjam, ou sejam susceptíveis de atingir, a exploração económica da obra (não sendo forçoso existir um intuito lucrativo, bastando existir uma mera aptidão para tal) necessitam, por força do direito de exclusivo, de autorização do titular do direito, sendo ilícitos em caso contrário ⁽²⁵⁾”.

A transmissão deste direito é normalmente levada a cabo através de um contrato de transmissão entre o autor ou artista e a empresa responsável pela exploração económica do direito intelectual. Esta é, como se afirmou, a situação mais comum uma vez que o autor ou artista acaba por não possuir à sua disposição os meios necessários para tirar o máximo proveito da exploração económica de um direito, sem intervenção de uma empresa com a estrutura financeira e logística apta para esse efeito.

Dáí que, muitas vezes, as entidades de gestão colectiva não representem autores e artistas individualizados mas sim as empresas a quem foram cedidos os seus direitos e que são, por essa via, titulares dos mesmos.

⁽²⁴⁾ Contudo, como referimos, em certas situações deixa de existir direito de exclusivo para o titular passar a beneficiar de um direito de remuneração. São as situações em que o autor não pode impedir a utilização da obra mas ainda assim tem um direito a ser remunerado pela mesma – a chamada remuneração equitativa, prevista na alínea b) do nº 1 do artigo 76.º do CDADC. Esta remuneração também pode ser recebida e gerida pela entidade de gestão colectiva.

⁽²⁵⁾ BESSA, Tiago, Direito Contratual de Autor e Licenças Voluntárias de Exploração da Obra, in Revista da Ordem dos Advogados, Separata de Revista da Ordem dos Advogados, Ano 72, N. 4 (Out./Dez. 2012), p. 1145-1146.

Convém, ainda, distinguir a gestão colectiva do direito de autor e direitos conexos da figura da representação presumida. Esta última diz respeito às situações específicas previstas no nº 1 do artigo 30.º, em que aquele que divulga ou publica obra anónima ou pseudónima é automaticamente considerado representante do autor e, no nº 3 do artigo 126.º, em que o produtor é considerado representante dos autores da obra cinematográfica.

2.2.2. Modalidades de Gestão Colectiva

A gestão colectiva pode assumir várias vertentes consoante a forma como os titulares de direitos estão vinculados à mesma. Assim, a gestão colectiva pode ser voluntária (também chamada discricionária) ou necessária e, esta última, desdobra-se ainda em gestão colectiva forçosa e gestão colectiva forçada ⁽²⁶⁾.

A gestão colectiva voluntária ou discricionária é, e bem, a regra no direito da propriedade intelectual português. E assim teria de ser sempre, não fosse a liberdade de associação constitucionalmente consagrada no artigo 46.º do nosso diploma fundamental.

É o titular do direito que escolhe afectar a gestão do seu direito e a que entidade o irá fazer. A adesão dos titulares de direitos às entidades de gestão colectiva é normalmente feita através de cláusulas contratuais gerais, propostas pela entidade ao aderente, o que pressupõe uma fraca margem de negociação dos termos da gestão por parte deste ⁽²⁷⁾.

Os termos da adesão deverão respeitar não apenas as normas sobre cláusulas contratuais gerais (não podem ser violadoras da boa fé nem abusivas); mas também pode ser celebrado por contrato de gestão, desde que cumpridos os requisitos previstos no artigo 12.º da Lei nº 83/2001, de 3 de Agosto. Nos termos deste preceito, o contrato de gestão não pode ter uma duração superior a cinco anos, renováveis automaticamente,

⁽²⁶⁾ Na distinção feita por Oliveira Ascensão em ASCENÇÃO, José de Oliveira, *Gestão Colectiva: síntese dos trabalhos e perspectivas futuras* in *Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade de Informação*, Almedina, Coimbra, 2001.

⁽²⁷⁾ Oliveira Ascensão ressalva a necessidade de salvaguardar a liberdade do autor, podendo escolher recorrer a mais de uma entidade, repartindo a gestão de vários direitos entre as mesmas, de revogação da adesão e de praticar, por si, actos de gestão, desde que disso dê conhecimento à entidade de gestão colectiva (OLIVEIRA ASCENÇÃO, *Gestão Colectiva: Síntese dos Trabalhos...*, p. 22.

não podendo prever-se a obrigação de gestão de todas as modalidades de exploração das obras e prestações protegidas, nem da produção futura destas.

Mas na verdade, muitas vezes o que se constata é a existência de uma verdadeira gestão colectiva voluntária ou discricionária encapotada, ou, na classificação de OLIVEIRA ASCENÇÃO, uma gestão colectiva necessária forçosa.

Por força da lei, todas as utilizações das obras necessitam de prévia autorização do seu autor, sendo certo que essa autorização terá de ser conferida – tudo nos termos dos artigos 41.º, 67.º e 68.º do CDADC.

No entanto, por falta de meios necessários para conferir múltiplas autorizações individuais para o efeito, fazendo face à utilização massificada das suas obras, o titular dos direitos vê-se na contingência de ter de ceder a gestão daqueles às entidades de gestão colectiva.

Assim, a verdadeira gestão colectiva voluntária ou discricionária pertence apenas às empresas de exploração económica de direitos (v.g., as produtoras de fonogramas e empresas de *publishing*)⁽²⁸⁾, cuja principal actividade, é, precisamente, a de explorar os direitos de que são efectivamente titulares, por prévia transmissão.

Sobre isto, OLIVEIRA ASCENÇÃO considera existir uma perda do carácter individual do direito de autor⁽²⁹⁾, ainda que, como aponta LUIZ FRANCISCO REBELLO, esta situação seja fruto das próprias circunstâncias de ampla divulgação de obras no mundo globalizado em que vivemos⁽³⁰⁾.

Por fim, temos a gestão colectiva necessária forçada, que é imposta pela lei e a que nos referiremos mais à frente.

2.2.3. Sobre o Funcionamento da Gestão Colectiva

Independentemente da modalidade observada e até dos contornos da gestão colectiva forçada, impõe-se analisar o modo de funcionamento da gestão colectiva do

⁽²⁸⁾ Assim, Mafalda Sebastião, Ob. cit., p. 38.

⁽²⁹⁾ Vide ASCENÇÃO, José de Oliveira, *Direito Civil - Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra Editora, 1ª Edição, Reimpressão 2012, p. 693.

⁽³⁰⁾ Cfr. Luiz Francisco Rebello, *Gestão Colectiva do Direito* ... p. 171.

direito de autor e de direitos conexos, ou seja, de que forma é que as entidades em causa cumprem, concretamente, as suas atribuições.

Entre as funções das entidades de gestão colectiva temos, a título de exemplo, a captação, cobrança e recepção de valores remuneratórios pela utilização de direitos e consequente redistribuição pelos titulares de direitos representados, a concessão de autorizações e licenças de utilização e, a função fiscalizadora de actividades ilícitas relacionadas com as obras dos titulares por si representados.

Relativamente à primeira função descrita – porventura a mais proeminente, temos que a cobrança de direitos remuneratórios é feita através de preços pré-estipulados em tabelas disponíveis para consulta dos interessados em pedidos individuais. Já relativamente a utilizadores de maior dimensão (v.g., organismos de radiodifusão), é possível encontrar regimes de avença estabelecidos com as entidades de gestão colectiva de direitos ⁽³¹⁾. Muitas vezes as distribuições de direitos são também feitas com base em estatísticas de utilização das obras, regime através do qual são estabelecidos valores a cobrar aos utilizadores. O próprio funcionamento da PassMúsica é feito através da repartição em partes iguais entre as entidades de gestão colectiva detentoras desta marca registada ⁽³²⁾.

Estes métodos são altamente questionáveis uma vez que fazem tábua rasa da qualidade e popularidade das obras, colocando de lado os seus factores individualizadores enquanto criação intelectual ou artística ⁽³³⁾.

⁽³¹⁾ Lê-se na alínea l) do nº 2 do artigo 17.º dos Estatutos da Sociedade Portuguesa de Autores, sob a epígrafe “deveres dos cooperadores”, que “Os cooperadores devem ainda sujeitar-se ao rateio dos direitos cobrados por avença”, o que é demonstrativo da completa ausência de margem de manobra dos titulares de direitos de autor ao aderirem a esta entidade de gestão colectiva. Também nos Estatutos da GDA – Cooperativa de Gestão dos Direitos dos Artistas Intérpretes ou Executante se encontram disposições semelhantes. Por exemplo, a alínea f) do nº 1 do artigo 9.º dispõe que “Os cooperadores têm Direito a fixar, excepto no caso de cobrança por avença ou nos casos de direito a uma remuneração equitativa, inalienável ou legalmente instituída (exercício colectivo ou gestão obrigatória por força de Lei, Decreto-Lei, Diretiva Comunitária ou Convenção Internacional), o montante dos direitos derivados das suas prestações artísticas, condições de utilização e modos de exploração das mesmas, respeitando, caso existam, as tarifas estabelecidas” e a alínea g) do nº 1 do artigo 10.º também obriga à sujeição ao rateio dos direitos cobrados por avença.

⁽³²⁾ Vide Mafalda Sebastião, Ob. cit., p. 32-33, e também Oliveira Ascensão, *Representatividade e Legitimidade...*, p. 163.

⁽³³⁾ Aliás, como sustenta Luiz Francisco Rebello, *Gestão Colectiva do Direito...*, p. 171-172: “Mas acontece que nos casos, e são os mais frequentes, de utilização massiva e indiscriminada das obras, como em sede de reprodução fonográfica, radiodifusão ou execução pública, as autorizações são outorgadas para todo o repertório compreendido na gestão mediante uma contrapartida económica, também ela global, que tanto pode consistir numa verba fixa como numa percentagem sobre as receitas. As condições contratuais são negociadas entre a entidade de gestão e a entidade utilizadora, e valem para um determinado prazo; daqui deriva que, dada a amplitude do conteúdo do contrato, nele

Actuando com base em estatísticas e presunções de utilização durante determinado período de tempo, nunca se alcançam os números exactos de utilização de uma obra. Assim, quando os montantes de contrapartida chegam finalmente aos titulares de direitos, já se encontram tão repartidos que não são capazes de traduzir a efectiva utilização da sua obra e o seu real direito remuneratório, sem que lhes sejam prestadas contas efectivas e claras ⁽³⁴⁾.

De notar, ainda, que a alínea e) do artigo 4.º da Lei nº 83/2001, de 3 de Agosto exige a aplicação de princípios e critérios de justiça na repartição e distribuição dos rendimentos cobrados no exercício da gestão colectiva e, equidade, razoabilidade e proporcionalidade na fixação de comissões e tarifas pelas entidades de gestão colectiva. Estas tarifas deverão ser reduzidas no que respeita a pessoas colectivas que prossigam fins não lucrativos quando as respectivas actividades se realizem em local cujo acesso não seja remunerado (nº 3 do artigo 13.º da Lei nº 83/2001, de 3 de Agosto).

Note-se que, em 2005, na Recomendação 2005/737/CE, a Comissão Europeia apelou a que as entidades de gestão colectiva prestassem, previamente às negociações, informação suficiente aos utilizadores sobre as tarifas e os repertórios, procurando que a atribuição de licenças assente em critérios objectivos e não discriminatórios ⁽³⁵⁾.

Por facilidade, as entidades de gestão colectiva outorgam usualmente licenças de utilização globais, que respeitam, v.g., a todo o repertório de um artista ⁽³⁶⁾.

Relativamente à coordenação entre entidades de gestão colectiva portuguesas e internacionais, a forma mais comum é a celebração de convenções recíprocas de

cabem não só as obras preexistentes dos autores já inscritos como as que eles venham a criar, e não só desses como de autores que posteriormente adiram ao organismo. Isto acentua a «desindividualização» do direito”.

⁽³⁴⁾ Aliás, nos termos do ponto 14) da Recomendação da Comissão Europeia de 18 de Maio de 2005 relativa à gestão transfronteiriça colectiva do direito de autor e dos direitos conexos no domínio dos serviços musicais em linha legais, “os gestores colectivos de direitos devem elaborar regularmente relatórios destinados a todos os titulares dos direitos que representam, quer directamente quer ao artigo de acordos recíprocos de representação, sobre quaisquer licenças concedidas, tarifas aplicáveis e direitos de utilização cobrados e distribuídos”.

⁽³⁵⁾ Dispõe o ponto 6) da Recomendação que “os gestores colectivos de direitos devem informar os titulares dos direitos e os utilizadores comerciais do repertório que representam, de quaisquer acordos recíprocos de representação existentes, do âmbito territorial dos seus mandatos para esse repertório e das tarifas aplicáveis. Mais ainda, nos termos do ponto 9), “os gestores colectivos de direitos devem conceder licenças aos utilizadores comerciais com base em critérios objectivos e sem qualquer discriminação entre utilizadores”.

⁽³⁶⁾ Cfr. Oliveira Ascensão, *Direito Civil, Direito de Autor...*, p. 692.

representação ⁽³⁷⁾. Contudo, a transferência efectiva dos valores recolhidos é quase inexistente ⁽³⁸⁾. Veremos em que termos é que esta situação terá de sofrer, brevemente, uma mudança.

3 § Da Gestão Colectiva Forçada

Como já avançado, a gestão colectiva é, em princípio, voluntária, podendo assumir uma feição obrigatória ou necessária.

Esta última pode dar-se por força das próprias circunstâncias em que o titular do direito de autor ou direito conexo se encontra inserido (gestão colectiva forçosa) ou por imposição legal.

A gestão colectiva forçada ocorre quando a lei determina que o exercício do direito de autor ou direito conexo, na sua vertente patrimonial e de exploração económica, só pode ser levada a cabo por uma entidade de gestão colectiva de direitos, devidamente constituída e registada nos termos da Lei nº 83/2001, de 3 de Agosto. Permanece a relação de representação entre o titular de direitos e a entidade de gestão colectiva, mas é uma representação atribuída pela lei.

Os titulares de direitos, quer sejam os próprios autores e artistas ou as entidades a quem transmitiram os direitos patrimoniais correspondentes, ficam adstritos, sem possibilidade de escolha, às disposições que norteiam as relações de representação com as entidades de gestão colectiva.

Encontrando-se forçosamente representados pelas entidades de gestão colectiva, os titulares de direitos podem assumir várias posições, nomeadamente a de associados ou membros, meros representados e beneficiários de uma remuneração colectiva ⁽³⁹⁾. Aliás, atentando-se nos estatutos de algumas destas entidades de gestão colectiva, depreende-se que os associados ou membros têm outros direitos como seja, *maxime*, o

⁽³⁷⁾ Veja-se por exemplo o nº 3 do artigo 5.º dos Estatutos da Sociedade Portuguesa de Autores, que dispõe: “A representação em território estrangeiro far-se-á através de contratos com associações, organismos, agências ou quaisquer outras entidades que tenham por objecto a gestão dos direitos de propriedade intelectual”.

⁽³⁸⁾ Como afirma Mafalda Sebastião, *Ob. cit.*, p. 34.

⁽³⁹⁾ Distinção operada por Oliveira Ascensão, *Gestão Colectiva: Síntese...*, p. 25.

de participar e votar em assembleia geral. No extremo oposto os beneficiários são os menos favorecidos desta distinção ⁽⁴⁰⁾.

Pode argumentar-se sobre o efeito da gestão colectiva forçada no exercício do direito de autor, uma vez que os titulares, em algumas circunstâncias e como veremos, deixam efectivamente de poder decidir sobre a utilização da sua obra.

3.1. Casos Específicos de Gestão Colectiva Forçada

A gestão colectiva forçada está especialmente prevista, por exemplo, nos artigos 6.º e 7.º do Decreto-lei 333/97, de 27 de Novembro, relativa ao regime da comunicação por satélite e da retransmissão por cabo, que transpõe a Directiva 93/83/CEE do Conselho, de 27 de Setembro de 1993, sobre a coordenação de determinadas disposições em matéria de direito de autor e direitos conexos aplicáveis à radiodifusão por satélite e à retransmissão por cabo.

Ora, nos termos da alínea b) do artigo 3.º deste Decreto-lei, entende-se por comunicação ao público por satélite o acto de introdução, sob o controlo e a responsabilidade do organismo de radiodifusão, de sinais portadores de programas destinados a ser captados pelo público numa cadeia ininterrupta de comunicação conducente ao satélite e deste para a terra; e nos termos da alínea c) do mesmo artigo, entende-se por retransmissão por cabo a distribuição ao público, processada de forma simultânea e integral por cabo, de uma emissão primária de programas de televisão ou rádio destinados à recepção pelo público.

Embora a autorização de comunicar ao público por satélite constitua direito exclusivo do autor, a obter por contrato individual ou acordo colectivo, o facto é que, nos termos do nº 2 do artigo 6.º daquele Decreto-lei, os acordos colectivos tendo por objecto a comunicação por satélite, celebrados entre uma entidade de gestão do direito de autor e um organismo de televisão, relativa a obras musicais, com ou sem palavras,

⁽⁴⁰⁾ Assim, nos termos do artigo 15.º dos Estatutos da Sociedade Portuguesa de Autores, são direitos dos cooperadores a) tomar parte na assembleia geral, apresentando propostas e discutindo e votando os pontos constantes da respectiva ordem de trabalhos; b) eleger e ser eleitos para os órgãos sociais; e até e) fixar, excepto nos casos de execução e de reprodução mecânica, o montante dos direitos e as condições de utilização e exploração das obras de cujos direitos sejam titulares, bem como f) receber os direitos relativos à utilização e exploração das obras de cujos direitos sejam titulares e que a Cooperativa em sua representação haja cobrado, e outros. Por sua vez, a posição dos beneficiários vem regulada autonomamente no artigo 24.º dos Estatutos. Disposição semelhante pode ser encontrada nos Estatutos da GDA, nos seus artigos 9.º e 14.º, respectivamente.

são extensivos aos titulares de direitos sobre essas obras não representados por essa entidade, desde que a comunicação se verifique em simultâneo com uma emissão terrestre pelo mesmo radiodifusor e esses titulares possam excluir a extensão do acordo às suas obras e exercer os seus direitos, individual ou colectivamente.

Situação que se revela ainda mais flagrante relativamente à retransmissão por cabo. É que nos termos do disposto no nº 1 do artigo 7.º do mesmo Decreto-lei, o direito de autorizar ou proibir a retransmissão por cabo só pode ser exercido através de uma entidade de gestão colectiva do direito de autor, que se considera mandatada para gerir os direitos de todos os titulares, incluindo os que nela não estejam inscritos.

Outro caso específico de gestão colectiva forçada é o do regime da cópia privada, nos termos do artigo 5.º da Lei nº 62/98, de 1 de Setembro, que regula o disposto no artigo 82.º do CDADC.

O considerando 10 da Directiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 22 de Maio de 2001 aponta que “os autores e os intérpretes ou executantes devem receber uma remuneração adequada pela utilização do seu trabalho, para poderem prosseguir o seu trabalho criativo e artístico, bem como os produtores, para poderem financiar esse trabalho. É considerável o investimento necessário para produzir produtos como fonogramas, filmes ou produtos multimédia, e serviços (...) É necessária uma protecção jurídica adequada aos direitos de propriedade intelectual no sentido de garantir tal remuneração e proporcionar um rendimento satisfatório desse investimento”.

Nesta senda, prevê o nº1 do artigo 82.º do CDADC que no preço de venda ao público de todos e quaisquer aparelhos mecânicos, químicos, eléctricos, electrónicos ou outros que permitam a fixação e reprodução de obras e, bem assim, de todos e quaisquer suportes materiais das fixações e reproduções que por qualquer desses meios possam obter-se, incluir-se-á uma quantia destinada a beneficiar os autores, os artistas, intérpretes ou executantes, os editores e os produtores fonográficos e videográficos. Trata-se da remuneração equitativa pela cópia privada.

Sucede que, nos termos do artigo 5.º da Lei nº 62/98, de 1 de Setembro, a competência para a colecta e redistribuição destas quantias é atribuída a uma entidade

de gestão colectiva ⁽⁴¹⁾. É na verdade uma gestão colectiva forçada uma vez que são as entidades representantes dos autores, artistas, enfim, titulares de direitos, que deverão criar a entidade ali prevista. Presentemente essa entidade é a AGE COP – Associação para a Gestão da Cópia Privada.

Refira-se também o caso dos artistas intérpretes ou executantes, previsto no n.º 2 do artigo 178.º do CDADC. No termos desta disposição legal, sempre que um artista intérprete ou executante autorize a fixação da sua prestação para fins de radiodifusão a um produtor cinematográfico, audiovisual ou videográfico, ou a um organismo de radiodifusão, considerar-se-á que transmitiu os seus direitos de radiodifusão e comunicação ao público, conservando o direito de auferir uma remuneração inalienável, equitativa e única. Ora, a gestão dessa remuneração deverá ser exercida através de acordo colectivo celebrado entre os utilizadores e a entidade de gestão colectiva representativa da respectiva categoria, que se considera mandatada para gerir os direitos de todos os titulares dessa categoria, incluindo os que nela não se encontram inscritos.

Outra previsão de gestão colectiva forçada, que merecerá tratamento autónomo, é a que se encontra no artigo 178.º, n.º 4 do CDADC, conjugado com a alínea d) do n.º 1 do mesmo preceito.

Independentemente do tipo de gestão colectiva forçada em causa, ela provoca fundadas dúvidas sobre a sua admissibilidade e validade. Seja por se contradizer com outras normas do mesmo CDADC, pela possibilidade de contender com normativos internacionais como a Convenção de Berna e as Directivas Europeias sobre Direitos de Autor e Direitos Conexos ou, mesmo, por ir contra princípios constitucionais.

3.2. Gestão Colectiva Forçada Digital

A questão da gestão colectiva forçada torna-se ainda mais premente no contexto actual do evolutivo desenvolvimento tecnológico. Os meios digitais mais avançados, sobretudo na Internet, permitem uma divulgação e utilização massificada das obras.

⁽⁴¹⁾ Nos termos do n.º 1 daquele preceito “as entidades legalmente existentes que representam os autores, os artistas intérpretes ou executantes, os editores, os produtores fonográficos e os videográficos criarão uma pessoa colectiva, sem fins lucrativos, de natureza associativa ou cooperativa, que tem por objecto a cobrança e gestão das quantias previstas na presente lei”.

Contudo, a tecnologia não permite apenas uma ampla difusão das obras mas também novos meios técnicos para fazer a respectiva contabilização e gestão. Neste contexto, poderia até conceber-se um cenário de perda de utilidade das entidades de gestão colectiva: os próprios titulares de direito poderiam, por si próprios, recorrer às novas tecnologias e efectuar esta gestão.

A necessidade de coadunar o direito da propriedade intelectual com as novas exigências técnicas foi reconhecida no Tratado da OMPI sobre o Direito de Autor e no Tratado da OMPI sobre Prestações e Fonogramas, bem como da Directiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 22 de Maio de 2001 relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade de informação.

Surgiram algumas alternativas técnicas, susceptíveis de potenciar a gestão individual. É o caso dos *Electronic Copyright Management Systems*, para atribuição electrónica de autorizações, proporcionando a “individualização na gestão de direitos”, travando a gestão massificada dos mesmos ⁽⁴²⁾.

Passa-se exactamente o contrário. A experiência actual demonstra que a gestão individual de direitos não se afigura uma boa solução face à enorme difusão das obras por via tecnológica ⁽⁴³⁾. Só a estrutura organizada de uma entidade de gestão colectiva tem capacidade e tempo disponível para conceder as autorizações necessárias de forma massificada, mantendo operacionais estes sistemas electrónicos de concessão de autorizações – o sistema tem que ser criado e operado por alguém com as *skills* necessárias para o efeito, o que pode consistir numa limitação para o titular de direitos individual, mas já não tanto assim para o titular de direitos enquanto entidade empresarial.

Ainda assim, os novos meios tecnológicos de gestão de direitos podem trazer vantagens para os titulares de direitos, sobretudo aos sujeitos a uma gestão colectiva

⁽⁴²⁾ Cfr. Oliveira Ascensão, *Gestão Colectiva: Síntese dos Trabalhos...*, p. 28.

⁽⁴³⁾ Connosco, Luiz Francisco Rebello, *Gestão Colectiva do Direito...*, p. 181-182: “Não só a utilização massiva de obras protegidas em casos como os da execução pública directa, da radiodifusão sonora e visual, da reprodução mecânica, continuará a exigir a intervenção das entidades de gestão colectiva, tanto no interesse dos titulares de direitos como dos utilizadores, (...) Também a multiplicidade e diversidade das utilizações em linha requer do autor, para além da posse de meios técnicos nem sempre facilmente acessíveis, uma atenção e uma disponibilidade acrescidas, em manifesto detrimento da sua actividade criativa. Isto o levará naturalmente a delegar, como até aqui, nessas entidades a negociação e o controlo das condições de acesso e exploração das suas obras.”

forçada: é uma forma de poderem controlar, de forma precisa, os níveis de utilização e reprodução das suas obras, obviando a eventuais comportamentos arbitrários na distribuição das remunerações por parte das entidades de gestão colectiva. Poderá ser uma forma de os titulares individuais de direitos finalmente se fazerem ouvir ⁽⁴⁴⁾.

Podem indicar-se algumas novas propostas tecnológicas de gestão de direitos de autor como é o caso das *Permission Clearing Centers*, *Guichets* únicos ou *One-stop-shops* e *Creative Commons* ⁽⁴⁵⁾.

Em termos práticos, a evolução dos meios digitais potenciou também o surgimento de novas formas de exploração de direitos. Basta pensar-se na multiplicidade de serviços *online* que permitem a qualquer utilizador efectuar o *download* ou o *streaming* de músicas e outros serviços (v.g., iTunes, Spotify).

Em termos de enquadramento legal, estas formas de comunicação pública definem-se como o direito de colocação à disposição do público, por fio ou sem fio, da obra por forma a torna-la acessível a qualquer pessoa a partir do local e no momento por ela escolhido, conforme artigo 68.º, nº 2, alínea j) do CDADC, prevista, precisamente, em consequência da evolução tecnológica e da utilização globalizada da Internet, bem como da possibilidade de obtenção facilitada de cópias das obras.

A sua reserva exclusiva ao autor na legislação portuguesa surgiu na sequência da transposição, através da Lei nº 50/2004, de 24 de Agosto, da Directiva sobre a harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade de informação (Directiva 29/2001, de 8 de Junho), no seu artigo 3.º, em especial o nº 2 ⁽⁴⁶⁾.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. Oliveira Ascensão, *Gestão Colectiva: Síntese dos Trabalhos...*, p. 29.

⁽⁴⁵⁾ Constituem meios que possibilitam “aos titulares de direitos (autores, artistas, produtores) disporem de um instrumento apto a identificar a paternidade das obras de vária natureza que constituem o conjunto dos repertórios susceptíveis de serem utilizados na criação de objectos potenciados pela tecnologia digital; e, por outro lado, habilita os utilizadores a obterem as informações de que carecem relativamente aos respectivos direitos e condições de licenciamento. Deste modo, a interconexão de ficheiros informativos, acessíveis por meios electrónicos, conduzirá não só a uma agilização do licenciamento e pagamento da remuneração devida, como ainda a uma diminuição dos respectivos custos operacionais”. (Luiz Francisco Rebello, *Gestão de direitos no ambiente digital*, p. 355-356.

⁽⁴⁶⁾ Dispõe este preceito que “1- Os Estados-Membros devem prever a favor dos autores o direito exclusivo de autorizar ou proibir qualquer comunicação ao público das suas obras, por fio ou sem fio, incluindo a sua colocação à disposição do público por forma a torná-las acessíveis a qualquer pessoa a partir do local e do momento por ela escolhido. 2 – Os Estados-Membros devem prever que o direito exclusivo de autorização ou proibição de colocação à disposição do público, por fio ou sem fio, por forma a que seja acessível a qualquer pessoa a partir do local e no momento por ela escolhido, cabe: a) aos artistas intérpretes ou executantes, para as fixações das suas prestações; b)

Esta salvaguarda para o direito de autor prevê-se, igualmente para os direitos conexos. Assim, também o artigo 178.º, nº 1, alínea d) do CDADC atribui o exclusivo direito de colocação das respectivas prestações à disposição do público ao artista intérprete e executante.

Sucedo que, relativamente a este direito conexo, ainda que a titularidade do mesmo seja atribuída ao artista intérprete e ao executante, o exercício do mesmo é-lhe subtraído. É que, nos termos do nº 4 do artigo 178.º do CDADC, “o direito previsto na alínea d) do nº 1 só poderá ser exercido por uma entidade de gestão colectiva de direitos dos artistas, que se presumirá mandatada para gerir os direitos de todos os titulares, incluindo os que nela não se encontrem inscritos, assegurando-se que, sempre que estes direitos forem geridos por mais que uma entidade de gestão, o titular possa decidir junto de qual dessas entidades deve reclamar os seus direitos”.

Trata-se de uma situação típica de gestão colectiva forçada, que é sobejamente criticada na doutrina, veremos com que medida de razão.

Nem sempre a gestão colectiva forçada tem que ser vista como um instrumento repressivo dos titulares de direitos, nomeadamente “quando não se vislumbra maneira de um regime ser aplicável aos que forem membros de uma entidade de gestão colectiva e não o ser aos que o não forem”⁽⁴⁷⁾.

Contudo, na situação em apreço parece-nos que o legislador ultrapassou o sentido pretendido e desejável.

Senão vejamos.

A redacção actual do artigo 178.º foi, como vimos, introduzida no CDADC pela Lei nº 50/2004, de 24 de Agosto, na sequência do que a Directiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001 veio prescrever sobre a matéria.

aos produtores de fonogramas, para os seus fonogramas; c) aos produtores de primeiras fixações de filmes, para o original e as cópias dos seus filmes; e d) aos organismos de radiodifusão, para as fixações das suas radiodifusões, independentemente de estas serem transmitidas por fio ou sem fio, incluindo por cabo ou satélite. 3- Os direitos referidos nos nºs 1 e 2 não se esgotam por qualquer acto de comunicação ao público ou de colocação à disposição do público, contemplado no presente artigo.”

⁽⁴⁷⁾ Cfr. Oliveira Ascensão, Representatividade e Legitimidade, p. 152.

Note-se que em parte alguma do nº 2 do artigo 3.º da Directiva 2001/29/CE se vislumbra a obrigação dos Estados-Membros imporem a gestão colectiva forçada dos direitos de colocação à disposição do público, por fio ou sem fio, mas apenas que o exclusivo desse direito cabe aos artistas intérpretes ou executantes, para as fixações das suas prestações; aos produtores de fonogramas, para os seus fonogramas; aos produtores de primeiras fixações de filmes, para o original e as cópias dos seus filmes; e aos organismos de radiodifusão, para as fixações das suas radiodifusões, independentemente de estas serem transmitidas por fio ou sem fio, incluindo por cabo ou satélite.

A imposição de gestão colectiva forçada destes direitos no artigo 178.º, nº 4 foi uma opção original do legislador português.

O direito de exploração económica envolve, no que aos meios digitais diz respeito, a colocação à disposição do público, por fio ou sem fio. É precisamente o exercício deste direito que é atribuído exclusivamente às entidades de gestão colectiva e subtraído à gestão individual.

Ora, com a entrada em vigor da Lei nº 82/2013, de 6 de Dezembro surgiu um outro preceito no CDADC, que constitui um aditamento e cuja redacção foi imposta pelo artigo 3.º, nºs 2A a 2E da Directiva nº 2006/116/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro de 2006 relativa ao prazo de protecção do direito de autor e de certos direitos conexos.

Trata-se do artigo 183.º-A do CDADC ⁽⁴⁸⁾, sobre a disponibilização de fonogramas pelo produtor. A *ratio* deste normativo assenta na ideia de que as receitas

⁽⁴⁸⁾ O artigo 183.º-A do CDADC dispõe o seguinte: “1- Decorridos 50 anos após um fonograma ser licitamente publicado ou, na ausência desta publicação, ser licitamente comunicado ao público, se o produtor de fonogramas ou o concessionário dos respectivos direitos não colocarem cópias do fonograma à venda no mercado em quantidade suficiente, ou não o colocarem à disposição do público, em transmissão por fio ou sem fio, por forma a torna-lo acessível ao público a partir do local e no momento por ele escolhido individualmente, o artista intérprete ou executante pode resolver o contrato mediante o qual transferiu ou cedeu ao produtor de fonogramas os seus direitos sobre a fixação das suas prestações, apenas na parte respeitante aos fonogramas que reúnam tais condições.

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

3 – (sem relevância para a nossa exposição).

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

geradas pela exploração económica dos direitos intelectuais dos artistas intérpretes ou executantes deve estar ao seu dispor durante toda a sua vida, pelo que o prazo de 50 anos previsto para a duração dos direitos conexos é tido como muito curto ⁽⁴⁹⁾.

Situação também premente e que é agora acautelada por este preceito, é aquela em que o produtor de fonogramas cessa a colocação de um fonograma à disposição do público, caso em que os direitos de fixação da execução deverão reverter para o artista intérprete ou executante, podendo este ainda resolver o contrato na parte respeitante aos fonogramas inibidos.

Se, contudo, o produtor de fonogramas continuar a exploração económica decorrido o prazo de duração do direito, é ainda fixada uma remuneração anual suplementar a favor do artista intérprete ou executante por cada ano seguinte ao término dos 50 anos após a publicação do fonograma, no montante de 20% das receitas obtidas no ano anterior pelas várias formas de exploração económica do direito, incluindo a colocação à disposição do público. Esta remuneração suplementar deve ser administrada por uma entidade de gestão colectiva.

Assim, o exclusivo dos direitos pertencerá sempre, inicialmente, aos artistas e intérpretes, que têm no entanto a faculdade de transmiti-los a produtores fonográficos, tendo estes últimos, por sua vez, o direito, e simultaneamente o dever, de os explorar economicamente. Enquanto isso, o artista recebe periodicamente um *royalty* correspondente a uma percentagem do produto daquela exploração económica. Pense-se no caso da editora discográfica que pretende disponibilizar *online* o *download* do novo *single* do artista transmitente de direitos. Findo o prazo de duração dos direitos conexos

ser licitamente publicado ou, na ausência desta publicação, após o quinquagésimo ano subsequente a ser licitamente comunicado ao público.

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

6 – (sem relevância para a nossa exposição).

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

⁽⁴⁹⁾ Dispõe o considerando 5 da Directiva 2011/77/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de Setembro que “os artistas intérpretes ou executantes iniciam geralmente a sua carreira quando jovens, pelo que o actual prazo de protecção de 50 anos aplicável às fixações de execuções não protege frequentemente as suas execuções durante toda a sua vida. Por conseguinte, alguns artistas intérpretes ou executantes sofrem uma perda de rendimentos no final da vida. Além disso, é também frequente que os artistas intérpretes ou executantes não possam fazer valer os seus direitos a fim de evitar ou limitar uma utilização censurável das suas execuções que ocorra durante o seu tempo de vida.

aplica-se o regime do artigo 183.º-A e o artista intérprete ou executante continua a usufruir de alguma forma da exploração económica.

Mas é na colocação à disposição do público, por fio ou sem fio, como forma de exploração económica que se encontram as contradições relativamente ao disposto no nº 4 do artigo 178.º.

Do conteúdo do artigo 183.º-A retira-se indubitavelmente a conclusão de que a exploração económica dos direitos do artista intérprete ou executante – incluindo, expressamente, a colocação à disposição do público, pode ser transmitida e levada a cabo pelo produtor de fonogramas. É o que resulta directamente da sua letra. A não ser assim, nenhum conteúdo útil se poderia retirar do preceito.

Diferentemente, o nº 4 do artigo 178.º atribui o exclusivo do exercício do direito dos artistas e intérpretes executantes de colocação à disposição, por fio e sem fio, da sua prestação, às entidades de gestão colectiva, excluindo, pois, os produtores de fonogramas.

Se a entidade de gestão colectiva tem o exclusivo da gestão, então o produtor fonográfico não pode prosseguir o seu dever de exploração económica, que lhe advém do contrato mediante o qual o artista intérprete ou executante lhe transmitiu esse direito. Seria admitir que a lei prevê simultaneamente a existência de contratos de transmissão de direitos de exploração económica e a proibição da exploração resultante dessa transmissão, atribuindo o exclusivo às entidades de gestão colectiva.

Estes dois preceitos não podem assim coexistir. E, no nosso entender, a solução passa pela revisão, ou mesmo revogação, do nº 4 do artigo 178.º, uma vez que esta norma não decorre da imposição de qualquer Directiva Comunitária mas apenas da vontade do legislador nacional, ao contrário do artigo 183.º-A ⁽⁵⁰⁾.

A intenção do legislador comunitário – que é a que se coaduna com a prática harmonizada dos direitos de propriedade intelectual, não pode ter sido a de impedir o artista intérprete ou executante de utilizar a faculdade de ceder a transmissão da

⁽⁵⁰⁾ A isto acrescenta Oliveira Ascensão a ideia de que “a lei se preocupa muito mais com uma protecção de interesses empresariais que com a protecção dos artistas intérpretes ou executantes” (Representatividade e Legitimidade..., p. 156).

exploração da prestação do seu direito, pré-determinando os sujeitos a quem esse direito pode ser cedido. Tal interpretação é contraditória, com respeito a elementos interpretativos literais e teleológicos da legislação comunitária sobre propriedade intelectual.

Ou quererá a lei dizer que a remuneração suplementar deverá ser entregue pelo produtor fonográfico à entidade de gestão colectiva? Esta interpretação parece-nos ainda menos admissível. A gestão colectiva forçada constitui e tem que constituir sempre um regime de excepção. É um regime de excepção claramente plasmado na lei, não apenas proveniente de meras ilações interpretativas e da soma de conteúdos de normas evidentemente contraditórias. A regra tem que ser a gestão voluntária dos direitos de propriedade intelectual, sob pena de subversão da liberdade associativa, constitucionalmente consagrada e do próprio princípio da autonomia privada, que rege as relações contratuais entre privados, incluindo as que tratamos.

Aliás, toda a solução proposta no n.º 4 do artigo 178.º é altamente questionável na sua literalidade, mesmo sem o paralelo do artigo 183.º-A.

Repare-se que, de acordo com o estabelecido no n.º 2 do artigo 184.º, “Carecem também de autorização do produtor do fonograma ou do videograma a difusão por qualquer meio, a execução pública dos mesmos e a colocação à disposição do público, por fio ou sem fio, por forma a que sejam acessíveis a qualquer pessoa a partir do local e no momento por ela escolhido”.

Ou seja, o mesmo diploma legal (CDADC) atribui aos produtores de fonogramas e videogramas o direito à colocação à disposição do público, por fio ou sem fio, o conteúdo das obras por si fixadas em clara contradição com a previsão que compete aos artistas executantes o mesmo direito – a ser exercido forçosamente por entidades de gestão colectiva como apontado pelo criticado n.º 4 do artigo 178.º.

Uma interpretação para esta literal atribuição simultânea do mesmo direito a duas entidades será a de que as obras fixadas em fonogramas ou videogramas terão a sua exploração e gestão de direitos atribuídos por contrato aos respectivos produtores fonográficos ou videográficos, enquanto a exploração económica de obras ou a prestação de artistas de obras não fixadas teriam, então, a sua gestão abrangidas pela

previsão do nº 4 do artigo 178º, que seriam forçosamente realizadas através de entidades de gestão colectiva de direitos.

Se assim não for, os produtores fonográficos e videográficos ficarão limitados na exploração dos fonogramas ou videogramas de que são titulares, dependentes de uma gestão colectiva forçada quanto aos direitos conexos dos artistas executantes, o que não faz qualquer sentido em termos da exploração económica da obra.

3.3. A Directiva 2014/26/UE e o futuro das entidades de gestão colectiva

Perante a divulgação das obras à escala internacional sem fronteiras e com um quadro legislativo muitas vezes confuso, pautado por algumas actuações arbitrárias por parte das entidades de gestão colectiva e em que, muitas vezes, os principais interessados – titulares de direitos, são colocados de lado em função de outros interesses da gestão colectiva, impunha-se uma atitude regulatória por parte das instituições europeias.

Assim, em 2012, surgiu por iniciativa da Comissão Europeia uma Proposta de Directiva (COM(2012) 372 final de 11.VII.2012) sobre a gestão colectiva do direito de autor e direitos conexos e o licenciamento multiterritorial de direitos sobre obras musicais para utilização em linha no mercado interno.

Esta Proposta deu origem à Directiva 2014/26/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de Fevereiro de 2014 relativa à gestão colectiva do direito de autor e direitos conexos e à concessão de licenças multiterritoriais de direitos sobre obras musicais para utilização em linha no mercado interno.

A Directiva foi publicada em 20 de Março de 2014, tendo entrado em vigor no dia 9 de Abril de 2014. O prazo para a transposição para a ordem jurídica portuguesa desta Directiva termina em 10 de Abril de 2016 ⁽⁵¹⁾ e adivinham-se profundas alterações tanto no regime de constituição e funcionamento de entidades de gestão colectiva de direito de autor e direitos conexos como noutros aspectos de gestão colectiva e, mesmo, no âmbito da gestão colectiva forçada, os dois campos em que incide a Directiva.

⁽⁵¹⁾ Nº 1 do artigo 43.º da Directiva.

Um dos problemas colocados nos considerandos da Directiva é precisamente o da falta de harmonização da legislação dos Estados-Membros da União Europeia ⁽⁵²⁾ sobre gestão colectiva e a questão dos titulares de direitos não nacionais não saberem como exercer os seus direitos junto dos outros Estados-Membros.

Para além das normas da Directiva que visam a harmonização das regras de constituição e funcionamento das entidades de gestão colectiva que não afectam as disposições relativas à gestão de direitos nos Estados-Membros – títulos I e II - ⁽⁵³⁾, foi introduzido um título III, relativo às organizações de gestão colectiva que gerem os direitos de autor sobre obras musicais para utilização em linha numa base multiterritorial ⁽⁵⁴⁾.

Contudo, a Directiva não prejudica a possibilidade dos titulares de direitos optarem e efectuarem uma gestão individual dos seus direitos – mantendo o princípio de que a gestão colectiva deve ser uma opção voluntária.

Leva-se em atenção que a abertura da livre concorrência no espaço europeu em matéria de gestão de direitos de autor poderia levantar um problema de monopolização por parte das maiores entidades de gestão colectiva ⁽⁵⁵⁾.

Iremos dissecar, sumariamente, esta Directiva Comunitária.

Uma importante novidade é a distinção trazida pela Directiva entre organização de gestão colectiva e entidade de gestão independente. A primeira corresponde à entidade de gestão colectiva numa concepção muito próxima à da Lei nº 83/2001, de 3

⁽⁵²⁾ Circunstância que já havia sido identificada na Recomendação 2005/737/CE da Comissão, de 18 de Maio de 2005, relativa à gestão transfronteiriça colectiva do direito de autor e dos direitos conexos no domínio dos serviços de música em linha legais.

⁽⁵³⁾ Cfr. Considerando 12 da Directiva.

⁽⁵⁴⁾ Para efeitos do disposto na Directiva, consideram-se “direitos em linha sobre obras musicais” quaisquer direitos de autor sobre obras musicais previstos nos artigos 2.º e 3.º da Directiva 2001/29/CE, que sejam necessários para a prestação de um serviço em linha. Ora, o artigo 2.º da Directiva 2001/29/CE dispõe sobre a exclusividade do direito de reprodução e o artigo 3.º da mesma Directiva dispõe sobre a exclusividade do direito de comunicação de obras ao público, incluindo o direito de colocar à sua disposição outro material (correspondem aos artigos 68.º, nº 2 alínea j) e 178.º, nº 1 b) do CDADC).

⁽⁵⁵⁾ Como afirma Oliveira Ascensão (Representatividade e Legitimidade..., p. 183), “Este receio, de o resultado de uma intervenção se traduzir numa hegemonia das entidades de gestão mais poderosas, parece confirmar-se. As muitas exigências que são estabelecidas para que as entidades possam proceder ao licenciamento multiterritorial trazem seguramente esta consequência. Às de menor porte restará a consolação de serem dispensadas de algumas exigências gerais na sua actividade corrente, mas ficam limitadas ao mercado interno do seu país de origem”.

de Agosto ⁽⁵⁶⁾. Já os produtores de fonogramas, organismos de radiodifusão, editores, enfim, entidades para quem os titulares originários de direitos transferiram os seus direitos patrimoniais passam a ser chamados entidades de gestão independentes ⁽⁵⁷⁾. Terá, pois, de ser realizado algum ajuste na lei portuguesa uma vez que os produtores de fonogramas e videogramas bem como os organismos de radiofusão estão directamente designados na lei portuguesa (artigo 176.º, nºs 1, 3 e 9) como titulares de direitos conexos e não também como entidades gestoras.

A Directiva dispõe detalhadamente sobre a organização interna das entidades de gestão colectiva, nomeadamente sobre os direitos dos titulares (artigo 5.º), mesmo que não sejam membros da entidade de gestão colectiva (artigo 7.º) e sobre o funcionamento da assembleia geral (artigo 8.º), defendendo-se uma participação activa dos membros e um poder de decisão mais alargado. Outro ponto é o do reforço das funções de fiscalização (artigo 9.º), tantas vezes obliteradas nas entidades de gestão colectiva portuguesas.

A tónica é posta também nos deveres de transparência das entidades de gestão colectiva, sobretudo no que respeita à distribuição de receitas pelos titulares de direitos. As obrigações de prestação e organização de contas são mais vincadas. A Directiva consagra um verdadeiro dever de a entidade de gestão colectiva manter separadamente as suas contas relativamente às receitas de direitos e quaisquer rendimentos resultantes do investimento de receitas de direitos e quaisquer activos próprios que detenha e os

⁽⁵⁶⁾ A Directiva define-a na alínea a) do artigo 3.º como qualquer organização que é autorizada por lei ou por transmissão, licença ou qualquer outra disposição contratual a gerir direitos de autor ou direitos conexos em nome de mais do que um titular de direitos, para benefício colectivo desses titulares de direitos, como finalidade única ou principal e que preencha um dos seguintes critérios ou ambos: i) ser detida ou controlada pelos seus membros; ii) não ter fins lucrativos. A grande diferença relativamente à legislação portuguesa actual é o facto de estes dois últimos requisitos serem alternativos na Directiva, enquanto na Lei nº 83/2001, de 3 de Agosto são cumulativos.

⁽⁵⁷⁾ Nos termos da alínea b) do nº 3 da Directiva, entidade de gestão independente é qualquer organização que é autorizada por lei ou por transmissão, licença ou qualquer outra disposição contratual a gerir direitos de autor ou direitos conexos em nome de mais do que um titular de direitos, para benefício colectivo desses titulares de direitos, como finalidade única e principal e que: i) não é detida nem controlada, directa ou indirectamente, no todo ou em parte, pelos titulares de direitos, e ii) tem fins lucrativos. A certeza na classificação destas entidades como de gestão independente também advém do disposto no considerando 16 da Directiva: “Os produtores audiovisuais, os produtores de fonogramas e os organismos de radiodifusão concedem licenças sobre os seus próprios direitos – em certos casos a par de direitos que lhes foram transmitidos, por exemplo, por intérpretes ou executantes – com base em acordos negociados individualmente e agem no seu próprio interesse. Os editores de livros, de música ou de jornais concedem licenças sobre direitos que lhes foram transmitidos com base em acordos negociados individualmente e agem no seu próprio interesse. Por conseguinte, os produtores audiovisuais, os produtores de fonogramas, os organismos de radiodifusão e os editores deverão ser considerados como «entidades de gestão independentes»”.

rendimentos resultantes desses activos, de comissões de gestão ou de outras actividades⁽⁵⁸⁾.

Os valores afectos à função social e cultural, que notámos como sendo criticados, sofrerão um revés na sua constituição, procurando-se uma maior transparência. Por um lado a entidade de gestão colectiva é obrigada a fornecer ao titular de direitos informações sobre as comissões de gestão ou outras deduções que incidem nas receitas de direitos e em quaisquer rendimentos resultantes do investimento de receitas de direitos, ainda antes de obter o consentimento do titular para gerir os respectivos direitos. As deduções devem ser razoáveis e as comissões de gestão não devem exceder os custos justificados e documentados suportados pela entidade de gestão e os serviços sociais, culturais ou educativos financiados por estas deduções devem ser prestados com base em critérios justos (artigo 12.º da Directiva).

Para uma distribuição mais rigorosa das receitas, prevê-se o dever de criação de registos dos membros, das licenças e da utilização das obras e de outras prestações⁽⁵⁹⁾, bem como prazos para o pagamento regular, diligente e rigoroso dos montantes devidos aos titulares de direitos (artigo 13.º da Directiva), devendo ser assegurado o acesso a todas as informações sobre a gestão dos seus direitos (artigo 18.º da Directiva).

Numa lógica de reforço da transparência destas entidades, prevê-se a publicação de um relatório anual sobre a mesma, com informação contabilística auditada, bem como de um relatório especial sobre a utilização dos montantes destinados a serviços sociais, culturais e educativos (artigo 22.º).

Todas estas medidas são susceptíveis de melhor enquadrar algumas questões previamente apontados no funcionamento das entidades de gestão colectiva em Portugal, uma vez transpostas para o respectivo ordenamento jurídico.

No entanto, a Directiva incide também sobre o ponto já referenciado da gestão colectiva relativa a direitos exercidos em ambiente digital. Com efeito, o Título III da Directiva refere-se à concessão de licenças multiterritoriais por organizações de gestão colectiva de direitos em linha sobre obras musicais. O objectivo das medidas presentes

⁽⁵⁸⁾ Cfr. nº 3 do artigo 11.º da Directiva.

⁽⁵⁹⁾ Cfr. Considerando 26 da Directiva.

neste título é a aproximação a um mercado único digital europeu, possibilitando a interacção, cooperação e intercâmbio entre entidades de gestão colectiva de diferentes Estados-Membros.

Como vimos, prestar serviços em linha significa, em síntese e transpondo para o direito português, exercer/fazer a comunicação pública ou 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. Este direito é exclusivo dos seus titulares, pelo que as entidades que pretendam explorá-lo devem adquirir uma autorização prévia.

E não convém esquecer que o direito português, mesmo com a crítica e interpretação que fizemos, prescreve que a gestão destes direitos, no que respeita aos artistas e intérpretes (direitos conexos) é obrigatoriamente feita por entidades de gestão colectiva, como vimos, no nº 4 do artigo 178.º do CDADC.

A inovação trazida pela Directiva é a de atribuir, especificamente, às entidades de gestão colectiva a faculdade de concessão de licenças multiterritoriais de direitos em linha sobre obras musicais, nos termos do seu artigo 23.º.

Será esta mais uma hipótese de gestão colectiva forçada? É que, com efeito, resulta da Directiva que só as entidades (organizações) de gestão colectiva que cumpram os requisitos ali elencados têm legitimidade para conceder as licenças multiterritoriais. Em parte alguma da Directiva se abre esta possibilidade às “entidades de gestão independente” que correspondem aos titulares a quem foram transmitidos direitos, de conceder estas licenças, colhendo as próprias remunerações e assim praticando uma gestão individual no que à multiterritorialidade diz respeito.

Reconhece, porém, que os produtores de fonogramas ou videográficos, bem como os organismos de radiodifusão, são entidades titulares de direitos próprios e de terceiros (artistas intérpretes ou executantes) e que fazem a respectiva gestão de forma própria e independente das entidades de gestão colectiva.

Garantido, entretanto, é que haverá que dotar as entidades de gestão colectiva dos meios técnicos e digitais necessários ao cumprimento das regras comunitárias (nº 1 do artigo 24.º).

Mais uma vez, cumprindo os deveres de transparência, impõem-se às entidades de gestão colectiva as obrigações de informação constantes do artigo 25.º.

Além disso, nos termos dos artigos 29.º e 30.º da Directiva, possibilita-se que uma entidade de gestão colectiva represente o repertório de outra numa base multiterritorial, numa relação de mandato que deve ser expressamente aceite pela entidade mandatária.

Sem dúvida, portanto, a transposição desta Directiva para o ordenamento nacional implicará consequentes alterações na organização interna das entidades de gestão colectiva e no modo do seu relacionamento com os titulares de direitos.

4 § Conclusões

A discussão sobre a gestão colectiva forçada está longe de terminada e o próprio legislador tem ainda diversas questões por resolver, sobretudo no que respeita ao conteúdo do nº 4 do artigo 178.º e da sua coadunação com o direito constitucional, o direito comunitário e várias normas do próprio CDADC.

Analisando a questão do ponto de vista do direito constitucional, temos que a gestão colectiva forçada, enquanto excepção que é (e tem que ser) constitui uma restrição à liberdade associativa, prevista na Constituição. Nessa medida, a norma que prevê uma gestão colectiva forçada de direitos intelectuais sempre terá de respeitar critérios de proporcionalidade – passando nos testes da adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*.

Ora, uma solução como a que se expressa no nº 4 do artigo 178.º não só extravasa a orientação das Directivas comunitárias, pelas razões já elencadas, como não passa naqueles testes. A gestão colectiva forçada dos direitos dos artistas de 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 não tem qualquer *ratio* adequado e absolutamente imprescindível para a boa gestão dos mesmos.

Constitucionalmente, os princípios da proporcionalidade e de liberdade de disposição de direitos fundamentais poderão estar em crise.

Por outro lado e como vimos e defendemos, os direitos em causa na generalidade das situações a que se refere aquele n.º 4 do artigo 178.º estão na titularidade dos produtores fonográficos ou videográficos, obtidos contratualmente para efeitos da fixação das obras, exercendo-os estes na sua plenitude e remunerando os artistas intérpretes e executantes pelas suas prestações, tudo de acordo com normas expressas do CDADC.

Finalmente, porque a Directiva 2014/26/UE terá de ser transposta para o ordenamento jurídico português a médio prazo. E se, por um lado, as directivas comunitárias impuseram uma norma que está em contradição com esta outra pensada e criada pelo legislador nacional – o artigo 183.º-A, por outro ela não poderá ser simplesmente eliminada, em face da nova Directiva comunitária, que impõe um quadro de gestão colectiva multiterritorial forçada ainda em respeito do exercício destes direitos digitais.

Vale a pena, pois, repensar o enquadramento legal e de previsão do n.º 4 do artigo 178.º.

Lisboa, 30 de Junho de 2014

5 § Bibliografia

ASCENÇÃO, José de Oliveira, *Direito Civil - Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra Editora, 1ª Ed., Reimp. 2012.

_____, *Gestão Colectiva: Síntese dos Trabalhos e Perspectivas Futuras*, in *Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*, nº 48 (Set.-Out. 2000), pp. 21-30.

_____, *Representatividade e Legitimidade das Entidades de Gestão Colectiva de Direitos Autorais*, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Coimbra, 2013, vol. 1, pp. 149-183.

BESSA, Tiago, *Direito Contratual de Autor e Licenças Voluntárias de Exploração da Obra*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 72, nº 4 (Out.-Dez. 2012).

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito de Autor*, Almedina, 2011.

LUÍS, Carla, *As entidades de gestão colectiva do direito de autor*, Tese de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2008.

NOGUEIRA, Fernanda Araújo Couto e Melo, *As Entidades de Gestão Colectiva no Direito Português: uma abordagem à luz da Lei 83/2001, de 3 de Agosto*, Relatório de Mestrado em Ciências Jurídico-Empresariais (Direito de Autor), Orient. de José Alberto Vieira, Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, 2011.

PEREIRA, Alexandre Libório Dias, *Problemas actuais da gestão do direito de autor : gestão individual gestão colectiva do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação*, *Sep. de Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria*, 2003, pp. 17-37.

REBELLO, Luiz Francisco, *Gestão Colectiva do Direito de Autor: um Requiem Adiado*, in *Estudos de Direito da Comunicação*, Coimbra, 2002, pp. 163-183.

_____, Gestão de Direitos no Ambiente Digital, in *Direito da sociedade da informação*, Coimbra, 2009, vol. 8., p. 339-356,

_____, *Introdução ao Direito de Autor*, Lisboa, Sociedade Portuguesa de Autores, Dom Quixote, 1994, vol. 1.

SEBASTIÃO, Mafalda Maria Rodrigues dos Santos, *A Gestão Colectiva da Exploração de Obras Musicais no Espaço Comunitário*, Relatório de Mestrado em Direito Intelectual, Orientação Prof. Oliveira Ascensão, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Maio 2009.

SILVA, Paula Costa e, A posição processual das entidades de gestão colectiva do direito de autor e dos direitos conexos : comentário ao Acórdão da Relação de Lisboa de 9 de Junho de 1994, *Sep. da Revista da Ordem dos Advogados*, ano 54, vol. 3, Dezembro de 1994, p. 871-893.