

TERRITORIALIDADE DOS DIREITOS DE AUTOR E CONEXOS E DIREITO COMUNITÁRIO

Pelo Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão

1. *Como se suscitou o problema*

Em carta de 12 de Outubro de 1987 da Direcção-Geral do Mercado Interno e Assuntos Industriais da Comissão das Comunidades Europeias foi suscitado o problema da incompatibilidade das disposições dos arts. 190 e 193 do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (CDADC) com a regra comunitária da não-discriminação.

Particularmente, afirma-se existir:

- 1) Uma violação do art. 30 do Tratado CEE, por haver uma medida de efeito equivalente a uma restrição quantitativa das importações de fonogramas e videogramas.
- 2) Uma violação do art. 59 do Tratado CEE, por haver restrição à liberdade de prestação de serviços quanto a emissões de radiodifusão.
- 3) Uma violação do art. 7 do Tratado CEE, que proíbe em geral a discriminação em razão da nacionalidade.

Termina por pedir a confirmação da concessão efectiva do tratamento nacional a todos os cidadãos e empresas da CEE, por força do art. 193 CDADC, bem como a garantia do Governo português de que esse preceito seria alterado de modo a tornar expresso esse tratamento nacional.

Vamos aproveitar a oportunidade para apreciarmos em geral a problemática da limitação da tutela do Direito de Autor a situações nacionais, na sua compatibilidade com as regras comunitárias da não-discriminação. E para isso, examinaremos também dois outros preceitos da lei portuguesa em que do mesmo modo se limita a tutela a situações relacionadas com a ordem jurídica portuguesa. Referimo-nos ao art. 190/1, CDADC, que estabelece o âmbito de aplicação da tutela dos artistas e que não é directamente considerado na carta da Comissão, e ao art. 82 CDADC, que estabelece uma compensação suplementar por aquilo que genericamente chamaremos a reprografia.

2. *O princípio da não-discriminação (art. 7 TCEE)*

Encetando a apreciação destes elementos, começaremos por aquele que à primeira vista se apresentaria como mais impressionante: o art. 7 Trat. CEE que, segundo a carta da Comissão, «proíbe, de um modo geral, a discriminação em razão da nacionalidade». As disposições citadas trazem evidentes discriminações em razão de nacionalidade. Elas foram pensadas para beneficiar exclusivamente pessoas portuguesas ou actividades ou empresas ligadas a Portugal. A ser esta a interpretação do art. 7 o problema estaria resolvido sem necessidade de qualquer outra indagação.

Mas o que o art. 7 TCEE proíbe é a discriminação em razão de nacionalidade «no domínio da aplicação deste tratado e sem prejuízo das disposições particulares nele previstas».

Tem de ser assim, pois o tratado não exclui que os nacionais dos outros países comunitários sejam considerados estrangeiros e se lhes aplique o estatuto mais desfavorecido dos estrangeiros. Só no domínio de aplicação do tratado é que a discriminação não se deve verificar ⁽¹⁾.

(1) Sobre este art. 7, cfr. Groeben/Boeckh/Thising, *Kommentar zum EWG-Vertrag*, 2.ª ed., Nomos (Baden-Baden), 1974, 107 segs.; Moitinho de Almeida, *O direito de estabelecimento e a livre prestação de serviços na CEE*, em *Temas de Direito Comunitário* (organizado pela Ordem dos Advogados), Lisboa, 1983, 225 e segs. (248 e segs.).

Isso significa que o art. 7 nada resolve por si, pois terá de se encontrar a seguir a disposição do Tratado que terá sido especificamente violada por regra nacional que discrimine em função da nacionalidade.

A conclusão tanto mais importante no caso concreto quanto é certo que o Direito de Autor, visando a criação cultural, só indirectamente pode entrar no domínio do Tratado CEE.

Vamos portanto examinar concretamente os pontos em que essa eventual colisão se poderá ter produzido.

3. *Art. 190/2*

A carta da Comissão só refere duas disposições concretas no Tratado que teriam sido violadas: o art. 30 e o art. 59.

No que respeita ao primeiro, afirma-se: «... constituem uma medida de efeito equivalente a uma restrição quantitativa (proibida pelo art. 30 do Tratado CEE) das importações de fonogramas e videogramas de outros Estados-membros, dado que essas disposições incentivam os produtores desses artigos a desenvolverem as suas actividades em Portugal, em vez de exportarem de outros Estados-membros».

O art. 30 TCEE proíbe as restrições quantitativas à importação, bem como as providências de efeito equivalente. Quanto ao art. 190/2 CDADC protege os fonogramas e videogramas desde que se verifique uma das seguintes condições:

- a) o produtor seja de nacionalidade portuguesa ou tenha a sua sede em território português
- b) a fixação dos sons ou imagens, separada ou cumulativamente, tenha sido feita licitamente em Portugal
- c) o fonograma ou videograma tenha sido publicado pela primeira vez ou simultaneamente em Portugal.

Este preceito foi já objecto duma ampliação, no que respeita aos videogramas. O art. 1/2 do Dec.-Lei nº 39/88, de 6 de Fevereiro, considera, para os fins previstos no art. 190/2 CDADC, equivalente à primeira fixação a reprodução feita em território

português de matrizes ou originais mesmo que importados temporariamente.

Para nos pronunciarmos, recordemos que, à luz do CDADC, a tutela do produtor de fonogramas ou videogramas se funda essencialmente no art. 184: «Carecem de autorização do produtor do fonograma ou do videograma a reprodução e a distribuição de cópias ao público, bem como a respectiva exportação». A protecção da distribuição e da exportação não é imposta por nenhuma convenção internacional aprovada por Portugal - e vai até muito além da Convenção de Roma de 1961 sobre esta matéria, a que Portugal não aderiu. Permite vantagens económicas substanciais, de que não participariam produtores comunitários que não preencham as condições de ligação à ordem jurídica portuguesa.

Poderia discutir-se em abstracto se essa discriminação poderia ser considerada uma providência de efeito equivalente a uma restrição quantitativa. Mas em concreto, perante a prática das Comunidades, a resposta não pode deixar de ser afirmativa. A prática das Comunidades é expansiva, levando a integração a domínios cada vez mais longínquos, por invocação da repercussão que poderiam ter sobre os objectivos do Tratado.

A jurisprudência oferece já espécies de interesse. O Direito de Autor tem sido tratado um pouco a reboque dos direitos industriais (2). Mas o problema que se discute é o da compatibilidade do exclusivo outorgado por estes direitos com o princípio da livre circulação de mercadorias e serviços. Partindo-se da verificação de que estes direitos «estão por natureza em contradição com a ordem da concorrência» (3).

Logo em 1970 nos surge o caso conhecido por *Deutsche Grammophon* (4), que tem o interesse de se situar no próprio domínio da produção do audiovisual. Aquela firma, que tem, por força da lei alemã, um direito conexo de reprodução e comer-

(2) Cfr. Frignani/Waelbroek, *Disciplina della concorrenza nella CEE*, 3.ª ed., Jovene, 1983, n.º 259.

(3) Albrecht Bleckmann, *Europarecht*, 3.ª ed., Carl Heymans, 1980, 16 II 8 a.

(4) Proc. 78/70, que opôs aquela firma à Metro-SB-Grossmärkte. A sentença foi pronunciada em 1971.

cialização, viu-se confrontada com a importação dos mesmos discos legalmente produzidos em França sob a sua licença, o que quebrava o exclusivo outorgado pela lei alemã.

O tribunal considerou que os direitos conexos ao direito de autor caem na previsão do art. 36 TCEE. Salvaguardam-se os direitos que formam o objecto específico dessa propriedade, mas o exercício do direito pode entrar em conflito com as disposições que prevêm a livre circulação de mercadorias. E com esta base condenou a posição da Deutsche Grammophon, porque «semelhante proibição, mantendo o isolamento dos mercados nacionais, contraria o objectivo essencial do Tratado, que é a integração dos mercados nacionais num mercado único» (5).

Considerou-se assim que o direito se esgotara com a autorização concedida. Mas outras faculdades referentes a direitos intelectuais não seriam passíveis de esgotamento. Assim, no caso *Coditel I*, foi examinada a situação de uma sociedade que, tendo recebido autorização para distribuição e exibição dum filme na Bélgica, se viu confrontada com a transmissão em televisão por cabo desse mesmo filme a partir da Alemanha. O Tribunal considerou que o direito não se esgotara com a autorização, que o titular tem direito a exibições sem limite e tem interesse em calcular o número provável de representações. O art. 59 não impede o autor de ceder o direito para um espaço geográfico apenas, que pode coincidir com as fronteiras nacionais de um Estado-membro (6).

Num segundo caso *Coditel*, o Tribunal precisou que as licenças exclusivas não são lesivas em si, mas podem tornar-se tal.

(5) Cfr. sobre esta matéria Guy/Leigh, *The EEC and intellectual property*, Sweet and Maxwell, 1981, 807 e segs.; D. Lasok, *The law of economy in the European Communities*, Butterworths, 1980, 258 e segs.; R. Joliet/P. Delsaux, *Le Droit d'Auteur dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes*, *Cahiers de Droit Européen*, 1985, n.º 4, 381 e segs..

(6) Cfr., além dos autores citados, Frignani/Waelbroeck, ob. cit., n.º 276. Para um aspecto particular, em relação com a competência internacional, cfr. C. M. Wadlow, *Intellectual Property and the Judgements Convention*, em *European Law Review*, vol. 10, n.º 5, Out./85, 305.

É também muito relevante a actuação do Tribunal na repressão de formas de exercício que se cifrem em acordos ilegítimos entre empresas (art. 85 TCEE) ou em abuso de posições dominantes (art. 86 TCEE). Nos aprofundaremos, todavia, por não tocar directamente o nosso objectivo (7).

De tudo somos levados a concluir que a jurisprudência comunitária, na sua tendência expansiva, aplica-se frontalmente à matéria da produção audio-visual e em geral de direitos conexos. Chega a uma conceituação vastíssima da «providência de efeito equivalente», que não tem já ligação nenhuma a uma restrição *quantitativa* à importação.

Se bem que as hipóteses jurisprudenciais sejam de índole diversa da contemplada no art. 190/2, a tutela que deste resultaria para interesses portugueses não poderá deixar de ser questionada por semelhante jurisprudência.

Concluimos que, à luz da prática comunitária, o art. 190/2, tomado por si, representa uma providência de efeito equivalente a uma restrição quantitativa à importação.

Mas fazemo-lo atendendo ao art. 190 *tomado por si*. Reservamos ainda o exame da repercussão que o art. 193 (que ressalva a protecção resultante de convenções internacionais ratificadas ou aprovadas) pode ter sobre esta matéria.

4. *A publicação em Portugal como critério de tutela do produto*

Lateralmente embora, há outro aspecto que, porque emergente do mesmo art. 190/2, não queremos deixar de focar.

Integra-se aí, entre os critérios de conexão duma prestação à ordem jurídica portuguesa;

- «c) que o fonograma ou videograma tenha sido publicado pela primeira vez ou simultaneamente em Portugal,

(7) Vejam-se os casos SABAM (1974) e SACEM (1979). Cfr. também Guy/Leigh, ob. cit., 12.61 a 12.68. O Tribunal atingiu nomeadamente os monopólios de facto dos entes de gestão colectiva do direito de autor.

entendendo-se por simultânea a publicação definida no nº 3 do artigo 65».

Considera-se pois simultânea a publicação feita no prazo de 30 dias após a publicação original (art. 65/3).

Este critério não tem justificação nenhuma. Um fonograma totalmente estrangeiro, pelo produtor ou pelo lugar da fixação, logra acobertar-se com a lei portuguesa pelo simples expediente de ser comercializado em Portugal dentro de 30 dias após o lançamento, o que está ao alcance de qualquer cadeia de distribuição. Com isto se descaracteriza a exigência duma conexão especial com Portugal.

Nem sequer a Convenção de Roma — de que, como dissemos, Portugal não é parte — impõe isto. Prevê realmente, no art. 5, quer o critério da fixação quer o critério da publicação, mas admite que cada Estado opte por um ou por outro.

A al. c do art. 190/2 deveria assim ser eliminada. Se se vai alterar o texto, é a altura de o fazer.

5. *O art. 190/3*

Há outro dispositivo específico visado pela Comissão, nos seguintes termos: «O artigo 190 constitui uma restrição à liberdade de prestação de serviços (consagrada pelo art. 59 do Tratado CEE), no que diz respeito a emissões originárias doutros Estados-membros».

O art. 59 TCEE prevê a supressão progressiva das restrições à livre prestação de serviços, em relação aos nacionais dos Estados-membros estabelecidos em país da Comunidade diferente do do beneficiário da prestação.

Por sua vez, o art. 190/3 CDADC protege as emissões de radiodifusão desde que se verifique uma das seguintes condições:

- a) estar a sede do organismo em território português.
- b) a emissão de radiodifusão ser feita a partir de estação situada em território português.

A protecção concedida aos organismos de radiodifusão é a que resulta do art. 187 CDADC. Têm o direito de autorizar ou de proibir:

- a) a retransmissão das suas emissões
- b) a fixação em suporte material das suas emissões
- c) a reprodução de fixações das suas emissões, em certos casos.

Embora seja menos extensa que a reservada aos produtores de fonogramas e de videogramas, esta tutela não deixa de ser significativa. Assim, a generalidade das emissões de radiodifusão providas de organismos com sede noutros países comunitários e que não tivessem sido transmitidas de Portugal estariam sujeitas à livre apropriação por qualquer um. Na prática, porém, os organismos de radiodifusão não manifestam grande empenhamento nesta tutela.

Passando a uma apreciação substancial da matéria, devemos partir de observação semelhante a uma anteriormente feita: é claro que há uma discriminação, dando-se a empresas ligadas a Portugal um tratamento mais favorável que o outorgado a outras. O problema está em saber se essa discriminação é contrária ao Tratado.

As emissões de radiodifusão podem ser integradas dentro da categoria dos serviços. Aliás, é o seu significado económico que está em causa na previsão do art. 190 CDADC. Portanto, o art. 190/3 traria uma discriminação entre prestadores de serviços no seio da Comunidade.

Já anteriormente, a propósito do caso *Coditel I*, verificámos que o Tribunal integrou a matéria das emissões de radiodifusão neste domínio. Considerou que o art. 59 proíbe restrições à liberdade dos serviços, mas não contraria o que resulta da protecção pelo Direito de Autor, salvo se essa aplicação representar uma forma de discriminação arbitrária ou uma restrição disfarçada do comércio entre Estados-membros ⁽⁸⁾.

(8) Cfr. Guy/Leigh, ob. cit., n.º 12.58.9.

Em todo o caso, não é nada evidente que a discriminação constante do art. 190/3 seja contrária às regras comunitárias.

O que o art. 59 TCEE estabelece é a previsão da supressão progressiva das restrições à livre prestação de serviços no seio da Comunidade. O que está em discussão porém não é uma restrição à prestação de serviços por organismos de radiodifusão, mas uma forma de tutela desses serviços.

O art. 62 TCEE estipula que os Estados-membros não introduzirão novas restrições à liberdade efectivamente vigente, após a entrada em vigor do Tratado. O art. 190 CDADC não é atingido por esta previsão, ainda que contivesse uma nova restrição, uma vez que o Código é de 14 de Março de 1985 ⁽⁹⁾, e a Adesão de Portugal é de 12 de Junho de 1985, para entrar em vigor no 1.º de Janeiro de 1986.

O art. 65 TCEE prevê que, enquanto as restrições à livre prestação de serviços não forem suprimidas, os Estados as apliquem sem distinção de nacionalidade ou de residência. É uma disposição de difícil entendimento para que se não torne contraditória ⁽¹⁰⁾, mas que de toda a maneira é irrelevante no caso concreto, uma vez que do preceito não resulta restrição a que nacionais ou domiciliados noutros Estados-membros prestem serviços de radiodifusão em Portugal.

Estas considerações são suficientes para pelo menos pôr em dúvida que o art. 190/3 — mesmo não tendo em conta o art. 193 — contrarie as regras comunitárias.

De todo o modo: o que preocupou a Comissão foi a situação de emissões originárias de outros países, perante as quais o art. 190/3 constituiria uma restrição à liberdade de prestação de serviços, *ex vi* do art. 59 TCEE. Mas o que este art. 59 estabelece é que estas restrições são progressivamente suprimidas; e essa supressão irá sendo realizada por meio de directrizes.

Como porém essas directrizes não estão ainda aprovadas, justifica-se inteiramente a conclusão de que há que aguardar a

⁽⁹⁾ Alterado por ratificação pela Lei n.º 45/85, de 17 de Setembro, que todavia não atingiu este n.º 3.

⁽¹⁰⁾ Cfr. sobre esta matéria Cerexhe, Étienne, *Le droit européen - La libre circulation des personnes et des entreprises*, Nauwelaerts (Bruxelas), 1982, n.º 143.

projectada directriz do Conselho das Comunidades antes de introduzir qualquer modificação legislativa.

6. *Art. 190/1*

Não obstante a carta da Comissão só referir especificamente matérias relativas à tutela de produtores de fonogramas e de videogramas e de organismos de radiodifusão, propusemo-nos examinar também o art. 190/1/a CDADC, procurando apurar se haveria aí uma discriminação em função da nacionalidade.

O preceito protege o artista, entre outras hipóteses em que a prestação deste está ligada ao território português, quando ele «seja de nacionalidade portuguesa».

Também aqui, começamos por observar que a discriminação é evidente, por força duma tutela imediata, abertamente discriminatória.

O problema está na demonstração da oposição ao Tratado. Porque directamente não se encontra qualquer entrave à livre prestação de serviços.

Pensamos ser essencial a consideração da natureza do direito de autor e dos direitos conexos.

Não porque estes se possam reconduzir a direitos «morais», por oposição aos objectivos económicos do Tratado ⁽¹¹⁾.

Mas porque em qualquer caso estes direitos não podem deixar de repercutir a especificidade que resulta da criação intelectual, no caso do autor, e da personalidade da prestação, no caso do artista.

Há profunda diferença entre a posição destes e a dos produtores de fonogramas e dos organismos de radiodifusão. Estes últimos fornecem puras prestações empresariais. Sendo assim, as prestações dos produtores de fonogramas e dos organismos de

(11) Acrescentamos até que aos direitos dos artistas não são globalmente aplicáveis as disposições do Código sobre direito pessoal de autor: é o que está implícito no art. 192 CDADC.

radiodifusão não podem deixar de cair sob a incidência da livre concorrência e da integração comunitária.

Já não assim no que respeita aos artistas. Os artistas fornecem prestações inevitavelmente pessoais. Não obstante o reflexo económico da sua tutela, o que está em causa é antes de mais uma actuação personalizada e uma política cultural geral.

Os artistas não eram protegidos pela lei portuguesa antes de 1985. Parece ser um modo prudente de evolução legislativa começar-se por tutelar os artistas nacionais ou cujas prestações se liguem ao território português e só num segundo momento alargar a protecção ⁽¹²⁾.

Não há uma incidência directa das regras comunitárias, pois não estão em causa a livre concorrência nem a livre prestação de serviços. Mesmo considerando só este dispositivo por si, não vemos razão para o alterar enquanto não houver regra comunitária que a isso nos leve. É aliás esta visão a que deve estar subjacente à própria carta da Comissão, pois a matéria deste n.º 1 não é nela directamente referida, ao contrário do que acontece com as dos n.ºs 2 e 3.

7. Art. 193

Até agora, abstraímos do art. 193. Mas ele é importante neste domínio.

Assim o sentiu a Comissão, ao referir este preceito e fazer duas solicitações, de certa forma antitéticas e que portanto serão tomadas como alternativas:

- a) confirmação da concessão de tratamento nacional *ex* art. 193 a todos os cidadãos e empresas da CEE;
- b) garantia de que o art. 193 será alterado de modo a tornar claro que esse tratamento nacional é aplicável.

⁽¹²⁾ Parece-nos ser este o espírito do art. 36 TCEE: as restrições que estabelecem visam os meios de discriminação arbitrária ou de restrição disfarçada no comércio entre os Estados-membros. A justificação subjacente ao art. 190/1 mostra que não se encontra nele uma coisa nem outra.

Poderia considerar-se o art. 193 insuficiente, dado que Portugal não aderiu aos instrumentos internacionais vigentes neste domínio, como a Convenção de Roma e a Convenção de Genebra. Mas haveria um equívoco, porque o art. 193 não alude decerto a essas convenções, que não foram aprovadas ou ratificadas. O art. 193 é uma regra em branco; alude a todas as convenções internacionais de que possa resultar alguma protecção para artistas, produtores de fonogramas ou videogramas e organismos de radiodifusão. E entre essas está já o Tratado CEE, na medida em que entidades comunitárias possam beneficiar por força dele das regras de tutela da lei portuguesa.

Com efeito, é seguro que o Tratado CEE e o Tratado de Adesão são convenções internacionais. Como tal, vigoram directamente na ordem interna. O art. 8/3 contempla outras fontes comunitárias, mas não degrada os tratados referidos, impedindo-os de valer como tratados internacionais, que é a sua verdadeira natureza.

Sendo assim, já hoje o art. 190 se tem de entender como vigorando — sem prejuízo dos Tratados CEE.

Na medida em que concluímos que o art. 190/2 CDADC violaria as regras comunitárias se fosse aplicado sem distinção, temos agora de acrescentar que, por força do art. 193, há já hoje que entender que a tutela aí prevista é de estender também aos restantes produtores de fonogramas e videogramas comunitários, sem discriminação em relação aos produtores portugueses.

Nos outros casos compreendidos no art. 190, concluímos que não havia violação das regras comunitárias. Mas se não for assim, o art. 190 terá de ser aplicado conformemente aos Tratados CEE. E com isto o «tratamento nacional a todos os cidadãos e empresas da CEE», requerido pela Comissão, está assegurado.

8. *O carácter nacional de tutela dos direitos exclusivos e a sua compatibilidade com a ordem comunitária*

Subjacente a este incidente está porém um problema fundamental, ligado à territorialidade do Direito de Autor e Direitos

Conexos, que torna difícil compreender a posição tomada pela Comissão.

Os direitos intelectuais atribuem exclusivos. Todo o exclusivo é necessariamente territorial. Cabe a cada país determinar a conexão entre as actividades em vista e a sua própria ordem jurídica. O art. 190 é assim, no domínio dos direitos conexos, o correspondente aos arts. 63 e seguintes, que só se aplicam ao Direito de Autor.

Demarcada a protecção correspondente à ordem jurídica portuguesa, haverá seguidamente que verificar em que termos outras prestações (no caso dos direitos conexos) poderão ter acesso à tutela. Este é o problema resolvido pelo art. 193: a extensão opera nos termos das Convenções internacionais ratificadas ou aprovadas.

É assim que procedem as várias leis neste domínio. É assim que procede a lei alemã, nomeadamente. Em relação aos produtores de fonogramas, segue um esquema praticamente idêntico ao da lei portuguesa⁽¹³⁾, guiando-se, quer pela nacionalidade ou sede do produtor, quer pela publicação no domínio da aplicação da lei, e estendendo depois a tutela de harmonia com o conteúdo dos tratados (§ 126). Que saibamos, nunca a Comissão da CEE pediu a confirmação da concessão efectiva do tratamento nacional a todos os cidadãos e empresas da CEE nem pediu a garantia do Governo alemão de que aqueles preceitos seriam alterados⁽¹⁴⁾. É análoga, e até mais restrita, a lei espanhola de 1987 (art. 147).

Poderá estranhar-se que se aceite esta compartimentação de espaços no interior da Comunidade, sem dúvida alheia a uma ideia dum grande espaço comum.

Mas justamente esta é a consequência da própria existência de direitos intelectuais, com o seu característico exclusivo. O exclusivo em si teria então de ser declarado contrário aos princípios comunitários.

(13) Não acolhendo, porém, o critério da fixação.

(14) Cfr. sobre este preceito Katzenberger, no *Urheberrecht Kommentar* de Schricker, C. H. Beck, 1987, *sub* § 126.

Mas não foi, porque o próprio Tratado de Roma o ressalva. Já dissemos que o Tribunal das Comunidades considera o Direito de Autor e direitos conexos incluídos na ressalva do art. 36 TCEE. Este estabelece que o princípio da eliminação de restrições quantitativas e de medidas de efeito equivalente não prejudica as restrições ou proibições impostas, entre outras, pela «protecção da propriedade industrial e comercial». Todavia, tais proibições ou restrições não devem constituir um meio de discriminação arbitrária nem qualquer restrição dissimulada ao comércio entre os Estados-membros. O Tribunal afirmou repetidamente desde o caso GEMA (1981) que na «propriedade comercial» estaria englobado o Direito de Autor (e, ainda, por extensão, os direitos conexos). O art. 36 traria assim o que podemos chamar uma garantia institucional de subsistência deste ramo do Direito. O Tribunal lançou-se conseqüentemente no aperfeiçoamento duma difícil distinção entre a *existência* ou a *substância* destes direitos e o seu *exercício* ⁽¹⁵⁾. Para o que nos interessa, basta acentuar que o princípio da existência de direitos exclusivos, cuja moldagem é da competência das legislações nacionais, está expressamente ressalvado. Nunca poderia ser pois com base na territorialidade do exclusivo concedido em matéria de direitos conexos que a comissão poderia ter razão para intervir.

Assim sendo, a preocupação demonstrada pela Comissão parece pouco justificada, porque Portugal segue apenas o caminho comum em matéria de atribuição de direitos exclusivos.

9. Art. 82

Como dissemos, aproveitamos para trazer também à discussão o art. 82/1 CDADC, que prevê a cobrança de uma quantia destinada a fomentar as actividades culturais e a beneficiar os

⁽¹⁵⁾ Para uma apreciação deste critério e da sua incidência sobre a competência das legislações nacionais, cfr. Friedrich-Karl Beier, *Gewerblicher Rechtsschutz und freier Warenverkehr im europäischen Binnenmarkt und im Verkehr mit Drittstaaten*, em *GRUR Int.*, 1989, fasc. 8/9, 603-615.

autores, os artistas e os produtores fonográficos e videográficos *nacionais*.

Já tomámos posição, em anterior estudo, sobre o significado do art. 82. Ele não estabelece compensação pela cópia privada, mas sim pela utilização incontrolável das obras em consequência de processos reprográficos (16).

Há no preceito uma evidente discriminação, uma vez que aquelas vantagens não são estendidas a sujeitos estrangeiros nas mesmas condições.

Não seria irrelevante, para a apreciação desta questão, determinar a natureza, privada ou pública, desta «quantia». Mas isso levar-nos-ia muito longe.

Na medida em que coloca em situação de benefício produtores de fonogramas ou videogramas nacionais, em relação aos seus homólogos estrangeiros, o preceito é contrário às regras comunitárias, porque vem trazer uma vantagem na concorrência empresarial. Cairia na noção da providência de efeito equivalente às restrições quantitativas à importação, dentro do entendimento muito amplo da CEE.

Já o benefício dos autores e dos artistas nacionais, dado o núcleo pessoal dos direitos destes e as finalidades de ordem pública (cultural) que subjazem à sua tutela, nos parecem dever ser consideradas diversamente, por razões análogas àquelas que expendemos a propósito do art. 190/1 CDADC, sobre os artistas e a personalidade da sua prestação, e que damos aqui por reproduzidas (17).

(16) Expressão que entendemos muito latamente, de maneira a abranger as formas modernas e incontroláveis de reprodução em massa, abrangendo também a reprodução de obras contidas em fonogramas e videogramas.

(17) Temos consciência de que a mesma tendência expansiva da CEE e a tomada da integração económica como o critério decisivo na apreciação das leis nacionais tornam difícil a aceitação deste ponto de vista pelos órgãos comunitários. O Tribunal negou já que a especificidade resultante da presença de um «direito moral» no direito de autor fosse suficiente para afastar a aplicação das regras comunitárias, porque o que estaria em causa seria a exploração comercial. Mas esta posição, em si correcta, não contradiz ainda a orientação que deixámos expressa no texto.

10. *Alteração legislativa do art. 190*

Como dissemos, consideramos que o n.º 1 (relativo aos artistas) e o n.º 3 (relativo aos organismos de radiodifusão) não violam as regras comunitárias.

E que o n.º 2, relativo aos produtores de fonogramas e de videogramas, as viola, tomado por si, mas não em conjugação com o art. 193, que salvaguarda as convenções internacionais.

Portanto, na verdade, não seria necessária nenhuma alteração.

E a ser conveniente, pareceria de melhor técnica explicitar em geral o princípio do tratamento nacional de cidadãos e empresas comunitárias, evitando a repetição casuística nas hipóteses onde só esse problema estiver em causa.

Mesmo assim, supomos que há uma alteração legislativa muito mais substancial a realizar.

O produtor de fonogramas goza hoje entre nós de uma protecção muito extensa, que vai para além da concedida por quase todas as legislações e que o superioriza em relação ao artista e ao organismo de radiodifusão. Basta pensar que o art. 184, ultrapassando a própria Convenção de Roma, lhe concede o direito de autorizar a distribuição de cópias ao público, bem como a respectiva exportação, para além da reprodução. Assim, por cada aluguer por um clube de vídeo, o produtor recebe uma remuneração; como a recebe pela exportação, de modo dificilmente concatenável com as regras comunitárias.

E isto, note-se, apesar de o produtor de fonogramas ter uma prestação meramente empresarial, e quando a prestação pessoal dos artistas não é acompanhada das mesmas prerrogativas.

Esta situação anómala, só explicável pela força, nomeadamente financeira, do *lobby* das gravadoras, tinha ainda um correctivo: a limitação aos produtores de fonogramas nacionais.

Se essa barreira cai, ainda que só no âmbito comunitário, a drenagem parasitária de dinheiros para produtores estrangeiros torna-se injustificável.

Portanto, somos de parecer que se deveria aproveitar a ocasião para fazer as seguintes alterações:

Art. 184

1. A reprodução do fonograma ou do videograma carece de autorização do produtor.

2. (sem alteração)

Só a ser assim se aceita a alteração proposta para o art. 190/2. Mas então haveria que aproveitar a oportunidade para suprimir também a al. c deste, que consagra o critério da fixação.

No que respeita aos n.^{os} 1 e 3 do art. 190, propusemos a sua manutenção. No caso porém de se entender que elas contrariam as disposições comunitárias, ou se de qualquer modo forem considerados inconvenientes, propomos ainda uma alternativa.

No que respeita ao artista (art. 190/1) propomos que na al. a) se adite:

- a) Que seja de nacionalidade portuguesa ou de Estado-membro das Comunidades Europeias.

No que respeita aos organismos de radiodifusão (art. 190/3), a não ser conveniente a sua manutenção, propomos do mesmo modo o acrescento à al. a da seguinte frase: «ou de Estado-membro das Comunidades Europeias». Mas nesse caso, pensamos que o mesmo aditamento se deve fazer na al. b, pois da mesma forma esta pode ser entendida como fonte de tratamento discriminatório.

11. *Alteração legislativa do art. 193*

Se se considerar, quer que o art. 193 não abrange já os Tratados CEE (não compreenderíamos porquê) quer que a única alteração que nós propomos, que é a do art. 190/2, é insuficiente (o que não é a nossa opinião) então o melhor seria deixar o art. 190 como está e alterar a redacção do art. 193 de maneira a tornar expresso que abrange os Tratados CEE. O artigo poderia terminar assim: «... protegidos pelos tratados das Comunidades

Económicas Europeias ou por outras convenções internacionais, sob reserva de reciprocidade material, caso não for diversamente estipulado por essas convenções».

O princípio da reciprocidade é um princípio geral do Direito de Autor português (art. 64). Alterando-se o art. 193, convém deixá-lo expresso no que respeita aos direitos conexos.

Propomos ainda que se aproveite a ocasião para uma alteração de ordem formal. Inexplicavelmente, os arts. 190 e 193, que se completam, vêm separados, ao contrário do que acontecia no nosso anteprojecto ⁽¹⁸⁾. Isso teve já a consequência grave de tornar menos visível a ligação entre os dois preceitos, criando a inútil problemática que tivemos agora de abordar. Propomos que se aproveite a oportunidade para corrigir a situação, através da troca de lugar entre o art. 190 e os arts. 191 e 192. Assim, a disposição sobre o âmbito de protecção interna precederia imediatamente a disposição sobre o âmbito de protecção internacional; e ambas se integrariam, com o art. 194, sobre retroactividade, nas disposições sobre o âmbito de aplicação das regras sobre direitos conexos ao direito de autor.

12. *Alteração legislativa do art. 82*

No que respeita a este preceito, a supressão da restrição aos beneficiários nacionais, a fazer-se, não tomaria em conta as repercussões financeiras de semelhante solução. Isto originaria vultuosas transferências para entidades estrangeiras, que seriam quem beneficiaria mais com o sistema. Também aqui, a limitação a beneficiários nacionais é propositada, para introduzir cautelosamente um sistema que não agrave a situação nacional.

Acresce que entre os beneficiários estão os produtores de fonogramas e videogramas, sobretudo grandes empresas multinacionais que com dificuldade se justificará que aumentem os seus lucros com esta liberalidade da parte portuguesa.

⁽¹⁸⁾ Cfr. o nosso *Projecto* cit., arts. 13 e 14.

Por outro lado, o sistema de percepção daquela quantia foi introduzido recentemente na Alemanha e na França e em mais três ou quatro países. Em metade dos que o instituíram não está ainda efectivamente em vigor. Nenhuma regra comunitária ou de qualquer outra índole nos força àquela adopção. Portugal faz figura de pioneiro num domínio em que está longe de ser dos países em que o problema é mais agudo.

Em Livro Verde sobre o Direito de Autor e o Desafio Tecnológico (19), a Comissão das Comunidades Europeias aborda os problemas do Direito de Autor que reclamam uma acção imediata. No capítulo III considera-se a cópia privada de fixações audiovisuais. O relatório traduz a relatividade do prejuízo trazido pelas gravações clássicas, concluindo que o problema se poria com menor acuidade. Outro seria o caso das gravações digitais, que permitem uma cópia quase idêntica à matriz. Essas técnicas são recentes, mas o número e o valor das obras que podem ser assim gravadas aumenta sem cessar. E conclui: «A Comissão é de parecer que é necessária uma acção urgente para proteger os titulares de direitos contra a reprodução não autorizada das suas obras por técnicas digitais».

Em Portugal esta aparelhagem está logicamente menos expandida que nos países centrais europeus. Enquanto a matéria está em estudo nesses países, não se justificaria que nos adiantássemos, estabelecendo um gravame pecuniário que iria satisfazer sujeitos estrangeiros principalmente. E não teria sentido aplicá-lo às gravações clássicas, onde o bem fundado de semelhante gravame é duvidoso.

Por todas estas razões somos de parecer que, se o art. 82/1 for efectivamente contrário às regras comunitárias, mais vale a pena revogá-lo. Como esse preceito, na nossa orientação, não é a contrapartida do uso privado, a supressão não altera o equilíbrio do Código. É justificativa suficiente o estado dos trabalhos europeus, não se compreendendo que Portugal se lance numa regulamentação pioneira quando o problema ainda não está equacionado quer a nível da técnica, quer dos organismos internacionais.

(19) Bruxelas, 1988.

Se se entendesse que a infracção das regras comunitárias resultaria apenas da protecção discriminatória de produtores de fonogramas e de videogramas, e não de idêntica discriminação em relação a autores e artistas (posição que consideramos correcta, dado o carácter empresarial da actividade dos primeiros) poderia restringir-se a protecção aos autores e artistas nacionais ⁽²⁰⁾.

Embora não seja tema que nos proponhamos abordar especificamente, observaremos ainda que, a nosso parecer, não estão em causa nas alterações previstas direitos fundamentais, pelo que não há que entrar em conta com a reserva de competência legislativa da Assembleia da República.

13. CONCLUSÃO

É a seguinte a proposta final que apresentamos:

I — Art. 82

No n.º 1, substituir o trecho final, a partir de *autores*, por: «...autores e os artistas nacionais».

Alternativa:

Suprimir todo o artigo.

II — Art. 184

Substituir o n.º 1 por:

«1. A reprodução do fonograma ou do videograma carece de autorização do produtor».

⁽²⁰⁾ Mas é bom ter presente que também aqui não é previsível que os órgãos comunitários, com a sua tendência expansiva, aceitem facilmente a distinção que traçámos.

III — Art. 190

Passa a 192.

No n.º 2 é suprimida a al. c.

Se se considerasse necessária a previsão expressa e não se aceitasse também a alternativa proposta para o art. 193, então haveria que acrescentar ao art. 190/2/ a:

- «a) Que o produtor seja de nacionalidade portuguesa ou de um Estado-membro das Comunidades Europeias ou tenha a sua sede em território português ou em qualquer outro ponto do território comunitário».

IV — Art. 191

Passa a art. 190.

V — Art. 192

Passa a art. 191.

VI — Art. 193

Sem alteração.

Alternativa:

«Beneficiam também de protecção os artistas, os produtores de fonogramas ou videogramas e os organismos de radiodifusão protegidos pelos tratados das Comunidades Económicas Europeias ou por outras convenções internacionais, sob reserva de reciprocidade material, quando não for diversamente estipulado nessas convenções».

Para sintetizar, acentuamos que a nossa proposta directa de alteração legislativa é apenas a seguinte:

Art. 82

No n.º 1, substituir o trecho final, a partir de *autores*, por: «... autores e os artistas nacionais».

Art. 184

Substituir o n.º 1 por:

«1. A reprodução do fonograma ou do videograma carece de autorização do produtor».

Art. 190

Passa a 192.

No n.º 2 é suprimida a al. c.

Art. 191

Passa a art. 190.

Art. 192

Passa a art. 191.

Art. 193

Sem alteração.