



Gonçalo Maria Leite Marinho Falcão Gomes

O DIREITO E A MÚSICA: OS CONTRATOS COM AS EDITORAS DISCOGRÁFICAS

Dissertação em Ciências Jurídico-Forenses

2017



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Gonçalo Maria Leite Marinho Falcão Gomes

O Direito e a Música: os contratos com editoras discográficas

Law and Music: the contracts with record labels

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de
Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao
grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-
Forenses

Orientadora: **Professora Doutora Maria Olinda da Silva Nunes Garcia**

Coimbra

2017

Agradecimentos

À minha Mãe, ao meu Pai, aos meus irmãos e avós, pelo amor, afecto, apoio, paciência e por todas as lições de vida!

À minha orientadora, por ter acreditado em mim desde o primeiro dia e por todo o apoio ao longo deste projeto!

À Joana, por todo o seu amor, carinho, paciência e motivação que nunca estremeçeram!

Aos meus amigos, pelo apoio e pela igualmente saudável diversão!

A todas as pessoas que me apoiaram ao longo desta viagem...!

Resumo

Os contratos entre os músicos e as editoras discográficas são muito comuns nos dias hoje e levantam problemas jurídicos específicos que merecem uma análise particular.

Para este propósito, analisaremos o regime legal português dos Direitos de Autor, pondo de parte as dimensões internacionais do nosso tema de modo a torná-lo mais breve.

Estes contratos são celebrados, principalmente, ao abrigo dos direitos de autor, que conferem uma posição jurídica aos seus titulares, consistindo, por exemplo, na defesa da integridade das suas obras e da sua exploração económica, que pode ser concedida a terceiros mediante transmissão, oneração e licença.

No âmbito das licenças autorais, as partes podem celebrar contratos de edição e de fixação fonográfica e, fora daqueles, as relações serão tuteladas pela *lex contractus*, pelo regime das associações em participação ou pela prestação de serviços e pelos usos correntes.

Concluiremos que todas as figuras acima são válidas, consoante a perspectiva que adoptarmos.

Palavras-chave: Músicos; Editoras Discográficas; Contratos; Direitos de Autor.

Abstract

The contracts between musicians and record labels are very common nowadays and raise legal problems that deserve a particular analysis.

For this purpose, we will examine Portugal's copyright law, putting aside the international dimensions of our issue, in order to maintain our study brief.

These contracts are formed mainly under copyright, that give their respective owners a certain legal position that consists of, for instance, the defense of the integrity of works of art created by the musicians and their economic exploit, that can be conceded unto third parties, through transmission, encumbrance and licensing.

Amidst the copyright licences, the parties can conclude contracts of edition or phonographic fixation, and outside of these, the relationships shall be oriented by the law of contract (*lex contractus*), the rules of *equity partnership agreement or provision of services and current practices*.

We will conclude that all of the above are valid, depending on the perspective we establish.

Key words: Musicians; Record Labels; Contracts; Copyright.

Lista de siglas e abreviaturas

Ac. – Acórdão;
Act. – Actualizada;
Amp. – Ampliada;
Apud – (Citação) da obra de / em casa de;
Art. / Arts. – Artigo / artigos;
Aum. – Aumentado(a);
CC – Código Civil;
CDADC – Código dos Direitos de Autor e dos Direitos Conexos;
Cf. - Confirma / Confronte;
Cit. – Citação;
DL – Decreto-Lei;
Ed. – Edição / Edições;
n.º - Número;
NR. – Nota de Rodapé.
Op. cit. – obra citada;
p. / pp. – página / páginas;
Proc. – Processo;
RB. – Referências bibliográficas;
Rmp. – Reimpressão;
Rev. – Revista(o);
TR – Tribunal da Relação;
STJ – Supremo Tribunal de Justiça;
Vol. – Volume;
v. – *Vide*;
vg. – *Verbi gratia*;

Índice

I.	Introdução	6
II.	Breve abordagem do tema «Música»	8
1.	A simbiose do Homem com a Música:	8
2.	A Música enquanto realidade complexa. Afinidades com o Direito.	9
III.	A Música e a indústria fonográfica	10
1.	O papel das novas tecnologias digitais	11
2.	O (duplo) papel da Internet	12
IV.	As editoras e a ramificação da indústria musical - a (des)necessidade de contratos para a sobrevivência musical	14
V.	A Música e os Contratos	15
1.	Considerações introdutórias	15
2.	Os contratos de Direitos de Autor	17
2.1.	Enquadramento dos Direitos de Autor na nossa ordem jurídica	18
2.2.	Música, direitos de autor e direitos conexos	19
2.2.1.	A protecção das obras musicais e dos autores	19
2.2.2.	Os direitos conexos	21
2.2.3.	O processo criativo musical	24
2.3.	(De)composição e acepção do Direito de Autor	25
a)	Direitos patrimoniais de autor	26
b)	Direitos morais de autor	27
c)	Acepção de Direito de Autor	28
2.4.	As modalidades de disposição dos direitos patrimoniais autorais	28
2.4.1.	A transmissão	29
2.4.2.	A oneração	30
2.4.3.	A autorização ou licença de utilização ou exploração	31
2.4.3.1.	Considerações prévias	31
2.4.3.2.	O regime geral das autorizações. Breve análise	32
2.4.3.3.	O crescente recurso a esta figura	34
2.4.3.4.	Especificidades das autorizações ou licenças	35
a)	Noção do contrato de licença	35
b)	Objecto do contrato da licença	36

c)	Posição jurídica das partes	37
d)	Natureza jurídica da licença	39
2.5.	Os contratos com as editoras discográficas	40
2.5.1.	A edição	40
i.	Generalidades	40
ii.	Características da edição	41
a)	Objecto	41
b)	Forma	42
c)	Efeitos	42
d)	Conteúdo	43
e)	Direitos e obrigações das partes	44
f)	A retribuição do autor – carácter gratuito vs. carácter oneroso	46
g)	Reedições e edições sucessivas	47
h)	Resolução do contrato	48
iii.	Acordos excluídos da edição	48
2.5.2.	A fixação fonográfica	49
a)	Noção	49
b)	Objecto	50
c)	Direitos e deveres das partes	51
d)	Remissão	52
2.5.3.	O contrato de prestação de serviço	53
VI.	Conclusão	55
VII.	Bibliografia	59
VIII.	Jurisprudência	61
IX.	Endereços electrónicos consultados	62

I. Introdução

A Música... Uma das mais nobres artes criada pelo Homem, assumindo-se como um modo de deixar um legado, uma prova da nossa existência e dos nossos contributos para que futuras gerações sigam o nosso exemplo e que, em retorno, atraiam e unam cada vez mais pessoas.

Apesar do contexto quotidiano ser muito distinto da Renascença, dos *loucos anos 20*, ou das *revoluções musicais* dos anos 70, nunca houve uma época tão brilhante para a Música como hoje. Com todos os contributos ao longo dos séculos, os artistas foram diversificando e reformulando o significado desta Arte, expondo cada vez mais pessoas à sua *luz*, propagando-a pelo Mundo.

O Direito é também é uma manifestação da criação Humana, algo verdadeiramente criado *do Homem para o Homem*, envolvendo-o e orientando a sua vida em sociedade, de tal modo que quase tudo o que fazemos, seja Arte, Desporto, Política ou Filosofia, acaba sempre por ter um *vértice jurídico*. Não podemos, assim, pensar em *Nós* sem pensarmos no *Direito*.

De facto, são inúmeras as sociedades juridicamente orientadas ao longo da nossa História. Desde sempre tivemos um sentido de Justiça e Injustiça... Aquilo que era e o que devia ser desde sempre pairou sobre as nossas cabeças. Os acordos, pactos e contratos sempre foram estabelecidos entre nós como uma forma de sobrevivência, um meio para atingir fins económicos, ou simplesmente para facilitar ou pragmatizar a nossa vida.

Os Músicos não escaparam a esta realidade, acordando com outros a sobrevivência e a propagação da Música, desde os Mecenas da Renascença, às muito posteriores (e ainda em voga) editoras discográficas.

Friedrich HERZFELD escreveu que «a música pertence ao homem apenas, porque só a ele é dado o conhecimento do mundo. O homem traduz os sentimentos com a música. A música é, pois, mais do que som: *é tradução de sentimentos humanos.*»¹.

Qual é, então, o papel da Música no mundo? Qual é a sua ligação com o Direito? Será que o *mundo jurídico* protege o *mundo musical* como faz com muitos outros? Além disso, como é que algo tão abstracto como *a tradução de sentimentos* pode ser objecto de negócios jurídicos? Em caso afirmativo, de que forma e em que termos?

¹ Cf. Friedrich HERZFELD, «*Nós e a Música*», tradução portuguesa por Luiz de Freitas BRANCO, Ed. Livros do Brasil, Lisboa, 1992, p. 9, itálico nosso.

Problematizando não apenas a Música, mas também o próprio Direito e as relações que ambos estabelecem, esperemos dar resposta a todas estas questões e a muitas outras que possam surgir no consciente ou subconsciente dos nossos leitores à medida que avançam neste ensaio.

É com sede, fome e desejo pelo conhecimento que declaramos *aberto* o nosso estudo!...

II. Breve abordagem do tema «Música»

1. A simbiose do Homem com a Música:

Desde muito cedo que o Homem e a Música estão interligados. Esta relação superou o teste do tempo, e continuará a fazê-lo... Mas qual é a sua origem²? Será uma manifestação do ser complexo que somos?

Já desde a Pré-História que o Homem admira a Música, contemplando-a como uma *criação divina*. Esta crença foi mantida pelos povos gregos, que veneravam Hermes, não apenas como mensageiro divino e deus do comércio e dos negociantes, mas principalmente como dador da música; e pelos germânicos, que adoravam Wodan, o Deus músico, protector de todos os cantores e tocadores de instrumentos, e Heimdall, sentinela dos céus, portador da trompa Gjallarhorn que serviria para anunciar o Ragnarök. Na China, porém, a Música já se tinha instalado muito antes dos outros povos. Há mais de quatro mil anos que o imperador Haong-Ti «ordenou» que houvesse música, servindo como inspiração os vários sons da natureza.

Podemos considerar, portanto, que Música foi quase sempre reconduzida ao *divino*, algo pertencente aos Deuses que nos foi atribuído como uma dádiva, uma bênção, mais uma razão para os adorarmos.

Assim as coisas se mantiveram até chegarem os *homens das ciências da natureza*, que interrogavam-se: seria a Música uma variante da linguagem? Quando os homens se juntavam em ocasiões sérias e solenes, levantavam a voz e atribuíam aos sons uma certa duração e tonalidade. A mudança na altura de um som para o outro seria o *canto*. A Música seria, assim, uma *fala reforçada*, na qual os sons separados tinham uma certa duração. O «*ir e vir*» do agudo e do grave tinha-se transformado em sequências de sons, permanentemente graves ou agudos.

Noutra perspectiva, quando os homens primitivos derrubavam uma árvore ou transportavam um fardo pesado, notavam que o trabalho lhes parecia mais leve, se, num determinado tempo, mantivessem um determinado *ritmo*. Daqui retirou-se a característica essencial do *ritmo*.

² Sobre a *origem* da Música, v. Friedrich HERZFELD, «*Nós...*», *op. cit.*, pp. 9 e ss.

Qual destas teorias referidas por Friedrich HERZFELD estará mais próxima da verdade? Como o autor bem aponta, «em cada uma delas existirá uma parcela de exactidão. Tudo se somou e tudo foi necessário para que a música existisse»³.

2. A Música enquanto realidade complexa. Afinidades com o Direito.

Enquanto forma de Arte, a Música é, para nós, uma *criação do espírito humano*, a exteriorização do nosso complexo leque de emoções, pensamentos e ideias, sob as mais variadas formas: através de um encadeamento de diferentes (ou semelhantes) ritmos, de uma ou várias melodias, de variáveis tonalidades, de uma maior ou menor tecnicidade, de consonância ou dissonância, e muitas outras.

Tal como nós, a Música *evolui*, pelo que não demorou muito tempo para que o Homem tentasse organizar e/ou categorizar várias *criações musicais* que padecessem de elementos comuns (vg., semelhantes vocais, ritmos ou ambiência musicais) em *géneros musicais*⁴.

A *rede condensa-se*, todavia, quando falamos da possibilidade de certas músicas reunirem um ou vários elementos de certos géneros musicais, *influenciando-as*, mas diferenciando-se – os *subgéneros musicais*⁵ –, ou na criação de *géneros inteiramente novos*.

O Direito é uma *manifestação do espírito humano*, uma criação *do Homem para o Homem*, que melhora a relação do *eu* com o *outro*. Do mesmo modo, a Música, enquanto exteriorização dos nossos pensamentos e emoções, ajuda-nos a compreender a nossa *psique*, e auxilia na relação com o *outro*, pois instaura um certo *controlo* ou, pelo menos, *(re)conhecimento* daquilo que nos vai na alma.

Não há nada neste mundo que seja absoluto, perfeito e estático. O Conhecimento não é excepção, seja ele *jurídico* ou *musical*. Assim, é impossível criarem-se *todos* os géneros musicais que ainda não foram *descobertos*, nem é exequível inventarmos todas as músicas, *possíveis e imaginárias*. Igualmente, o Direito *não pode, nem deve*, prever todas as situações ou problemas sem que estes se tenham colocado, uma vez que a *praxis* é tão

³ Cf. Friedrich HERZFELD, «Nós...», *op.cit.*, p. 14.

⁴ Convém referir, claro, que tais categorizações acabam por ser um pouco *discricionárias*, uma vez que cada um experiencia a música do modo que entender, organizando-a como quiser. Afinal de contas, estamos a lidar com opiniões ou gostos que, como costuma dizer-se, *não se discutem*.

⁵ Pensemos, a título de exemplo, no *Rock*, que tem como subgéneros o *Hard Rock*, o *Progressive Rock*, o *Psychedelic Rock*, etc., e no *Heavy Metal*, com os subgéneros *Doom Metal*, *Thrash Metal*, *Death Metal*, etc.

instável que o força a repensar o seu sentido e a reafirmar-se perante a Comunidade. Por isso é que, aliás, existem normas *gerais* e *abstractas*, sem esquecer as normas *especiais*.

Numa abordagem menos... *filosófica*, pensemos que *aos alicerces que definem a música* – o ritmo, a melodia, o sentimento, a tonalidade, a consonância e a dissonância, etc. – *correspondem os princípios basilares do Direito que o caracterizam como tal* – o princípio do Estado de Direito, ou o princípio da Igualdade, ou o *pacta sunt servanda* -.

Aos *géneros musicais* adequam-se as *figuras jurídicas*, pois ambas as construções beneficiam de elementos *comuns* que possibilitaram seu agrupamento numa determinada *noção* ou *concepção*.

Os *subgéneros musicais* germinam da Música, enquanto derivados de um género em abstracto. No plano jurídico, as figuras jurídicas também são *especificadas* ou *desenvolvidas*. Os *Contratos* são o verdadeiro exemplo, porque podem ser de *compra e venda* (art.s 874.º e ss CC), de *doação* (art.s 940.º e ss), de *prestação de serviços* (arts. 1154.º e ss), e muitos outros.

Concluimos, assim, que o Direito, tal como a Música, melhora o *Indivíduo* e a relação com o *outro*, mas os seus *elementos constitutivos* têm de adaptar-se à realidade, às situações que os orientam e justificam, para não correrem o risco de tornarem-se *obsoletos*⁶. Estas esferas são, por isso, realidades *hipercomplexas*, que moldam e são moldadas pelo Homem, fazendo delas uma autêntica *experiência*...

O Mundo é demasiado *pequeno* para a quantidade de pessoas que o ocupa e o Direito intervém em todas as questões que envolvem a sua partilha. A *esfera musical* não é excepção.

III. A Música e a indústria fonográfica

Em 1876, Alexander Bell registou a patente do telefone e, no ano seguinte, Thomas Edison anunciou a invenção do *fonógrafo*. Juntamente com outros, as contribuições destes vultos traçaram o caminho para futuras gerações de inventores e investigadores científicos da área do som, da electricidade, da comunicação e das técnicas e tecnologias associadas, instalando a *revolução das comunicações*⁷.

⁶ Desejando uma abordagem mais profunda e filosoficamente enriquecida, v. José BRONZE, «Lições de Introdução do Direito», 2ª Ed., Rmp., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, em particular, as Lições 7ª-9ª.

⁷ Cf. Paula ABREU, «A indústria Fonográfica e o Mercado da Música Gravada – Histórias de um Longo Desentendimento», in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 85, Junho de 2009, pp. 105-129. A autora, todavia, considera que a atribuição das origens da indústria fonográfica ao aparecimento dos primeiros equipamentos

Contudo, foi graças ao processo de transformação dos novos equipamentos de *registo e reprodução* de som em *media musicais* e à constituição de uma *nova cultura musical* nos *loucos anos 20* que a actividade *fonográfica* consolidou-se no mercado⁸, explorando a *gravação e reprodução* de *sons* num *fonograma* - *i. e.*, num suporte material onde o som se encontra *gravado*, como um *cilindro fonográfico*, um disco ou um *CD*.

A importância do conteúdo *cultural* das actividades fonográficas «tornara-se de tal forma evidente que os próprios compositores e autores, e os respectivos editores gráficos, reivindicaram a extensão das regras existentes do direito de autor ao universo da “música mecânica”»⁹.

Estes *music-related phenomena* encaminharam o mundo para um novo panorama *cultural, industrial e jurídico*¹⁰.

1. O papel das *novas tecnologias digitais*

As inovações tecnológicas e digitais dos *anos oitenta* – a *Internet*, o *MIDI* (*Musical Instrument Digital Interface*)¹¹, etc. - e *noventa* – o aparecimento das *DAW*¹², a criação do *MP3*¹³, etc. – merecem particular destaque porque alteraram, num curto espaço de tempo, as condições de *criação, produção, difusão e consumo* musicais, abalando o sector da Música.

do registo sonoro como o *fonógrafo*, o *grafofone* e o *gramofone* é *arbitrária*, argumentando uma *descoincidência razoável* entre os *usos atribuídos pelos inventores aos novos aparelhos* e *aqueles* que foram *reinventados* pelas condicionantes técnicas e tecnológicas e pelos seus utilizadores – Cf. *Ibidem*, pp. 108-109.

⁸ Cf. Paula ABREU, «A...», *op. cit.*, p. 110.

⁹ Cf. Paula ABREU, «A...», *op. cit.*, cit. p. 113. Os conflitos daqui resultantes foram dirimidos pelos respectivos Estados, primeiramente, pelos tribunais, e, posteriormente, pela *consagração legal dos direitos de propriedade dos autores e compositores sobre as obras que eram objecto de gravação fonográfica*. A Convenção de Berna para a Protecção das Obras Literárias e Artísticas, de 9 de Setembro 1886, e a Convenção Universal sobre Direitos de Autor, de 6 de Setembro de 1952, foram *veículos extremamente importantes para consagração e divulgação do direito autoral a nível internacional*. Cf., *Ibidem*, pp. 113-114.

¹⁰ Como refere o Friedrich HERZFELD, «até ao princípio do século XIX, a arte era um artigo de luxo, para leigos. *Para leigos era criada e, na maioria dos casos era por eles executada*. No campo da *canção*, a regra era ainda mais geral. A partir deste momento, a música tornou-se *assunto de profissionais*, tanto na *produção* como na *execução*». Cf. *Idem*, «Nós...», *op. cit.*, cit., p. 254, itálico nosso.

¹¹ O *MIDI* é um *interface digital* munido de amostras de sons de vários instrumentos.

¹² O aperfeiçoamento dos sistemas informáticos permitiu que computadores pessoais funcionassem como terminais digitais de áudio – *DAW* (*Digital Audio Workstations*). Este foi um grande passo tecnológico que, juntamente com o *MIDI*, modificou as formas de organização e produção musical. Sobre o tema, v. Paula ABREU, «A...», *op. cit.*, pp. 115-126.

¹³ Com a capacidade de comprimir um arquivo digital de áudio até 1/12 avos do seu tamanho, o mp3 brilhou durante a crise do mercado de discos gerada pela crise petrolífera de 1973, pois o petróleo era um material fulcral para a sua produção. O resultado do projecto Eureka foi o catalisador da distribuição em rede sem necessidade de suporte físico e de pagamento de direitos de autor - v. José PAIVA, «*Direito Autoral, Mp3 e a Nova Indústria da Música no Brasil*», in *XXXVI Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação*, Setembro 2013; ou *Idem*, «*Direito Autoral, Mp3 e a Nova Indústria da Música no Brasil*», in *Logos 35, Mediações Sonoras, Vol. 18, n.º 02, 2.º Semestre 2011*. Contudo, a maior parte das companhias fonográficas mantiveram

Um dos principais efeitos deste progresso foi o surgimento, a custo relativamente baixo, de *estúdios domésticos* capazes de *rivalizar* com os *estúdios profissionais*, algo extremamente atraente para músicos. Com isto, os músicos *reconquistaram o seu lugar como criadores*, fugindo ao controlo exercido por produtores e engenheiros de som¹⁴, e passaram a controlar todas as etapas do processo de *gravação e distribuição* musicais - «do *home estudio* à rede», como expõe José PAIVA¹⁵ -.

2. O (duplo) papel da *Internet*

A *Internet*, como se sabe, conduziu a Humanidade para um novo caminho, mas todos sabemos que *não há nada neste mundo desprovido de duas faces*:

Por um lado, nasceu a *sociedade da informação*, responsável por disponibilizar um leque de infinitas potencialidades para todo o mundo. Graças à interactividade possibilitada pelas *autoestradas da comunicação*, o Homem deixou de ser um receptor passivo de mensagens, passando a desempenhar o papel de *dialogante universal*¹⁶, enviando e recebendo informação de (e para) todos os cantos do mundo com apenas *um clique*.

O *MP3* aproveitou muito bem as capacidades deste difusor, abrindo caminho para a *circulação de música gravada* e os sistemas *P2P*¹⁷ apenas potenciaram este fenómeno, constituindo verdadeiras *audiências* globais, interligadas pela *Internet*.

Instaurou-se, assim, *uma nova onda de liberdade*, na qual os *amantes* de música discutem, partilham e defendem os seus gostos e os *próprios artistas partilham* as suas criações com os antigos ou novos fãs, colegas músicos, *editoras discográficas*, *entidades promotoras de eventos musicais* ou *estabelecimentos que acolham música ao vivo* (como

a distância relativamente a este fenómeno, continuando apostar na produção e distribuição dos CDs. Não obstante, algumas acabaram por render-se à comercialização de CDs pela *Internet*. Cf. Paula ABREU, «A...», *op. cit.*, p. 123.

¹⁴ Cf. Paula ABREU, «A...», *op. cit.*, p. 117.

¹⁵ Cf. José PAIVA, «Direito...», *op. cit.*, p. 5. Face a este fenómeno, quase somos tentados a concordar com Pierre LÉVY, quando afirma que «em particular, a evolução contemporânea constitui uma impressionante realização do objectivo marxista da apropriação dos meios de produção pelos próprios produtores.» - Cf. *Idem*, «Direito...» in *XXXVI...*, *op. cit.*, p. 5, *cit.* Pierre LÉVY, «Cybercultura», São Paulo, Editora 24, 2005, p. 245.

¹⁶ Cf. Oliveira ASCENSÃO, «Direito Intelectual, Exclusivo e Liberdade», in *ROA, Ano 61*, Lisboa, 2001, p. 1197.

¹⁷ «O modelo P2P descreve uma rede descentralizada na qual cada computador tem acesso directo a determinados ficheiros armazenados em cada um dos outros computadores; a circulação de dados entre os membros de uma rede é conhecida como *partilha de ficheiros*» - Cf. Paula ABREU, «A...», *op. cit.*, p. 124, *apud* Mark KATZ, «*Capturing Sound, How Technology Has Changed Music*», Berkeley/Los Angeles/London: University of California Press, p. 161. O maior exemplo deste tipo de sistemas é o *BitTorrent*, mas existem outros programas que partilham da mesma *fórmula* e características, como o *Deluge* ou o *Vuze*.

bares...), mostrando o produto do seu trabalho, sem esquecer a *disponibilização* em plataformas *online* como o *Bandcamp*, o *Spotify* e o *Last.fm*, ou em *websites* associados a sistemas P2P, como o *Pirate Bay* ou o *Kickass Torrents*¹⁸. Tudo isto alterou radicalmente os modos de relação dos consumidores de música com o universo da música gravada, ameaçando as companhias fonográficas, em particular as suas funções de selecção e difusão de criações musicais e às suas estruturas de distribuição e comercialização. De facto, a indústria fonográfica foi incapaz de assimilar o processo de *desmaterialização* da Música¹⁹.

Por outro lado, a *world wide web* acabou por levantar alguns problemas²⁰: uma vez convertida em *informação digital*, uma música passa a ser composta por códigos numéricos, o que significa que a cópia (digital) terá sempre a mesma qualidade que a obra original, pelo que não é possível distingui-las, e a circulação de informação *em rede* apenas agravou esta situação, potenciada pelos que, por seu turno, pulverizaram os princípios basilares da propriedade intelectual (e, portanto, direitos de autor), trazendo consigo *possibilidades infinitas de uso ilegal* dos fonogramas. Apresentaram-se, por isso, como uma ameaça à gestão colectiva dos direitos de autor²¹ – entre nós exercida pela *Sociedade Portuguesa dos Direitos de Autor*²² -, e aos direitos de autor dos criadores musicais²³.

¹⁸ Posto isto, pode dizer-se que os artistas já não vivem tanto dos direitos de autor ou da venda de discos. Para José PAIVA, «estes são apenas ferramentas de divulgação para que o seu trabalho seja contratado, e a pirataria é a forma de divulgação e distribuição oficial do movimento». Cf. José PAIVA, «Direito...» in *Logos...*, *op. cit.*, cit., p. 39.

¹⁹ Cf. Paula ABREU, «A...», *op. cit.*, pp. 125-126.

²⁰ Sobre a *espada de dois gumes* que é a Internet, v. Oliveira ASCENSÃO, «Direito Intelectual...», *op. cit.*, pp. 1195-1999 e 1207-1210; José PAIVA, «Direito...» in XXXVI..., *op. cit.*, pp. 5-10, e Paula ABREU, «A...», *op. cit.*, pp. 122-126.

²¹ Sobre a gestão colectiva, v. Alberto MELLO, «Manual de Direito de Autor e Direitos Conexos», 2ª Ed., Act. e Amp., Almedina, Coimbra, 2016, pp. 407-425.

²² «A Sociedade Portuguesa de Autores (S.P.A.) é uma cooperativa de direito privado, sem fins lucrativos, com reconhecida utilidade pública, criada para a gestão colectiva do direito de autor, que actua nos termos do artigo 73º do CDADC e dos seus estatutos. A S.P.A. gere as obras e actua na defesa dos direitos dos autores que nela se inscreveram enquanto membros ou que representa mediante contratos de representação recíproca celebrados com entidades congéneres estrangeiras. A declaração de uma obra na S.P.A. permite, nomeadamente, a sua gestão, a defesa - extrajudicial e/ou judicial - dos direitos patrimoniais e morais dos autores que a S.P.A. representa e a cobrança e distribuição dos direitos gerados pela sua utilização junto dos mais diversos utilizadores, nacionais ou estrangeiros.» - cf. <https://www.spautores.pt/usuarios/perguntas-frequentes>.

²³ Cf. Paula ABREU, «A Indústria...», *op. cit.*, p. 124. Isto obriga a que conceitos como *autoria* sejam repensados e compreendidos sob uma nova óptica, segundo a qual tudo é efémero e rapidamente se dissemina para todos os cantos do mundo. É por isto que actualmente vivemos num *período de caça à pirataria*, legitimada pelas leis *SOPA* (*Stop Online Piracy Act*) e *PIPA* (*Protect Intellectual Property Act*), representando, para muitos, o fim da liberdade na *Web* - cf. José PAIVA, «Direito...» in XXXVI ..., *op. cit.*, p. 9.

IV. As editoras e a ramificação da indústria musical - a (des)necessidade de contratos para a sobrevivência musical

As editoras são empresas ou associações sem fins lucrativos que coordenam o processo de edição e publicação de obras. Quando dedicadas à actividade fonográfica, denominam-se de editoras discográficas²⁴, fabricando, desenvolvendo, distribuindo e promovendo gravações musicais e videográficas a elas associadas²⁵, e podem actuar a nível nacional e internacional (nesta última vertente destacamos as multinacionais *Universal Music Group*, *Sony Music Entertainment* e a *Warner Music Group*).

Todavia, o desenvolvimento tecnológico das últimas décadas, em particular o fomento dos *estúdios domésticos*, favoreceu o surgimento de diversos tipos de entidades dedicadas à exploração da Música, tais como *editoras independentes* (economicamente dissociadas das grandes editoras), empresas dedicadas à promoção musical ou somente ao processo de gravação musical.

Tanto assim é que, caso os músicos precisem de *promover o seu novo álbum* ou de *agenciar concertos*, mas não possuem uma *rede de contactos suficientemente rica para o efeito*, existem promotoras musicais²⁶, que publicitam os artistas de várias formas, agenciam concertos, marcam entrevistas, etc. Se necessitarem, por exemplo, de gravar um novo álbum, *LP*²⁷, *Single*²⁸, *Demo*²⁹ ou *EP*³⁰, podem recorrer empresas dedicadas à gravação, mistura e masterização de sons.

²⁴ O termo nos ordenamentos jurídicos anglo-saxónicos e americanos que corresponde ao de «editora discográfica» é o de «*record label*». Estas empresas administram as marcas a ela associadas e dedicam-se à produção, distribuição, *marketing* musicais, à defesa do *copyright* (correspondente aos nossos *direitos de autor*), à caça de talentos e à evolução do seu repertório de artistas.

²⁵ Estas empresas tendem a focar-se num determinado género musical como o *Gospel*, a música *Pop* ou o *Heavy Metal*, mas nem sempre é assim.

²⁶ Como exemplos de promotoras musicais temos a *Let's Start a Fire*, a *Amplificasom*, a *Everything is New*, ou a *Swr, inc.*, – v., a título de exemplo, <http://www.branmorrighan.com/2014/04/entrevista-raquel-lains-promotoraagente.html> e <http://whispermagazine.blogspot.pt/p/promotoras.html>.

²⁷ *LP* deriva de *long playing* ou *long play*, o suporte material onde o som é gravado de modo *analógico*, o disco de vinil, ainda popular nos dias hoje.

²⁸ Um *single* é um tipo de lançamento musical que contém, *por norma*, a gravação de apenas uma música.

²⁹ A palavra *demo* é uma abreviatura da *demonstration*, um formato de lançamento que contém somente uma música ou um grupo de músicas, tendencialmente destinado a um núcleo reduzido de pessoas ou para uso próprio. Habitualmente, os *demos* padecem de uma qualidade de gravação mais fraca que os *EPs*, e a diferença nota-se ainda mais em relação aos álbuns – pense-se num álbum como uma *versão final* das músicas. Por estas razões, a gravação de uma *demo* é economicamente mais acessível para os artistas, sendo até aconselhável que recorram primeiro a uma *demo* e esperar que a recepção pelo público seja positiva, evitando muitos prejuízos.

³⁰ O *EP* é o termo comumente utilizado para o *Extended Play*, um formato de gravação de lançamento que contém mais faixas que um *single* ou *demo* e tendencialmente maior qualidade, contudo, não rivaliza nestes aspectos com um *LP* ou um álbum, sendo, por isso, economicamente mais acessível.

Além da disponibilização de músicas em plataformas *online*, a tendência de hoje é de *apostar* nas actuações ao vivo. Os *concertos* geram, tendencialmente, *lucros*, e quanto mais fizerem por isso, mais os músicos auferem - esta realidade é compreendida tanto pelos *novatos*³¹ com pelos músicos com mais anos de carreira, como a *Madonna* ou os *Iron Maiden*, que *marcam* muitas *tours*³². Além disso, estes eventos são ideias para vender os seus *produtos*, inclusive fonogramas.

Qualquer um de nós terá, em princípio, a potencialidade para ser músico, mas cada um terá melhores ou piores possibilidades económicas ou redes de contactos. Isto quer dizer que, *por um lado, nem sempre é necessário aos músicos vincularem-se contratualmente a outras entidades*, mas, *por outro*, aqueles que *não tiverem essa sorte dificilmente sobreviverão sem recorrer a essa via*³³.

Por estas e por outras, os artistas acabam por não ter outra escolha senão contratar com outros sujeitos que exploram o sector musical, sacrificando, em antemão, parte dos seus direitos de autor sobre as suas obras e a consequente exploração económica. Não podemos, por isso, negar que a figura do *Mecenato* foi substituída pela figura do *contrato (musical)*.

V. A Música e os Contratos

1. Considerações introdutórias

Os músicos podem alcançar o sucesso de modo independente ou vinculando-se a terceiros. Em termos jurídicos, esta vinculação será feita através de uma importantíssima *fonte de obrigações*, os *contratos*³⁴.

³¹ Muitos músicos novatos não recebem retribuição pelos seus concertos, mas se lançarem mais músicas e derem mais concertos, já podem dar-se ao luxo de *negociar*. Através dos concertos, os músicos esperam estar em melhores condições para sustentar a actividade quotidiana (e futura) da banda – como a gravação e lançamento de músicas novas e consequente publicitação pelo mundo, ou aquisição de melhores instrumentos musicais - e, quiçá, suportar cada um dos artistas.

³² Uma *tour* é um conjunto de concertos desempenhados em vários locais, à escala nacional ou internacional.

³³ Como comenta Tiago BESSA, «Seja por dificuldades financeiras, operacionais, logísticas ou outras, a obra acaba, quase sempre, por ser objecto de actos de exploração praticados por outros», abrindo o caminho para a *exploração indirecta*. Cf. Tiago BESSA, «Direitos de Autor e Licenças de Exploração da Obra», in *ROA*, Ano 72, Lisboa, Outubro/Dezembro 2012, cit., p. 1148.

³⁴ Sobre os contratos em geral, v. Antunes VARELA, «Das Obrigações em Geral, Vol. I», 10ª Ed., Almedina, Coimbra, 2000, pp. 203-300; Abílio NETO, «Código Civil Anotado», 18ª Ed., Rev. e Act., Ediforum – Ed. Jurídicas, Lda., Lisboa, 2013, pp. 360-447; Almeida COSTA, «Direito das Obrigações», 9ª Ed., Rev. e Aum., Almedina, Coimbra, 2001, pp. 181-415; Carlos Mota PINTO, «Teoria Geral do Direito Civil», 4ª Ed. por António Pinto MONTEIRO e Paulo Mota PINTO, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 645-653; Menezes LEITÃO, «Direito das Obrigações, Vol. I», 14.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2016, pp. 176-206.

Sob égide do princípio da *liberdade contratual* - art. 405.º CC -, as *futuras partes* podem *contratar, se quiserem e com quem quiserem*, celebrando *contratos típicos* ou *nominados*³⁵, *i. e.*, aqueles que, «além de possuírem nome próprio (*nomen iuris*), que os distingue dos demais, constituem objecto de uma regulamentação legal específica»³⁶, e correspondem às *espécies negociais mais importantes no comércio jurídico* (tais como a prestação de serviço, o mandato, etc.).

Mas isto não é tudo. O modo como este princípio está exposto no art. 405.º ainda atribui às partes a faculdade de, *dentro dos limites da lei*³⁷, *fixar livremente o conteúdo* dos contratos, *celebrar contratos diferentes dos previstos no CC*, ou *incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver*, não estando vedada a possibilidade de reunir *no mesmo contrato* regras de dois ou mais negócios, *total ou parcialmente regulados na lei*. Surgem, assim, os contratos *atípicos*, *contratos mistos*, a *junção de contratos ou a sua coligação*.

Os *primeiros* dizem respeito aos contratos que as partes criam *fora dos modelos traçados e regulados na lei*, ao abrigo da liberdade contratual. Como a lei permite, além da criação de contratos *distintos dos previstos no CC*, a inclusão, *nos contratos previstos*, das *cláusulas que lhes aprouver*, os contratos celebrados podem reportar-se aos *tipos contratuais fixados na lei*, ou, pelo contrário, abandonando-os, formando-se um *contrato atípico*³⁸.

Os *segundos*, por sua vez, reportam-se aos contratos *que reúnem elementos de dois ou mais negócios, total ou parcialmente regulados na lei*. Em vez de realizarem um ou mais dos tipos contratuais da lei, as partes podem celebrar «contratos com prestações de natureza diversa ou com uma articulação de prestações diferentes previstas na lei, mas encontrando-se *ambas as prestações* ou todas elas compreendidas em *espécies típicas* directamente reguladas na lei»³⁹.

Nos últimos dois casos estão em causa «dois ou mais contratos que, *sem perda da sua individualidade*, se acham *ligados entre si por certo nexo*»⁴⁰. Por vezes, o vínculo que prende os contratos é puramente *exterior* ou *acidental*, como quando provém do simples facto de terem sido *celebrados ao mesmo tempo, entre as mesmas pessoas*, ou de *constarem*

³⁵ Para mais desenvolvimentos, v. Antunes VARELA, «Das...», *op. cit.*, pp. 272-275.

³⁶ Cf. Antunes VARELA, «Das...», *op. cit.*, cit., pp. 272-273.

³⁷ Deverão as partes respeitar escrupulosamente a ordem jurídica portuguesa e os bons costumes (arts. 280.º e 281.º CC), assim como os limites impostos pelos ditames da boa-fé contratual e pelo abuso de direito (art. 334.º CC).

³⁸ Desejando um maior aprofundamento, cf. Antunes VARELA, «Das...», *op. cit.*, pp. 274-275.

³⁹ Cf. Antunes VARELA, «Das...», *op. cit.*, cit. pp. 279-280.

⁴⁰ Cf. Antunes VARELA, «Das...», *op. cit.*, cit., p. 282, itálico nosso; V., também, NR. e RB. contidas..

do mesmo título, sendo distintos e, por isso, aplicando-se a cada um o regime que especificamente lhe compete⁴¹; outras vezes, acontece que os contratos, apesar de manterem a sua individualidade, estão ligados por umnexo funcional que *influi na respectiva disciplina*, tratando-se, não de um vínculo exterior ou acidental, mas antes de um *vínculo substancial*, que pode alterar o regime normal de *um dos contratos ou de ambos*, em virtude da eventual relação de *interdependência* que se crie entre eles⁴².

Daqui retiramos que os vidoiros sujeitos contratuais têm à sua disposição *imensas figuras, cláusulas e situações contratuais, podendo ainda criar umas ex novo ou articular as existentes, legalmente tipificadas - ou não - num único contrato, fundindo-as num só negócio ou mantendo a individualidade de cada uma no quadro contratual*.

Aprofundaremos, agora, algumas modalidades contratuais de que as partes podem servir-se quanto *contratualizam a Música*.

2. Os contratos de Direitos de Autor

O Homem tem a capacidade para *destruir* e, simultaneamente, para *criar*, expressando o que lhe corre na alma. O Mundo não demorou muito tempo para perceber a urgência de um regime que tutelasse as criações literárias, científicas e *artísticas*⁴³. Surge, assim, o regime jurídico dos Direitos de Autor.

A nível internacional, diplomas como a Convenção de Berna para a Protecção das Obras Literárias e Artísticas, a Convenção Universal sobre Direitos de Autor e a Convenção Internacional para Protecção aos Artistas Intérpretes ou Executantes, aos Produtores de Fonogramas e aos Organismos de Radiodifusão que Portugal assinou, revelaram-se indispensáveis para a consagração e protecção dos direitos dos autores (e dos artistas, no último caso).

⁴¹ Cf. Antunes VARELA, «Das...», *op. cit.*, p. 282.

⁴² Para Antunes VARELA, nos *contratos mistos* existe uma *fusão*, num só negócio, de elementos contratuais distintos que, além de perderem a sua autonomia no esquema negocial unitário, fazem simultaneamente parte do seu conteúdo; numa *verdadeira coligação* de contratos, por sua vez, existe uma certa *dependência* entre os contratos, criada pelas cláusulas acessórias ou pela relação de corespectividade ou de motivação que afecta apenas um deles ou ambos, *mas a sua individualidade não é ameaçada*. Esta relação de dependência pode assumir *várias formas*, podendo um deles funcionar como *condição, contraprestação ou motivo* do outro, entre outras situações. Para uma melhor análise, v. *Idem*, «Das...», *op. cit.*, p. 282-284.

⁴³ Esta necessidade sentida ao longo dos séculos obteve expressão na Grã-Bretanha em 1710, aquando consagração dos Direitos de Autor, e posteriormente em França, ainda antes da Revolução de 1789. Cf. Ac. STJ n.º 15/2013, Proc. n.º 124/11.9GAPVL.G1-A.S1, publicado no Diário da República, 1ª série – n.º 243 – 16 de Dezembro de 2013, *apud*, Oliveira ASCENSÃO, «Direito Civil, Direitos de Autor e Direitos Conexos», Rmp., Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 12.

Contudo, o presente estudo focar-se-á nos Direitos de Autor a nível nacional.

2.1. Enquadramento dos Direitos de Autor na nossa ordem jurídica

Na nossa ordem jurídica, o art. 1303.º CC prevê os «direitos de autor» como uma *forma* de propriedade intelectual sujeita a legislação especial. Isto permite-nos afirmar, com Alexandre PEREIRA⁴⁴, que a *protecção legal dos direitos de autor* traduzir-se-á na *atribuição de uma forma especial de propriedade sobre criações culturais* de pessoas humanas geradas no exercício da *fundamental liberdade de criação artística*, protegida pelo art. 42.º da CRP⁴⁵.

Ora, uma vez que os *Direitos de Autor* e a *Propriedade Industrial* são juridicamente qualificados como *formas* de «*Propriedade Intelectual*», não devemos considerar que o conceito de «*coisa*» para tal ramo jurídico seja o mesmo do art. 1302.º CC. Neste sentido, o Código prevê a *coisa* como objecto dos *direitos de propriedade (apenas) nele previstos*, e a própria letra do art. 1303.º admite a existência de *outras formas de propriedade*, não *coligando* os seus objectos.

Conceberam-se, assim, as *coisas incorpóreas* ao lado das *coisas corpóreas*, qualquer uma delas podendo ser objecto de *propriedade*, ainda que com certas *especificidades* – os casos de propriedade sobre *coisas incorpóreas* estão agrupados, *maxime*, em dois institutos: *de um lado*, os *Direitos de Autor* e, *do outro*, a *Propriedade Industrial*⁴⁶.

Assim, as *obras do espírito, i. e., as criações intelectuais do domínio literário, científico e artístico* são *protegidas* por um regime legal próprio: o *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos*⁴⁷, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 63/85⁴⁸, de 14 de Março.

⁴⁴ Cf. Alexandre PEREIRA, «*Arte, Tecnologia e Propriedade Intelectual*», in *ROA*, Ano 62, 2002, Lisboa, disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/28788/1/ARTE,%20TECNOLOGIA%20E%20PROPRIEDADE%20INTELECTUAL.pdf>, p. 10.

⁴⁵ O n.º 2 do artigo prescreve que «esta liberdade compreende o direito à invenção, produção e divulgação da obra científica, literária ou artística, incluindo a protecção legal dos direitos de autor.», referindo, simultaneamente, os direitos de autor a existência de um regime próprio.

⁴⁶ Cf. Alexandre PEREIRA, «*Arte...*», *op. cit.*, p. 10.

⁴⁷ Cf. Calvão SILVA, «*Direitos de Autor, Cláusula Penal e Sanção Pecuniária Compulsória*», in *ROA*, Ano 47, 1987, p. 131.

⁴⁸ Alterado pelas Leis n.ºs 45/85, de 17 de Setembro, e 114/91, de 3 de Setembro, e Decretos-Leis n.ºs 332/97 e 334/97, ambos de 27 de Novembro, pela Lei n.º 50/2004, de 24 de Agosto, pela Lei n.º 24/2006 de 30 de Junho e pela Lei n.º 16/2008, de 1 de Abril.

Enquanto ramo do direito *em desenvolvimento* e de crescente relevância jurídica, social e económica, o Direito de Autor deve ser caracterizado como um ramo *autónomo* do Direito Civil, contudo, são *subsidiariamente* aplicáveis a esta *propriedade intelectual* as regras do CC, *quando se harmonizem com a natureza daqueles direitos e não contrariem o regime para eles especialmente previsto* – art. 1303.º, n.º 2 CC.

2.2. Música, direitos de autor e direitos conexos

2.2.1. A protecção das obras musicais e dos autores

Logo no n.º 1 do seu art. 1.º, o CDADC define *obras* como «as *criações intelectuais* do domínio literário, científico e *artístico*, por *qualquer modo exteriorizadas*, que, como tais, são protegidas nos termos deste diploma, incluindo-se nessa protecção *os direitos dos respectivos autores*»⁴⁹.

Os autores são os *criadores intelectuais da obra* (art.s 11.º e 27.º) e os seus direitos (de autor) são reconhecidos *independentemente de registo, depósito ou qualquer outra formalidade* (art. 12.º). Esta «*situação jusautorral de direito de autor*», nas palavras de Alberto MELLO, «nasce – *sempre e só* – da *criação exteriorizada de uma obra pela qual se constitui um direito relativo quer à conservação* (de índole pessoal) *quer ao aproveitamento* (patrimonial) *exclusivo desse bem imaterial.*»⁵⁰.

A constituição desta situação *não depende da vontade do autor-criador*, sendo um *mero facto jurídico*; mas a *acção criadora*, além de *desencadeada por este*, é frequentemente *orientada para a realização de fins* (juridicamente relevantes) por ele queridos, como a *constituição de direito de autor na esfera jurídica de terceiros e a conformação dos limites das utilizações consentidas* e, conseqüentemente, do *próprio conteúdo originário desse direito*, sendo mais do que um mero *acto jurídico*. Dito de outro modo, o *acto* que consiste na *criação exteriorizada em obra intelectual com expressão formal criativa, o acto criador*,

⁴⁹ Neste sentido, estipula o Ac. TR Lisboa, de 02.07.2006, Proc. n.º 1848/07.0JLSB-8, que «a protecção é a contrapartida por se ter contribuído para a vida cultural com algo que não estava até então ao alcance da comunidade» e que «O Direito de Autor não tutela o valor da obra, mas a criação. Na exigência da criatividade está implícita a da individualidade, como marca pessoal dum autor», *apud* Oliveira ASCENSÃO, «*Direito Civil...*», *op. cit.*, p. 90.

⁵⁰ Cf. Alberto MELLO, «*Manual...*», *cit.*, p. 45.

pode também ser *acção*, enquanto *acto* que *opera a atribuição do direito ou de faculdades de utilização neste compreendidas a pessoa designada pelo autor*⁵¹.

Para que as criações dos autores sejam protegidas, é necessário a sua *exteriorização* (cf. art. 1.º, n.º 1)⁵², não merecendo protecção as *meras ideias*, os *processos* ou *sistemas*, os *métodos operacionais*, os *conceitos*, os *princípios* ou as *descobertas*, *por si só e enquanto tais* (n.º 2)⁵³, contudo, as *obras - i. e., criações já exteriorizadas -*, não dependem da sua *divulgação, publicação, utilização ou exploração* (n.º 3).

O art. 2.º *exemplifica* as criações intelectuais protegidas, *independentemente do seu género, forma de expressão, mérito, modo de comunicação e objectivo*, considerando-as como *obras originais*⁵⁴. Estas criações compreendem, *nomeadamente*, as *composições musicais, com ou sem palavras (al. e)*; *obras fonográficas*⁵⁵ (*al. f*); *paródias e outras composições musicais, ainda que inspiradas num tema ou motivo de outra obra (al. n)*.

Mais, o art. 3.º *equipara às obras originais as compilações de obras*⁵⁶, *protegidas ou não* (al. b) do n.º 1), *não obstante os direitos reconhecidos aos autores das obras originais* (n.º 2) - o CDADC protege, assim, as obras originais incluídas na compilação e a compilação como um todo, não havendo qualquer conflito de protecção.

No entanto, apesar da *obra*, enquanto o bem imaterial que é, *exteriorizar-se tipicamente num suporte corpóreo* - como um CD, ou um Disco -, a *aquisição ou propriedade dos objectos onde estiver registada são irrelevantes para a sua existência*⁵⁷ - art. 10.º, n.º 1 CDADC.

⁵¹ Cf. Alberto MELLO, «Manual...», *op. cit.*, p. 45-46.

⁵² O Ac. TR Porto, de 23.11.2006, Proc. n.º JTRP00039786 também estipula que «o objecto do direito de autor é a obra, pelo que à criação importa a sua exteriorização mediante (qualquer) forma que seja possível apreender pelos sentidos.»

⁵³ No mesmo sentido, o Ac. TR. Porto, de 23.11.2006, considera que «estão fora do âmbito de protecção do direito de autor as ideias, processos, sistemas, conceitos ou princípios ou as descobertas, enquanto *não associados a uma obra individualizada e que represente uma criação intelectual original.*»

⁵⁴ O Ac. *supra* citado afirma que «é essencial à obra, objecto de protecção do direito de autor a *originalidade*, que incorpore um mínimo de criação pessoal, que lhe dê uma individualização própria, a marca pessoal do seu autor» (dá a nomenclatura *original*), *apud*, Oliveira Ascensão, «Direito Civil...», *op. cit.*, pp. 69-70.

⁵⁵ O n.º 6 do art. 176.º define «fonograma» como o *registo resultante da fixação, em suporte material, de sons provenientes de uma prestação ou de outros sons, ou de uma representação de sons*. Uma obra fonográfica será uma obra musical (álbum, *single*, *demo* ou *EP*) inserida num *medium* como um CD ou disco, albergando, por norma, um conjunto de canções, com parte gráfica, letras, ficha técnica, agradecimentos e um título. A expressão máxima destas obras é o *álbum conceitual*, ou *concept album*, que inclui um conjunto de músicas *tematicamente* orientadas e encadeadas – como derradeiros exemplos temos o «*Sgt. Pepper's Lonely Hearts Club Band*», lançado pelos *The Beatles*, em 1967, ou o «*Tommy*», lançado pelos *The Who*, em 1969.

⁵⁶ Uma compilação é um método de lançamento musical que pode conter várias músicas de vários artistas, ou várias músicas do mesmo artista que, por norma, já foram anteriormente misturadas, produzidas e/ou lançadas – o *Best of* ou *Greatest Hits* são conceitos que nos são muito familiares.

⁵⁷ Neste sentido, cf. Tiago BESSA, «Direito...», *op. cit.*, pp. 1154-1155.

Concluímos, portanto, que as *músicas* são *obras no seu sentido mais puro*, enquanto *resultado da acção criativa do seu autor intelectual*, os músicos. O CDADC inclui na protecção destas obras a *protecção dos direitos dos respectivos autores*, atribuindo um efeito jurídico à *exteriorização da obra*, independentemente da vontade destes – nasce, assim, a *situação jusautorais*. Deste modo, as *composições musicais* apenas necessitam de serem exteriorizadas para serem protegidas e não *materializadas*⁵⁸.

2.2.2. Os direitos conexos

Os *interesses dos autores foram os únicos considerados com a consagração dos direitos autorais*, contudo, a partir de uma certa altura, estes «passaram a sofrer concorrência de *outros aspirantes* à tutela legal, que surgiu com o *progresso dos meios de comunicação utilizáveis por artistas, intérpretes e executantes*»⁵⁹. A consagração legal destes interesses fez surgir os *direitos conexos aos direitos de autor*, previstos no Título III do CDADC (art.s 176.º e ss), resultado da influência da *Convenção de Roma* já referida.

Diferentemente dos *direitos de autor*, que versam sobre *obras*, os *direitos conexos* têm por objecto *prestações*, merecendo protecção legal *os artistas executantes que interpretam «obras musicais, executando-as»*⁶⁰ (cf. art. 176.º⁶¹). Estes *direitos conexos* protegem estas prestações pelo reconhecimento aos titulares, não já de um *mero poder de impedir utilizações de execuções suas, mas de autorizá-las ou proibi-las, por si ou pelos seus representantes*, nos termos do art. 178.º, no caso dos artistas⁶².

⁵⁸ Contrariamente, os ordenamentos jurídicos anglo-saxónicos de direito de autor, sob o instituto anglo-americano do copyright, *subordinam a tutela das obras intelectuais à sua fixação num suporte material*. Sobre o tema, v. Alberto MELLO, «Manual...», *op. cit.*, pp. 103 e ss.

⁵⁹ Cf. Ac. STJ n.º 15/15/2013, já citado. No mesmo sentido, comenta Oliveira ASCENSÃO que «a complexidade da sociedade técnica implica o recurso crescente a uma estruturação em categorias abstractas: *os seres ideais sobrepõem-se cada vez mais ao seres reais*. No domínio jurídico, isso explica também o empolamento da categoria dos direitos intelectuais», cujo âmbito está em constante expansão. Este crescimento produziu-se em vários campos, desde logo, nos *direitos dos artistas e dos produtores de fonogramas, os direitos conexos ao direito de autor*. Cf. Oliveira ASCENSÃO, «Direito Intelectual...», *op. cit.*, cit., p. 1195, itálico nosso.

⁶⁰ Cf. Alberto MELLO, «Manual...», *op. cit.*, cit., p. 379.

⁶¹ O n.º 1 deste artigo estipula que «*as prestações dos artistas [...] executantes [...] são protegidas nos termos deste título*», e o n.º 2 define-os como «[...] cantores, *músicos* [...] e outros que executem de qualquer maneira obras literárias ou artísticas.»

⁶² Estes podem autorizar ou proibir a «*radiodifusão, e a comunicação ao público da sua prestação [...]*» (al. a)); «*a fixação, sem o seu consentimento das prestações que ainda não tenham sido fixadas*» (al. b)); «*a reprodução directa ou indirecta, temporária ou permanente, por quaisquer meios e sob qualquer forma, no todo ou em parte, sem o seu consentimento, de fixação das suas prestações quando esta não tenha sido autorizada, quando a reprodução seja feita para fins diversos daqueles para os quais foi dado o consentimento ou quando a primeira fixação tenha sido feita o abrigo do art. 189.º e a respectiva reprodução vise fins diferentes dos previstos nesse artigo [estamos no âmbito das exceções à protecção dos direitos conexos, ou seja, das*

O preâmbulo do CDADC considera que «o intérprete e o executante têm, sem dúvida, uma *interpretação criadora*, digna de protecção. Mas como esta criação *insere-se normalmente noutra* – a do *autor da obra interpretada ou executada* -, a protecção outorgada àqueles não pode em nada prejudicar a protecção dos autores desta» (entendimento vertido no art. 177.º). Igualmente, Alberto MELLO não põe em causa a criatividade destes sujeitos que *interpretam* ou *executam* obras, mas defende que *não criam bens intelectuais na acepção que importa do direito de autor*, no sentido de *exteriorização formal de uma obra intelectual*, uma *separação objectiva desta em relação ao seu autor-criador*⁶³; ao invés, eles executam ou interpretam *obras, normalmente alheias, dos autores*⁶⁴.

Chamam-se, portanto, *direitos conexos* «porque os *direitos dos artistas relativos às suas prestações fixadas só existem se interpretarem ou executarem obras intelectuais*»⁶⁵.

Para efectivarem esta protecção é fundamental que *interpretem* ou *executem obras intelectuais* (art. 176.º, n.º2), que tais *prestações revistam carácter artístico*⁶⁶ e que sejam elas mesmas *fixadas*, entendendo-se por *fixação* «a *incorporação de sons* ou de imagens, separada ou cumulativamente, *num suporte material suficientemente estável e duradouro que permita a sua percepção, reprodução ou comunicação de qualquer modo*, em período não efémero.» (v. art. 141.º).

Contudo, é necessário complementar estas noções com as previstas no art. 176.º, que serão úteis para o *cerne* do nosso estudo:

Primeiramente, o *registo* resultante «da *fixação* de sons provenientes de uma prestação, de outros sons, ou de uma representação de sons» é denominado como *fonograma* (n.º 4), e a «*pessoa singular ou colectiva que fixar pela primeira vez os sons* provenientes de

utilizações livres, que vão desde o *uso privado*, à *utilização destinada a fins exclusivamente científicos ou pedagógicos*, à *fixação efémera feita por organismo de radiodifusão*, entre outras...]» (al. c)); «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» (al. d)).

⁶³ Cf. Alberto MELLO, «*Manual...*», *op. cit.*, p. 381. Sobre a *criação da obra intelectual como acção*, v. pp. 44-46.

⁶⁴ «Por esta razão, nada havia a proteger nesta sede até ao advento das técnicas de fixação/gravação audiovisuais: uma *interpretação artística de uma obra intelectual não fixada/gravada inexistente como objecto autónomo de protecção* – excepto na memória de quem a presenciou -, *não sendo repetível, plagiável, utilizável a posteriori*. A ‘*maneira de interpretar*’ uma obra não é protegível, é livremente imitável, até porque nunca é repetível por ser *idiossincrática de quem a desempenha: só a prestação artística fixada está protegida por direito exclusivo*». As coisas mantiveram-se assim até à evolução da técnica e tecnologia que permitiram a *difusão de obras e prestações*, através da radiodifusão ou da *Internet*. Cf. Alberto MELLO, «*Manual...*», *op. cit.*, cit., p. 381, itálico nosso, *apud* Cunha GONÇALVES, «*Tratado de Direito Civil – Vol. IV*», Coimbra, 1931, p. 453.

⁶⁵ Cf. Alberto MELLO, «*Manual...*», *op. cit.*, cit., p. 381, itálico nosso.

⁶⁶ Cf. Alberto MELLO, «*Manual...*», *op. cit.*, p. 382.

uma execução ou quaisquer outros, ou as imagens de qualquer proveniência, acompanhadas ou não de sons» é o *produtor de fonograma* (n.º 3), *sujeito também tutelado pelos direitos conexos* (cf. arts. 176.º, n.º 1, 184.º e 185.º).

Por sua vez, o «*suporte material em que se reproduzem sons e imagens, ou representação destes, separada ou cumulativamente, captados directa ou indirectamente de um fonograma ou videograma, e se incorporam, total ou parcialmente, os sons ou imagens ou representações destes nele fixados*» é denominado como *cópia* (n.º 6), e a *obtenção de cópias de uma fixação* «directa ou indirecta, temporária ou permanente, por quaisquer meios ou sob qualquer forma, no todo ou em parte, dessa fixação» chama-se *reprodução* (n.º 7).

Por fim, a «*actividade que tem por objecto a oferta ao público, em quantidade significativa, de fonogramas ou videogramas, directa ou indirectamente, quer para venda quer para aluguer*», é a *distribuição* (n.º 8).

Vemos, portanto, que *fazer música* implica um *conjunto de realidades, práticas e sujeitos juridicamente distintos*, que beneficiam de tutelas diferentes:

Como os *autores-compositores* de música *criam* na *acepção* que importa para os direitos de autor, *compondo as músicas e as suas letras* (se existirem) (art.s 1 e 2, n.º 1, al. e)), estão *protegidas pelos direitos de autor*, gozando, desde logo, do *direito exclusivo de exploração económica*, podendo *dispor do conteúdo patrimonial deste direito a terceiros*.

Todavia, notamos que, *após a sua criação, há muitas obras que necessitam de ajuda para serem produzidas ou executadas...* Uma música pode precisar de um *cantor* e de *músicos que a tocam* (i. e., que *as interpretam, executando-as*), os artistas *intérpretes* ou *executantes*⁶⁷; a pessoa que *fixa as prestações* destes *músicos-artistas* num suporte material será o *produtor de fonograma*; e as *entidades que efectuam emissões de radiodifusão sonora* (i. e., *difusão de sons*, ou a *representação destes, separada ou cumulativamente, por fios em sem fios, nomeadamente por ondas hertzianas, fibras ópticas, cabo ou satélite, destinada à recepção pelo público*) daquelas prestações são os *organismos de radiodifusão* (v. n.º 9 do art. 176.º). Todos estes sujeitos são protegidos pelos *direitos conexos*, gozando dos poderes de *autorizar* ou *proibir* certas *difusões, fixações e/ou reproduções* (etc.), nos termos do arts. 178.º, 184.º, e 187.º, respectivamente.

⁶⁷ Cf. Lucilene Tsuchiya LIMA, «*Direitos Autorais e Direitos Conexos na Obra Musical*», disponível em <http://www.amorimassociados.com.br/direitos-autorais-direitos-conexos-na-obra-musical.asp>. Os elementos textuais contidos nos endereços electrónicos <https://www.spautores.pt/usuarios/perguntas-frequentes>; <https://www.spautores.pt/perguntas-frequentes/servico-juridicos> e <http://autoresdesconhecidos.pt/direitos-de-autor/porque-protger> também apontam nesse sentido.

Entendemos, assim, que *os músicos-compositores e músicos-artistas são, juridicamente, sujeitos distintos, tutelando-se, por um lado, as obras (composições musicais e obras fonográficas) com os direitos de autor e, por outro, as prestações musicais com os direitos conexos.*

No entanto, *na realidade, podem estar em causa as mesmas pessoas, que, primeiramente, compuseram as músicas e, posteriormente, interpretam-nas, beneficiando, assim, mutatis mutandis, de duas protecções distintas, pois a protecção dos direitos conexos não afecta a protecção dos autores sobre a obra que está a ser utilizada.*

Afinal de contas, as músicas precisam de «compositores» para serem «criadas» e de «músicos» para serem «tocadas». *Os sujeitos por detrás de cada um destes processos é que são, normalmente, os mesmos.*

2.2.3. O processo criativo musical

Salvo estipulações em contrário, o CDADC afirma que *o autor é o criador da obra e o que direito autoral dela resultante pertence-lhe* (arts. 27.º e 11.º), presumindo-se como autor *aquele cujo nome tiver sido indicado como tal na obra, conforme o uso consagrado, ou anunciado em qualquer forma de utilização ou comunicação ao público* - esta referência o sucessor e transmissário dos respectivos direitos (art. 27.º, n.º s 2 e 3).

Todavia, na prática, a criação musical pode ser o produto do esforço criativo de *uma ou mais pessoas. Quid iuris* quando a obra for criada por vários sujeitos?

Felizmente, o CDADC reconhece esta possibilidade ao prever as *obras feitas em colaboração* nos art.s 16.º a 18.º: *uma obra é feita em colaboração quando for divulgada ou publicada em nome dos colaboradores ou de algum ou de alguns deles, quer possam discriminar-se ou não os contributos* - art. 16.º, n.º 1, al. a).

Neste tipo de obras existe uma *iniciativa e organização conjunta por uma pluralidade de sujeitos, numa ideia de concertação criativas*, distinguindo-se da *obra colectiva* (arts. 16.º, n.º 1, al. b) e 19.º) que, apesar de compreender a criação por uma pluralidade de sujeitos, *é criada por iniciativa e sob coordenação de uma pessoa singular ou colectiva*⁶⁸.

A situação jusautoral das obras feitas em colaboração não tem origem negocial, mas antes *material*. «É a co-autoria (sem sentido próprio) que justifica que se estabeleçam alguns

⁶⁸ Cf. Alberto MELLO, «Manual...», *op. cit.*, pp. 63-64.

dos princípios que norteiam o regime de exploração das obras em colaboração, nomeadamente a *indissolubilidade da comunhão originária*. [...] não se verificará a verdadeira co-autoria se faltar a *concertação (material)* de acções criadoras de que a obra resulte una.»⁶⁹.

Quando haja um único autor, este não necessita da autorização ou intervenção de outros para dispor do seu direito patrimonial autoral; mas na obra feita em colaboração, como estão em causa *vários titulares* e, portanto, *vários interesses*, é necessária a concordância dos titulares, por força do art. 17.º que aplica as disposições da *compropriedade* ao exercício comum desses direitos (art.s 1403.º e ss CC) – *podem, portanto, ser objecto de contratos de exploração de direito de autor*, nomeadamente de uma *licença*⁷⁰, que *infra* abordaremos.

Notamos, por fim, que se estas obras *forem divulgadas ou publicadas apenas em nome de algum ou alguns dos colaboradores*, presume-se, na falta de designação explícita dos demais em qualquer parte da obra, que os não designados *cederam os seus direitos àquele ou àqueles em nome de quem a divulgação ou publicação é feita* – art. 17.º, n.º 3.

Concluimos, deste modo, que a *criação musical* pode envolver o esforço criativo de uma *única pessoa* ou de *várias*, formando-se, no primeiro caso, uma *one man band* e, tendencialmente, uma *carreira a solo*⁷¹ e, no segundo, uma *banda* ou *grupo de música*⁷².

2.3. (De)composição e acepção do Direito de Autor

Como ainda não estamos, de todo, em posição de afirmar a nossa compreensão do *direito de autor*, cabe-nos, agora, analisar o seu *conteúdo*.

⁶⁹ Cf. Alberto MELLO, «Manual...», *op. cit.*, cit., p. 65, itálico nosso. Distinguem-se, por isso, das *obras coligadas*, pautadas por uma *conexão externa* de obras para uma ou mais utilizações conjuntas, não havendo lugar a qualquer concertação criativa - sobre estas obras, v. pp. 63-65 e 224 e ss.

⁷⁰ Cf. Tiago BESSA, «Direito...», *op. cit.*, p. 1132.

⁷¹ A *carreira a solo* pode revelar-se como uma situação *duvidosa* se problematizarmos os seus modos de funcionamento: é um projecto musical encabeçado por um músico, usualmente membro actual (ou anterior) de uma banda nacional ou internacionalmente reconhecida, que grava e lança álbuns *no seu próprio nome*. Este artista normalmente contrata músicos para integrarem o seu projecto que podem limitar-se a *tocar* aquilo que ele desejar, ou contribuem com as suas próprias ideias para a criação musical, distinguindo-se, por isso, de uma *one man band*. No limite, podemos considerar que o art. 17.º, n.º 4 resolve esta dúvida se entendermos que, juntamente com os que *apenas auxiliam o autor na produção, divulgação ou publicação* das suas obras, os músicos contratados que sejam meros *autómatos* (musicais), adstritos às *ordens* do artista principal, não podem considerar-se como *colaboradores*, não participando, por isso, dos direitos de autor sobre a obra criada. Se, todavia, contribuírem criativamente para o projecto, podemos admitir que esta obra será feita em colaboração, sem prejuízo da presunção do n.º 3 deste artigo.

⁷² Deste modo, quando analisarmos cada um dos actos de disposição autoral, teremos de ter em conta que o *autor* poderá ser uma banda ou um único artista, mas não divagaremos na questão da *compropriedade* para mantermos o nosso estudo breve.

O art. 9.º diz-nos que «o direito de autor abrange direitos de *carácter patrimonial* e direitos de *natureza pessoal*, denominados direitos *morais*». Vejamos.

a) **Direitos patrimoniais de autor**

Os direitos patrimoniais atribuem ao autor o *direito exclusivo* de dispor da sua obra, fruí-la e utilizá-la, ou autorizar a sua *fruição* ou *utilização* a um terceiro, *total* ou *parcialmente* (v. art. 9.º, n.ºs 1 e 2, 40.º e ss e 67.º e ss CDADC⁷³), justificando-se esta atribuição pelas especiais circunstâncias da *criação intelectual*: de facto, o resultado da criação é, por definição, *um bem ou coisa incorpórea*, insusceptível de apropriação individual, o que significa que, na falta de tutela, a sua particular natureza levaria a que todas as pessoas pudessem utilizar a obra em seu próprio benefício e sem autorização do criador⁷⁴.

De modo a proteger as criações e as manifestações do espírito, revelou-se necessário configurar, a nível legal, um *exclusivo de utilização da obra*, que seria concedido a um determinado sujeito (normalmente o criador), proibindo todos os demais de utilizarem ou explorarem o resultado da criação sem o seu consentimento⁷⁵. Criou-se, assim *um espaço de actuação reservada que advém*, não da apropriação da coisa imaterial como sucede nos direitos reais respeitantes a coisas físicas, mas antes do *cerceamento da liberdade de actuação dos demais sujeitos da sociedade*⁷⁶.

O *principal objectivo* do direito exclusivo é *colocar sob o controlo do autor a utilização, aproveitamento ou exploração económica da sua obra*, resultando de forma óbvia do art. 67.º, n.º 2, que prescreve que «*a garantia das vantagens patrimoniais resultantes dessa exploração constitui, do ponto de vista económico, o objecto fundamental da protecção legal*» - quer isto dizer que a lei *não reserva ao autor todas as possibilidades de exploração, utilização ou aproveitamento, mas apenas as que se traduzam num aproveitamento económico deste bem imaterial*⁷⁷.

⁷³ A mesma ideia é posteriormente atestada pelo n.º 1 do art. 67.º, quando estipula que «o autor tem o direito exclusivo de fruir e utilizar a obra, no todo ou em parte, no que se compreendem, nomeadamente, as faculdades de a divulgar publicar e explorar economicamente por qualquer forma, directa ou indirectamente, nos limites da lei».

⁷⁴ Cf. Tiago BESSA, «Direito...», *op. cit.*, cit., p. 1144, itálico nosso.

⁷⁵ Neste sentido, Oliveira ASCENSÃO explica-nos que os direitos intelectuais atribuem aos seus titulares direitos de exclusivo ou de monopólio sobre a exploração de coisas incorpóreas (ou bens imateriais) - *i. e.*, as obras musicais ou literárias, entre outras -, ao abrigo da concorrência. Cf. *Idem*, «Direito Intelectual...», *op. cit.*, pp. 1195-1196

⁷⁶ Cf. Tiago BESSA, «Direito...», *op. cit.*, p. 1141-1145.

⁷⁷ Nesse sentido, Tiago BESSA refere que «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

Consideramos, como Tiago BESSA, que o *cerne* da vertente patrimonial é o *exclusivo de exploração económica*, que admite *várias ramificações*, que não raro, reconduzem-se a *faculdades (jurídicas)* ou *poderes de utilização* dirigidos à exploração económica da obra. *O núcleo do direito exclusivo de exploração económica* pode dissecar-se, essencialmente, em *quatro direitos de utilização distintos sobre a obra: o de reprodução, o de distribuição, o de comunicação da obra ao público e o de transformação*⁷⁸.

b) **Direitos morais de autor**

Nos *direitos morais*, por sua vez, está essencialmente em causa a *protecção da personalidade do autor e da sua liberdade criativa*.... Em termos *jusfilosóficos*, estamos verdadeiramente na esfera da *autodeterminação do indivíduo*, que, através da sua actividade de *criatividade*, projecta na sociedade uma *obra própria*, uma *expressão do seu espírito*⁷⁹ - os direitos morais visam tutelar esse «“laço” pessoal entre a obra e o seu criador.»⁸⁰

É precisamente por essa razão que o CDADC *não permite a sua alienação* - o art. 40.º, al. b) apenas concebe a transmissão ou oneração *sobre o conteúdo patrimonial da obra*; o art. 42.º prescreve que *«não podem ser objecto de transmissão nem oneração, voluntárias ou forçadas, os poderes concedidos para tutela dos direitos morais»*; o art. 44.º partilha a mesma ideia que o art. 40.º, al. b); e o art. 56.º determina que o autor *«goza durante toda a vida do direito de reivindicar a paternidade da obra e de assegurar a genuidade e integridade desta»* (n.º 1), e este direito é *«inalienável, irrenunciável e imprescritível, perpetuando-se após a morte do autor»*, nos termos do art. 57.º.

A doutrina dissecou o *núcleo* dos direitos morais nos *direitos ao inédito* (arts. 116 e 195.º, n.º 2, al. b)...), à *identificação na obra* (arts. 28.º e 44.º...), ao *anonimato* (arts. 30 e 33.º), ao *reconhecimento da paternidade da obra* (art. 27.º e 56.º...), à *defesa da integridade*

aptidão para tal) necessitam, por força do direito de exclusivo, de *autorização* do titular do direito, sendo ilícitos em caso contrário; a *segunda* é de que todos os actos que não envolvam exploração económica da obra estão excluídos do direito de exclusivo». Cf. *Idem*, «Direito...», *op. cit.*, cit., pp. 1145-1146, *apud* José VIEIRA, «Download de obra protegida pelo direito de autor e uso privado», in AAVV, *Direito da sociedade da informação*, Vol. VIII, Coimbra Editora, 2009, p. 441.

⁷⁸ Cf. Tiago BESSA, «Direito...», *op. cit.*, pp. 1142-1143, itálico nosso, *apud* Alexandre PEREIRA, «Direitos de Autor e Liberdade de Informação», Almedina, Coimbra 2008, pp. 492 e ss, e restantes RB.

⁷⁹ Calvão SILVA fala-nos de uma verdadeira «criação da personalidade, do talento e do espírito» - cf. *Idem*, «Direitos...», *op. cit.*, p. 13.

⁸⁰ Cf. Tiago BESSA, «Direito...» *op. cit.*, cit., p. 1142. Sobre o tema, v. pp. seguintes.

desta (art. 47.º), a *modifica-la* (arts. 18.º e 56.º...) e o *de retirada* (art 62.º)⁸¹. Aos *artistas* protegidos pelos *direitos conexos* assistem os *direitos à menção da denominação* (nome ou pseudónimo) *que o identifique* (180.º, n.º 2 e 154.º), *à integridade da prestação* (art. 182.º e 198.º, al. b)) e à *paternidade* (indirectamente consagrado a propósito da tutela penal – art. 198.º, al. a)).

Em suma, contrariamente aos direitos morais, cuja disposição é impedida pelo CDADC, autor goza de uma *vasta liberdade de disposição* dos direitos patrimoniais, que podem ser *transmitidos, onerados ou licenciados* a terceiros⁸², potenciado a chamada *exploração indirecta da obra*⁸³.

c) **Acepção de Direito de Autor**

Após a decomposição do direito de autor, resta-nos a sua acepção.

Nas palavras de Alberto MELLO, «o *direito de autor configurar-se-á assim* – em cada uma das suas componentes patrimonial e pessoal - como o *conjunto de faculdades*, que designamos conjuntamente *jusautorais*, que congrega *posições activas* que *proporcionam* ao *titular respectivos poderes exclusivos*, fundamentalmente ligados a *defesa da genuinidade e integridade da sua obra* e ao *aproveitamento das vantagens inerentes à exploração económica do bem-obra intelectual.*»⁸⁴.

Todavia, para simplificar, o autor não considerou aqui as situações comumente também designadas «*jusautorais*» que respeitam à *atribuição de direitos conexos*, como o dos já estudados artistas intérpretes ou executantes, *mas não as exclui da aplicação destes princípios*⁸⁵.

2.4. **As modalidades de disposição dos direitos patrimoniais autorais**

Como já referimos, o autor goza de uma ampla liberdade de disposição dos direitos patrimoniais autorais, cabendo-nos, por isso, uma análise das suas modalidades. Aludimos,

⁸¹ Cf. Tiago BESSA, «*Direito...*», *op. cit.*, p. 1141, itálico nosso. Para uma melhor explicitação destas *faculdades pessoais de autor*, v. Alberto MELLO, «*Manual...*», *op. cit.*, pp. 145-161 e sobre os *direitos pessoais dos artistas*, v. p. 385.

⁸² Cf. Tiago BESSA, «*Direito...*», *op. cit.*, p. 1149

⁸³ Cf. Tiago BESSA, «*Direito...*» *op. cit.*, p. 1161.

⁸⁴ Cf. Alberto MELLO, «*Manual...*», *op. cit.*, cit., pp. 111-112.

⁸⁵ Nesse sentido, o previamente citado Acórdão do STJ n.º 15/2013 refere que «O CDADC tutela, *relativamente aos direitos conexos, os direitos pessoais e patrimoniais dos artistas, intérpretes e executantes*, dos produtores de fonogramas, de videogramas e dos organismos de radiodifusão.», itálico nosso

apenas, que os factos que importem a *constituição, transmissão, oneração, alienação, modificação ou extinção* de direitos de autor estão sujeitos a registo - art. 215.º CDADC.

2.4.1. A transmissão⁸⁶

A transmissão é a primeira modalidade que vamos analisar e está prevista no art. 40.º, al. b) CDADC, podendo ser *total* (art. 44.º) ou *parcial* (art. 43.º).

Numa primeira abordagem, poderá entender-se que, na *transmissão total*, o próprio *direito exclusivo* de exploração económica da obra passaria para a *esfera do transmissário*, incorporando *todas as faculdades ou poderes* em que se desdobra, enquanto na *transmissão parcial* apenas são transmitidas *as faculdades de exploração* ou os *modos de utilização indicados no respectivo título* (art. 43.º, n.º 1)⁸⁷.

Tiago BESSA entende que esta distinção terá, em princípio, algum sentido, uma vez que o titular do direito de exclusivo pode *transmitir globalmente o seu direito* (patrimonial ou o que não estiver excluído por lei), *perdendo o exclusivo de exploração económica da obra* e ficando *apenas (eventualmente) com os direitos morais sobre aquela*. Neste caso, *o transmissário assumiria a posição de autor na exploração da obra*, nos termos dos art.s 67.º e 68.º, ideia também corroborada pelo n.º 3 do art. 27.º ao determinar que «a referência ao autor abrange o sucessor e o *transmissário* dos respectivos direitos»⁸⁸.

Por outro lado, o titular do direito exclusivo também pode transmitir *apenas uma* das inúmeras faculdades de exploração da obra (v.g., a *reprodução*), mas *mantendo a exclusividade das restantes* (v.g., a comunicação ao público e a representação). Alguns autores entendem que, nestes casos, *o direito de exclusivo ficaria amputado de uma das suas principais características*⁸⁹.

No entanto, o autor discorda, *e com razão*, da orientação relativa à *transmissão parcial*, porque, na realidade, *não existe uma verdadeira fragmentação do direito autor; ao invés, este conserva uma elasticidade em relação ao direito derivado, reabsorvendo-o após*

⁸⁶ Desejando um maior aprofundamento, v. Tiago BESSA, «Direito...» *op. cit.*, pp. 1161-1166, e Alberto MELLO, «Manual...», *op. cit.*, pp. 182-186.

⁸⁷ Cf. Tiago BESSA, «Direito...», *op. cit.*, p. 1161.

⁸⁸ Cf. Tiago BESSA, «Direito...», *op. cit.*, p. 1161.

⁸⁹ O autor indica-nos como exemplos Luiz REBELLO, «Introdução ao Direito de Autor, Vol. I», SPA, Ed. Dom Quixote, Lisboa, 1994, pp. 138 e ss., e, ainda que aparentemente, Alexandre PEREIRA, «Direitos de Autor...», *op. cit.*, p. 196.

a sua extinção⁹⁰. Deste modo, as transmissões parciais são, *na verdade, onerações de direitos de autor*, devendo aplicar-se o regime respectivo⁹¹.

No caso das transmissões totais, o autor fica, *para sempre, sem a vertente patrimonial autora, deixando, à partida, de poder exercer actos de exploração económica sobre a obra*. Todavia, o direito transmitido terá *a mesma natureza que tinha aquando da transmissão*, o que significa que os *efeitos da transmissão total são meramente translativos e não constitutivos*.

Numa última nota, referimos a existência de *transmissões definitivas e temporárias*. Apesar do art. 40.º não as distinguir, estão previstas nos arts. 44.º («A transmissão total e definitiva [...]»), 43.º, n.º 4 («Se a transmissão ou oneração forem *transitórias* [...]»), e ainda no art. 88.º, n.º 1 («o contrato de edição não implica a transmissão, *permanente* ou *temporária* [...]») ⁹².

2.4.2. A oneração⁹³

A par das transmissões, o art. 40.º, al. b) consagra a *oneração*, que terá *sempre* como objecto *o direito patrimonial de autor como um todo* ou *apenas algumas das suas faculdades* (art. 43.º, n.º 1).

⁹⁰ Tiago BESSA apoia-se em Oliveira ASCENSÃO, que defende que esta “teoria do desmembramento” tem como origem a aproximação do direito de autor ao direito de propriedade numa altura em que se concebia a constituição de direitos reais menores (como o usufruto) como um *desmembramento da propriedade* e não como uma oneração. Refere este autor que «não há uma verdadeira fragmentação do direito de autor, porque este conserva sempre a elasticidade em relação ao direito derivado. Nomeadamente, se esse direito derivado se extinguir não cai no domínio público, porque a lei não prevê nunca um ingresso parcial do conteúdo do direito no domínio público, antes este é reabsorvido pelo direito-base [daí a sua *elasticidade*]. Esta situação é correctamente designada como a de oneração do direito-base pelo direito derivado. O acto é sempre constitutivo de uma oneração do direito-fonte». Cf. *Idem*, «Direito...», *op. cit.*, p. 1162-1163, *apud* Oliveira ASCENSÃO, «Direito Civil...», *op. cit.*, pp. 381-383 e *Idem*, «A ‘Licença’ no Direito Intelectual», in *Contratos de Direitos de Autor e de Direito Industrial, obra colectiva coordenada por Carlos Ferreira de ALMEIDA, Luís Couto GONÇALVES, e Cláudia TABUCO*, Almedina, 2011, pp. 102-103.

⁹¹ Cf. Tiago BESSA, «Direito...», *op. cit.*, p. 1163, *apud*, Maria ROCHA, «Questões de Forma nos Contratos de Exploração de Direitos de Autor e Direitos Conexos em Portugal», in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*, Vol. II, Coimbra Editora, 2009, p. 780, e restantes RB.

⁹² Cf. Tiago BESSA, «Direito...», *op. cit.*, p. 1164. Contra a possibilidade de transmissão temporária de direitos de autor, v. Carlos ALMEIDA, «Contratos de Direitos...», *op. cit.*, p. 14. Este autor entende que as referências legais do art. 43.º, n.º 4 CDADC à transmissão transitória devem ser entendidas, consoante o contexto, como onerações ou licenças.

⁹³ Para uma melhor análise, cf. Tiago BESSA, «Direito...», *op. cit.*, p. 1166-1168 e Alberto MELLO, «Manual...», *op. cit.*, pp. 182-186.

Apesar da *deficitária* regulação do CDADC nesta matéria, Tiago BESSA concebe a existência de *várias hipóteses de oneração*: a *total e transitória*, a *total e definitiva*, a *parcial e transitória*, e a *parcial e definitiva*⁹⁴.

Importa reter desta figura que implica, *tipicamente*, a *criação* de um direito *ex novo* de 2º grau sobre o direito patrimonial de autor, limitando-o, mas de igual natureza. *Não há, portanto, qualquer cessão global e, findo esse direito*, a esfera jurídica do titular do direito patrimonial reassume a sua plenitude - isto apenas atesta a *elasticidade* destes direitos⁹⁵.

2.4.3. A autorização ou licença de utilização ou exploração⁹⁶

2.4.3.1. Considerações prévias

A modalidade de disposição patrimonial mais importante para o nosso estudo é a *autorização* ou *licença* de exploração, que está prevista nos art.s 40.º, al. a) e 41.º CDADC.

Numa primeira nota, Tiago BESSA entende que a nossa lei atribuiu um *duplo sentido* à expressão «*autorização*»⁹⁷: *por um lado*, ela surge intimamente relacionada com a ideia de *consentimento necessário para a modificação* de uma obra alheia (art. 59.º, n.º 1) ou para *utilização pessoal ou comercial por terceiro* (art.s 68.º, n.º 2 e 161.º, n.º 1), estando, neste caso último caso, perante um *acto jurídico quase-negocial*⁹⁸ que traduz-se numa *pura manifestação de vontade*, um reflexo da autonomia privada do titular do direito e, *por outro lado*, a *autorização* é utilizada para definir um *tipo abstracto de negócios de direitos de autor*, podendo atribuir-se o nome de «*licença*» - só neste último caso é que estamos perante um *verdadeiro contrato autorial* -.

Assim, as *autorizações* previstas no CDADC correspondem, na maioria, a *licenças de utilização* ou de *exploração* da obra⁹⁹.

⁹⁴ Para o autor, é possível conceber estas formas de oneração à luz dos art.s 40.º, al. b) e 43.º, n.º 4, mas basta atentar nos arts. 40.º e ss para perceber que, apesar da lei permitir estas hipóteses, o regime previsto só é aplicável, pelo menos directamente, às *onerações parciais*. Cf. Tiago BESSA, «*Direito...*», *op. cit.*, p. 1167.

⁹⁵ Cf. Tiago BESSA, «*Direito...*», *op. cit.*, p. 1168, *apud* António VITORINO, «*A Eficácia dos Contratos de Direito de Autor*», Almedina, 1995, p. 79.

⁹⁶ Sobre as autorizações ou licenças, v. Tiago BESSA, «*Direito...*», *op. cit.*, pp. 1168-1171 e Alberto MELLO, «*Manual...*», pp. 167-184.

⁹⁷ Cf. Tiago BESSA, «*Direito...*», *op. cit.*, p. 1168, *apud* António VITORINO, «*A Eficácia...*», *op. cit.*, *Idem*, «*As Licenças: uma Análise de Direito Português e de Direito Comparado*», in *Num Novo Mundo do Direito de Autor*, Vol. II, Cosmos, Lisboa, 1994, p. 408.

⁹⁸ Cf. Tiago BESSA, «*Direito...*», *op. cit.*, p. 1168, *apud* Menezes CORDEIRO, «*Tratado de Direito Civil Português I, Parte Geral, Tomo I*», 3ª Ed., Almedina, 2009, p. 480.

⁹⁹ O autor considera que Oliveira ASCENSÃO acaba por *admitir a equivalência* entre as expressões «*autorização*» e «*licença*» - Cf. Tiago BESSA, «*Direito...*», *op. cit.*, p. 1169, *apud* Oliveira ASCENSÃO,

2.4.3.2. O regime geral das autorizações. Breve análise

O art. 41.º CDADC surge-nos como o *tronco* do regime geral desta figura.

O seu n.º 1 determina que a *simples autorização concedida a terceiros* para *divulgar, publicar, utilizar ou explorar a obra por qualquer processo não implica a transmissão do direito de autor sobre ela*¹⁰⁰. Isto significa que o autor não vê os seus direitos pessoais e patrimoniais de autor afetados por este modo de disposição.

O n.º 2, por seu turno, *exige a forma escrita e presume* o carácter *não exclusivo e oneroso* da autorização, podendo as partes afastar esta presunção estipulando em contrário.

Sobre o primeiro requisito, referimos que parte da doutrina e da jurisprudência consideram que esta exigência é meramente *ad probationem*, não determinando a sua inobservância a nulidade do negócio¹⁰¹.

Todavia, Alberto MELLO entende que não é bem assim, visto que a inobservância da forma solene exigida por lei determina, *em regra*, a *nulidade do acto* - art. 220.º CC. Nesse sentido, Tiago BESSA afirma que o objectivo desta exigência é *proteger o autor* e corresponde, por isso, a uma *formalidade ad substantiam*, enquanto *requisito de validade do próprio acto de disposição* que, na sua ausência conduzem à *nulidade do negócio*¹⁰².

Em termos genéricos, a *licença exclusiva* é aquela em que o titular do direito patrimonial de autor se *obriga a não conceder uma licença com o mesmo conteúdo da anterior, ou com um conteúdo que possa conflitar com essa, enquanto não terminar o seu prazo*. É uma forma de *defesa do licenciado* que, muitas vezes, mobiliza elevados custos para realizar a exploração económica de uma obra, ficando investido de um direito de *aproveitamento económico desta, de acordo com as formas de utilização autorizadas, sem a concorrência de outros*.

«Direito Civil...», *op. cit.*, p. 395 e *Idem*, «A 'Licença'...», *op. cit.*, p. 101. Alberto MELLO também faz essa equiparação ao utilizar a nomenclatura «*autorizações (licenças)*» e «*autorização/licença*» ao longo do seu manual, cf. *Idem*, «Manual...», *op. cit.*, pp. 167 e ss.

¹⁰⁰ No mesmo sentido, diz o já citado Acórdão do TR Porto, de 23.11.2006, que «a autorização da utilização da obra, com exclusividade ou não, não implica a transmissão do direito sobre ela, que permanece na esfera jurídica do seu titular».

¹⁰¹ A título de exemplo, estipula o citado Acórdão do TR Porto, de 23.11.2006, que «a inobservância da forma escrita *não determina a nulidade* do contrato que permite a autorização da exploração económica da obra por quem não é o seu criador».

¹⁰² Sobre esta exigência no âmbito dos direitos de autor, v. Tiago BESSA, «Direito...», *op. cit.*, pp. 1184-1192 e Alberto MELLO, «Manual...», *op. cit.*, p. 169 e, para uma análise do regime geral civilístico, v. Carlos Mota PINTO, «Teoria...», *op. cit.*, pp. 392-395.

Em correspondência, o *autor não pode exercer, por si ou por terceiros, os modos de aproveitamento da obra que foram cedidos a título de exclusivo*, limitando o art. 68.º, n.º 4. Compreendemos, por isso, a opção do legislador de determinar que *só mediante convenção de exclusividade é que a licença tem essa natureza*¹⁰³.

Sem derrogar a liberdade contratual das partes, o n.º 3 enuncia os *elementos que devem constar do documento escrito*, a saber: a *forma autorizada* de divulgação, publicação e utilização, bem como as respectivas condições de *tempo, lugar e preço*¹⁰⁴.

Em primeiro lugar, é necessário que haja um mínimo de determinabilidade das *formas de exploração* da obra autorizadas e à *finalidade pretendida* pelas partes com a licença, evitando situações de *concessões genéricas e imprecisas* que comprometam a posição do autor e prejudiquem o comércio jurídico¹⁰⁵.

Em segundo lugar, a definição de um prazo é importante porque *exige a ponderação das consequências no momento da celebração da licença*, protegendo também os interesses do autor.

Em terceiro lugar, a determinação do território da licença beneficia de uma vasta liberdade, podendo o autor autorizar que editor a edite e distribua as suas obras *apenas num país*, reservando para si a hipótese de conceder a outrem os mesmos direitos noutra zona.

Por fim, não obstante a licença presumir-se onerosa, as partes também uma vasta autonomia na determinação do seu preço. Todavia, entendemos, como Tiago BESSA, que esta *onerabilidade não tem um carácter exclusivamente pecuniário*, podendo as partes acordar a *retribuição em espécie* - é o que acontece no contrato de edição, no qual a retribuição pode consistir na atribuição ao autor de um certo número de exemplares da obra (art. 91, n.º 2). O

¹⁰³ Para mais desenvolvimentos, v. Tiago BESSA, «Direito...», *op. cit.*, pp. 1218-1221 e Alberto MELLO, «Manual...», *op. cit.*, pp. 169-182.

¹⁰⁴ Sobre as restantes exigências, v. Tiago BESSA, «Direito...», *op. cit.*, pp. 1204-1209. Sobre a consequência da falta de indicação dos elementos exigidos por lei, v. *Ibidem.*, pp. 1210-1215. Resumidamente, a ausência dos elementos *preço, tempo e lugar* não dão lugar à invalidade da licença, mas as licenças onde *falte a estipulação sobre os modos de aproveitamento económico autorizado* ou *exista uma deficiência insanável das cláusulas acordadas pelas partes* são nulas, não produzindo quaisquer efeitos.

¹⁰⁵ Nesta matéria, o *princípio da funcionalidade* tem um papel preponderante: desde que seja possível determinar a *finalidade* tida por *relevante pelas partes na celebração do negócio*, é possível chegar a uma regulação contratual mais precisa, acabada e aproximada da sua vontade. Nos trâmites deste princípio, determinados modos de exploração inicialmente não previstos podem ser *incluídos* nos contratualmente especificados; semelhantemente, as *novas formas de exploração* que entretanto surgiram podem considerar-se como *previstas pelas partes e idóneas para satisfazer as finalidades pretendidas*, não sendo necessária uma nova autorização. Todavia, em casos duvidosos, deve fazer-se uma *interpretação restritiva*, retirando-se do âmbito *contratual da licença* o(s) modo(s) de exploração não previsto(s) - isto perfaz o *princípio in dubio pro autore*, que nunca deve ser esquecido. Cf. Tiago BESSA, «Direito...», *op. cit.*, pp. 1194-1204.

autor não vê razões que impeçam a generalização desta regra, entendimento que partilhamos¹⁰⁶. Este autor ainda defende, *e com razão*, que, *quando a licença é onerosa, a ausência de exploração por parte do beneficiário não afecta a obrigação de pagar o preço*, pelo que o autor terá sempre *direito a uma remuneração*¹⁰⁷.

2.4.3.3. O crescente recurso a esta figura

As licenças são as mais frequentes modalidades de disposição do direito patrimonial autoral¹⁰⁸. Vejamos porquê.

Por um lado, estes *negócios autorais* atraem muito pela circunstância dos tipos concretos de *contratos de Direito de Autor* regulados na parte especial do CDADC consistirem *todos* em *licenças de utilização da obra* e, *por outro*, o art. 68.º, n.º 4, ao consagrar o *princípio da autonomia*, está a *pensar na concessão de licenças* a terceiros e *não propriamente na transmissão* (onde apenas ocorre uma cessão global, visto que a *transmissão parcial não existe*) ou *oneração* (apesar de poder ser parcial)¹⁰⁹.

De facto, contrariamente à *transmissão*, a *licença não implica qualquer efeito translativo do direito exclusivo*, permitindo, ao invés, a *concessão do gozo da obra a diferentes entidades*, através dos diversos modos de exploração admissíveis. Acresce que, *não sendo estipulado o carácter exclusivo* de uma licença, o autor pode *licenciar o mesmo modo de aproveitamento a diferentes sujeitos*.

A distinção entre a *licença* e a *oneração reside na consequência*: *esta acaba sempre por onerar o direito de autor, diminuindo as possibilidades de exploração* por parte do titular do direito de raiz até ao momento da sua extinção e consequente reabsorção, enquanto *aquela conserva a plenitude do direito autoral na esfera do licenciante, não havendo qualquer fenómeno transmissivo* - deste modo, quando o autor autoriza um terceiro a explorar a sua obra, os seus direitos não sofrem qualquer alteração, salvo *convenção de exclusividade*.

No entanto, *como o direito onerado tem a mesma natureza que o direito-raiz, a sua eficácia é erga omnes*, algo que, *em princípio*, as licenças não disfrutam porque *concedem o gozo de um determinado modo de exploração* da obra, não tendo, por isso, a mesma natureza que o direito de autor¹¹⁰.

¹⁰⁶ Cf. Tiago BESSA, «Direito...», *op. cit.*, pp. 1207-1208.

¹⁰⁷ Cf. Tiago BESSA, «Direito...», *op. cit.*, p. 1209.

¹⁰⁸ Cf. Tiago BESSA, «Direito...», *op. cit.*, p. 1169, *apud* Luiz REBELLO, «Introdução...», *op. cit.*, p. 135

¹⁰⁹ Cf. Tiago BESSA, «Direito...», *op. cit.*, pp. 1169-1170.

¹¹⁰ Para mais detalhes sobre estas distinções, cf. Tiago BESSA, «Direito...», *op. cit.*, p. 1170-1171.

2.4.3.4. Especificidades das autorizações ou licenças

a) Noção do contrato de licença

É justamente pelo facto deste modo de disposição autoral ser tão *comum* que estranhámos o facto do CDADC não definir o que deve entender-se por «*contrato de licença de exploração*»...

De todo o modo, Tiago BESSA define as licenças previstas na *parte especial do CDADC* como *negócios jurídicos pelos quais o titular do direito patrimonial autoral, em especial, o criador intelectual, autoriza outra pessoa a explorar um ou mais modos de aproveitamento económico de um bem imaterial, podendo cada um deles ser de exclusivo aproveitamento desta, mediante convenção contratual*¹¹¹.

Em termos simples, podemos dizer que os contratos tipificados ao longo do Capítulo III do Título II do CDADC - *edição* (art.s 83.º e ss), *representação cénica* (art.s 107.º e ss), *a fixação fonográfica ou videográfica* (art.s 141.º e ss), e outros - são *verdadeiros tipos nominados de licenças de exploração da obra*, devendo o regime desta *parte especial* ser articulado com o regime geral das autorizações do CDADC se quisermos compreender melhor o contrato de edição. No entanto, a construção dogmática das licenças autorais exige a *consideração particular do contrato de edição como tipo paradigmático das licenças de exploração da obra, dele retirando-se os elementos que permitem construir edifício jurídico das licenças, enquanto actos de disposição*¹¹².

Finalmente, defendemos que *não existe uma tipicidade taxativa* de autorizações ou licenças: *do mesmo que o desenvolvimento tecnológico traz cada vez mais formas de exploração de uma obra, também a possibilidade de conceder licenças é especialmente vasta, sem esquecer as portas abertas pela autonomia das formas de exploração da obra - art. 68.º, n.º 4*¹¹³ - e pelo princípio civilístico da *liberdade contratual*¹¹⁴.

¹¹¹ Cf. Tiago BESSA, «*Direito...*», *op. cit.*, cit., p. 1174, itálico nosso.

¹¹² Cf. Tiago BESSA, «*Direito...*», *op. cit.*, p. 1172, *apud* Oliveira ASCENSÃO, «*Direito Civil...*», *op. cit.*, pp. 439-458 e restantes RB.

¹¹³ Diz o preceito que «as diversas formas de exploração da obra são independentes umas das outras e a adopção de qualquer delas pelo autor ou pessoa habilitada não prejudica a adopção das restantes pelo autor ou terceiros».

¹¹⁴ Cf. Tiago BESSA, «*Direito...*», *op. cit.*, p. 1172, *apud* Oliveira ASCENSÃO, «*Direito Civil...*», *op. cit.*, p. 385, e restantes RB.

b) Objecto do contrato da licença

A licença de exploração tem um objecto *mediato e imediato*: o primeiro reporta-se à obra em si, enquanto bem *imaterial* que transcende a sua exteriorização num bem corpóreo, recaindo sobre ela os efeitos dos negócios; o segundo, por sua vez, consiste nos «modos de aproveitamento da obra que são conhecidos pelo titular do direito patrimonial a um terceiro. Em regra, a definição das formas de utilização da obra corresponderá ao conteúdo essencial do negócio jurídico em si, definindo os contornos e a essência da relação jurídica das partes.»¹¹⁵, como *supra* referimos.

A definição dos modos de exploração por parte do autor é importante pois, sendo a obra um bem intelectual ou coisa incorpórea, pode questionar-se se a licença só pode ter como objecto obras preexistentes ou pode também abranger obras futuras. Tiago BESSA admite esta possibilidade, mas dentro de certos limites.

Esta hipótese é perfeitamente concebível porque, desde logo, a prestação sobre coisa futura é permitida pelo art. 399.º CC, e os arts. 48.º e 104.º CDADC também apontam nesse sentido.

No entanto, apesar do legislador parecer restringir o art. 48.º aos actos de transmissão e oneração, Tiago BESSA entende que não há nenhuma razão para não se estender esta possibilidade às licenças¹¹⁶. Assim, a licença só pode abranger as obras que o autor vier a produzir no prazo máximo de 10 anos (n.º 1) e, caso as partes estipulem um prazo mais dilatado, este será reduzido aos limites do número anterior, diminuindo proporcionalmente a remuneração acordada (n.º 2). O n.º 3 também deve ser estendido a estes contratos, sendo nulo o contrato de licença sem prazo limitado¹¹⁷.

Para finalizar, notamos que Tiago BESSA considera que o regime previsto para as licenças ou autorizações nos arts 40.º e ss do CDADC, em especial o art. 41.º, só se aplicam aos negócios jurídicos que tenham como objecto a própria obra em si e não outras realidades como o suporte corpóreo (*corpus mechanicum*) onde a obra se insere. À partida, um contrato onde se estipule a compra e venda de uma cópia de uma obra fonográfica não tem a obra como objecto, valendo para este tipo de negócios as regras gerais sobre os negócios jurídicos¹¹⁸.

¹¹⁵ Cf. Tiago BESSA, «Direito...», *op. cit.*, cit., p. 1176, itálico nosso.

¹¹⁶ Aliás, o art. 104.º, respeitante às obras futuras no contrato de edição, ordena a aplicação deste artigo.

¹¹⁷ Para mais detalhes, cf. Tiago BESSA, «Direito...», *op. cit.*, pp. 1179-1182.

¹¹⁸ Cf. Tiago BESSA, «Direito...», *op. cit.*, pp. 1182 e 1183, inclusive NP e RB

Por fim, referimos que estes contratos pressupõem que *um dado modo de aproveitamento deve obedecer às condições definidas no respectivo título, punindo-se penal e/ou civilmente* o seu desrespeito. Menezes LEITÃO defende a aplicabilidade do crime de *usurpação* (art. 195.º, n.º 2, al. c) CDADC) e da inerente *responsabilidade civil*; contrariamente, Tiago BESSA entende, apoiado em Oliveira ASCENSÃO, que esta situação *apenas gera responsabilidade civil*, uma vez que foi *violada, pura e simplesmente, uma cláusula contratual*. Só será passível de gerar responsabilidade *penal e civil a utilização da obra num modo de aproveitamento económico não autorizado pelo autor*, uma vez que foi atingido o seu direito exclusivo¹¹⁹.

c) **Posição jurídica das partes**¹²⁰

Face às particularidades de cada direito e dever em cada licença, não vai ser possível fornecermos um quadro completo da posição jurídica das partes, mas apontaremos os seus elementos mais característicos, sem esquecer a sua natureza supletiva (v. art. 113.º, n.º1)¹²¹.

No que diz respeito ao *autor*, podemos retirar, do *lado activo*, os *direitos de fiscalização*¹²², do *controlo prévio das formas de exploração da sua obra*¹²³, de *introduzir modificações*¹²⁴ e à *identificação*¹²⁵; ainda *teríamos o direito à retribuição*, mas este *não é*

¹¹⁹ Cf. Tiago BESSA, «Direito...», *op. cit.*, pp. 1176 e 1177, inclusive NR. e RB.

¹²⁰ Para uma melhor análise, v. Tiago BESSA, «Direito...», *op. cit.*, pp. 1221-1230, inclusive RB.

¹²¹ Cf. Tiago BESSA, «Direito...», *op. cit.*, cit., p. 1221.

¹²² No sentido de *controlar a aplicação do seu direito de retribuição e verificar o cumprimento dos limites da licença que concedeu*, em termos quantitativos (v.g., número de exemplares autorizados por edição) e qualitativos (como a qualidade técnica da impressão). Este direito surge dos art.s 86.º, n.º 7, 110.º, n.º 3, 113º, n.º 1, al. f) e 143.º. Cf. Tiago BESSA, «Direito...», *op. cit.*, p. 1222.

¹²³ Direito emergente dos art.s 94. n.º 1, 98.º, 113.º, n.º 1 e 160.º, n.º 2. Para Tiago BESSA, este direito reporta-se a *interesses pessoais do autor*, relacionados com a *essência da sua obra e/ou com a qualidade que deve exigir dos actos de exploração exercidos sobre esta*, uma vez que, estado em causa a exploração de uma obra artística ou literária por um terceiro, podem criar-se tensões com a *essência criativa da obra*, afectando a marca e o cunho pessoal do autor. Cf. *Idem*, «Direito...», *op. cit.*, p. 1223-1224.

¹²⁴ Tiago BESSA entende que este direito pode desdobrar-se em várias situações: *por um lado*, pode estar em causa a mera introdução de modificações no suporte corpóreo da obra (art. 94.º, n.º 4), estando muito próxima da situação do controlo prévio, tendo idênticas finalidades; mas, *por outro*, admite-se que o autor possa, após a celebração de uma licença, modificar a sua obra (art. 105.º, n.º 2 e 113.º, n.º 1, al. a)), desde que não impliquem a alteração substancial obra primitiva nem diminua o seu interesse dramático ou espectacular nem prejudique a programação dos ensaios e a representação. Cf. *Idem*, «Direito...», *op. cit.*, p. 1225.

¹²⁵ Decorre dos art.s 97.º, 122, n.º 1, 134.º, n.º 2, 142.º, 154.º, 160.º, n.º 3 e 161.º. Nas palavras de Tiago BESSA, «o direito à identificação não é mais do que a possibilidade, atribuída ao autor, de associar uma determinada obra à sua esfera criativa, ainda (e especialmente nestes casos) que esta seja explorada por terceiros» - Cf., *Idem*, «Direito...», *op. cit.*, cit., p. 1223. Visto ser um aspecto essencial da posição do autor nas licenças, caso nada seja convencionado ou existam dúvidas sobre a forma de identificação do autor, o licenciado terá de sanar a dúvida, devendo questioná-lo acerca do modo de identificação que prefere – Cf. *Ibidem*, p. 1223.

um elemento fundamental das licenças de exploração, uma vez que o seu *presumido* carácter oneroso pode ser afastado pelas partes.

Do lado *passivo*, a sua *principal* prestação será a de *proporcionar ao licenciado o aproveitamento ou o gozo da coisa*. Em certos casos, esta conduta pode envolver uma obrigação de *facere* (ou mesmo de *dare*) devendo, por exemplo, entregar ao licenciado o *corpus mechanicus* da obra (art. 89.º, n.º 1); de *non facere*, não podendo perturbar o gozo por parte do licenciado, seja através da concessão de novas licenças de exploração ou praticando, ele próprio, actos de exploração económica sobre a obra (mas só se tal *restrição* tiver sido acordada); ou até de *pati*, devendo suportar ou tolerar uma actividade à qual *poderia opor-se* se a licença não existisse. O autor terá também a obrigação de *garantir* da *genuinidade das suas obras*, de modo a proteger o licenciado contra actos de *usurpação*.

O licenciado, por sua vez, terá os *direitos de exploração da obra*¹²⁶ e de *introduzir alterações*¹²⁷, desde que não afectem a sua essência ou substância (art.s 93.º e 95.º), de forma a *conservar* a sua *integridade e proteger a honra ou reputação do autor* (art. 56.º, n.º 1).

Passivamente, terá de *utilizar a obra de acordo com o zelo e a diligência necessários*¹²⁸, de forma a assegurar o *sucesso da exploração*; e também deverá *evidenciar a existência de autorização do autor para aquela utilização da obra*¹²⁹. Apesar da divisão doutrinária, entendemos, como Tiago BESSA, que o licenciado também terá o *dever de explorar a obra*, mesmo que não exista estipulação contratual nesse sentido¹³⁰.

¹²⁶ Todavia, o seu direito de gozo e de fruição deve respeitar os *modos, termos e condições definidos na licença e autorizados pelo autor*, pelo que qualquer modo de aproveitamento que não tenha sido especificamente autorizado pelo autor *deve ser objecto de uma nova autorização*. O licenciado também está impedido de utilizar a obra de *forma diversa da que foi autorizada* ou para uma *finalidade distinta*. Reafirmamos, no entanto, a aplicação dos *princípios de interpretação contratual*, nomeadamente o da *funcionalidade*, e a possibilidade de *existirem autorizações implícitas ou tácitas*, que são admitidas, em termos gerais, pelos art.s 127, n.ºs 3 e 4, 129.º, e 152.º, n.º 1, e outros... Cf. Tiago BESSA, «Direito...», *op. cit.*, p. 1227.

¹²⁷ Apesar de estar especificamente consagrado para edição, consideramos, como Tiago BESSA, que este direito decorre de um *princípio geral* que deve ser *estendido a todas as licenças*, segundo o qual *o licenciado pode introduzir modificações na obra, desde que não impliquem alterações na sua substância ou essência*. Cf. *Idem*, «Direito...», *op. cit.*, p. 1227.

¹²⁸ Resultante dos art.s 90.º, n.º 1 e 115.º, n.º2, parte final. O licenciado *também deve assegurar a existência e a aplicação dos meios técnicos adequados para atingir o sucesso da exploração* (art. 115.º, n.º 2, parte inicial). Cf. Tiago BESSA, «Direito...», *op. cit.*, p. 1228.

¹²⁹ Esta obrigação decorre dos art.s 11.º, 122.º, n.º 3, e 143.º, n.º3, podendo ser *generalizada*, como entende Tiago BESSA, para as *demais licenças de exploração*. Assim, sempre que lhe for requerido, o licenciado terá de fazer prova, perante as autoridades competentes, de que *dispõe da autorização necessária para a prática dos actos em causa*. Com isto pretende-se proteger o autor e salvaguardar a segurança, qualidade e confiança no tráfego jurídico. Cf. *Idem*, «Direito...», *op. cit.*, p. 1228.

¹³⁰ Oliveira ASCENSÃO defende que não existe nenhuma base para isso na lei portuguesa, ficando o titular com a *faculdade (e não dever ou obrigação)* de explorar. Densificando a sua posição, o autor atribui um elemento das onerações às licenças, ao abrigo do qual o beneficiário terá o *onus* de usar a obra e *não um dever*, podendo usar se quiser evitar a caducidade, mas não comete nenhum ilícito com a sua inactividade. Tiago

d) **Natureza jurídica da licença**

Por último, no que diz respeito à sua natureza jurídica, Tiago BESSA entende que o *contrato de licença* acaba por ser paralelo ao contrato de *locação*, previsto nos art.s 1022.º e ss CC¹³¹.

A nível do *objecto*, a licença permite a outrem o gozo sobre uma coisa, ainda que incorpórea, tal como a locação. Além disso, a principal prestação do autor é *proporcionar o gozo da coisa ao licenciado*, correspondendo, de certa forma, a uma das obrigações do locador (art.º 1031.º, al. b) CC).

Seguidamente, a *posição do licenciado* partilha algumas semelhanças com o art. 1038.º, nomeadamente no que diz respeito ao *pagamento de uma compensação pelo gozo da coisa* (al. a)), da *proibição de aplicar a coisa a fim diverso daquela a que se destina* (al. c)); e do *impedimento de proporcionar a outrem o gozo da coisa sem a autorização do titular* (al. f)). Assim, tal como o locatário, o licenciado terá a *obrigação de pagar o preço da licença, verá o seu poder de gozo ser limitado pelos termos exactos definidos naquela*, e, além disso, *não poderá, em regra, ceder o seu direito sem autorização do autor*.

Findo o contrato de locação, o CC determina a *restituição da coisa locada* – art. 1043.º -, e o CDADC, na *edição*, prevê a *devolução do corpus mechanicus da obra*, conforme - art. 89.º, n.ºs 2 e 3.

Sendo *gratuita*, podemos reencaminhar a licença de exploração ao *comodato* (art.s 1129.º e ss CC)¹³², pois este é o *contrato paradigmático no que toca à concessão, não onerosa, do gozo sobre uma coisa*.

BESSA, por sua vez, rejeita este entendimento porque, *por um lado*, como estão em causa *actos de disposição distintos*, a *resolução desta questão não deve ser semelhante* e, *por outro*, admitir que um licenciado munido de um direito de exploração *não o exerça contraria a função económica e social* desse mesmo direito e a *finalidade pretendida pelas partes*. Além disso, de um ponto de vista formal, há diversos artigos no direito contratual de autor que visam *impedir uma situação de inactividade do licenciado*, v.g., art.s 90.º, n.º 2, 105.º, n.º 4, 115.º, n.º 1 e 136.º, devendo ser *estendidos às restantes modalidades de exploração por força das remissões internas do CDADC*. No entanto, o primeiro autor parece ter abandonado esta perspectiva, defendendo que, em termos gerais, *a não exploração da licença constitui uma inobservância do princípio da função social*, embora *pareça* apenas aplicar esta consequência às situações de oponibilidade *erga omnes* dos direitos intelectuais e não às que têm efeitos meramente obrigacionais. Cf. Tiago BESSA, «Direito...», *op. cit.*, p. 1228, *apud*, Oliveira ASCENSÃO, «Direito Civil...», *op. cit.*, pp. 390 e ss e *Idem*, «A 'Licença'...», *op. cit.*, p. 111.

¹³¹ Sobre esta aproximação, v. Tiago BESSA, «Direito...», *op. cit.*, pp. 1242-1246. Sobre a locação, v. Menezes LEITÃO, «Direito das Obrigações, Vol. III: Contratos em Especial», 6ª Ed., Almedina, Coimbra, 2009, pp. 299-381 e Abílio NETO, «Código...», *op. cit.*, pp. 954-1007.

¹³² Sobre o comodato, v. Menezes LEITÃO, «Direito...Vol. III», *op. cit.*, pp. 367-380 e Abílio NETO, «Código...», *op. cit.*, pp. 1069-1075.

Todas estas conclusões são também justificáveis pelo facto de noutro ramo da propriedade intelectual, a *propriedade industrial*, entender-se que a licença de exploração de uma marca deve ser *relacionada com o contrato de locação ou de comodato*, consoante o seu carácter seja oneroso ou gratuito¹³³.

Todavia, este paralelismo não é absoluto... De facto, um dos elementos da locação é a *transitoriedade*, o *gozo temporário* (art. 1022.º), mas no direito autoral não está vedada a concessão de uma licença por *prazo indeterminado* ou até ao *término da protecção legal da obra* ou *prestação* (v. arts. 31.º a 37.º e 183.º, respectivamente).

2.5. Os contratos com as editoras discográficas

2.5.1. A edição

i. Generalidades

Como já evidenciamos, a edição ocupa uma posição privilegiada no seio do *direito contratual de autor*. Este modo de utilização é regulado pelos art.s 83.º a 106.º CDADC, e vem definida pelo art. 83.º como «*o contrato pelo qual o autor concede outrem, nas condições nele estipuladas ou previstas na lei, autorização para produzir por conta própria um número determinado de exemplares de uma obra ou conjunto de obras, assumindo a outra parte a obrigação de os distribuir e vender.*».

Em primeiro lugar, notamos, como Alberto MELLO, que *a edição a que a lei se refere é apenas a edição gráfica*¹³⁴. Mesmo quando não se refere especificamente a obras literárias, tem-nas sempre em vista, e, nos casos em que o faz, é patente que o CDADC apenas cuida (pelo menos explicitamente) da edição gráfica – o exemplo mais notório é o art. 98.º que estatui a «*impressão*» e refere «*provas de página*», ou ainda o art. 93.º, que consagra o direito do autor de exigir a «*actualização ortográfica do texto*».

Seria *mais correcto*, como entende o mesmo autor, «que o CDA compreendesse *outras formas de edição, em que também se verifica a reprodução em exemplares* – que, em conjunto com a *distribuição* e a *venda* dos mesmo, é característica-chave da edição. Este

¹³³ Cf. Tiago BESSA, «*Direito...*», *op. cit.*, p. 1246, *apud* Carlos OLAVO, «*Contrato de Licença de Exploração de Marca*», in *ROA*, Ano 61, Janeiro 2001, pp. 193 e ss, também disponível em <https://portal.oa.pt/upl/%7Bde1fdd5a-64d6-43cd-977f-4848a7dbacf8%7D.pdf>.

¹³⁴ Cf. Alberto MELLO, «*Manual...*», p. 293.

seria o caso, por exemplo *da edição discográfica, em que a multiplicação das cópias (na edição de música em CD ou Vinil) é também seguida de distribuição de venda de exemplares.*»¹³⁵.

No entanto, a lei autoral portuguesa *não concebe esta possibilidade*. Mesmo a *fixação fonográfica* ou *videográfica* (art.s 141.º a 148.º) não é referida pela lei como *edição*, apesar de compreender actividades de *reprodução, distribuição e venda* de exemplares onde as obras intelectuais estão *registadas e remeter, especificamente, para as regras do contrato de edição*, devidamente adaptadas (art. 147.º).

Como se isso não bastasse, em todos os casos em que é relevante a regulação do modelo contratual aplicável ao acto de autorização que implique a *reprodução, distribuição e venda* de exemplares da obra intelectual, *a lei determina a aplicação das normas da edição*. Nesta vertente, reafirmamos que *o modelo e o regime do contrato de edição são paradigmáticos para as várias modalidades de reprodução e comercialização de obras de origem contratual, ainda que não esteja em causa a edição gráfica*¹³⁶.

Uma vez que a lei *apenas* prevê a edição gráfica, devemos fazer *algumas adaptações conceituais* de modo a abarcar a *realidade musical*, na esperança de não contrariarmos demasiado a letra e o espírito da lei.

ii. **Características da edição**

Antes de estudarmos as suas características, relembramos que a análise *supra* feita das características das licenças merece aplicação, não só porque a edição, enquanto licença ou autorização, é regulada pelo regime geral dos art.s 40.º, 41.º e 48.º CDADC, mas também porque é *o modelo paradigmático destas modalidades de disposição autoral*¹³⁷.

a) **Objecto**

De acordo com o art. 85.º, o contrato de edição pode ter por objecto *uma* ou *mais obras, existentes* ou *futuras, inéditas* ou *publicadas*, atribuindo às partes uma ampla liberdade para determinarem aquilo sobre que vão incidir os efeitos deste contrato. Todavia, por força do art. 104.º, os limites impostos pelo art. 48.º devem ser escrupulosamente

¹³⁵ Cf. Alberto MELLO, «Manual...», *op. cit.*, cit., p. 293, itálico nosso, *apud*, Oliveira ASCENSÃO, «Direito Civil...», *op. cit.*, pp. 442 e ss.

¹³⁶ Cf. Alberto MELLO, «Manual...», *op. cit.*, p. 294.

¹³⁷ V. 2.4.3.2.

respeitados, sob pena de *nulidade do contrato que autorize, por tempo ilimitado, a exploração de obras futuras*.

b) **Forma**

No que diz respeito à forma, o n.º 1 do art. 87.º exige a *forma escrita* para que a edição *surta efeitos*, atribuindo o n.º 2 a *nulidade* como consequência da inobservância deste requisito. No entanto, esta nulidade distancia-se do regime geral previsto no art. 286.º CC, por presumir-se que tal falta é *imputável ao editor, só podendo ser invocada pelo autor*¹³⁸.

c) **Efeitos**

Numa primeira fase, podemos retirar os efeitos deste contrato do art. 88.º:

Em *primeiro lugar*, e cremos que a lei é suficientemente elucidativa nestes aspectos, a celebração da edição *«não implica qualquer transmissão, permanente ou temporária, para o editor do direito de publicar a obra, mas apenas a concessão de autorização para reproduzir e comercializar nos precisos termos do contrato.»*.

Em *segundo lugar*, *«a autorização para a edição não confere ao editor o direito de traduzir a obra, de a transformar ou adaptar a outros géneros ou formas utilização, direito esse que fica sempre reservado ao autor»*. Esta atribuição patrimonial *apenas mobiliza as faculdades essenciais para a reprodução, distribuição e venda de exemplares da obra ou obras a editar, susceptíveis de realizar o fim contratual*, sendo, por isso, *finalista*¹³⁹, e este artigo impede a convocação de outras faculdades *instrumentais* da exploração da obra.

O n.º 3 deste artigo é extremamente importante porque consagra os *efeitos do carácter exclusivo* da edição. De facto, salvo o disposto no art. 103.º (respeitante a obras completas) ou estipulação em contrário, a licença outorgada pelo contrato de edição *«inibe o autor de fazer ou autorizar nova edição da mesma obra na mesma língua, no País ou no estrangeiro, enquanto não estiver esgotada a edição anterior ou não tiver decorrido o prazo estipulado»*. Quer isto dizer que o autor não pode servir-se, ele próprio ou por intermédio de terceiros, do *mesmo modo de exploração previamente licenciado sobre aquela obra*.

Nesta vertente, Alberto MELLO defende que *«quando, por efeito de actos de concessão de licenças, se outorgue um exclusivo de utilização patrimonial de uma obra, para*

¹³⁸ Cf. Alberto MELLO, «Manual...», *op. cit.*, p. 295.

¹³⁹ Sobre a atribuição finalista de direitos nas licenças, v. Alberto MELLO, «Manual...», *op. cit.*, p. 295

a sua exploração económica segundo uma ou mais modalidades na esfera jurídica do concessionário – sem serem verdadeiros direitos de autor, por respeitarem ao exercício de faculdades de utilização para os fins delimitados – *são direitos de crédito com eficácia erga omnes.*»¹⁴⁰. Ora, como nos termos deste preceito a edição goza de um carácter exclusivo, é concebível a *oponibilidade erga omnes dos direitos do editor, adquiridos por contrato*.

Tiago BESSA argumenta nesse sentido, mas com alguma cautela. Ainda que se defenda que do art. 89.º, n.º4 resulta a *oponibilidade externa* dos direitos resultantes do contrato de edição, esta situação *não deve ser estendida a outras licenças exclusivas, nominadas ou inominadas* pois constitui uma *excepção ao regime geral da relatividade dos contratos*¹⁴¹. Para este autor, a doutrina *parte do princípio de que o contrato de edição é uma licença exclusiva, mas o legislador não considerou esta característica como essencial deste contrato*, por isso é que permitiu que a estipulação das partes amova esse efeito.

Numa última nota, consideramos, ainda com o mesmo autor, que a edição tem um *carácter intuitu personae*, inibindo o editor de, *sem o consentimento do autor, transferir gratuita ou onerosamente para terceiro os direitos emergentes do contrato de edição*, conforme o disposto no n.º 1 do art. 100.º¹⁴².

d) **Conteúdo**

O art. 86.º consagra as regras do conteúdo que deve constar destes contratos.

O n.º 1 deste artigo obriga as partes a *convencionarem o número de edições que o contrato abrange, o número de exemplares que cada edição compreende e o preço de venda ao público de cada exemplar*. Primordialmente, podemos retirar deste preceito *o carácter tendencialmente oneroso desta licença*, apesar de que o «preço de venda (dos exemplares produzidos) ao público» não é o mesmo que a retribuição do autor, óbvia e infelizmente muito distante do produto de venda»¹⁴³.

¹⁴⁰ Cf. Alberto MELLO, «Manual...», *op. cit.*, cit. p. 179, itálico nosso. Para um estudo mais profundo da divisão doutrinária à volta da eficácia dos actos de transmissão e oneração autoral e autorização/licença de exploração da obra intelectual, v. pp. 169-182 e 296, e Tiago BESSA, «Direito ...», *op. cit.*, pp. 1231-1242.

¹⁴¹ Tiago BESSA cita o art. 406.º CC que prescreve: «em relação a terceiros, o contrato só produz efeitos nos casos e termos especialmente previstos na lei» - Cf. *Idem*, «Direito...», *op. cit.*, p. 1240-1241.

¹⁴² Cf. Alberto MELLO, «Manual...», *op. cit.*, cit., p. 296.

¹⁴³ Cf. Alberto MELLO, «Manual...», *op. cit.*, cit., p. 296.

Seguidamente, o n.º 2 determina que *o editor só está autorizado a fazer uma edição se o número de edições não tiver sido contratualmente fixado e, na omissão das partes quanto aos exemplares a produzir, o n.º 3 obriga o editor a produzir, pelo menos, dois mil.*

Caso o editor produza exemplares em *número inferior* ao convencionado, o n.º 4 permite que ele seja *coagido a completar a edição* e, se não o fizer, poderá o autor contratar *outrem, a expensas do editor*, para a produção do número de exemplares em falta, *sem prejuízo do direito de exigir uma indemnização por perdas e danos*. Contrariamente, se o editor produzir em *número superior* ao convencionado, poderá o autor requerer a apreensão judicial dos exemplares a mais e apropriar-se destes, perdendo o editor o seu custo. Na eventualidade do editor ter vendido, total ou parcialmente, os exemplares a mais e o autor não tiver requerido a sua apreensão judicial, este terá direito a uma indemnização por perdas e danos.

Por último, o n.º 7 deste artigo consagra um dos direitos do autor, *o direito de fiscalizar*, por si ou por seu representante, *o número de exemplares da edição*, podendo, para esse efeito e nos termos da lei, exigir *exame à escrituração comercial do editor ou da empresa que produziu os exemplares*, se esta não pertencer ao editor, ou recorrer a outro meio *que não interfira com o fabrico da obra*, como seja a aplicação da sua assinatura ou chancela em cada exemplar.

Concluimos que este artigo consagra uma fortíssima protecção da posição do autor, vinculando, em correspondência, o editor a um (quase) *intransigente* núcleo de obrigações.

e) **Direitos e obrigações das partes**

Como já *navegamos por estas águas*, repetimos o que *supra* estipulamos sobre este tema. Não obstante, dissecaremos alguns importantes preceitos.

No que diz respeito aos *direitos do autor*, destacamos, além do direito à fiscalização (art. 86.º, n.º7), o art. 91.º, que prevê a *retribuição do autor*, devendo ser conjugado com o art. 96.º, relativo à *prestação de contas* a ser exigida por este ao editor; o direito à *identificação*, contido no art. 97.º, e o direito de *preferência*, previsto nos arts. 99.º e 102.º.

Abordaremos, brevemente, o *direito de preferência* do autor nas situações de *venda de exemplares em saldo ou a peso* (art. 99.º) e *falência do editor* (art. 102.º): no *primeiro caso*, se a *edição da obra não se mostrar esgotada dentro do prazo convencionado* ou, na *falta de convenção*, cinco anos a contar da data da sua publicação, *o editor tem a faculdade*

de vender em saldo ou a peso os exemplares existentes ou de os destruir (n.º 1), devendo prevenir o autor que este exerça o direito de preferência na aquisição do remanescente da edição por preço fixado na base do que produziria a venda em saldo ou a peso (n.º 2); no segundo caso, se, para a realização do activo no processo de falência do editor, houver que proceder à venda por baixo preço (na totalidade ou em grandes lotes) dos exemplares da obra editada existentes nos depósitos daquele, deverá o administrador da massa falida prevenir o autor para tomar as providências que julgue convenientes para a defesa dos seus interesses materiais e pessoais (n.º 1), assistindo-lhe, ainda, o direito de preferência para a aquisição pelo maior preço alcançado dos exemplares postos em arrematação (n.º 2).

No que diz respeito às suas obrigações, o n.º 1 do art. 89.º dita que *o autor está obrigado a proporcionar ao editor os meios necessários para cumprimento do contrato, devendo, nomeadamente, entregar nos prazos convencionados, o original da obra objecto da edição, em condições de poder fazer-se a reprodução - este original pertence ao autor, que terá o direito de exigir a sua restituição logo que seja concluída a edição (n.º 2). Se, por algum motivo, o autor demorar injustificadamente a entrega do original, de modo a comprometer a expectativa do editor, este pode resolver o contrato, sem prejuízo de uma eventual indemnização por perdas e danos (n.º 3).*

O n.º 4 deste preceito estipula que o autor está obrigado a *assegurar ao editor o exercício dos direitos emergentes do contrato contra embargos e turbações provenientes de terceiros em relação à obra objecto do contrato, mas não contra embaraços e turbações provocados por mero facto de terceiros.*

À primeira vista, esta parece-nos um pouco *confusa*... Felizmente, Alberto MELLO elucida-nos, afirmando que o titular de uma *licença exclusiva* pode exigir que o autor assegure o exercício dos direitos emergentes da licença contra o «embargo e turbações provenientes de terceiros em relação à obra a que respeita o contrato», *mas não o pode fazer por si só*. Quanto à segunda parte do preceito, o autor, seguindo a orientação de Oliveira ASCENSÃO, defende *que se o editor não pode reclamar a intervenção do autor nestes casos, então, poderá actuar independentemente para proteger o exercício do seu direito*¹⁴⁴.

¹⁴⁴ Cf. Alberto MELLO, «Manual...», *op. cit.*, cit., p. 181, *apud*, Oliveira ASCENSÃO, «Direito Civil...», *op. cit.*, pp. 443-446.

No que toca aos *direitos do editor*, referimos que ele tem direito a uma *retribuição equitativa como contrapartida de certas utilizações livres da obra* (art.s 75.º, al.a) a e) e h) e 76.º, n.º 1, al. b) e c)) e à *menção do nome nos mesmos casos* (art. 76.º, n.º 1, al. a))¹⁴⁵.

Quanto às suas *obrigações*, o n.º 1 do art. 90.º obriga a que o editor, na execução da edição, leve a cabo os «*cuidados necessários para a reprodução da obra [i.e., obtenção de cópias de uma fixação (v. art. 176.º, n.º 7)], nas condições convencionadas*, e a fomentar, com *zelo e diligência*, a sua *promoção e a colocação no mercado dos exemplares produzidos*, devendo, *em caso de incumprimento, indemnização* ao autor por perdas e danos» - este preceito é muito importante porque são precisamente estes *modos de promoção e colocação no mercado* que *obrigam* os músicos a contratar com editoras discográficas.

Se as partes não convencionarem outro prazo para iniciar a reprodução da obra, o editor deve iniciá-la no prazo de seis meses a contar da entrega do original e concluí-la no prazo de doze meses a contar dessa data. Só não será assim em casos de força maior, devidamente comprovados, devendo o editor concluir a reprodução no semestre seguinte à expiração dos 12 meses (n.º 2), porém, não se consideram casos de força maior a falta de meios financeiros para custear a edição nem o agravamento dos respectivos custos (n.º 3).

Notamos, por fim, que pode não fazer muito sentido aplicar o n.º 4 à edição discográfica pois uma obra fonográfica *pode* não versar sobre «um assunto de grande actualidade ou de natureza tal que perca o interesse ou a oportunidade em caso de demora na publicação». Porém, em caso positivo, o editor será *obrigado a dar imediatamente início à reprodução e a tê-la concluída em prazo susceptível de evitar prejuízos*.

f) **A retribuição do autor – carácter gratuito vs. carácter oneroso**

Enquanto licença, a *edição presume-se onerosa* (art. 41.º, n.º 2 e 91.º), o que significa que, estipulando em contrário, pode ser *gratuita*, todavia, Alberto MELLO considera que isto não faz muito sentido porque, *em primeiro lugar*, as atribuições de faculdades patrimoniais jusautorais presumem-se, geralmente, *onerosas* (arts. 41.º, n.ºs 2 e 3 e 44.º) e o CDADC prevê-o especificamente para edição no art. 91.º, n.º 1; em *segundo lugar*, a lei regula pormenorizadamente as *modalidades de retribuição do autor* no n.º 2 do art. 91.º, contendo, até, a *regra supletiva para a determinação percentual no n.º 3* (25%

¹⁴⁵ Cf. Alberto MELLO, «Manual...», *op. cit.*, pp. 399-400.

sobre «o preço de capa»¹⁴⁶); e, em terceiro lugar, a prestação de contas, prevista no art. 96.º, está expressamente ligada à «retribuição devida do autor», que *só se compreende num contrato oneroso*¹⁴⁷. Analisaremos, não obstante, a retribuição a que o autor tem direito.

O n.º 2 do art. 91.º estabelece que a retribuição do autor é a *fixada no contrato de edição*, podendo consistir numa *quantia fixa*, a pagar pela *totalidade da edição*, numa *percentagem sobre o preço de capa de cada exemplar*, na *atribuição de um certo número de exemplares ao autor* (*i. e.*, em vez de realizar uma prestação pecuniária, o editor pode fazer o pagamento em géneros, como já analisamos), ou em *prestação estabelecida em qualquer outra base segundo a natureza da obra, sem prejuízo da combinação destas modalidades*. Quer isto dizer que o editor pode, por exemplo, *pagar parcialmente o valor total da edição e o restante mediante atribuição de exemplares*, ou 50% do valor total da edição na celebração do contrato e atribuir ao autor 35% sobre o preço da capa de cada exemplar.

Caso as partes não estipulem a retribuição do autor, o n.º 3 determina que este *terá direito a 25% sobre o preço da capa de cada exemplar vendido* - «percentagem que a esmagadora maioria dos autores sabe quase nunca ser praticada», como refere Alberto MELLO¹⁴⁸.

Se a retribuição do autor, por sua vez, consistir numa *percentagem sobre o preço da capa*, os *aumentos ou reduções do preço serão contabilizados no cálculo* (n.º 5) e, excepto o caso do art. 99.º, *respeitante à venda em saldo ou a peso dos exemplares*, o editor *só pode determinar reduções de preço mediante acordo com o autor, a menos que lhe pague a retribuição correspondente ao preço anterior*.

De acordo com o art. 92.º, *o preço da edição pode ser exigido logo após a conclusão desta*, nos prazos e condições do art. 90.º, excepto se *a forma de retribuição adoptada fizer depender o pagamento de circunstâncias ulteriores, nomeadamente a colocação total ou parcial dos exemplares vendidos*.

g) **Reedições e edições sucessivas**

Nos termos do art. 105.º, se o editor tiver sido autorizado a fazer várias edições, as condições estipuladas para a edição originária deverão, em caso de dúvida, aplicar-se às edições subsequentes (n.º 1), devendo o editor facultar ao autor, antes de empreender nova

¹⁴⁶ O preço de capa é o preço da venda dos exemplares ao público.

¹⁴⁷ Cf. Alberto MELLO, «Manual...», *op. cit.*, pp. 296-297.

¹⁴⁸ Cf. Alberto MELLO, «Manual...», *op. cit.*, cit., p. 297, NR. n.º 469.

edição, *a possibilidade de intervir no texto* para pequenas correcções ou apuramentos que não impliquem modificação substancial da obra (n.º 2) – *no caso musical*, alterar-se-iam alguns elementos musicais ou o texto do *livrete* do CD ou Disco.

O editor que se comprometeu a efectuar edições sucessivas de certa obra deve, sob pena de *responder por perdas e danos, executá-las sem interrupção*, de forma que nunca venham a faltar exemplares no mercado (n.º 4), salvo casos de força maior, não se considerando como tal a *falta de meios financeiros para custear a nova edição* nem o agravamento dos respectivos custos (n.º 5).

Finalmente, mesmo que o preço tenha sido globalmente fixado, o autor tem ainda direito a *remuneração suplementar* se acordar com o editor a *modificação substancial da obra* tal como *refundição ou ampliação* (n.º 3).

h) **Resolução do contrato**

Nos termos do art. 106.º, n.º 1, o contrato de edição pode ser resolvido *se for declarada a interdição do editor* (al. a); *por morte de editor em nome individual* (se o seu estabelecimento não continuar com algum ou alguns sucessores) (al. b); *se o autor não entregar o original dentro do prazo convencionado* ou *se o editor não concluir a edição no prazo estabelecido no n.º 2 do art. 90.º, salvo caso de força maior devidamente comprovado* (al. c); em todos os *demais casos* especialmente previstos (al. d)); e, de um modo geral, *sempre que se verificar o incumprimento de qualquer das cláusulas ou das disposições legais directa ou supletivamente aplicáveis* (al. d)).

No entanto, a resolução *não obsta à responsabilidade por partes e danos da parte a quem for imputável* (n.º 2).

iii. **Acordos excluídos da edição**

De acordo com o art. 84.º, n.º1 CDADC, *não são contratos de edição os acordos pelos quais o autor encarrega outrem de: produzir por conta própria um determinado número de exemplares de uma obra e assegurar o seu depósito, distribuição e venda, convencionando as partes dividir entre si os lucros ou os prejuízos da respectiva exploração* (al. a)); *produzir um determinado número de exemplares da obra e assegurar o seu depósito, distribuição e venda por conta e risco do titular do direito, contra o pagamento de certa quantia fixa ou proporcional* (al. b)); *assegurar o depósito distribuição e venda de*

exemplares da obra por ele mesmo produzidos, mediante pagamento de comissão ou qualquer outra forma de retribuição (al. c)).

O n.º 2 determina que estes contratos devem, *em primeiro lugar*, rege-se por aquilo que estipula o seu *teor, i. e.*, a *lex contrastus*; *subsidiariamente*, pelas disposições relativas às *associações em participação* (no caso da al. a)), e pela *prestação de serviço* (nos casos das al.s b) e c)); e, *supletivamente*, pelos *usos correntes*.

Na primeira situação, temos acordos que seguem o regime da *associação em participação*¹⁴⁹, que implicam a *partilha* dos *lucros e prejuízos* da exploração entre aquele que ficou encarregado de produzir exemplares da obra e realizar as demais operações e o autor - na *edição*, por sua vez, o risco corre *exclusivamente por conta do editor*.

Igualmente, os restantes casos não podem ser um contrato de edição porque, de um lado, aquele que ficou *encarregado de produzir exemplares e realizar as devidas operações também assume exclusivamente o risco de exploração comercial, mediante o pagamento de quantia fixa ou proporcional aos lucros obtidos* e, do outro, existe uma *prestação de serviços pelo comissário ao autor*, e não uma assunção, por parte do editor, de um *empreendimento empresarial-editorial*, típica da relação contratual da edição¹⁵⁰.

2.5.2. A fixação fonográfica

a) Noção

A fixação fonográfica vem regulada nos art.s 141.º a 148.º CDADC.

O art. 141.º acaba por definir este contrato, estipulando que «*depende de autorização do autor a fixação da obra*, entendendo-se por fixação a *incorporação de sons* ou imagens, separada ou cumulativamente, *num suporte material suficientemente estável e duradouro* que permita a sua percepção, reprodução ou comunicação de qualquer modo, em período não efémero [como um CD ou um disco de vinil].».

O *registo* que resultar «da *fixação* em suporte material, de sons provenientes de *uma prestação* ou de outros sons ou de representação de sons» denomina-se de *fonograma*

¹⁴⁹ Nos termos do n.º 1 do art. 21.º do DL n.º 231/81, de 28 de Julho, o contrato de associação em participação é «a associação de uma pessoa a uma actividade económica exercida por outra, ficando a primeira a participar nos lucros ou nos lucros e perdas que desse exercício resultarem para a segunda», estipulando o seu n.º 2 que a participação nos lucros é elemento essencial deste contrato, podendo ser dispensada a participação nas perdas.

¹⁵⁰ Cf. Alberto MELLO, «Manual...», *op. cit.*, p. 294-295.

(art. 176.º, n.º 4) e quem efectua as prestações musicais são os *artistas-músicos* que *interpretam obras musicais, executando-as*, tutelados pelos direitos conexos, como vimos.

Por fim, o sujeito que fixar, «*pela primeira vez os sons provenientes de uma execução* ou quaisquer outros, ou as imagens de qualquer proveniência, acompanhadas ou não de sons» será o *produtor de fonograma*, também tutelado pelos direitos conexos ¹⁵¹.

b) **Objecto**

Com base no art. 141.º, podemos dizer que esta licença incide *sobre o acto de incorporação das prestações musicais num determinado suporte material*.

Contudo, pode acontecer que as prestações musicais que interpretam composições musicais encontrem-se já *gravadas e armazenados* nalgum suporte, material ou informático, mas que não *sejam idóneos para a percepção, reprodução ou comunicação* de qualquer modo, em período não efémero, daqueles sons, estando, ao invés, *prontos a ser fixados pela primeira vez, por um produtor, para posterior distribuição ao público*.

Entendemos que esta situação deve incluir-se neste artigo face aos desenvolvimentos tecnológicos dos últimos tempos... Uma *pen drive* ou um *disco rígido externo*, por exemplo, que contenham prestações musicais já gravadas são *suportes materiais, suficientemente estáveis e duradouros, mas não são idóneos para as funcionalidades supra mencionadas*.

Por outro lado, também pode acontecer que as *músicas* apenas se encontrem *compostas* e, apesar de provavelmente já terem sido interpretadas pelo *artistas-músicos*, ainda não foram *gravadas*, pelo que ainda terão de passar pela *fase de estúdio* antes da fixação. A *contraparte*, uma editora em particular ou outra entidade, pode facultar os seus estúdios, ou de terceiros, para que as suas prestações sejam gravadas e posteriormente por aqueles fixadas. Esta situação *pode* fazer parte do contrato de fixação, ao abrigo do *princípio da autonomia das formas de exploração* (art. 68.º, n.º 4 CDADC), podendo conter elementos

¹⁵¹ Para mais detalhes sobre a posição jurídica do produtor de fonogramas ou videogramas, v. Alberto MELLO, «Manual...», *op. cit.*, pp. 387-390. Para este autor, os direitos dos produtores não têm por objecto *nem uma obra nem a sua interpretação ou execução artísticas*, estando antes em causa a reserva de faculdades que são *típicas da criação de obras aos produtores - que promovem a fixação - de bens imateriais*. O pressuposto desta tutela justautorál é «o investimento numa actividade técnica industrial e comercial» e, «além do direito conexo instituído, verifica-se a atribuição, pelo autor, de faculdades de utilização da obra fixada no fonograma como efeito do contrato de fixação» (é o que diz a letra do art. 141.º, n.º 2) – cf. *Ibidem.*, cit., p. 388.

não previstos nas formas de exploração legalmente consagradas ou constituindo uma *exploração atípica*, e da *liberdade contratual*.

Notamos, ainda, que *o acto de fixar não é o único que pauta esta utilização*: o n.º 2 do art. 141.º *habilita o autorizado a reproduzir e a vender os exemplares produzidos e o n.º 3 admite a execução em público, radiodifusão ou transmissão por qualquer modo da obra fixada*, que pode ser conferida a entidade diversa da que fez a fixação, mas esta *deve ser dada por escrito* (no mesmo sentido, o art. 146.º determina que a *adaptação, arranjo ou outra transformação* de qualquer obra para efeitos de fixação, transmissão, execução ou exibição por meios mecânicos, fonográficos ou videográficos também depende de autorização escrita do autor, que deve precisar a qual ou quais daqueles fins se destina a transformação).

O n.º 4 do art. 141.º, por sua vez, determina que a compra de um fonograma *não atribui ao comprador o direito de os utilizar para quaisquer fins de execução ou transmissão públicas, reprodução, revenda ou aluguer com fins comerciais*, protegendo-se os artistas que fixaram as suas prestações.

Se, por acaso, a obra em causa *já tiver sido objecto de fixação fonográfica comercial*, esta *pode na mesma voltar a ser fixada se o autor não se opuser* (art. 144.º, n.º 1), tendo sempre *direito a uma retribuição equitativa* que, na falta de acordo das partes, será determinada pelo Ministério da Cultura (n.º 2). Não obstante, o autor pode fazer *cessar a exploração* sempre que *a qualidade técnica da fixação comprometer a correcta comunicação da obra* (n.º 3).

Concluindo, de acordo com o art. 148º, as disposições da fixação aplicam-se à reprodução da obra intelectual obtida por *qualquer processo análogo à fonografia, já existente ou que venha a ser inventado*. Este preceito é extremamente importante porque, *por um lado, acompanha as evoluções tecnológicas da actividade musicale*, e, *por outro, evita lacunas de regulamentação que possam surgir*.

c) **Direitos e deveres das partes**¹⁵²

Quanto aos *direitos do autor*, o art. 143.º consagra o *direito de fiscalização*, que implica a *inspecção dos estabelecimentos de prensagem e duplicação de fonogramas e*

¹⁵² Para uma análise da posição jurídica das partes nas licenças, v. 2.4.3.4., al. c).

armazenamento dos suportes materiais, sendo aplicáveis as disposições do n.º 7 do art. 86.º, devidamente adaptadas (n.º 1)¹⁵³.

Contudo, o autor não beneficia apenas destes direitos. Não vemos razões para que os direitos de *introduzir modificações*, e à *identificação* não mereçam aplicação nesta autorização, até porque o próprio art. 142.º consagra a *identificação da obra e do autor*.

No que toca às suas *obrigações*, o autor está obrigado *garantir a genuinidade das suas obras*, de modo a proteger o licenciado contra actos de *usurpação*, e a *proporcionar-lhe o aproveitamento ou o gozo da coisa*, no sentido de entregar os *originais* das prestações musicais, *já fixadas num suporte material* ou ainda em *suporte informático* a necessitar de *primeira fixação*.

Quanto *aos direitos* da entidade que faz a fixação, valerão os previstos no n.º 2 do art. 141.º, o *direito de reproduzir* e de *vender os exemplares produzidos*, e os mesmos direitos para o licenciado em geral, a *exploração da obra* e *introdução de alterações*, desde que não afectem a sua essência ou substância.

Passivamente, terá de *utilizar a obra de acordo com o zelo e a diligência necessários*, de forma a assegurar o sucesso da exploração, deverá *evidenciar a existência de autorização do autor para a utilização da obra* e terá também o *dever de explorar a obra*.

d) **Remissão**

Apesar de apenas ser composto por 8 artigos, o regime da fixação fonográfica é complementado pelas disposições da edição, devidamente adaptadas, por força do art. 147.º. Assim, aplicam-se as normas da edição nos restantes aspectos como a *resolução*, a *forma*, *carácter oneroso* e *retribuição do autor*.

É graças a este artigo e ao n.º 2 do art. 141.º que pode traçar-se uma ponte entre estas duas utilizações pois, além da fixação ser complementada pela edição, ambas envolvem a *reprodução* e *distribuição* ao público de exemplares produzidos.

¹⁵³ O art. 143.º impõe ainda *deveres específicos* aos que *importam, fabricam e vendem suportes materiais para as obras fonográficas* e àqueles que *fabricam ou duplicam fonogramas*. No primeiro caso, estes devem «comunicar à Direcção-Geral dos Espectáculos e do Direito de Autor as quantidades importadas, fabricadas e vendidas, podendo os autores fiscalizar também os armazéns e fábricas dos suportes materiais»; e, no segundo, devem «comunicar periódica e especificadamente à Direcção-Geral dos Espectáculos e do Direito de Autor as quantidades de fonogramas que pensarem ou duplicarem e exhibir documento do qual consta a autorização do respectivo autor» (n.º 2 e 3, respectivamente).

Porém, notamos que a fixação provavelmente será uma figura um pouco mais abrangente do que a edição se entendermos que a última, nos termos em que está legalmente prevista, não permite a sua *fixação* e, quanto muito, *o anterior processo de gravação das prestações musicais*, prevendo, simplesmente, a produção de exemplares de uma obra ou conjunto de obras. Não obstante, a autonomia das modalidades de utilização e liberdade contratual merece sempre destaque, sendo possível contornar-se completamente este entendimento.

2.5.3. O contrato de prestação de serviço

Como já dissemos, o CDADC *exclui* da figura da edição os acordos previstos no art. 84.º, n.º 1, al.s b) e c), devendo ser regulados pelo contrato civilístico da *prestação de serviço* (arts. 1154.º e ss).

O art. 1154.º CC define o contrato de prestação de serviço como «aquele em que uma das partes se obriga a proporcionar à outra certo resultado do seu trabalho intelectual ou *manual*, com ou sem retribuição.»¹⁵⁴.

Contrapõe-se, portanto, ao *contrato de trabalho*, definido no art. 1152.º do mesmo diploma como «aquele pelo qual uma pessoa se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua actividade intelectual ou manual a outra pessoa, sob a autoridade e direcção desta» - nesse sentido, o art. 11.º do Código do Trabalho define-o como «aquele pelo qual uma pessoa singular se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua actividade a outra ou outras pessoas, no âmbito de organização e sob a autoridade destas.».

Confrontadas as duas figuras, atentamos que o *objecto* do contrato da *prestação de serviços* é o *resultado* do trabalho *intelectual* ou *manual* e o do *contrato de trabalho* consiste na *própria actividade intelectual ou manual do trabalhador*. Além disso, enquanto no contrato de prestação de serviço o prestador de serviços actua com *independência em relação à outra parte*, no contrato de trabalho existe *subordinação jurídica* do trabalhador ao empregador, uma vez que aquele exerce a sua actividade sob a autoridade e direcção deste.

O conceito *prestação de serviços* abrange como modalidades típicas o *mandato* (art.s 1157.º a 1186.º), o *depósito* (art.s 1185.º a 1206.º) e a *empreitada* (art.s 1207.º a 1230.º), conforme estipula o art. 1155.º. Todavia, entendemos, com Menezes LEITÃO, que a

¹⁵⁴ Sobre a prestação de serviço em geral, v. Menezes LEITÃO, «Direito... Vol. III...», *op. cit.*, p. 429 e Abílio NETO, «Código...», *op. cit.*, pp. 1083-1091.

prestação de serviços é uma figura *muito ampla*, pelo que estas três modalidades não esgotam o seu *leque jurídico* - aliás, é precisamente por esse motivo que o art. 1156.º determina a extensão das disposições do mandato, devidamente adaptadas, aos contratos de prestação de serviços que a lei não regule expressamente¹⁵⁵.

Deste modo, e sem prejuízo da aplicação da *lex contractus*, podemos considerar o contrato celebrado entre músicos e as editoras discográficas como uma *prestação de serviço* se uma das partes, *a editora discográfica*, obrigar-se a proporcionar à outra, *o(s) músico(s)*, certo *resultado* do seu *trabalho material* (e não tanto intelectual porque essa qualidade reporta-se às prestações musicais). Este *trabalho material* pode compreender a *produção de um determinado número de exemplares da obra e assegurar o seu depósito, distribuição e venda por conta e risco do titular do direito autoral, contra o pagamento de certa quantia fixa ou proporcional; ou assegurar o depósito, distribuição e venda de exemplares da obra produzidos pelo autor, mediante pagamento de comissão ou qualquer outra forma de retribuição; em última instância, aplicar-se-ão os usos correntes* (arts. 84.º, n.º 1 al.s b) e c) e n.º 2 CDADC e 1154.º e ss CC).

¹⁵⁵ Sobre o mandato, v. Menezes LEITÃO, «Direito...Vol. III», *op. cit.*, pp. 431-477, e Abílio NETO «Código...», *op. cit.*, pp. 1091-1110.

VI. Conclusão

Do mesmo modo que o Direito, a Música depara-se todos os dias com situações novas, seja pelo estabelecimento de novas tendências, pela extinção das *antigas modas*, ou pela reformulação destas, sofrendo inúmeras transformações ao longo dos tempos e, por isso, semeando questões nos músicos e nas editoras discográficas.

As obras intelectuais não são objecto de direitos de propriedade nos termos previstos do CC, enquadrando-se, ao invés, na *propriedade intelectual* que divide-se, *maxime*, em dois regimes jurídicos, os *Direitos de Autor* e a *Propriedade Industrial*, aplicando-se, subsidiariamente, as regras civilísticas.

O Código dos Direitos de Autor e Direitos Conexos surge-nos como um importantíssimo diploma, oferecendo duas tutelas distintas: *por um lado*, as *composições musicais* e *obras fonográficas* como *obras intelectuais* são protegidas pelos direitos de autor propriamente ditos, incluindo-se nessa protecção os direitos dos respectivos autores; *por outro lado*, os *direitos conexos* protegem as *prestações dos artistas-músicos* que *interpretam músicas, executando-as, dos produtores de fonogramas* e dos *organismos de radiodifusão*, atribuindo-lhes um núcleo específico de poderes.

Os direitos de autor, em particular, atribuem um *conjunto de faculdades* que congregam *posições activas* que proporcionam ao titular respectivos poderes *exclusivos*, fundamentalmente ligados a *defesa da genuinidade e integridade da sua obra* e ao *aproveitamento das vantagens inerentes à exploração económica do bem-obra intelectual*, compondo-se, por um lado, os *direitos pessoais (morais)* e, por outro, os *direitos patrimoniais*. Contrariamente aos primeiros, os últimos gozam de uma *ampla liberdade de disposição*, permitindo que a exploração económica seja feita por terceiros através da *transmissão, oneração ou autorização*.

Surgem, assim, os *contratos de direitos de autor de edição* e de *fixação fonográfica* para tutelar as relações contratuais entre os músicos e as editoras.

Mas, aqui chegamos, vemos que a *vexata quaestio* ainda está por responder... Qual será, afinal, o regime jurídico a convocar para regular as relações contratuais entre os músicos e as editoras? Será o da *edição* (gráfica) conceitualmente adaptada? Ou será o da *fixação fonográfica* munido das regras da edição?

Numa tentativa de responder a estas perguntas, admitimos que possam formar-se duas correntes:

Por um lado, a fixação, nos termos da lei e da realidade que visa acautelar, acrescida das normas da edição a título remissivo, será o *único contrato* capaz de tutelar a relação a estabelecer entre os músicos e terceiros. A outra parte contratual pode, ou não, ser uma editora discográfica, mas se for a primeira vez que os sons são fixados num suporte material, adquirirá, necessariamente, a nomenclatura de *produtor de fonograma*. É claro que as editoras discográficas terão os seus próprios produtores musicais, mas a lei atribuirá aquela qualidade na mesma, de modo que a pessoa, singular ou colectiva, por detrás do processo da fixação beneficie do regime dos direitos conexos.

Por outro lado, a edição *seria*, pelo menos *na teoria*, o regime perfeito para tais relações, necessitando apenas de uma *adaptação conceitual à realidade musical*. Na verdade, existem editoras discográficas que praticam acções paralelas às *editoras gráficas*, e o CDADC, apesar de não prever esta possibilidade, *sublinha a importância da edição nas licenças autorais*, estendendo as suas disposições aos contratos de direitos de autor, inclusive à própria fixação fonográfica.

Todavia, podem *acusar* este segundo raciocínio de deturpação ou manipulação do sentido e alcance da letra da lei, forçando-a a assumir a veste mais *conveniente*... Para essas correntes, relembramos que *não existe uma tipicidade taxativa de licenças*, pelo que a *edição discográfica* sempre pode ser considerada como uma *licença atípica*, apesar de usufruir de uma nomenclatura legalmente prevista...

Assim não se entendendo, optamos pela fixação como a *figura contratual autoral mais indicada para tutelar as relações em análise*, não só porque a lei não consagra a *edição discográfica em específico* (ou simplesmente não *generalizou suficientemente o tipo de edição que prevê*), mas também porque, além de incidir sobre a *fixação em suporte material das prestações musicais* e a *habilitação da entidade por detrás deste processo de reproduzir e vender os exemplares produzidos*, pode também envolver o próprio *processo de estúdio* dos artistas-músicos cujas prestações musicais ainda não se encontram gravadas, aguardando a primeira fixação, ao abrigo da *autonomia das modalidades de utilização e liberdade contratual*.

Se *pegássemos* na edição nos termos em que está prevista e apenas adaptarmos os conceitos, veríamos que, mesmo prevendo certas situações que a fixação não prevê, *não só não concebia directamente o processo de estúdio* como também *não implicaria a fixação de sons num suporte material, mas tão-só a produção de exemplares*. Deste modo, haverá,

inevitavelmente, um conflito entre o *ius* e a *praxis* sem uma reformulação legal da figura contratual da edição.

Por último, convém lembrar que o art. 84.º, n.º 1 CDADC não considera determinados acordos como edição, devendo reger-se, nos termos do n.º 2, pela *lex contractus*, em primeiro lugar; *subsidiariamente*, pelo *regime das associações em participação*, previsto no DL n.º 231/81, de 28 de Julho ou pelo da *prestação de serviços* (art. 1154.º e CC) nos casos previstos nas suas alíneas e, supletivamente, pelos *usos correntes*.

Na prática, as hipóteses previstas neste artigo também acontecem, pelo que estas figuras contratuais também podem aplicar-se aos contratos que estamos a analisar, mas como não são vistas como *edição*, a *adaptação conceitual não é necessária*.

Entendemos, assim, que uma reforma legislativa no direito autoral é algo a impor-se, pelo menos em relação aos fenómenos *jusmusicais* que surgem num Mundo que não mostra sinais de abrandar.

É por causa de todo este devir que não podemos tomar nada por certo, no sentido de que a *verdade de hoje não será a verdade de amanhã...* Só sob uma óptica *problematizadora* e não *assertiva* é que podemos (esperar) *compreender* o complicado Mundo que nos envolve, pelo que não podemos defender *intransigentemente* aquilo que concluímos, por muito sentido nos pareça ter.

Friedrich HERZFELD inquiria-se acerca da Música ainda representar uma elevada indução moral como representava para os gregos antigos ou se esta ainda é mantida como uma meio de comunicar com o que há de melhor e de mais íntimo nos nossos sentimentos¹⁵⁶.

Com base em tudo o que estudamos, podemos responder positivamente a estas duas questões. Enquanto continuarmos a ser racionais e, simultaneamente, emocionais, a Música manter-se-á como uma constante, e não é pela exploração económica (juridicamente *controlada*) que a sua *transcendência fica em vias de extinção*, pelo contrário! Há cada vez mais músicas a serem compostas e músicos a interpretá-las. Os concertos não diminuem e os eventos musicais não param de crescer, tal como o número de entidades que exploram economicamente a Música. Nunca houve, por isso, uma época tão brilhante para a Música como os dias de hoje!

¹⁵⁶ Cf. Friedrich HERZFELD, «Nós...», op. cit., p. 258.

Creemos que a nossa tarefa de reunir os dados necessários para a problematização jurídica foi um sucesso, pelo que deixamos a tomada de posições aos nossos intérpretes.

Está, assim, aberta a discussão...!

VII. Bibliografia

ABREU, Paula, «A Indústria Fonográfica e o Mercado da Música Gravada – Histórias de um Longo Desentendimento», in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 85, Junho de 2009. Disponível em <https://rccs.revues.org/356> [03.05.2016].

ASCENSÃO, Oliveira, «Direito Intelectual, Exclusivo e Liberdade», in *Revista da Ordem dos Advogados, Ano 61*, Lisboa, 2001.

BESSA, Tiago, «Direitos de Autor e Licenças de Exploração da Obra», in *Revista da Ordem dos Advogados, Ano 72*, Lisboa, Outubro/Dezembro 2012.

COSTA, Almeida, «Direito das Obrigações», 9ª Edição, revista e aumentada, Almedina, Coimbra, 2001.

HERZFELD, Friedrich, «Nós e a Música», tradução portuguesa por Luiz de Freitas BRANCO, Edição Livros do Brasil, Lisboa, 1992.

LEITÃO, Menezes, «Direito das Obrigações, Vol. I», 14.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2016.

_____, «Direito das Obrigações, Vol. III: Contratos em Especial», 6ª Edição, Almedina, Coimbra, 2009.

LIMA, Lucilene Tsuchiya, «Direitos Autorais e Direitos Conexos na Obra Musical». Disponível em <http://www.amorimassociados.com.br/direitos-autorais-direitos-conexos-na-obra-musical.asp> [21.09.2016].

MELLO, Alberto, «Manual de Direitos de Autor e Direitos Conexos», 2ª Edição actualizada e ampliada, Almedina, Coimbra, 2016.

NETO, Abílio, «Código Civil Anotado», 18ª Edição, Revista e Actualizada, Ediforum - Edições Jurídicas, Lda., Lisboa, 2013.

PAIVA, José, «Direito Autoral, mp3 e a Nova Indústria da Música no Brasil», in XXXVI Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação, Setembro 2013. Disponível em <http://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2013/resumos/R8-0517-1.pdf> [19.04.2016].

_____, «Direito Autoral, Mp3 e a Nova Indústria da Música no Brasil», in *Logos 35, Mediações Sonoras*, vol. 18, n.º 02, 2.º Semestre 2011. Disponível em http://www.logos.uerj.br/PDFS/35/03_logos35_paiva_direito_autoral.pdf [19.04.2016].

PEREIRA, Alexandre, «Arte, Tecnologia e Propriedade Intelectual», in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 62, 2002, Lisboa. Disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/28788/1/ARTE,%20TECNOLOGIA%20E%20PROPRIEDADE%20INTELECTUAL.pdf> [19.09.2016].

PINTO, Carlos Mota, «Teoria Geral do Direito Civil», 4ª Edição por António Pinto MONTEIRO e Paulo Mota PINTO, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.

SILVA, Calvão, «Direitos de Autor, Cláusula penal e Sanção Pecuniária Compulsória», in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 47 (1987).

VARELA, Antunes, «Das Obrigações em Geral, Vol. I», 10ª Edição, Almedina, Coimbra, 2000.

VIII. Jurisprudência

Acórdão de Fixação de Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, n.º 15/2013, Processo n.º 124/11.9GAPVL.G1-A.S1, publicado no *Diário da República*, 1ª série – n.º 243 – 16 de Dezembro de 2013 [07.12.2016].

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 23/11/2006, Processo n.º 0633334, disponível em <http://www.dgsi.pt/> [24.11.2016].

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 02/07/2009, Processo n.º 1848/07.0JLSB-8, disponível em <http://www.dgsi.pt/> [09.01.2017].

IX. Endereços electrónicos consultados

<https://www.spautores.pt/usuarios/perguntas-frequentes> [23.08.2016].

<https://www.spautores.pt/perguntas-frequentes/servico-juridicos> [23.08.2016].

<http://autoresdesconhecidos.pt/direitos-de-autor/porque-proteger> [23.11.2016].