



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Hugo Santos Fonseca

DIREITOS DE AUTOR MÚSICAIS
TRANSIÇÃO DIGITAL E O FUTURO DAS ENTIDADES
DE GESTÃO COLECTIVA

Dissertação no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito, na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Forenses, orientada pelo Professor Doutor Alexandre Libório Dias Pereira e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Janeiro de 2022



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Hugo Santos Fonseca

DIREITOS DE AUTOR MUSICAIS

TRANSIÇÃO DIGITAL E O FUTURO DAS ENTIDADES DE GESTÃO COLECTIVA

MUSICAL AUTHOR RIGHTS

DIGITAL TRANSITION AND THE FUTURE OF COLLECTING SOCIETIES

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, sob a orientação do Professor Doutor Alexandre Libório Dias Pereira

Coimbra, Janeiro de 2022

Resumo

“*There’s only one great occupation that can change the world: that’s real rock and roll.*” A frase é de Lou Reed, célebre compositor e membro fundador da banda The Velvet Underground. É provocatória, apesar de o seu alcance ser mais conceitual do que realista, na verdade. Inquestionável é que outras forças motrizes podem mudar e fazer avançar o mundo, mas o músico norte-americano referia-se a uma muito particular forma de mudança: aquela que tem lugar dentro do indivíduo, que molda os seus princípios e que através dele se exterioriza através de actos e omissões. Lou vinha de um tempo diferente. Não necessariamente melhor ou pior, mas seguramente diferente, e que representou a canção do cisne de uma sociedade para a qual o bem digital era apenas uma miragem e a realidade permanecia constante e palpável nas páginas de um livro ou no som da ténue crepitação que acompanhava uma canção gravada em vinil. Os ventos mudaram, a tinta no papel transformou-se em pixéis e os discos em *bits*, mas o espírito do *rock ‘n’ roll* perdurou. E apesar de, nos dias que correm, este género musical já não conhecer da mesma universalidade e abrangência com que se impusera em tempos idos, continua a personificar o mesmo *pedigree* que é comum a todas as grandes obras de Arte: a capacidade de desafiar o *status quo* e adaptá-lo às exigências da modernidade, incitar ao pensamento, defender a liberdade de expressão, promover ideais de justiça, igualdade de oportunidades, tolerância, e acima de tudo, liberdade. O código genético da Música (aqui epitomizada pelo *rock*, mas de que são exemplos tantos outros géneros) não é, afinal, assim tão diferente do do Direito. Apesar de diferirem quanto à escolha dos instrumentos de trabalho, carregam ambos em si a urgência de procurar e disseminar valores profundamente democráticos, numa tarefa que pretende ser o mais inovadora possível. O Direito sempre foi, e sempre será, uma parte integrante da Cultura, e é neste ponto de convergência que surge esta dissertação.

A verdade é que a Música é uma forma de Arte que há muito nos acompanha enquanto seres sencientes. Reflexo directo da forma como o Homem se vê e vê o mundo que o rodeia, é possível traçar uma fidelíssima linha cronológica da História da humanidade ao estudar a evolução dos movimentos e tendências musicais ao longo dos tempos. E enquanto forma artística particularmente etérea, cuja existência no plano físico é bem mais subjectiva do que as restantes formas de expressão artística, questões jurídicas muito particulares se levantam, desde o momento em que a obra musical sai da "mão" do autor e chega ao ouvinte.

Estamos, no fundo, a colocar dimensões jurídicas num som, e em qualquer som, que algures, *alguém*, estará interessado em ouvir.

Esta dissertação partirá deste mote para se focar nas especificidades dos direitos de autor musicais, e mais concretamente, nos mecanismos a que se recorre para a protecção dos mesmos. E a Música, como sempre, enfrenta hoje os mesmos desafios da restante sociedade: uma sociedade de informação que não conhece fronteiras. Nos dias que correm, mais do que nunca, todos conseguimos, remotamente, ter acesso a um inacreditável arquivo de obras musicais, de todos os tempos e de todos os autores. Um feito notável para todos nós consumidores, mas onde pelo meio, perdido algures nas invisíveis ondas de rádio ou *bits* num qualquer servidor, ficou um emaranhado de direitos autorais.

O desafio que aqui se propõe é precisamente o de deslindar este novelo.

Percorrer os regimes contratuais de edição mais (e menos) comuns para compositores e autores, aludindo não apenas ao nosso sistema nacional pautado pela europeização, mas também a figuras jurídicas características de ordenamentos jurídicos estrangeiros.

Questionarmo-nos sobre o papel das editoras discográficas nos dias de hoje: na mesma medida em que podem ser uma rampa de lançamento para muitos autores, podem também agir dissimuladamente contra os mesmos, subvertendo o espírito dos direitos de autor, e recorrendo a expedientes legais duvidosos para sequestrar para si mesmas lucros pelo trabalho dos artistas. Áreas cinzentas, onde há a necessidade de proteger os direitos do autor, mesmo contra aqueles que os deveriam proteger a princípio.

Ainda, uma oportunidade para abordar a questão dos desafios da transição digital na música, e do decrescente papel das grandes "*labels*" nesta área, com o advento das novas tecnologias, em que cada vez mais se dilui a necessidade de um intermediário.

Também uma ocasião para questionar os problemas suscitados por esta realidade de uma perspectiva crítica, e compará-los com as vantagens dos modelos tradicionais de distribuição. É que, afinal de contas, os serviços de *streaming* vieram fazer-nos repensar o conceito de "*ter*" e de "*comprar*" música. O que se agrava ainda mais se ponderarmos os perigos que a acessibilidade imediata, potenciada pelo *streaming*, acarreta para uma possível desvalorização da obra artística em si, com consequências danosas para a protecção do autor.

Por fim, questionamo-nos (ou melhor dizendo, adensamos a discussão...) sobre o papel que terão as famigeradas entidades de gestão colectiva numa sociedade cada vez mais digital e intolerante à falta de transparência.

Tudo isto, sempre num prisma dinâmico, retrospectivo e prospectivo, olhando para a frente sem esquecer o passado, nesta bissectriz entre a intangibilidade da Arte e a concretude do Direito, e harmonizando o emocional com o racional.

Palavras-chave: Direitos de Autor. Direitos Conexos. Música. Entidades de gestão colectiva. Produtor de fonogramas.

Abstract

“There’s only one great occupation that can change the world: that’s real rock and roll.” The quote’s author is Lou Reed, famous songwriter and member of the band The Velvet Underground. It’s a provocative statement, despite the fact that its scope is more conceptual than realistic. It is unquestionable that other driving forces can change the world, but the north-american musician was referring to a very particular form of change: the one that takes place within the individual, and that shapes his principles, and therefore, his actions and omissions. Lou came from a very different time. Not necessarily better or worse, but certainly different, and that represented the swan song of a society for which digital goods were just a mirage and reality remained constant and palpable in a book’s pages or in the faint crackling sound of a song recorded on vinyl. Meanwhile, the winds have changed, ink on paper became pixels, and records turned into bits, but the rock ‘n’ roll spirit has endured. And despite the fact that, these days, this musical genre no longer knows the same universality it once knew, it still embodies the same pedigree that is common to all great works of art: the ability to challenge the status quo, to adapt it to the needs of modernity, to provoke thought, defend freedom of speech and promote ideals of justice, equal opportunities, tolerance, and above all, freedom. Music’s genetic code (here described as rock music, but of which so many other genres are equally great examples) is, after all, not so different from that of Law. Despite differing when it comes to the choice of working materials, both carry the urgency in seeking and disseminating democratic values, in the most effective and innovative way achievable. Law has always been, and always will be, an integral part of Culture. This dissertation is born in this convergence point.

Music is an art form that has been with us, as sentient beings, for a long time. Being a direct reflection of the way Man looks at Himself and sees the world around Him, it is possible to sketch a very faithful timeline of the History of humanity by studying the evolution of musical tendencies over time.

And as a particularly ethereal artistic form, which’s existence on the physical world is much more subjective than other forms of artistic expression, there are very particular legal questions that arise from the moment the musical work leaves the artist's "hand", to the instant it reaches the listener. We are, at heart, attributing legal dimensions to a sound: to any sound, that somewhere, someone, will be interested in listening to.

This dissertation will start from this motto to focus on the specificities of musical author rights, and more specifically, on the mechanisms used for its protection. And Music today, as it always has, faces the same challenges as the rest of society: a society of information that knows no borders. These days, more than ever, we're all able to remotely have access to an incredible archive of musical works, from all times and from all authors. A remarkable feat for all of us consumers indeed, but in between, lost somewhere among the invisible radio waves or the bits stored on any server, a tangle of author rights was left behind.

The challenge proposed here is to unravel this skein.

We'll go through the most (and the least) common contractual regimes for composers and authors, alluding not only to our national laws, inspired by European tendencies, but also to foreign legal systems. Then, we'll ask ourselves about the role of record companies and publishers today: although they can act as a launching pad for many authors, they can also covertly act against them, subverting the spirit of author rights, and resorting to dubious legal tactics to hijack profits from the artists' work. Gray areas, where there is a need to protect author's rights, even from those who should be protecting them in the first place. Furthermore, the present dissertation serves as an opportunity to address the challenges posed by digital evolutions in Music, and by the decreasing role of the so-called "big labels", caused by the invention of new technologies, diluting the need for a middleman. It is also an occasion to question these topics from a critical standpoint, and to compare them to the advantages of the traditional distribution models. After all, streaming services have made us rethink the concept of "owning" and "purchasing" Music, which can be problematic considering the dangers that immediate accessibility (enhanced by streaming) entails for a possible devaluation of the artistic work itself, with harmful consequences to the protection of the authors. Finally, we ask ourselves (or rather, we deepen the discussion...) about the role that the infamous collecting societies will have in an increasingly digital society, intolerant to the lack of transparency.

All this, in a dynamic retrospective and prospective approach, looking forward without forgetting the past, in this bisector between the intangibility of Art and the concreteness of Law, and harmonizing the emotional with the rational.

Keywords: Author rights. Related rights. Music. Collecting societies. Phonogram producer.

Lista de abreviaturas e siglas

Ac. - Acórdão(s)

ADPIC/TRIPS - Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual
Relacionados com o Comércio

AGECOP - Associação para a Gestão da Cópia Privada

Al. - Alínea(s)

ANGAE - Associação Nacional de Gestão de Autores e Executantes

Art. - Artigo(s)

AUDIOGEST - Associação para a Gestão e Distribuição de Direitos

BGB - Bürgerliches Gesetzbuch

CC - Código Civil

CDADC - Código do Direito de Autor e Direitos Conexos

CDFUE - Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

CEDH - Convenção Europeia dos Direitos do Homem, *rectius* Convenção Europeia da
Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1950)

Cf. - Conforme

Convenção de Berna - Convenção de Berna para a Protecção das Obras Literárias e
Artísticas, de 9 de Setembro de 1886

Convenção de Roma - Convenção Internacional para a Protecção dos Artistas Intérpretes
ou Executantes, dos Produtores de Fonogramas e dos Organismos de Radiodifusão

CPI - Código da Propriedade Industrial

CRP - Constituição da República Portuguesa

DL - Decreto-Lei

DIP - Direito Internacional Privado

Directiva 2001/29/CE - Directiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de
22 de Maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos
direitos conexos na sociedade da informação

Directiva 2014/26/UE - Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de
Fevereiro de 2014, relativa à gestão colectiva dos direitos de autor e direitos conexos e à
concessão de licenças multiterritoriais de direitos sobre obras musicais para utilização em
linha no mercado interno

Directiva 2019/790/UE - Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Abril de 2019, relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital

DMCA - Digital Millenium Copyright Act

DSP - Digital Service Provider

DUDH - Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948)

EEE - Espaço Económico Europeu

EUIPO - European Union Intellectual Property Office

FCT - Fundação para a Ciência e a Tecnologia

GDA - Cooperativa de Gestão dos Direitos dos Artistas Intérpretes ou Executantes, CRL

GEDIPE - Associação para a Gestão Colectiva de Direitos de Autor e de Produtores Cinematográficos e Audiovisuais

I.A. - Inteligência Artificial

IGAC - Inspeção Geral das Actividades Culturais

INTELI - Instituto de Tecnologia e Liderança

LOSJ - Lei da Organização do Sistema Judiciário

OMC/WTO - Organização Mundial do Comércio (World Trade Organization)

OMPI - Organização Mundial da Propriedade Intelectual

P. - Página(s)

PE - Parlamento Europeu

RIAA – Recording Industry Association of America

SPA - Sociedade Portuguesa de Autores

STJ - Supremo Tribunal de Justiça

TFUE - Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TJCE - Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias

TJUE - Tribunal de Justiça da União Europeia

TPI - Tribunal da Propriedade Intelectual

UE - União Europeia

UMIC - Agência para a Sociedade do Conhecimento

V.g. - Verbi gratia

Sítios de Legislação e Jurisprudência

dre.pt; dgsi.pt; eur-lex.europa.eu/pt

Índice

Introdução	13
------------------	----

Acto I/Lado A

Capítulo I - Direitos de Autor Musicais – Noções	15
1. Percurso histórico	15
2. A protecção das obras musicais	18
3. Direitos patrimoniais e morais	19

Capítulo II - A Estrutura da Indústria

1. A obra musical enquanto bem económico	20
2. Fundamentos para a protecção do direito autoral	22
3. A anatomia de uma indústria	24
3.1 Compositores	25
3.2 Músicos (ou Artistas Intérpretes?...)	25
3.3 Editoras e Gravadoras/Produtores fonográficos	27
3.4 Entidades de gestão colectiva	30
4. Regimes contratuais	32
4.1 Contratos artísticos e contratos autorais	34
4.2 A liberdade em sede de direito de autor	35
4.3 O regime contratual previsto no CDADC	36
4.3.1 O contrato de fixação fonográfica e videográfica	36
4.3.1.1 Noção do contrato	37
4.3.1.2 Forma do contrato	37
4.3.1.3 Elementos do contrato	38
4.3.1.4 Direitos e obrigações das partes	38
4.4 Formas alternativas de exploração de direitos de autor musicais	40
4.4.1 Filosofia <i>copyleft</i>	40
4.4.1.1 Licenças <i>Creative Commons</i> e semelhantes	41

4.4.2	Modelos de distribuição baseados no utilizador (<i>UCPS</i>)	42
4.4.3	“ <i>In Rainbows</i> ”	43

Acto II/Lado B

Capítulo III - As Falhas do Sistema

1.	“ <i>The good...</i> ” - Reflexões sobre as vantagens inerentes aos sistemas actuais	44
2.	“... <i>the bad...</i> ” - Os principais problemas	46
3.	“... <i>and the ugly</i> ” - Referência a alguns casos controvertidos	49

Capítulo IV - Os Desafios da Transição Digital

1.	Tecnologia, Internet e a obra musical	51
2.	A obra musical enquanto realidade social e um “bode expiatório” chamado “pirataria”?	54
3.	As respostas do legislador	58
3.1	Análise das Directivas	58
3.1.1	A Directiva 2001/29/CE - Sociedade de Informação	58
3.1.2	A Directiva 2014/26/UE - Gestão colectiva dos direitos de autor e direitos conexos e à concessão de licenças multiterritoriais de direitos sobre obras musicais para utilização em linha no mercado interno	59
3.1.3	A Directiva 2019/790/UE - Direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital	61
3.1.4	Projecto de Lei de Transposição da Directiva 2019/790	63

Capítulo V - Conclusões: O Futuro

Bibliografia

Legislação e documentos	74
i. Nacional	74
ii. Internacional	75

Jurisprudência	77
i. Nacional	77
ii. Internacional	78

Considero que o Acordo Ortográfico aprovado pela Resolução da Assembleia da República n.º 26/91 não está em vigor com carácter de obrigatoriedade, pelo que nesta dissertação não será adoptada a sua grafia.

Introdução

Este trabalho encontra-se desenvolvido em dois Actos (ou Lados, como jocosamente aludimos às vetustas cassetes de áudio e discos de vinil), que entre si contemplam cinco capítulos no total. As alusões à música não se ficam por aqui: cada um dos capítulos será discretamente acompanhado por uma referência meramente ilustrativa a obras musicais cujo nome cumpra bem o papel de subtítulo.

O primeiro Acto contempla os dois primeiros.

No Capítulo I, iremos adiantar algumas noções e proceder a um breve enquadramento da matéria, seja no panorama nacional, seja no internacional. Referiremos uma sucinta perspectiva histórica, bem como alguns aspectos introdutórios essenciais quando falamos de direitos de autor.

No Capítulo II procederemos a uma fulcral descrição da estrutura da indústria musical, tal como ela existe hoje em dia. Como acontece com qualquer outro tipo de criação nos dias de hoje, a produção de obras musicais faz parte de uma máquina em que o autor não é o único elemento envolvido. Pelo contrário, encontra-se numa posição de fragilidade e de vulnerabilidade face aos “gigantes” que povoam a indústria. Iremos descrever o papel de cada um, estabelecer diferenças fundamentais e deparar-nos com os regimes contratuais mais comuns, à medida que nos vamos apercebendo que a obra musical é, afinal, um bem económico passível de ser mercadejado como qualquer outro.

O segundo Acto, contempla os restantes três capítulos.

O Capítulo III parte das bases estabelecidas anteriormente, e não perde tempo ao descrever precisamente os maiores desafios que o direito de autor, especialmente no campo da obra musical, enfrenta. Referimos o *bom*, o *mau* e o “*feio*” dos regimes típicos que percorremos, e ilustramos estas falhas referindo casos controvertidos. Desde o topo ao fundo desta “cadeia alimentar”, encontramos casos em que o sistema falhou a quem mais devia proteger.

No Capítulo IV olhamos para o que a “transição digital” significa para os direitos de autor musicais. Muita tinta já correu sobre a pirataria e os seus efeitos deletérios na indústria, mas não iremos tomar nenhum facto por garantido. É também neste capítulo onde se encerram as dimensões mais jurídicas desta dissertação, porque iremos analisar com pormenor as leis e sistemas actuais, reflectindo sobre a sua idoneidade ou capacidade de

reflectir uma realidade social em constante mutação. Se é verdade que o Direito acompanha e sempre acompanhou as mais variadas tendências sociais, também o é que o tempo útil em que o faz nem sempre é o mais satisfatório.

O Capítulo V encerra com mais questões do que aquelas que talvez inicialmente tínhamos. Procurámos conhecer as alterações legislativas e de mentalidade que já estão em marcha e se são porventura suficientes. Iremos também questionar-nos se os vários regimes de direitos de autor são minimamente articuláveis, e em caso negativo, qual nos parece mais acertado. E no fim deste caminho, iremos defrontar as grandes editoras, produtoras e entidades de gestão colectiva e colocá-las no “banco dos réus”, ao indagarmo-nos sobre que passos poderão os legisladores tomar a uma escala global para reduzir o seu poder monopolista. Uma proposta humilde tendo em conta os poderes e os interesses envolvidos. Sejam realistas, uma dissertação de mestrado não irá, provavelmente (mas sem dizer nunca!), agitar as águas que se enturvam. Mas podemos ambicionar apontar aspectos a melhorar para que, talvez, um maior grau de alerta por parte da doutrina possa impulsionar as tão desejadas mudanças e contrariar os maiores interesses que tolhem o progresso. Este exercício pretende ser no mínimo retórico e lembrar que, por muitas considerações doutrinárias que possamos tecer, o “querer” é um passo indispensável para fazer acontecer. Afinal de contas, para a obra nascer, não basta Deus querer, mas também o Homem sonhar.¹

Allegro!

¹ (Se claro não fosse!) Referência à obra imortal “*Mensagem*”, de Fernando Pessoa.

Acto I/Lado A

Capítulo I - Direitos de Autor Musicais - Noções

“*Everything In Its Right Place*”, Radiohead, 2000, Parlophone/Capitol Records

1. Percurso histórico

A temática dos direitos de autor musicais permeabiliza a vida de todos nós enquanto consumidores, sem que de tal nos apercebamos sequer. A tendência seria de acreditar que esta disciplina, quando aplicada à música e aos desafios a ela atinentes, é relativamente recente; mas esta área não é de todo um fenómeno novo. Nem sequer o será a pirataria, bem como outros obstáculos levantados pela adopção de tecnologias facilitadoras comunicação: compositores como Verdi e Beethoven debateram-se com cópias não autorizadas das suas obras.² A referência a estes vultos da música clássica não é descabida, incentivando a algum pensamento crítico aliás. Recuperamos a este propósito as considerações retóricas de Ruth Towse: terão estas utilizações não autorizadas das suas obras influenciado negativamente estes compositores? Afinal, são lembrados ainda hoje como dois das maiores influências musicais de sempre, e as suas composições atingiram um estatuto tal que são reproduzidas em todos os cantos do globo. Teriam estes compositores escrito *melhores* obras, se tivessem gozado de outro nível de protecção, como aquele de que os autores gozam no século XXI?³ Ou serão estas hipóteses falaciosas? Uma vez que a História poderá ter esquecido outros autores, hoje menos conhecidos, precisamente pelo facto de não terem beneficiado de tão compreensivas formas de protecção? Estas são provocações que nos permitem antever algumas questões que iremos levantar nos capítulos mais adiante, mas que acima de tudo, nos permitem concluir que estas dúvidas não são recentes. Se procedermos a um trabalho arqueológico, conseguimos até exumar vestígios dos direitos de autor que remontam à Antiguidade e Idade Média.⁴ Pela vastidão de diferentes manifestações destes direitos, não

² Michela Giorcelli e Petra Moser, *Copyright and Creativity – Evidence from Italian Operas*, 2016, p.9.

³ “*The advocates of copyright law believe the answer is yes...*”. Ruth Towse, “Copyright and Economics”, em *Music and Copyright*, Simon Frith e Lee Marshall, Routledge, 2004, Cap. 3.

⁴ Alexandre Dias Pereira, *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*, Almedina, Coimbra, 2008 p. 49.

nos será oportuno descrever cada uma delas com precisão, nem narrar os passos evolutivos de uma tão vasta cronologia.⁵

Devemos, no entanto, referênciã a certos momentos históricos essenciais, que destacamos a seguir.

A Convenção de Berna de 1886, e à qual Portugal aderiu em 1911. Um momento de viragem importantíssimo no que toca ao reconhecimento internacional de disposições relativas a direitos e autor, sendo ainda nos dias de hoje considerado o instrumento jurídico mais relevante em matéria de direito de autor. À época, visava a protecção de obras que assumissem uma forma tangível, como por exemplo livros e partituras.

É de referir de igual forma a Convenção Universal do Direito de Autor, aprovada em Genebra em 1952, administrada pela UNESCO, com objectivos de “representar uma convenção verdadeiramente universal”, pretendendo estabelecer pontos de ligação entre os sistemas de índole diferente, e não apenas europeus.⁶

A Convenção de Berna protegia obras musicais através da protecção das partituras, mas não as gravações das mesmas, devido ao requisito de tangibilidade que sublinhámos; e por isso mesmo, na Convenção de Roma de 1961, foram estabelecidas medidas para prevenir a pirataria internacional de gravações das obras musicais.

Em terras lusas, a aprovação do primeiro Código do Direito de Autor português dá-se em 1966, e que se manteve em vigor até à aprovação do Código dos Direitos de Autor e Direitos Conexos, doravante CDADC. Um instrumento de trabalho importantíssimo e que até aos dias de hoje continua a ser constantemente adaptado e alterado de forma a incluir disposições constantes de diplomas comunitários, como seria de esperar.

O paradigma no plano internacional mudou, uma vez mais, por conta do acordo TRIPS/ADPIC que, em 1994, veio fortalecer substancialmente a protecção, pela via dos direitos de autor, ao estabelecer níveis mínimos de protecção.

Em 1995, a administração Clinton aprovou uma das mais importantes leis relativas à distribuição de obras musicais em ambiente digital: apelidada de “*Celestial Jukebox*”, propondo não medidas restritivas, mas sim partindo do pressuposto que a revolução digital

⁵ A este propósito, já outras obras e trabalhos o fizeram de excelente forma. Remetemos a título exemplificativo para a dissertação de mestrado de Inês de Sousa Rua Santos Costa, *Direitos de Autor e Direitos Conexos para a Actividade Jornalística no Contexto Digital*, Universidade de Coimbra, 2020, p. 12 e ss.

⁶ José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil – Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra Editora, 1992, p. 38.

era um dado cada vez mais adquirido nos padrões de consumo: o *Digital Performance Right in Sound Recordings Act*.

Já em 1996, surgem os Tratados da OMPI sobre direito de autor, com enorme importância em sede de protecção dos direitos de autor, de artistas intérpretes e de produtores de fonogramas.

Desta breve exposição, é já possível descortinar que se verifica uma tendência clara para uma manifesta fragmentação no que concerne ao tratamento legal desta matéria. Encontramos disposições legais dispersas, facto que apenas tem propensão para ser exacerbado pelo alargamento e aprofundamento da protecção dos direitos de autor, em virtude das exigências de harmonização europeia e das necessidades do comércio internacional. O que é menos evidente, e talvez mais controverso, é a quantidade de poder e interesses envolvidos. A dimensão da indústria é verdadeiramente abismal⁷, e o poder dos seus intervenientes é discreto e mantém-se longe das luzes da ribalta. A loquacidade com que hoje em dia se fala da influência de lobbies, muitas vezes à beira do conspiracionismo, parece ganhar a este propósito uma dimensão real e material: editoras multinacionais exercem um desmedido poder junto de entidades como o Congresso americano, a União Europeia, a OMC e afins, conferindo uma sub-reptícia dimensão política aos direitos autorais.

Atendendo às considerações de Simon Frith e Lee Marshall, o que dificulta ainda mais o estudo destes fenómenos é a particular falta de transparência por parte dos “gigantes” da indústria (v.g., entidades de gestão colectiva, editoras discográficas, etc). Com efeito, descortinar e documentar o fluxo de direitos económicos nestas estruturas altamente hierarquizadas, repartidas e opacas, torna-se extremamente difícil. A grande maioria dos dados estatísticos referentes a este tema mantem-se interna às empresas e entidades, engavetada algures nos seus registos contabilísticos. Mantém-se, até então, um segredo bem guardado quem está realmente a lucrar com os actuais sistemas de protecção de direitos autorais.⁸

⁷ A título meramente ilustrativo, referimos que só nos Estados Unidos, as receitas da indústria de venda de gravações musicais, incluindo formatos físicos, downloads digitais e streaming, ascenderam aos 12,2 mil milhões de dólares em 2020. Os dados são da RIAA. Joshua P. Friedlander, *Year-End 2020 RIAA Revenue Statistics*, 2020.

⁸ Simon Frith e Lee Marshall, *Music and Copyright*, Routledge, 2004, p. 14.

2. A protecção das obras musicais

O entendimento de obra musical enquanto criação passível de protecção por via do direito de autor é fácil, resultando desde logo da interpretação dos arts.1º, nº1 e 2º, nº1 CDADC. Do primeiro artigo retiramos que estaremos perante obras protegidas sempre que nos depararmos com “criações intelectuais do domínio literário, científico e artístico”, desde que sejam exteriorizadas, e “independentemente da sua divulgação, publicação, utilização ou exploração” (nº3). O segundo artigo procede a uma enumeração exemplificativa de obras, mas que corresponde a um catálogo aberto que pode até abranger obras equiparadas por força do art.3º CDADC.

Outra questão importante a este propósito é a dos requisitos de protecção de uma obra: não nos atreveremos sequer a adiantar uma lista de premissas de calibre técnico, nem ao Direito cabe essa função.⁹ Por esta razão, os conceitos normativos nesta área são irreversivelmente abertos e indeterminados. Torna-se necessário recorrer a formulações palpáveis e determináveis, e, para esse efeito, foram adoptados os requisitos da exteriorização¹⁰ e da originalidade.^{11 12}

É de referir, ainda, que o direito de autor será atribuído ao criador intelectual da obra, salvo disposição expressa em contrário, sendo isso que resulta do art.11º CDADC, e, por maioria de razão, o criador intelectual será o autor da mesma (art.27º, nº1 CDADC).

As disposições relativas à atribuição de direitos de autor às mais variadas obras encontram-se nos arts.11º a 26º-B CDADC, sendo que a obra fonográfica ou videográfica surge explanada no art.24º, que postula que será atribuída autoria de uma obra fonográfica ao autor da música fixada. É ainda relevante a este propósito o art.27º CDADC, que

⁹ Afinal, “definir a arte é quase tão difícil como definir um ser humano”... Janson, *História da Arte*, apud. Alexandre Dias Pereira, *Direitos de autor e...*, p. 380.

¹⁰ A exteriorização decorre logo de uma análise sumária do art.1º, nº1 CDADC, e traduz-se no facto de a obra ter “expressão comunicativa reconhecível através de uma forma sensorialmente apreensível” – cit. Alexandre Dias Pereira, *Direitos de autor e...*, p. 384 e ss.

¹¹ Critério segundo o qual a obra deve ser “expressão da capacidade de criação do autor”. Não está em causa um juízo de mérito, mas sim uma valorização tanto do “suor na testa” como da genuína criatividade. – cit. *Ibid.*

¹² Estes conceitos parecem encontrar-se numa aparente reciprocidade. A noção da “dicotomia ideia-expressão” ficou, aliás, bem patente no exercício de Tito Rendas e Nuno Sousa e Silva ao analisar jurisprudência na obra *Direito de Autor nos Tribunais*: “Nem sempre é fácil discernir o ponto a partir do qual uma ideia ganha suficiente densidade e concretização para que se possa considerar «expressão»”. – cit. Tito Rendas e Nuno Sousa e Silva, *Direito de Autor nos Tribunais*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2019, p. 10

estabelece a presunção *auctor est quem opus demonstrat*, segundo a qual autor é quem tiver o nome indicado como tal na obra.

3. Direitos patrimoniais e morais

É o art.9º CDADC que transparece que o direito de autor engloba tanto direitos de carácter patrimonial como direitos de carácter pessoal: são os chamados direitos patrimoniais e direitos morais.

Sumariamente, correspondem aos direitos patrimoniais aqueles que se traduzem numa compensação financeira, equiparável a uma verdadeira remuneração pelo trabalho do autor: “aqueles que lhe permitem viver da sua obra”.¹³ Portanto, quando estão em causa direitos patrimoniais, referimo-nos ao direito de reprodução (tanto a publicação da obra como a circulação da mesma); distribuição e comunicação ao público da obra; podendo ainda autorizar-se a sua fruição ou utilização por terceiros (arts.9º, nº2; art.67º e art.40º CDADC).

Por outro lado, os direitos morais encontram a sua génese no entendimento segundo o qual a obra corresponde a uma verdadeira extensão da personalidade do autor que é igualmente digna de protecção, apesar do seu carácter não patrimonial (art.9º, nº3 CDADC). Nos termos do art.56º CDADC, este rol de direitos é “inalienável, irrenunciável e imprescritível”, e compreende direitos como o de divulgação, defesa da integridade da obra e reivindicação da sua paternidade.¹⁴

¹³ UNESCO, *ABC do Direito de Autor*, p. 35

¹⁴ Patrícia Akester, *O Direito de Autor – E os Desafios da Tecnologia Digital*, Principia Editora, Cascais, 2004.

Capítulo II - A Estrutura da Indústria

“*Showbiz*”, *Muse*, 1999, *Mushroom Records/Taste Media*

Prolegómenos sobre a função da Arte não caberiam nesta, nem em enésimas outras dissertações, mas podemos arriscar que a Arte serve e sempre serviu para comunicar e unir. Movemo-nos com obras artísticas porque através de um determinado meio, o autor conseguiu transmitir uma mensagem. Podemos não depreender a mensagem correcta, mas alguma devemos conseguir perscrutar. Algumas formas de Arte, contudo, são definidas e limitadas pelo meio em que se sustentam. Basta pensar-se no caso de uma obra literária, que sem o trabalho de um tradutor, tem a sua fruição apenas ao alcance daqueles que compreenderem o seu idioma original. Com a obra musical, tal não acontece. Com efeito, a Música é uma linguagem absolutamente global, tal como a Matemática. Embora com variações culturais, dois músicos de pontos completamente opostos do planeta, conseguem comunicar através da música, se forem, por exemplo, colocados no palco de uma *jam session* ou sessão de improvisação, mesmo que não se consigam entender de qualquer outra forma. Isto, aliado ao facto de as técnicas de gravação terem permitido transportar materialmente uma obra musical para qualquer lado, significa que a Música é uma forma artística com uma abrangência universal. Deveras poético, mas problemático quando consideramos que cada canto do globo conhece um ordenamento jurídico diferente, e estima de forma distinta diversos valores jurídicos.

1. A obra musical enquanto bem económico

A obra musical é um bem passível de ser trocado em diferentes mercados. A partir do momento em que uma ideia se torna útil, esta torna-se passível de ser economicamente valiosa. E porque tudo começa precisamente com uma ideia, estas devem não ser apenas protegidas, como também incentivadas. No entanto, este estímulo dá-se à conta de um paradoxo: é que de um ponto de vista puramente económico, um sistema proteccionista dos direitos de autor surge, em certos momentos, como uma restrição à liberdade do mercado. Por essa razão, não é de surpreender que existam correntes doutrinárias (e “economicocêntricas”, se nos permitirem o neologismo) que se opõem liminarmente às nossas concepções dos direitos autorais, vendo as leis de direitos de autor como

desnecessárias e deletérias à competição de mercado. Os subscritores de tais ideias garantem que existem outras formas de estimular a criatividade e a inovação artística, mas nem o mais empedernido dos economistas pode ignorar o crescimento exponencial das indústrias artísticas e o seu significado para a economia. O entendimento maioritário, contudo, vai no sentido de que a remuneração económica dos direitos de autor, e conseguinte restrição de utilização pelos demais peões do mercado, é a forma mais eficiente de atingir o desejável nível de protecção: desta forma estaremos a incentivar os autores e artistas a publicar as suas obras, permitindo-lhes simultaneamente, um completo controlo das mesmas e a possibilidade de com elas lucrar.

Em *The Wealth of Nations* de 1776, Adam Smith, expressou a sua crença na mão invisível do mercado e do mecanismo de preços, como uma forma de rejeitar o proteccionismo económico e os preços ditados pelo Estado, fazendo uma apologia a uma economia auto-regulada.¹⁵ Ora, se por um lado é verdade que (pelo menos na teoria) num modelo económico perfeito o mercado resolveria eficientemente o problema da alocação de recursos, tornando inútil a intervenção do Estado, também é verdade que foi igualmente Adam Smith quem reconheceu que certas condições económicas não permitiriam o desenvolvimento de mercados competitivos. Não sem a intervenção estatal. Estas condições correspondem às falhas de mercado, ou seja, situações nas quais os bens são insuficientemente alocados pelos mecanismos do mercado.¹⁶ Uma destas *market failures* corresponde precisamente a algumas das características distintivas da obra musical e da ideia artística enquanto forma de “propriedade”: a existência de bens públicos¹⁷ (em sentido económico e não jurídico), onde as ideias se incluem, significando que são bens de consumo não rival e não excludente.¹⁸ Nessa medida, estão sujeitos ao chamado “*free riding*”: os consumidores podem beneficiar dos bens sem nada sido pago, o que significa que os produtores desses bens podem não vir a receber todo o rendimento que seria devido por eles.

Além disto, o custo de concretização de uma determinada ideia artística é alto, mas comparativamente, o custo marginal de entrega é muito baixo. Pior: os ganhos potenciais é

¹⁵ Ruth Towse, *ob.cit.*

¹⁶ Por outras palavras, o mercado deixa de ser Pareto Eficiente.

¹⁷ “*People cannot be prevented from using a public good and one person’s use of a public good does not reduce another person’s ability to use it*” (Mankiw, 2014), *apud.* Peter Tschmuck, *The Economics of Music*, Agenda Publishing, 2017.

¹⁸ Pelo motivo de não se excluírem pelo uso, tal significa que não é pelo facto de uma pessoa escutar por exemplo uma obra musical que uma outra deixe de o poder fazer.

que custeiam as despesas fixas altas, e se as ideias em causa não forem protegidas adequadamente estar-se-á a transferir um peso enorme para o autor. Estamos a falar de um mercado profundamente volátil, com uma procura altamente incerta por parte dos consumidores.

O efeito que estas características têm na estrutura do mercado pode ser descrita como o “paradoxo” do direito autoral: os direitos de autor são necessários para proteger e incentivar a criação e distribuição de obras artísticas aos consumidores, mas a titularidade dos referidos direitos pode acabar por ficar concentrada em determinadas empresas com poder excessivo no mercado. Afinal, os oligopólios detêm poder suficiente para subir os preços bem acima do mínimo necessário para cobrir custos e encetar em práticas pouco competitivas, como a fixação de preços e a actuação em cartel. Esta compreensão paradoxal é, de resto, algo que teremos que aceitar como tal.¹⁹ Também noutros ramos do Direito encontramos finalidades paradoxais e contraditórias *prima facie*, v.g. o tal "carácter irremediavelmente antinómico e antitético" que denuncia Figueiredo Dias sobre o Processo Penal.²⁰

Resumindo, a música pode apresentar-se sob a forma de diferentes bens económicos: 1 – bens públicos (nos quais o acesso é livre e não existe rivalidade no consumo. Por exemplo, um concerto ao ar livre); 2 – *club goods* (se o acesso for restrito por um sistema de acesso, mas sem se verificar rivalidade no consumo. Por exemplo, um concerto no âmbito de um festival); 3 – *digital common goods* (se o consumo não for excluível mas for rival. Por exemplo, faixas digitais protegidas por direitos de autor) e 4 – *bens puramente privados* (se o bem for excluível e rival no consumo. Servem de exemplo as fixações fonográficas de obras musicais em formatos físicos).²¹

2. Fundamentos para a protecção do direito autoral musical

Como vimos, sem restrições (a que correspondem as disposições relativas a direitos de autor), toda e qualquer obra musical se encontraria forçosamente no domínio público, e poderia ser utilizada por qualquer pessoa, para qualquer fim, e a custo zero. Não se verificaria

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Figueiredo Dias, “Os Princípios Estruturantes do Processo e a Revisão de 1998 do Código de Processo Penal”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, 1998.

²¹ Apresentação conceitual feita por Peter Tschmuck, em *The Economics of Music*, *ob. cit.*

incentivo nenhum à produção de obras musicais, para fins económicos. Além do mais, do ponto de vista dos direitos morais, a protecção das obras reside no entendimento kantiano²² de que estas correspondem à “extensão da personalidade do autor”.²³

Mesmo que uma obra musical não tenha nascido com escopo lucrativo, a sua composição, gravação e distribuição são tarefas que estão longe de ser financeiramente acessíveis. Qualquer interveniente no processo tem que suportar custos altíssimos da mais variada espécie, e as empresas nas quais estas actividades se desenvolvem, desde editoras a gravadoras, dependem da protecção por via dos direitos de autor e direitos conexos para sustentar os seus modelos de negócio. Sabemos também que nem todas as utilizações de obras musicais protegidas por direitos de autor estarão sujeitas à autorização prévia dos mesmos, o que “não significa [...] que a utilização seja irrelevante do ponto de vista dos direitos de autor”, podendo haver lugar a direitos de remuneração ou compensação equitativa pelo uso das obras.²⁴

No ponto anterior, vimos aquilo que apelidámos de paradoxo do direito de autor. A forma de o abordar, depende da perspectiva privilegiada. De um ponto de vista económico, estaria em causa saber se o ganho de bem-estar (ao introduzir protecções por via da propriedade intelectual), “pesa mais na balança” do que a perda de bem-estar sofrida pelos consumidores numa situação de monopólio temporário.

De um ponto de vista mais geral, a questão é bem mais abrangente do que uma simples conta de subtracção. Quando falamos de Música e de Arte, falamos em algo cujo valor para a humanidade suplanta meros valores descritos num relatório de contas de uma qualquer editora. John Keating, professor de inglês interpretado por Robin Williams no filme *Dead Poets Society* de 1989, imortalizou a (hoje célebre) frase: “*Medicine, law, business, engineering, these are noble pursuits and necessary to sustain life. But poetry, beauty, romance, love... These are what we stay alive for*”. É impossível desassociar a Arte do ser humano, e qualquer tentativa de reduzir a sua protecção a uma vã operação matemática a fim de garantir a sua sustentabilidade é de rejeitar liminarmente. Na sua função conciliadora,

²² Immanuel Kant e a sua fundamentação personalista do direito de autor, no sentido de ser um direito inato e não um *ius in re*. A protecção por via do direito autoral justifica-se e materializa-se na pessoa do autor, e não um mero direito de propriedade. – Cit. Alexandre Dias Pereira, *Direitos de autor e...*, p. 68 e ss.

²³ Peter Tschmuck, *ob. cit.*

²⁴ Alexandre Dias Pereira, *Direito da Propriedade Intelectual & Novas Tecnologias*, Vol. I, Gestlegal, Coimbra, p. 297.

o Direito deve procurar “equilibrar os pratos” da tal balança, e acautelar os interesses de ambas as partes.

Sem os intervenientes do mercado a que acabámos de aludir no tópico anterior, a indústria cultural estagnaria e com a maior das certezas não poderíamos testemunhar as mais fantásticas e inauditas obras musicais que nos chegam de todos os cantos do globo. São engrenagens fundamentais numa (nem sempre tão) bem oleada máquina que trabalha há séculos. Mas sem uma protecção dos artistas que não se pautem meramente por critérios económicos, não haveria nada a sustentá-la sequer. É por esta razão que o Direito de Autor não se pode reger nunca por padrões que atendam apenas às necessidades de uma das partes, e que o Direito não pode ser uma ferramenta para o escopo lucrativo de alguns.

A prévia comparação do carácter paradoxal do direito de autor com o “carácter antinómico e antitético” do Direito Penal não foi em vão. É que, tal como no processo penal, em que deveremos “operar a concordância prática das finalidades em conflito” comprimindo-as mutuamente de forma “a atribuir a cada uma a máxima eficácia possível”²⁵, também no direito autoral devemos proceder a uma mútua compressão dos interesses envolvidos. Só que, onde em processo penal existe o limite inultrapassável da dignidade humana da pessoa aquando da operação de concordância, no direito de autor temos os direitos inalienáveis e irrenunciáveis do autor (maxime, direitos morais), que o são por um motivo, e independentemente de qualquer juízo económico ou de oportunidade financeira.

E é assim que deve ser.

3. A anatomia de uma indústria

E eis que chegamos ao novelo que nos propusemos a deslindar, o do emaranhado de direitos de autor que segue na cauda de uma obra musical. Trata-se, pois, de um tema facilmente ignorado, porque escapa ao entendimento (e com franqueza, ao interesse) da vasta maioria dos consumidores. Quando uma canção surge por exemplo numa estação de rádio ou numa lista de reprodução de um serviço de *streaming*, não está no rol de preocupações de um ouvinte o de saber para onde está a ser canalizada a remuneração resultante do seu

²⁵ “(...) salvando assim, em cada situação, o máximo conteúdo possível, optimizando-se os ganhos e minimizando-se as perdas axiológicas e funcionais”. Maria João Antunes, “O Segredo de Justiça e o Direito de Defesa do Arguido Sujeito a Medida de Coacção”, em *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, p. 1237 e 1238.

consumo. Mas para efeitos de direito de autor, a identificação do papel de cada um dos elementos envolvidos é de enorme importância.

3.1 Compositores

No início de uma obra musical, há o seu criador, que se materializa na figura do compositor. É a este que são atribuídos os direitos de autor, de forma automática e independentemente de registo (como vimos, *ex vi* arts.11º e 27º CDADC). Se recuperarmos a analogia de Roger Wallis²⁶, podemos imaginar a indústria musical como uma pirâmide hierarquizada que se assemelha à cadeia alimentar: e nesse exercício imaginativo, os compositores surgem como que no fundo da mesma. Isto é: na génese de todos os patamares superiores, mas o mais das vezes, na posição mais vulnerável. Infelizmente, encontramos nas páginas da História uma multiplicidade de tristes contos sobre compositores que das suas criações, pouca ou nenhuma remuneração auferiram. Mas a sua pulsão artística, que serve de fonte de ignição para o acto da criação, é o que em última análise também acaba por aliciar o compositor a comprometer os seus direitos, em troca de fazer a sua obra chegar ao maior número possível de pessoas.

Adiante veremos quais as opções ao dispor de um compositor para efeitos de exploração da sua obra, nomeadamente a opção por entidades de gestão colectiva ou a cedência de direitos a uma editora discográfica.

3.2 Músicos (ou Artistas Intérpretes?..)

A figura do compositor pode coincidir, mas nem sempre o fará, com a categoria mais lata a que pertencem os artistas intérpretes ou executantes. Para efeitos do presente ponto, iremos preferir, por razões meramente expositivas, a formulação “músicos”, pois esta parece ser a que melhor consegue espelhar a realidade da composição musical. Longe vão os tempos em que um compositor necessitaria de uma orquestra para executar as suas obras, ou que um cantor de renome necessitaria de um elenco de autores para compor os temas dos seus discos. Cada vez mais, existem músicos que interpretam composições que não são de autoria

²⁶ Roger Wallis, “Copyright and the Composer”, em *Music and Copyright*, Simon Frith e Lee Marshall, Routledge, 2004, Cap. 6.

própria; e músicos que interpretam as suas próprias obras. Em princípio, os artistas intérpretes não gozarão de direitos autorais (mas sim de direitos conexos), por lhes faltar precisamente o critério da originalidade a que aludimos previamente. Ainda assim, os músicos merecem uma referência. Como alerta Roger Wallis²⁷, esta distinção absoluta entre “compositor” e “executante” é mais simples dita do que feita. Basta que pensemos no caso da música tradicional, com canções transmitidas de geração em geração.²⁸ Trata-se de uma questão puramente cultural, dado que terá muito mais relevância em determinadas culturas e não tanto noutras, mas ainda assim, um sistema eficaz de protecção de direitos de autor deve aspirar a proteger todos os autores e criadores. E por isso existe um problema no facto de a maioria das leis actuais de direitos de autor parecer depreender que “compor” e “tocar” são funções absolutamente distintas, e que em nenhum momento se cindem. Evidentemente que artistas intérpretes continuarão a ser protegidos ao abrigo de direitos conexos (mal seria se assim não fosse!), mas do que aqui se trata é de reconhecer que existe uma forte componente de autoria, e, por conseguinte, de originalidade, no simples acto de executar uma obra musical.

Sem uma compreensão adequada deste fenómeno, não é possível ambicionar uma abordagem adequada a desafios como o do *sampling*, ou da improvisação enquanto actividade criadora, e tão fundamental para géneros musicais como o *jazz* ou o *blues*, que parecem depender das características tradicionais da produção musical: os músicos reinterpretam determinadas obras apresentando o seu novo material de forma “sonicamente distinta.”²⁹ Com efeito, a composição musical incorpora o espírito da egrégia lei de Lavoisier, onde nada se cria nem perde, e tudo se transforma. E na doutrina legal actual, não existe o entendimento de que, em muitos géneros musicais, a obra musical é *também* a sua execução.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ A chamada música folk, designação derivada da expressão *folklore*, ou folclore, referente ao conjunto de tradições e costumes transmitidos de geração em geração. No que toca a emanações artísticas, estas circulam sem que tenham sequer um autor conhecido a quem atribuir autoria, e que evolui precisamente a partir do uso e adaptações que as gerações vindouras vão criando.

²⁹ A tal “oralidade fonográfica” (ou *phonographic orality*) que refere Jason Toynbee em *Copyright, the Work and Phonographic Orality in Music*, *apud*. Roger Wallis, *ob. cit.* Cap. 6.

3.3 Editoras e Gravadoras/Produtores fonográficos

Os próximos intervenientes no mercado complicam-se um pouco mais, especialmente se tivermos em consideração o facto de muitos destes conceitos frequentemente se sobreporem.

Falamos da distinção entre as editoras discográficas (*publishers*) e as gravadoras ou produtores fonográficos. Sucintamente, uma editora está para a composição musical, como a gravadora está para o fonograma (também denominado de matriz ou *master*). Apesar de, muitas vezes, tal distinção resultar num produto final que se funde aos olhos do consumidor, a verdade é que esta diferenciação se deve ao facto de, ao olharmos para uma obra musical, estarmos, na verdade, perante dois direitos distintos envolvidos na criação e no uso da mesma: o primeiro direito, refere-se ao direito de autor que incide sobre a própria composição. Falamos aqui de aspectos como a melodia, harmonia ou a letra. Este direito é detido pelo seu autor (enquanto criador intelectual, como sabemos), e pela editora que for escolhida pelo mesmo. Como tal, podemos antever que a função de uma editora é a de assumir a responsabilidade pela gestão dos direitos inerentes à composição musical em si. A editora explora a composição, enquanto obra artística fruto do exercício intelectual do autor. A este pertence indissociavelmente (pelo menos uma parte) da obra, podendo posteriormente contratar uma editora, para assumir os custos administrativos de “cuidar” da mesma, garantir que esta não é alvo de plágio, colectar *royalties* pelo uso da mesma e atribuir licenças (por exemplo, para que a obra em questão seja adaptada para uma longa-metragem). A editora não está envolvida no processo de gravação, nem “promete” em momento algum que a obra seja bem-sucedida: não é a ela (pelo menos enquanto tal) que compete a produção e o lançamento da obra musical.

Fica, portanto, claro que a composição de uma obra musical não é, *per se*, suficiente para um futuro financeiramente viável para o autor. Para que as suas obras sejam passíveis de comercialização em grande escala é necessário também que estas se materializem de alguma forma, numa gravação sonora que possa ser difundida pelo mercado: o fonograma. Seja através de cópias físicas ou de serviços digitais, a obra musical tem que encontrar um suporte para chegar aos ouvidos dos consumidores. Entram assim em cena, as gravadoras, ou, recorrendo ao anglicismo, *record labels*. Correspondem à entidade responsável pela produção dos fonogramas (*matrizes/masters*), e como tal gozam também de direitos nos

termos que adiante veremos, a par dos criadores que contribuíram para a gravação (nomeadamente artistas e produtores musicais³⁰).

As gravadoras encontram-se hodiernamente organizadas em verdadeiros impérios empresariais, que mercadejam fonogramas e se desdobram com frequência em tarefas de agenciamento dos artistas que representam, compreendendo autênticos batalhões entre as suas fileiras, para as mais variadas funções, como a aquisição de novos talentos, marketing, produção musical, etc. Ou seja: são empresas que investem e lucram através da exploração de fonogramas (*masters*) criados por artistas que com elas assinaram. Em troca de lucrar com a venda de tais gravações, a gravadora assegura a distribuição das mesmas (seja para lojas físicas ou serviços de *streaming*, por exemplo), gerindo, de igual forma, os lucros que daí advirem. Os artistas escolhem contratar como forma de procurar aumentar a sua base de ouvintes, fazendo as suas criações musicais chegar mais longe, uma vez que as gravadoras lhes promoverão as suas obras, responsabilizando-se frequentemente pelo marketing e disseminação das mesmas. Já os moldes de acordo com os quais os termos contratuais serão estabelecidos, decorrerão, em grande parte, do poder negocial do artista, para que este possa regatear as melhores condições de exploração das suas obras.³¹ As gravadoras exploram os fonogramas que produzem, distribuindo *royalties* ao artista, bem como aos demais elementos, como os produtores musicais ou os técnicos de áudio.

De um modo geral, as gravadoras pertencerão a uma empresa mais extensa, as chamadas empresas ou agências multinacionais (ou *record companies*). Cada uma destas empresas detém uma verdadeira multiplicidade de “frentes de ataque”, pelas mesmas razões pelas quais encontramos conglomerados em quaisquer outros sectores da indústria: maximizar a sua abrangência e penetrar em diferentes esferas do mercado. O panorama internacional encontra-se actualmente dominado pelas chamadas “*Big 3*”, ou as “Três Grandes”: a maioria das *labels* do mercado são detidas pela Universal Music Group, pela Sony Music Entertainment ou pela Warner Music Group.

³⁰ Não confundir produtores musicais com produtores de fonogramas. Os produtores fonográficos não têm relevância no processo criativo sendo apenas o "produtor do suporte tangível de fixação das obras". Já os produtores musicais, participam activamente no processo criativo.

³¹ Abrangidas pela liberdade negocial estarão, por exemplo, questões como a de saber quem assumirá a despesa das gravações em estúdio. Não é incomum que as gravadoras forneçam adiantamentos de capital, como forma de cobrir os custos de transacção. Adiante veremos que tudo tem um preço. Noutras vezes, os contratos celebrados entre os artistas e as gravadoras permitem que estas últimas tenham, por exemplo, poder suficiente para controlar o tipo de música gravado pelo artista.

Isto sem prejuízo da existência das chamadas gravadoras indie, ou *indie labels*: gravadoras financiadas independentemente e que não estão relacionadas com as três grandes do mercado. Têm, naturalmente, menos recursos financeiros comparativamente às de maior dimensão, tornando a produção e divulgação da obra mais difícil (basta pensar-se nas queixas de vários artistas relativamente ao facto de as listas de reprodução das rádios serem dominadas pelas empresas multinacionais), mas oferecem, normalmente, uma maior margem de manobra criativa ao artista, tendo por isso ainda uma significativa importância na indústria.

A par destas gravadoras, que asseguram a fixação fonográfica bem como a distribuição da mesma, existem ainda, distribuidoras independentes que asseguram apenas esta última tarefa, como por exemplo a CDBaby ou a Ditto.

Referimos, também plataformas digitais, como a Distrokid, Tunecore e outras do género (as chamadas plataformas DIY), que permitem que os autores de obras musicais procedam à fixação das mesmas em fonogramas, por meios próprios, sem necessitar de contratar com uma gravadora, valendo-se apenas destas plataformas para proceder à distribuição das canções, em especial através dos serviços de *streaming*.

Não é incomum que uma gravadora, contudo, especialmente se for de grandes dimensões, detenha também divisões de *publishing* (edição) e de distribuição, de forma a ter um ainda maior controlo sobre as obras musicais que lança sob a sua alçada: ao controlar não apenas o fonograma, mas também a composição musical no seu todo, são capazes de explorar as obras na totalidade (é o caso da Warner Chappell Music, a divisão editorial da Warner Music Group; ou da Universal Music Publishing, da Universal Music Group). Esta cisão de funções nem sempre é clara por força do fenómeno da integração vertical destas empresas.

Devemos referênciá-lo ao facto de, hoje em dia, as gravadoras, particularmente as mais influentes, controlarem a maioria dos catálogos musicais valiosos, detendo, frequentemente, uma avassaladora e desconhecida importância, que o mais das vezes supera a influência meramente empresarial, entrando no domínio político. Parafraseando o autor norte-americano John Pilger, “todo o poder que não possa ser medido é inimigo da verdade, por mais democráticas que sejam as suas intenções”...

3.4 Entidades de gestão colectiva

Outros intervenientes a que devemos especial atenção são as entidades de gestão colectiva, entes aos quais dedicaremos uma considerável parte da presente dissertação. Estão em causa organizações dotadas de utilidade pública, e às quais a lei portuguesa atribui “capacidade judiciária para intervir civil e criminalmente em matéria de direito de autor”, nos termos do art.73º, nº2 CDADC. É por força deste artigo que se compreende que estas entidades desempenham a sua “função como representantes dos respectivos titulares”, sendo que os efeitos dos actos destas entidades ir-se-ão repercutir na esfera jurídica dos mesmos. São entidades sem fins lucrativos (associações ou cooperativas, *ex vi* art.2º, nº2 Lei nº83/2001), assumindo-se, contudo, na prática, como grandes organizações com peso a título empresarial.

O instituto da gestão colectiva surge em face da nota de ubiquidade que marca as obras, o que dificultaria em grande medida o exercício de gestão dos seus direitos, se o autor o tentasse fazer a título individual. Como refere Alexandre Dias Pereira, como as obras podem ser “simultaneamente objecto de múltiplas utilizações por diversas pessoas”, isto compromete a capacidade do titular dos direitos de autorizar as utilizações, bem como controlá-las.³² O autor refere ainda que as vantagens³³ que advêm da gestão colectiva reflectem-se tanto na esfera dos titulares dos direitos, que mais facilmente podem exercer e controlar as utilizações das obras em questão, mas também na dos consumidores, que terão ao seu dispor um organismo central onde se poderão munir de autorizações para utilização das obras, ao invés de se verem forçados a negociar individualmente cada utilização.^{34 35}

Note-se que sectores há em que o titular dos direitos se vê forçado a recorrer a uma entidade de gestão colectiva: a figura da gestão colectiva necessária, que se contrapõe à

³² Alexandre Dias Pereira, *Direitos de autor e...*, p.652 e ss.

³³ José de Oliveira Ascensão refere seis categorias diferentes de “interesses e interessados”. A saber, os titulares dos direitos; os utilizadores; as próprias entidades; os provedores de serviços na Internet; o consumidor final das obras e os interesses colectivos e públicos. – cit. José de Oliveira Ascensão, *Representatividade e Legitimidade das Entidades de Gestão Colectiva de Direitos Autorais*, Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas, 2013, p.153.

³⁴ Alexandre Dias Pereira, “Problemas Actuais da Gestão do Direito de Autor: Gestão Individual e Gestão Colectiva do Direito de Autor e dos Direitos Conexos na Sociedade de Informação”, em *Direito da Sociedade de Informação*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p.20.

³⁵ “A gestão colectiva tanto pode exercer-se em relação a obras individuais dos autores ou à globalidade dos seus repertórios, nos termos de um contrato de gestão que abrangerá elementos de mandato, sociedade, serviços e gestão de negócios.” – cit. *Ibid.*

discricionária.³⁶ Ainda assim, é seguro referir que a opção por uma entidade de gestão colectiva caberá, pelo menos idealmente, ao autor, que se questionará pela racionalidade da opção.

As vantagens que encontramos na gestão colectiva, portanto, residem na centralização do sistema: é que um aparelho descentrado de imposição privada de cada direito seria demasiado custoso, havendo uma discrepância entre as capacidades e o poder de cada artista (artistas mais bem-sucedidos e, por conseguinte, em posições económicas mais favoráveis teriam capacidade de mais cabalmente defender e gerir os seus direitos). E, por muito que estejamos a falar de Direito Privado, é também um interesse público que os direitos de autor sejam respeitados.³⁷ Por esta razão, modelos de gestão colectiva existem um pouco por todo o mundo.

No caso português, as entidades de gestão colectiva são reguladas pela Lei nº 26/2015, de 14 de Abril, especialmente no que toca ao seu estabelecimento em território nacional e à livre prestação de serviços das entidades previamente estabelecidas noutro Estado membro da UE ou do EEE. Esta lei correspondeu à transposição da Directiva 2014/26/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de Fevereiro de 2014, e foi posteriormente alterada pelo DL nº100/2017 de 23 de Agosto e DL nº89/2019 de 4 de Julho.

Encontramos em Portugal entidades de gestão colectiva como a AGECOP, a ANGAE, a AUDIOGEST, a GDA ou a GEDIPE. Internacionalmente, referimos figuras como a CISAC, e nos ordenamentos jurídicos estrangeiros podemos apontar a título de exemplo a JASRAC (Japão), a SACEM (França), a GEMA (Alemanha), a ALCS ou a PPL (Reino Unido) ou a ASCAP (EUA). Entre as diversas entidades de gestão colectiva é comum a celebração de contratos de representação recíproca, através dos quais confiam a outras o direito de conceder as autorizações necessárias, no respectivo território.³⁸ Este tipo de acordo tem proliferado à medida que a cooperação internacional se sedimenta, tendo surgido novos tipos de compromissos, nomeadamente tendentes à concessão das tais licenças multiterritoriais (arts.48º-A e seguintes Lei 26/2015, de 14 de Abril); ou seja, licenças que

³⁶ Contraponto feito por José de Oliveira Ascensão, em *Representatividade e...*, p.151.

³⁷ Vinicius Klein, “A imposição de direitos autorais sob a óptica de Direito e Economia”, em *Direito autoral e análise económica do direito*. CODAIP XV, 2021.

³⁸ Dário Moura Vicente, *A Tutela Internacional da Propriedade Intelectual*, Almedina, 2008, p.341 e ss.

são válidas para uma miríade de países, e sem as quais, serviços em linha que hoje considerados essenciais não poderiam existir.³⁹

4. Regimes contratuais

José de Oliveira Ascensão denuncia uma “sistemática legal” muito imperfeita, no que toca à consideração dos negócios de direito de autor pela lei portuguesa.⁴⁰ Refere o professor que no direito de autor se podem encontrar tanto direitos exclusivos (os “grandes direitos e faculdades” de comunicação ao público, reprodução, distribuição e transformação) e direitos de remuneração (onde, pela razão de o titular não poder impedir a sua utilização por outrem, é remunerado equitativamente nos termos do art.76º, nº1,al.b) CDADC).⁴¹ Nos casos em que as obras são entregues ao cuidado de uma entidade de gestão colectiva, estas últimas emitem tabelas e tarifas, dependentemente do tipo de utilização, e concedem licenças universais de utilização.⁴²

Verifica-se que a regulação legal dos direitos de autor se reconduz a uma disciplina de natureza estritamente comercial, sobretudo no que respeita “à regulamentação das formas contratuais de utilização, que correspondem a tipos de actos que conferem natureza mercantil às empresas que os praticam”.⁴³

No ponto anterior, esclarecemos e delimitámos as funções de cada um dos intervenientes numa indústria, que vimos ser altamente fragmentada no que toca à distribuição dos rendimentos das obras.

Observámos, por um lado, o papel das editoras, que irão celebrar acordos com os compositores em ordem a conseguir explorar as suas obras, presentes ou futuras. Uma editora poderá facultar adiantamentos de capital aos compositores, adiantamentos esses que serão recuperáveis através de futuros ganhos ou *royalties* aferidos com as obras, em troca de deterem direitos sobre a composição. Tentarão então gerar rendimentos a partir da mesma, procurando que outros artistas queiram “comprar” ou utilizar a composição, seja por outros grupos musicais em televisão ou cinema, ou até publicidade. Para esse efeito, emitem

³⁹ Dário Moura Vicente refere, a título de exemplo, a difusão de música em *simulcast* através da Internet. – cit. Dário Moura Vicente, *A Tutela Internacional...*

⁴⁰ José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil – Direitos de Autor e Direitos Conexos*, p.418

⁴¹ José de Oliveira Ascensão, *Representatividade e...*, p.162.

⁴² *Ibid.*

⁴³ Alexandre Dias Pereira, *Problemas Actuais da...*, p.20.

licenças que permitam a esses interessados gravar, utilizar e vender interpretações dessa composição. A remuneração auferida, quer pelo autor quer pela editora, poderá advir portanto: dos *royalties* devidos por cada venda/*download* (vendidos pela gravadora, ou pelo artista se optar por assumir a distribuição); *royalties* devidos por cada transmissão, radiodifusão ou comunicação; *royalties* devidos por cada *stream* (em plataformas de streaming como o Spotify ou a Apple Music); *fees* ou *royalties* por cada utilização da obra seja em filmes, televisão, publicidade, etc.; e *fees* ou *royalties* através da emissão de licenças para utilização ou exploração da composição através de outros meios levados a cabo por terceiros.⁴⁴

Por outra parte, as gravadoras ou produtores fonográficos celebram contratos com artistas, e assistem na criação das matrizes das obras musicais, para que possam ser manufacturadas e vendidas em discos, para além de distribuídas pelos canais digitais e *airplay*.⁴⁵ Caso tenha havido lugar a adiantamentos para os artistas, os *royalties* distribuídos aos mesmos serão apurados através da dedução dos custos tidos pela gravadora, não só com os adiantamentos, como também com as restantes despesas necessárias à distribuição. Dependentemente do tipo de contrato celebrado entre a gravadora e o artista ou autor, outros serviços poderão ser prestados, desde o *marketing* até ao agenciamento. Uma vez que os produtores de fonogramas são detentores de direitos sobre as matrizes, auferirão rendimentos, nomeadamente através: da venda de cada álbum/*download* que contemple o fonograma; *royalties* devidos pelos serviços de streaming⁴⁶ pelo disponibilização do fonograma; *fees* ou *royalties* pela utilização do fonograma noutros meios (como televisão ou publicidade).

As tarefas e as funções de uma figura e a outra, como compreendemos, nalgumas situações se sobrepõe. Para tal, adiantamos agora algumas razões. Tanto as editoras como as gravadoras contribuem, com frequência, para o chamado “*artist development*”, relativamente ao lado criativo dos autores, celebrando, por exemplo, os denominados *360 deals*.⁴⁷

⁴⁴ Para além disto, é também papel das editoras o de garantir que as obras são cabalmente protegidas, e podem, ainda, operar no lado criativo em conjunto com os compositores.

⁴⁵ *Airplay* = Tempo dedicado à radiodifusão de determinada obra musical

⁴⁶ Guta Braga, “Direitos Autorais e Remuneração nas Plataformas de Música”, em *Direito Autoral, Plataforma Digital e Direito dos Usuários da Internet*, CODAIP XV, 2021.

⁴⁷ Este termo lato refere-se a contratos nos quais uma editora ou uma gravadora participam e a elas são devidas remunerações relativas aos lucros do artista referentes a, por exemplo, espectáculos ao vivo, *merchandising* ou outro tipo de receita que possa não provir directamente da exploração normal dos direitos de autor.

Já desferimos algumas críticas quanto à dissolução da diferenciação entre as figuras do compositor e do músico, mobilizando para o efeito o argumento de o estúdio (e agora cada vez mais o estúdio caseiro ou *home studio*) ser cada vez mais o local de criação e composição da obra musical. Mesmo antes da pandemia que assola o globo desde 2019, já era comum que músicos e compositores, mesmo os habituados a gravar em estúdios de grandes dimensões, escolhessem gravar a partir de sua casa. Na verdade, artistas de renome e adolescentes com aspirações a estrela mundial estão cada vez mais em pé de igualdade: com uma interface de áudio e um *software* DAW⁴⁸, as criações musicais ficam prontas a ver a luz do dia à velocidade da luz, e vindas de qualquer parte do mundo, sem haver sequer necessidade para avultadas despesas.

O que se adensa ainda mais se considerarmos o papel de verdadeira “musicalidade” que figuras como o produtor ou o técnico de som assumem no processo de nascimento de álbum: cada vez mais, a obra nasce à medida que é composta.

Do que acabámos de expor, podemos inferir que “*royalties* artísticos” e “*royalties* autorais” são coisas distintas, apesar da sobreposição de intervenientes que muitas vezes verificamos.

4.1 Contratos artísticos e contratos autorais

Como pudemos apreciar no tópico anterior, “compositores” (autores) não se confundem com “músicos” (ou artistas intérpretes/executantes). Apesar de assumirem muitas vezes ambas as funções, quando falamos de direitos de autor musicais devemos ter em atenção esta distinção quando analisamos os tipos de contratos com os quais nos podemos deparar neste âmbito. Neste sentido, poderemos delinear uma clara distinção entre os chamados “contratos autorais” e os “contratos artísticos”. Os contratos autorais, que tutelam matérias de direitos de autor, são aqueles relativos à composição em si mesma, sua execução, gravação e interpretação. Já os contratos artísticos reportam-se, neste âmbito, unicamente ao mercado musical, e surgem, por exemplo, quando uma editora ou uma gravadora financiam um artista, ou os contratos celebrados por artistas intérpretes ou executantes.

⁴⁸ Abreviatura para *Digital Audio Workstation*, um *software* ou dispositivo electrónico essencial para a gravação e edição de ficheiros áudio.

Dos contratos autorais podemos delinear, entre outros, os que mais nos interessarão para efeitos deste estudo: contratos de cessão autoral; contratos de administração com uma editora, ou gestão por via de sociedades de gestão colectiva.⁴⁹

Em jeito de resumo, quando falamos de obras musicais, não estamos perante apenas um único direito, mas sim antes um “ramalhete” deles.⁵⁰ Recuperando a analogia, facilmente conseguimos compreender que um compositor, autor originário da obra musical, pretenderá tomar passos para garantir que as suas criações são o mais difundidas possível, cedendo parte dos seus direitos económicos a outras entidades, para que estas possam explorá-los, a maioria das vezes, no decurso das suas actividades empresariais. Dependendo dos termos contratuais, todos os direitos acima mencionados podem ser geridos pela mesma entidade ou entidades diferentes (podendo existir, por exemplo, duas entidades de gestão distintas). E assim o é, porque, como veremos, a temática dos direitos de autor e dos contratos a eles referentes são fortemente pautados por uma nota de liberdade contratual.

4.2 A liberdade em sede de direito de autor

Como sucede na maioria dos ramos de Direito Privado, conseguimos entrever aqui um padrão pelo qual se regem todos estes contratos em toda a sua variedade: o princípio da liberdade contratual. Tal ideia já decorreria, em parte, do princípio da liberdade da forma postulado pelo art.12º CDADC, mas adensa-se aqui com o significado que lhe é imposto pelo art.405º CC: “as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos”. O autor originário da obra, nos termos do art.40º CDADC, pode, por esta razão, explorar directamente o bem criado, mas também “recorrer a terceiros para praticar actos jurídicos que se repercutem sobre o objecto do seu direito”, nomeando um terceiro para a prática destes actos e “nos termos do mandato recebido”⁵¹, sendo neste horizonte que surge a figura das entidades de gestão colectiva.

⁴⁹ Já do ponto de vista dos direitos artísticos, podemos encontrar negócios como os contratos de cessão artística (celebrados directamente pelos artistas com as gravadoras) ou contratos de distribuição.

⁵⁰ Aquilo a que Simon Frith e Lee Marshall chamam de “*basket of rights*”. - Simon Frith e Lee Marshall, *ob. cit.*, Cap. 1.

⁵¹ No caso específico das obras musicais, o autor “terá quase fatalmente de recorrer a outrem para o seu exercício”, uma vez que não poderá controlar todas as emissões ou utilizações feitas da sua obra. – cit. José de Oliveira Ascensão, *Representatividade e...*, p.150.

Valendo aqui em grande amplitude o princípio da liberdade contratual, os termos em que serão celebrados cada um destes contratos irão variar, naturalmente, dependendo do que for acordado. Entram assim em jogo as questões associadas ao poder negocial de cada uma das partes. E como veremos no Lado B desta dissertação, nem sempre os pratos da balança estão equitativamente equilibrados. Não é difícil antever porquê: à semelhança do que sucede em matéria de Direito do consumidor (em que encontramos o consumidor como uma parte negocial altamente vulnerável relativamente às empresas prolíficas em recursos), também em sede de protecção dos autores encontramos-os numa posição muitas vezes desprotegida face aos gigantes da indústria.

Trata-se de uma liberdade contratual, evidentemente, limitada, como todas as outras. O nosso legislador prevê a nulidade de cláusulas contratuais que venham a impedir o exercício normal pelos beneficiários, por exemplo, das excepções a que se reportam as utilizações livres. Não são válidos, portanto, contratos que limitem a possibilidade de os utilizadores beneficiarem destas excepções.⁵²

Do que aqui se fala sim é de uma “atipicidade dos negócios” a que alude José de Oliveira Ascensão, valendo um verdadeiro “princípio da atipicidade das formas negociais”.⁵³

4.3 O regime contratual previsto no CDADC

Veremos agora o regime contratual previsto no nosso Código. Para este efeito, iremos manter sempre presentes as distinções a que procedemos no tópico 4.1, sobre a distinção entre direitos de autor e direitos artísticos, focando-nos mais especificamente no contrato de fixação fonográfica.

4.3.1 O contrato de fixação fonográfica e videográfica

Para tal, iremos adensar as nossas atenções nas disposições atinentes ao contrato de fixação fonográfica⁵⁴ e videográfica (arts.141º a 148º CDADC). As disposições relativas a este contrato são aplicadas às reproduções de qualquer obra intelectual obtida por um

⁵² Alexandre Dias Pereira, *Direitos de autor e...*

⁵³ José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil...*, p.419.

⁵⁴ Aproveitamos para remeter para o conceito de fonograma, plasmado no art.176º, nº4 CDADC: “o registo resultante da fixação, em suporte material, de sons provenientes de uma prestação ou de outros sons, ou de uma representação de sons”.

processo análogo à fonografia ou videografia, ressalvando o art.148º CDADC, mesmo que ainda por inventar. Por aplicação do art.24º CDADC, compreendemos que são considerados autores de obra fonográfica “os autores de texto ou da música fixada”.

Como é sabido, o direito de fixação é um dos direitos patrimoniais do autor.⁵⁵ Deste contrato nasce portanto a atribuição de uma licença típica concedida pelo autor (art.68º, nº2, al.d)). Por força do art.147º CDADC, serão aplicadas, a este tipo de contrato, *mutatis mutandis*, as disposições relativas ao contrato de edição, que conhece o seu regime jurídico nos arts.83º a 106º CDADC. O contrato de edição corresponde ao paradigma da regulação das autorizações, e o seu regime subsidiário remete para outras formas de utilização previstas no Código, onde o contrato de fixação fonográfica se inclui.

4.3.1.1 Noção do contrato

A definição do contrato de fixação fonográfica é adiantada pelo art.141º CDADC, tratando-se de um contrato aplicável tanto a obras passíveis de ser fixadas em fonogramas ou em videogramas, sendo que a reprodução, por meios mecânicos, de uma obra artística está compreendida no direito exclusivo que a Convenção de Berna consagra no art.9º (e no seu art.13º, quanto às obras musicais e literário-musicais).⁵⁶

No contrato de fixação fonográfica, o autor autoriza a fixação da obra (entendida, recorde-se, como “a incorporação de sons [...] num suporte material estável e duradouro que permita a sua percepção, reprodução e comunicação de qualquer modo, em período não efêmero”⁵⁷), podendo a entidade detentora da autorização reproduzir e vender os exemplares produzidos.

4.3.1.2 Forma do contrato

A este propósito, deveremos escutar os princípios estabelecidos nos arts.41º e 43º CDADC. A autorização deve ser dada por escrito, *ex vi* art.141º, nº2 CDADC. E por força da aplicação do regime supletivo respeitante ao contrato de edição, vemos que no art.87º,

⁵⁵ José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil...*, p. 228 e 462.

⁵⁶ Luiz Francisco Rebello, *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos: Anotado, seguido de legislação complementar, convenções internacionais e directivas*, Âncora Editora, Lisboa, 2002.

⁵⁷ Art.141º CDADC.

nº2 CDADC se dispõe que se presume imputável ao editor a nulidade resultante da falta de redução do contrato a escrito, só podendo ser invocada pelo autor.

4.3.1.3 Elementos do contrato

Pode, assim, dizer-se que o contrato de edição visa que a obra seja reproduzida, distribuída e vendida.⁵⁸ A estes elementos definidores do contrato, José de Oliveira Ascensão acrescenta, com cariz supletivo, as notas de onerosidade (art.91º CDADC) e exclusividade (art.88º, nº3 CDADC).⁵⁹

4.3.1.4 Direitos e obrigações das partes

Como em qualquer relação sinalagmática, encontramos a este propósito direitos e obrigações para ambas as partes envolvidas. Mais uma vez, num exercício comparativo relativamente ao contrato de edição, encontramos as obrigações do autor no art.89º CDADC, e as do editor (aqui entendido como produtor), no artigo seguinte.

Os produtores fonográficos (entendidos como “aqueles a quem tiver sido contratada a fixação”) são protegidos pelos direitos conexos, que têm por fonte tanto uma “acção própria (o investimento empresarial na primeira fixação da obra em suporte) como o contrato para fixação fonográfica (quando promova a fixação da obra em suporte), cuja configuração é mais ou menos relacionada com a protecção do direito de autor, autonomizando-se, contudo, uma vez que não estão em causa criações literárias e artísticas *per se*”.⁶⁰ As prestações artísticas e empresariais dos produtores de fonogramas são protegidas devido à crescente importância económica das suas contribuições para o desenvolvimento da Arte e da cultura: está em causa, sim defender o investimento feito pelos produtores numa actividade técnica e industrial.

Como tal, adquirem os direitos de reprodução, de distribuição e da venda da obra/suporte. Pela sua acção não criadora, o seu direito incide apenas sobre a exploração económica dos suportes: e tem apenas e precisamente estas faculdades de utilização por força do contrato de fixação fonográfica que assinou. Este reconhecimento de direitos conexos aos

⁵⁸ José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil...*, p.441 e ss.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ Alberto Sá e Mello, *Contrato de Direito de Autor*, Almedina, Coimbra, 2008., p.314.

produtores fonográficos significa que quando esteja em causa, por exemplo, a utilização de uma obra já lançada no estrangeiro, seja necessária, a par da autorização do respectivo autor (enquanto criador intelectual), também a obtenção da autorização do produtor originário (detentor da matriz/*master* em que a obra está fixada).⁶¹

O art.143º CDADC prevê que o autor tem o direito de fiscalizar os estabelecimentos de prensagem e duplicação de fonogramas e armazenamento de suportes materiais, sendo aplicável o art.86º, nº7 com as devidas alterações.

O art.141º CDADC contém algumas ressalvas relativas à execução em público e radiodifusão: esta carece de uma autorização específica para o efeito⁶², que pode até ser atribuída a uma entidade diferente da que fez a fixação. Na mesma linha de raciocínio, também o comprador do fonograma não adquire, pelo facto de o ter feito, quaisquer direitos de utilização para “fins de execução ou transmissão públicas, reprodução, revenda ou aluguer com fins comerciais” (nº 3 e 4).⁶³ Além do mais, o produtor não pode transferir para terceiros os direitos emergentes do contrato de autorização, sem o consentimento do autor (salvo no caso de trespasse de estabelecimento): é o que resulta da leitura do art.145º, num paralelismo para com aquilo que se verifica relativamente ao contrato de edição (art.100º CDADC). Os arts.184º e 185º CDADC remetem ainda para a matéria das autorizações dos produtores e da identificação dos fonogramas, respectivamente.

O art.142º dispõe que dos fonogramas deve constar o título da obra (ou o modo de a identificar), assim como o nome ou qualquer outro sinal de identificação do autor, sob pena de prática de contra-ordenação, prevista e sancionada nos termos do art. 205º, nº2 CDADC. A obra musical pode voltar a ser fixada se tiver sido objecto de fixação fonográfica comercial sem oposição do autor, tendo, contudo, o autor direito a retribuição equitativa, nos termos do art.144º CDADC. O art.147º, nº2 CDADC postula uma remissão para os regimes da recitação e da execução.⁶⁴

Por último, depende da autorização do autor a transformação ou o arranjo de qualquer obra, para efeitos de fixação, transmissão, execução ou exibição por meios mecânicos ou fonográficos (art.146º CDADC), sendo que o autor deve ainda indicar a qual fim se destina a referida transformação. Esta disposição reporta-se ao conteúdo pessoal dos direitos de

⁶¹ Ver a este propósito o Ac. TR Lisboa de 3 de Novembro de 1994.

⁶² Autorização essa que pode ser dispensada nos termos do art.150º CDADC.

⁶³ Veja-se neste sentido o Ac. STJ de 11 de Março de 1997, relativo a bobinas pré-gravadas nas instalações de um banco abertas ao público.

⁶⁴ *Vide*. Proc. nº4183/1999.S1 STJ.

autor, na sua vertente de direitos morais, defensora dos valores de integridade e genuinidade da obra.⁶⁵

No que diz respeito à protecção dos direitos conexos dos produtores de fonogramas, Alexandre Dias Pereira refere que o conceito de “comunicação ao público deveria, em princípio, ter idêntico significado em sede de direitos de autor e de direitos conexos”: tal não sucede, contudo, pelo que a noção legal é distinta.⁶⁶

4.4 Formas alternativas de exploração de direitos de autor musicais

Mesmo antes de aprofundarmos o nosso estudo nas problemáticas que se levantam relativamente às formas actuais de exploração de direitos de autor, podemos já antever que os sistemas tradicionais de protecção da propriedade intelectual, a que acabámos de aludir, não são a única forma explorar os direitos a ela referentes.

Como vimos, os sistemas de protecção conferem ao autor o direito de exclusividade de reprodução, decorrente do controlo que exerce sobre a sua obra. Todavia, pelas mais variadas razões, os autores podem considerar que este sistema não satisfaz as suas necessidades, e é neste contexto que surgem as chamadas licenças *copyleft* e os modelos de distribuição centrados nos utilizadores.

4.4.1 Filosofia *copyleft*

A expressão “*copyleft*” encerra um jogo de palavras em relação à expressão *copyright*, referindo-se à prática de garantir que as obras podem ser livremente distribuídas e modificadas, desde que as criações derivativas preservem esses mesmos direitos: prática esta que se baseia na corrente de pensamento segundo a qual a liberdade da ciência (e por conseguinte, talvez da informação) se deve opor à “sua apropriação por direitos de autor e patentes”.⁶⁷

⁶⁵ É precisamente este entendimento que está na base, por exemplo, das normas relativas às modificações de projectos arquitectónicos, vertidas no art.60º, nº3 CDADC.

⁶⁶ Mobilizando, para tal, os Ac. Proc C-135/10, ECLI:EU:C:2012:140 Marco Del Corso e o Ac. C More Entertainment proc C-279/13, ECLI:EU:C:2015:199. – Alexandre Dias Pereira, *Direito da Propriedade Intelectual e Novas...*, p.16.

⁶⁷ Alexandre Dias Pereira, *Direitos de autor e...*, p. 319.

Estas licenças⁶⁸ estão, naturalmente, fortemente marcadas por notas de reciprocidade (não sendo ao acaso que são também apelidas de licenças recíprocas)⁶⁹, e de liberdade. O foco deixou de ser o do controlo sobre a reprodução, distribuição e modificação das obras, e virou-se para garantir precisamente aos utilizadores a liberdade para as levar a cabo. As licenças *copyleft* são, geralmente, atribuídas a programas de computador, mas podem ser referentes a qualquer outra obra artística.

Não se faça confusão a este propósito: o autor originário continua a ser detentor de direitos de autor, pois é e sempre será o criador intelectual da obra⁷⁰, nem o conceito de “*copyleft*” significa a inexistência de direitos de autor.⁷¹ O que sucede é que o autor decide permitir que outros a utilizem, garantindo-se, contudo, o seu reconhecimento, atribuindo-lhe os devidos créditos onde tais são devidos, identificando-o.

4.4.1.1 Licenças *Creative Commons* e semelhantes

As licenças *Creative Commons SA (Share-Alike)*⁷² são as mais frequentemente empregues pela sua acessibilidade, mas existem outras (como por exemplo a *GNU General Public License* ou a *Free Art License*). Os moldes e as liberdades garantidas para cada utilização irão depender da licença que tiver sido atribuída à obra, encontrando-se padronizadas, para o efeito, licenças já prontas para ser associadas a conteúdos, e que compreendem diferentes graus de controlo do autor original sobre a obra. Actualmente, as licenças *Creative Commons* encontram-se adaptadas às legislações nacionais dos mais diversos países, apesar de terem sido pensadas, na sua origem, à luz do modelo legal norte-americano. Em Portugal, estão de igual forma adaptadas à legislação portuguesa, sendo o

⁶⁸ É o mesmo que dizer que ao detentor da obra em questão são atribuídos os mesmos direitos que ao autor, incluindo: a liberdade de utilizar a obra; a liberdade de a estudar; a liberdade de a reproduzir e partilhar com outros; e a liberdade de a modificar, distribuir e criar obras derivadas. – cit. Richard Stallman, *Free Software Definition*.

⁶⁹ Esta reciprocidade potencia que este tipo de licença se possa tornar “viral”, devido aos seus termos “auto-perpetuantes” (“*self-perpetuating*”). – Craig Mundie, *Prepared Text of Remarks*, New York University, 2001.

⁷⁰ Art.11º CDADC.

⁷¹ Alexandre Dias Pereira, *Direitos de autor e...*, p. 318.

⁷² A expressão “*share-alike*” reporta-se à condição imposta por estas licenças, que impõem que quaisquer liberdades de que goze uma determinada obra devam ser garantidas a quaisquer trabalhos derivativos. Daqui podemos retirar que qualquer licença *copyleft* é automaticamente *share-alike*, mas o contrário não é necessariamente verdade, uma vez que algumas licenças *share-alike* podem incluir certas restrições, como por exemplo, a de proibir determinadas utilizações comerciais.

projecto de adaptação capitaneado pela Universidade Católica Portuguesa, FCT (que sucedeu à UMIC) e INTELI.

4.4.2 Modelos de distribuição baseados no utilizador (UCPS)

Estes modelos, também denominados de “*user centric payment system*” (UCPS), comportariam uma verdadeira revolução na distribuição de direitos e *royalties*, fosse a sua adopção (a uma larga escala) realista. Referimo-nos a sistemas como o SoundCloud, Deezer ou Bandcamp, que são profundamente distintos de serviços de *streaming* na sua génese. Num serviço de *streaming*, o valor pago pelo utilizador é agrupado junto do valor pago por todos os outros utilizadores: a chamada “*master royalty pool*”, que depois será distribuída⁷³ sob a forma de *royalties* pela DSP aos artistas contidos na plataforma, de acordo com o número de *streams* que cada um gerou. Significa isto que, por exemplo, parte do valor da subscrição de cada utilizador será canalizada para artistas que o utilizador não ouviu. Em contrapartida, num sistema baseado no utilizador, a distribuição será feita apenas pelos artistas efectivamente escutados pelo utilizador. Tal permite uma distribuição mais justa de rendimentos, e que não contribui para aumentar o abismo entre artistas “gigantes” e artistas “pequenos”.

Apesar das suas vantagens, trata-se de um sistema incompleto, que beneficiaria, em maior medida, os autores independentes. Pode vir a servir sim, como uma justa porta de entrada no mercado para artistas novos, e com dificuldade em penetrar num *star system* tão dominado por superestrelas. Não significam nem significarão o desaparecimento das distribuidoras tradicionais, e por essa razão, pode cogitar-se que a sua melhor utilização devesse talvez ser em harmonia com o sistema tradicional, servindo os UCPS para melhorar as condições remuneratórias da “longa cauda de artistas independentes”.⁷⁴

⁷³ Em termos simples, a distribuição de *royalties* por cada titular de direitos dá-se pela multiplicação do número total de *streams* pelo valor de cada um deles (que, por sua vez, é apurado pela receita mensal total da plataforma dividida pelo número total de *streams* num determinado momento), e consequente distribuição nas proporções determinadas pelos contratos previamente celebrados.

⁷⁴ Guta Braga, *ob. cit.*

4.4.3 “*In Rainbows*”

Em 2007, o grupo britânico Radiohead lançou o seu álbum “*In Rainbows*” de uma forma que surpreendeu a indústria, especialmente se tivermos em consideração que estávamos, nessa altura, no pico da “histeria” sobre os perigos da pirataria *online* e consequente morte das grandes gravadoras⁷⁵: o álbum foi lançado no *website* da banda, onde os utilizadores pagariam o que quisessem, *se quisessem*, ou, em alternativa, contribuiriam para uma instituição de caridade à sua escolha. As razões que presidiram a esta decisão prendiam-se com desentendimentos do grupo musical em relação às práticas da sua gravadora, a então EMI, adquirida, na altura, por uma firma de *private equity*.⁷⁶

Ao contrário do que, numa primeira análise poderia parecer, não se trata de uma postura “*anti-copyright*”. Foi uma decisão que procurou, precisamente, recuperar a filosofia autoral subjacente aos sistemas de protecção dos direitos de autor: a da reivindicação dos criadores das obras relativamente aos direitos inerentes às criações por si emanadas. A iniciativa foi recebida com moderado sucesso, e os lucros gerados foram bem abaixo do esperado para um lançamento “típico” de um álbum musical (feitas as contas, foi arrecado em média 2,26\$ por álbum, tendo em conta o quase 1/3 de utilizadores que optou por não pagar), e talvez por isso “*In Rainbows*” tenha sido mais tarde lançado de forma tradicional. Não se trata propriamente de um exemplo de sucesso comercial nem de uma prática sustentável e adaptável ao grande mercado musical, mas foi sim uma importante demonstração de que, à medida que as tecnologias de informação evoluem, autores por todo o globo têm, cada vez mais à sua disposição, formas alternativas de remover os intermediários da equação e de chegar directamente ao seu público, se assim entenderem.

⁷⁵ Kathy Bowrey, *Copyright, Creativity, Big Media and Cultural Value*, Routledge, 2020, Cap. 7.

⁷⁶ “*What we wanted was some sort of control over our work and how it was used in the future by them.*” – Thom Yorke, Forde (n 37) 101, *apud*. Kathy Bowrey, *ob. cit.*

Ato II/Lado B

Capítulo III - As Falhas do Sistema

“Art Of The Deal With The Devil”, The Network, 2020, Warner/Joe Robot Records

Se no Acto I nos focámos, na sua maioria, em exposições conceituais indispensáveis à correcta compreensão do tema, iremos agora adensar as principais problemáticas que pretendemos endereçar. Neste Capítulo III pediremos emprestado ao icónico compositor e maestro Ennio Morricone o título de uma das suas mais emblemáticas composições, *“The Good, The Bad and The Ugly”*, para repartimos em três os momentos em que iremos aludir aos aspectos do sistema.

Começaremos por referir as alturas em que este é bem-sucedido na sua missão. De seguida, indicaremos aquelas em que nem tanto, e por último, ilustraremos tais considerações com alguns dos casos menos venustos desta problemática.

1. *“The good...”* - Reflexões sobre as vantagens inerentes aos sistemas actuais

Do ponto de vista de gestão colectiva de direitos, temos a apontar que esta permite que os titulares dos mesmos explorem utilizações das suas obras, que não seriam capazes de controlar por si mesmos, em virtude da sua posição débil: “a administração colectiva aumenta os pagamentos aos titulares de direitos pelo menos naqueles casos em que não têm poder negocial”.⁷⁷ Além do mais, o facto de estas entidades se organizarem frequentemente em monopólios, seja de facto ou *de iure*, pode vir a facilitar a atribuição de licenças aos utilizadores, que têm apenas um único corpo a quem se dirigir.⁷⁸ Ficam compreendidas as suas vantagens, que se reflectem na multiplicidade das suas funções: gerem colectivamente os direitos dos seus membros e no seu interesse (o que inclui autorizações e outorgar licenças pela utilização das obras e distribuir remunerações pelos titulares daí obtidas); contribuem para a redução dos custos de transacção⁷⁹ e adquirem poder de mercado de forma a melhor poder mercadejar a posição dos seus membros.

⁷⁷ Alexandre Dias Pereira, *Problemas Actuais da Gestão...*, p. 26.

⁷⁸ Uma Suthersanen, “The Legislative Experiences in EU”, em *Actas do Colóquio organizado pela GDA: Gestão Colectiva do Direito de Autor e Direitos Conexos no Ambiente Digital*, Lisboa, Ministério da Cultura G.D.A., 2001, p. 113.

⁷⁹ *Ibid.*

No Capítulo I, quando delineámos o percurso histórico da evolução dos direitos de autor, antevemos que mais adiante iríamos recuperar o tema do cepticismo que alguns autores apontam quanto aos sistemas de protecção autoral. Para expor a problemática, mobilizámos uma questão provocadora: teriam sido compositores como Haydn e Beethoven *ainda* mais bem-sucedidos se tivessem vivido sob o paradigma actual? Afinal, se ao longo da História sempre foram sendo compostas obras que nem sempre foram protegidas por direitos de autor, então o lucro não seria visto como uma prioridade na composição musical. Deixámos também escapar que tal retórica é, a nosso ver, pelo menos em parte, falaciosa, porque daqui parece confundir “ganância” com lucros cessantes, como se pretender rentabilizar ao máximo uma criação correspondesse a uma certa excentricidade dos intervenientes no processo.

Victor Gameiro Drummond⁸⁰ apelida este raciocínio de “mito do dado”, referindo-se a ela como a tendência de o Homem não questionar a realidade onde nasceu ou onde se insere, aceitando-a como algo certo e imutável: se antes do sistema actual os autores eram igualmente prósperos, e se sempre assim foi, então o sistema anterior deve ser o mais correcto. Trata-se de um pensamento altamente desligado da realidade: ao longo da História o que sempre moveu precisamente autores e inventores foi o escopo lucrativo. O autor indica que é a indústria, com todas as suas engrenagens, que “transforma visões do mundo em produtos”: e merece ser remunerada por tal prestação, por fazer chegar aos consumidores o resultado daquela ideia criativa, e por, muitas vezes, até assumir um papel determinante na própria actividade artística.

Que não se confunda: a nossa exposição não pretende, sob forma alguma, menosprezar a importância dos intervenientes da indústria, onde ela é devida. Não se trata de uma acéfala e infértil crítica ao “*establishment*” e a todos os seus aspectos. São, com o seu mérito, os gigantes da indústria que conseguem transformar obras musicais em autênticas “minas de ouro”, e levar autores e artistas ao estrelato. É a este sistema que devemos pérolas musicais que não teriam visto a luz do dia caso contrário. E se é verdade que cada vez mais se potencia o aparecimento de artistas *self-made*, mesmo nos dias de hoje os autores mais bem-sucedidos são os que assinaram por “um dos gigantes”. Não olvidamos por um segundo

⁸⁰ Victor Gameiro Drummond, “A perspectiva dos intérpretes do audiovisual”, em *Direito Autoral, Plataforma Digital e Direito dos Usuários da Internet*. CODAIP XV, 2021

que o principal foco de uma gravadora ou editora é o arrecadamento de lucros⁸¹, e merecidamente o é, e pretendemos ser sensíveis aos argumentos dos DSP.⁸²

2. “... *the bad...*” - Os principais problemas

Compreender os pontos positivos de algo não é, contudo, simpatizar automaticamente com todas as suas inconveniências. Aqui, entra a ordem jurídica para garantir uma adequada mediação dos interesses em jogo, porque as pretensões lucrativas não podem corresponder nunca aos únicos valores que se encontram ao leme de qualquer estrutura. Mas nem sempre as alterações legislativas conseguem acompanhar, no mesmo andamento, as alterações à realidade prática e social, às novas formas de cometer infracções, e aos delitos que, entretanto, perderam relevância. Não poderia haver melhor ilustração disto do que as alterações legislativas em marcha ao dia de hoje.⁸³ Se é verdade que são sintomáticas de um legislador atento às necessidades dos autores, aspectos ainda faltam regulamentar.

Por um lado, as entidades de gestão colectiva na sua essência. José de Oliveira Ascensão refere o problema da “distorção” do direito de autor pela gestão colectiva: pelo facto de ser absolutamente impraticável o autor de uma obra musical exercer todo o controlo necessário sobre a mesma necessário à cobrança das remunerações devidas, vê-se forçado, pela estrutura da indústria, a recorrer à gestão colectiva, desvirtuando assim, um direito de autor que “resultava tão individualizado da lei”.⁸⁴ Já não se trata de autorizar uma entidade de gestão colectiva a utilizar aquela obra, mas sim de o autor decidir se “quer entrar no jogo ou não”. Nas palavras do professor, uma segunda distorção surge pelo facto de o “carácter prévio da autorização” se esbater nas “licenças globais de utilização” outorgadas pelas entidades aos utilizadores. A isto acresce o facto de estas entidades fazerem, o mais das

⁸¹ E compreendemos que apesar de já não terem os mesmos custos que teriam à época do formato físico, tenham que proceder a outro tipo de investimentos avultados, nomeadamente no que toca a marketing ou management do artista, nos casos em que a *label* assume grande parte do controlo sobre o mesmo...

⁸² Que se encontram frequentemente em posições delicadas do ponto de vista da manutenção do serviço que prestam, por se verem cada vez mais onerados com responsabilidades que os obriga a investir em tecnologia e algoritmos. Iremos ver que sim, por exemplo, no Capítulo IV quando estudarmos a Directiva 2019/790.

⁸³ Ver, de igual modo, o Capítulo IV.

⁸⁴ Refere José Oliveira Ascensão "o autor é a pessoa de quem se fala; mas não é a pessoa que fala". O direito de autor tornou-se um domínio que apenas pode ser exercido por mandatário, deixando de ser um direito estritamente pessoal. E com esta falta de "alternativa", o autor perde o controlo lhe era atribuído por força do direito de autorização. – José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil...*, p. 691.

vezes, a gestão colectiva do repertório inteiro de um autor, o que impossibilita que a negociação sobre cada obra individual tenha sido negociada “evidenciando as suas características, fixando uma remuneração condizente com o seu nível”, e a troca de uma “avença [...] calculada por exemplo sob a forma de percentagem das receitas de publicidade”.⁸⁵ ⁸⁶ Isto tem consequências inegáveis do ponto de vista da desvalorização da obra, enquanto criação única e individualizada. Mais: significa ainda que o autor fica sujeito às condições negociais e de actuação das entidades de gestão, que naturalmente, tentarão maximizar as suas vantagens contratuais: o autor é “forçado a aderir a uma entidade de gestão, aceitando em bloco as condições desta”, o que o coloca numa posição no mínimo irónica: afinal, “o verdadeiro problema para ele passa a ser o da defesa perante a entidade de gestão, única entidade com quem afinal contacta”.⁸⁷ É o mesmo que dizer que nos casos de gestão colectiva *forçosa* ou *forçada*⁸⁸, estará em causa uma verdadeira subversão do princípio da liberdade de associação, e que acarreta o perigo de a entidade de gestão perder todo o estímulo para defender os interesses dos titulares, uma vez que não necessitarão de “agradar e atrair os titulares não associados”.⁸⁹ ⁹⁰ Ademais, há que ter presente que as percentagens cobradas em benefício das entidades de gestão terão, necessariamente, que ser retiradas de quantias cobradas como destinadas aos titulares.

Por outra parte, recuperando o ponto de vista de Victor Gameiro Drummond⁹¹, quando surgem novas formas de exploração comercial que significam um “rompimento paradigmático do uso que se faz das obras” (de que o *streaming* é exemplo), é importante que os criadores sejam remunerados de forma igualmente proporcional. E, segundo o autor, se considerarmos a evolução histórica no que toca à reprodução e multiplicação de obras, pouco mudou do ponto de vista da percepção do ordenamento jurídico.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 693.

⁸⁶ "A individualidade da obra esbate-se. Tanto faz ser excelente como medíocre. É objecto dos mesmos actos dispositivos. Isso satisfaz os utilizadores, que querem ter as mãos livres, e a entidade de gestão, que evita a discussão caso por caso. Mas cria numerosos problemas, em particular o da legitimidade das autorizações genéricas da entidade de gestão e o da remuneração do autor e do artista, cujas obras ou prestações são utilizadas". – José de Oliveira Ascensão, *Representatividade e...*, p. 156.

⁸⁷ José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil...*, p. 696.

⁸⁸ Recuperando a distinção feita por José de Oliveira Ascensão, a que previamente aludimos.

⁸⁹ Oliveira Ascensão refere-se, acutilantemente, a esta situação como o “El Dorado” das entidades de gestão colectiva. – José de Oliveira Ascensão, *Representatividade e...*, p. 152.

⁹⁰ "Os entes de gestão colectiva justificam-se como representantes dos criadores e os artistas, mas representam-se antes de mais a si mesmos. Actuam como fortíssimos grupos de pressão, que se apoiam normalmente nos abundantes recursos financeiros de que dispõem. [...] O autor, ou os titulares em geral, são mais o objecto da actuação que os sujeitos cujos interesses são efectivamente prosseguidos." – *Ibid.*, p. 159.

⁹¹ Victor Gameiro Drummond, *ob. cit.*

Talvez este seja dos principais pontos que a indústria tem que desenvolver se não quiser asfixiar: o sistema de hoje está pensado como se as obras sofressem das exactas mesmas fragilidades que sofriam em tempos anteriores, quando se viram ameaçadas pelas (então) novas tecnologias que permitiam a multiplicação de obras (de que é o expoente máximo a criação e disseminação da imprensa). Mas há muito que o conceito de “escutar” música se separou do conceito de “ter” música.

A indústria musical no seu cômputo geral procura o controlo exclusivo dos artistas e das suas emanações artísticas (pelo menos enquanto estas forem prósperas). O sucesso é monitorizado através de uma série de períodos de opção que permitem às agências “largar” um artista assim que os seus retornos económicos apontem a uma diminuição do lucro.⁹² Não é difícil de antever que, sob tais condições de pressão, facilmente se possa subverter a liberdade de criação do autor que a ordem jurídica tenta precisamente preservar: este é que terá que se adaptar às necessidades das *labels*, a custo da protecção dos seus direitos e do incentivo à sua criatividade.

Outro problema que podemos apontar é uma manifesta desproporção entre os diversos intervenientes na indústria: os autores, enquanto criadores individuais estão, na grande maioria das vezes, numa posição muito fraca para defender os seus interesses e explorar as suas obras. A grande maioria está, na verdade, dependente de *labels* para que estas publiquem, reproduzam e distribuam o seu trabalho ao público. O que significa que, para conseguir ter retorno financeiro e compensação pela criação da sua obra, se vêem forçados a aderir a um sistema em que têm que ceder parte dos seus direitos a editoras fonográficas com interesses completamente desalinhados dos seus. E, para o autor, isto significa que tem que partilhar o risco com a *label*: tendo em conta a dimensão da indústria, são pouquíssimos os autores que, a título individual, conseguem regatear com editoras e gravadoras condições contratuais mais benéficas: têm que aceitar os termos ou esquecer o negócio (“*take it or leave it*”), sendo que apenas algumas superestrelas conseguem ter (algum) poder de negociação.⁹³ Como em qualquer negociação, a “parte forte” mais facilmente conseguirá fazer valer os seus interesses, e numa indústria altamente globalizada

⁹² Steve Greenfield e Guy Osborn, “Copyright Law and the Power in the Music Industry”, em *Music and Copyright*, Simon Frith e Lee Marshall, Routledge, 2004.

⁹³ O tal “*ethos* ultra-competitivo” do “pegar ou largar”, a que aludem Greenfield e Osborn. Ruth Towse refere ainda que o facto de o sistema de direitos de autor estar construído para recompensar e incentivar os autor, mas a quantia depender do valor que o mercado atribua à obra. E que pode ser muito baixo... - Ruth Towse, *ob. cit.*, Cap. 3.

e oligopolizada, a parte forte e beneficiário último, será provavelmente um dos grandes conglomerados internacionais (*The Big 3*).

Os “adiantamentos” tão referidos no meio são o expoente máximo deste código genético da indústria: na medida em que estes são, muitas vezes, concedidos num valor superior àquele que o autor vai auferir com a distribuição da sua obra, facilmente se encontrará numa situação de dívida para com a sua *label*, conferindo a esta última um enorme poder de alavancagem negocial e assim incitar o autor a criar mais obras e melhores (*i.e.*, mais proveitosas) obras musicais. A diluição dos rendimentos auferidos pelo autor são ainda potenciados pela estrutura empresarial em que as gravadoras se organizam. Quanto mais intervenientes surgirem no processo de criação, mais dispersão de lucros haverá.

O que se agrava ainda mais pelo facto de estes gigantes se encontrarem integrados verticalmente, como vimos⁹⁴: vejamos, a título de exemplo, o conglomerado AOL-Time Warner, que incluem uma gravadora de renome, uma editora e ainda detém interesses de radiodifusão, entre outras. Surgem, naturalmente, configurações contratuais muito peculiares: um desses efeitos é o do alinhamento de interesses dos detentores de direitos (*right-owners*), como as editoras, e dos utilizadores (*right-users*), como as gravadoras. O que é um custo para uma fracção da empresa, acaba por ser um ganho para a outra, e a mesma corporação pode representar todas as partes envolvidas na mesma negociação. Trata-se de uma técnica de gestão empresarial tão legítima como qualquer outra, sem dúvida. Mas... “pelo caminho ficou por esclarecer em que medida esta sinergia beneficia tanto os autores como os consumidores, dado que estamos perante uma dinâmica que pode unilateralmente decidir que o consumidor vai pagar mais, ou que o compositor vai receber menos”.⁹⁵

3. “... *and the ugly*” - Referência a alguns casos controvertidos

Vimos que a indústria musical, tal como está modernamente configurada, assenta numa estrutura que busca o controlo da expressão artística dos autores na sua totalidade. Morrissey, cantor e compositor da banda The Smiths, conseguiu manter um alto nível de controlo artístico devido à sua capacidade negocial, que advinha da forte procura que o artista tinha no mercado. Mas o mantra de “pegar ou largar” continua a ser uma parte

⁹⁴ Integração vertical, recordando, entendida como a absorção de várias funções de uma determinada cadeia produtiva por uma única empresa ou grupo.

⁹⁵ Roger Wallis, *ob. cit.*

preponderante da indústria, e nem todos os autores têm a mesma sorte. A esmagadora maioria dos artistas e autores, especialmente no início das suas carreiras, não está numa posição forte para fazer qualquer tipo de reivindicação, o que os leva univocamente ao mesmo resultado da compressão da liberdade artística. Era precisamente o ponto em causa na litigância de George Michael *Panayiotou v. Sony Music Entertainment*: Michael desejava alterar a sua imagem, pretendendo tornar as suas composições mais sérias e político-orientadas, mas encontrou uma resposta nada entusiástica por parte da sua editora e da sua gravadora. Estes norteiam o seu sucesso em termos de vendas potenciais e não tanto em termos de comentário político ou social.⁹⁶ Outros artistas estelares são, infelizmente, uma extensa lista de exemplos do lado errado, não da noite, mas do funcionamento das editoras e gravadoras. A disputa entre Prince e a Warner foi feroz, chegando o artista a surgir em público com a palavra “*Slave*” escrita no rosto e alterando o seu nome artístico para um tão conhecido símbolo (o que lhe valeu o epíteto de “*the artist formerly known as Prince*”), numa tentativa de reclamar controlo sobre a calendarização dos lançamentos das suas obras e da propriedade das suas matrizes. A lista é, infelizmente, extensa, e são vários os exemplos de *labels* que exercem um controlo manifestamente abusivo sobre os autores, nomeadamente relativamente a aspectos de expressão artística, *royalties* e catálogos musicais.⁹⁷

Mas não vemos apenas os autores prejudicados por estas práticas. Trent Reznor do grupo Nine Inch Nails denunciou nas suas redes sociais práticas inimigas do consumidor, ao divulgar os preços manifestamente altos que a Universal estava a praticar, contra a sua vontade, em relação ao seu disco “*Year Zero*” na Austrália, desabafando “*no wonder people steal music*”.

É certo que o desenvolvimento dos meios de comunicação e os desafios da transição digital vieram revolucionar a indústria e diminuir a necessidade de um autor necessitar de uma gravadora para poder subsistir e fazer chegar as suas obras aos ouvidos do público. Era imperiosa uma adaptação por parte destes sectores da indústria a esta nova realidade. É de lamentar, contudo, que a metamorfose tenha tomado este rumo.

⁹⁶ Greenfield e Osborn, *ob cit.*

⁹⁷ Kathy Bowrey, *ob. cit.*, Cap. 6.

Capítulo IV - Os Desafios da Transição Digital

“Here, There and Everywhere”, The Beatles, 1966, Parlophone

Recuperando o título da canção imortal dos The Beatles, a obra musical está, como tantas outras formas de criação hoje em dia, “aqui, ali e em toda a parte”. Tal se deve ao surgimento de cada vez mais imediatas tecnologias de informação. Estas vieram potenciar a configuração da realidade tal como a conhecemos nos dias de hoje. Nunca esteve tão em voga a expressão “sociedade de informação”, para se referir ao paradigma de uma sociedade caracterizada por fenómenos como “o rápido desenvolvimento das tecnologias digitais e a democratização do acesso às mesmas; o aumento do impacto da informação e do conhecimento na economia e a simplificação e aceleração das trocas de informação”⁹⁸, colocando consideráveis desafios à protecção dos direitos de autor. Na verdade, são cada vez mais os delitos que podem ser cometidos em ambiente digital.⁹⁹

Os desafios impostos pelas constantes revoluções digitais multiplicam-se quando olhamos para o enquadramento mais geral: cada vez mais se levantarão questões sobre as obras geradas por I.A.¹⁰⁰, que não aprofundaremos, mas que se trata de um fenómeno, não propriamente recente, mas progressivamente relevante.

1. Tecnologia, Internet e a obra musical

É praticamente impossível encontrar um recanto da sociedade moderna que a revolução tecnológica não tenha alterado.

A nossa abordagem aos desafios da transição digital não será fatalista, antes pelo contrário. Celebramos as inovações tecnológicas e é pacífica a noção de que elas “chegaram para ficar”, como todas aquelas que lhes precederam. Afinal, *video didn’t actually kill the radio star...*¹⁰¹ Ainda assim, é nosso dever mantermo-nos alerta às especificidades que estas evoluções comportam.

⁹⁸ Tito Rendas e Nuno Sousa e Silva, *ob.cit.*, p. 421.

⁹⁹ No limite, discutivelmente, até homicídio... Ver a este propósito a jurisprudência *Commonwealth v. Carter*, 481 Massachussets. 352, 115 N.E.3d 559 (2019).

¹⁰⁰ A este propósito recomenda-se a leitura sobre o tema referente à protecção jurídica das obras geradas por robots ou inteligência artificial, do livro *Direito da Propriedade Intelectual e Novas Tecnologias, Vol. I* de Alexandre Dias Pereira, p.34 e ss.

¹⁰¹ “A fotografia não eliminou a pintura, o disco não pôs fim aos concertos e recitais, o cinema não suprimiu o teatro, nem a televisão o cinema...”. –Luiz Francisco Rebello, “Sistemas de Informação sobre Direitos”, em

O que este fenómeno significa para a indústria musical verifica-se tanto do lado da procura, como do lado da oferta. Por um lado, a obra contida em formato digital é intangível, podendo “ser copiada *ad aeternum*”, sem detrimento da qualidade das cópias.¹⁰² Como aponta Patrícia Akester, a evolução tecnológica veio trazer várias formas de pensar nos conceitos relacionados com direitos de autor: os conceitos de classificação jurídica das obras, de fixação¹⁰³, de reprodução (quanto à questão da cópia digital temporária, por exemplo), o conceito de “originalidade”, o significado de “publicação”, ou os direitos morais e económicos. A autora acrescenta ainda problemas atinentes à viabilidade do cumprimento das normas.¹⁰⁴

Do ponto de vista da gestão colectiva, Alexandre Dias Pereira refere um “paradoxo” resultante do “ambiente digital dos sistemas informáticos em rede”: se é verdade que por um lado permite uma gestão de direitos de autor mais individualizada, através do recurso a mais refinados sistemas electrónicos, também é verdade que as novas tecnologias podem significar o reforço do papel e da importância da gestão colectiva.¹⁰⁵ Ainda assim, este reforço do relevo destas entidades terá que ter uma constante preocupação pela problemática da sua legitimidade.

Na verdade, inovações tecnológicas decorrentes da evolução científica da sociedade e direitos de propriedade intelectual sempre andaram de mãos dadas: como vimos no percurso histórico da disciplina, não teria havido necessidade de tutelar direitos autorais em primeiro lugar se não se tivesse verificado a revolução comportada pela invenção da imprensa: “*copyright was technology's child from the start*”.¹⁰⁶ O desafio de hoje em dia está, portanto, em garantir que as evoluções legislativas estão a acompanhar as tendências das exigências do mercado. Também no percurso histórico aludimos à apelidada de “*Celestial Jukebox*”, e à importância que teve para o desenvolvimentos dos sistemas actuais de *streaming* e partilha de conteúdos em linha. A *celestial jukebox* veio para ficar, nem

Gestão colectiva do Direito de Autor e Direitos Conexos no Ambiente Digital, Actas do Colóquio organizado pela GDA, p. 203.

¹⁰² Patrícia Akester, *ob. cit.*, p. 24.

¹⁰³ Refere a autora “hoje [...] do acto de criação não decorre, necessariamente, a fixação da obra num formato permanente. Com efeito, a intangibilidade e o carácter transitório são características das obras diariamente colocadas na Internet”. – *Ibid.*, p. 95.

¹⁰⁴ A Internet potencia o anonimato, permitindo a prática de infracções sem deixar qualquer tipo de rasto.

¹⁰⁵ Alexandre Dias Pereira, *Problemas Actuais da...*, p. 25.

¹⁰⁶ Paul Goldstein, *Copyright's Highway*, Stanford University Press, 2ª edição, 2019, Cap. 1.

nenhuma solução que pretenda pelear contra ela chegará a bom porto: a resposta realmente essencial que temos que procurar é se o sistema de direitos de autor está a ela adaptado.¹⁰⁷

Se é verdade que surgiram entretanto inovadoras formas de escutar música, também os autores viram a sua realidade mudar diante dos seus olhos, resultando em novas formas de composição e de partilha de conteúdos. Os problemas surgem, contudo, quando os regimes relativos a estas novas formas de expressão artística se mantiveram, apesar de tudo, na retaguarda.¹⁰⁸ As fronteiras convencionais da área temática dos direitos de autor esbateram-se, uma vez que a divisão entre “obra musical” e a sua fixação em fonograma se vão esbatendo cada vez mais. Como vimos, a gravação é, muitas vezes, a obra¹⁰⁹, mas os regimes legais nunca acompanharam verdadeiramente esta tendência de forma a conseguir uma mais adequada distribuição de direitos.

Por outro lado, novas tecnologias e formas de comunicação nunca antes vistas levam a infracções também nunca antes vistas, numa relação directamente proporcional. Com a possibilidade de reprodução e disponibilização instantânea de obras musicais, de forma anónima, através de sistemas P2P por exemplo, depressa se percebeu que algo tinha que ser feito para travar tal tendência.¹¹⁰ A “pirataria” surge, assim, nos antípodas da protecção do direito autoral, consistindo na reprodução ilegal de conteúdos protegidos por direitos de autor. É a perversão de todos os valores que os ordenamentos jurídicos visam precisamente proteger. Mais, é a mera existência de comportamentos abusivos por parte dos utilizadores que está na base de qualquer regime de protecção legal. Não nos propomos, de maneira alguma, a diminuir ou relativizar os seus efeitos deletérios para um sistema justo e defensor da criatividade, nem a vangloriar uma prática que é consensualmente nefasta para qualquer ramo. Mas atrevemo-nos a questionar se a visão da indústria em relação a este fenómeno está a ser a mais adequada, e se a “mira” está a ser apontada ao “alvo” certo. Não pretendendo enveredar por caminhos políticos alheios ao tema, é seguro afirmar que a “*war on drugs*” e a sua retórica de “*public enemy number one*”, popularizada por Richard Nixon em 1971, está longe de ter sido bem-sucedida. Pelo contrário.¹¹¹ Arriscamo-nos a dizer que no que toca a

¹⁰⁷ “Can copyright serve the economics of the celestial jukebox?”. – Paul Goldstein, *ob. cit.*, Cap. 7.

¹⁰⁸ Paul Théberge, *Technology, Creative...*, Cap. 7.

¹⁰⁹ Ver Newton v. Diamond, 2002 – *Ibid.*

¹¹⁰ Alexandre Dias Pereira, *Direito da Propriedade Intelectual e Novas...*, p. 371.

¹¹¹ Em relação à toxic dependência, uma resposta legal baseada no proibicionismo puro e despreocupada com o fenómeno social adensa o problema e instiga os consumidores a ter comportamentos mais arriscados e a consumir substâncias menos reguladas, mais potentes e em piores condições de salubridade. Se dúvidas houvesse, um passeio pela costa leste dos EUA demonstrará a dura realidade de um sistema puramente

comportamentos sociais que aos legisladores compete reduzir, o proibicionismo é um mero mito. E como a melhor forma de derrotar um inimigo é compreendê-lo, talvez numa nota semelhante à da toxicod dependência, *também* em relação ao flagelo da pirataria, a pergunta essencial não devesse ser “qual a melhor maneira de proibir os utilizadores de ter determinado comportamento”, mas talvez “o que os leva a tê-lo?”...

2. A obra musical enquanto realidade social e um “bode expiatório” chamado “pirataria”?

Muita tinta já correu no que diz respeito ao combate à pirataria. A nível europeu, por exemplo, destaca-se o Livro Verde da Comissão de 1988¹¹² e a Directiva 2004/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 29 de Abril de 2004 relativo ao respeito dos direitos de propriedade intelectual, transposta para o nosso ordenamento pela Lei nº16/2008. Esta directiva *Enforcement* engloba as disposições previstas no Acordo ADPIC, acrescentando ainda alguns “remédios” (denominados *TRIPS-plus*).

Quando falamos de “pirataria”, a primeira e talvez mais importante distinção que podemos fazer é entre aquela que é feita em escala e com vista à comercialização de cópias não autorizadas, o que tanto pode ser feito a título individual ou em operações que envolvam milhares de cópias; e aquela que não o é. É com esta distinção em mente que podemos destringir fenómenos como a contrafacção, o *bootlegging*, o *file sharing*, etc.

Todas estas tendências têm sido frequentemente apontadas, especialmente pelas partes mais interessadas, como o grande motivo pelo qual a indústria como a conhecemos está a decair em volume de vendas, especialmente de discos em registo físico. Mas, (não tão) inexplicavelmente, estes mesmos intervenientes influentes no sector parecem ignorar outros factores que podem igualmente contribuir para este declínio. Na verdade, há uma miríade de outras explicações para este enfraquecimento: em termos macroeconómicos, a recessão global no início do século XXI pode igualmente explicar adequadamente uma redução

proibicionista, onde uma epidemia no consumo de heroína foi substituída por uma pandemia de opioides sintéticos mais potentes do que nunca, como a oxicodeona ou o fentanil. Em contraponto, um exemplo como o nosso português é um verdadeiro estandarte e demonstrou que uma solução que também se preocupa com o problema, foi a melhor maneira de evitar a intensificação do grave problema de consumo de substâncias que Portugal enfrentava nos anos 90. – CDC/NCHS, *National Vital Statistics System, Mortality*. CDC WONDER, Atlanta, GA: US Department of Health and Human Services, 2020.

¹¹² *Green Paper on Copyright and the Challenge of Technology - Copyright Issues Requiring Immediate Action*, Comissão Europeia, 1988.

acentuada de vendas, na mesma medida em que foram afectados tantos outros sectores da economia. Outra explicação pode residir no simples fim do *boom* do CD e do formato físico e a sua substituição pelos serviços de *streaming*; ou até mesmo as práticas inimigas do consumidor levadas a cabo pelas *labels*. A indústria musical reconhece alguns destes factos, mas vê-os como menos significativos do que a pirataria.¹¹³ E porque é que assim é? Não munidos de certezas, podemos antever, contudo, uma possibilidade... Porque de entre todos os fenómenos desencadeados pela revolução digital, a pirataria é o único que a indústria musical pode diabolizar e manipular. Quem se atreveria a lutar contra o *streaming*, mesmo que ele signifique uma distribuição menos justa das remunerações? Pelo contrário, a pirataria pode até em última instância ser considerada parte do modelo de negócio.¹¹⁴ Assim percebemos que os que alegam ser as “maiores vítimas” da indústria não estejam, realmente, assim tão preocupados com o aumento das utilizações indevidas das obras, e, por conseguinte, com os autores que representam.

Reconhecendo a sua prejudicialidade a um sistema saudável de protecção dos direitos de autor¹¹⁵, uma cega “caça às bruxas” à pirataria acaba por ignorar propositadamente os seus motivos subjacentes, e enquanto estes forem ignorados, nenhuma solução verdadeiramente benéfica para os autores será atingida. Tudo isto parece ignorar o facto de a música ser, e sempre ter sido, um bem social, e que serve hoje em dia e sempre, como uma ponte de ligação entre indivíduos e culturas.¹¹⁶ É sim verdade que, nas palavras de Alexandre Dias Pereira, “a partilha de ficheiros na Internet tem sido um pesadelo para os titulares de direitos de autor e conexos”.¹¹⁷

Lee Marshall refere que não é possível quantificar os efeitos do *file sharing* individual no consumo global de música. Se a pirataria tivesse tido o impacto na indústria que esta sugere, deveria ter havido um declínio muito maior nas vendas do que o esperado.

¹¹³ É importante lembrar que a noção de pirataria é uma construção ideológica que implica estratégias retóricas criadas pela indústria musical. – Lee Marshall, “Infringers”, em *Music and Copyright*, Routledge, 2004, Cap. 11.

¹¹⁴ Os chamados “*copyright trolls*”, referentes ao fenómeno de determinados titulares de direito transformarem a litigância associada à utilização indevida das obras em modelos de negócio.

¹¹⁵ “Da ausência de garantias de recompensa para o esforço criativo dos autores poderá decorrer uma diminuição da qualidade das obras que povoam a Internet”. – Marshall Leaffer, *Protecting Author’s Rights in a Digital Age*, University of Toledo Law Review, *apud*. Patrícia Akester, *ob. cit.*

¹¹⁶ “Só por si e enquanto tal, a partilha não é um problema. Corresponde, aliás, a um bom costume das sociedades humanas, senão mesmo a um imperativo ético-moral. Desde logo, o ser humano é educado a partilhar com os outros o mundo em que vive.” – Cit. Alexandre Dias Pereira, *Direito de Propriedade Intelectual e...*, p. 367.

¹¹⁷ *Ibid.*

E a razão pela qual não compreendemos completamente as utilizações feitas com a música pirateada, é porque não é possível apurar individualmente qual o uso que cada pessoa vai dar à cópia não autorizada da obra. O consumo de música é uma experiência social que envolve quase sempre o contacto com outros, e esta sociabilidade torna a partilha um elemento essencial das relações sociais: “*music copying is an integral part of music consumption*”.¹¹⁸ Assumir simplesmente que um aumento no *file sharing* é o único responsável pelo declínio de vendas oficiais, significa ignorar que cópias não autorizadas assumem um papel central nas actividades sociais e agem como um estímulo às vendas oficiais, motivando os consumidores a interessar-se por determinado autor, e aumentando as probabilidades de adquirirem outras obras suas, ou de procurarem, por exemplo, ir a um concerto seu. As próprias *labels* estão atentas a este fenómeno, e como já é apanágio, responderam com avidez: os chamados *360 deals*, que permitem controlar todos os aspectos de um artista, dando acesso às empresas a ganhos futuros a título de bilheteira, *merchandising*, etc.

O que daqui há que retirar é que o fenómeno da pirataria apenas pode ser verdadeiramente compreendido quando os padrões de consumo forem estudados à luz dos diversos usos sociais e emocionais que os utilizadores fazem das obras. A comunidade só tem a perder com uma “diabolização” de todos os consumidores finais que alguma vez utilizaram, ou tenham utilizado uma vez que seja, uma cópia não-autorizada de determinada obra.¹¹⁹ O perigo reside no facto de as partes interessadas poderem influenciar legisladores para a razoabilidade das suas alegações. Se os detentores dos direitos conseguirem persuadir governos e o público em geral de que estão a perder milhares de milhões de euros para a pirataria, e de que essas perdas têm um impacto nocivo não apenas para a indústria, mas também para os autores, empregadores e economias locais e nacionais, então terão maior possibilidade de conseguir apoio legislativo para restringir ainda mais as leis de direitos de autor.¹²⁰ É precisamente esta a tendência que demonstra a existência de movimentos jurisprudenciais como o caso Napster.¹²¹ Refere ainda Lee Marshall que a ameaça da Internet à música não é a da anarquia digital, mas sim a do totalitarismo digital, defendendo que

¹¹⁸ Lee Marshall, *Infringers...*

¹¹⁹ Jessica Litman aponta que nos últimos anos se verificou uma rápida expansão do que é considerado pirataria: “*they’ve succeeded in persuading a lot of people that any behaviour that has the same effect as piracy must be piracy, and therefore must reflect the same moral turpitude that we attach to piracy, even if it is the same behaviour that we all called legitimate before*”. Há, contudo, uma diferença substancial entre utilização “ilegal” e “não-autorizada”. – Jessica Litman, *apud*. Lee Marshall, *Infringers...*

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ Tito Rendas e Nuno Sousa e Silva, *ob. cit.*, p. 430. e Paul Goldstein, *ob. cit.*, Cap. 6.

cobrar por cada uso individual, e não permitir qualquer uso não autorizado, é uma ameaça à liberdade de expressão e futura criatividade e demonstra uma “falta de compreensão” do papel que a música assume nas nossas vidas.¹²²

O recurso a mecanismos como medidas tecnológicas de protecção pode obliterar completamente muitas das “válvulas de segurança” que o sistema tradicional de direitos de autor dispõe, como por exemplo as utilizações livres. Estas medidas não gozam, ainda, de auto-suficiência para lhes poder ser confiada a função de distinguir entre utilizações abusivas e utilizações que estejam a ser feitas ao abrigo de alguma excepção prevista, como por exemplo o caso da paródia: “*Technological protection measures (...) are a direct challenge to the premise that copyright is a system of balances*”.¹²³

Convém não esquecer que o árduo (e necessário) trabalho de adequar os níveis de protecção às exigências comportadas pelas novas tecnologias de informação, não pode obscurecer as liberdades dos utilizadores nem o núcleo dos seus direitos fundamentais, sendo, portanto, de rejeitar sistemas automatizados de apertada vigilância dos consumidores.¹²⁴ É uma questão que Alexandre Dias Pereira materializa ao indagar se tais desenvolvimentos tecnológicos não extravasarão o âmbito de protecção da propriedade intelectual, “com efeitos perniciosos em termos de pluralismo cultural, inovação tecnológica e concorrência”.¹²⁵

Mais uma vez, é bom relembrar. Não está aqui em causa uma “ode” à pirataria nem uma conivência para com este fenómeno, que tem seguramente, como vimos, capacidade de afectar de forma muito severa a indústria. Mas é inegável que se trata de uma realidade que não é tão linear como as partes (mais) interessadas podem fazer entender, e quanto mais cedo a comunidade se aperceber que também outros factores confluem para o declínio de certos sectores do mercado musical, melhor. Caso contrário, estaremos a canalizar valiosos recursos para uma guerra que nunca será ganha e que terá apenas como efeito colateral a criação de cada vez mais sofisticadas formas de infracção de direitos autorais, capazes de contornar qualquer sistema tecnológico e que, naturalmente, tornariam a cobrança de direitos de autor em linha num verdadeiro Inferno. A acrescer, na pior das hipóteses, poderemos

¹²² “*The biggest threat to the cultural potential of the Internet is not digital piracy but the continuing attempt by the music industry to change technical standards and legal rules so as to build its current business plan into the law and the technology of the medium itself.*” - James Boyle, 2000 *apud*. Lee Marshall, *Infringers...*

¹²³ Paul Goldstein, *ob. cit.*, Cap. 6.

¹²⁴ Patrícia Akester, *ob. cit.*, p. 152.

¹²⁵ Alexandre Dias Pereira, *Direito da Propriedade Intelectual e Novas...*, p. 111.

ainda assistir, em nome desta “cruzada”, ao surgimento de medidas tecnológicas de protecção altamente atentatórias de direitos e liberdades que aproveitarão apenas a quem com elas poderá lucrar. Que como vimos, dificilmente serão os autores...

3. As respostas do legislador

Para que possamos adequadamente responder a esta questão, é imperativo termos presente que uma solução estável é aquela que considera os principais interesses de todos os intervenientes. Assim, por exemplo, de nada nos servirá pugnar por um sistema de distribuição de direitos aos autores mais justo, se tal significar uma perda substancial para os restantes membros da indústria. Além do mais, a melhor forma de harmonizar e concatenar os legítimos interesses e pretensões envolvidas, será através de diplomas capazes de regulamentar e abranger um vasto auditório. Como tal, iremos agora focar as nossas atenções nos esforços do legislador comunitário para regular a matéria em apreço.

Sobre o tema, foram várias as directivas que se foram perfilando neste sentido.¹²⁶ A intervenção europeia, e inerente aspiração à harmonização, tem sido tanta, que é, pratica mas informalmente, possível falar-se de um autêntico “Direito de Autor Europeu”.¹²⁷

3.1 Análise das Directivas

3.1.1 A Directiva 2001/29/CE - Sociedade de Informação

Informalmente conhecida como Directiva *InfoSoc* (ou SocInfo, em português), a Directiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001, é “relativa à harmonização de certos aspectos do direito autor e dos direitos conexos na

¹²⁶ A saber, Directiva sobre os Programas de Computador (2009/24/CE do PE e do Conselho, de 23 de Abril de 2009), Directiva sobre o Aluguer e o Comodato (2006/115/CE do PE e do Conselho, de 12 de Dezembro de 2006), Directiva sobre a Radiodifusão por Satélite e Retransmissão por Cabo (93/83/CEE do Conselho, de 27 de Setembro de 1993), Directiva sobre o Prazo de Protecção (2011/29/CE do PE e do Conselho, de 27 de Setembro de 2011), Directiva sobre as Bases de Dados (96/9/CE do PE e do Conselho, de 11 de Março de 1996), Directiva sobre a Sociedade de Informação (2001/29/CE do PE e do Conselho, de 22 de Maio de 2001), Directiva sobre o Direito de Sequência (2001/84/CE do PE e do Conselho, de 27 de Setembro de 2001), Directiva sobre as Obras Órfãs (2012/28/UE do PE e do Conselho, de 25 de Outubro de 2012) e Directiva relativa aos Direitos de Autor e Direitos Conexos no Mercado Único Digital (2019/790/UE do PE e do Conselho, de 17 de Abril de 2019).

¹²⁷ Nuno Sousa e Silva, *Uma Introdução ao Direito de Autor Europeu*, Vila Nova de Gaia, 2014, p. 1333 e ss.

sociedade de informação”, uma necessidade particularmente premente nos dias de hoje. Como vemos, pela profusão de diplomas relevantes a este propósito, podemos antecipar que o tema dos direitos de autor é marcado por uma considerável dispersão legislativa, pelo que a directiva *InfoSoc* surge como uma espécie de “lei geral” relativamente às demais, apesar de não ter atingido um nível de harmonização completamente universal.

Ainda assim, foi, como referimos, apontada como um passo no sentido de um eventual código europeu de direitos de autor.¹²⁸ Foi transposta em Portugal pela Lei n.º 50/2004.

3.1.2 A Directiva 2014/26/UE - Gestão colectiva dos direitos de autor e direitos conexos e à concessão de licenças multiterritoriais de direitos sobre obras musicais para utilização em linha no mercado interno

Já algumas prioridades acerca da gestão de direitos na sociedade de informação foram adiantadas pela Directiva 2001/29/CE, em especial nos seus considerandos 17 e 18.¹²⁹ Na verdade, foram sentidas necessidades no espaço europeu na direcção da compatibilização das exigências da construção de um “mercado único”, e numa tendência de correcção dos excessos monopolísticos no âmbito dos direitos intelectuais. O que era fundamentalmente posto em causa eram os “critérios de cobrança e repartição” operados por algumas entidades, estabelecidos por si unilateralmente. Oliveira Ascensão aproveita a oportunidade para tecer acusações à isenção destes entes.¹³⁰

Era necessário garantir que a revolução tecnológica não afastaria “o criador intelectual do centro do direito de autor”, sentindo-se a procura por entidades de gestão “modernas, transparentes e rápidas”.¹³¹

A necessidade que se fazia sentir e que conduziu à adopção da presente directiva foi a observação de diferenças significativas quanto ao funcionamento das várias entidades em diversos países, o que levava a desigualdades e gerava, naturalmente, dificuldades na

¹²⁸ Não é, de resto, um conceito novo. Muita tinta tem corrido sobre a possibilidade de um Código da Propriedade Intelectual para a União Europeia. Alexandre Dias Pereira refere que o Tratado TCE prevê a protecção da propriedade intelectual no n.º 2 do art. II-77º poderia servir de base para a criação de um Código da Propriedade Intelectual para a Europa (CPIE). –Alexandre Dias Pereira, *Direito de autor e...*, p. 233 e ss.

¹²⁹ Alexandre Dias Pereira, *Problemas Actuais da...*, p. 31.

¹³⁰ José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil...*, p. 697.

¹³¹ Pedro Cordeiro, *A Gestão Colectiva na...*, p. 157.

harmonização e na “repartição equitativa” dos direitos de autor, com o decorrente prejuízo, como já era previsível, para os autores, que dessa forma gozavam de diferentes níveis de protecção dependentemente da parte do território europeu em que se encontrassem: situação essa completamente inaceitável tendo em conta o espírito e os objectivos da criação de um mercado comum e igualitário. Tratava-se aliás de uma necessidade que já teria sido identificada na Recomendação 2005/737/CE da Comissão, de 18 de Maio de 2005.¹³² Exigia-se, portanto, um certo grau de harmonização entre as legislações dos Estados-membros, que incidissem particularmente sobre exigências de transparência e de gestão financeira, sem, contudo, constranger a liberdade de organização das entidades envolvidas, sendo, a nosso ver, de louvar que o legislador comunitário tenha evidenciado esta preocupação pela preservação da morfologia das entidades em questão.

Consideradas estas necessidades de concertação, e aliadas à convicção, cada vez mais real, de que o mercado dos serviços de música em linha não tem fronteiras, surge esta directiva focada na criação de condições para “práticas mais eficazes em matéria de concessão de licenças por organizações de gestão colectiva, num contexto cada vez mais transfronteiriço”.¹³³

O princípio essencial encontra-se exposto logo no art.4º, do qual podemos retirar que as entidades de gestão colectiva agem no interesse dos titulares que estas representam, estando a sua função adstrita à promoção dos seus melhores interesses e nunca o contrário. Esta é, na verdade, a “lente” através da qual toda a directiva deve ser lida, e que permeabilizou todas as restantes normas: desde logo, os direitos dos titulares, previstos no artigo seguinte. O art.16º é também digno de atenção, na medida em que regula a forma como estas entidades concederão as licenças aos usuários, exigindo-lhes uma política de proximidade e clareza, que é de resto, como recordamos, uma das principais vantagens associadas à existência de entidades de gestão colectiva (a existência de órgãos junto dos quais os usuários se poderão munir de licenças). As necessidades inerentes à transparência e deveres de informação para com os titulares de direitos surgem no art.18º; e no art.19º, as respeitantes a outras organizações de gestão colectiva ao abrigo de acordos de representação. As entidades de gestão colectiva devem ainda prestação de informação aos usuários, ao

¹³² "Que nasceu de um ambiente preocupado com a gestão colectiva transfronteiriça da música em rede, na sequência aliás de esforços e sugestões no sentido da criação dum guichet único e da preocupação demonstrada perante a inexistência de licenças pan-europeias." – José de Oliveira Ascensão, *Representatividade e...*p. 178.

¹³³ Considerando 40 da Directiva.

público, e a publicação de um relatório anual sobre transparência, por força dos artigos seguintes. A directiva prevê também procedimentos de reclamação disponibilizados aos membros e a outras entidades no seio de acordos de representação, bem como formas de resolução alternativas de litígios (nos arts.33º e 34º).

Estes acordos de representação são uma relevante questão relativa à legitimidade das entidades de gestão colectiva: uma vez que estas entidades são territoriais, necessitarão de acordos de representação recíproca se pretenderem licenciar obras ou prestações com origem em países estrangeiros.¹³⁴ Ainda assim, não ficam resolvidos todos os problemas: basta pensar-se nos casos dos países do mundo onde não existem entidades de gestão colectiva, ou nas situações em que existe em Portugal a figura da representação forçada mas não noutra ordem jurídica.¹³⁵

No que toca à concessão de licenças, era já pacífico, a nível comunitário, que estas deveriam estar sujeitas às regras da concorrência, nos termos dos arts.85 e 86º do Tratado.¹³⁶

No direito interno, as entidades de gestão colectiva encontravam-se já reguladas, como vimos, na Lei nº26/2015. A lei foi alterada, portanto, em 2017, pelo DL nº100/2017, que transpôs a directiva.

3.1.3 A Directiva 2019/790/UE - Direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital

Vimos que novas formas de consumir música, potenciadas pelas novas tecnologias, vieram revolucionar completamente a estrutura de distribuição de direitos. Para além dos usuais serviços de *streaming*, plataformas de partilha de conteúdos como o YouTube, Facebook ou Google assumiram um papel de leviatã sem qualquer tipo de responsabilidade sobre direitos de autor, e rapidamente ofuscaram o papel dos demais intervenientes, e sobretudo, de autores e artistas.

E assim nos chega a Directiva (UE) 2019/790, conformada pelas necessidades que cada vez mais se faziam sentir por força da globalização. Na verdade, a expressão “mercado único digital” é bastante esclarecedora, e tornou-se premente a necessidade de vir adaptar as disposições legislativas dos Estados-membros a este novo paradigma. Veio alterar as

¹³⁴ José de Oliveira Ascensão, *Representatividade e...*, p. 164.

¹³⁵ *Ibid.*

¹³⁶ Alexandre Dias Pereira, *Problemas actuais da...*, p. 23.

Directivas 96/9/CE e 2001/29/CE, sendo até apontada como a possível “base para um futuro código europeu do direito autoral”. A sua versão final contém 86 considerandos e 32 artigos.

Não é necessário relembrar um passado muito distante para recordarmos o que foi dito acerca da directiva: um pouco por toda a Internet e comunicação social, entre redes sociais e órgãos noticiosos, houve mesmo quem vaticinasse “o fim da Internet tal como a conhecemos”. Criadores de conteúdos digitais temeram que os prestadores de serviços em linha fossem forçados a exercer um tal nível de controlo sobre os conteúdos partilhados, que a liberdade de informação seria colocada em xeque e as indústrias do entretenimento teriam os dias contados. Websites como a Wikipédia promoveram acções de protesto na sua página em vários países europeus, e o próprio governo polaco, por exemplo, avançou com uma acção de anulação.¹³⁷

No seu art.2º, a directiva procede à definição de “prestador de serviços de partilha de conteúdos em linha” que, através dos seus modelos de negócio, estariam a pôr em prática uma “nova forma” de colocação à disposição do público. Desta feita, as plataformas necessitariam de se munir de uma autorização prévia por parte do titular dos direitos, autorização essa que cubra as actuações dos utilizadores: assim, a plataforma obteria uma licença, designadamente junto de uma entidade de gestão colectiva (mas que também poderá ser individual ou de *Creative Commons*, por exemplo); licença essa que serve de igual modo para legalizar a actuação dos utilizadores da plataforma (excepto se estes actuarem com carácter comercial ou gerarem receitas significativas).¹³⁸ Na ausência de uma licença, o operador da plataforma será responsável por infringir os direitos de autor, a menos que demonstre os esforços, referidos nas alíneas do art.17º. O nº5 do mesmo artigo impõe ainda uma actuação pautada por um “princípio da proporcionalidade”, de forma a não onerar excessivamente plataformas com menor capacidade económica do que as grandes multinacionais, que praticamente dominam o mercado, justificando-se assim o previsto no nº6. Ao passo que se pretende tutelar o regime dos direitos de autor, pretende-se igualmente

¹³⁷ Recurso interposto em 24 de Maio de 2019 – República da Polónia/Parlamento Europeu e Conselho da UE, Processo C-401/19, 2019/C 270/24.

¹³⁸ O professor Alexandre Dias Pereira refere, a este propósito, os processos apensos *Ac. Frank Peterson v. Youtube*, e *Elsevier v. Cyando TJUE*, de forma a referir que o tribunal ressaltou o facto de não estar em causa a interpretação da Directiva 2019/790 (mas sim das Directivas 2000/31/CE e a Directiva 2001/29/CE), pelo que considera o professor que a referida directiva não deve ser interpretada à luz deste acórdão.– Alexandre Dias Pereira, “As Plataformas Comerciais de Partilha em Linha de Conteúdos Digitais e os Direitos Autorais na EU”, CODAIP XV, 2021.

proteger e fomentar a liberdade de concorrência no mercado digital, a par de outras como a de informação e de expressão.

Com o decurso do tempo, a experiência demonstrou que as notícias da “morte” da Internet foram “manifestamente exageradas”. Nunca foi proposta do legislador comunitário desrespeitar liberdades fundamentais de expressão (prevista como um direito fundamental dos europeus pela própria Carta Europeia) através de um sistema de filtragem de conteúdos repressor. Mas serviu para que tanto legisladores, como plataformas de conteúdos, assistissem à importância que a partilha de informação em linha tem para os utilizadores e para a percepção que estes têm das suas liberdades.

3.1.4 Projecto de Lei de transposição da Directiva 2019/790

Em Portugal, foi aprovada recentemente, em Outubro de 2021, a Proposta de Lei nº114/XIV que visa a transposição da Directiva 2019/790. A sua aprovação significa alterações relevantes, tanto no CDADC, como na Lei das Bases de Dados e, também, na Lei das Entidades de Gestão Colectiva (Lei nº26/2015), designadamente através da chamada “licença colectiva com efeitos alargados”, considerada uma “experiência nova no nosso ordenamento jurídico”.¹³⁹

Transposição esta que há muito se avizinhava. Na verdade, a transposição da directiva deveria ter acontecido até ao 7 de Junho de 2021, por força do período de adaptação de dois anos previsto. O caso português não foi, contudo, caso isolado, tendo sido a mais 22 países da UE a quem a Comissão Europeia dirigiu um pedido de esclarecimentos em relação ao estado da transposição, em 26 de Julho de 2021. Foram várias as entidades de gestão colectiva que neste interregno aproveitaram para tentar “acelerar” o processo, como a GDA ou a AUDIOGEST.

No que respeita às plataformas comerciais, a transposição em Portugal é feita por reprodução quase *ipsis verbis*.

As novidades relativas às licenças colectivas com efeitos alargados surgem através de um aditamento à Lei nº26/2015, através dos arts.36º-A e 36º-B. Estes efeitos alargados significam, nos termos do 36º-A, que uma entidade de gestão colectiva pode “celebrar acordos de concessão de licenças de utilização de obras [...] a outros titulares de direitos que

¹³⁹ Exposição de motivos do Projecto de Lei.

não a tenham mandatado, presumindo-se, em relação a estes a representação por parte da entidade de gestão colectiva em causa”, sendo que terá a faculdade para o fazer a entidade que seja “suficientemente representativa” em virtude dos mandatos que lhe foram conferidos pelos titulares de direitos. O art.36º-B é reservado aos procedimentos e publicitação da informação, a cargo da IGAC.

Capítulo V - Conclusões: O Futuro

“When the Music’s Over”, The Doors, 1967, Elektra Records

Ao longo deste estudo debruçámo-nos sobre os novos padrões de consumo de música, e o que isso significa para a indústria (e conseqüentemente para o Direito), numa área que é praticamente dominada pela liberdade de mercado, e nem sempre por padrões do que é necessariamente certo ou errado. Para tal, focámo-nos em dois aspectos essenciais.

Destarte, podemos organizar esta conclusão em dois momentos: um momento sobre as transformações digitais que se têm vindo a verificar a este propósito, e um outro de reflexão sobre o futuro das entidades de gestão colectiva.

Quanto ao tópico da transição digital, devemos referênciar aos seguintes factos. É indubitável que por esta temática passa o futuro do direito de autor. E é cada vez mais evidente, tendo em conta as evoluções legislativas, que existe uma progressiva consciência universal de que o futuro passa pela harmonização das regras aplicáveis. É manifestamente impossível ambicionar qualquer tipo de protecção eficiente dos direitos de autor se nem todos os intervenientes estiverem “sujeitos às mesmas regras”. Nesse sentido, são muito bem-vindas as alterações legislativas em vigor, nomeadamente decorrentes da transposição de directivas como a Directiva 790/2019. Estes movimentos de adaptação devem ser constantes e cada vez mais frequentes, e o trabalho do legislador nesta matéria nunca estará acabado, como não esteve acabado, por exemplo, com os Tratados da OMPI, que estabeleciam já medidas relativas a dispositivos tecnológicos, mas cujas disposições revelam uma manifesta obsolescência, muito devido ao facto de os desafios de hoje em dia não serem contemporâneos à formulação dos Tratados. Esta obsolescência de soluções é um verdadeiro entrave à evolução legislativa e doutrinal nesta matéria, e que parte muito de uma falta de consciência generalizada do facto de o presente ser apenas o passado do futuro. O trabalho de pesquisa que foi desenvolvido para esta dissertação revelou isso mesmo: obras e estudos, relativamente recentes, sobre o tema, viram as suas conclusões praticamente obliteradas pelo simples facto de já não serem relevantes, e de não terem tido consciência, à data da sua elaboração, de que a evolução tecnológica não se ficaria pelos desafios que lhe eram contemporâneos. Muitas das soluções apresentadas neste percurso eram aptas à realidade da altura, mas não eram à prova do futuro, e por isso, todas elas, uma por uma, falharam. Claro que, utilizando a expressão inglesa, *“hindsight is 20/20”*, e que nem cabe ao Direito fazer

um exercício de cartomancia divinatória, mas é no mínimo caricato que valiosos contributos de versadíssimos autores e professores sobre esta matéria, tenham ficado inquinados em tão pouco tempo por terem olhado para o tema da “revolução digital” considerando apenas “os perigos da facilidade da criação de cópias em CD” e dos “ficheiros MP3”. Qualquer boa solução que tenham trazido para a mesa, ficou imediatamente ultrapassada porque os desafios mudam de dia para dia, e com cada vez mais celeridade o farão. E é por isso que antes de antever qualquer solução a que possamos chamar de duradoura, os legisladores têm que estar minimamente informados sobre as tendências dos desafios do “amanhã”, e não dos que simplesmente se manifestam no presente.¹⁴⁰

Por enquanto, a tendência é uma única e é de “receber de braços abertos”: refere Patrícia Akester que “a implementação de uma solução eficaz na aldeia digital global passa pela criação de uma lei única, abrangente e uniforme”, visto que da “unificação da legislação substantiva aplicável à Internet decorrerá um ambiente de certeza jurídica para os cidadãos dessa rede global de comunicação”.¹⁴¹

Quanto às entidades de gestão colectiva, há que atentar ao seguinte. São reconhecidas as vantagens inerentes a um sistema que goze da participação de entidades de gestão colectiva, sendo inegáveis os seus benefícios. O que não pode suceder é que o sistema legal em vigor continue a ignorar que este sector é de gestão colectiva praticamente necessária, e que o espírito da lei da “singularidade do exercício pelo autor” apenas oculta a realidade¹⁴²: “como as entidades de gestão colectiva apenas emanam autorizações genéricas, nenhuma utilização requer, afinal, autorização individual”. Onde estariam agora as razões morais que justificavam a necessidade de uma prévia e individual autorização pelo uso de cada obra? Ou significa isto que as razões morais não passavam afinal de um subterfúgio para atingir as finalidades económicas?... Na essência do direito autoral não o são, mas na filosofia inerente ao funcionamento destas entidades os direitos morais surgem, frequentemente, no fundo das tabelas de prioridades das entidades de gestão colectiva. José de Oliveira Ascensão equipara a este propósito os termos que estas entidades apõem aos titulares de direitos a verdadeiras

¹⁴⁰ Daí se compreende a importância do legislador de hoje iniciar os seus trabalhos para lidar com desafios que, à data da elaboração deste trabalho, são considerados ainda relativamente futuristas, como as obras de Arte criadas por I.A. ou o mercado crescente de NFT. Mas não apenas, e por aí não podemos ficar. Novos desafios surgirão, e com toda a certeza passarão pela crescente ubiquidade da obra, e conseqüente falta de possibilidade de controlo de cada uma das utilizações individuais que é feita da mesma. Cabe ao legislador escolher se acompanha a tendência, ou não.

¹⁴¹ Patrícia Akester, *ob. cit.*

¹⁴² José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil...*, p. 692.

cláusulas contratuais gerais, pelo facto de as condições serem "unilateralmente predispostas por uma das partes à outra, que se vê na alternativa de as subscrever ou não contratar". Nesse sentido e por esta razão, defende o professor que a gestão colectiva não deve nunca abarcar mais do que o "indispensável" aos direitos do autor: "o titular não deve ser compelido a ceder mais direitos que o que se revelar indispensável para o exercício da gestão".¹⁴³ Refere ainda Oliveira Ascensão que é fulcral que os critérios de distribuição das contrapartidas aos titulares de direitos se pautem por notas de objectividade e transparência, que o titular possa conhecer e contestar, de forma a afastar do processo qualquer arremedo de arbitrariedade.¹⁴⁴ Não se subestime nunca a importância da supervisão¹⁴⁵ das entidades de gestão colectiva.

As entidades de gestão colectiva assumem-se, cada vez mais, como entes com forte poder e influência internacional. Muitas vezes, organizadas em monopólios ou oligopólios altamente capazes de concertar as suas acções. A tendência nesta direcção aumentará à medida que o "carácter volátil e a deslocalização das utilizações" continue a oferecer desafios, aumentando a necessidade de estas entidades cooperarem entre si. Oliveira Ascensão alerta, contudo, que esta cooperação não deve traduzir-se na "criação de entidades mastodónticas que substituam as actualmente existentes"¹⁴⁶, que esmagariam completamente a posição dos titulares de direitos. Desta maneira, o professor adverte para o risco de instrumentalização da fragilidade do autor para atingir afinal um "fortalecimento incessante das empresas de conteúdos".¹⁴⁷

Há que referir que, por todas as razões a que se acabou de aludir, a História se está a escrever à medida que este trabalho contínuo de pesquisa se constrói. Ainda não é completamente claro se a gestão colectiva permanecerá enquanto figura relevante na sociedade de informação, ou se, ao invés, estas entidades se verão preteridas por empresas de conteúdos, cada vez mais capacitadas e sem qualquer pejo de cortar o "intermediário" da equação. Evidente é que a sua relevância não desaparecerá da noite para o dia, e que continuarão a encontrar pertinência, por exemplo, na actuação relativamente aos direitos que não sejam (legal ou contratualmente) cedidos às empresas de conteúdos.¹⁴⁸ Alexandre Dias

¹⁴³ José de Oliveira Ascensão, *Gestão Colectiva do Direito de Autor e Direitos Conexos no Ambiente Digital – Actas do Colóquio organizado pela GDA*, p. 273 e ss.

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ José de Oliveira Ascensão, *Representatividade e...*, p. 172 e ss.

¹⁴⁶ José de Oliveira Ascensão, *Gestão Colectiva do Direito de Autor e Direitos Conexos no Ambiente Digital, Actas...*, p. 273 e ss.

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ Alexandre Dias Pereira, *Direito de autor e...*, p. 655.

Pereira refere que será a “mão invisível” do mercado que acabará por “ditar se os autores preferirão confiar a gestão dos seus direitos às entidades de gestão colectiva ou, pelo contrário, cedê-los às empresas de conteúdos”.¹⁴⁹

A gestão colectiva encontra-se, portanto, em xeque, e o desfecho da partida está nas mãos dos seus responsáveis. Está visto que o modelo de “poucas, mas fortes” entidades de dimensões titânicas tem os dias contados: resta saber se elas ganharão consciência disso mesmo e procederão à necessária adaptação às exigências¹⁵⁰ do século XXI, ou se preferirão em contrapartida “afundar com o navio”. Uma terceira via alternativa passará ainda pela hipótese de serem os próprios autores a tomar as rédeas da gestão dos seus direitos, sem a necessidade de qualquer intermediário, o que acontecerá por exemplo com o caso das licenças de filosofia *copyleft*, modelos de distribuição baseados no utilizador (*UCPS*), ou qualquer outro modelo revolucionário que a “tecnologia de amanhã” poderá possibilitar. Afinal de contas, quer o mercado esteja preparado ou não, as portas estão inexoravelmente abertas ao que de melhor, e pior, a constante evolução tecnológica trará.

Para terminar, uma última dificuldade prende-se com a importância da jurisprudência em sede de direitos de autor. Numa área tão marcadamente subjectiva, é preponderante que bons juízos se façam, para que possam informar com clareza as decisões futuras. Muitas das dificuldades que podem surgir, por exemplo, quanto a apurar se determinado uso de uma obra recai no domínio de uma utilização livre, advêm do facto de simplesmente não existir conhecimento jurisprudencial suficiente sobre *aquele* tema em específico.¹⁵¹ Cada utilização da obra é necessariamente diferente e única, e por essa razão é imperativo facilitar a resolução de conflitos, através de instâncias mais simples, claras e acessíveis.^{152 153}

Ao longo de toda esta dissertação conseguimos identificar dois principais pontos a melhorar na gestão dos direitos autorais. Por um lado, o perigo comportado pelas novas tecnologias no sentido de potenciar novas formas de infracção e pirataria, e por outro, as

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 656.

¹⁵⁰ Exigências que passam, por exemplo, pela transparência quanto "ao cálculo das tarifas, dos métodos de cobrança, dos sistemas de supervisão e aplicação das regras de concorrência". – *Ibid.*

¹⁵¹ “*The border of fair use has to be messy because people and creativity are messy.*” – Tom Scott, *Youtube’s Copyright System Isn’t Broken. The World’s Is.*, 2020.

¹⁵² Considerações sobre o nosso TPI à parte, este tipo de foro terá que ser necessariamente “*user friendly*”, de forma a poder responder com eficácia aos litígios que lhe forem colocados. Referimos exemplos como o britânico *Intellectual Property Enterprise Court* e o seu sistema de “*small claims*” ou o caso norte-americano do *Copyright Alternative in Small-Claims Enforcement Act (CASE)* de 2020. – *Ibid.*

¹⁵³ “É necessário um sistema judicial que decida os assuntos em tempo útil.” – cit. Manuel Lopes Rocha [et al.], *Tribunal da Propriedade Intelectual*, Almedina, 2012, p. 122.

práticas pouco transparentes dos vários intervenientes na indústria, nomeadamente entidades de gestão colectiva ou grandes *labels*. Quase paradoxalmente, conseguimos concluir que a forma de reduzir a dimensão titânica destes jogadores da indústria, é precisamente a de abraçar a revolução digital; não a de lutar contra ela. Adaptar as estruturas nascentes e não pelear contra elas e tampouco sufocá-las com medidas tecnológicas de protecção que vão além do indispensável para a defesa dos direitos. Perceber que, contas feitas, os lucros da indústria não estão a ser perdidos para a Internet: estão sim a ser recanalizados para quem mais tem a ganhar com o “fechar de hipóteses” aos autores. Garantir que a supervisão pública das entidades de gestão colectiva seja exercida com a máxima eficácia possível, com adequação e isenção.

As entidades de gestão colectiva têm um natural interesse em apresentar-se como a única solução viável para a exploração dos direitos no âmbito das obras musicais, e quanto mais o legislador se recusar a legitimar as suas alternativas, continuará a sedimentar a posição dos gigantes que se norteiam por valores alheios aos que o Direito deve tutelar.

“Prepare-se para uma revolução. Há que ver como os intervenientes reagem. Não cabe ao Direito favorecê-la nem impedi-la”.¹⁵⁴

- José de Oliveira Ascensão

¹⁵⁴ José de Oliveira Ascensão, *Representatividade e...*, p. 172 e ss.

Bibliografia

AKESTER, Patrícia – *O Direito de Autor - E os Desafios da Tecnologia Digital*, Principia Editora, Cascais, 2004. ISBN 972881822X.

ANTUNES, Maria João – “O Segredo de Justiça e o Direito de Defesa do Arguido Sujeito a Medida de Coacção”, em *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, ISBN 9723211939, pp. 1237 a 1238.

ASCENSÃO, José de Oliveira - *Direito Civil – Direito de autor e Direitos Conexos*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992, ISBN 9723204762.

- “Representatividade e Legitimidade das Entidades de Gestão Colectiva de Direitos Autorais”, em *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, ISBN 9789723221190.

- *Colóquio sobre a Gestão Colectiva do Direito de Autor e Direitos Conexos no Ambiente Digital*, Lisboa, Ministério da Cultura G.D.A., 2001, ISBN 9729868301.

BRAGA, Guta – “Direitos Autorais e Remuneração nas Plataformas de Música”, em *Direito Autoral, Plataforma Digital e Direito dos Usuários da Internet*, CODAIP XV, 2021. [Vídeo], disponível em: <https://youtu.be/bZ4cgif2qP8> (19.01.2022).

CDC/NCHS - *National Vital Statistics System, Mortality*. CDC WONDER, Atlanta, GA: US Department of Health and Human Services, 2020. Disponível em: <https://www.cdc.gov/nchs/nvss/index.htm>

COMISSÃO EUROPEIA – *Green Paper on Copyright and the Challenge of Technology - Copyright Issues Requiring Immediate Action*, 1988, CELEX 51988DC0172. Disponível em: <https://op.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/f075fcc5-0c3d-11e4-a7d0-01aa75ed71a1/language-en>

CORDEIRO, Pedro - “A Gestão Colectiva na Sociedade de Informação, Gestão Colectiva do Direito de Autor e Direitos Conexos no Ambiente Digital” em *Colóquio sobre a Gestão*

Colectiva do Direito de Autor e Direitos Conexos no Ambiente Digital, Lisboa, Ministério da Cultura G.D.A., 2001, ISBN 9729868301.

COSTA, Inês de Sousa Rua Santos - *Direitos de Autor e Direitos Conexos para a Actividade Jornalística no Contexto Digital*, Universidade de Coimbra, 2020.

COSTA, Rodrigo Vieira da – “Directiva da EU sobre a Responsabilidade das Plataformas”, em *Direito Autoral, Plataforma Digital e Direito dos Usuários da Internet*, CODAIP XV, 2021. [Vídeo], disponível em: <https://youtu.be/bZ4cgif2qP8> (19.01.2022).

DIAS, Jorge de Figueiredo - “Os Princípios Estruturantes do Processo e a Revisão de 1998 do Código de Processo Penal”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, 1998, ISSN 0871-8563, pp. 199 a 213.

DRUMMOND, Victor Gameiro - “A perspectiva dos intérpretes do audiovisual”, em *Direito Autoral, Plataforma Digital e Direito dos Usuários da Internet*, CODAIP XV, 2021. [Vídeo], disponível em: <https://youtu.be/bZ4cgif2qP8> (19.01.2022).

FRIEDLANDER, Joshua P. – *Year-End 2020 RIAA Revenue Statistics*, RIAA, 2020. Disponível em <https://www.riaa.com/wp-content/uploads/2021/02/2020-Year-End-Music-Industry-Revenue-Report.pdf> (19.01.2022).

FRITH, Simon, MARSHALL, Lee – *Music and Copyright*, 2ª Edição, Routledge, 2004. ISBN 9780415972536.

GIORCELLI, Michaela, MOSER, Petra - *Copyright and Creativity – Evidence from Italian Operas*, 2016.

GOLDSTEIN, Paul - *Copyright's Highway: From Gutenberg to the Celestial Jukebox*, Stanford University Press, 2ª edição, 2019. ISBN 0804747482.

GREENFIELD, Steve, OSBORN, Guy - “Copyright Law and the Power in the Music Industry”, em *Music and Copyright*, Simon Frith e Lee Marshall, 2ª Edição, Routledge, 2004. ISBN 9780415972536.

KLEIN, Vinicius - “A imposição de direitos autorais sob a óptica de Direito e Economia”, em *Direito autoral e análise económica do direito*, CODAIP XV, 2021. [Vídeo]. Disponível em: <https://youtu.be/PZQ-V7cSiRM> (19.01.2022).

MARSHALL, Lee - “Infringers”, em *Music and Copyright*, Simon Frith e Lee Marshall, 2ª Edição, Routledge, 2004. ISBN 9780415972536.

MELLO, Alberto Sá e - *Contrato de Direito de Autor: A Autonomia Contratual na Formação do Direito de Autor*, Almedina, Coimbra, 2008. ISBN 9789724034201.

MUNDIE, Craig – *Prepared Text of Remarks*, New York University, 2001.

PEREIRA, Alexandre Libório Dias – *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*, Teses de doutoramento, Coimbra, Almedina, 2008. ISBN 9789724036427.

PEREIRA, Alexandre Libório Dias – *Direito da Propriedade Intelectual e Novas Tecnologias*, Vol. I, Coimbra, Gestlegal, 2019. ISBN 9789898951144.

PEREIRA, Alexandre Libório Dias - “Problemas Actuais da Gestão do Direito de Autor: Gestão Individual e Gestão Colectiva do Direito de Autor e dos Direitos Conexos na Sociedade de Informação”, em *Direito da Sociedade de Informação*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

PEREIRA, Alexandre Libório Dias - “As Plataformas Comerciais de Partilha em Linha de Conteúdos Digitais e os Direitos Autorais na EU”, CODAIP XV, 2021. [Vídeo], disponível em: <https://youtu.be/ArCWGjeT-ME> (19.01.2022).

PESSOA, Fernando – *A Mensagem*, Lisboa, Parceria António Maria Pereira, 1934. ISBN 9781794710177.

REBELLO, Luiz Francisco – *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos: Anotados, seguido de Legislação Complementar, Convenções Internacionais e Directivas*, Âncora, Lisboa, 2002. ISBN 9727801102.

REBELLO, Luiz Francisco – “Sistemas de Informação sobre Direitos”, em *Colóquio sobre a Gestão Colectiva do Direito de Autor e Direitos Conexos no Ambiente Digital*, Lisboa, Ministério da Cultura G.D.A., 2001, ISBN 9729868301.

RENDAS, Tito, SILVA, Nuno Sousa e – *Direito de Autor nos Tribunais*, 2ª Edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2019. ISBN 9789725406441.

ROCHA, Manuel Lopes [et al.] – *Tribunal da Propriedade Intelectual*, Almedina, Coimbra, 2012. ISBN 9789724049182-

SCOTT, TOM - *Youtube's Copyright System Isn't Broken. The World's Is.*, 2020. [Vídeo], disponível em: <https://youtu.be/1Jwo5qc78QU> (19.01.2022).

SILVA, Nuno Sousa e - *Uma Introdução ao Direito de Autor Europeu*, Vila Nova de Gaia, 2014, pp. 1333 e ss.

SMITH, Adam – *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, W. Strahan e T. Cadell, Londres, 1776.

STALLMAN, Richard - *Free Software Definition*, disponível em <https://pitt.libguides.com/copyright/licenses> (19.01.2022).

SUTHERSANEN, Uma – *The Legislative Experiences in EU*, em *Colóquio sobre a Gestão Colectiva do Direito de Autor e Direitos Conexos no Ambiente Digital*, Lisboa, Ministério da Cultura G.D.A., 2001, ISBN 9729868301.

THÉBERGE, Paul – “Technology, Creative Practice and Copyright”, em *Music and Copyright*, Simon Frith e Lee Marshall, 2ª Edição, Routledge, 2004. ISBN 9780415972536.

TOWSE, Ruth - “Copyright and Economics”, em *Music and Copyright*, Simon Frith e Lee Marshall, 2ª Edição, Routledge, 2004. ISBN 9780415972536.

TOYNBEE, Jason - “Musicians”, em *Music and Copyright*, Simon Frith e Lee Marshall, 2ª Edição, Routledge, 2004. ISBN 9780415972536.

TSCHMUCK, Peter - *The Economics of Music*, Agenda Publishing, 2017. ISBN 1911116088.

UNESCO – ABC do Direito de Autor, Editorial Presença, Lisboa, 1981.

VICENTE, Dário Moura – *A Tutela Internacional da Propriedade Intelectual*, Almedina, Coimbra, 2019. ISBN 9789724082165.

WALLIS, Roger, “Copyright and the Composer”, em *Music and Copyright*, Simon Frith e Lee Marshall, 2ª Edição, Routledge, 2004. ISBN 9780415972536.

Legislação e Documentos

Nacional

Código Civil

Código Comercial

Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos

Constituição da República Portuguesa

Decreto-Lei nº100/2017, de 23 de Agosto de 2017

Decreto-Lei nº252/94, de 20 de Outubro de 1994

Decreto-Lei nº332/97, de 29 de Novembro de 1997

Decreto-Lei nº333/97, de 27 de Novembro de 1997

Decreto-Lei nº9/2021, de 29 de Janeiro de 2021

Lei nº16/2008, de 1 de Abril de 2008

Lei nº26/2015, de 14 de Abril de 2015

Lei nº46/2011, de 24 de Junho de 2011

Lei nº52/2008, de 28 de Agosto de 2008

Lei nº 83/2001, de 3 de Agosto de 2001

Lei nº92/2019, de 4 de Setembro de 2019

Proposta de Lei de Transposição nº114/XIV, para transposição da Directiva 2019/790, Outubro de 2021

Internacional

Convenção Universal sobre o Direito de Autor (UNESCO)

Convenção de Berna para a Protecção das Obras Literárias e Artísticas

Copyright Alternative in Small-Claims Enforcement Act of 2020 (CASE)

Copyright, Designs and Patents Act de 1988

Digital Performance Rights in Sound Recordings Act (DPRA)

Directiva 91/250/CEE do Conselho, de 14 de Maio de 1991, relativa à protecção jurídica dos programas de computador

Directiva 93/83/CEE do Conselho, de 27 de Setembro de 1993, relativa à coordenação de determinadas disposições em matéria de direito de autor e direitos conexos aplicáveis à radiodifusão por satélite e à retransmissão por cabo

Directiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Março de 1996, relativa à protecção jurídica das bases de dados

Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno

Directiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade de informação

Directiva 2001/84/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Setembro de 2001, relativa ao direito de sequência em benefício do autor de uma obra de arte original que seja objecto de alienações sucessivas

Directiva 2004/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Abril de 2004, relativa ao respeito dos direitos de propriedade intelectual

Directiva 2006/115/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro de 2006, relativa ao direito de aluguer, ao direito de comodato e a certos direitos conexos ao direito de autor em matéria de propriedade intelectual

Directiva 2009/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Abril de 2009, relativa à protecção jurídica dos programas de computador

Directiva sobre o Prazo de Protecção (2011/29/CE do PE e do Conselho, de 27 de Setembro de 2011)

Directiva 2012/28/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro de 2012, relativa a determinadas utilizações permitidas de obras órfãs

Directiva 2014/26/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Fevereiro de 2014, relativa à gestão colectiva dos direitos de autor e direitos conexos e à concessão de licenças multiterritoriais de direitos sobre obras musicais para utilização em linha no mercado interno

Directiva (UE) 2015/1535 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de Setembro de 2015, relativa a um procedimento de informação no domínio das regulamentações técnicas e das regras relativas aos serviços da sociedade de informação

Directiva 2019/790/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Abril de 2019, relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital e que altera as Directivas 96/9/CE e 2001/29/CE

Regulamento (CE) n.º 864/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Julho de 2007, relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais (Roma II)

Recomendação da Comissão, de 18 de Maio de 2005, relativa à gestão transfronteiriça colectiva do direito de autor e dos direitos conexos no domínio dos serviços musicais em linha legais

Tratado da Comunidade Europeia

WCT (*WIPO Copyright Treaty*)

Jurisprudência

Nacional

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 11-03-1997

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 03-11-1994

Internacional

Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 15 de Março de 2012, Proc. C-135/10, Società Consortile Fonografici (SCF) v. Marco Del Corso

Acórdão do Tribunal de Justiça (Nona Secção) de 26 de Março de 2015, Proc. C-279/13, C More Entertainment AB v. Linus Sandberg

Acórdão Proc. Apensos C-682/13 e C-683/16, Frank Peterson v. Youtube e Elsevier v. Cyando

A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F.3d 1004 (2001)

Commonwealth v. Carter, 481 Massachussets. 352, 115 N.E.3d 559 (2019)

Panayiotou and others v. Sony Music Entertainment (UK) Ltd. ([1994] ChD 142)

Recurso interposto em 24 de Maio de 2019 – República da Polónia/Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia, Proc. C-401/19, 2019/C 270/24