



A DESCRIMINALIZAÇÃO DOS ATOS DE COMUNICAÇÃO AO PÚBLICO DE FONOGRAMAS E VIDEOGRAMAS EDITADOS COMERCIALMENTE

ENQUADRAMENTO: O DIREITO DE COMUNICAÇÃO PÚBLICA NA JURISPRUDÊNCIA DO TJUE E NOS TRIBUNAIS PORTUGUESES

Victor Castro Rosa
Auditório António Almeida Santos
Assembleia da República
10.04.2019

- PROTEÇÃO INTERNACIONAL DO DIREITO DE COMUNICAÇÃO AO PÚBLICO

- Art.º 11.º BIS da Convenção de Berna para a proteção das obras literárias e artísticas de 09.09.1886 – autores

“Os autores (...) gozam do direito exclusivo de autorizar:

1.º A radiodifusão das suas obras ou a comunicação pública dessas obras por qualquer outro meio que sirva à difusão sem fio dos sinais, sons ou imagens;

2.º Qualquer comunicação pública, quer por fio, quer sem fio, da obra radiodifundida, quando essa comunicação seja feita por outro organismo que não o de origem;

3.º A comunicação pública, por altifalantes ou por qualquer outro instrumento análogo transmissor de sinais, sons ou imagens, da obra radiodifundida.”

- O Art.º 11 bis 2) CB, reserva para as legislações dos Países da União de Berna a regulamentação das condições de exercício dos direitos exclusivos conferidos pelo n.º 1, mas com efeito limitado ao País que as tiver estabelecido, e desde que seja salvaguardado o direito moral e o direito mínimo a uma remuneração equitativa a fixar pela autoridade competente, na falta de entendimento entre as partes interessadas.

- **SEGUNDO O GUIA DA CONVENÇÃO DE BERNA:**

O autor, ao autorizar a radiodifusão da sua obra, toma apenas em consideração os utentes diretos, isto é, os detentores de aparelhos de receção que, individualmente ou na sua esfera privada ou familiar, captam as emissões.

Quando esta receção se destina a um círculo mais amplo, e por vezes com fins lucrativos, permite-se que uma fração nova do público desfrute da audição ou da visão da obra e a comunicação da emissão por altifalante ou instrumento análogo deixa de ser a mera receção da própria emissão, mas um ato independente através do qual a obra emitida é comunicada a um novo público.

Esta receção pública dá lugar ao direito exclusivo do autor de a autorizar. Quando esta receção se destina a constituir um entretenimento para um círculo mais amplo, muitas vezes com fins lucrativos, permite-se que uma seção mais ampla do público desfrute da obra, deixando de se tratar de uma mera questão de radiodifusão. O autor tem o poder de controlar esta nova representação pública da sua obra.

NOTA: Não é indispensável que sejam utilizados amplificadores, colunas ou altifalantes para que se trate de um ato de comunicação pública, mas, se o forem, está claramente abrangido no art.º 11.ºBIS n.º 1 al. 3 da CB.

- Artº 8.º do Tratado da OMPI sobre o Direito de Autor de 20.12.1996 (TODA):
- *“Sem prejuízo das disposições dos artigos 11.º 1) (ii), 11.º-bis 1) (i) e (ii), 11.º-ter 1(ii), 14.º 1) (ii) e 14.º-bis 1) da Convenção de Berna, os autores de obras literárias e artísticas gozam do direito exclusivo de autorizar qualquer comunicação ao público das suas obras, incluindo a colocação à disposição ao público das obras de maneira que membros do público possam ter acesso a estas obras desde um lugar e num momento que individualmente escolherem.”*
- **Declaração Complementar unânime:** *“É entendido que o simples fornecimento de instalações destinadas a permitir ou a realizar uma comunicação não constitui uma comunicação ao público no sentido do presente Tratado ou da Convenção de Berna. É entendido, por outro lado, que nada, no art.º 8.º, impede uma Parte Contratante de aplicar o artigo 11 bis 2).”*
- Tem sido interpretada como **abrangendo** apenas a prestação ou fornecimento de meios físicos ou técnicos tais como aparelhos de receção ou transmissão, mas **não abrangendo**, por exemplo a disponibilização de sinal de antena, a qual se configura já como uma forma de ato de comunicação ao público.
- Portugal aderiu à Convenção de Berna (Ato de Paris) por Decreto do Governo de 26.07.1978 e ao TODA de 20.12.1996 por Resolução da AR e Decreto do PR de 30.07.2009.

- CLÁUSULAS DELIMITADORAS DO ÂMBITO DA AUTORIZAÇÃO PARA A RADIODIFUSÃO TELEVISIVA:

- Contrato-Tipo de Autorização SPA:

- ✓ 5. a) A transmissão direta ou a fixação para efeitos de transmissão de obras não musicais ou literário-musicais de autores representados pela S.P.A., incluídas em espetáculos organizados ou produzidos por terceiros dependem sempre de autorização específica da S.P.A. e não se consideram abrangidas na autorização concedida pelo presente contrato.
- ✓ b) Não se inclui também nessa autorização a **ulterior comunicação pública** de emissões autorizadas, **exceto** quando organizada ou efetuada pela [estação de televisão] nas suas próprias instalações, ou no decurso de exposições ou de outras manifestações análogas.

- Contrato-Tipo de Autorização AUDIOGEST:

- ✓ 3. Consideram-se também abrangidas pelo presente contrato, sendo, portanto, lícitas:

c) Os atos de execução pública com vista à radiodifusão, nos quais não seja exigido qualquer preço de entrada desde que a [estação de televisão] seja a promotora do evento ou produtora do espetáculo.

- Art.º 12.º da Convenção de Roma de 26.10.1961 (Artistas e Produtores de Fonogramas):

*“quando um fonograma publicado com fins comerciais ou uma reprodução desse fonograma forem utilizados diretamente pela radiodifusão ou para qualquer comunicação ao público, o utilizador pagará **uma remuneração equitativa e única aos artistas intérpretes ou executantes ou aos produtores de fonogramas ou aos dois.** Na falta de acordo entre eles, a legislação nacional poderá determinar as condições de repartição desta remuneração.”*

- Art.º 15.º do TOIEF de 20.12.1999 estabelece o direito de Artistas e Produtores de Fonogramas a uma **remuneração equitativa e única pela utilização, direta ou indireta, de fonogramas publicados para fins comerciais pela radiodifusão ou qualquer comunicação ao público**, sendo que *“os fonogramas colocados à disposição do público, por fio ou sem fio, por forma a torná-los acessíveis a qualquer pessoa desde um lugar e num momento que individualmente escolherem, serão considerados como se tivessem sido publicados para fins comerciais”* .
- Esta equiparação é aplicável por força da vinculação de Portugal aos Tratados da OMPI, não havendo qualquer reserva. Portugal aderiu à CR por Resolução da AR e Decreto do PR de 22.07.1999 e ao TOIEF por Resolução da AR e Decreto do PR de 27.08.2009.
- Aplica-se, por exemplo, a **videogramas que não são feitos para o mercado videográfico** mas para a televisão, cujas emissões são colocadas à disposição na Internet pelos próprios organismos de radiodifusão, em simultâneo ou a seguir à emissão.

- OS ORGANISMOS DE RADIODIFUSÃO TÊM UMA TUTELA DIFERENCIADA:
Art.º 13 - Proteção mínima dos organismos de radiodifusão
Os organismos de radiodifusão gozam do direito de autorizar ou proibir:
 - a) A retransmissão das suas emissões;
 - b) A fixação das suas emissões num suporte material;
 - c) A reprodução;
 - i) Das fixações das suas emissões , sem o seu consentimento;
 - ii) Das fixações das suas emissões, feitas em virtude das disposições do artigo 15 da presente Convenção, se forem reproduzidas para fins diferentes dos previstos nesse artigo;
 - d) A comunicação ao público das suas emissões de televisão, quando se efetue em lugares acessíveis ao público , mediante o pagamento de um direito de entrada; compete à legislação nacional do país onde a proteção deste direito é pedida, determinar as condições do exercício do mesmo direito

- **SEGUNDO O GUIA DA CONVENÇÃO DE BERNA:**
 - O chamado “direito de receção pública” é conferido aos organismos de radiodifusão quando os donos de estabelecimentos se apropriam das emissões de televisão a fim de atrair clientela e cobram entrada, desviando o público dos próprios eventos ou espetáculos (v.g. desportivos);
 - “Considera-se geralmente que o facto de gastar nos cafés, bares, restaurantes, etc..., não pode ser equiparado a um direito de entrada, pois este é essencialmente um certo montante que deve ser pago para se poder entrar no lugar em questão.
 - Recentemente o Acórdão do TJUE de 16.02.2017 (Processo C-641/15 *VRG v Hetteger Hotel Edelweiss GmbH*) reafirmou esta posição considerando que a transmissão de emissões de TV e rádio através de aparelhos de TV instalados nos quartos e um hotel não constitui comunicação em local aberto ao público com entrada paga.
 - Assim, o TJUE excluiu os direitos dos organismos de radiodifusão (e apenas estes).

- DIRETIVAS UE:

- Art.º 3.º da **Diretiva 2001/29/CE de 22.05.2001** (*Direito de Autor na Sociedade da Informação*)

*“1. “Os Estados-Membros devem prever a favor dos autores o direito exclusivo de autorizar ou proibir **qualquer comunicação ao público** das suas obras, por fio ou sem fio, incluindo a sua colocação à disposição do público por forma a torná-las acessíveis a qualquer pessoa a partir do local e no momento por ela escolhido.*

2. Os Estados-Membros devem prever que o direito exclusivo de autorização ou proibição de colocação à disposição do público, por fio ou sem fio, por forma a que seja acessível a qualquer pessoa a partir do local e no momento por ela escolhido, cabe:

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

- Art.º 8.º da Diretiva 2006/115/CE de 12.12.2006 (Diretiva Aluguer e Comodato)

“Radiodifusão e comunicação ao público”:

1. *“Os Estados-Membros devem prever que os artistas intérpretes ou executantes tenham o direito exclusivo de permitir ou proibir a radiodifusão e a comunicação ao público das suas prestações, exceto se a prestação já for, por si própria, uma prestação radiodifundida ou se for efetuada a partir de uma fixação.*

2. *Os Estados-Membros devem prever um direito que garanta, não só o pagamento de uma remuneração equitativa única pelos utilizadores que usem fonogramas publicados com fins comerciais ou suas reproduções em emissões radiodifundidas por ondas radioelétricas ou em qualquer tipo de comunicações ao público, mas também a partilha de tal remuneração pelos artistas intérpretes ou executantes e os produtores dos fonogramas assim utilizados. Na falta de acordo entre os artistas intérpretes ou executantes e os produtores dos fonogramas, os Estados-Membros podem determinar em que termos é por eles repartida a referida remuneração.*

3. *Os Estados-Membros devem prever que as organizações de radiodifusão tenham o direito exclusivo de permitir ou proibir a retransmissão das suas emissões por ondas radioelétricas, bem como a sua comunicação ao público, se essa comunicação for realizada em locais abertos ao público com entrada paga.”*

- A JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA:

- Ao longo do tempo, o TJUE foi desenvolvendo vários critérios para determinação da natureza do ato de comunicação como “comunicação ao público”
 - identidade do utilizador;
 - existência de “público” e a sua definição;
 - finalidade da comunicação ao público (lucrativa ou não);
 - critério do “novo público”;
 - critério do diferente organismo de transmissão.
- A jurisprudência comunitária tem tido algumas variações que não abonam a favor da segurança jurídica e da previsibilidade de critérios, mas, ao mesmo tempo, tem demonstrado uma progressão positiva na forma como têm sido qualificados os modos de exploração .

PRINCIPAIS CASOS DE COMUNICAÇÃO AO PÚBLICO:

- a) sinais emitidos por antenas terrestres entre subsidiárias de um mesmo radiodifusor (Acórdão LAGARDÈRE de 14.07.2005);
- b) sinal rececionado e redistribuído por antena coletiva para um número limitado de assinantes (Acórdão AKM de 16.03.2017);
- c) televisores ou aparelhos recetores de rádio instalados em quartos de hotel, através dos quais o estabelecimento hoteleiro distribui sinais de radiodifusão (Acórdão SGAE de 07.12.2006, Despacho ORGANISMOS de 18.03.2010 , Opinião HOASA de 09.09.1999);
- d) Receção pública de emissões contendo obras e prestações protegidas em “pubs” (Ac. FAPL de 04.10.2011);
- e) Aparelhos recetores de rádio instalados em quartos de estabelecimentos termais (Acórdão OSA de 27.02.2014);
- g) emissões de radiodifusão retransmitidas em “*streaming*” a partir da Internet (Acórdãos TV CATCHUP I de 17.03.2013 e TV CATCHUP II de 01.03.2017);
- h) música ouvida em ginásios e estabelecimentos de reabilitação física (Acórdão REHA de 31.05.2016);
- j) mais recentemente, obras colocadas à disposição do público na internet por terceiros, em sítios ou páginas eletrónicas que só se conseguem localizar graças à atividade de motores de busca ou de operadores de acesso à internet (Acórdãos SVENSSON de 13.02.2014, GS MEDIA de 08.09.2016, FILMSPELER de 26.04.2017, ZIGGO de 14.07.2017 BV).

- O **critério da identidade** do utilizador é relevante quando um utilizador intervém no ato de comunicação de uma emissão de rádio ou TV para permitir o acesso por parte do público diversificado, sem o qual os clientes não poderiam disfrutar da obra radiodifundida.
- O **critério da existência de público** exclui um número insignificante mas considera os públicos cumulativos e potenciais e abrange locais privados como os quartos de um hotel
- A comunicação deve ser estabelecida à distância para um público não presente no local de origem (**comunicação ao público** como evolução do conceito de **comunicação pública**);
- As **finalidades lucrativas** não são decisivas mas não são irrelevantes – a transmissão repercute-se na frequência do estabelecimento, e, no final, nos seus resultados económicos (Acórdão SGAE).
- o critério mais utilizado (e também o mais controverso) é do “**novo público**”: um público diferente do visado pelos autores das obras protegidas quando concedem licença para uso (radiodifusão). O TJUE liga o conceito de “novo público” ao conceito de “audiência potencial)”
- O critério de um **organismo diferente do de origem** é mais correto à luz de Tratados Internacionais

• A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS PORTUGUESES

- Podem classificar-se em três tipos de decisões, que correspondem também, a uma evolução ao longo do tempo, da primeira para a terceira tipologia:
 - **1ª fase:** só considera comunicação ao público a colocação de televisões em quartos de hotel;
 - Acórdãos de 2011 e 2013 (TRL) 2012 (TRP) 2013(TRG) 2015, 2016, 2017 (TRC) até Ac. 28.06.2017;
 - Acórdão Uniformizador de Jurisprudência STJ n.º 15/2013 de 13.11.2013 exige uma nova utilização criativa ou espetacular das obras transmitidas em estabelecimentos de restauração, caso contrário será “mera receção”. Nos hotéis considera “receção multiplicada” como serviço extra do hotel e forma de reutilização para além da amplificação exponencial do sinal radiodifundido.
 - Assenta no ensinamento do Professor José Oliveira Ascensão que considera a receção pública ou em lugar público como incluída na autorização concedida pelos titulares de direitos à radiodifusão.

- **2.ª fase:** só se considera comunicação ao público em estabelecimentos que utilizem colunas de som ou altifalantes:
 - Pareceres PGR n.º 4/1992 de 28.05.1992 homologado em 22.07.1993, de 07.10. 1993 e de 19.03.2002. *“Por um lado, as emissões de radiodifusão destinam-se ao público em geral - e não apenas a quem as capte em privado, no meio familiar -, pelo que não faz sentido afirmar ser novo o público que as recebe num restaurante, café, hotel, pensão ou estabelecimento similar. Por outro, não é forçoso concluir que os empresários dos referidos estabelecimentos captam as emissões radiodifundidas com intenção de um auditório ou de obtenção de lucros.” (...)* *“Só quando se trate da receção de emissões de radiodifusão que, pelo recurso a processos técnicos diversos dos normais recetores, envolvam atividade de transmissão, ou seja, uma nova utilização ou aproveitamento das obras literárias ou artísticas organizados, nomeadamente nos casos de oferecimento de um espetáculo ou divertimento público nos termos dos artigos 3.º e 4.º do Decreto-Lei n.º 42660 e do § 2.º do artigo 39.º do Decreto n.º 42661, é que a lei exige para o efeito a autorização dos seus autores.”*
 - Ac. 08.03.1995 e 27.11.2014 (TRP); 2004, 2007, 2011 e 2017(TRG); 2002 e 2007 (TRL) e 2017(TRE) – considera que o Despacho TJUE de 14.07.2015 (SPA v Douros Bar) só se aplica quando sejam usadas colunas ou altifalantes;
- **3.ª fase:** decisões que exigem a obtenção de licença junto dos titulares de direitos, mesmo sem uso de altifalantes ou colunas:
 - Normalmente precedidas de decisões de suspensão de execução proferidas em providências cautelares;
 - Aplicação indistinta do n.º 2 e n.º 3 do art.º 184.º CDADC (na versão anterior à atual);
 - Aplicação indistinta a produtores de fonogramas e a produtores de videogramas (2013, TRL);
 - Condenação dos Hotéis e estabelecimentos de restauração em indemnização em função da tabela que seria aplicável em caso de licenciamento e decisão concreta sobre o tarifário (2014, 2015 e 2016) algumas das quais excluem a intenção (dolo) 2013, 2014, 2015(TRC) e 2013 e 2016(TRE) que faz cessar o crime com o pagamento, considerando importante o resultado que garante a remuneração ao autor. Assim, quando ainda não é devido porque pendem negociações, arguido não cumpre por não lhe ser exigível uma determinada forma. O sentido global da ação do arguido não integra a ilicitude do tipo e, sendo exigível ilicitude não se verifica tipicidade.
 - CONTRA 2011(TRC) 2018 (TRE) considerando que não se trata de um crime de resultado mas sim de um crime formal ou de mera atividade : o agente ao atuar conforme descrito no tipo coloca em causa as faculdades patrimoniais pertencentes ao autor e titular de direitos conexos independentemente de qualquer resultado.
 - A previsão do crime como de mera atividade justifica-se pela impossibilidade prática de comprovar o prejuízo.

- **PRINCÍPIO DO PRIMADO DO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA**

- Tribunais decretam providência cautelar de suspensão de execução de videogramas enquanto não se mostrar obtida a necessária licença e TRL confirma desde 2013;
- Invocam os Acórdãos do TJUE *SGAE, ORGANISMOS* e *PP IRELAND* e *SPA versus DOUROS BAR*
- Reiteram que não se justifica tratar diferentemente videogramas e fonogramas;
- Deferem pedidos de condenação em sanção pecuniária compulsória;
- Apreciam concretamente os tarifários aplicáveis e/ou condenam os réus no pagamento;
- Restabelecem o direito de comunicação ao público nos estabelecimentos comerciais: 2016, 2018 (TRL), 2017(TRG) e 2017(TRC) **derrogando expressamente o Acórdão 15/2013 do STJ.**
 - Os autores (e demais titulares de direitos conexos) ao autorizarem a radiodifusão, só tomam em consideração os detentores de aparelhos de TV que individualmente ou na sua esfera privada ou familiar recebem o sinal e veem as emissões. (Guia da Convenção de Berna) ;
 - Intervenção do Dono do Estabelecimento é deliberada e essencial à receção das emissões.
 - Não se trata de um meio técnico para garantir ou melhorar a transmissão de origem na zona.
 - O carácter lucrativo da comunicação não é irrelevante.

