

<u>Acórdãos TRL</u>	Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa
Processo: Relator: Descritores:	1287/08.6TJLSB.LI-2 JORGE LEAL FONOGRAMA RADIODIFUSÃO SONORA DIREITOS DE AUTOR REMUNERAÇÃO EQUITATIVA DIREITOS CONEXOS DIRECTIVA COMUNITÁRIA
N° do Documento: Data do Acórdão: Votação: Texto Integral:	RL 14-03-2013 UNANIMIDADE S
Meio Processual: Decisão:	APELAÇÃO PARCIAL PROCEDÊNCIA
Sumário:	<p>I - Na fixação da remuneração equitativa devida aos titulares de direitos conexos pela radiodifusão de fonogramas começará por se ter em atenção os valores que cada uma das partes indicou como satisfatórios, depois atender-se-á aos valores que as partes já praticaram entre si e com terceiros e, finalmente, atentar-se-á nos restantes aspetos relevantes, para se concluir pela solução tida como equilibrada e razoável.</p> <p>II – Tendo a A., titular da exploração de uma estação de rádio informativa, pago nos anos de 1995 a 2004, a título de remuneração dos titulares de direitos conexos, pela emissão radiofónica de fonogramas, o valor anual de € 17 956,72, e tendo pago à representante dos titulares de direitos de autor, nos anos de 2008 a 2012, a título de remuneração dos respectivos direitos, sucessivamente a remuneração anual de € 30 000,00, € 33 000,00, € 36 000,00 e € 40 000,00, afixa-se equitativa a fixação, efetuada pelo tribunal <i>a quo</i>, da remuneração devida aos titulares de direitos conexos, para os anos de 2005 a 2012, dos valores anuais de € 24 000,00, € 27 000,00, € 30 000,00, € 33 000,00, € 36 000,00 e € 40 000,00.</p> <p>III - A fixação da remuneração por via judicial deverá, no que diz respeito ao futuro, ser limitada no tempo, a fim de garantir alguma correspondência com as circunstâncias que determinaram o seu apuramento.</p> <p>IV – Traduzindo as verbas fixadas para cada um dos anos de 2006 a 2012 aumentos médios anuais de 7,67%, ou seja, um excesso de 5,58 pontos em relação à taxa média de variação no índice de preços no consumidor nos anos de 2005 a 2011, é razoável manter esse padrão de atualização na fixação das remunerações devidas nos anos subsequentes a 2012, até 2017, inclusive.</p> <p>(Sumário do Relator)</p>
Decisão Texto Parcial:	
Decisão Texto Integral:	<p>Acordam os juízes no Tribunal da Relação de Lisboa</p> <p><u>RELATÓRIO</u></p> <p>Em 09.4.2008 “A” – <u>Produções e Publicidade, S.A.</u>, propôs nos Juízos Cíveis de Lisboa ação declarativa constitutiva, com consignação em depósito, sob a forma de processo sumário, contra <u>Audiogest – Associação para a Gestão e Distribuição de Direitos,</u></p>

AFI – Associação Fonográfica Independente, AFP – Associação Fonográfica Portuguesa e GDA – Cooperativa de Gestão dos Direitos dos Artistas Intérpretes ou Executantes, CRL.

A A. alegou, em síntese, o seguinte: A A. é uma sociedade que tem por objeto a produção de programas de radiodifusão ou outros, e ainda a exploração e produção de produtos publicitários em qualquer meio ou suporte. No exercício da sua atividade a A. explora a rádio denominada “B”, relativamente à qual detém a concessão da exploração publicitária. A GDA é uma cooperativa que representa os artistas, intérpretes e executantes. As RR. Audiogest, AFI e AFP são associações que representam os produtores de fonogramas, representando empresas que concentram mais de 90% dos fonogramas editados comercialmente em Portugal. Os fonogramas editados comercialmente podem ser livremente utilizados por qualquer forma de comunicação pública, sem dependência de autorização dos artistas, intérpretes ou executantes e/ou dos produtores de fonogramas. Porém, estes, titulares dos chamados “direitos conexos”, têm direito a uma remuneração equitativa. A A., por meio da “B”, apenas emite música que está editada comercialmente, pelo que pode radiodifundi-la sem necessidade de autorização. Contudo, deve pagar uma remuneração equitativa. Em 20.12.1994, as RR. AFP e AFI celebraram com a A. um contrato nos termos do qual a A. ficou a pagar, a título de remuneração dos titulares dos direitos conexos representados pelas RR., a verba mensal de Esc. 300 000\$00, entretanto convertida para € 1 496,39. Por meio de carta datada de 28.9.2004 a AFP e a AFI denunciaram o contrato acima mencionado, com efeitos reportados a 31.12.2004 e passaram, agora também com a intervenção da Audiogest, a exigir montantes absurdos como contrapartida da radiodifusão dos fonogramas que integram o seu repertório. Por isso a A. vê-se forçada a vir a juízo para obter a fixação daquilo que seja a remuneração equitativa devida aos titulares de direitos conexos pela utilização das respetivas prestações e efetuar o depósito dessa remuneração e correspondente exoneração do pagamento.

A A. terminou pedindo que se fixasse em € 498,79 o valor da remuneração equitativa, a liquidar mensalmente pela A. às entidades de gestão coletiva de direitos conexos, como contrapartida da radiodifusão, na “B”, dos fonogramas editados comercialmente e que integrassem os “repertórios” representados por aquelas entidades ou, quando assim se não entendesse, se o tribunal optasse por diferente critério, que tivesse em conta os elementos apresentados pela A. para o efeito; cumulativamente, pediu que fosse declarada a eficácia liberatória dos depósitos judiciais autónomos da quantia de € 20 949,18, aqui operados pela A., bem como a extinção da obrigação de pagamento de uma retribuição equitativa aos titulares de direitos conexos sobre os fonogramas radiodifundidos pela A. nos anos de 2005, 2006 e 2007, e no primeiro semestre de 2008, devendo também ser declarada a

eficácia liberatória dos eventuais depósitos que a A. viesse a fazer na pendência da presente ação; caso o tribunal pretendesse seguir diferente critério para fixação do valor da remuneração equitativa, a A. requereu que os depósitos judiciais autónomos da quantia de € 20 949,18, e do mais que fosse depositado pela A. na pendência da ação, fosse imputado ao pagamento de tal remuneração, com a correspondente atribuição e declaração de eficácia liberatória.

A Ré Audiogest – Associação para a Gestão e Distribuição de Direitos apresentou contestação e deduziu reconvenção. Na contestação arguiu a exceção de incompatibilidade da cumulação de pedidos e de coligação das rés, concluindo pela absolvição das rés da instância, e bem assim pugnou pela improcedência dos pedidos, uma vez que as rés não deram à autora qualquer autorização para utilizar através da difusão ou por qualquer outra forma os fonogramas cujos direitos estão na titularidade dos seus associados. Em reconvenção, para o caso de se não entender como defendido na contestação, a R. pediu que a remuneração fosse fixada nos termos por si indicados, cujo quantitativo deveria ser determinado em execução de sentença.

A Ré Associação Fonográfica Portuguesa declarou aderir à contestação apresentada pela Audiogest.

A Ré GDA – Cooperativa de Gestão dos Direitos dos Artistas Intérpretes ou Executantes, CRL, apresentou contestação e reconvenção em termos idênticos aos formulados pela Ré Audiogest.

Por se desconhecer o seu paradeiro, a Ré AFI – Associação Fonográfica Independente foi citada editalmente e, depois, na **pessoa** do magistrado do Ministério Público, nos termos e para os efeitos previstos no art.º 15.º do CPC, não tendo apresentado contestação.

A Autora apresentou resposta, na qual concluiu pela improcedência das exceções deduzidas pelas RR. e das reconvenções.

Face ao valor das reconvenções o processo assumiu a forma ordinária, tendo sido remetido à distribuição pelas Varas Cíveis de Lisboa.

Respondendo a convite do tribunal, a Autora e a Ré Audiogest apresentaram, respetivamente, petição inicial e contestação aperfeiçoadas, concretizando alguns aspetos indicados pelo tribunal, sem reflexo nas respetivas conclusões.

Foi proferido despacho saneador no qual se admitiu as reconvenções e julgou-se improcedente a exceção de incompatibilidade de cumulação de pedidos e da coligação de réus. Procedeu-se à seleção da matéria de facto assente e controvertida. Realizou-se audiência de discussão e julgamento, com gravação dos depoimentos prestados, e a final foi proferida decisão sobre a matéria de facto.

Em 10.9.2012 foi proferida sentença, cujo dispositivo se transcreve: *“Por todo o exposto, (...) decido:*

5.1 – julgar improcedente a exceção perentória deduzida pelas rés Audiogest, AFP e GDA, consistente na ausência de autorização por parte delas à autora, para a utilização, por esta, através de difusão ou por qualquer outra forma, de fonogramas cujos direitos estão na titularidade dos associados daquelas;

5.2 – fixar, com vista à divisão pelas rés nos termos estabelecidos na parte final do n.º 3 do art. 184.º do CDADC, a seguinte remuneração equitativa a pagar pela autora a título de contrapartida pela radiodifusão de fonogramas de representados daquelas:

5.2.1 – com referência ao ano de 2005, a quantia de € 24.000,00;

5.2.2 – com referência aos anos de 2006 e 2007, a quantia de € 27.000,00, por cada ano;

5.2.3 – com referência aos anos de 2008 e 2009, a quantia de € 30.000,00, por cada ano;

5.2.4 – com referência ao ano de 2010, a quantia de € 33.000,00;

5.2.5 – com referência ao ano de 2011, a quantia de € 36.000,00;

5.2.6 – com referência ao ano de 2012, a quantia de € 40.000,00;

5.3 – fixar, para cada um dos anos posteriores a 2012, uma remuneração equitativa equivalente a 1,5% das receitas de publicidade auferidas pela autora, decorrentes da exploração da rádio “B”.

Mais decido:

5.4 – que no caso do valor anual apurado, correspondente a 1,5% das receitas de publicidade em 5.3, ficar aquém de € 40.000,00, será este o valor da remuneração, anual, acrescido de uma percentagem correspondente ao valor da inflação fixado pelo INE, referente ao ano transato;

5.5 – que o pagamento da remuneração correspondente a cada ano será efetuado em doze prestações mensais, cada uma até ao fim do mês seguinte àquele a que o cálculo respeita, com base nos montantes arrecadados do mês anterior, devendo proceder-se ao acerto de contas até ao final do segundo mês do ano seguinte;

5.6 – autorizar o levantamento, pelas rés, sempre em conformidade com o estatuído na parte final do n.º 3 do art. 184.º do CDADC, das quantias depositadas pela autora à ordem dos presentes autos, as quais serão imputadas ao pagamento das remunerações referentes aos anos de 2005 e 2006;

5.7 – julgar prejudicado o conhecimento das reconvenções deduzidas pelas rés Audiogest, AFP e GDA, contra a autora.

As custas da ação são a cargo da autora, na proporção de 50%, e a cargo de cada uma das rés na proporção de 12,5%.

Cada uma das rés Audiogest, AFP e GDA pagará as custas da reconvenção por si deduzida contra a autora.”

Tanto a Autora como as Rés Audiogest e GDA apelaram da sentença.

A Autora apresentou motivação, na qual rematou com as seguintes conclusões:

(DES)NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO DAS RECORRIDAS

PARA A RADIODIFUSÃO DE FONOGRAMAS

1ª A sentença impugnada decidiu que a Recorrente precisa de autorização prévia das Recorridas para radiodifundir fonogramas musicais “na antena” da “B”, justificando-o da seguinte forma: *"No entanto, tal como referem Pinto Monteiro e Menezes Cordeiro nos pareceres jurídicos cujas cópias constam dos autos a fls. 196 a 268 e 1563 a 1649, a posição de Oliveira Ascensão não é de sustentar. Na verdade, conforme concluem Pinto Monteiro e Menezes Cordeiro nos referidos pareceres, as autorizações previstas nos n.ºs 1 e 2 do art. 184.º do CDADC são sempre necessárias. Só depois de dadas as autorizações a que tais preceitos se referem é que se deve "partir" para a ponderação da remuneração equitativa."*

No entanto,

2ª Diz-nos o n.º 1 do art. 158.º do CPC que as decisões judiciais são sempre fundamentadas, acrescentando em seguida o n.º 2 que *"A justificação não pode consistir na simples adesão aos fundamentos alegados no requerimento ou na oposição"*.

Ora,

3ª Esta parte da sentença, ao decidir por mera adesão a pareceres jurídicos obtidos por uma das partes, incorreu assim na nulidade prevista na alínea b) do n.º 1 do art. 668.º do CPC, uma vez que não especifica os fundamentos de direito que a justificaram, nulidade que aqui expressamente se invoca.

4ª Para além disso, e com o devido respeito, está errado o entendimento que foi acolhido na sentença aqui em crise já que a Recorrente não precisa de autorização prévia para radiodifundir fonogramas musicais que tenham sido editados comercialmente, como sucede com os que “passa” na “B”.

Com efeito,

5ª Dispõe o n.º 3 do art. 184.º do CDADC que *"Quando um fonograma ou videograma editado comercialmente, ou uma reprodução dos mesmos, for utilizado por qualquer forma de comunicação pública, o utilizador pagará ao produtor e aos artistas intérpretes ou executantes uma remuneração equitativa,..."*

Assim,

6ª Os titulares de direitos conexos sobre a obra editada comercialmente não podem opor-se nem impedir a radiodifusão, tendo apenas direito a uma remuneração equitativa.

7ª A interpretação preconizada pelas Recorridas e que o Tribunal *a quo* erradamente acolheu transforma o n.º 3 do art. 184.º do CDADC numa norma redundante e sem qualquer efeito útil: se a radiodifusão de fonogramas musicais editados comercialmente estivesse sujeita a autorização prévia, então a lei não teria de prever que fosse devida uma remuneração equitativa em contrapartida de tal radiodifusão.

8ª Isto mesmo foi reconhecido pelo Ministério Público, pelo Tribunal de Instrução Criminal de Lisboa e pelo Tribunal da Relação de Lisboa, em decisões já devidamente documentadas nos autos, tiradas no fracassado processo-crime intentado pela

Recorrida Audiogest contra os administradores da Recorrente.
9ª A interpretação acolhida na sentença está assim vedada pelo preceituado no nº 3 do art. 9º do Código Civil, segundo o qual *“Na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados”*.

10ª Impõe-se assim alterar a sentença recorrida logo nesta parte, reconhecendo-se que o nº 3 do art. 184º do CDADC dispensa de autorização dos titulares de direitos conexos a radiodifusão de fonogramas já editados comercialmente, e declarando-se que a Recorrente não incorreu nem incorre na prática de nenhum ilícito ao radiodifundir os fonogramas sem a mencionada autorização.

A REMUNERAÇÃO FIXADA PELO TRIBUNAL – FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO

11ª A sentença recorrida volta a incorrer em nulidade por falta de fundamentação ao fixar a remuneração devida pela Recorrente aos titulares de direitos conexos em contrapartida da radiodifusão de fonogramas musicais na “B”.

12ª A este respeito a sentença recorrida diz apenas que *“temos para nós que a remuneração equitativa a pagar pela autora a título de contrapartida pela radiodifusão de fonogramas de associados das rés, entre 1 de Janeiro de 2005 e 31 de Dezembro de 2012, deve ser fixada tendo como referencial os valores pagos e a pagar pela autora à SPA nos anos de 2008 a 2012, a título de remuneração aos titulares de direitos de autores sobre fonogramas”*.

13ª Mas nada é depois dito para justificar a utilização dos direitos de autor como referencial, nem para explicar o modo como tal referencial é em concreto utilizado.

Do mesmo modo,

14ª Nenhuma justificação ou explicação é avançada para a igualdade promovida pela sentença recorrida entre a remuneração paga aos titulares de direitos de autor e a remuneração paga aos titulares de direitos conexos com referência ao período compreendido entre 2005 e 2012.

15ª Tal como nenhuma fundamentação nos é dada para justificar a percentagem de 1,5% sobre as receitas de publicidade da “B” para a remuneração a pagar aos titulares de direitos conexos nos anos seguintes a 2012.

16ª Esta ausência de fundamentação viola uma vez mais o disposto no nº 1 do art 158º do CPC e volta a ser sancionada com a nulidade prevista na alínea b) do nº 1 do art. 668º do CPC, nulidade que se deixa aqui expressamente invocada e que obriga também à revogação da sentença.

A REMUNERAÇÃO FIXADA PELO TRIBUNAL PARA OS ANOS DE 2005 A 2012 - A ERRADA EQUIPARAÇÃO AOS DIREITOS DE AUTOR

17ª Sem prescindir quanto à arguida nulidade por falta de fundamentação, importa também rejeitar a equiparação que a sentença recorrida promove (sem justificar, insiste-se) entre os

direitos de autor e os direitos conexos, ao pretender igualar a remuneração paga aos titulares de um e outro direito.

Na verdade,

18ª Contrariamente à prestação do autor, que se revela originalmente criativa e, como tal, insubstituível, as prestações dos titulares de direitos conexos são passíveis de substituição.

19ª É incontornável que os direitos de autor possuem reconhecidamente maior intensidade do que os direitos conexos, sendo por consequência mais valorizados do que estes.

Assim,

20ª Andou mal o Tribunal *a quo* ao pretender igualar a remuneração paga aos titulares de direitos conexos à remuneração paga aos titulares de direitos de autor.

21ª Tal equiparação não tem apoio naquilo que é a realidade, não se mostrando, por conseguinte, equitativa: a sentença recorrida está, pois, em frontal oposição ao comando legal do nº 3 do art. 184º do CDADC, impondo-se naturalmente a sua revogação.

A REMUNERAÇÃO FIXADA PELO TRIBUNAL PARA OS ANOS POSTERIORES A 2012 - REJEIÇÃO DA APLICAÇÃO DE UMA PERCENTAGEM SOBRE AS RECEITAS DA PUBLICIDADE

22ª Ficou provado em julgamento que a música dá um contributo nulo para as audiências e para as receitas publicitárias da “B”.

Com efeito,

23ª A “B” é uma rádio temática informativa e é na qualidade da sua informação - e não na música que "passa" - que se apoiam tanto a sua audiência como as inerentes receitas publicitárias.

Aliás,

24ª A Recorrente está contratualmente obrigada a que as obras musicais por si difundidas não ultrapassem 25% da sua programação, em virtude do acordo celebrado com a SPA para remuneração dos titulares de direitos de autor.

25ª As horas da “B” com maior incidência de radiodifusão de fonogramas musicais (durante a noite e durante as tardes de domingo) são precisamente as de menor audiência e por isso as de menor retorno publicitário para a Recorrente.

26ª Nessa medida, não faz sentido, nem é equitativo, fazer depender a remuneração dos titulares de direitos conexos de um factor (receitas de publicidade) ao qual eles são rigorosamente alheios.

27ª Termos em que também não se pode manter a sentença impugnada na parte em que determinou que a remuneração equitativa dos titulares de direitos conexos para os anos posteriores a 2012 resultasse da aplicação de uma percentagem sobre as receitas de publicidade da “B”.

A REMUNERAÇÃO FIXADA PELO TRIBUNAL PARA OS ANOS POSTERIORES A 2012 - REJEIÇÃO DA PERCENTAGEM DE 1,5%

28ª Sem conceder quanto à recusa de uma percentagem sobre as receitas de publicidade, sempre se dirá que é absolutamente

excessiva a percentagem de 1,5% decidida pelo Tribunal *a quo* para os anos posteriores a 2012.

29ª Transpondo para a parte das receitas de publicidade da “B” que se pode conceber ter alguma relação com a música (3% das receitas totais da estação) a percentagem de 2,5% aplicada às rádios “generalistas”, apuramos para a “B” uma percentagem de 0,075% sobre as receitas de publicidade,

30ª Devendo ainda consignar-se claramente que uma eventual percentagem só pode incidir sobre receitas líquidas, depois de devidamente deduzidos os custos de estrutura (bem mais elevados numa rádio informativa do que numa rádio “de música”) e as receitas provenientes de permutas, de publicidade a empresas do mesmo grupo e da produção de *spots* publicitários.

31ª Ficam assim bem evidentes a desproporção e a iniquidade dos 1,5% preconizados pela 1ª Instância, os quais não têm nem fundamento nem justificação (de resto, o Tribunal *a quo* não avança nenhuma...)

32ª Voltou por conseguinte a 1ª Instância a extravasar do limite imposto pelo nº 3 do art. 184º do CDADC pelo que por mais esta razão não pode a sentença recorrida subsistir.

A CORRECTA E ADEQUADA FIXAÇÃO DA REMUNERAÇÃO EQUITATIVA

33ª Resulta de tudo quanto se expôs que a remuneração dos titulares de direitos conexos pelos fonogramas radiodifundidos na “B” deve corresponder a uma verba fixa.

34ª Nos termos do contrato que vigorou até Dezembro de 2004 as partes, em total liberdade, aceitaram que a Recorrente pagasse sempre, durante 10 anos, o valor mensal de 1.496,39€ para remunerar os titulares de direitos conexos.

35ª Esta verba foi fixada tendo inicialmente em vista a utilização dos repertórios musicais por três canais de rádio, “C”, “D” e “B”, sendo que ainda por cima os dois primeiros eram canais de rádio ditos “de música” ou “generalistas”.

36ª Este valor, que as partes livremente consideraram como equitativo durante 10 anos, deve ser tomado como referência na fixação da remuneração dos anos posteriores a 2004.

37ª Se as partes consideraram justo e equitativo 1.496,39€ para remunerar três canais de rádio, então 1/3, ou seja, 498,79€, há de ser justo e equitativo para remunerar um só canal como a “B”, compensando-se a possível actualização monetária desde 2004 com o facto de a “B” ser o canal que menos música difundia dos três referidos na conclusão 35ª.

38ª Deve, pois, fixar-se em 498,79€ (quatrocentos e noventa e oito euros e setenta e nove cêntimos) por mês o valor da remuneração equitativa a pagar pela Recorrente às entidades de gestão **colectiva** de direitos conexos, como contrapartida da radiodifusão, na “B”, dos fonogramas editados comercialmente e que integrem os “repertórios” representados por aquelas entidades, o que aqui expressamente se requer.

39ª Caso o Tribunal entenda não seguir o critério acima exposto, o que apenas por dever de patrocínio se concede, e pretenda ele próprio definir um critério para apurar qual seja a remuneração equitativa devida por força da previsão do nº 3 do art. 184º do CDADC, então, serão dados relevantes para fixação da retribuição (i) o conteúdo da programação da rádio (“B”) explorada pela Recorrente, (ii) o valor pago pela Recorrente a título de direitos de autor à SPA, (iii) o valor pago pela Recorrente a título de direitos conexos nos termos do último contrato que esteve em vigor nesta matéria, e (iv) o peso das horas em que a “B” emite música na formação das receitas publicitárias geradas pela estação e auferidas pela Recorrente.

40ª Em qualquer caso, deve a remuneração equitativa a liquidar aos titulares de direitos conexos continuar a revestir a natureza de valor fixo, desligado das receitas de publicidade auferidas pela Recorrente.

Quando assim não se entenda, e sem conceder,

41ª Caso o Tribunal opte por uma percentagem sobre as receitas da publicidade, então tal percentagem deverá ser de 0,075% sobre as receitas líquidas decorrentes da publicidade da “B”.

AS NORMAS JURÍDICAS VIOLADAS

42ª A sentença recorrida não valorou devidamente os factos, acabando por violar o disposto no art. 158º e na alínea b) do nº 1 do art. 668º do CPC, no art. 9º do CC e no nº 3 do art. 184º do CDADC.

Nestes termos,

Deve ser concedido provimento ao presente recurso,

a) Declarando-se a nulidade da sentença;

E, em qualquer caso,

b) Revogando-se a sentença e fixando-se em 498,79€ (quatrocentos e noventa e oito euros e setenta e nove cêntimos) mensais a remuneração equitativa a pagar pela Recorrente aos titulares de direitos conexos em contrapartida da radiodifusão de fonogramas musicais na “B”.

Quando assim não se entenda,

c) Deve a remuneração equitativa a liquidar aos titulares de direitos conexos continuar a revestir a natureza de valor fixo, desligado das receitas de publicidade auferidas pela Recorrente;

d) Caso se opte por uma percentagem sobre as receitas de publicidade, o que só por hipótese de raciocínio se admite, então tal percentagem deverá ser de 0,075% sobre as receitas líquidas decorrentes da publicidade.

Por sua vez, as apelantes Audiogest e GDA terminaram as suas alegações com as seguintes conclusões:

i) Apesar de não concordarem com a decisão relativa ao abuso de direito, as Rés e ora Apelantes não recorrem da mesma por não terem interesse, nesta altura, em proibir a Autora e ora Apelada de radiodifundir fonogramas que efectivamente já radiodifundiram entre 2005 e o presente ano, e também por quererem estabelecer,

pela primeira vez e com recurso à via judicial, a remuneração equitativa em virtude de utilização dos fonogramas dos representados das Rés, o que não querem ver prejudicado, nos presentes autos, apesar de haver uma decisão em sentido favorável à existência de um direito exclusivo, que apenas é prejudicada por segundo o Tribunal a quo haver abuso de direito por parte das Rés, o que não é verdade, como se explica;

ii) O Tribunal a quo foi da opinião, em nosso entender bem, que as autorizações previstas nos números 1 e 2 do artigo 184º do CDADC, são sempre necessárias, e que só depois de dadas as autorizações é que se *"deve partir para a ponderação da remuneração equitativa"*;

iii) Julgando ainda que a radiodifusão não autorizada é ilícita, não podendo essa falta de autorização ser legitimada por qualquer remuneração, pois que se assim não fosse, não haveria qualquer protecção para o fonograma no caso deste poder ser pura e simplesmente radiodifundido.

iv) Tendo sido dado como provado pelo Tribunal a quo que o contrato que autorizava a Autora a emitir os fonogramas dos Representados das Rés foi denunciado em 28 de Setembro de 2004, para produzir efeitos a partir de 31 de Dezembro de 2004 e que, a partir de 31 de Dezembro de 2004 a Autora deixou de estar autorizada a radiodifundir os fonogramas a que se vem fazendo referência;

v) Decidiu bem o Tribunal a quo quando conclui que: *"Assiste, por isso, inteira razão às rés contestantes na afirmação de que a autora não dispõe de autorização para a radiodifusão de fonogramas de representados seus."*;

vi) Não tem razão o tribunal a quo quando refere que *"Não consta que entre 1 de Janeiro de 2005 e 19 de Maio de 2008 (data em que entrou em juízo a contestação da Audiogest) alguma das rés tenha reagido contra a circunstância da autora ter continuado a utilizar o repertório fonográfico de representados seus, nos moldes em que o fazia até então, sem autorização de qualquer uma delas. (...) as rés contestantes, ao invocarem a falta de autorização dada à Autora para radiodifundir fonogramas de associados daquelas, agem em abuso de direito"*;

vii) Apesar de não terem agido civilmente contra a Autora, as Rés agiram criminalmente contra esta, apresentando queixa crime contra os seus administradores pelo crime de **usurpação** previsto no artigo 197º do CDADC;

viii) Estes factos constam dos autos, tendo, até, sido referidos pela Autora na sua Réplica entregue em Tribunal em 25 de Março de 2010 (fls. 600 e sgts), e havendo até prova documental dessa queixa crime nos autos — fls. 625 e seguintes dos autos;

ix) As Rés tentaram reagir ao facto da Autora usar, sem autorização, os fonogramas dos representados daquelas, não existindo, assim, qualquer abuso de direito por parte das Rés;

x) Tem que ser dado como provado, que as Rés tudo fizeram,

assim, para impedir a emissão dos fonogramas dos seus representados sem autorização;

xi) Não obstante, como as Rés pretendem é que seja fixada uma remuneração equitativa, circunscrevem o seu recurso, apenas à fixação da remuneração equitativa;

xii) Decidiu o tribunal a quo que a remuneração equitativa a pagar pela Autor a título de contrapartida pela radiodifusão dos fonogramas dos associados das Rés, entre 1 de Janeiro de 2005 e 31 de Dezembro de 2012, deverá ser fixada tendo como referencial os valores pagos e a pagar pela Autora à SPA nos anos de 2008 a 2012, a título de direitos de Autores sobre fonogramas;

xii) Com vista à divisão pelas Rés, nos termos definidos na parte final do n.º 3 do CDADC, fixou o Tribunal a quo a remuneração equitativa a pagar pela Autora a título de contrapartida pela radiodifusão de fonogramas de associados das Rés, o seguinte:

Pelo ano de 2005 a quantia de € 24.000,00;

Pelos anos de 2006 e 2007 a quantia de € 27.000,00 por ano;

Pelos anos de 2008 e 2009 a quantia de € 308000,00 por ano;

Pelo ano de 2010 a quantia de € 33.000,00;

Pelo ano de 2011 a quantia de € 36.000,00;

Pelo ano de 2012 a quantia de € 40.000,00;

xiv) Para os anos posteriores a 2012, o Tribunal a quo decidiu fixar uma remuneração equitativa anual de 1,5% sobre as receitas de publicidade auferidas pela Autora, decorrentes da exploração da rádio “B”, sendo que no caso do valor anual apurado, correspondente a 1,5% das referidas receitas de publicidade, ficar aquém de 40.000,00, será este o valor a pagar pela Autora, acrescido de uma percentagem correspondente ao valor da inflação fixado pelo INE, referente ao ano transacto;

xv) Não entendem as Rés porque razão o Tribunal a quo dividiu a condenação da Autora em valores fixos (de 2005 a 2012) e em valores percentuais (a partir de 31 de Dezembro de 2012);

xvi) É inteiramente justo e equitativo que, para o passado — anos de 2005 a 2012 —, seja também fixada uma percentagem sobre as receitas de publicidade da Autora (seja ela 1,5% ou mais como adiante se exporá) como remuneração equitativa a pagar pela Autora às Rés;

xvii) Não poderá, é haver dois critérios para a mesma remuneração que deva ser equitativa, sendo inteiramente justo que apenas exista e seja fixado um critério percentual sobre as receitas de publicidade da Autora;

xviii) Embora a “B” seja procurada pelos seus ouvintes devido aos seus conteúdos informativos, o certo é que também é procurada pela qualidade da música que emite — o que foi afirmado por três das testemunhas ouvidas — “T1” ouvido na sessão de julgamento de dia 10 de Abril de 2012; “T2” ouvido na sessão de julgamento de dia 17 de Abril de 2012 e “T3” ouvido na sessão de julgamento de dia 26 de Abril de 2012;

xix) As Rés juntaram aos autos documentação que demonstra que

a Autora emite entre 30% a 40% de música diária, tendo provado que a “B” é uma rádio que não é só procurada pelos seus conteúdos informativos;

xx) A emissão de música pela “B”, bem como a qualidade desta, é um essencial contributo para as receitas de publicidade auferidas por esta e para os seus níveis de audiência, e é a combinação programática de música e informação que constitui a base de sucesso da estação;

xxi) Não é justo que a remuneração a arbitrar nos autos possa ser condicionada à remuneração a pagar pela Autora à SPA, uma vez que as Rés não participaram nem condicionaram tais acordos;

xxii) Não há na legislação portuguesa qualquer estratificação ou hierarquia definida entre direitos de autor e direitos conexos.

xxiii) A única norma do nosso sistema jurídico onde - por razões de óbvia necessidade - o legislador procedeu à divisão entre direitos de autor e direitos conexos de artistas e produtores, fê-lo da seguinte forma: 40% para Autores; 30% para Artistas, intérpretes ou executantes; 30% para produtores: Isto é 40% para os direitos de Autor e 60% para os direitos conexos;

xxiv) É a distribuição das remunerações provenientes da cobrança da remuneração devida pela cópia privada em relação a equipamentos e suportes que permitem a gravação de fonogramas e videogramas que incorporem obras e prestações, plasmado na alínea a) do n.º 2 do artigo 7.º da Lei 62/98 de 1 de Setembro, mantido em vigor pela Lei 50/2004, de 24 de Agosto que altera aquele diploma;

xxv) Nada no nosso ordenamento jurídico impede que a remuneração arbitrada seja superior à remuneração devida aos autores, havendo até fortes argumentos que o recomendam. Nestes termos, e nos melhores Direito que V. Exas. doutamente suprirão, deverá a dita sentença recorrida ser substituída por outra, que:

a) Condene a Autora a pagar às Rés, a título remuneração equitativa prevista no n.º 3 do artigo 184.º do CDADC, desde 2005 até 2013, a quantia correspondente à percentagem 5,5 % sobre as receitas de publicidade da Autora, conforme exposto no artigo 278º da contestação da Ré Audiogest;

Ainda que assim não se entenda? sem conceder,

b) Condene a Autora tal como na sentença, a pagar pelos anos de 2005 a 2012 (inclusive) uma retribuição de 1,5% sobre as suas receitas de publicidade, mantendo-se a partir dessa data, isto é de 1 de Janeiro de 2013 em diante tal como na sentença;

Ainda que assim não se entenda, sem conceder,

c) Condene a Autora, a pagar pelos anos de 2005 a 2012 uma retribuição de 1,5% sobre as suas receitas de publicidade e após 31 de Dezembro de 2012, tal como na sentença mas com a especificidade da remuneração ser progressiva a partir desta última data, aumentando em cada ano futuro.

Tanto a Autora como as RR. Audiogest e GDA contra-alegaram,

pugnando pela improcedência da apelação da contraparte. O tribunal *a quo* pronunciou-se pela inexistência de nulidades na sentença.

Foram colhidos os vistos legais.

FUNDAMENTAÇÃO

Por estarem interligadas, apreciar-se-á as duas apelações conjugadamente.

As questões suscitadas nos dois recursos são as seguintes: nulidades da sentença; necessidade de autorização das Rés para a A. utilizar fonogramas nas emissões da “B”; valor da remuneração equitativa devida pela A. aos titulares de direitos conexos representados pelas RR.

Primeira questão (nulidades da sentença)

A sentença é nula quando *“não especifique os fundamentos de facto e de direito que justificam a decisão”* (alínea b) do n.º 1 do art.º 668.º do CPC). Tal nulidade consubstancia violação do “dever de fundamentar a decisão” enunciado no n.º 1 do art.º 158.º do CPC (*“as decisões proferidas sobre qualquer pedido controvertido ou sobre alguma dúvida suscitada no processo são sempre fundamentadas”*) e consagrado na Constituição da República Portuguesa (*“as decisões dos tribunais que não sejam de mero expediente são fundamentadas na forma prevista na lei”* – art.º 205.º n.º 1). A necessária justificação da decisão não se basta com a *“simples adesão aos fundamentos alegados no requerimento ou na oposição”* (n.º 2 do art.º 158.º do CPC).

Especificamente sobre a sentença, diz o legislador que a mesma deve começar por identificar as partes e o objeto do litígio, fixando as questões que ao tribunal cumpre solucionar (n.º 1 do art.º 659.º do CPC). Seguir-se-ão os fundamentos, nos quais o juiz deverá *“discriminar os factos que considera provados e indicar, interpretar e aplicar as normas jurídicas correspondentes, concluindo pela decisão final”* (n.º 2 do art.º 659.º do CPC). Sendo certo que *“o juiz deve resolver todas as questões que as partes tenham submetido à sua apreciação, exceptuadas aquelas cuja decisão esteja prejudicada pela solução dada a outras”* (n.º 2 do art.º 660.º do CPC).

Analisando a sentença recorrida, não vislumbramos que padeça da imputada (pela apelante A.) nulidade de falta de fundamentação.

Na sentença o tribunal *a quo* indicou os factos que considerava provados e indicou as normas jurídicas que considerava relevantes, procedendo à sua interpretação, e emitindo a correspondente conclusão, atinente às questões suscitadas pelas partes. No que concerne à questão da desnecessidade de autorização prévia das RR. para que a A. pudesse proceder à radiodifusão de fonogramas, *vexata questio* que aparecia como pressuposto da pretensão de fixação potestativa de remuneração dessa utilização, o tribunal invocou os pareceres de dois ilustres jurisperitos, juntos aos autos pelas Rés, não só remetendo para o seu teor mas realçando também o que de essencial dali entende resultar (vide pág. 17), afirmando também a sua convicção que da conjugação dos

números 1, 2 e 3 do art.º 184.º do Código dos Direitos de Autor e Direitos Conexos (CDADC) resulta que a radiodifusão deve ser previamente autorizada e só então é que se deve “partir” para a ponderação da remuneração equitativa dessa utilização (vide páginas 17 e 18 da sentença). Mas mais, após concluir pela necessidade da dita autorização, o tribunal *a quo* passou a apreciar se, face ao caso concreto, a invocação, pelas RR., da falta de autorização, para obstar à procedência da pretensão da A., de fixação da remuneração equitativa devida pela radiodifusão dos fonogramas, não constituía abuso de direito. E a conclusão do tribunal foi a de que a oposição das RR. era abusiva, pelo que terminou por acolher a posição da A., julgando improcedente a dita oposição das RR. (“exceção perentória consistente na ausência de autorização por parte das Rés, à Autora, para a utilização, por esta, através de difusão ou por qualquer outra forma, de fonogramas cujos direitos estão na titularidade dos associados daquelas”) e fixando a remuneração tida por adequada à utilização dos fonogramas pela A..

Quanto à fixação da remuneração, também não vislumbramos que haja falta de fundamentação. Ao longo de quatro páginas o tribunal *a quo* enunciou os factos dados como provados que considerou serem relevantes para o efeito e, perante eles, indicou os valores que considerou ajustados para remunerar a utilização dos fonogramas nos anos de 2005 a 2012 e a forma de determinar essa remuneração para os anos seguintes. A eventual falta de capacidade de persuasão das partes pelo tribunal *a quo* não equivale a nulidade por falta de fundamentação.

Nesta parte, pois, improcede a apelação da A..

Segunda questão (necessidade de autorização das Rés para a A. utilizar fonogramas nas emissões da “B”)

Nestes autos a A. pediu que o tribunal fixasse o valor da remuneração equitativa devida mensalmente pela A. às RR., como contrapartida da radiodifusão, na “B”, dos fonogramas editados comercialmente e que integrassem os “repertórios” representados por aquelas e que fosse declarada a eficácia liberatória dos depósitos judiciais autónomos da quantia de € 20 949,18, operados pela A., bem como a extinção da obrigação de pagamento de uma retribuição equitativa aos titulares de direitos conexos sobre os fonogramas radiodifundidos pela A. nos anos de 2005, 2006 e 2007, e no primeiro semestre de 2008, devendo também ser declarada a eficácia liberatória dos eventuais depósitos que a A. viesse a fazer na pendência da presente ação.

As RR. opuseram-se a tal pretensão, alegando que não haviam dado à A. autorização para a radiodifusão dos fonogramas a que respeitavam os direitos conexos por elas representados, pelo que tal utilização, por ser ilícita, não dava origem à fixação de remuneração equitativa, mas sim a indemnização pelos danos sofridos pelas representadas pelas RR..

Ora, o tribunal, embora tenha expendido na sentença que a A. não

podia radiodifundir os mencionados fonogramas sem a prévia autorização das RR., considerou que no caso dos autos a invocação da falta de autorização por parte das RR. constituía abuso de direito, pelo que considerou a arguição da falta de autorização improcedente e conseqüentemente deu ganho de causa à A., aceitando proceder à fixação da remuneração correspondente à radiodifusão dos fonogramas e conferindo força liberatória aos depósitos feitos em consignação pela A. no âmbito da ação. Assim, a A. apenas se poderá considerar vencida na parte em que a remuneração fixada pelo tribunal excede o que era aceitável pela A.. Só nesse segmento da decisão a A. se pode considerar vencida e só nessa parte tem, pois, legitimidade para recorrer (art.º 680.º n.º 1 do CPC). Isto porque o desfavor ou gravame que funda o recurso afere-se por um critério prático, não teórico (neste sentido, v.g., Amâncio Ferreira, Manual dos recursos em processo civil, 8.ª edição, Almedina, pág. 136).

Acresce que as RR. aceitaram a improcedência da invocação da falta de autorização, conforme expressamente afirmaram na alegação do seu recurso, pelo que a única controvérsia que subsiste nos autos diz respeito ao *quantum* da remuneração devida pela A. a troco da radiodifusão dos fonogramas. Assim, ficou excluída a possibilidade de a A. pedir, ao abrigo do art.º 684.º-A do CPC, a ampliação do âmbito do recurso à questão da desnecessidade de autorização prévia.

Em suma, esta questão não pode ser apreciada, por falta de legitimidade da A. para a suscitar em recurso.

Terceira questão (valor da remuneração equitativa devida pela A. aos titulares de direitos conexos representados pelas RR.)

O tribunal *a quo* deu como provada, sem impugnação pelas partes, a seguinte

Matéria de facto

1 – A autora é uma sociedade que tem por objecto a produção de programas de radiodifusão ou outros, e ainda a exploração e produção de produtos publicitários em qualquer meio ou suporte – (A);

2 – No exercício da sua actividade, a A. explora a rádio informativa denominada “B”, relativamente à qual detém a concessão da exploração publicitária – (B);

3 – Em 20 de Dezembro de 1994, entre a autora, as rés AFP e AFI, e a SPA, foi realizado o acordo escrito cuja cópia consta de fls. 57 a 62 – (C);

4 – A cláusula 1ª desse acordo tem a seguinte redacção: «A AFP e a AFI representam os produtores fonográficos portugueses e os artistas intérpretes e executantes que cederam a estes os respectivos direitos relativamente às suas prestações incorporadas nos fonogramas por aqueles editados comercialmente» – (D);

5 – A cláusula 2ª do mesmo acordo tem a seguinte redacção: «A AFP e a AFI, agindo em nome e representação dos produtores fonográficos nelas associados bem como dos artistas intérpretes e

executantes referidos na cláusula 1ª estabeleceram com a SPA um protocolo nos termos do qual a esta compete gerir os Direitos Conexos que lhes são reconhecidos no artº 184º do Código dos Direitos de Autor e dos Direitos Conexos» – (E);

6 – A cláusula 3ª do mesmo acordo tem a seguinte redacção: «A EMISSORA é uma empresa que detém a concessão de exploração publicitária dos produtos radiofónicos designado por “B”, “C” e “D” (...)» – (F);

7 – A cláusula 4ª do mesmo acordo tem a seguinte redacção: «Nos termos do nº 3 do citado artº 184º é autorizado o contratante a difundir através da estação ou estações emissoras especificadas na cláusula anterior, os fonogramas editados comercialmente pelos produtores associados da AFP e AFI, compreendendo-se nesta autorização as prestações dos artistas que lhes cederam os respectivos direitos, fixadas nesses fonogramas» – (G);

8 – A cláusula 5ª do mesmo acordo tem a seguinte redacção: «1. A retribuição a que se refere o nº 3 do citado artº 184º e que representa a contrapartida da autorização concedida, é fixada em 2,5% das receitas efectivamente cobradas pela 2ª contratante, qualquer que seja a respectiva proveniência, em cada ano económico, nomeadamente a título de publicidade, aluguer das suas estações emissoras ou cedências de programas a entidades estranhas.

2. Contudo, a quantia resultante da aplicação da referida percentagem beneficiará de uma redução de 75%, 50% ou 25%, consoante a programação musical radiodifundida, incluindo “spots” publicitários, corresponda respectivamente a menos de 30%, 30 a 50% a 80% da programação total.

[Inexiste nº 3]

4. O pagamento referido na alínea anterior será efectuado mensalmente até ao fim do mês seguinte àquele a que o seu cálculo respeita, sendo baseado nos montantes arrecadados do mês anterior, devendo proceder-se ao acerto de contas no 1º mês do ano seguinte.

5. Para o ano de 1995, se o valor apurado for superior a Esc.

3.600.000\$00, será esta a quantia que a EMISSORA pagará à SOCIEDADE em prestações mensais de Esc. 300.000\$00 não se aplicando consequentemente nesse ano o disposto nas precedentes alíneas. Estas verbas serão revistas no último trimestre de 1995 para efeitos da sua aplicação em 1996» – (H);

9 – A cláusula 9ª do mesmo acordo tem a seguinte redacção: «O presente contrato terminará em 31 de Dezembro de 1995, renovando-se automaticamente por prazos sucessivos de um ano, se nenhuma das partes contratantes o denunciar mediante pré-aviso de três meses por carta registada aos outros contratantes» – (I);

10 – A quantia referida no ponto 5. da cláusula 5ª transcrita em 8., manteve-se durante toda a vigência do contrato – (J);

11 – A ré GDA, é uma cooperativa que representa os artistas intérpretes e executantes – (K);

12 – As rés Audiogest, AFI e AFP são associações que representam produtores de fonogramas – (L);

- 13 – No dia 28 de Setembro de 2004 a AFP enviou à autora, registada e com A/R, a carta cuja cópia se encontra a fls. 306, da qual consta, além do mais, o seguinte:**
«Assunto: Contrato de autorização de difusão de fonogramas editados comercialmente, celebrado entre a AFP e a AFI, a “A” – Produção e Publicidade, S.A. e a SPA em 20 de Dezembro de 1994 (...)
Nos termos e para os efeitos da respectiva cláusula 9ª vimos, pela presente, proceder à denúncia do Contrato celebrado entre a AFP e a AFI, a “A” – Produção e Publicidade, S.A. e a SPA em 20 de Dezembro de 1994, denúncia essa que produzirá os seus efeitos a partir de 31 de Dezembro de 2004.
Estamos ao dispor de V. Exas. para encetar negociações com vista à celebração de um novo contrato de autorização para a radiodifusão do repertório fonográfico das nossas associadas» – (M);
- 14 – A ré Audiogest sucedeu à ré AFP na representação de produtores de fonogramas – (N);**
- 15 – Após o dia 31 de Dezembro de 2004 a autora continuou a utilizar o repertório fonográfico das rés, nos moldes em que o fazia até então, sem autorização de qualquer uma das rés – (O);**
- 16 – (...) situação que ainda hoje se mantém – (P);**
- 17 – No dia 1 de Abril de 2008 a autora efectuou um depósito autónomo no montante de € 17.956,44, por conta da “retribuição equitativa devida aos titulares de direitos conexos” pela radiodifusão das respectivas prestações, relativamente aos anos de 2005, 2006 e 2007 – (Q);**
- 18 – (...) e um depósito autónomo no montante de € 2.992,74, por conta da “retribuição equitativa devida aos titulares de direitos conexos” pela radiodifusão das respectivas prestações, relativamente ao ano de 2008 – (R);**
- 19 – A “C” e a “D” eram serviços de rádio do tipo generalista – (S);**
- 20 – Entre os produtores de fonogramas representados pelas rés Audiogest, AFI e AFP, contam-se as quatro maiores empresas multinacionais do setor, EMI, Sony, Universal Music e Warner Music – (1º);**
- 21 – Em 2010 as empresas multinacionais referidas na resposta ao quesito 1º concentravam uma percentagem não superior a 56,75% dos fonogramas editados comercialmente em Portugal – (2º);**
- 22 – A autora, através da “B”, emite apenas música que está editada comercialmente – (3º);**
- 23 – Os níveis de audiência da “B” foram sempre superiores aos níveis de audiência das rádios “C” e “D” – (5º);**
- 24 – A partir de 1998 a autora passou a explorar apenas o serviço de rádio informativa, através da “B” – (6º);**
- 25 – A rádio “C” apenas emitia na área de Lisboa e a “D” apenas emitia na área do Porto – (7º);**
- 26 – Em 2000 a “B” era uma das rádios com maiores receitas de publicidade em Portugal – (8º);**
- 27 – Para remuneração dos titulares de direitos de autor sobre**

fonogramas:

- a) em 2008 e 2009, a autora pagou à SPA a quantia de € 30.000,00, por ano;**
- b) em 2010, a autora pagou à SPA a quantia de € 33.000,00;**
- c) em 2011, a autora pagou à SPA a quantia de € 36.000,00;**
- d) em 2012, a autora e a SPA acordaram no pagamento, por aquela a esta, da quantia de € 40.000,00 – (9°);**
- 28 – A SPA cobra às rádios ditas “generalistas” ou “de música”, percentagens sobre as receitas de publicidade na ordem dos 2,5% – (10°);**
- 29 – A “B” é uma rádio procurada pelos seus ouvintes, devido sobretudo aos conteúdos informativos que apresenta – (11°);**
- 30 – A radiodifusão de música por parte da “B” ocorre entre a emissão de conteúdos informativos ou editoriais – (12°);**
- 31 – A “B” acordou com a SPA que entre 2005 e 2010 as obras musicais por si difundidas não ultrapassariam 25% da sua programação – (13°);**
- 32 – Os períodos de maior difusão de música pela “B” ocorrem:**
 - a) diariamente, entre as 0 horas e as 6 horas;**
 - b) nas tardes de domingo em que não são transmitidos relatos de jogos de futebol – (14° e 15°);**
- 33 – Nos períodos referidos em a) e b) de 32., a difusão de música é intercalada com noticiários a cada meia hora – (16°);**
- 34 – Os períodos referidos em a) e b) de 32. são:**
 - a) os de menor audiência da “B”;**
 - b) aqueles em que a “B” auferir menores receitas publicitárias – (17° e 18°);**
- 35 – O valor das receitas publicitárias auferidas pela “B” no período referido na al. a) de 32., durante os anos de 2006 e 2007, representou entre 2,5 a 3% das receitas publicitárias por si auferidas em cada um desses anos, incluindo permutas, publicidade intra-grupo e valores faturados pela produção de “spots” publicitários – (19° a 21°);**
- 36 – Na semana de 14 a 20 de Janeiro de 2008, a grelha da “B” foi preenchida em cada dia útil entre as 7 horas e as 13 horas, com conteúdos informativos/editoriais – (22°);**
- 37 – (...) e entre as 13 horas e as 14 horas existiram diariamente dois períodos de difusão musical, com a duração de cerca de 10 minutos cada um – (23°);**
- 38 – (...) e entre as 14 horas e as 21 horas e 40 minutos de cada dia daquela semana foram retomados os conteúdos informativos/editoriais – (24°);**
- 39 – No dia de sábado daquela semana, a grelha da “B” foi preenchida com conteúdos informativos/editoriais entre as 9 horas e as 13 horas e 30 minutos – (25°);**
- 40 – (...) e entre as 15 horas e as 21 horas – (26°);**
- 41 – No dia de domingo da mesma semana, a grelha da “B” foi preenchida com conteúdos informativos/editoriais entre as 10 horas e as 13 horas e 30 minutos – (27°);**

42 – O custo de produção de um fonograma de um artista nacional representado pela Audiogest varia em razão:

- a) do nome do artista;
- b) da qualidade do fonograma, casos havendo em que esse custo é superior a € 50.000,00 – (28°);

43 – O custo de produção de um fonograma de um artista estrangeiro depende igualmente:

- a) do nome do artista;
- b) da qualidade do fonograma, sendo, em regra superior ao custo de produção de um fonograma de um artista português – (29°);

44 – Caso a “B” contratasse um artista nacional representado pela ré Audiosget, para cantar em direto durante duas horas, suportaria um custo cujo montante dependeria do nome do artista – (30°);

45 – Esse custo seria acrescido no caso de se tratar de um artista estrangeiro representado pela ré Audiogest, dependendo também o montante em concreto, do nome do artista – (31°);

46 – Caso a “B”, em alternativa à utilização de fonogramas de artistas representados pela ré Audiogest, passasse a incluir na sua grelha mais programas de animação, entrevistas, debates e notícias, teria um aumento com custos de **pessoal de animação e de jornalismo – (32°).**

O Direito

Está provado que a A., no exercício da sua actividade, explora uma estação de rádio comercial, a “B”, detendo a concessão da sua exploração publicitária. Das respetivas emissões faz parte música fixada em fonogramas editados comercialmente. Ao emitir radiofonicamente esses fonogramas, a A. beneficia do produto do trabalho dos autores das músicas e letras (cfr. artigos 1.º, n.º 1, 2.º, n.º 1, alínea e), 11.º do Código dos Direitos de Autor e Direitos Conexos - CDADC), dos artistas que as interpretaram e executaram (art.º 176.º n.ºs 1 e 2 do CDADC) e dos produtores que investiram e empregaram meios para a fixação em fonogramas dessas interpretações (art.º 176.º, n.ºs 1, 3 e 4 do CDADC). Os autores das músicas e letras que tenham autorizado a radiodifusão das suas obras têm direito à correspondente “remuneração equitativa” (art.º 150.º do CDADC). Também os executantes das obras e os produtores dos fonogramas (titulares dos chamados “direitos conexos” – art.º 176.º do CDADC) têm direito a uma remuneração equitativa devida pela radiodifusão dos fonogramas em cuja produção (incluindo a execução das obras musicais) tenham participado (cfr. artigos 178.º n.º 2 e n.º 3, 184.º n.º 3 do CDADC). É desses direitos conexos, reclamados pelas RR. na qualidade de entidades de gestão coletiva representativas dos titulares desses direitos (artigos 176.º n.º 2, 192.º, 72.º, 73.º do CDADC), que se trata nestes autos.

A remuneração devida será equitativa. Isto é, deverá ser adequada às circunstâncias do caso concreto, tendo em atenção um modelo que, retomando a fórmula usada pelo Tribunal de Justiça (acórdão

de 06.02.2003, proferido no processo C-245/00, em sede de pedido de decisão prejudicial sobre o art.º 8.º n.º 2 da Directiva 92/100/CEE, do Conselho, de 12.11.1992, sobre direito de aluguer e direito de comodato e certos direitos conexos com os direitos de autor no domínio da propriedade intelectual), “*permita um equilíbrio adequado entre o interesse dos artistas intérpretes ou executantes e dos produtores em receber uma remuneração pela radiodifusão de um fonograma determinado e o interesse de terceiros em poder radiodifundir esse fonograma em condições razoáveis e que não seja contrário ao direito comunitário*”. O Tribunal de Justiça, no referido acórdão, pronunciou-se sobre o teor do art.º 8.º, n.º 2 da supra referida directiva, que tem a seguinte redação:

«2. Os Estados-Membros deverão prever um direito tendente a garantir o pagamento de uma remuneração equitativa e única pelos utilizadores que usem fonogramas publicados com fins comerciais ou suas reproduções em emissões radiodifundidas por ondas radioeléctricas ou em qualquer tipo de comunicações ao público, bem como garantir a partilha de tal remuneração pelos artistas intérpretes ou executantes e pelos produtores dos fonogramas assim utilizados. Na falta de acordo entre os artistas intérpretes ou executantes e os produtores dos fonogramas, os Estados-Membros poderão determinar as condições em que deverá ser por eles repartida a referida remuneração.»

Sendo certo que o n.º 2 do art.º 8.º da Directiva tem a sua tradução, no direito português, no supra citado art.º 184.º n.º 3 do CDADC (também neste sentido, cfr. Menezes Cordeiro, pág. 80 do parecer junto ao processo – fls 1642 dos autos):

“Quando um fonograma ou videograma editado comercialmente, ou uma reprodução dos mesmos, for utilizado por qualquer forma de comunicação pública, o utilizador pagará ao produtor e aos artistas intérpretes ou executantes uma remuneração equitativa, que será dividida entre eles em partes iguais, salvo acordo em contrário”

O aludido acórdão do Tribunal de Justiça declarou que, dentro dos apontados limites, “*o art.º 8.º n.º 2 da Directiva 92/100 não se opõe a um modelo de cálculo da remuneração equitativa que inclua factores variáveis e factores fixos tais como o número de horas de difusão dos fonogramas, a importância da audiência dos organismos de rádio e de televisão representados pelo organismo de difusão, as tarifas convencionalmente fixadas em matéria de direitos de execução e de radiodifusão de obras musicais protegidas pelos direitos de autor, as tarifas praticadas pelos organismos públicos de radiodifusão nos Estados-Membros vizinhos do Estado-Membro em causa e os montantes pagos pelas estações comerciais (...)*”.

A Directiva 92/100/CEE foi revogada e substituída pela Directiva 2006/115/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12.12.2006, relativa ao direito de aluguer, ao direito de comodato e a certos direitos conexos ao direito de autor em matéria de propriedade intelectual. Porém, a aludida jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia permanece válida, uma vez

que a nova Directiva mantém norma idêntica à supra transcrita (cfr. artigo 8.º n.º 2 da Directiva 2006/115/CEE).

Deverá ter-se presente o teor dos considerandos 5, 12 e 13 da Directiva 2006/115/CEE (que reproduzem idênticos considerandos constantes na Directiva 92/100/CEE), onde se realça que “*a continuidade do trabalho criativo e artístico dos autores e dos artistas intérpretes e executantes exige que estes aufram uma remuneração adequada*”, que “*os investimentos exigidos, em especial para a produção de fonogramas e filmes, são particularmente elevados e arriscados*”, que a remuneração equitativa “*poderá ser liquidada, mediante um ou mais pagamentos, na altura da celebração do contrato ou posteriormente, e deverá ter em conta a importância da contribuição dada para o fonograma ou filme pelos autores e artistas intérpretes ou executantes em causa.*”

O carácter coletivo dos direitos exercidos na ação, os quais abrangem um leque amplo e diverso de artistas e de produtores fonográficos, integrando prestações e produções com graus diversos de qualidade e investimento, tornam difícil ou mesmo impossível a determinação do montante a ter em conta para calcular o valor de retorno necessário e suficiente para rentabilizar a atividade dos artistas e o investimento dos produtores. Por outro lado, não é possível estabelecer uma relação directa e quantificável entre a emissão radiofónica dos fonogramas e a perceção de receitas por parte da estação de rádio, nomeadamente ao nível da publicidade. Aliás, os artistas e os produtores de fonogramas também beneficiam, até certo limite, da publicidade que ao seu trabalho é dada pela colocação “no ar” das respetivas músicas, em especial quando se trata de lançar novas obras, benefício esse que também não é facilmente quantificável.

Postas estas dificuldades, atinentes à fixação da remuneração *sub judice* com base em puros critérios de análise económica, na fixação da remuneração equitativa começará por se ter em atenção os valores que cada uma das partes indicou como satisfatórios.

Depois, atender-se-á aos valores que as partes já praticaram entre si e com terceiros. Finalmente, caberá atentar nos restantes aspetos relevantes, para se concluir pela solução tida como equilibrada e razoável.

A A. apresenta como equitativa a remuneração mensal de € 498,79. Deduz esse valor a partir daquele que as partes praticaram durante dez anos, de 1994 a 2004. Esse valor foi de € 1 496,39, referente a três estações de rádio. Ora, diz a A., explorando a A. agora só uma estação, é justo que pague apenas um terço do valor anterior. O facto de a “B” ser, contrariamente às outras duas, uma estação informativa, com menos espaço para a emissão de fonogramas musicais, apontaria para uma remuneração inferior a 1/3 do valor anterior, mas a fixação em 1/3 serviria para cobrir a erosão do valor do montante pretérito, decorrente do decurso do tempo.

Em última análise, caso o tribunal opte por aplicar uma

percentagem sobre as receitas de publicidade, a A. defende que essa percentagem deve ser de 0,075% sobre as receitas líquidas decorrentes da publicidade da “B”. A A. chega a esse valor partindo do pressuposto de que a SPA cobra às rádios ditas “generalistas” (ou seja, com uma grande percentagem de emissão coberta com música) percentagens sobre as receitas de publicidade na ordem dos 2,5% e que, na “B”, a parte do “bolo publicitário” que pode ser imputado à música corresponde, por excesso, a cerca de 3% das receitas totais. Assim, a percentagem de 2,5% deve incidir, não sobre as receitas totais, mas sobre a percentagem das receitas que corresponde à emissão de música, ou seja, 0,075%. Por sua vez as RR. defendem que a remuneração seja fixada em 5,5% sobre as receitas de publicidade da A. ou, pelo menos, em 1,5% sobre as receitas de publicidade pelos anos de 2005 a 2013 e após 31.12.2012 tal como na sentença, mas com a especificidade de a remuneração ser progressiva a partir dessa data, aumentando anualmente.

Para chegar ao supra referido valor de 5,5% as apelantes RR. seguem o seguinte raciocínio, exposto com mais pormenor na contestação (aperfeiçoada) apresentada pela R. Audiogest: a A., se se visse privada da utilização de fonogramas nas suas emissões, teria de recorrer a recursos próprios e suportaria um aumento de encargos salariais da ordem dos 20%; tal corresponderia, a nível nacional, face aos custos médios salariais das rádios portuguesas, a um aumento (para o conjunto das rádios) no valor de € 2 600 000,00; por sua vez, uma programação desprovida de música implicaria uma redução de receitas da ordem dos 10%, o que corresponde, face ao valor total das receitas de publicidade das rádios em 2005, a cerca de € 5 100 000,00; ou seja, a alternativa de eliminação da radiodifusão de música na rádio, a nível nacional, “vale” € 7 700 000,00; à partida, um terço desse valor seria alocado às rádios, outro terço aos titulares de direitos de autor e outro terço aos titulares de direitos conexos; como € 7 700 000,00 equivale a 15,19% das receitas totais de publicidade das rádios a nível nacional, aos titulares de direitos conexos corresponderia o equivalente a 5% das receitas totais de publicidade; como as rádios têm mais interesse na difusão dos fonogramas do que os representados das RR., por terem mais a perder no caso de os não poderem utilizar, a retribuição equitativa a ser suportada pelas rádios deverá rondar, em média, os 6,1% das receitas de publicidade obtidas anualmente; porém essa taxa deverá variar consoante o tempo de utilização dos fonogramas pelas rádios; no caso da A. tal tempo de utilização situa-se entre 30% a 40% de música diária; daí que a retribuição equitativa, no caso da A., deva ser de 5,5% das receitas de publicidade.

Que dizer?

Começando pela apreciação do valor aventado pela A., de € 498,79 por mês.

Alegou a A., e tal não está desmentido nos autos, que durante a

vigência do primeiro contrato celebrado entre a A. e as RR. e/ou suas antecessoras, que vigorou nos anos de 1995 a 2004, pagou sempre, a título de remuneração dos titulares de direitos conexos, pela emissão radiofónica de fonogramas, a quantia anual de Esc. 3 600 000\$00, em prestações mensais de Esc. 300 000\$00, ou seja, € 1 496,39 por mês. A A. acrescenta que tal remuneração se reportava a três estações de rádio, pelo que o valor de referência a ter em consideração deve ser reduzido a 1/3, uma vez que agora a A. só explora uma dessas estações, a “B”. Ora, a verdade é que a própria A. afirmou na sua petição inicial que passou a explorar só a “B” (deixando as outras duas rádios) a partir de 1998 (art.º 44.º da p.i.), e apesar disso manteve, até 2004, o pagamento da remuneração mensal de Esc. 300 000\$00. Ficou provado, efetivamente, que a partir de 1998 a A. passou a explorar apenas o serviço de rádio informativa, através da “B” (ponto 24 da matéria de facto), assim como se provou que as outras duas rádios (rádio “C” e “D”) apenas emitiam, respetivamente, na área de Lisboa e na área do Porto (n.º 25 da matéria de facto), que os níveis de audiência da “B” eram superiores aos das outras duas estações (n.º 23 da matéria de facto) e que em 2000 a “B” era uma das rádios com maiores receitas de publicidade em Portugal (n.º 26 da matéria de facto). Pelo exposto, não se vê razão para proceder à pretendida redução do valor de referência para um 1/3. Pelo contrário, a conclusão a retirar é a de que, durante os anos de 1998 a 2004 as partes aceitaram que a remuneração dos titulares de direitos conexos atinentes a fonogramas radiodifundidos pela “B” fosse de cerca de € 1 500,00 por mês.

Assim, o valor de € 498,79 por mês apontado pela A. fica manifestamente aquém do razoável.

No que concerne ao montante de 5,5% das receitas publicitárias da “B”, apontado pelas RR., assenta em pressupostos, supra descritos, que não estão demonstrados nem provados. Nada de relevante se provou quanto aos propalados aumentos de custos e diminuição de receitas correspondentes à não utilização de fonogramas pela “B” (vide respostas aos quesitos 28.º a 33.º, expressas nos números 42 a 46 da matéria de facto), assim como não se mostra provado que o tempo de utilização de música na programação da “B” se situa entre 30% a 40% da emissão diária. A este respeito apenas se apurou o que consta nos números 29 a 33 da matéria de facto, de que resulta, como ponto de referência, uma emissão diária de música não superior a 25% da programação.

Por outro lado a aludida percentagem de 5,5% destoa claramente das percentagens praticadas pela Sociedade Portuguesa de Autores (SPA), em representação dos autores, que se fica pelos 2,5%, e isto face às rádios ditas “generalistas” ou “de música”, ou seja, que utilizam mais os fonogramas musicais na sua programação do que a “B” (cfr. n.º 28 da matéria de facto).

Quando se estabelece encargos ou direitos em termos de percentagens, convirá concretizar os valores a que se aplicam essas

percentagens, para se ter uma ideia dos montantes envolvidos. Não se apurou o valor das receitas publicitárias auferidas pela “B”. A este respeito apenas foi alegado, pela A., que em 2006 os horários da “B” com maior difusão musical, da meia-noite às seis da manhã, representaram 5,35% das receitas publicitárias geradas pela “B”, valor percentual esse que correspondia a € 275 902,27 (artigos 64.º e 64.º-B da p.i. aperfeiçoada). Portanto, infere-se que, segundo a A., as receitas publicitárias da “B” em 2006 foram de € 5 157 046,78. Ora, uma percentagem de 5,5% aplicada a tal receita corresponde a € 283 637,57 por ano, ou seja, € 23 636,46 por mês. Se atentarmos que dois anos antes, em 2004, a A. pagava às RR. e/ou suas antecessoras € 1 496,39 por mês e que em 2008 a A. pagou à SPA, a título de remuneração dos direitos dos autores pela radiodifusão de fonogramas, o valor anual de € 30 000,00, correspondente a € 2 500,00 por mês, conclui-se que a percentagem reclamada pelas RR. se mostra muito além do razoável.

No primeiro contrato previa-se a atribuição de remuneração correspondente a uma percentagem de 2,5% das receitas cobradas pela A., com descontos dependentes das percentagens de emissão de música na programação total. Porém, na prática a A. sempre terá pago apenas uma verba fixa, que estava prevista no contrato como limite máximo. Também a SPA cobra às rádios generalistas, em representação dos autores, percentagens sobre as receitas de publicidade (da ordem dos 2,5%). Porém, no caso da A., as partes (A. e SPA) têm optado pelo pagamento de quantias fixas.

A estipulação de quantias fixas tem a vantagem de evitar conflitos decorrentes de diferendos acerca da quantificação das verbas, variáveis, a que se irão aplicar as percentagens acordadas e os descontos eventualmente estipulados, e bem assim os encargos inerentes à fiscalização dessas variáveis.

Por outro lado, sendo a “B” uma rádio informativa, que é procurada pelos ouvintes devido sobretudo aos conteúdos informativos que apresenta (n.ºs 2, 24, 29, 30 a 41 da matéria de facto), é razoável não atribuir participação nas receitas de publicidade aos titulares dos direitos conexos atinentes à radiodifusão de música, uma vez que não é na emissão radiofónica de música que assenta o grosso das receitas da “B”.

O tribunal *a quo* optou por atribuir, em relação aos anos de 2005 a 2012, quantias fixas. Pelas razões aduzidas, afigura-se-nos que tal opção é correta. Porém, relativamente aos anos subsequentes a 2012, o tribunal *a quo* decidiu atribuir uma percentagem sobre as receitas de publicidade da “B”, que fixou em 1,5%. Ignora-se a razão dessa inflexão de soluções, que o tribunal não esclareceu. Apenas se notará que, se em 2013 a “B” auferisse receitas de publicidade de valor idêntico ao que a A. disse ter recebido em 2006, em 2013 as RR. poderiam reclamar uma remuneração na ordem dos € 77 355,70, o que constitui quase o dobro do valor fixado pelo tribunal *a quo* para 2012 (€ 40 000,00).

Na fixação da remuneração correspondente aos anos de 2005 a

2012 o tribunal *a quo* tomou como referencial os valores pagos pela “B” à SPA, em termos de equiparação entre aquela e estes. Contra tal equiparação manifestam-se tanto a A. como as RR.. A A. defende que os direitos dos autores têm maior valor, pois as suas prestações são originalmente criativas, enquanto os contributos dos titulares dos direitos conexos são passíveis de substituição. As RR., pelo contrário, entendem que nada impede que a remuneração devida aos titulares dos direitos conexos seja superior à atribuída aos autores, na medida que são os artistas e os produtores que dão vida às obras dos autores, conferindo-lhes individualidade própria. Vejamos.

No estudo apresentado pelas próprias RR., elaborado pela “Allen Consulting Group” (fls 840 a 880 dos autos) reconhece-se que frequentemente se atribui aos direitos da partitura musical, dos autores, valor mais elevado do que os direitos respeitantes ao trabalho de gravação dos fonogramas (fls 23 do estudo). Depois apresentam-se argumentos para justificar que aos intervenientes na gravação se atribua um maior valor, seja porque é ao resultado da gravação que os consumidores consagram a sua preferência, e não à partitura em si, seja porque a produção fonográfica é muito mais dispendiosa e sujeita a risco do que a atividade dos autores ou compositores. Porém, no estudo acaba por se aceitar, na falta de melhores elementos, trabalhar com base num modelo em que as duas classes de detentores de direitos (direitos de autor por um lado e direitos conexos por outro) têm igual valor.

Na lei portuguesa, como as RR. realçam, a propósito da compensação devida aos autores e titulares de direitos conexos pela possibilidade de reprodução ou gravação de obras para fins privados (cópia privada), estabelece-se (art.º 7.º, n.º 2, alínea a) da Lei n.º 62/98, de 1 de setembro) que a **pessoa** coletiva encarregada de distribuir tais compensações o faça na proporção de 40% para os organismos representativos dos autores, 30% para os organismos representativos dos artistas intérpretes ou executantes e 30% para os organismos representativos dos produtores fonográficos e videográficos.

Face ao exposto, afigura-se-nos ser razoável a equiparação feita pelo tribunal *a quo* entre direitos de autor e direitos conexos, pelo menos para o efeito de se não imputar aos autores remuneração superior à dos titulares de direitos conexos.

Como se viu, nos anos de 1995 a 2004 a A. pagou às RR. e suas antecessoras, na qualidade de representantes dos titulares de direitos conexos atinentes a fonogramas musicais, a remuneração anual de € 17 956,72. Para o ano de 2005, o tribunal *a quo* atribuiu o valor de € 24 000,00 e para os anos de 2006 e 2007, o valor anual de € 27 000,00. Para os anos de 2008 e 2009, o tribunal *a quo* estabeleceu o valor de € 30 000,00, a que se sucederam os valores de € 33 000,00 para 2010, € 36 000,00 para 2011 e € 40 000,00 para 2012. Os valores fixados para os anos de 2008 a 2012 são iguais aos que a A. pagou à SPA nesses períodos de tempo.

Os valores fixados ajustam-se, por um lado, àquilo que foi a prática anterior das partes, procedendo-se a uma atualização de remuneração que estava estagnada no tempo, e por outro é equilibrada face à retribuição atribuída aos outros protagonistas das peças musicais radiodifundidas, os autores. Daí que não se veja razão para, nesta parte, alterar a sentença.

A nossa discordância quanto à sentença recorrida reporta-se tão só no que concerne à remuneração referente aos anos de 2013 e seguintes, que o tribunal *a quo* moldou em termos de percentagem sobre as receitas de publicidade.

Pelas razões supra expostas, afigura-se-nos ser conveniente a manutenção de uma remuneração desligada das receitas publicitárias.

As verbas fixadas para cada um dos anos de 2006 a 2012 traduzem aumentos médios anuais de 7,67%. Ou seja, em média excedem em 5,58 pontos a taxa de variação no índice de preços no consumidor (taxa de inflação), que foi, nos anos de 2005 a 2011, em média de 2,09%.

Afigura-se-nos não haver razões para alterar este padrão, que tem como consequência que a remuneração a fixar acompanha a variação da inflação, garantindo um rendimento real aos titulares dos direitos conexos, sem representar um sacrifício excessivo para a A., cujas receitas não estão necessariamente dependentes da inflação.

Por outro lado, entendemos que a fixação da remuneração por via judicial deverá, no que diz respeito ao futuro, ser limitada no tempo, a fim de garantir alguma correspondência com as circunstâncias que determinaram o seu apuramento. Caberá pois às partes acordarem o valor subsequente ou, se não lograrem um entendimento, promoverem a sua fixação judicial.

DECISÃO

Pelo exposto, julga-se ambas as apelações parcialmente procedentes e consequentemente:

a) Altera-se a decisão recorrida no que concerne aos pontos 5.3 a 5.5, os quais são revogados, e em sua substituição determina-se o seguinte:

“5.3 – fixa-se, para cada um dos anos posteriores a 2012, até 2017, inclusive, uma remuneração equitativa equivalente ao montante pago no ano imediatamente anterior, acrescido de uma percentagem idêntica ao valor da inflação apurado pelo INE, referente ao ano transato, acrescida de 5 valores;

5.4 – o pagamento da remuneração correspondente a cada ano será efetuado em 12 prestações mensais, até ao final de cada mês”;

b) No mais, mantém-se a decisão recorrida;

c) As custas das duas apelações serão a cargo das recorrentes, na proporção de metade pela A. e metade pelas RR. recorrentes.

Lisboa, 14.3.2013



Jorge Manuel Leitão Leal
Ondina Carmo Alves
Pedro Martins