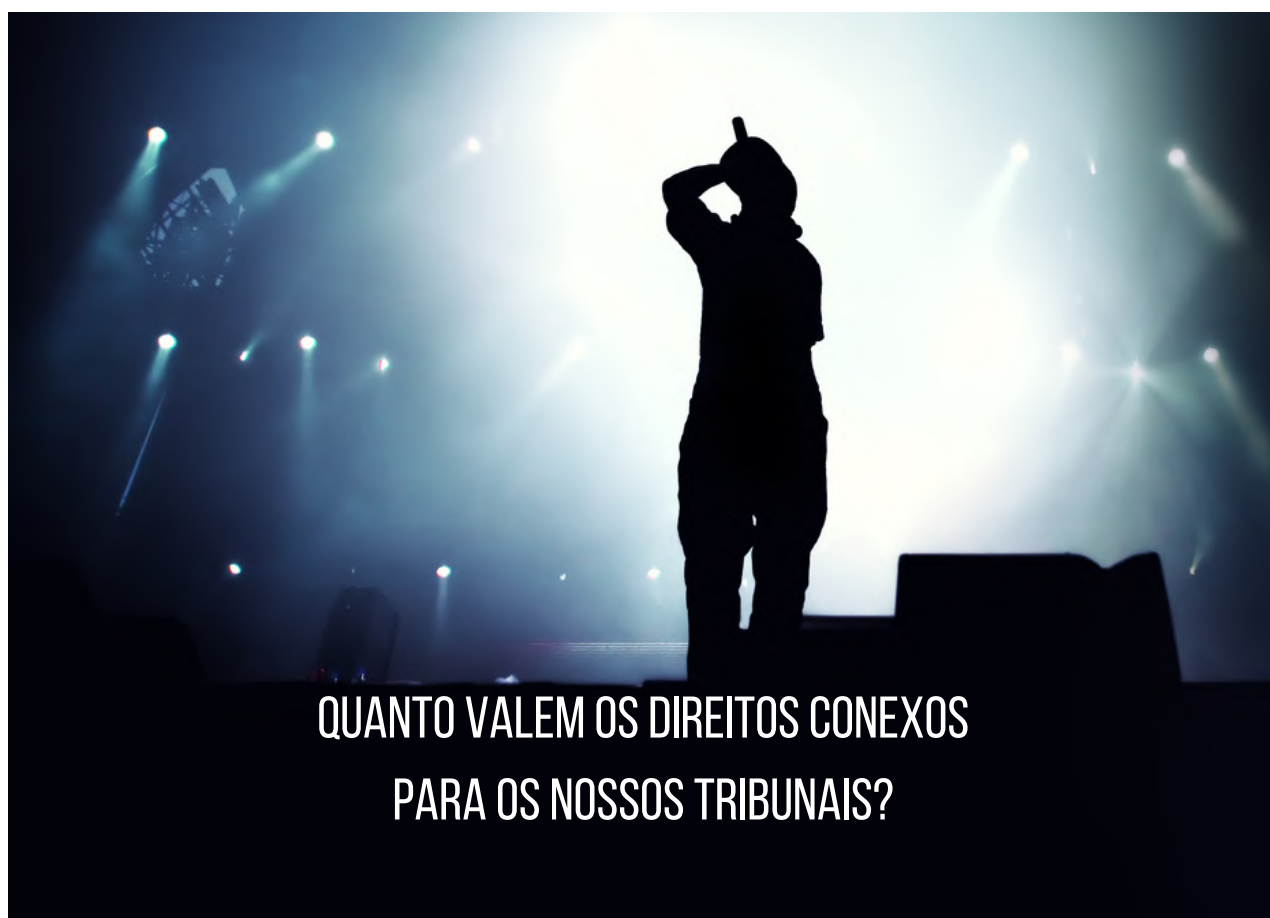


JUN/AGO
2022



NÚMERO 16

ASSOCIAÇÃO PARA A GESTÃO COLETIVA DE DIREITOS DE AUTOR
E DE PRODUTORES CINEMATOGRAFICOS E AUDIOVISUAIS



**QUANTO VALEM OS DIREITOS CONEXOS
PARA OS NOSSOS TRIBUNAIS?**

NEWSLETTER

EDITORIAL

DE REGRESSO: MÃOS À OBRA! P2

QUANTO VALEM OS DIREITOS CONEXOS
PARA OS NOSSOS TRIBUNAIS? P5

CONGRESSO ALAI 2022 | 15-16 DE SETEMBRO P16

EDITORIAL DE REGRESSO: MÃOS À OBRA!

Por Paulo Santos
Diretor-Geral da GEDIPE



Estamos de regresso após férias, as primeiras sem restrições de COVID-19 mas, infelizmente, também as primeiras desde que começou a guerra na Europa.

O recomeço das atividades após a pagarem estival fica marcado pelo impacto da inflação e dos aumentos no custo da energia, que nos obrigarão a racionar o consumo e a modificar hábitos.

O principal partido da oposição tomou a iniciativa de apresentar na rentrée, no Pontal, um Programa de Emergência Social baseado em cinco medidas de apoio direto às famílias, às IPSS e às PME, avaliadas em mil milhões de euros, segundo afirma “cerca de um quarto do que o Governo recebe a mais de impostos este ano”.

O Governo, por seu turno, pretende marcar a agenda da UE através da definição das prioridades de Portugal para o Programa de Trabalho da Comissão 2023, sendo que, para o setor da cultura, apenas se refere uma proposta para o Estatuto Europeu do Artista e um Plano de Ação para a salvaguarda do Património Europeu em risco. De resto, apenas poderão ter algum interesse para o setor as medidas de redução das obrigações de informação das PME que desviem recursos que deveriam estar orientados para a respetiva produtividade e sustentabilidade.



Recorde-se que apesar de Portugal ter a décima carga fiscal mais baixa no conjunto da UE, ficando abaixo da média europeia, desde 2015 que a tendência tem sido para aumentar.

O ano passado, por esta altura, a EY fazia um levantamento das principais sugestões dos empresários portugueses para o sistema fiscal português, avaliado negativamente, exigindo uma redução da carga fiscal pela eliminação das situações de impostos cumulativos - o que ainda não foi feito- e outras medidas, como a criação de um crédito fiscal (57%) para atenuar os custos da digitalização, que, note-se, é uma das grandes prioridades do investimento no setor público (ao abrigo do PRR, que acabou por excluir na 2.ª fase a única candidatura do setor audiovisual!¹).



O tempo de férias é também útil para se fazerem balanços do que foram os últimos anos neste setor. De acordo com dados do último Anuário do Setor de Produção Audiovisual, relativos a 2021, o número de produtoras audiovisuais independentes cresceu, mas o volume de negócios decresceu, pressupondo-se que ainda seja um efeito da pandemia.

De qualquer forma, o Relatório evidencia a resiliência do setor e a diversificação de mercados quer em termos geográficos quer tecnológicos, com o advento das novas plataformas de “streaming” a representar cada vez mais uma alternativa de distribuição, já prevalecente nos públicos mais jovens e a desafiar a regulação atual, sobretudo, por causa dos imperscrutáveis algoritmos de recomendação, que contribuem, perigosamente, para um sistema de media homogéneo.

Uma das fontes deste Relatório é o Estudo do OBERCOM intitulado Audiovisual 2022 -Paradigmas de consumo e de evolução da indústria em Portugal e Europa, de março de 2022, onde se explicam mais em detalhe as principais falhas regulatórias da Diretiva AVMS de 2018 relativamente à estratégia de domínio progressivo do mercado audiovisual pelos serviços de streaming globais, bem como as formas de parceria que os meios tradicionais têm adotado na UE para a combater. Fica claro, no entanto, que o setor audiovisual está, finalmente, a “desconfinar” das fronteiras nacionais, com os conteúdos nacionais a viajar pela Internet.

Os tempos são, pois, desafiantes, e existe margem e capacidade para lhes fazermos frente, portanto...mãos à obra!



QUANTO VALEM OS DIREITOS CONEXOS?



Neste número, analisamos a jurisprudência recente dos nossos Tribunais Superiores em matéria de remuneração equitativa como contrapartida pela comunicação pública, incluindo a radiodifusão, de prestações protegidas por direitos conexos ao Direito de Autor.

No passado dia 07.07.2022, foi posto termo a um litígio que se arrastava desde 2008, relativo ao critério de quantificação e ao valor da remuneração equitativa a pagar pelas operadoras privadas de televisão à GDA, a título de remuneração equitativa e única, ao abrigo do art.º 178.º n.º 2 do CDADC, na redação introduzida pela Lei n.º 50/2004 de 24 de agosto.

Este processo havia sido iniciado ainda junto do Tribunal de Oeiras, e conheceu diversas vicissitudes, até ter ficado estabelecido o valor de € 2,50 por minuto de cada programa com intervenção de artistas, intérpretes ou executantes (adiante designados por AIE). A GDA pedia que a remuneração correspondesse a 1,50% do valor anual das receitas publicitárias auferidas por cada uma delas, desde setembro de 2004 até à data da sentença.

Após julgamento, foi lavrada sentença em 24 de maio de 2013, a qual absolveu as Rés do pedido, mas determinou que a mesma corresponderia a um valor por minuto de prestações exibidas, sendo esse valor a apurar em incidente de liquidação de sentença e a pagar desde setembro de 2004 e todos os anos a partir da data da sentença. Ou seja, o Tribunal afastou o critério da percentagem das receitas e estabeleceu o critério do valor por minuto, remetendo a quantificação do valor por minuto para o 2.º Juízo do Tribunal de Propriedade Intelectual de Lisboa, que entretanto havia sido instalado e que era o competente para decidir estas matérias.



O TPI, por sentença de 6 de julho de 2020, fixou em €2,475 o valor por minuto, que com os dados de audimetria da Marktest serviu de base ao cálculo do valor para todos os períodos já decorridos. Aquele valor foi obtido com base em 75% (proporção decorrente da Lei da Cópia Privada) do valor por minuto das avenças que cada uma das estações de televisão tem em vigor com a SPA (€ 3,30) sendo reduzido em 50% nos programas internacionais, por o TPI apenas ter considerado abrangidos os AIE com nacionalidade portuguesa ou de um Estado-Membro da UE, considerando que a Convenção de Roma de 1961 e o Tratado da OMPI de 20.12.1996 sobre produtores de fonogramas e AIE só abrange os fonogramas e não estende o princípio do tratamento nacional ao setor audiovisual. O Tratado que opera esse efeito, quanto aos AIE, é o Tratado de Pequim, de 2012, assinado pela UE mas que ainda não foi ratificado pelos Estados-Membros da UE, pelo que não se encontra ainda em vigor em Portugal.

Foi ainda determinado pelo TPI que o âmbito objetivo da remuneração equitativa não abrangia as “primeiras difusões”, por força da limitação constante da última parte da alínea a) do n.º 1 do art.º 178.º CDADC, uma vez que tal se excluía do próprio direito exclusivo dos AIE.

Em recurso da GDA, decidido pelo TRL em 07.10.2021, o valor por minuto foi alterado para € 2,50, por não ser aceitável tomar por referência o valor dos direitos de autor, mas sim o valor dos direitos dos produtores de fonogramas e foram recalculados os montantes referentes aos períodos em apreciação, sem juros, devido à circunstância de só com esta última decisão se ter determinado o valor da prestação. Mais confirmou o TRL que deveriam ser descontados do cálculo final os períodos de emissão de “originais de produção internacional” e “originais de produção conjunta internacional”, uma vez que os normativos internacionais aplicáveis em Portugal não abrangeriam os videogramas, mas apenas os fonogramas. O Acórdão do TRL de 07.10.2021 manteve, nesta parte, a decisão do TPI, pelo que a GDA recorreu do mesmo, contrapondo com a aplicação do Princípio do Tratamento Nacional, que obrigaria a GDA a cobrar também para as suas congéneres de outros Países, ainda que fora da UE, e a entregar a estas.



Recorreram para o STJ as Rés SIC e TVI, apelando a que o cálculo fizesse distinção entre as primeiras emissões, que as Rés entendiam estarem fora da remuneração equitativa inalienável e única, por estarem excetuadas ao direito exclusivo de autorização pelos próprios AIE (tratando-se de prestações radiodifundidas) e ainda que fossem excluídos todos os programas que não tivessem prestações artísticas (moda, desporto, informação, reality shows, entrevistas, eleições, meteorologia, documentários, programas educativos e religiosos, concursos, etc.) e também a transmissão de espetáculos ao vivo ou em direto, pela mesma razão expressa supra. Outro argumento esgrimido pelas operadoras de televisão foi o da falta de distinção, dentro de cada programa, do tempo em que há participações artísticas, relativamente àquele em que a mesma não ocorre ou é meramente de difusão de fonogramas.

O STJ, na esteira da posição defendida pela GDA, decidiu, em Acórdão de 24 de maio de 2022 aplicar o Princípio do Tratamento Nacional, que decorre dos referidos instrumentos internacionais, o qual só não se aplicaria se se tratasse de um direito exclusivo a que Portugal tivesse formulado reservas, o que não fez, sendo sempre permitido aos Estados ampliar a proteção face aos mínimos que os Tratados e Convenções Internacionais prevêm, e estender o âmbito do direito ao audiovisual, como era o caso. Acolhendo a posição defendida no parecer do Professor Doutor Luís Menezes Leitão e no parecer da Professora Doutora Patrícia Akester, o STJ aceitou que a lógica dos Tratados Internacionais, em particular da Convenção de Roma, não atende à natureza da prestação mas sim aos beneficiários da tutela, pelo que o princípio suprarreferido deve estender-se igualmente a AIE no domínio audiovisual, a despeito de os Tratados apenas abrangerem, de forma expressa, os AIE e os produtores de fonogramas.

As Rés ainda requereram a apresentação de um reenvio prejudicial perante o TJUE argumentando que a jurisprudência mais recente (Acórdãos RAAP e ATRESMEDIA) estabelece uma clara distinção entre, por um lado, os direitos relativos a fonogramas (em que vigora o Princípio do Tratamento Nacional) e, por outro, os direitos relativos a videogramas (em que não se aplica esse Princípio). Aduziram ainda o argumento de que a remuneração equitativa é um conceito de direito da UE pelo que não pode, nalguns Estados-Membros, abranger a primeira difusão a partir de uma fixação autorizada e noutros Estados-Membros incluir apenas as radiodifusões efetuadas a partir de fixações, sob pena de se frustrar o objetivo de uniformidade ou harmonização legal na UE.

Porém, o STJ não aceitou efetuar o reenvio prejudicial, considerando que os Estados-Membros mantêm uma margem de liberdade na transposição de Diretivas de harmonização legislativa, sendo permitido aos Estados-Membros, nomeadamente, conferir uma proteção superior aos titulares de direitos conexos ao direito de autor do que aquela que é exigida pelas Diretivas UE. Acresce que não compete ao TJUE pronunciar-se a título prejudicial sobre uma norma de direito nacional dos Estados-membros, conforme tem sido jurisprudência constante do próprio TJUE.



O STJ concluiu também no sentido de que a remuneração inalienável, equitativa e única a fixar abrange as primeiras transmissões, a par das retransmissões e da comercialização das fixações, sobretudo por estar escrito no n.º 3 do art.º 178.º CDADC a palavra “igualmente” pelo que visa complementar o âmbito das faculdades já autorizadas pelos AIE ao abrigo do seu n.º 1 al a).

Na verdade, essa questão já tinha sido levantada no Acórdão do STJ de 14.09.2017, no processo instaurado pela GDA contra a RTP, tendo o STJ entendido que não seria aceite que o direito dos AIE fosse diferente, quanto ao âmbito, do direito conferido aos autores pelos artigos 149.º e 150.º CDADC, e que, ainda que o direito exclusivo previsto no n.º 1 a) do mesmo preceito excluísse as primeiras difusões por causa da sua parte final, parecia certo que o n.º 2, pela forma como está escrito (“sempre que...”) e em conjugação com o n.º 3 (“abrangerá, igualmente”) devia incluir essas primeiras radiodifusões no âmbito da remuneração equitativa e única.



O Tribunal considerou que a lei estabeleceu ao mesmo tempo uma cessão legal de direitos e uma licença legal relativamente aos direitos não cedidos, ou seja, a referida autorização implica a transmissão legal dos direitos de radiodifusão e de comunicação ao público, bem como a licença legal para o exercício dos direitos de que ainda dispunha, à exceção do novo direito de colocação à disposição do público “a pedido”.

Acrescenta o n.º 3 do art.º 178.º uma autorização implícita ao produtor ou ao organismo de radiodifusão para novas transmissões bem como para a retransmissão e comercialização de fixações obtidas para fins exclusivos de radiodifusão. Todos estes direitos são transferidos em contrapartida de uma remuneração inalienável, única e equitativa a pagar aos AIE através da GDA.

O “cachet” dos artistas não abrange direitos que por lei são indisponíveis e deverão ser pagos apenas a uma entidade de gestão coletiva.

O STJ concordou, no entanto, que na contagem dos minutos relevante para o cálculo da remuneração equitativa, não deveria partir-se da duração de todo o programa, mas de um valor-tipo, obtido por amostragem, excepto no que respeita aos programas de ficção, em que a integralidade dos mesmos se poderia considerar relevante para esse efeito, segundo as Rés.

O pleito concluiu-se com o Acórdão do STJ de 07.07.2022, em que foi rejeitada a reforma do Acórdão anterior, considerando que não se encontravam reunidos os pressupostos para a reforma, uma vez que todas as questões suscitadas foram resolvidas de forma suficientemente fundamentada, nomeadamente a recusa do STJ em proceder ao reenvio prejudicial para o TJUE.

COMENTÁRIO

Embora este direito apenas se aplique aos AIE, é importante para os produtores audiovisuais considerar os seus efeitos, na medida em que o ordenamento jurídico é um todo coerente, e a noção de remuneração equitativa tem vindo a ser considerada pelo TJUE como uma noção de direito da UE, pelo que a tendência, de facto, é para a sua harmonização ao nível de toda a UE.

Desde logo importa ter em conta as seguintes orientações do TJUE nesta matéria:

1. Acórdão SENA vs NOS de 06 de fevereiro de 2003 (Proc.º n.º 245/00): reconhece autonomia aos Estados-Membros para regulamentarem em detalhe a remuneração, e determinarem os critérios da sua fixação desde que respeitem o conceito de modo uniforme “tanto quanto possível”. Adianta que o modelo de cálculo pode operar por referência a fatores variáveis e fixos, tais como o número de horas de transmissão das prestações protegidas (no caso eram os fonogramas), a visualização e a audiência obtidas, as tarifas fixadas por acordo para direitos de execução e transmissão a título do direito de autor, as tarifas estabelecidas por outros Estados-Membros limítrofes e os valores pagos pelas estações comerciais, desde que se atinja um equilíbrio adequado;

1.

2. Acórdão TV4 vs STIM de 11 de dezembro de 2008 (Proc.º n.º C-52/07): declara aceitável o método da percentagem da receita publicitária das operadoras privadas de televisão, desde que a mesma seja globalmente proporcional à quantidade de obras difundidas (no caso, protegidas por direito de autor) se não houver outro método mais preciso. O método deve ter em conta a audiência de acordo com a hora ou o tipo de emissão;

3. Acórdão TJUE AKKA/LAA, de 14 de setembro de 2017 (Proc.º no C-177/16): para não ser considerado um abuso de posição dominante, o preço de um produto tem de ter uma correspondência razoável com o valor económico do mesmo. Numa análise em sede de direito da concorrência, o TJUE definiu dois passos na análise de empresas em posição dominante: primeiro é preciso determinar se há excesso relativamente ao que seria o preço hipotético caso se tratasse de uma situação de concorrência efetiva (preço de referência); a seguir, determinar se essa diferença, a existir, se considera justificada ou é abusiva e decorre apenas da posição de domínio existente. Aplica-se este método às entidades de gestão coletiva mediante a comparação entre diversos Estados-Membros.

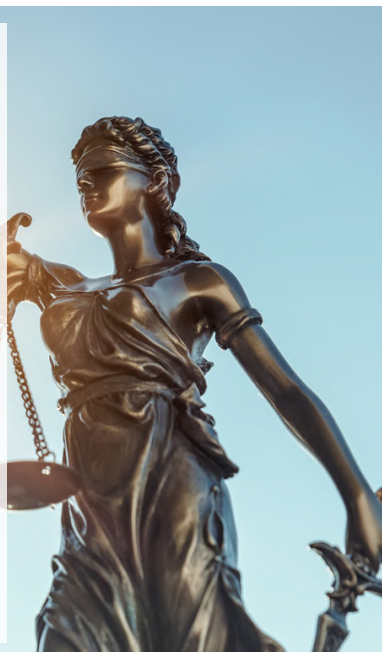
4. Acórdão SABAM vs Wearone, de 25 de novembro de 2020 (Proc.º n.º 372/19): não há abuso de posição dominante na aplicação de uma tarifa aplicada às receitas brutas (sem descontar os encargos da organização) desde que não exista outro método mais preciso que permita realizar o mesmo objetivo legítimo sem aumentar desproporcionadamente os encargos de gestão e fiscalização, cabendo ao tribunal a verificação do caso concreto.

Se agora fizermos um breve enquadramento histórico com outras decisões dos nossos Tribunais, constatamos que:

A) O critério da percentagem de receitas publicitárias é assumido como o mais comum noutros Estados-Membros, nomeadamente, para operadoras comerciais cuja principal receita é a publicidade, mas tem vindo a ser afastado liminarmente, nas decisões mais recentes, não só dos Tribunais Judiciais mas também dos Tribunais Arbitrais e da Comissão de Peritos prevista na Lei n.º 26/2015 de 14 de abril, modificada pelos Decreto-Leis n.ºs. 100/2017 de 23 de agosto e 89/2019 de 04 de julho e pela Lei n.º 36/2021 de 14 de junho. O principal argumento é que os titulares de direitos não devem participar da exploração económica dos utilizadores nem têm de ter acesso a dados dessa exploração, cujo maior ou menor sucesso não depende apenas das prestações protegidas por direitos conexos ao Direito de Autor;

B) Mais relevante do que a prova sobre os valores praticados nos demais Estados-Membros, nomeadamente aqueles cujo nível de desenvolvimento económico é equiparável a Portugal, acaba sempre por ser o valor anteriormente praticado e objeto de acordo e ainda o valor pago à SPA a título de direito de autor, registando-se uma tendência para a equiparação dos direitos conexos, nomeadamente, dos AIE e dos produtores de fonogramas. A própria estrutura tarifária em função da dimensão do operador de rádio local influenciou decisivamente a decisão da Comissão de Peritos no recente litígio que opôs a AUDIOGEST à ARIC e à APR, e que terminou com a determinação de cinco escalões de operadoras para efeitos de valor a pagar, com variação em função da percentagem de utilização efetiva de música por oposição a locução/ entrevistas/ programas falados.

C) O Princípio do Tratamento Nacional foi afastado na última arbitragem tarifária entre a GDA e a PT/MEO (atual Grupo ALTICE) para determinação do valor a pagar por subscritor mas foi estabelecido de forma inequívoca no processo GDA/SIC e TVI, considerando o STJ que os Tratados Internacionais que o acolhem não o fazem em função da matéria (fonogramas) mas sim em função dos beneficiários, pelo que não deverão ser abrangidos apenas os AIE nacionais e equiparados (Estados-Membro da UE) mas também os internacionais, mesmo os dos Países onde o correspondente direito não existe, que é o caso dos EUA, de onde provém grande parte dos programas.



D) Antes das alterações introduzidas no art.º 184.º CDADC pelo Decreto-Lei n.º 100/2017 de 23 de agosto, os Tribunais procediam à qualificação da obrigação de pagamento de uma remuneração equitativa ao abrigo do n.º 3 como uma licença obrigatória, considerando que a comunicação pública aí prevista, incluindo a radiodifusão, se encontrava subtraída ao direito exclusivo de autorizar/proibir que seria a regra geral ao abrigo do n.º 2 da mesma disposição. No entanto, e embora não haja ainda nenhuma decisão posterior, importa chamar a atenção para o facto de, na redação atual do art.º 184.º n.º, se dizer expressamente que a remuneração equitativa aí prevista é a contrapartida da autorização concedida ao abrigo da al. e) do n.º 1, ou seja, ficou agora mais claro, até pela eliminação do n.º 2, que a tutela conferida é a do direito exclusivo e não a da licença legal, o que reequilibra o estatuto dos produtores de fonogramas e videogramas, num momento em que a violação do dever de obter uma licença de comunicação pública deixou de ser crime de usurpação e passou a ser ilícito de natureza contraordenacional por força da Lei n.º 92/2019 de 4 de setembro. Por outro lado, aquela alteração legislativa, a par da concomitante alteração ao art.º 205.º n.º 4 CDADC, também esbateu a diferença entre videogramas editados comercialmente e videogramas em geral, o que vai de encontro à desmaterialização dos suportes físicos e ao conceito atual de videogramas, tal como constante do al f) do n.º 1 do art.º 2.º do Decreto-Lei n.º 90/2019 de 5 de julho.

E) A interpretação da GDA do âmbito subjetivo do art.º 178.º n.º 2 CDADC sempre foi no sentido de a remuneração equitativa ali prevista ser um encargo dos organismos de radiodifusão, não obstante a referência legal a produtores audiovisuais. Com efeito, não faria sentido que fossem os produtores audiovisuais a pagar por direitos que, na generalidade das situações, não são eles que exercem ou de que não beneficiam. Também as Rés defenderam que “Há muitas obras cinematográficas que nunca conhecem edição videográfica ou que nunca serão radiodifundidas, nem nunca passarão na televisão, pelo que, quanto a essas, os AIE não irão nunca receber qualquer remuneração equitativa.” (conclusão MM do recurso das Rés para o STJ). De qualquer forma, e à cautela, nos contratos a celebrar com artistas, os produtores audiovisuais deverão os produtores audiovisuais sempre salvaguardar que o pagamento da remuneração equitativa prevista no art.º 178.º n.º 2 e 3 ficará a cargo do organismo de radiodifusão, operador de distribuição por cabo, satélite ou outra tecnologia de difusão, ou ainda do operador do serviço de disponibilização de conteúdos que vier a efetuar a radiodifusão ou a comunicação pública das obras.



CONGRESSO ALAI 2022

CENTRO DE CONGRESSOS DO ESTORIL

15-16 DE SETEMBRO

Presenças confirmadas na sessão de abertura de:
S. Ex^o o Ministro da Cultura, Pedro Adão e Silva
Diretora Geral-Delegada da OMPI, Sylvie Forbin
Presidente da ALAI, Frank Gotzen
Presidente da ALAI Portugal, Margarida Almeida Rocha

O Centro de Congressos do Estoril recebe, nos dias 15 e 16 de setembro, o Congresso Anual da ALAI (Association Littéraire et Artistique Internationale), cujo tema principal será DIREITO DE AUTOR, DIREITOS CONEXOS E ESPECIAIS - PONTO DE SITUAÇÃO E PERSPECTIVAS FUTURAS.

O evento conta com o Alto Patrocínio de Sua Excelência, o Presidente da República Portuguesa.

Nos dois dias do congresso são diversos os temas em debate, nomeadamente o futuro dos direitos dos autores e dos artistas face às novas obrigações das plataformas eletrónicas; a possibilidade de proteção pelo Direito de Autor e Conexos dos eventos desportivos; a articulação entre as diferentes formas de acesso aos conteúdos audiovisuais (o que mudou com a pandemia e o confinamento) ou a proteção jurídica das artes performativas ou de palco, etc...

Este é um evento que reúne os maiores especialistas e académicos do mundo inteiro em matéria de Direito de Autor e Direitos Conexos, estando já confirmadas as presenças de Shira Perlmutter, Jane Ginsburg, Pierre Sirinelli, Silke von Lewinski, Jukka Liedes, Mihály Ficsor, Ysolde Gendreau, Daniel Gervais, Eleonora Rosati e Burak Özgen entre muitos outros oradores.

Portugal estará representado por Patrícia Akester, Dário Moura Vicente, Luis Silveira Botelho e Alexandre Dias Pereira, entre outros.

A organização está a cargo da Círculod'Autor e da Brandline e o evento conta com os patrocínios da GDA, da GEDIPE, da AUDIOGEST e da VISAPRESS, entidades de gestão coletiva de direitos de autor e direitos conexos, e bem assim da GOOGLE Inc., que participará na última Mesa-Redonda.

As inscrições estão abertas em www.alai2022.com, onde poderá obter todas as informações.

Trata-se de um evento raro em Portugal e de uma oportunidade única para participar na definição do futuro do setor conjuntamente com os seus mais influentes atores.

Não falte, inscreva-se já!





ASSOCIAÇÃO PARA A GESTÃO COLETIVA DE DIREITOS DE AUTOR
DE PRODUTORES CINEMATOGRAFICOS E AUDIOVISUAIS

Rua do Carmo, 150 Lote 6, 1.º Piso 1950-421 Lisboa Portugal Tel: +351 218 400 187/8 | Fax: +351 218 463 735 | info@gedipe.org | gedipe.org