

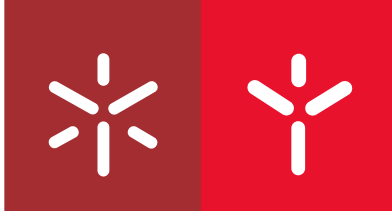


**Da Obra Audiovisual: Questões
de Qualificação e de Proteção**

Ana Isabel Sousa Magalhães Guerra

Universidade do Minho
Escola de Direito





Universidade do Minho
Escola de Direito

Ana Isabel Sousa Magalhães Guerra

**Da Obra Audiovisual: Questões
de Qualificação e de Proteção**

Tese de Doutoramento em Ciências Jurídicas
Especialidade em Ciências Jurídicas Privatísticas

Trabalho efetuado sob a orientação do
Professor Doutor Luís Couto Gonçalves
e da
Professora Doutora Maria Victória Rocha

DECLARAÇÃO DE INTEGRIDADE

Declaro ter atuado com integridade na elaboração da presente dissertação. Confirmando que em todo o trabalho conducente à sua elaboração não recorri à prática de plágio ou a qualquer forma de falsificação de resultados.

Mais declaro que tomei conhecimento integral do Código de Conduta Ética da Universidade do Minho.

Universidade do Minho, 30 de outubro de 2018

Ana Isabel Sousa Magalhães Guerra

Ana Isabel Sousa Magalhães Guerra

Agradecimentos

Agradeço à Minha Família, em especial à minha Mãe e ao meu Pai pelo carinho, apoio, motivação e ajuda incansável ao longo de todo o meu percurso académico e ao meu filho Guilherme, que apesar da tenra idade, compreendeu pacientemente as minhas ausências durante a realização deste trabalho. À memória dos meus Avós, que sempre acreditaram em mim.

Um agradecimento especial ao Professor Doutor Luís Couto Gonçalves e Professora Doutora Maria Victória Rocha, pela amizade, prontidão, disponibilidade e precioso auxílio demonstrados na realização deste trabalho e sem os quais não teria sido possível a realização do mesmo.

Agradeço também ao meu Grande Amigo Nuno Aires Duro por toda a amizade, compreensão e por toda a inestimável ajuda pessoal e profissional que nunca esquecerei e ao meu Amigo Misolino Carneiro pela ajuda na formatação, digitalização e edição do trabalho.

Resumo

Palavras chave: Obra audiovisual, direito de autor, qualificação das obras, direitos do audiovisual, propriedade industrial e audiovisual

A Obra Audiovisual: Questões de Qualificação e de Proteção

Numa época em que a criatividade audiovisual tem um papel preponderante na sociedade moderna, é fundamental debruçarmo-nos sobre os direitos de autor, os direitos conexos e a propriedade industrial que materializam essa criatividade. Falamos sobre a necessidade de proteger as obras audiovisuais, que mais do que uma mera criação de um intelecto humano isolado, são também a conjugação de um conjunto de obras plurais, sejam elas de realização, literárias, fonográficas, visuais, gráficas, empíricas, decorativas e estilísticas que se reinventam através da sua unificação numa única obra apelidada de audiovisual. As obras audiovisuais são um veículo que reflete a matriz cultural de qualquer país desenvolvido, dada a importância que as mesmas têm na transmissão de valores, tradições sociais e culturais por serem o meio de comunicação preferencialmente utilizado a nível mundial. Mais do que considerarmos as obras audiovisuais como o motor de ignição da comunicação, devemos também ter em conta no presente estudo que este tipo de obras constituem as memórias do mundo que materializam um conjunto de contributos criativos únicos, que não poderão ser ignorados, enquanto marca e legado civilizacional que passa de geração em geração, e que permite que além da mensagem comunicacional intrínseca que transmitem, expressar a evolução/revolução em que todos nós estamos imbuídos. Embora seja claro e manifesto o interesse transnacional no tratamento do tema patente em toda a bibliografia mundial, no nosso país são escassas as referências às obras audiovisuais e o tema ainda é tratado com uma timidez enigmática, situação que apenas se justificará pelo desabrochar recente das produções audiovisuais nacionais, que só nos últimos trinta anos começaram a realizar-se com maior regularidade e frequência. Este estudo tem por objetivo saber se o Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, ao regular, no artigo 22.º, a obra cinematográfica, não estará a tomar a parte pelo todo e se não deveria existir uma regulamentação da obra audiovisual em geral, definindo-se dentro desta todos os seus tipos nos quais se inclui a obra cinematográfica. Indagaremos ainda se a obra cinematográfica será a obra audiovisual em si mesma ou apenas um dos tipos de obra audiovisual. A resposta a esta questão será essencial para posteriormente se definir se o regime de proteção das obras audiovisuais deve partir do paradigma das obras cinematográficas ou se, pelo contrário, deve partir de um conceito geral de obra audiovisual. Para isso vamos analisar cada um dos tipos de obras audiovisuais e o regime ou regimes que se consideram adequados para cada uma delas, de modo a saber se é possível a criação de um arquétipo de proteção para todas as manifestações de obra audiovisual, ou se deve partir-se da obra cinematográfica para que se possa criar uma ideia paradigmática deste tipo de obra. A inexistência de um conceito único e preciso de obra audiovisual, em geral, pode criar diversas lacunas no regime de proteção legal das obras audiovisuais. É ainda necessário perceber se é intuitiva a distinção entre as diferentes obras audiovisuais que constituem um dos seus tipos e a obra audiovisual enquanto conceito geral. A correta identificação da obra audiovisual em si mesma também poderá permitir distinguir plenamente estas obras de obras que, apesar de diferenciáveis, são passíveis de serem confundidas com as obras audiovisuais ou então de obras que poderão estar na sua linha de fronteira. Verificaremos ainda se será necessário criar um regime de qualificação e de proteção para a obra audiovisual em geral, bem como para os seus diferentes tipos, no qual se analisem as vantagens e desvantagens da sua denominação como obras em colaboração, coletivas, originais e derivadas. Esta averiguação é fundamental para aferirmos as reais necessidades jurídicas da obra audiovisual, de modo a que estas possam colmatar as necessidades práticas de proteção deste tipo de obras de modo objetivo e eficaz.

Esta análise permitirá visualizar se algumas destas qualificações poderão abranger todos os diferentes tipos de obras audiovisuais que aqui serão estudados e se existirá uma qualificação

única ou múltipla que permita uma maior proteção. Questões como a definição do objeto de obra audiovisual, sua qualificação e tipificação, não podem ser tratadas sem que se refiram questões tão essenciais como a integridade da obra audiovisual, sua fixação material e importância da sua divulgação. A sua exteriorização e existência física, é fulcral para que se analisem todos os aspetos juridicamente relevantes para a criação de uma proteção fiável, eficaz e capaz de não perecer ao primeiro obstáculo prático com que se depare. Por isso, é também importante conhecer quem são os sujeitos das obras audiovisuais e qual o seu papel na qualificação das mesmas, de modo a que os direitos das próprias obras possam ser devidamente salvaguardados em todas as suas dimensões jurídicas. Além das matérias de direitos de autor, é fundamental tocarmos um aspeto importante da propriedade industrial, ou seja, o *merchandising*, que abrange alguns tipos de obras audiovisuais. O *merchandising* não poderá deixar de ser tratado neste âmbito, sob pena de se descuidar um importante aspeto de proteção das obras audiovisuais. Paralelamente, estabeleceremos o elo de ligação existente entre o *merchandising* e a publicidade, dada a sua proximidade real, no que à obra audiovisual diz respeito.

Terminaremos a nossa análise com a estruturação dos possíveis regimes da obra audiovisual quer na sua globalidade, quer nos seus tipos específicos, realizando uma análise crítica dos direitos de autor destas obras no Direito Português.

Abstract

Keywords: Audiovisual work, copyright, qualification of works, audiovisual rights, industrial and audiovisual property

Audiovisual Work: Qualification and Protection Issues

At a time when audiovisual creativity plays a leading role in modern society, it is essential to look at copyright, related rights and industrial property that embody this creativity. We talk about the need to protect audiovisual works, which are more than a mere creation of an isolated human intellect, are also the combination of a plural set of works, whether of achievement, literary, phonographic, visual, graphic, empirical, decorative and stylistic that reinvent themselves through their unification in a single work called audiovisual. Audiovisual works are a vehicle that reflects the cultural matrix of any developed country, given the importance they have in the transmission of values, social and cultural traditions, since they are the preferred means of communication worldwide. Rather than considering audiovisual works as the ignition engine of communication, we must also take into account in the present study that this type of works constitute the memories of the world that materialize a set of unique creative contributions that can not be ignored as a brand and a civilizational legacy that passes from generation to generation, and which allows us to express the evolution / revolution in which we are all imbued beyond the intrinsic communicational message they transmit. Although it is clear and obvious, transnational interest in the treatment of the topic is evident throughout the world literature, in our country there are few references to audiovisual works and the theme is still treated with an enigmatic timidity, a situation that will only be justified by the recent National audiovisual productions, which only began to take place more regularly and more frequently in the last thirty years. This study aims to know if the Code of Copyright and Related Rights when regulating in article 22 the cinematographic work, will not be taking the part for the whole and if it should not exist was a regulation of the audiovisual work in general, Defining within it, all its types, in which the cinematographic work is included. We will also inquire whether the cinematographic work will be the audiovisual work itself or just one of the types of audiovisual work. The answer to this question will be essential in order to determine whether the system for the protection of audiovisual works is based on the paradigm of cinematographic works or whether it is based on a universal concept of audiovisual works. To this end, we will analyze each of the types of audiovisual works and the regime or regimes that are considered appropriate for each of them, in order to know whether it is possible to create an archetype of protection for all manifestations of audiovisual works, or whether From the cinematographic work so that one can create a paradigmatic idea of this type of work. The lack of a single and precise concept of audiovisual works in general can create several gaps in the system of legal protection of audiovisual works. It is also necessary to understand whether it is intuitive to distinguish between the different audiovisual works that constitute one of its types and the audiovisual work as a general concept. The correct identification of the audiovisual work in itself can also make it possible to distinguish fully these works from works that, although differentiable, are likely to be confused with audiovisual works or works that may be on the border line. We will also verify if it is necessary to create a qualification and protection regime for the audiovisual work in general, as well as for its different types,

in which the advantages and disadvantages of its designation as collaborative, collective, original and derivative works are analyzed. This inquiry is fundamental to assess the real legal needs of the audiovisual work, so that they can meet the practical needs of protection of this type of works in an objective and effective way. This analysis will make it possible to see if some of these qualifications could cover all the different types of audiovisual works that will be studied here and whether there will be a single or multiple qualification that allows greater protection. Issues such as the definition of the audiovisual work object, its qualification and typification, can not be treated without referring to such essential issues as the integrity of the audiovisual work, its material fixation and the importance of its dissemination. Its exteriorization and physical existence is central to analyzing all the aspects that are legally relevant to the creation of a reliable, efficient and capable of not perishing the first practical obstacle that comes across. It is therefore also important to know who the subjects of audiovisual works are and what their role is in the qualification of them, so that the rights of the works themselves can be duly safeguarded in all its legal dimensions. In addition to copyright matters, it is essential to play an important aspect of industrial property, that is, merchandising, which covers some types of audiovisual works. Merchandising can not fail to be treated in this scope, failing to overlook an important aspect of protection of audiovisual works. At the same time, we will establish the link between merchandising and advertising, given its real proximity to audiovisual works. We will conclude our analysis with the structuring of possible regimes of the audiovisual work both in its entirety and in its specific types, performing a critical analysis of the copyright of these works in Portuguese Law.

Índice

Lista de abreviaturas

1. Prefácio

2. O enquadramento das obras audiovisuais

PARTE I

Da Qualificação da Obra Audiovisual em Geral

1. O objeto da obra audiovisual

2. Qualificação de obra audiovisual: critérios classificadores

2.1. A obra em colaboração

2.2. A obra coletiva

2.3 A obra original e derivada

3. A obra audiovisual enquanto obra de estrutura complexa

4. A obra audiovisual enquanto produto original e suas incorporações

4.1. A obra adaptada

4.2. A obra transformada e modificada

4.3. A obra abreviada

4.4. A obra ampliada

5. Consequências da incorporação da obra fonográfica e da publicidade na obra audiovisual

Parágrafo I – *Product Placement* e publicidade subliminar

Parágrafo II- A publicidade e a violação dos direitos de autor

Parágrafo III- Proibição de determinados tipos de publicidade

6. A integridade da obra audiovisual e tratamento jurídico das manipulações necessárias para a sua difusão

7. A obra audiovisual e sua difusão

PARTE II

Os Diferentes Tipos de Obras Audiovisuais

1. Obras audiovisuais típicas

Parágrafo I – Obras audiovisuais típicas

- 1.1. A obra cinematográfica
- 1.2. A obra videográfica
- 1.3. A obra televisiva
 - Parágrafo II- A Autoria das obras audiovisuais típicas
 - Parágrafo III- O enquadramento jurídico das obras audiovisuais típicas
- 1.4. A obra multimédia enquanto obra audiovisual
- 2. Obras audiovisuais atípicas
 - 2.1. Obras audiovisuais informatizadas
 - 2.2. Videoclips
 - 2.3. Obras incompletas
- 3. Obras audiovisuais e improviso amador disponíveis na *world wide web*
 - 3.1. Obras Audiovisuais Órfãs

O Papel dos Sujeitos da Obra Audiovisual na sua Qualificação

- 4. A atribuição unilateral ou multilateral de direitos de autor de uma obra audiovisual
 - 4.1. Obra multiautoral
 - 4.2. Obra de autoria única
- 5. Autores com contrato de trabalho: autoria a rogo
- 6. Autores de obras preexistentes
- 7. A proteção dada aos sujeitos titulares de direitos nas obras audiovisuais
- 8. A capacidade de agir dos autores e a proteção e gestão dos direitos por entidades coletivas

PARTE III

Proteção da Obra Audiovisual na sua Globalidade

- 1. Regime jurídico das obras audiovisuais: a existência de um regime único ou de uma pluralidade de regimes
- 2. Violação dos direitos de autor das obras audiovisuais e proteção conferida pela responsabilidade civil: tutela restitutória
- 3. *Merchandising* de Obras Audiovisuais
 - Parágrafo I - Cúmulo de proteção dos direitos de autor e dos direitos de propriedade industrial
 - Parágrafo II - Licenças e transmissões

a) Licenças e transmissões nos direitos de autor

b) Licenças e transmissões no direito industrial

Parágrafo III - Contrato de *merchandising*

Parágrafo IV - Tipos de *merchandising* utilizados na obra audiovisual

a) *Corporate merchandising*

b) *Character merchandising*

c) *Personality merchandising*

Parágrafo V - *Merchandising* vs publicidade

PARTE IV

Da Natureza Jurídica da Obra Audiovisual

1. Regimes possíveis para a obra audiovisual
2. Análise crítica dos direitos de autor das obras audiovisuais no Direito Português.
3. As restrições aos direitos de autor das obras audiovisuais
4. Noção jurídica da obra audiovisual

Conclusões

Anexos

Anexo I

Anexo II

Anexo III

Lista de Abreviaturas

- 1988 Act – Copyright, Designs and Patents Act 1988
- ADI – Actas de Derecho Industrial
- ADPIC – Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual
- AGE COP – Associação para a Gestão da Cópia Privada
- AIDA – Annali Italiani del Diritto d`Autore, della Cultura e dello Spettacolo
- AIPPI – Asociación Internacional para la Protección de la Propiedad Industrial y Intelectual
- AI – Alínea
- ALAI – Association Littéraire et Artistique Internationale
- APA – Associação Portuguesa de Autores
- APEPI – Associação Portuguesa para o Estudo da Propriedade Intelectual
- ARROW – Accessible Registries of Rights Information and Orphan Works
- ASSOFT – Associação Portuguesa de Software
- Audiogest – Associação para a gestão e distribuição de direitos
- BOE – Boletín Oficial del Estado
- CADA – Cooperativa de Administração dos Direitos dos Artistas
- CDADC - Código dos Direitos de Autor e Direitos Conexos
- CDPA – Copyright, Designs and Patents Act
- Cfr – Confrontar
- CITED – Copyright in Transmitted electronic Documents
- CPI – Código da Propriedade Industrial
- CUP – Convenção da União de Paris
- DGEDA – Direção Geral de Espetáculos e do Direito de Autor
- DL – Decreto-lei
- DRM – Digital Rights Management
- EGC – Entidade de Gestão Coletiva
- EUA – Estados Unidos da América
- GazzUff - Gazzetta Ufficiale Leggi
- GESAC – Grupo Europeu de Sociedade de Autores
- GDA – Gestão de Direitos dos Artistas

- IDA – Il diritto d`autore
- IGAC – Inspeção Geral das Atividades Culturais
- INPI – Instituto Nacional de Propriedade Industrial
- IP – Internet Protocol
- I.P. – Instituto Público
- IPTV – Internet Protocol Television
- ISAN – International Standard Audiovisual Number
- LAN – Local Area Network
- LDA – Legge di diritto d`autore
- LED – Light emitting diode
- L.G.D.J. – Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
- LPI – Ley de Propiedad Intelectual
- MAN – Metropolitan Area Network
- N.º - Número
- OMPI – Organização Mundial de Propriedade Intelectual
- P2P – Peer to Peer
- Pp – páginas
- RBGGM – Rivista Bimensale di Giurisprudenza dei Giudici di Merito
- RDI - Rivista di diritto industriale
- RPI – Revista de Propriedade Industrial
- RTSIAE- Rivista Trimestrale Della Società Italiana Degli Autori Ed Editori
- SISPI – Società Italiana per lo Studio della Proprietà Intellettuale
- SPA – Sociedade Portuguesa de Autores
- ss – seguintes
- TAN – Tiny Area Network
- TRIPS – Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
- TRLPI – Texto Redifundido da Lei de Propriedade Intelectual
- UCP – Universidade Católica Porto
- UE – União Europeia
- UrhG – Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte-
Urheberrechtsgesetz
- VoD – Video on Demand

- WAN – Wide Area Network
- WIPO – World Intellectual Property Organization
- WTO – World Trade Organization
- WWW – World Wide Web

1. Prefácio

Numa época em que a criatividade audiovisual tem um papel preponderante na sociedade justifica-se a importância que revestem o direito de autor, os direitos conexos e a propriedade industrial que materializam essa criatividade. Falamos sobre a necessidade de proteger as obras audiovisuais, que, mais do que uma mera criação de um intelecto humano isolado, são também a conjugação de um conjunto de obras plurais, sejam elas de realização, literárias, fonográficas, visuais, gráficas, empíricas, decorativas e estilísticas que se reinventam através da sua unificação numa única obra apelidada de audiovisual.

Estes tipos de obras, pela sua complexidade e diversidade, devem ter um tratamento único, peculiar e adequado às suas necessidades específicas. Como refere *Bruno Pérez-Girardi*¹ uma ideia ou pensamento abstrato, assim que ganhe vida autónoma e tangível passa a ser propriedade do seu autor, desde que tenha sustentação própria para ser considerada como obra intelectual. É essa sustentação própria das obras audiovisuais que tem que ser analisada para que as possamos qualificar e proteger devidamente. Refere ainda o mesmo autor que qualquer pessoa, ao tornar-se proprietária do suporte material que sustenta uma qualquer obra audiovisual, não se torna proprietária da obra intelectual imaterial, que continua a pertencer ao seu autor.

As obras audiovisuais são um veículo que reflete a matriz cultural de qualquer país desenvolvido, dada a importância que as mesmas têm na transmissão de valores, tradições sociais e culturais, por serem o meio de comunicação preferencialmente utilizado a nível mundial. Mais do que considerarmos as obras audiovisuais como o motor de ignição da comunicação, devemos também ter em conta no presente estudo que este tipo de obras constituem as memórias do mundo que materializam num conjunto de contributos criativos únicos, que não poderão ser ignorados, enquanto legado civilizacional que passa de geração em geração, e que permite, além da mensagem comunicacional intrínseca que transmitem,

¹ Confrontar *Anuario de Propiedad Intelectual 2007* COORDENADO POR CARLOS ROGEL VIDE, Reus, Madrid, 2008, pp.474.

expressar a evolução em que todos nós estamos imbuídos. Embora seja claro e manifesto, o interesse transnacional no tratamento do tema patente em toda a bibliografia mundial, no nosso país são escassas as referências às obras audiovisuais e o tema ainda é tratado com uma timidez enigmática, situação que apenas se justificará pelo desabrochar recente das produções audiovisuais nacionais, que só nos últimos trinta anos começaram a realizar-se com maior regularidade e frequência.

Este estudo tem por objetivo saber se o Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos ao regular no artigo 22.º a obra cinematográfica, não estará a tomar a parte pelo todo e se não deveria existir uma regulamentação da obra audiovisual em geral, definindo-se dentro desta, todos os seus tipos, nos quais se inclui a obra cinematográfica. Indagaremos ainda se a obra cinematográfica será a obra audiovisual em si mesma ou apenas um dos tipos de obra audiovisual. A resposta a esta questão será essencial para posteriormente se definir se o regime de proteção das obras audiovisuais deve partir do paradigma das obras cinematográficas ou se pelo contrário deve partir de um conceito universal de obra audiovisual. Para isso vamos analisar cada um dos tipos de obras audiovisuais e o regime ou regimes que se consideram adequados para cada uma delas, de modo a saber se é possível a criação de um arquétipo de proteção para todas as manifestações de obra audiovisual, ou se deve partir-se da obra cinematográfica para que se possa criar uma ideia paradigmática deste tipo de obra. A inexistência de um conceito único e preciso de obra audiovisual em geral pode criar diversas lacunas no regime de proteção legal das obras audiovisuais. É ainda necessário perceber se é intuitiva a distinção entre as diferentes obras audiovisuais que constituem um dos seus tipos e a obra audiovisual enquanto conceito geral. A correta identificação da obra audiovisual em si mesma também poderá permitir distinguir plenamente estas obras de obras que apesar de diferenciáveis são passíveis de serem confundidas com as obras audiovisuais ou então de obras que poderão estar na sua linha de fronteira.

Verificaremos ainda se será necessário criar um regime de qualificação e de proteção para a obra audiovisual em geral, bem como para os seus diferentes tipos, no qual se analisem as vantagens e desvantagens da sua

denominação como obras em colaboração, coletivas, originais e derivadas. Esta averiguação é fundamental para aferirmos as reais necessidades jurídicas da obra audiovisual, de modo a que estas possam colmatar as necessidades práticas de proteção deste tipo de obras de modo objetivo e eficaz.

Esta análise permitirá visualizar se algumas destas qualificações poderão abranger todos os diferentes tipos de obras audiovisuais que aqui serão estudados e se existirá uma qualificação única ou múltipla que permita uma maior proteção. Questões como a definição do objeto de obra audiovisual, sua qualificação e tipificação, não podem ser tratadas sem que se refiram questões tão essenciais como a integridade da obra audiovisual, sua fixação material e importância da sua divulgação. A sua exteriorização e existência física, é fulcral para que se analisem todos os aspetos juridicamente relevantes para a criação de uma proteção fiável, eficaz e capaz de não perecer ao primeiro obstáculo prático com que se depare.

Por isso é também importante conhecer quem são os sujeitos das obras audiovisuais e qual o seu papel na qualificação das mesmas, de modo a que os direitos das próprias obras possam ser devidamente salvaguardados em todas as suas dimensões jurídicas.

Além das matérias de direitos de autor, é fundamental tocarmos um aspeto importante da propriedade industrial, ou seja, o *merchandising*, que abrange alguns tipos de obras audiovisuais. O *merchandising* não poderá deixar de ser tratado neste âmbito, sob pena de se descurar um importante aspeto de proteção das obras audiovisuais. Paralelamente, estabeleceremos o elo de ligação existente entre o *merchandising* e a publicidade, dada a sua proximidade real, no que à obra audiovisual diz respeito.

Terminaremos a nossa análise com a estruturação dos possíveis regimes da obra audiovisual, quer na sua globalidade, quer nos seus tipos específicos, realizando uma análise crítica dos direitos de autor destas obras no Direito Português.

A missão que se avizinha será um grande desafio, desejando que o nosso contributo para a ciência jurídica, numa matéria pouco tratada no nosso

ordenamento jurídico, possa ser capaz de abrir novas possibilidades para a proteção efetiva das obras audiovisuais².

2. O Enquadramento das Obras Audiovisuais no Direito de Autor

Mais do que observarmos o tratamento das obras audiovisuais no nosso ordenamento jurídico, convém investigar o seu tratamento numa perspetiva transnacional, de modo a ser possível um conhecimento mais abrangente de como este tipo de obras são encaradas à escala global. Essa investigação, deverá passar pela análise dos principais regimes legais, não só de cada país individualmente, como também pela análise de diplomas internacionais que resultam de um esforço de todas as nações para regular uniformemente e obter um consenso alargado sobre as linhas gerais a ter em conta no regime legal a adotar para proteger este tipo de obras em concreto. Devemos partir de elementos considerados básicos no Direito de Autor transnacional relativamente às obras audiovisuais, para descobrirmos qual o objeto jurídico que releva neste estudo, de modo a concluirmos, como o fizeram os americanos numa primeira fase, na qual os direitos de autor nascem da lógica *“I made it, therefore I own it”*³, em que será necessário descobrir e investigar o *“it”* sobre o qual incide a proteção das obras audiovisuais, para posteriormente avançarmos para uma indagação no que respeita à obra audiovisual, de se será possível fazer algo como *“Fitting a round peg in a square hole”*⁴, ou seja será possível “encaixar uma peça redonda num buraco quadrado”? A obra audiovisual é muitas vezes tratada como o apêndice das obras filmicas ou televisivas, ou tratada como o “parente pobre” das obras multimédia, sendo a sua conceção legal ignorada ou adaptada a outros regimes de proteção de obras similares ou sucedâneas, o que faz com que o regime legal que consagra a sua

² Vide CARLOS ROGEL VIDE in *Estudios Completos de Propiedad Intelectual, Volume III, Reus, Madrid, 2009, pp.6 e ss.* A propósito, da consideração das teses de doutoramento como obras do espírito: as chamadas obras de linguagem e de propriedade científica.

³ Vide, MARTINA BARCAROLI in “Problemi di Diritto Comparato di Autore Nell’Opera Multimediale”, *Rivista Trimestrale Della Società Italiana Degli Autori ed Editori*, Anno LXX, Gennaio-Marzo, n.º 2, Milano, 1999, p.181-219 pp.2 ss.

⁴ A referência em causa que traduzida significa “encaixar uma peça redonda num buraco quadrado” e é utilizada pela doutrina anglossaxónica a propósito da qualificação da obra multimédia. Por analogia, a mesma associação é pertinente no que respeita ao tratamento generalizado da obra audiovisual que também é muitas vezes empurrada para um regime legal no qual não cabe.

proteção seja um regime truncado, incompleto e omissivo em questões essenciais, ignorando-se o cômputo básico necessário à sua proteção. Parece que será imperioso concentrar esforços em procurar um regime legal nacional ou transnacional que proteja eficazmente estas obras. Só uma pesquisa internacional cuidada nos permitirá tirar conclusões básicas dos regimes de proteção que existem ou que deveriam existir, sendo que o nosso objetivo após a nossa análise ao longo do nosso trabalho, fazer paralelamente ao que já existe, um *“Fitting a round peg in a round hole with the appropriate size”*⁵, de modo a por cobro às dúvidas e incompletudes legais existentes.

A importância de existir um modelo legal que proteja convenientemente as obras audiovisuais prende-se com o facto de: a) as obras audiovisuais serem uma manifestação de arte recente; b) terem a sua origem num conjunto de contribuições, na medida em que dificilmente um único autor conseguirá sozinho criar uma obra desta natureza; c) este tipo de obras serem a primeira manifestação de arte que se move em vários campos, como o real, o imaginário, a informação, a educação e a primeira a quebrar com as diferenças entre classes sociais, dado que as obras audiovisuais, são em regra, acessíveis a todos; d) porque as obras audiovisuais são uma manifestação de arte coletiva de autores e intérpretes, o que a torna estruturalmente complexa⁶.

No Continente Europeu são vários os ordenamentos jurídicos que se preocupam em enquadrar legalmente as obras audiovisuais. Uns ordenamentos fazem-no de forma mais eficaz do que outros, que não se preocupam com as particularidades concretas das obras audiovisuais.

Começando pela Espanha, é fácil perceber o quanto desenvolvida está esta temática, dada a bibliografia profícua e profunda que existe sobre as obras audiovisuais. O Texto Refundido da Lei de Propriedade Intelectual (TRLPI)⁷ define no seu artigo 86.º as obras audiovisuais como *“criações*

⁵ A tradução para o nosso objetivo paralelo será “Encaixar uma peça redonda num buraco redondo com o tamanho apropriado”.

⁶ Neste sentido vide ALAIN BERENBOOM in *Le Droit D’Auteur dans L’Audiovisuel: Inventaire des Problèmes à la Veille d’une Réforme* in *Les Journées du Droit D’Auteur – Actes du Colloque tenu a l’Université Libre de Bruxelles les 11 et 12 Decembre 1987*, Bruylant, S.A., Bruxelles, 1989, pp.83-86.

⁷ O Texto Refundido da Lei de Propriedade Intelectual (TRLPI) aprovado pelo Real Decreto Legislativo 1/1996 de 12 de abril e publicado no BOE num.97 de 22 de abril de 1996, alterado em 6 de março de

expressas mediante uma série de imagens associadas, com ou sem sonorização incorporada, que estejam destinadas essencialmente a ser mostradas através de meios de projeção ou por qualquer outro meio de comunicação pública da imagem e do som, com independência dos suportes materiais em que se encontram essas obras". No entanto, esta definição tem sempre que ser associada ao artigo 10.º, nomeadamente à alínea d) do mesmo diploma, na medida em que esta norma considera que devem ser protegidas *"as obras audiovisuais originais, expressas por qualquer meio ou suporte tangível ou intangível, atualmente conhecidos ou que se inventem no futuro"*. A definição revela como a legislação espanhola é visionária nesta matéria, na medida em que tem em consideração elementos essenciais importantíssimos para este tipo de obras, como é o caso da originalidade e o fato de se exigir que as obras tenham sido expressas por qualquer forma. Contudo, percebe-se que este critério surja, na medida em que o artigo 120 da TRLPI estabelece o conceito de *"gravações audiovisuais"*, considerando como tais *"as fixações de um plano ou sequências de imagens, com ou sem som, sejam ou não criações suscetíveis de serem qualificadas como obras audiovisuais no sentido do artigo 86.º desta lei"*⁸. No que toca ao facto de as obras audiovisuais terem que ser expressas de forma concreta, esta é uma condição *sine qua non* para que exista proteção, na medida em que, como diz, NAZARETH PÉREZ DE CASTRO, *"se se protegesses ideias em abstrato como o amor, o sofrimento ou a miséria, isso limitaria e encerraria a possibilidade de novas criações"*⁹. Posição semelhante à do regime jurídico espanhol é adotada pela Áustria, pelo Luxemburgo e pela Holanda¹⁰.

2011, define obras audiovisuais no seu artigo 86.º. No entanto esta definição não poderá ser interpretada sem que se atenda ao previsto no artigo 10.º e 120.º do mesmo diploma, bem como à Lei de Propriedade Intelectual Espanhola, de 11 de novembro de 1987.

⁸ Com esta definição parece que o legislador espanhol se preocupou em enquadrar as obras de carácter informativo ou documental, como, p. ex., os noticiários e os programas descritivos da vida animal que no nosso entender não podem ser qualificados como obras audiovisuais plenas, conforme veremos ao longo deste trabalho.

⁹ NAZARETH PÉREZ DE CASTRO in *Las Obras Audiovisuales. Panorámica Jurídica*, Reus, Madrid, 2001, pp. 22 último parágrafo.

¹⁰ Neste sentido CONCEPCIÓN SAIZ GARCIA, *Obras Audiovisuales y Derechos de Autor*, Aranzadi, Navarra, 2002 pp.31 ss.; ANGEL LUÍS PALMA in *Propiedad Intelectual y Derecho Audiovisual*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2006, pp. 125 ss e NAZARETH PÉREZ DE CASTRO in *Las Obras Audiovisuales. Panorámica Jurídica*, Reus, Madrid, 2001, pp.21 ss.

A doutrina Italiana¹¹ considera de grande utilidade existir uma distinção entre as obras audiovisuais e as obras cinematográficas, para evitar conflitos entre autores e produtores na proteção dos seus direitos. Analisando a legislação italiana do Direito de Autor e, mais especificamente, sobre a obra audiovisual e a obra cinematográfica¹², podemos verificar que se parte do pressuposto de que a proteção da obra audiovisual depende sempre da preexistência da disciplina da obra cinematográfica, dadas as suas semelhanças. Mas o ordenamento jurídico italiano foi sensível à necessidade crescente de distinguir as obras audiovisuais, na medida em que a evolução tecnológica e os novos meios por ela permitidos assim o impunham. Definiu a obra audiovisual¹³ como *“a obra de longa metragem, curta metragem ou de animação realizada num suporte de qualquer natureza, com um conteúdo narrativo ou documental, que seja considerada como obra de engenho pelas leis autorais e que se destine ao conhecimento do público, prioritariamente por transmissão televisiva.”*. A obra cinematográfica¹⁴, é *“Filme ou obra fílmica entende-se como o espetáculo realizado num suporte de qualquer natureza com conteúdo narrativo ou documental, que seja considerada como obra de engenho pelas leis autorais e que se destine ao conhecimento do público, prioritariamente em salas de cinema através do exercício do direito de utilização pelo seu legítimo titular”*.

As semelhanças entre os dois conceitos são criticadas pela doutrina italiana, na medida em que, muito embora existam algumas semelhanças entre a obra audiovisual e a obra cinematográfica, isso não significa que o regime jurídico de uma seja idêntico ao da outra, até porque a obra audiovisual abrange uma maior dimensão. As suas manifestações são

¹¹ Vide LAURA CHIMIENTI in *Lineamenti del nuovo diritto di autore*, Settima Edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2006, pp.99

¹² Legge 22 Aprile 1941 n.633 in Gazz. Uff. n. °166 del 16 luglio 1941 - Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio, modificada pela legge 9 gennaio 2008, N.2 art.2 punto 6; - D.L. 685/1994 de 16 Novembre in Gazz. Uff. n.° 297 del 16 dicembre; - Decreto del Ministro dei Beni e le Attività culturali n.° 13, settembre 1999, in Gazz. Uff. N.° 284 del 3 Dicembre; - Legge 30 aprile 1998 n. °122 in Gazz. Uff. n. °99 del 30 aprile 1998 e – Decreto Legislativo 22 gennaio 2004 n.° 28 in Gazz. Uff. n.° 29 del 5 febbraio 2004.

¹³ Definição prevista no artigo 2.º,2 da Legge 30 aprile 1998 n. °122 in Gazz. Uff. n.° 99 del 30 aprile 1998.

¹⁴ Definição do artigo 4.º do Decreto Legislativo 22 gennaio 2004 n. °28 in Gazz. Uff. n.° 29 del 5 febbraio 2004

múltiplas, além de que a sua forma de transmissão ao público assume várias formas, ao contrário do que acontece com as obras cinematográficas.¹⁵ Para a doutrina italiana, a distinção entre estes dois tipos de obra deverá fazer-se pelas diferenças entre os seus autores e os direitos de que cada um é titular, criando-se uma hierarquia de direitos para avaliar a qualidade dos contributos de cada autor e a quantidade, devendo esta ser a base de distinção entre estes dois tipos de obra. Existe ainda uma corrente doutrinária minoritária¹⁶ que defende que a obra audiovisual deverá substituir e sobrepor-se à obra cinematográfica, uma vez que esta consiste num conjunto de imagens que podem, alternativamente, ser visionadas em movimento ou de forma estática, sendo que, para este tipo de obras, a sequencialidade das imagens é uma característica secundária, enquanto que para a obra audiovisual é fundamental a característica “sequência de imagens”, central pela sua abrangência e amplitude de géneros e manifestações. Apesar desta corrente doutrinária, verifica-se que não existe em Itália uma distinção clara entre a obra audiovisual e a obra cinematográfica, apesar de se aceitarem as suas diferenças.

Em França existe uma mescla de proteção entre várias obras, na qual existe alguma confusão semântica, na medida em que a Lei de Direito de Autor ¹⁷ deste país considera existir uma proteção conjunta para “*obras cinematográficas e outras obras constituídas por uma sequência de imagens animadas com ou sem som, referidas em conjunto como obras audiovisuais*”. Não obstante alguma desordem conceptual, parece vislumbrar-se com este preceito a aceitação da obra audiovisual como uma categoria de obra com uma individualidade e personalidade próprias. A lei francesa dedica um capítulo ao contrato de produção audiovisual¹⁸, considerando-o como o “*acordo pelo qual um coautor da obra e da*

¹⁵ Vide LAURA CHIMIENTI in *Lineamenti del nuovo diritto di autore*, Settima Edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2006, pp.102 ss

¹⁶ Vide VITTORIO M. DE SANCTIS in *Diritti degli autori e diritti del produttore di opere audiovisive*, in *il Diritto di Autore, fasc. 1*, Roma, 2001 e MARTINA BARCAROLI in “Diritti di autori”, in *RTSIAE, Gennaio-Marzo 1999 n.º 1, Anno LXX*, pp. 181-219.

¹⁷ Loi relative aux droits d’auteurs et aux droits des artistes-interpretes des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle n.º 85/660 du 3 juillet 1985, publiée au Journal Officiel de la République française, le 4 juillet 1985 titulo primeiro artigo 2.º.

¹⁸ Loi relative aux droits d’auteurs et aux droits des artistes-interpretes des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle n.º 85/660 du 3 Juillet 1985, publiée au Journal Officiel de la République française, le 4 juillet 1985 - artigo 63 n.º 1 e ss.

composição musical com ou sem palavras, cedem ao produtor o direito de fruição da obra audiovisual mediante o pagamento de uma compensação distinta consoante a forma de fruição da obra". O que reforça a ideia de que o ordenamento francês atribui uma maior autonomia e independência à obra audiovisual.

Já a lei belga é uma lei bastante visionária e atual, embora surpreenda pelas suas particularidades. O regime legal belga criou uma secção específica¹⁹ para a obra audiovisual, na qual, inesperadamente, não existe uma definição da mesma. Existe uma definição geral sobre quem são considerados os seus autores e uma presunção legal sobre quem são, regra geral, considerados como os autores deste tipo de obras. Considera-se como autor, no artigo 14.º da referida lei, *"o realizador principal e todos aqueles que tenham colaborado na obra, presumindo-se como autores, salvo prova em contrário, o autor do cenário, da adaptação, dos textos, os autores dos gráficos das obras de animação ou de sequências de animação de obras audiovisuais que representam parte importante de uma determinada obra, o autor das composições musicais com ou sem palavras especialmente realizadas para a obra, bem como os autores da obra originária assimilada por uma obra nova se o seu contributo for utilizado nesta"*. Causa-nos alguma estranheza como é que o ordenamento jurídico belga pode proteger os autores de uma obra para a qual não tem uma definição legal. Muito embora essa omissão possa ser benéfica em alguns casos, parece-nos que comporta mais perigos do que vantagens.

A lei inglesa²⁰ trata as obras audiovisuais como obras mistas, ou seja, como obras derivadas, na medida em que resultam do enredo criado, enquanto obra dramática criada pelos seus autores, e do posterior trabalho realizado pelo diretor de realização e pelo produtor²¹. Desta qualificação híbrida resulta a necessidade de estas obras serem originais, não obstante este elemento não ser considerado essencial, e ainda que tenham outras fontes,

¹⁹ Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins du 30 juin 1994, modifiée par la loi du 3 avril 1995 et par la loi du 31 août 1998 et par la loi du 22 mai 2005 – Section 4 art. 14 e ss.

²⁰CDPA - 1988 ACT 15 november 1988

²¹ Vide CATHERINE COLSTON in *Principles of Intellectual Property Law*, Cavendish Publishing Limited, London, 1999, pp.187 e ss. Esta posição tem como base jurídica a diretiva de harmonização 93/98/EEC Terms of Copyright and certain related Rights e Regulamento inglês Copyright and related Rights de 1 de dezembro de 1996.

como é o caso das obras audiovisuais baseadas em obras literárias ou que sejam *remakes* de outras obras preexistentes, exige-se que as obras audiovisuais em geral, apresentem um trabalho criativo e um empenho que justifique a sua proteção enquanto tal. Uma das características essenciais para o ordenamento jurídico inglês, é a de que as obras audiovisuais sejam exibidas em ecrã, o que o legislador determina como “*screen display*”. Neste tipo de obras, o produtor e o diretor são considerados e protegidos como coautores. Existe uma definição ampla de obra audiovisual que permite incluir na sua tutela as obras multimédia e os videojogos²².

O ordenamento jurídico alemão, por sua vez, traz-nos algumas particularidades interessantes, não obstante cometer a mesma falha que outros ordenamentos jurídicos. Faz uma distinção entre obra cinematográfica, obra adaptada à cinematografia e produtos cinéticos²³. Para que pudesse existir um tratamento exemplar das obras audiovisuais, não deveria existir a distinção entre obra cinematográfica (*Filmwerke*), obra adaptada à cinematografia e obras cinéticas (*Bildfolgen*). Ao observarmos o artigo 95 da UrhG, verificamos que bastaria falar nas ditas obras cinéticas, restringindo um pouco a sua tutela, na medida em que se protegem todas as sequências de imagens ou sons, quer sejam, ou não obras, incluindo-se aqui as obras televisivas, as obras dramáticas ou de ópera, bem como as meras sequências de imagens ou sons sem realização, às quais este artigo manda aplicar todos os preceitos legais existentes para as adaptações cinematográficas. Se o ordenamento alemão qualificasse as obras audiovisuais como obras cinéticas e dentro destas quisesse subdividir as obras cinematográficas e as suas adaptações, tal concetualização pareceria mais coerente e com uma maior aplicabilidade prática, na medida em que se trataria a totalidade das obras audiovisuais, enquanto obras plenas²⁴.

²² Vide CATHERINE COLSTON in *Principles of Intellectual Property Law*, Cavendish Publishing Limited, London, 1999, pp.191 e 192.

²³ A Lei de Autor Federal Alemã é denominada como UrhG (Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte – Urheberrechtsgesetz) alterada pela Gesetz zur Stärkung der vertraglichen Stellung von Urhebern und ausübenden Künstlern de 22.03.2002. Quanto à distinção efetuada por este ordenamento jurídico vide UrhG artigos 3.º, 2(1) /6.º, 9º, 23º, 65(2)º, 88º, 89º, 90º, 91º, 93º, 94º e 95º.

²⁴ A este propósito a doutrina alemã, nomeadamente SCHAK trata a obra cinematográfica como “*Gesamtkunstwerk*”, ou seja, “*uma obra de arte perfeita ou total*” vide ALBERTO SÁ E MELLO in *Contrato de Direito de Autor. A autonomia contratual na formação do direito de autor*, Almedina, Coimbra, março 2008, p.414. Pelo que, se a obra cinética, entendida à luz deste regime legal e de acordo com a sua discutível distinção com a obra cinematográfica e adaptada à cinematografia, fosse tratada, esta sim,

Contudo, o que resulta deste regime é que não existe uma percepção clara entre o que será considerado como *Bildfolgen* e *Filmwerke*, não obstante o referido artigo 95 da UrhG mande aplicar o regime das obras cinematográficas, na sua íntegra, às obras cinéticas e adaptadas à cinematografia.

Para a lei de direito de autor japonesa²⁵ a obra audiovisual é apenas um dos tipos da obra cinematográfica, em que a paternidade e todos os direitos patrimoniais da obra pertencem de forma exclusiva ao produtor da obra responsável pelo trabalho de cenografia e pela direção artística, com exceção dos autores dos romances, do cenário, da música ou dos autores de outras obras adaptadas ou utilizadas numa determinada obra audiovisual²⁶. Estranhamente, um dos países mais avançados em termos de tecnologia audiovisual reduz as obras audiovisuais a uma insignificância incompreensível, uma vez que a grandeza da obra audiovisual não lhe permite ficar enclausurada de modo a ser considerada como um subtipo da obra cinematográfica, obra essa com características mais restritas do que a obra audiovisual. A posição japonesa só se compreende pelo facto de a lei do país em matéria de direitos de autor se encontrar obsoleta, dado que a sua última alteração foi em 1995, o que leva a uma imutabilidade legal de 20 anos.

A legislação brasileira²⁷ abarca uma definição de obra audiovisual que demonstra a evolução concetual que este ordenamento jurídico fez nesta temática, de modo a que se permitisse ao intérprete considerar novas perspectivas acerca deste tipo de obras. Define obra audiovisual como “...sendo aquela que resulta da fixação de imagens, com ou sem som, que tenham a finalidade de criar, por meio de sua reprodução, a impressão de movimento, independentemente dos processos de sua captação, do suporte

como uma verdadeira “*Gesamtkunstwerk*”, teríamos uma sistematização mais lógica das obras audiovisuais, neste sentido vide B.D. BRELOER in *Verfilmung, Verfilmungsrecht und Fernsehfilm*, Sweitzer, Berlin, 1973.

²⁵ Lei n.º 48 de 6 de março de 1970 alterada pela lei n.º 91 de 12 de março de 1995

²⁶ Vide LAURA CHIMIENTI in *Lineamenti del nuovo diritto di autore*, Settima Edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2006, pp.105.

²⁷Artigo 5.º, VIII, i da Lei n.º 9.610/1998. A referência feita ao conceito de obra audiovisual feita pelo ordenamento jurídico brasileiro, foi realizada na p.17 da Dissertação de Mestrado com o tema *Da Obra Audiovisual: Tutela dos Autores e Intérpretes*, realizada pela autora da presente tese de Doutoramento depositada na UCP.

usado inicial ou posteriormente para fixá-las, bem como os meios utilizados para sua veiculação.” A abrangência deste conceito é notável e demonstra uma grande abertura a um conceito suficientemente amplo para abraçar todas as manifestações das obras audiovisuais sem exceção. Contudo, esta definição, pela sua amplitude, será suscetível de considerar como obra audiovisual obras que, na realidade não o são, sendo que, nesta medida, essa abrangência se pode tornar perigosa.

No ordenamento jurídico norte-americano²⁸, a sistematização efetuada neste âmbito das obras audiovisuais é mais consistente, na medida em que se define obra audiovisual, surgindo a obra cinematográfica como uma das suas modalidades. As obras audiovisuais aparecem determinadas na *copyright law*, sec.101, como *“as que estão organizadas em séries de imagens relacionadas que são destinadas a ser exibidas com recurso a máquinas ou equipamentos/dispositivos como projetores, monitores vídeo, ou equipamento eletrónico, em conjunto, se for o caso, com os sons que as acompanham independentemente da natureza dos suportes matérias, tais como filmes ou fitas em que estejam incorporadas.”* As obras cinematográficas (*“motion pictures”*) aparecem descritas na mesma sec.101 como *“as obras audiovisuais que consistem em séries de imagens relacionadas que, se apresentadas em sucessão, transmitem uma impressão de movimento, em conjunto, se for o caso, com os sons que as acompanham”*. Muito embora, por um lado, se deva aplaudir o facto de as obras cinematográficas serem consideradas como um dos tipos de obra audiovisual, por outro, a definição encontrada por este ordenamento jurídico para obra audiovisual é insatisfatória. Esta definição da *“copyright law”* é muitíssimo materialista, atendendo apenas às formas técnicas, nas quais estas obras se materializam, e ignora por completo os elementos essenciais do seu conteúdo, nomeadamente o pressuposto da criatividade. A proteção dada a estas obras ficará sempre prejudicada neste ordenamento dada a imperfeição da sua definição, que descarta completamente o conteúdo substancial e fundamental que lhe permitiria obter uma tutela mais eficaz e

²⁸ Nomeadamente na lei de Autor dos Estados Unidos (United States Copyright Law, Code, Title 17-Copyrights) aprovada pela *Public Law* 94-553 de 19 de outubro de 1976 e alterada pela *Public Law* 104-39 de 1 de novembro de 1995.

adequada. Ao analisarmos ambas as definições, percebemos a superficialidade da proteção conferida às obras audiovisuais, já que a obra cinematográfica tem também como elementos principais da sua definição “*as imagens em sucessão que transmitem uma impressão de movimento*”. Isto demonstra a forma vaga e despreocupada com que se atende apenas ao aspeto físico e material deste tipo de obras, ignorando a possibilidade de as mesmas existirem de forma imaterial, bem como a sua essência e a sua génese²⁹.

Existem países que não contemplam, sequer, uma definição de obra audiovisual nas suas legislações de direitos de autor, como é o caso da Grécia e dos Países Escandinavos³⁰.

No que respeita aos diplomas internacionais uniformizadores nesta matéria, convém analisarmos, desde logo, a Convenção de Berna³¹. Esta Convenção começa por estabelecer, no seu artigo 1.º, como âmbito de proteção a “*proteção dos direitos dos autores sobre as suas obras literárias e artísticas*”. À primeira vista, este conceito de “*obra artística*” permitiria enquadrar as obras audiovisuais sem qualquer limitação. No entanto, o artigo 2.º n.º 1 prevê que os termos «*obras literárias e artísticas*» compreendem todas as produções do domínio literário, científico e artístico, qualquer que seja o seu modo ou forma de expressão, tais como: ...obras cinematográficas, às quais são assimiladas as obras expressas por um processo análogo à cinematografia”. Esta definição é muito restritiva no que respeita às obras audiovisuais, na medida em que se limita as obras audiovisuais às obras cinematográficas, confundindo-se o todo com a parte, na medida em que ao se indicar apenas as obras cinematográficas como

²⁹ No mesmo sentido, MICHAEL SCOTT in *Licensing and Intellectual Property Law Desk Reference 2004 Edition*, Aspen Publishers, Aspen (USA), 2003; SUSAN KELL in *Industry strategies for intellectual property and trade: the quest for trips, and post-trips strategies*, Globalization and Intellectual Property, Ashgate Publishing Company, London, 2006, pp.79-107 e ALBERTO SÁ E MELLO in *Contrato de Direito de Autor. A autonomia contratual na formação do direito de autor*, Almedina, Coimbra, março 2008, pp. 425 ss.

³⁰ Cfr. LAURA CHIMIENTI in *Lineamenti del nuovo diritto di autore*, Settima Edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2006, pp.99 ss.

³¹ A Convenção de Berna para a proteção das obras literárias e artísticas foi concluída a 9 de setembro de 1886. Depois da sua entrada em vigor foi completada em Paris a 4 de maio de 1896, revista em Berlim a 13 de novembro de 1908, completada em Berna a 20 de março de 1914 e revista em Roma a 2 de junho de 1928, em Bruxelas a 26 de junho de 1948, em Estocolmo a 14 de julho de 1967 e em Paris a 24 de julho de 1971. O Acto de Paris da Convenção de Berna para a protecção das obras literárias e artísticas entrou em vigor em 10 de outubro de 1974.

alvo de proteção se está a limitar a proteção de vários tipos de obras audiovisuais. Apenas se refere no artigo II n.º 9 alínea c) do anexo à Convenção a expressão “*fixação áudio - visual*”. No que respeita à Convenção Universal ³², refere-se no artigo I que “*Cada um dos Estados Contratantes compromete-se a tomar todas as medidas necessárias a assegurar uma concreta e eficaz proteção dos direitos dos autores e de quaisquer titulares destes direitos sobre obras literárias, científicas e artísticas, tais como os escritos, as obras musicais, dramáticas e cinematográficas e as de pintura, gravura e escultura.*”. A concretização de obras artísticas, no que se refere especificamente às obras audiovisuais, falha, dado que apenas se referem as obras cinematográficas. Contudo, levantam-se algumas dúvidas quanto a esta classificação nesse diploma, na medida em que no artigo V-TER n.º8 alínea b), por sua vez, se refere o termo “*fixação audiovisual*” e o artigo V – QUARTER n.º3 alínea b) contém a expressão “*reprodução em forma áudio – visual*”, pelo que a classificação das obras audiovisuais como obras cinematográficas, por um lado e, por outro, a existência de expressões como fixação audiovisual ou reprodução em forma audiovisual são passíveis de gerar confusão no intérprete. Atendendo à data da última revisão destas convenções e ao precário desenvolvimento tecnológico da época (década de 70), facilmente se compreende que a obra audiovisual por excelência era a obra cinematográfica, em pé de igualdade com a obra televisiva, deixando, por isso, sem proteção as obras audiovisuais mais recentes, como é o caso dos jogos de computador e suas técnicas inovadoras e dos produtos informáticos produzidos atualmente de forma análoga ao processo cinematográfico³³. Por sua vez, o Tratado de Roma³⁴ confere uma proteção

³² A Convenção Universal sobre Direitos de Autor foi assinada em Genebra, em 6 de setembro de 1952, tendo sido revista em Paris, a 24 de julho de 1971. Apesar desta Convenção ser apelidada por muitos como *Convenção Zombie*, entendemos por bem referir este diploma de modo a que se possa obter uma ideia mais completa acerca do tratamento das obras audiovisuais de modo transnacional e visualizar a evolução desse tratamento temporalmente em termos legislativos.

³³ Convém referir que esta menção às Convenções de Berna e Convenção Universal, foi já efetuada pela autora da presente tese no âmbito da dissertação de mestrado com o tema *Da Obra Audiovisual: Tutela dos Autores e Intérpretes*, pp.18 e ss. A solução apontada, nessa ocasião, para atender ao conceito de obra audiovisual destes diplomas, na atualidade, passaria por atender a um critério subjetivista, no qual se procuraria perceber qual a ideia de proteção pretendida pelo legislador e fazer uma interpretação extensiva, dando primazia aos elementos sistemáticos, históricos, racionais ou teleológicos, em detrimento da letra da lei, na medida em que atualmente esta está aquém do seu espírito.

demasiado genérica à propriedade intelectual e seu exercício nos artigos 30.º e 295.º do Tratado, onde se determina a proteção de património nacional de valor artístico e o regime de propriedade nos estados membros, não se especificando em concreto as obras audiovisuais. Apesar desta generalidade de tratamento relativa à propriedade intelectual, a Comissão Europeia apresenta uma ideia que poderá ser muito útil às obras audiovisuais, na medida em que se prevê a necessidade de existirem no futuro regras únicas para a propriedade intelectual em todos os estados membros, de modo a que não existam monopólios que manipulem a proteção oferecida a este tipo de obras³⁵. Já a Organização de Comércio Mundial, através do acordo de comércio relacionado com os direitos da propriedade intelectual³⁶, estabelece algumas regras concretas para vários subtipos de obras audiovisuais, sem se referir, em particular, ao conceito geral deste tipo de obras³⁷. Podemos concluir que apesar de se considerarem alguns tipos em concreto, não se consegue conferir-lhes uma proteção total, que permita abarcar todas as manifestações de obras audiovisuais³⁸.

Existem ainda organizações mundiais que se preocupam em concreto com as obras audiovisuais, como é o caso da Organização Mundial da Propriedade Intelectual³⁹ (OMPI) que refere no Tratado de 1996⁴⁰ a

³⁴ O Tratado de Roma foi assinado em 25 de março de 1957 e entrou em vigor em 1 de janeiro de 1958, tendo sido atualizado pelo Acto Único Europeu, de 1 de Julho de 1986, pelo Tratado de Maastricht, de 1 novembro de 1992, pelo Tratado de Amesterdão, de 1 de maio de 1997, pelo Tratado de Nice, de 1 de fevereiro de 2000, pelo Tratado de Roma (Constituição para a Europa), de 29 de outubro de 2004 e pelo Tratado de Lisboa assinado em 13 de dezembro de 2007, tendo entrado em vigor em 1 de dezembro de 2009.

³⁵ Vide JEREMY PHILLIPS e ALISON FIRTH in *Introduction to Intellectual Property Law*, Fourth Edition Butterworths, London, 2001, pp.411 e ss.

³⁶ A Organização de Comércio Mundial ou World Trade Organization (WTO) foi criada na ronda negocial do Uruguai, entre 1986 e 1994, e é uma organização global que regula as regras de comércio entre as nações. Neste âmbito, a WTO criou o acordo de comércio relacionado com os aspetos da propriedade intelectual que foi assinado em Marrakech, Marrocos, em 15 de abril de 1994, esse acordo é denominado por TRIPS: Agreement on trade-related aspects of Intellectual Property Rights ou ADPIC

³⁷ Vide TRIPS: Agreement on trade-related aspects of Intellectual Property Rights: Annex 1C Part II – Standards concerning the availability, scope and use of Intellectual Property Rights, Seccion 1 Copyright and related rights articles 10.º, 11.º e 14.º.

³⁸ Vide JEREMY PHILLIPS e ALISON FIRTH in *Introduction to Intellectual Property Law*, Fourth Edition Butterworths, London, 2001, pp 422 e ss.

³⁹ A Organização Mundial da Propriedade Intelectual é frequentemente designada como OMPI ou como WIPO (World Intellectual Property Organization). Esta organização é a agência das Nações Unidas que se dedica à protecção da Propriedade Intelectual no mundo com a colaboração dos estados membros e das organizações internacionais. Foi criada em 1970, depois da entrada em vigor da *WIPO Convention* em 1967. Só em 1974 se tornou na agência das Nações Unidas, especializada nesta matéria.

necessidade de proteger as obras artísticas, nas quais se incluem as obras audiovisuais, referindo algumas das obras audiovisuais mais expressivas, como obras cinematográficas, programas de computador e obras incorporadas em fonogramas⁴¹. Apesar da referência ser ainda tímida e parca no que respeita a estas obras, certo é que em 2002, no âmbito de um congresso organizado pela OMPI quanto à disponibilização de obras intelectuais em linha, se tratam as obras audiovisuais enquanto tais, conferindo-lhes o espaço e a amplitude concetual necessárias para uma tutela mais conforme com as suas necessidades⁴².

No ordenamento jurídico português, a obra audiovisual é atualmente tratada de forma generalista e pouco profunda. No Código de Direito de Autor e Direitos Conexos (CDADC)⁴³ a primeira referência que surge a este tipo de obras aparece no artigo 34.º que tem por epígrafe “*Obra cinematográfica ou audiovisual*”, dando a ideia errónea de que ambas as obras são a mesma coisa. Porém, a obra audiovisual tem uma latitude incomensuravelmente superior, na medida em que a obra cinematográfica é apenas um dos tipos de obra audiovisual. Este artigo apenas se refere aos direitos de autor sobre a “*obra cinematográfica ou qualquer outra obra audiovisual*”, parecendo secundarizar o conceito de obra audiovisual na sua globalidade, o que é inesperado, dada a grandeza e abrangência do conceito. No CDADC tão pouco se refere na enumeração exemplificativa compreendida no artigo 2.º do mesmo diploma, no que tange às obras originais, qualquer referência às obras audiovisuais, limitando-se apenas a alínea f) do n.º 1 deste preceito a referir “*Obras cinematográficas, televisivas, fonográficas, videográficas e radiofónicas*”.

⁴⁰ Tratado da OMPI sobre Direitos de Autor, de 20 de dezembro de 1996.

⁴¹ Veremos mais à frente que alguns programas de computador e obras apelidadas como produções multimédia, bem como algumas das obras incorporadas em fonogramas, como é o caso de videoclips, sendo obras realizadas através de processos análogos aos da cinematografia, poderão ser consideradas como obras audiovisuais.

⁴² IV Congresso Iberoamericano sobre *Derecho de Autor y Derechos Conexos: La Propiedad Intelectual, un canal para el desarrollo* organizado pela OMPI conjuntamente com o Governo do Panamá entre 15 e 17 de outubro de 2002. Taller - Segunda Session 1) “Aspectos jurídicos de la distribución en línea de obras literárias, musicales, audiovisuales, bases de datos, producciones multimédia” - Documento preparado pelo Professor Doutor JOSÉ OLIVEIRA ASCENÇÃO, OMPI/DA/PAN/02/T2.1M, pp. 1-7.

⁴³ O Código dos Direitos de Autor e Direitos de Autor (CDADC) aparece previsto na Lei 16/2008, aprovada em 1 de fevereiro de 2008, e publicada no Diário da República 1.ª Série n.º 64, de 1 de abril de 2008.

O único diploma nacional que compreendeu no passado uma definição de obra audiovisual foi a Lei 42/2004 de 18 de agosto, alterada pela Lei 55/2012 de 6 de setembro e regulamentada pelo Decreto – Lei n.º 25/2018⁴⁴. O artigo 2.º deste diploma começou por distinguir, ainda que de forma arcaica, as obras cinematográficas das obras audiovisuais. Na anterior alínea g) do artigo 2.º deste diploma, as obras cinematográficas apareciam definidas como *“as criações intelectuais expressas por um conjunto de combinações de palavras, música, sons, textos escritos e imagens em movimento, fixadas em qualquer suporte, destinadas prioritariamente à distribuição e exibição em salas de cinema, cujas características técnicas da produção final permitam a exibição em salas de cinema”*. As obras audiovisuais apareciam descritas na alínea f) do mesmo artigo como *“as criações intelectuais expressas por um conjunto de combinações de palavras, música, sons, textos escritos e imagens em movimento, fixadas em qualquer suporte, cujas características técnicas da produção final permitam a transmissão televisiva”*. As definições só diferiam no que respeita à forma de difusão, o que de todo, não pode ser considerado como um critério válido de distinção entre ambas as obras. Talvez por isso o Decreto-Lei n.º25/2018 de 24 de abril que regulamentou a Lei 55/2012 de 6 de setembro extinguiu ambos os conceitos que atualmente não fazem parte do artigo 2.º da Lei 55/2012, embora se definam no referido artigo, algumas das manifestações das obras audiovisuais.

Pelo supra exposto, entendemos que existe uma necessidade generalizada de alterar os pressupostos de tutela das obras audiovisuais de modo a que estas possam ter uma aplicabilidade prática mais útil. Por aqui facilmente se vislumbra que faltam referências principais à obra audiovisual, quer nas legislações nacionais, quer nos tratados internacionais.

Para que se possa inverter esta tendência, será necessário um longo caminho, no qual se terá que redimensionar a classificação dogmática existente, sendo necessário que a doutrina existente nos diversos países

⁴⁴ A Lei 42/2004, de 18 de agosto, aparece publicada no Diário da República 1.ª Série A n.º 1 194 de 18 de agosto de 2004, recentemente alterada pela Lei 55/2012, de 6 de setembro regulamentada pelo DL 124/2013 de 30 de agosto e pelo DL 25/2018 de 24 de abril e estabelece, de acordo com o seu artigo 1.º, os programas e medidas de apoio ao desenvolvimento e proteção das atividades cinematográficas e audiovisuais. A regulamentação da Lei 42/2004 através do DL 25/2018 de 24 de abril fez desaparecer o conceito de obra audiovisual ali previsto.

possa contribuir para que o legislador, de uma forma geral, possa proceder a esse redimensionamento.

PARTE I

Da Qualificação da Obra Audiovisual em Geral

1. O objeto da obra audiovisual

Para que possa existir o redimensionamento da classificação dogmática da obra audiovisual, será sempre necessário ter em conta o objeto da obra audiovisual. Embora, à primeira vista, a delimitação deste objeto pareça simples, tal conceção é ilusória. A importância da determinação do objeto deste tipo de obras prende-se, desde logo, com o fato de as mesmas serem obras de espírito⁴⁵, criadas obrigatoriamente por uma ou mais pessoas físicas e individuais⁴⁶. É essencial indagarmos sobre os elementos que verdadeiramente integram estas obras, para que se fundamente a necessidade da sua proteção⁴⁷. As obras audiovisuais deverão gozar de uma proteção específica no que respeita à sua autoria, à titularidade dos direitos, aos contratos em que estão envolvidas e à duração da sua proteção⁴⁸.

Entre os elementos essenciais da obra audiovisual, podemos distinguir a obrigatoriedade de: existência de imagens associadas em movimento ou que sugerem movimento; existência ou não de sons ligados a essas imagens; que as imagens sejam passíveis de ser fixadas em qualquer suporte; que as mesmas sejam expressas para projeção/reprodução; existência de criatividade ou originalidade⁴⁹.

⁴⁵ No mesmo sentido vide CARLOS ROGEL VIDE in *Manual de Derecho de Autor*, Reus, Madrid, 2008, pp. 115 ss.

⁴⁶ Com exceção do caso de se considerar, a obra audiovisual, como obra coletiva.

⁴⁷ A importância do objeto da obra audiovisual prende-se com o fato de ser absolutamente necessário conhecer quais os elementos determinantes da mesma, de modo a conferir ao(s) seu(s) autor(es) a proteção mais adequada e proporcional no que respeita aos seus direitos de autor. Aliás sendo este tipo de obras um exclusivo da razão humana, não estando para já, a sua criação, ao alcance das pessoas coletivas ou das máquinas, convém identificar a individualidade criativa de uma obra em concreto, que lhe permitirá distinguir-se das demais e tornar-se única. Esta referência havia já sido realizada pela autora do presente trabalho no âmbito da Dissertação de Mestrado com o tema *Da Obra Audiovisual: Tutela dos Autores e Intérpretes* pp.25.

⁴⁸ Neste sentido vide PASCAL KAMINA in *Film Copyright in the European Union*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp.75.

⁴⁹ No mesmo sentido vide CARLOS ROGEL VIDE in *Manual de Derecho de Autor*, Reus, Madrid, 2008, pp. 116 e RODRIGO BERCOVITZ RODRIGUEZ – CANO in *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 3.ª Edição, 2006 pp.208-209.

Imagens associadas

Começando pela análise do elemento “imagens associadas em movimento ou que sugerem movimento”, existem várias considerações a ser feitas. A associação de imagens é encarada por vários autores como um conjunto de imagens relacionadas que possuem um certo caráter sequencial ou que estão intimamente relacionadas⁵⁰. Esta interpretação, defendida pela maioria da doutrina, parece-nos bastante adequada, na medida em que um conjunto de imagens aglutinadas, sem nexos, ou sem qualquer relação, não pode ser considerada como uma obra audiovisual. Para outros, é necessário que esse conjunto de imagens constitua uma unidade temática⁵¹. Esta posição parece demasiado restritiva, uma vez que se considera que as imagens associadas, além de um certo caráter sequencial, têm que se integrar numa unidade temática, o que nem sempre acontece, já que existem diversas obras audiovisuais que tratam várias unidades temáticas.

Existe ainda uma terceira corrente que exige que a associação de imagens constitua uma sequência animada. Esta terceira corrente é extremada, na medida em que nem todas as obras audiovisuais são obras animadas ou passíveis de conter uma sequência animada no seu conteúdo. Esta orientação está prevista na legislação francesa que, na sua definição de obra audiovisual, dá um particular significado à sequência animada de imagens⁵².

Embora a primeira posição, partilhada pela generalidade da doutrina, acerca das imagens associadas, nos pareça a mais exata, é necessário ter em conta que o caráter sequencial exigido ou a íntima ligação entre elas, deverá existir, pelo menos, para o(s) autor(es) da obra audiovisual, não

⁵⁰ Entre os defensores desta corrente estão GONZALO GONZALÉZ, CARLOS ROGEL VIDE in *Manual de Derecho de Autor*, Reus, Madrid, 2008, CONCEPCION SAIZ GARCIA in *Obras Audiovisuales y Derechos de Autor*, Aranzadi, Navarra, 2002, pp.31 e ss, e PASCAL KAMINA, in *Film Copyright in the European Union*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002. pp.66, bem como a maioria dos autores que se debruça sobre as questões relacionadas com a obra audiovisual. Esta posição doutrinária é, em nosso entender, a mais adequada para caracterizar o elemento imagens associadas. Pese, embora, a necessidade de se fazer uma interpretação cuidada acerca deste elemento assim considerado, como veremos ainda neste âmbito.

⁵¹ Como é o caso de RODRIGO BERCOVITZ RODRIGUEZ – CANO in *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 3.ª Edição, 2006 pp.208-209.

⁵² Vide L.112-2 do Código de Propriedade Intelectual francês.

sendo necessário que essa sequência ou ligação entre as imagens, associadas seja perceptível para o público em geral. É necessário que essa sequência e ligação existam independentemente de ela ser visível para a generalidade do público. Quanto à questão de as imagens associadas estarem em movimento ou sugerirem movimento, este é um aspeto de suma importância, na medida em que uma imagem estática e com total ausência de sugestão visual ou auditiva de movimentos nunca poderia constituir uma obra audiovisual⁵³.

Existência de som ou sons ligados às imagens

No que respeita à existência de som ou sons ligados às imagens, este é um elemento que pode trazer maior criatividade à obra audiovisual. Alguns autores, todavia, consideram que o mesmo não é obrigatório⁵⁴. Parece-nos que há que distinguir os sons enquanto diálogos ou sons da natureza, das bandas sonoras e músicas inseridas nas obras audiovisuais. A própria semântica da palavra “audiovisual” sugere a necessidade da existência de um elemento auditivo e de um elemento visual, ainda que o elemento auditivo se traduza só nos diálogos e sons próprios (da natureza ou ficcionais) do desenrolar da obra, ou só da banda sonora ou músicas que

⁵³ Cf. CARLOS ROGEL VIDE in *Manual de Derecho de Autor*, Reus, Madrid, 2008, pp.116. A este propósito referimos uma imagem estática, utilizando a expressão no singular, na medida em que a mesma no plural não tem o mesmo significado. Isto porque recordando o célebre filme português, realizado no ano 2000, “Branca de Neve” de João César Monteiro, a partir da obra original de Roger Walser, o mesmo demonstra ser muito peculiar no que toca à associação de imagens e à sua movimentação ou sugestão de movimento. Durante os 75 minutos de duração do filme, na maioria do tempo a imagem que aparece no ecrã é totalmente negra, ouvindo-se uma narrativa de comédia baseada em Branca de Neve. No entanto, a associação de imagens existe, na medida em que o filme começa com um fundo branco, seguido do ecrã negro e da intermitência deste com o fotograma do céu. Esta sequência parca de imagens poderá considerar-se como imagens associadas com uma íntima relação entre elas, ainda que só para alguns. Esta referência foi já efectuada nas pp.28-29 da Dissertação de Mestrado com o tema *Da Obra Audiovisual: Tutela dos Autores e Intérpretes*, realizada pela autora da presente tese de Doutoramento.

⁵⁴ Neste sentido vide ISABEL ESPÍN ALBA in *Obras Audiovisuales. Clases, Nacionalidad y Calificación de las Mismas en la Ley del Cine in La Ley del Cine y el Derecho de Autor*, Reus, Madrid, 2008, pp.21ss.

façam parte da obra audiovisual⁵⁵. Os sons devem estar sincronizados com as imagens⁵⁶.

Imagens fixadas num qualquer suporte

Quanto ao fato de essas imagens serem passíveis de ser fixadas num qualquer suporte, este é o requisito que as obras audiovisuais devem cumprir de modo a que existam enquanto obra. A existência de uma obra, obriga a que estas estejam inscritas num qualquer suporte conhecido ou que possa surgir no futuro⁵⁷. Para alguns autores é até mesmo irrelevante a existência de um suporte físico, desde que se consiga fazer a dita “prova de vida” deste tipo de obras⁵⁸.

Necessidade de as imagens serem associadas ou terem um caráter sequencial de modo a serem expressas para projeção/reprodução

Relativamente à necessidade de essas imagens associadas ou com um caráter sequencial serem expressas para projeção/reprodução, este é um dos aspetos mais curiosos dos elementos essenciais das obras audiovisuais. Certo é que as obras audiovisuais não conseguem ser percecionadas de forma empiricamente direta⁵⁹. Aliás, para que as mesmas sejam exteriorizadas, é necessário que elas existam num qualquer suporte

⁵⁵ Assim sendo, podemos ter uma obra audiovisual em que as personagens não têm diálogos (p. ex. os filmes mudos) que será apenas acompanhada de banda sonora ou música, ou uma obra audiovisual na qual apenas existem os diálogos das personagens ou os sons próprios do enredo, sejam eles sons da natureza ou ficcionados, mas na qual não existe banda sonora ou música inserida naquela obra. Em sentido oposto J.M. RODRIGUEZ TAPIA in *Comentario a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, 2007, pp.490, que considera que o som ou a banda sonora não é essencial ao conceito de obra audiovisual.

⁵⁶ Neste sentido, vide ANTÓNIO DELGADO PORRAS in “Proteccion y Límites del Derecho de Autor de los Creadores Visuales”, Seminario Diego Rivera e Ignacio Zuloaga de Derechos de Autor de los Creadores, Trama Editorial, Madrid, 2006, pp.19- 270.

⁵⁷ Neste sentido vide CARLOS ROGEL VIDE in *Manual de Derecho de Autor*, Reus, Madrid, 2008.

⁵⁸ Neste sentido, NAZARETH PÉREZ DE CASTRO. A irrelevância da existência de um suporte material, levamos a indagar se não deveríamos considerar a possibilidade de o suporte das obras audiovisuais poder ser um suporte imaterial. No entanto, ainda que o suporte onde estas obras estão fixadas não seja palpável, ele terá sempre que existir sob pena de se proteger o vazio e o inexistente, como tal não parece verosímil colocar esta possibilidade. Isto porque apesar desse suporte ser muitas vezes intangível, ele existe e persiste de modo a incorporar em si próprio uma determinada obra audiovisual. Existem ainda autores que consideram necessário distinguir o suporte material que serve de recetáculo às obras audiovisuais, ou seja, o filme, o vídeo ou a película e o seu videograma, isto é, a sua primeira fixação visual num suporte sem qualquer tipo de intervenção por parte dos seus autores, neste sentido vide CARLOS ROGEL VIDE in *Estudios Completos de Propiedad Intelectual, Volume I*, Reus, Madrid, 2003, pp. 194.

⁵⁹ Neste sentido vide RODRIGO BERCOVITZ RODRIGUEZ – CANO in *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 3.ª Edição, 2006 pp.209.

para que possam ser projetadas ou reproduzidas⁶⁰. De acordo com CARLOS ROGEL VIDE, é necessário lançar mão de um “*meio técnico de comunicação*”, para que a obra audiovisual possa ser percebida pelo seu espectador, não obstante não o considerar essencial⁶¹. Entendemos que ao considerarmos o elemento “que as imagens sejam expressas para projeção/reprodução”, a existência da “expressão” das imagens (por qualquer forma) é suficiente para que as mesmas possam ser protegidas, independentemente de as mesmas serem efetivamente projetadas ou reproduzidas para um determinado público.

Criatividade ou originalidade

No que respeita aos elementos criatividade ou originalidade, devemos advertir, antes de mais, que existe alguma dificuldade para a doutrina distinguir ambos os elementos, dado que ambos fazem parte do processo mental dos coautores. Essa distinção, foi feita no passado pela doutrina alemã que entendia ser necessário um determinado grau de originalidade, à qual se chamava “*Gestaltungshöhe*”, para que uma obra fosse passível de proteção pelos Direitos de Autor. Atualmente, protegem-se as “*Kleinze Munz*”⁶², ou seja, as obras em que a originalidade é mínima, mas que ainda se podem considerar imputáveis subjetivamente ao autor, pelo que não sendo banais, merecem proteção. Exige-se assim que exista uma originalidade ou criatividade *de minimis*.

A linha de divisão entre ambos os elementos, é por vezes muito peculiar e ténue, já que ambos os conceitos fazem parte do processo mental dos coautores e deverão materializar-se numa obra final original ou criativa.

⁶⁰ Quanto à questão da projeção/reprodução é necessário fazer aqui um reparo. O regime jurídico anglossaxónico considera que uma das características fundamentais das obras audiovisuais é o fato de as mesmas serem exibidas em ecrã *screen display*. Contudo essa característica é um pouco controversa, na medida em que uma obra audiovisual pode ser projetada/reproduzida numa qualquer superfície, p.ex. uma parede, não tendo necessariamente que ser exibida num ecrã.

⁶¹ Vide CARLOS ROGEL VIDE in *Manual de Derecho de Autor* Reus, Madrid, 2008, pp.116 ss. Apesar desta referência o autor entende in *Estudios Completos de Propiedad Intelectual, Volume I*, Reus, Madrid, 2003, pp. 195, que este elemento poderia ser deixado de fora dos elementos essenciais da obra audiovisual na medida em que “*o decisivo é o meio de expressão pelo qual a obra se manifesta e não o círculo de pessoas que podem ter acesso à mesma*”.

⁶² Vide Maria Victória Rocha “Contributos para a delimitação da “originalidade como requisito de protecção da obra pelo direito de autor” in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor António Castanheira Neves*, Coimbra Editora, Volume II, 2008, p. 733-792

A criatividade de uma forma geral, pode ser definida segundo EDELMAN como “o produto de um trabalho intelectual livre exprimindo a personalidade do criador”. No entanto, só a atividade de carácter criativo, ou seja, o esforço intelectual e artístico de um autor é que pode conduzir à existência de uma obra original⁶³

A originalidade, por sua vez, é a concretização do trabalho realizado pela personalidade do(s) seu(s) autor(es), sendo por isso mesmo o reflexo da criação pessoal, ou seja, a forma de materializar a criatividade⁶⁴. Pelo que, como diz ANTEQUERA PARILLI⁶⁵, “*Não deve confundir-se originalidade da obra com o seu carácter originário*”, na medida em que o carácter originário da obra, resulta tão somente, da atividade criativa do seu autor, que irá materializar-se numa obra original.

A criatividade é em sentido absoluto, produzir algo do nada⁶⁶. O(s) autor(es) da obra audiovisual têm como parte da sua essência a criatividade, que advém de um conjunto de “valores secretos”, que através da inspiração do(s) seu(s) autor(es), pela sua sensibilidade, vai transformar valores abstratos em obras concretas. O processo mental da criatividade obtém-se através da produção cognoscível, que reflete a subjetividade do(s) seu(s) autor(es) ao colocar(em) o seu conhecimento obtido através de um conjunto

⁶³ Neste sentido vide CONCEPCIÓN SAIZ GARCIA in *Obras Audiovisuales y Derechos de Autor*, Aranzadi, Navarra, 2002.

⁶⁴ Neste sentido vide MARIA VICTORIA ROCHA in “A originalidade como requisito de proteção do Direito de Autor - Algumas reflexões”, *Verbo Jurídico*, Porto, junho de 2003, pp.6 ss. A autora apresenta uma definição de originalidade muito útil na medida em que considera que o conceito de originalidade “...permite-nos distinguir a obra protegida pelo Direito de Autor, da multidão de realizações diárias, do banal, dos produtos que se enquadram no âmbito usual, que ficam fora de proteção porque não se pode dizer que tiveram a sua origem no autor. Por aqui se distingue, por exemplo, um romance, de uma carta banal, ou o objeto artístico da mercadoria ordinária. Não seria justificado conceder direitos nomeadamente de exclusivo para realizações que são apenas concretizações de ideias comuns. Não se pode dizer que tenham origem no autor... naturalmente o autor aplica técnicas, métodos, regras de saber fazer, mas acrescenta-lhes algo de seu, e nisso reside a originalidade.” Desta feita, consideramos que a aplicação das técnicas, métodos e regras de saber fazer, por parte do autor de forma livre e de acordo com a sua personalidade, constituem a sua criatividade, contudo ao acrescentar-lhe algo seu vai fazer com que o processo criativo se materialize, e aí sim estamos perante a originalidade. Como diz a autora, CONCEPCIÓN SAIZ GARCIA “*A originalidade é a consequência lógica do carácter criativo que reveste a atividade desenvolvida na elaboração da obra*”.

O artigo 10.1 TRLPI que diz “*serem objeto de propriedade intelectual todas as criações originais*”. A lei espanhola, claramente distingue o elemento criatividade e o elemento originalidade, não obstante reconhecer que ambos estão intimamente ligados.

⁶⁵ Vide RICARDO ANTEQUERA PARILLI in *Manual para la enseñanza virtual del Derecho de Autor y los Derechos Conexos*, Editora Corripio, C. por A., Caracas, 1.ª Edición, Tomo I, 2001, pp. 90 ss.

⁶⁶ Vide JORGE ORTEGA DOMÉNECH in *Creación Humana y Autoría Intelectual: Diálogos en torno a su Fundamentación Jurídica*, in *Sujetos del Derecho de Autor*, coord. CÉSAR IGLESIAS REBOLLO, Reus, Madrid, 2007. Será pois o “engenho humano”, o responsável por produzir algo do nada e nisso reside a sua criatividade.

de sensações transitórias e concretas que fazem parte da sua experiência, numa determinada obra. Os autores utilizam a sua criatividade através de uma seleção pessoal de elementos da sua personalidade e das experiências mundanas que o rodeiam. Deste modo, o espírito do autor forma uma ideia (fruto da sua criatividade e originalidade), e posteriormente fixa-a numa base para que esta se torne numa obra definitiva e perceptível pelos sentidos. Podemos afirmar, como faz JORGE ORTEGA DOMÉNECH, que *“Todo o poder criativo da mente não é mais do que a faculdade de misturar, transpor, aumentar ou diminuir os materiais apreendidos pelos sentidos e pela experiência”*⁶⁷.

Mas, a criatividade e originalidade da obra só poderá ser objeto de proteção se for exteriorizada, ainda que a obra permaneça inédita. Aliás, em potência todos os seres humanos têm a mesma capacidade criativa, contudo, nem todos fazem uso dela. Por isso mesmo o processo de produção criativa e original terá que se materializar, neste caso, numa obra audiovisual⁶⁸. Se quisermos analisar o processo mental da criatividade ou originalidade poderemos aqui verificar diferentes manifestações deste elemento que poderá apelar-se de originalidade ou de criatividade.

No que toca à criatividade, podemos distinguir dois tipos de criatividade, ou seja a criatividade originária e a organizada. Nas obras audiovisuais, tanto poderá existir uma como outra. Assim sendo, entendemos como criatividade originária, aquela que advém espontaneamente do espírito do(s) autor(es) da obra audiovisual, ou seja, é uma manifestação da mente humana

⁶⁷JORGE ORTEGA DOMÉNECH in *Creación Humana y Autoría Intelectual: Diálogos en torno a su Fundamentación Jurídica*, in *Sujetos del Derecho de Autor*, coord. CÉSAR IGLESIAS REBOLLO, Reus, Madrid, 2007, pp.1-30.

⁶⁸ Vide MÁRIO SOL MUNTANOLA in *El Régimen Jurídico de la Parodia*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2005, p.43-139. A este propósito CATHERINE COLSTON in *Principles of Intellectual Property Law*, Cavendish Publishing Limited, London, 1999, pp.177-215, refere o caso *Cummins v Bond*, que se demonstra particularmente interessante. É atribuído o carácter criativo e originalidade de uma determinada obra audiovisual a uma medium que afirma ter criado a mesma através das instruções que lhe foram dadas por um “espírito do outro mundo” em inglês arcaico, linguagem essa, ininteligível para os leitores modernos.... Contudo ainda que tal fosse possível, foram as capacidades intelectuais da medium que permitiram a criação daquela obra, que de outro modo não teria sido exteriorizada. Parece porém, que seria interessante para quem explorava a dita obra audiovisual, que a “medium” não fosse a autora da mesma, dado que aos “Ghost writers”, ou seja “espíritos do outro mundo” não se atribuem, ainda, direitos de autor.

imbuída por uma determinada matriz sócio - cultural pura⁶⁹. Nesta desenvolve-se uma atividade criativa autónoma e própria, proveniente da atividade intelectual de um ser humano. Por sua vez, a criatividade organizada, é aquela que advém do espírito do(s) autor(es) da obra audiovisual que foram contratados por outrem para criar uma determinada obra. No entanto esta criatividade tem que ser igualmente protegida⁷⁰.

No que respeita às diferentes manifestações de originalidade, convém termos presente que *“A anterioridade destrói a novidade, mas não forçosamente a originalidade”*⁷¹⁷². Existe uma corrente doutrinária que define a originalidade como relativa, verificando se a obra audiovisual possui contribuições criativas, ou apenas contribuições causais⁷³. Esta posição admite que para que exista originalidade relativa é necessário que existam novas contribuições criativas que tragam alguma originalidade à obra. Contudo, essas contribuições criativas têm que ter uma dimensão suficiente para que se possa conferir proteção jurídica à nova obra audiovisual. Assim sendo, essas contribuições não podem ser mínimas. Porém, determinar o que são contribuições criativas de dimensão suficiente,

⁶⁹ Neste sentido, vide BENJAMIN MONTELS in *Contrats de l'audiovisuel*, LexisNexis, S.A., Paris, 2007, pp.1-262 e RICARDO ANTEQUERA PARILLI in *Manual para la enseñanza virtual del Derecho de Autor y los Derechos Conexos*, Editora Corripio, C. por A., Caracas, 1.ª Edición, Tomo I, 2001, pp. 85-272.

⁷⁰ A este propósito vide MARIA VICTÓRIA ROCHA in “Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais – Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando Carvalho e Vasco Lobo Xavier: A titularidade das criações intelectuais no âmbito da relação de trabalho, Coimbra Editora, 2007, pp. 168ss.” A autora considera neste caso em concreto que *“O Direito de Autor, os Direitos Conexos e o Direito Industrial são, portanto, forçados a relacionarem-se com o Direito do Trabalho no ponto em que se cruzam trabalho, criação e invenção. O que há de comum a estas três categorias de trabalhadores dependentes – autores, artistas intérpretes e inventores – consiste no fato de o trabalho poder ter como resultado um bem imaterial, devido à conjugação da atividade da empresa com a criatividade, o rasgo inventivo ou o talento do trabalhador (ou dos trabalhadores em equipa).”*. Considera ainda a autora que *“O estatuto deste tipo de trabalhadores é híbrido...Enfrentam-se dois tipos de interesses e, portanto, duas lógicas. Os interesses da empresa serão no sentido de ser a titular dos direitos sobre o bem imaterial. Admitir a titularidade a seu favor tem subjacente uma lógica pragmática: se a empresa investe, deverá ter o retorno. Privilegia-se a exploração relativamente à criação. Admitir a titularidade a favor do trabalhador, significa privilegiar a criação e, portanto, obedecer a uma lógica idealista, individualista.”* Rematando ainda a referida autora que *“Há que fazer, contudo, concessões a ambos os tipos de lógicas. Para que o regime seja razoável, haverá que fazer concessões a favor do investimento e a favor da criação. Quer o empregador quer o trabalhador deverão estar, de alguma forma, associados à exploração da obra.”*

⁷¹ Vide MARIA VICTÓRIA ROCHA in “A originalidade como requisito de proteção do Direito de Autor - Algumas reflexões”, Verbo Jurídico, Porto, junho de 2003, pp.4 em que a Autora utiliza a expressão de LUCAS A. e LUCAS HJ., *Traité cit.*, pp.87.

⁷² Neste sentido, vide CLAUDIO DI COCCO in *L'Opera Multimediale, Qualificazione giuridica e regime di tutela*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2005 pp.75 e ss.

⁷³ Neste sentido vide PETER PRESCOTT e MARY VITORIA in *The Modern Law of Copyright and Designs*, Third Edition, Butterworths, London, Edinburgh, Dublin, 2000 pp. 58-168 e PASCAL KAMINA in *Film Copyright in the European Union*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp.96ss.

é uma tarefa árdua. Esta determinação dependerá sempre de uma avaliação discricionária e subjetiva, que deverá ser feita inevitavelmente, caso a caso. A criação de um critério para medir o “peso” das contribuições criativas, apesar de em teoria ser uma boa solução, não terá qualquer aplicabilidade prática, sob pena de, ao estabelecer tal critério, não se abrangerem todas as obras ou todas as contribuições criativas, o que seria profundamente injusto. Para os defensores desta orientação, as contribuições causais surgem, apenas e só porque existe uma obra audiovisual anterior, na qual a nova obra dotada de originalidade relativa se baseou. No fundo, as contribuições causais, serão como a origem da ideia que esteve na base da obra nova, ou seja derivam necessariamente da obra preexistente.

Ainda no que respeita à originalidade, de uma forma geral, esta terá sempre que ser encarada como um elemento subjetivo. Aliás, não poderia ser de outra forma, dado que as obras audiovisuais, são obras que advêm do espírito humano, ou seja, dependem do seu sujeito e são sempre criadas com base em manifestações da personalidade e dos valores sócio - culturais do(s) seu(s) autor(es), cuja criatividade própria irá sempre materializar-se numa obra original, em termos absolutos ou relativos. Assim sendo, uma obra pode ser original, mas não necessariamente única⁷⁴.

⁷⁴ Neste sentido, vide PETER PRESCOTT e MARY VITORIA in *The Modern Law of Copyright and Designs*, Third Edition, Butterworths, London, Edinburgh, Dublin, 2000 pp.58-168. Para estes autores, é necessário que se verifique se existe uma parte suficiente da obra que tenha sido produzida de forma independente pelo seu autor, de modo a que se possa considerar original. O que é a “parte suficiente” da obra, é uma questão complexa que será sempre apreciada de forma discricionária. Por isso mesmo, consideramos que o elemento originalidade tem que ser “avaliado” tendo sempre em conta, o elemento criatividade, que lhe permitirá fazer prova da sua autenticidade. A propósito da questão de uma obra original não ser necessariamente única os referidos autores referem como exemplo o caso *Dagnall v British and Dominions Film Corpn Ltd*, caso no qual a *British and Dominions* acusa *Dagnall* de plágio e de falta de originalidade. No entanto não existiam quaisquer provas nesse sentido, nem tão pouco existia cópia de linguagem ou qualquer semelhança com o filme. Apenas existiam a seguinte combinação de incidentes em ambas as obras audiovisuais: o marido esquece-se do aniversário de casamento, depois disso compra um ramo de flores à mulher, a mulher deixa o marido, a relação entre ambos torna-se conflituosa, marido e mulher encontram-se num hotel, a mulher descobre o marido com uma rapariga em circunstâncias comprometedoras, a mulher é acusada de roubo por um polícia, o marido espera pela mulher, o polícia prende o casal, a situação esclarece-se e o casal reconcilia-se. Não obstante as coincidências existentes no enredo num e noutro filme, não parece existir qualquer plágio ou falta de originalidade, na medida em que o processo criativo utilizado pelos autores é manifestamente diferente, na medida em que o enredo dramático desenhado por ambos não é idêntico, e tal vislumbra-se na interpretação feita pelas personagens de um e de outro filme que é totalmente diferente, bem como os ambientes cénicos e demais elementos distintivos de ambas as obras. Ora, falar-se em falta de originalidade porque os argumentos de algumas cenas de ambos os filmes são sobejamente conhecidos e utilizados, não faz da obra de *Dagnall* uma obra não original. Se assim fosse todos os filmes com casais,

Levantam-se questões muito delicadas, nomeadamente, se será ou não relevante considerar a existência de “graus” de originalidade. Parece-nos que, neste ponto, desde que exista originalidade, independentemente do seu “grau”, tal será suficiente para que se proteja a obra e se esfumem as eventuais dúvidas acerca da sua falta de originalidade. É necessário ter presente que as alterações de ordem técnica, de edição, cortes e pequenos arranjos fonográficos ou visuais não são considerados como elementos originais. É sempre necessário que se tenham utilizado capacidades independentes e trabalho criativo por parte do(s) autor(es) para que possa existir originalidade⁷⁵.

Existem algumas legislações, como a Inglesa⁷⁶, que consideram não ser necessário a existência do elemento originalidade para que se proteja uma obra audiovisual. Para esta legislação, existirá proteção desde que uma obra audiovisual seja gravada num qualquer suporte em que as imagens em movimento possam ser reproduzidas. Tal proteção tão alargada podia fazer com que não fosse dada a devida proteção às obras audiovisuais, na medida em que não se protegeriam as obras em si mesmas, mas apenas seriam alvo de proteção por poderem ser reproduzidas, o que de todo não se aceita, na medida em que não se protege o suporte em que a obra está inserida, mas sim a própria obra⁷⁷. A classificação das obras audiovisuais neste ordenamento como obras híbridas cria alguns problemas. Isto porque este regime jurídico só faz referência ao elemento “originalidade” naquilo a que chama “obras artísticas originais” incluindo nestas obras as fotografias e todas aquelas que sejam produzidas por processo análogo ao das fotografias. Nesta perspetiva, talvez se conseguissem incluir as obras audiovisuais, na medida em que estas são muitas vezes produzidas através de um processo análogo ao das fotografias, em que existe uma fita em que são incorporadas e os seus negativos, muito embora existam atualmente

separações, traições e reconciliações seriam obras não protegidas, porque não seriam originais, o que não faz qualquer sentido. Logo, ser original nunca poderá significar ser único, sob pena de se anular a existência do elemento criativo nas obras audiovisuais. Aliás, nem o tema é protegido pelo Direito de Autor, cfr. art. ° 2.º CDADC.

⁷⁵ Neste sentido, vide PETER PRESCOTT e MARY VITORIA in *The Modern Law of Copyright and Designs*, Third Edition, Butterworths, London, Edinburgh, Dublin, 2000, pp. 112 e ss.

⁷⁶ Vide 1988 ACT sec.5

⁷⁷ Neste sentido, vide PASCAL KAMINA in *Film Copyright in the European Union*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp.65 ss.

obras audiovisuais produzidas pela via digital. Porém, é necessário ter em conta que esta consideração das obras audiovisuais enquanto “obra artística original” é feita no regime inglês, por analogia às obras fotográficas. Se considerarmos as obras audiovisuais, como obras dramáticas, aqui a originalidade tem dois sentidos, um no qual o legislador refere “obras dramáticas originais” e outro no qual se fala em “dar um carácter original à obra”⁷⁸. No direito inglês tende-se a proteger o “*skill, labour and effort*”, não necessariamente a criatividade/originalidade⁷⁹. Na prática muito embora a legislação inglesa faça uma interpretação híbrida da obra audiovisual, não dando muito relevo ao elemento “originalidade” certo é que a aprovação das Diretivas Comunitárias do Conselho 92/100/CEE e 93/98/CEE⁸⁰, obrigaram o intérprete a conformar a legislação nacional com o previsto nas diretivas, sendo que ambas consideram que a proteção a dar às obras audiovisuais existe não só porque as mesmas são passíveis de serem fixadas, mas também porque elas são originais

Apesar da nossa distinção, em que consideramos como elementos essenciais da obra audiovisual, a existência de imagens associadas em movimento ou que sugerem movimento, a existência ou não de sons ligados a essas imagens, que as mesmas imagens sejam passíveis de ser fixadas em qualquer suporte material, que as mesmas sejam expressas para projeção/reprodução, a existência de criatividade ou originalidade, alguns autores defendem que entre os elementos que compõem as obras audiovisuais poderemos ainda, distinguir as “películas” em que estão inseridas, a sua duração, o seu modo de realização, o procedimento técnico adoptado, ou seja, se a película está impressa em celulóide, vídeo, fitas eletrónicas ou magnéticas, o seu destino e o seu realizador. Pese embora se reconheça algum mérito a esta distinção, entendemos que a mesma não atinge a essência das obras audiovisuais, na medida em que se confundem,

⁷⁸ Vide PETER PRESCOTT e MARY VITORIA in *The Modern Law of Copyright and Designs*, Third Edition, Butterworths, London, Edinburgh, Dublin, 2000 pp. 122 ss.

⁷⁹ Cfr MARIA VICTORIA ROCHA “Contributos para a delimitação da originalidade como requisito de protecção da obra pelo direito de autor” in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor António Castanheira Neves*, Coimbra Editora, Volume II, 2008, pp. 733-792.

⁸⁰ A diretiva 93/98/CEE foi revogada pela Diretiva 2006/116/CE de 12 de Dezembro que nomeadamente, no seu artigo 2.º, mantém inalteradas as normas relativas às obras audiovisuais.

características de alguns tipos de obras que são próprios da sua qualificação com os seus elementos essenciais⁸¹.

Por sua vez, a doutrina de influência francesa, entende que os elementos essenciais que constituem o objeto da obra audiovisual se definem por um critério material, no qual se deve atender à sequência de imagens animadas, ao modo de exploração das obras e à natureza do seu suporte⁸². Esta definição do objeto da obra audiovisual, atendendo a um critério material, parece demasiado restritiva, pelo que não podemos compactuar com ela. Considerar o elemento “sequência de imagens animadas” é restringir a proteção a um determinado tipo de obras audiovisuais que sejam compostas por imagens animadas, o que implicaria deixar todas as outras obras que não sejam “animadas”, sem qualquer tipo de proteção. Definir como elementos essenciais da obra audiovisual o seu modo de exploração e a natureza do seu suporte é atender a pressupostos extrínsecos à obra em si mesma, o que faz com que estes sejam amplamente redutores e ultrapassados. Parece ainda que atender à natureza do suporte, como elemento essencial, é bastante redutor na medida em que com a evolução tecnológica a panóplia de suportes que estão ao dispor da obra audiovisual é infundável, pelo que caracterizá-lo como elemento essencial irá fazer com que se deixem algum deles de fora e que fragilizará a proteção destas obras. Contudo é importante lembrar que esta posição foi defendida em 1989, pelo que há mais de 20 anos este poderia ser o critério possível.

Para a doutrina anglossaxónica, os elementos essenciais da obra audiovisual são a existência de uma sequência de imagens visíveis, que as mesmas sejam fixadas num qualquer material capaz de ser utilizado, que essa sequência de imagens seja mostrada como sendo imagens em

⁸¹A confusão gerada prende-se com o fato de algumas características de certos tipos de obras audiovisuais, que são próprios da sua qualificação, como, a duração das obras (que poderá ser indicativo de um critério de qualificação, p.ex. se estamos perante uma longa metragem ou uma curta metragem), o seu modo de realização e o seu realizador (que fazem parte dos sujeitos das obras audiovisuais), a sua forma de comunicação e técnica utilizada para o efeito, (caraterísticas essas ligadas aos direitos patrimoniais gerados pelas obras audiovisuais), se confundem com os elementos essenciais dessas mesmas obras. Neste sentido, vide CARLOS ROGEL VIDE in *Estudios Completos de Propiedad Intelectual, Volume I*, Reus, Madrid, 2003, pp. 191 ss.

⁸² Neste sentido, vide ANDRÉ KEREVER in *Le Droit D'Auteur et L'Oeuvre Audiovisuelle en France* in *Les Journees du Droit D'Auteur – Actes du Colloque tenu a l'Université Libré de Bruxelles les 11 et 12 Decembre 1987*, Bruylant, S.A., Bruxelles, 1989, pp.97 ss.

movimento e que as mesmas possam ser gravadas noutra material e que nele, possam ser mostradas ao público⁸³. Parece que esta corrente, à semelhança da posição francesa, despreza o conteúdo material das obras audiovisuais, uma vez que dá especial relevo apenas ao que é visualizado e à fixação e reprodução da obra, sem que se atenda à existência ou não de sons e ao seu âmago mais profundo, onde se situa o processo criativo ou a sua originalidade.

Já a doutrina italiana, enfatiza os elementos da criatividade e sequência de imagens em movimento, no que respeita à proteção das obras audiovisuais. Esta é uma posição que, no que se refere ao elemento criatividade, revela um grande mérito. Nesta medida, considera-se que deve ser dada tutela à característica interna “atividade intelectual criativa”. Como refere MARIA VICTÓRIA ROCHA⁸⁴, “a criatividade, será, portanto, um sinal de imputação subjetiva da obra ao autor, de modo a que esta não seja banal”, o que, confere à obra audiovisual uma irrenunciável autonomia expressiva e comunicativa que se distingue das demais⁸⁵. Esta parece-nos uma definição exemplar do elemento “criatividade”. Apesar disso, existe ainda quem considere a criatividade como uma novidade subjetiva ou objetiva que advém da razão do seu autor⁸⁶. Relativamente ao elemento “sequência de imagens em movimento” a sua determinação parece um pouco restritiva. Aqui exige-se a existência efetiva de movimento e não se abre espaço para a possibilidade de se considerar a sugestão de movimento⁸⁷.

No que concerne ao Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (CDADC)⁸⁸, verificamos que não existe no mesmo, uma determinação clara e explícita do objeto da obra audiovisual. Tal situação prende-se com o fato

⁸³ Vide HILARY PEARSON & CLIFFORD MILLER in *Commercial Exploitation of Intellectual Property*, Blackstone Press Limited, London, 1990, pp.96-177.

⁸⁴ Vide MARIA VICTORIA ROCHA in “Contributos para a delimitação da “originalidade como requisito de protecção da obra pelo direito de autor” in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor António Castanheira Neves*, Coimbra Editora, Volume II, 2008, p. 733-792.

⁸⁵ Neste sentido, vide VITTORIO DI GIACOMO in “Audiovisivi e Diritto d`Autore”, *RBGGM, Anno XXVIII-1996*, Giuffrè Editore, Milano, 1996, pp.804-809 e MARIA VICTORIA ROCHA in “A originalidade como requisito de protecção do Direito de Autor - Algumas reflexões”, *Verbo Jurídico*, Porto, 2003.

⁸⁶ Cfr CLÁUDIO DI COCCO in *L'Opera Multimediale, Qualificazione giuridica e regime di tutela*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2005, pp. 65-149.

⁸⁷ Vide VITTORIO DI SANCTIS in *La protezione delle opere dell'ingegno*, Giuffrè Editore, Milano, 2004, pp. 241-395.

⁸⁸ O Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (CDADC) teve a sua origem no Decreto – lei 63/85 de 14 de março e após sete alterações entre os anos de 1985 e 2006, foi republicado pela Lei 16/2008 de 1 de abril e recentemente alterado pela Lei 65/2012 de 20 de dezembro.

de não existir, no principal diploma de Direito de Autor nacional, uma sistematização que confira um título ou uma secção própria que abarque a totalidade da proteção necessária para as obras audiovisuais⁸⁹, sendo que as referências a este tipo de obras aparecem dispersas por todo o código de forma totalmente desordenada e difusa. Contudo, pela análise dos artigos 2.º n.º 1, 176.º, n.º 5 e 183.º, n.º 3 do CDADC, e apesar da ausência de uma referência concreta e explícita à obra audiovisual em si mesma, na medida em que sempre se refere aos diferentes tipos de obras audiovisuais, conseguimos vislumbrar que o legislador português, considera como elementos essenciais deste tipo de obras a originalidade, a existência de imagens em movimento acompanhadas ou não de som, fixadas num suporte material. Contudo, não se adianta qualquer definição de originalidade. Esta deve ser vista à luz do direito comunitário, mais concretamente das já referidas Diretivas Comunitárias do Conselho 92/100/CEE e diretiva 2006/116/CE de 12 de dezembro de 2006⁹⁰, no qual se estabelece o critério da imputação subjetiva da obra ao autor, protegendo-se o que não é banal.

Por sua vez, a Lei 42/2004 de 18 de agosto alterada pela Lei 55/2012 de 6 de setembro no artigo 2.º alínea f) previu antes da sua regulamentação pelo Decreto – Lei 25/2018 de 24 de abril, uma definição de obra audiovisual (infelizmente, a única no nosso sistema jurídico e que foi revogada pelo DL 25/2018 de 24 de abril) que referia o elemento “imagens em movimento”, “sons” e a “fixação em qualquer suporte dessas imagens, destinadas à sua teledifusão ou comunicação pública”. Ao olharmos para ambos os diplomas, é com alguma perplexidade que percebemos a confusão concetual que

⁸⁹ Não obstante o CDADC dedicar a secção IV às obras cinematográficas, o conteúdo dos artigos 124.º a 140.º é meramente economicista na medida em que se prevê as questões contratuais relacionadas com as relações jurídicas existentes entre autores e produtores. Ademais o artigo 140.º prevê que este regime se aplique a todas as obras produzidas por processos análogos ao da cinematografia, o que em nosso entender é uma total inversão, na parca proteção que o nosso regime confere às obras audiovisuais. Isto porque mais uma vez se confunde um dos tipos de obra audiovisual, no caso a obra cinematográfica, com a totalidade das obras audiovisuais que se manifestam noutro tipo de obras que merecem a mesma tutela que o subtipo obra cinematográfica. No entanto, apesar de não concordarmos com o modelo utilizado, pelos motivos que acabamos de expor, reconhece-se que a intenção do legislador com esta previsão legal é coerente, na medida em que se pretendeu abranger o maior número de obras possível com a expressão “produzidas por qualquer processo análogo à cinematografia”.

⁹⁰ Esta diretiva revogou a diretiva 93/98/CEE, surgindo para tutelar o prazo de proteção dos direitos de autor e de certos direitos conexos, porém mantém inalteradas as normas relativas às obras audiovisuais.

existia e ainda existe em torno destas obras. Aliás, a Lei 42/2004 só se encontra em conformidade com o CDADC no que toca ao elemento imagens em movimento, porque em relação à exigência da existência de “sons” está em total oposição com este Código, que admite e bem, a existência ou não de sons. Mas, relativamente à fixação da obra, o CDADC é mais restritivo, ao exigir que a obra se fixe num suporte material, e a Lei 42/2004 mais tolerante e aberta à fixação em qualquer suporte, acrescentando aqui a finalidade a que esta se destina, referindo como tal, a teledifusão e a comunicação pública.

Ao olharmos esta questão com profundidade, percebemos que é necessário dar uma *“pedrada no charco”*, de modo a que, de uma vez por todas, as obras audiovisuais deixem de ser tratadas em Portugal como o *“parente pobre”* das obras protegidas pelo direito de autor. Parece-nos que ninguém sabe muito bem como tratar estas obras tão importantes e necessárias para a sociedade moderna, havendo até um certo desinteresse pelas suas reais necessidades de proteção, dado que cada diploma legal parece prever coisas distintas e até contraditórias.

Ao nível da UE, existe alguma preocupação com a salvaguarda do elemento originalidade/criatividade. A Diretiva do Conselho 2006/116/CE, que harmoniza o prazo de proteção dos direitos de autor e direitos conexos, refere-se concretamente às obras audiovisuais no seu artigo 2.º, e tem na sua génese, a manutenção e o desenvolvimento da criatividade, bem como a existência de um clima jurídico harmonioso para o desenvolvimento desta, no interesse dos autores das obras, das indústrias culturais, dos consumidores e da sociedade no seu conjunto.

No entanto, o ordenamento jurídico Português está sujeito ao princípio da interpretação conforme e ao princípio da primazia do direito comunitário, tendo que considerar o elemento originalidade ou criatividade como um requisito geral de proteção da obra.

Em conclusão, muitos ordenamentos jurídicos falham na determinação do objeto da obra audiovisual e dos seus elementos essenciais, porque confundem esta com as suas manifestações, nomeadamente com a obra cinematográfica. Pelo que, convém que se qualifique a obra audiovisual de forma detalhada, de modo a que se possam conhecer profundamente as

suas características de modo a conseguir distingui-las nos seus diferentes tipos e manifestações.

2. Qualificação da obra audiovisual: critérios classificadores

As obras audiovisuais, regra geral, são compostas pelo conjunto de contribuições individuais de cada um dos seus autores⁹¹, contribuições, essas, que dão à obra a sua criatividade ou originalidade. A pluralidade de contribuições e daqueles que são os seus sujeitos trazem-nos problemas acrescidos no que toca à proteção de direitos, na medida em que tutelar os direitos individuais é muito mais fácil do que tutelar direitos conjuntos, porque se torna uma tarefa árdua proteger convenientemente uma pluralidade de interesses, muitas vezes distintos entre si⁹². Por aqui se vê que falar de autor, no singular, é algo que não é exequível no âmbito deste tipo de obras, devendo aqui falar-se em autores, ou, mais concretamente, em coautores, ou pluralidade de autores. Aliás, a expressão coautores é mesmo a única aceitável, dado que a maioria das contribuições individuais de cada um só faz sentido se estiverem reunidas com as demais contribuições dos outros coautores que, juntas, formam a obra audiovisual plena, sendo que as mesmas individualmente consideradas não têm qualquer sentido, nem constituem uma qualquer obra em si mesma⁹³. A única exceção será a obra musical incorporada na obra audiovisual que pode destacar-se e ser protegida independentemente das demais contribuições individuais dos coautores, se for uma obra musical preexistente à obra audiovisual ou se não for especificamente criada para esta. Neste caso, existirá uma dupla proteção da obra musical, que será protegida enquanto parte integrante da obra audiovisual e enquanto obra fonográfica autónoma, sem prejuízo dos direitos conexos gerados pela interpretação.

⁹¹ A consideração das obras audiovisuais enquanto obras plurais, como regra, deve-se ao facto de ser invulgar existir uma única pessoa física com capacidade para fazer o argumento, realizá-lo, criar os diálogos e a banda sonora. Essa possibilidade criaria um problema jurídico à classificação deste tipo de obras que são sempre consideradas obras plurais, e que neste caso específico teriam que ser consideradas como obras singulares, o que criaria algumas complicações ao seu regime jurídico de proteção.

⁹² Vide MICHEL VIVANT in *Droit d'auteur*, Dalloz, 1.ª edição, Paris, 2009, pp.228-281.

⁹³ Contudo, veremos em sede própria, que a incorporação de uma obra musical numa obra audiovisual, se a mesma for independente desta e não especificamente criada em função e para a obra audiovisual, poderá sofrer modificações irreversíveis, que deverão também ser consideradas em sede de direitos de autor.

Para que uma pessoa possa ser considerada como coautora de uma determinada obra, é necessário que a mesma seja uma pessoa física dotada de ideias próprias que lhe permitam ser capaz de criar de forma única e original, conforme já verificamos.

A necessidade de proteger todos os reais coautores, faz com que a classificação das obras audiovisuais seja tão necessária e importante.

Para alguns autores, como VITTORIO M. DE SANCTIS, as obras audiovisuais são divididas em duas categorias, sendo elas obras simples e obras compostas. Esta corrente defende que as obras audiovisuais simples são aquelas em que os contributos individuais são autónomos e independentes, só fazendo sentido como obra, porque existe uma coordenação geral de todos os contributos que é suficientemente criativa ou original para os transformar numa obra audiovisual. As obras audiovisuais compostas são aquelas, cujos contributos individuais são criados para serem utilizados num produto final que se materializará na obra audiovisual⁹⁴.

Esta posição parece-nos um pouco extrema, na medida em que nas obras audiovisuais que estes autores consideram como simples, à semelhança do nosso regime das obras coletivas⁹⁵, as contribuições individuais de cada um dos coautores são transformadas em meras contribuições técnicas e independentes, que só posteriormente se materializarão numa obra criativa e original pela mão de quem coordenar esses contributos individuais. Aqui parece que o único autor seria o coordenador dos contributos, ou seja, o realizador da obra. Mas essa opção parece-nos extremamente injusta e discriminatória para com os demais coautores que assim são tratados como meros colaboradores técnicos. A classificação das obras audiovisuais como obras compostas, por outro lado, é mais equitativa no tratamento dos autores da obra, na medida em que considera como criativos ou originais os contributos individuais dos autores, que são elaborados de raiz com o objetivo de criar a obra audiovisual, não se atribuindo um papel de destaque e mais direitos a um autor em particular. São os contributos de todos os

⁹⁴ Neste sentido vide VITTORIO M. DE SANCTIS in *I soggetti del diritto d'autore*, Seconda edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2005, pp.85 ss.

⁹⁵ Vide artigo 19.º do CDADC, com as necessárias adaptações.

autores que, combinados, vão dar vida a uma obra que será económica e juridicamente independente e, apesar de se conseguirem distinguir os contributos de cada um, os mesmos são indissociáveis e inseparáveis, sob pena de a obra audiovisual ficar destruída ou desvirtuada, na medida em que esta é fruto de um conjunto de contributos distintos.

A classificação da obra audiovisual, propriamente dita, terá a sua repercussão mais nos direitos que esta confere aos seus autores do que na obra em si mesma⁹⁶.

Entre as principais correntes doutrinárias existem quatro classificações das obras audiovisuais que se distinguem por serem as mais importantes e relevantes nesta matéria e criam consensos a nível mundial, o que faz com que devam ser devidamente analisadas. Entre elas estão: a consideração das obras audiovisuais como obras feitas em colaboração, e que têm uma pluralidade de sujeitos que são os seus coautores; a consideração destas obras como obras coletivas, que têm uma pluralidade de participantes em que alguns são coautores, mas outros são meros colaboradores técnicos.

O entendimento que são obras originárias, aquelas que são criadas pela primeira vez pelos seus autores de forma inédita e derivada, aquelas que incorporam obras preexistentes⁹⁷. Estas são aquelas em que os autores têm que pedir o consentimento ao autor da obra originária, desde que esta ainda não tenha caído no domínio público⁹⁸. Apesar de incluirmos aqui este terceiro critério, certo é que o mesmo está mais ligado ao conceito de obra, do que à autoria, existe ainda um quarto critério no qual se considera a obra como pertencendo a um único sujeito.

É patente uma divisão clara entre o sistema continental europeu, que na sua generalidade considera as obras audiovisuais como obras feitas em colaboração, dando especial importância aos sujeitos criativos da obra, e o sistema anglossaxónico, que considera estas obras como obras coletivas, que coloca em destaque o aspeto industrial e económico da obra, em

⁹⁶ Neste sentido, vide ISABEL ESPIN ALBA in *Las Obras Audiovisuales. Clases, Nacionalidad y Calificación de las Mismas en la Ley del Cine* in *La Ley del Cine y el Derecho de Autor*, Reus, Madrid, 2008, pp.21-35.

⁹⁷ Vide CARLOS ROGEL VIDE in *Manual de Derecho de Autor*, Reus, Madrid, 2008, pp.31-45.

⁹⁸ Cfr. JOSÉ ANTONIO SUÁREZ LOZANO in *El dominio público en la propiedad intelectual* in *Los Derechos de Propiedad Intelectual en la Obra Audiovisual*, coord. XAVIER O'CALLAGHAN, Dykinson, Madrid, 2011, pp.123-129.

detrimento dos sujeitos criativos, fazendo assim, aparentemente, um raciocínio oposto ao do sistema continental europeu⁹⁹.

No nosso país existe, nos artigos 16.º a 19.º do CDADC, referência às obras em colaboração e às obras coletivas. Claramente que as obras audiovisuais, enquanto obras elaboradas por uma pluralidade de sujeitos, terão que se enquadrar numa destas duas classificações. Para o nosso regime jurídico existirá obra feita em colaboração nos termos do artigo 16.º n.º 1 alínea a) do CDADC “...quando divulgada ou publicada em nome dos colaboradores ou de algum deles, quer possam discriminar-se, quer não, os contributos individuais”. Neste seguimento, o artigo 17.º do CDADC prevê que o direito de autor da obra realizada em colaboração “pertence a todos os que nela tiverem colaborado...” e “salvo estipulação em contrário, que deve ser sempre reduzida a escrito, consideram-se de valor igual as partes indivisas dos autores...”, presumindo-se ainda que se a obra for divulgada em nome de algum ou alguns dos seus colaboradores, os demais cederam os seus direitos àqueles. Aqui só serão considerados colaboradores os que forem considerados apenas como autores, deixando de fora os técnicos que auxiliaram os autores.

Quanto à obra coletiva, esta aparece descrita na alínea b) do n.º 1 do artigo 16.º do CDADC como aquela “...organizada por iniciativa de entidade singular ou coletiva e divulgada em seu nome.”. O artigo 19.º n.º 1 do CDADC completa esta posição, prevendo que “O direito de autor sobre obra coletiva é atribuído à entidade singular ou coletiva que tiver organizado e dirigido a sua criação e em nome de quem tiver sido divulgada ou publicada.”; acrescentando o n.º 2 do mesmo artigo que se “... no conjunto da obra coletiva for possível discriminar a produção pessoal de algum ou alguns colaboradores, aplicar-se-á, relativamente aos direitos sobre essa produção pessoal, o preceituado quanto à obra feita em colaboração.”

À primeira vista, a obra audiovisual poderá parecer enquadrar-se melhor como obra coletiva, à semelhança do que acontece com o regime anglossaxónico. Existem vários autores, como ALBERTO DE SÁ E

⁹⁹ Vide MARIA VICTORIA MAYOR DEL HOYO in *El Derecho de Autor sobre las Obras Cinematográficas en el Derecho Español*, Madrid, Colex, 2002, pp. 99-103.

MELLO¹⁰⁰, que defendem que a obra audiovisual é uma obra coletiva, na qual, segundo esta posição, o artigo 19.º n.º 1 do CDADC obrigaria a realizar uma ficção legal da autoria, reconhecendo a existência de uma coautoria real através do n.º 2 do mesmo artigo 19.º do referido código. Segundo esta posição, os coautores estabelecem uma relação contratual com o organizador que dirigiu a criação, transmitindo-lhe parte dos seus direitos patrimoniais, já que os direitos morais são irrenunciáveis, inalienáveis e imprescritíveis. Reconhecendo-se a existência de uma coautoria real, por causa da existência destes últimos direitos. Ao olharmos para o artigo 126.º do CDADC, parece-nos que o legislador se inclina para a mesma consideração. O legislador não define claramente a sua posição, na medida em que se prevê no n.º 1 deste artigo que *“O produtor é o empresário do filme e como tal organiza a feitura da obra cinematográfica, assegura os meios necessários e assume as responsabilidades técnicas e financeiras inerentes.”*. Prevendo, ainda, o n.º 3 do mesmo artigo que *“Durante o período de exploração, o produtor, se o titular ou titulares do direito de autor não assegurarem de outro modo a defesa dos seus direitos sobre a obra cinematográfica, considera-se como representante daqueles para esse efeito, devendo dar-lhes conta do modo como se desempenhou o mandato”*.

Entre os defensores desta consideração estão OLIVEIRA ASCENSÃO e a MARIA VICTÓRIA ROCHA que consideram a obra audiovisual como obra coletiva na medida em que o legislador *ope legis*, e sem que seja necessário a existência de uma ficção legal, atribui os direitos de autor ao organizador da obra, sem que exista necessidade de uma ficção legal. Contudo, no que respeita aos direitos morais, OLIVEIRA ASCENSÃO considera que os mesmos não se transmitem para o organizador, enquanto que MARIA VICTÓRIA ROCHA entende que existe transmissão de direitos morais, desde logo porque os direitos de paternidade e de divulgação são, em si mesmo, direitos morais¹⁰¹.

¹⁰⁰ Vide ALBERTO DE SÁ E MELLO in *Contrato de Direito de Autor. A autonomia contratual na formação do direito de autor*, Almedina, Coimbra, março 2008, pp.196.

¹⁰¹Cfr. MARIA VICTÓRIA ROCHA in “Contributos para a delimitação da originalidade como requisito de protecção da obra pelo direito de autor in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor António Castanheira Neves*”, Coimbra Editora, Volume II, 2008, pp. 733-792.

Porém, apesar desta posição ter até algum apoio legal, a mesma não nos parece a mais defensável¹⁰². Em nosso entender, as obras audiovisuais são obras feitas em colaboração. Primeiro, porque a autoria da obra audiovisual não pode, regra geral, ser entregue apenas a uma pessoa, além de que a lei fala em pessoa singular ou coletiva e, conforme vimos, não é possível uma pessoa coletiva ser titular de direitos de conteúdo moral próprios dos autores na medida em que não é dotada de razão e pensamento criativo¹⁰³. Na obra feita em colaboração, os coautores aparecem necessariamente todos numa posição de igualdade, e se assim não for, o n.º 2 do artigo 17.º do CDADC determina que tal desigualdade deve ser reduzida a escrito, ao passo que na obra coletiva existe uma subordinação jurídica dos coautores ao organizador/produtor. Este é um elemento de extrema importância para que, em princípio, nenhum contributo de qualquer autor possa ser discriminado. Em segundo lugar, sendo os direitos de conteúdo moral dos autores irrenunciáveis, inalienáveis e imprescritíveis, não nos parece que a ficção legal de coautoria com o organizador/produtor, que representará os coautores através de um mandato, seja uma solução viável e aceitável. Por sua vez, e em terceiro lugar, se as obras audiovisuais fossem obras coletivas, isso influenciaria a duração dos seus direitos negativamente, aliás, o artigo 34.º do CDADC que prevê que os direitos de autor sobre a obra audiovisual, caduquem 70 anos após a morte do realizador, do autor do argumento ou da adaptação, do autor dos diálogos e das composições musicais especialmente criadas para a obra, não fala em parte alguma na figura do produtor, o que em nosso entender é também um entrave a tal consideração¹⁰⁴. O produtor não é, nem pode ser o titular originário de qualquer direito sobre a obra audiovisual, porque não é coautor da mesma. Existe ainda outro obstáculo à consideração das obras audiovisuais com

¹⁰² Vide Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça Processo n.º 05A2089 de 11.10.2005, que erradamente considera a obra de arquitetura do Hotel e bungalows da Balaia do Edifício Castil e da Loja da Fábrica de Discos Valentim de Carvalho, como obra coletiva, sem que se atribua ao Eng.º Taveira a qualidade de Autor da obra de arquitetura dado que na realidade a mesma era uma obra em colaboração.

¹⁰³ Neste sentido, vide RICARDO ANTEQUERA PARILLI in *El nuevo régimen del derecho de autor en Venezuela y su correspondência con la legislación, la jurisprudencia y la doctrina comparada*, Autoralex, 1994, pp.45-59.

¹⁰⁴ Neste sentido, vide ISABEL ESPÍN ALBA in *Las Obras Audiovisuales. Clases, Nacionalidad y Calificación de las Mismas en la Ley del Cine* in *La Ley del Cine y el Derecho de Autor*, Reus, Madrid, 2008, pp.21-51.

obras coletivas, que se prende com o fato de o artigo 19.º n.º 1 do CDADC entender que o direito de autor sobre a obra coletiva é atribuído em nome de quem a obra tenha sido divulgada, como bem sabemos, não é necessário que a obra seja divulgada para que a obra e os seus autores sejam protegidos. O regime jurídico das obras em colaboração, só nos parece apenas levantar uma questão no que toca à divergência entre os coautores no que respeita à divulgação, publicação, exploração e modificação da obra, na medida em que o artigo 18.º n.º 1 do CDADC estabelece que essas divergências devem ser resolvidas segundo as regras da boa-fé, parece-nos mais correto que as mesmas fossem resolvidos por recurso à via judicial, à semelhança do que acontece com a maioria dos regimes jurídicos internacionais.

O ordenamento jurídico português não define como devem ser qualificadas as obras audiovisuais. Para que tal acontecesse seria necessário que, mais do que as regras gerais do CDADC previstas nos artigos 16.º a 19.º, existisse uma secção, ou uma lei específica, que fizesse essa delimitação e adaptasse este regime geral às especificidades da obra audiovisual, à semelhança do que acontece no ordenamento jurídico espanhol¹⁰⁵.

Alguns autores espanhóis defendem mesmo que a qualificação de uma obra como obra em colaboração ou obra coletiva deveria ser feita pela análise das contribuições e da participação de cada autor e da sua relação com a obra. Assim, seriam obras coletivas, aquelas, cujo resultado final, fosse organizado por uma pessoa física ou coletiva sem que se pudessem distinguir os contributos individuais de quem quer que fosse, dado que os mesmos são criados para integrar tão, somente, aquela determinada obra. Por outro lado, seriam obras em colaboração, aquelas em que os coautores reúnem as suas contribuições criativas de acordo com o fim comum perseguido por todos eles que se materializará na obra final¹⁰⁶. Apesar desta classificação ser clara o suficiente, o que verificamos é que muitos ordenamentos jurídicos permitem que se identifiquem ou não os contributos individuais na obra coletiva, o que cria no espírito do intérprete uma grande

¹⁰⁵Em Espanha, o TRLPI define as obras em colaboração e colectivas nos artigos 7.º e 8.º respectivamente. Além deste regime geral, existe uma regulação específica para as obras audiovisuais.

¹⁰⁶Vide CONCEPCIÓN SAIZ GARCIA in *Obras Audiovisuales y Derechos de Autor*, Aranzadi, Navarra, 2002, pp. 67 nota 135 e pp.65-96.

controvérsia em torno da classificação de diferentes tipos de obras e mais concretamente nas obras audiovisuais. As variantes permitidas no regime das obras em colaboração e nas obras coletivas criam a maioria dos problemas em torno da classificação, pois cada ordenamento acrescenta sempre elementos novos a uma ou outra classificação, o que permite que se considere algumas obras como sendo obras híbridas e contribui também para o aparecimento de algumas “aberrações jurídicas” em termos de direitos de autor, que criam, em termos de aplicabilidade prática, dificuldades extremas no estabelecimento de critérios jurídicos de proteção. Não obstante, a nossa controversa posição de considerarmos as obras audiovisuais como obras feitas em colaboração, veremos em seguida detalhadamente as posições apresentadas pela doutrina acerca das diferentes classificações. Certo é que as classificações existentes não conseguem abranger todas as obras criadas atualmente, nomeadamente, as obras criadas online¹⁰⁷.

2.1. A obra em colaboração

Estes tipos de obras são, aquelas que, são criadas conjuntamente por duas ou mais pessoas que trabalham em sintonia e de acordo com um determinado objetivo final comum, ou seja, a obra final enquanto produto único. Nalguns países exige-se apenas que a obra em colaboração seja aquela em que participam várias pessoas, ignorando-se a existência de um trabalho conjunto com um determinado objetivo comum. Se tal fosse possível, bastaria que existisse apenas justaposição de trabalhos para existir uma obra em colaboração. Se não existir um mínimo de relacionamento entre todos os trabalhos dos diversos coautores, em vez de existir uma obra audiovisual teremos uma “anti-obra audiovisual”, na qual o enredo não tem qualquer ligação com os diálogos e na qual a música inserta não transmite qualquer emoção e em que os cenários não são minimamente coincidentes com o enredo. Portanto, se existisse apenas a justaposição do trabalho de todos, sem que exista uma determinada

¹⁰⁷ Neste sentido, vide MICHEL VIVANT in *Droit d'auteur*, Dalloz, 1.^a edição, Paris, 2009, pp.228-281.

sintonia para que se atinja um determinado objetivo, não teríamos obra¹⁰⁸. Exige-se uma inspiração comum e uma participação concertada dos coautores, com vista à obtenção do resultado final que se materializará na obra.

Na obra em colaboração, os coautores são tratados como os criadores da obra e, como tal, todos estão em posição igualitária. Não obstante um deles poder assumir o comando da obra, normalmente o realizador, que em termos técnicos tem um papel mais ativo, as suas contribuições são perceptíveis a título individual e poderão ser diferenciáveis no seu relevo para a obra final, o que poderá afetar a dimensão dos direitos patrimoniais de algum ou alguns dos coautores, mas nunca os seus direitos morais que se manterão na sua plenitude para todos os coautores de determinada obra¹⁰⁹.

Os ordenamentos jurídicos latinos, nomeadamente Cuba, Equador, Guatemala, Honduras, Paraguai e Venezuela, distinguem ainda as obras feitas em colaboração em obras perfeitas e imperfeitas. Para estes ordenamentos, as obras em colaboração perfeitas são aquelas em que não é possível separar os contributos individuais de cada coautor, sendo as obras em colaboração imperfeitas as que permitissem separar as contribuições individuais dos coautores e explorá-las de forma independente. Em nosso entender, esta distinção é limitativa. Aliás, como a obra musical utilizada neste tipo de obras, é quase sempre separável do resto da obra, corríamos o risco de a maioria das obras audiovisuais serem quase todas obras em colaboração imperfeitas, o que tornaria a distinção vazia de sentido¹¹⁰.

O direito espanhol considera também as obras audiovisuais como obras em colaboração, na medida em que estas são fruto do trabalho conjunto dos seus coautores, ou seja, do realizador, do guionista, do diretor de

¹⁰⁸ Neste sentido vide RICARDO ANTEQUERA PARILLI in *Manual para la enseñanza virtual del Derecho de Autor y los Derechos Conexos*, Editora Corripio, C. por A., Caracas, 1.ª Edición, Tomo I, 2001, pp. 112-115.

¹⁰⁹ Cfr CARLOS ROGEL VIDE in *Manual de Derecho de Autor*, Reus, Madrid, 2008, pp.25-33.

¹¹⁰ Neste sentido, vide RICARDO ANTEQUERA PARILLI in *Manual para la enseñanza virtual del Derecho de Autor y los Derechos Conexos*, Editora Corripio, C. por A., Caracas, 1.ª Edición, Tomo I, 2001, pp.85-272.

fotografia¹¹¹, do autor da música criada para a obra, bem como dos atores e outros artistas que participem na obra, e do pessoal técnico como o responsável pela montagem, pelo som, pelo guarda-roupa, pela caracterização e o diretor artístico¹¹². Quando facilmente se identificam os coautores da obra, e as suas contribuições, ainda que só intelectualmente, como é o caso da obra audiovisual, estamos perante uma obra feita em colaboração. Esta posição não admite que possam ser coautores outras pessoas que não sejam os criadores da obra¹¹³. Além do mais, esta classificação, da obra audiovisual como obra em colaboração, permite proteger convenientemente não só os coautores da obra audiovisual, como também alarga a sua proteção, à essência objetiva da obra¹¹⁴.

A legislação francesa¹¹⁵ considera as obras audiovisuais enquanto obras em colaboração, não admitindo a sua qualificação como obras coletivas, na medida em que encara a obra como um todo indivisível, do qual os coautores são comproprietários, devendo exercer os seus direitos sobre a totalidade ou sobre parte da obra, de comum acordo. Porém, remete os coautores para a necessidade de estabelecerem contratualmente as suas posições individuais, de modo a que se possa fazer uma administração razoável e coerente dos interesses de cada um dos coautores com os direitos gerados pela obra. Se as contribuições particulares de cada coautor se puderem individualizar, as mesmas poderão ser exploradas separadamente, desde que essa contribuição material se materialize numa obra de género diferente e que não faça concorrência à obra audiovisual¹¹⁶.

¹¹¹ O diretor de fotografia é considerado como coautor no direito espanhol tendo por base o princípio lógico de que se uma única fotografia é passível de gerar direitos de autor, centenas ou milhares de fotografias usadas para a produção da obra audiovisual também geram tais direitos e dão assim legitimamente, ao diretor fotográfico a qualidade de coautor. Tal princípio foi seguido por vários países como a Alemanha, a Estónia, a Eslovénia, a Lituânia, os países nórdicos e pelo México, que também consideram o diretor fotográfico como coautor da obra. Cfr CARLOS ROGEL VIDE in *Estudios Completos de Propiedad Intelectual, Volume III*, Reus, Madrid, 2009.

¹¹² Neste sentido vide CARLOS ROGEL VIDE in *Estudios Completos de Propiedad Intelectual, Volume III*, Reus, Madrid, 2009 e ÁNGEL LUÍS ALONSO PALMA in *Propiedad Intelectual y Derecho Audiovisual*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2006, pp.14-22.

¹¹³ Vide NAZARETH PÉREZ DE CASTRO in *Las Obras Audiovisuales. Panorámica Jurídica*, Reus, Madrid, 2001, pp. 39-45, 60-62. Vide artigo 7.º e 87.º TRLPI.

¹¹⁴ Não obstante a legislação espanhola (LPI) considerar as obras audiovisuais como obras feitas em colaboração, parte da doutrina considera-as como obra coletiva.

¹¹⁵ Vide artigo 113-7 do Code Propriété Intellectuelle.

¹¹⁶ Vide artigo 132-29 do Code Propriété Intellectuelle. Esta questão em particular, prende-se com o fato de, ao permitir-se que as contribuições de cada coautor se possam individualizar e se materializarem

A relação que existe com o produtor é, portanto, meramente representativa não existindo alienação de direitos dos coautores, mas antes uma mera cessão da posição contratual temporalmente limitada para o produtor, apenas relativamente ao conteúdo patrimonial dos seus direitos, mas nunca uma verdadeira alienação de direitos.

A legislação francesa destaca também o papel do realizador em face dos demais coautores, considerando que este é que faz o trabalho criativo de coordenar e realizar a obra em si mesma e não o produtor, que se limita a divulgar e obter dividendos económicos da obra, não tendo qualquer direito sobre esta¹¹⁷. Assim sendo, o produtor beneficia da proteção dada aos coautores por via dos direitos de autor (através dos direitos conexos), mas não poderá ser considerado como autor¹¹⁸.

Pelo exposto, facilmente vislumbramos que considerar a obra audiovisual como obra feita em colaboração é proteger a criação do espírito humano, dando-lhe total primazia em sede de direitos de autor. Aliás, a génese dos direitos de autor é, tão-somente, proteger as criações originais da mente que efetivamente se exteriorizem¹¹⁹.

2.2. A obra coletiva

A obra coletiva parece surgir na senda das obras que, pela excessiva pluralidade de autores, não permite, distingui-los, transferindo-se para quem organiza todos esses contributos individuais a primazia dos direitos de autor. Só pela excessiva existência de contribuições individuais se justifica a existência de um coordenador que articule todos os contributos, de modo a transformá-los numa obra. Os coautores não trabalham tendo em vista um objetivo comum, como acontece nas obras em colaboração, trabalham de forma individualizada, sendo o trabalho criativo uma responsabilidade de quem articule todas as contribuições individuais. Aliás foi o seu organizador/produtor que concebeu a obra, a projetou e determinou o seu

numa obra diferente da obra audiovisual e não concorrente com esta, se exigir a autorização dos demais coautores, dado que, aquele contributo individual foi criado especificamente para aquela obra audiovisual.

¹¹⁷ Neste sentido vide MICHEL VIVANT in *Droit d'auteur*, Dalloz, 1.ª edição, Paris, 2009, pp.228-281.

¹¹⁸ Vide NAZARETH PÉREZ DE CASTRO in *Las Obras Audiovisuales. Panoramica Jurídica*, Reus, Madrid, 2001, pp. 39-45.

¹¹⁹ Vide MARIA VICTORIA MAYOR DEL HOYO in *El Derecho de Autor sobre las Obras Cinematograficas en el Derecho Español*, Madrid, Colex, 2002 pp. 103-112.

conteúdo individualmente sem ajuda de qualquer um dos múltiplos coautores dos contributos individuais dos quais se socorreu. Pelo que será indiferente que este produtor seja uma pessoa física ou coletiva, na medida em que é o conteúdo da obra que motiva a iniciativa da criação. A obra será o resultado da fusão de todos os contributos organizados pelo seu organizador/produtor, na qual os múltiplos coautores não têm a expectativa de serem titulares de qualquer direito sobre a obra. Estes múltiplos autores serão simplesmente remunerados pelo seu contributo, mas não são remunerados por qualquer direito que adquiram *ab initio*. A titularidade dos direitos sobre a obra coletiva é desde sempre do seu organizador/produtor¹²⁰.

A doutrina Italiana e anglossaxónica consideram a obra audiovisual como obra coletiva, porque encara a mesma como o resultado de uma atividade seletiva de planeamento e junção de contributos por parte do seu organizador/produtor que forma e administra a obra no plano artístico e criativo¹²¹. Esta posição é defendida tendo como pano de fundo o fato de serem visíveis na obra difundida contributos criativos que muitas vezes não atribuem a qualidade de autor ao seu sujeito, como o trabalho técnico, o guarda-roupa, a direção fotográfica, a caracterização, que são considerados trabalhos meramente “técnicos”, sendo o organizador/produtor da obra o detentor desses mesmos direitos e tendo, por isso mesmo, uma posição de destaque face aos coautores do argumento, dos diálogos e das composições musicais. No entanto, essa posição de destaque do organizador/produtor, faz com que exista uma subordinação do trabalho criativo dos coautores a esta entidade, o que poderá desvirtuar as contribuições criativas destes sujeitos¹²². O sistema jurídico anglossaxónico vai ainda mais longe e inverte o processo de criação da obra audiovisual, considerando que uma produtora que tem um romance ou um guião original obtêm os direitos sobre os mesmos e começa a procurar financiamento

¹²⁰ Neste sentido, vide MICHEL VIVANT in *Droit d'auteur*, Dalloz, 1.ª edição, Paris, 2009, pp.228-281.

¹²¹ Vide VITTORIO M. DE SANCTIS in *I soggetti del diritto d'autore*, Seconda edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2005, pp.95-102 e PETER PRESCOTT e MARY VITORIA in *The Modern Law of Copyright and Designs*, Third Edition, Butterworths, London, Edinburgh, Dublin, 2000, pp. 119-134.

¹²² Neste sentido, vide ISABEL ESPÍN ALBA in *Las Obras Audiovisuales. Clases, Nacionalidad y Calificación de las Mismas en la Ley del Cine* in *La Ley del Cine y el Derecho de Autor*, Reus, Madrid, 2008, pp.35-51.

para produzir a obra. Depois de o obter, contrata o realizador, o diretor, os artistas e a equipa técnica, aluga o equipamento e arrenda o estúdio, sendo o produtor o primeiro titular dos direitos de autor que concederá licenças ao distribuidor para que a obra possa ser explorada¹²³. Para este ordenamento jurídico não existem dúvidas que a obra audiovisual é uma obra coletiva. Sendo certo que a linha de pensamento anglossaxónica é totalmente oposta à nossa, no que toca à autoria e titularidade de direitos de autor sobre a obra audiovisual. Até mesmo, porque este sistema “esquece” quem são os coautores do romance ou do guião original que lhes vai parar às mãos, partindo do pressuposto de que se o produtor o possui, logo será o titular daquele enredo.

A raiz do conceito de obra coletiva remete-nos para as obras nas quais é impossível identificar todos os seus coautores, uma vez que o número elevado de contributos pessoais que se mesclam, não permitiria fazê-lo¹²⁴. Contudo, as diferentes legislações nacionais, à semelhança do que acontece também no nosso país¹²⁵, com frequência prevêm a hipótese de nas obras coletivas ser possível discriminar os contributos pessoais de alguns coautores, o que torna este conceito de obra coletiva demasiado complicado e intrincado no que toca à sua aplicabilidade prática, nomeadamente quanto à questão de saber se o organizador/produtor poderá ser considerado ou não como autor, na medida em que boa parte da doutrina se refere à figura deste como alguém que realiza um trabalho criativo de organizar e selecionar os contributos individuais de coautores e técnicos. Esta hipótese causa inúmeras decisões jurisprudenciais contraditórias¹²⁶.

Considerar a obra audiovisual como obra coletiva traz-nos um problema acrescido, porque ao haver a possibilidade de se discriminar ou não as

¹²³ Vide RICHARDS BUTLER in *Copyright, Designs and Patents: The New Law*, Longman, London, 1989, pp.9-22. Vide, também, artigo 10(1^a) do CDPA de 1988.

¹²⁴ Como é o caso dos dicionários, das enciclopédias, de um site na internet, os elementos da carroçaria de um carro, uma placa publicitária, uma rubrica de jornal, um cd-rom, entre outros.

¹²⁵ Vide artigo 19.º n.º 2 do CDADC.

¹²⁶ A jurisprudência francesa é fértil neste tipo de decisões, aliás em 1999 um tribunal francês, mais concretamente o Corte de Apelacion de Besançon em 8 de julho desse ano, recusou classificar uma obra como obra coletiva por se identificarem as contribuições individuais de cada coautor. Já o Corte de Apelacion de Paris em 9 de novembro do mesmo ano, entendeu que pelo fato de ser possível discriminar os contributos individuais de cada coautor, tal fato não seria impeditivo de considerar uma obra como obra coletiva.

contribuições pessoais dos seus autores, nos casos em que tal não for possível, pode correr-se o risco de se estar a atribuir direitos de autor a um falso autor, pondo em causa desde logo os direitos de paternidade sobre uma determinada obra, na medida em que não consideramos como autor da obra o organizador/produtor¹²⁷.

A obra coletiva adensa as dúvidas existentes sobre se o organizador/produtor poderá ser titular de direitos de autor, levando a que determinados autores optem pela ficção legal de que falamos no início da nossa abordagem a esta matéria. No entanto, esta ficção legal levanta-nos mais uma incerteza, na medida em que os autores têm direitos de autor sobre a sua contribuição individual. Contudo é impossível, ao considerarmos esta ficção legal de atribuição de direitos, ao organizador/produtor que os representa, atribuir-lhes direitos de autor sobre a obra, enquanto criação global e coletiva. Aliás, neste caso atribui-se direitos de autor ao organizador/produtor por outra via, ao invés de se atribuir esses direitos de autor pela criatividade e originalidade, como seria de esperar. A qualidade de autor de uma obra audiovisual implica um trabalho artístico intenso, que o organizador/produtor não tem. A hipótese de o organizador poder ser considerado como autor da obra, implicaria que este fosse o realizador da mesma, o que entre nós não acontece, já que o organizador/produtor da obra é normalmente um empresário que apenas e só explora a parte económica da obra, sem que tenha qualquer intervenção criativa original na obra.

Assim sendo, transformar a atribuição de direitos de autor numa questão meramente comercial, pode tornar-se muito perigoso em termos de tutela, permitindo extrapolações, que prejudiquem estes direitos sobre determinada obra audiovisual na sua essência¹²⁸.

Os defensores de que a obra audiovisual deverá ser considerada como uma obra coletiva, consideram que os direitos de disposição patrimonial dos

¹²⁷ Neste sentido vide DAVID I. BAINBRIDGE in *Intellectual Property*, Seventh Edition, Pearson Longman, Essex, 2009, pp.129-134.

¹²⁸ Pronunciam-se neste sentido, alertando para o perigo de considerar as obras audiovisuais como obras coletivas, autores como CARLOS ROGEL VIDE, NAZARETH PEREZ DE CASTRO, J. M. RODRIGUEZ TAPIA e R. BERCOVITZ.

autores são postos à disposição do organizador/produtor, sendo que este deverá beneficiar da proteção que a lei dá a estes¹²⁹.

Considerar a obra audiovisual como obra coletiva será, por esta via, sobrepor os direitos económicos aos direitos de autor, protegendo-se como autor, quem não contribuí para a obra com nenhum tipo de criatividade, neste caso o organizador/produtor¹³⁰.

2.3 A obra original e derivada

A obra originaria é aquela que surge *ex novo* e se reveste de características únicas e distintas, próprias da originalidade absoluta, e que lhe permite diferenciar-se das demais. A obra audiovisual dotada de originalidade absoluta será aquela que é composta por um enredo, um argumento, cenários reais ou ficcionais e personagens, banda sonora e, eventualmente músicas, criadas de origem para aquela obra em concreto.

A obra derivada é uma obra diferente, mas não uma obra totalmente distinta daquela(s) que está(ão) na sua origem. A(s) obra(s) preexistente(s) deve(m) servir de inspiração, mas a obra derivada tem necessariamente que surgir de um processo criativo ou original, não obstante ter por base outra(s) obra(s) preexistente(s). Esta originalidade será sempre uma originalidade relativa. Certo é que a obra derivada só existirá, em regra, se os autores da obra preexistente o permitirem, caso contrário, a obra derivada não poderá gozar de uma vida plena¹³¹. Esta permissão ou autorização terá que ser dada seguramente pelos autores da obra preexistente antes de a obra derivada poder ser objeto de divulgação ou de exploração económica. Porém parece que seria mais correto que, quando os autores da obra derivada decidissem que poderiam ter por inspiração uma determinada obra preexistente, pedissem imediatamente aos autores dessa obra autorização para trabalharem na obra nova, tendo por base a obra anterior.

¹²⁹ Vide RAQUEL DE RÓMAN PÉREZ in “Una visión particular sobre la Obra Colectiva y la difícil cuestión de los “Derechos Morales” de la persona jurídica in Sujetos del Derecho de Autor”, coord. CÉSAR IGLESIAS REBOLLO, Reus, Madrid, 2007, pp.43-71.

¹³⁰ Neste sentido, vide MARIA VICTORIA MAYOR DEL HOYO in *El Derecho de Autor sobre las Obras Cinematográficas en el Derecho Español*, Madrid, Colex, 2002, pp. 99-103.

¹³¹ A não ser que seja criada para uso privado ou que a obra preexistente já se encontre no domínio público ou não seja protegida. Além disso, em caso de não permissão dos autores da obra preexistente, a utilização da mesma, será plágio, o que configura uma conduta criminosa. Neste sentido, vide CRISTINA LÓPEZ SÁNCHEZ in *La Transformación de la Obra Intelectual*, Dykinson, Madrid, 2008, pp.57-68.

Preferencialmente, tal pedido de autorização deveria ser realizado antes de se iniciar a obra nova, sob pena de os autores da obra derivada a começarem a criar e os autores da obra preexistente recusarem tal permissão. É necessário ter em conta que a obra audiovisual derivada não é simplesmente uma obra modificada, é antes uma obra nova inspirada noutra obra preexistente. Apesar de ser uma obra nova que foi realizada tendo por base outra obra preexistente, a obra derivada não pode de forma alguma corromper a obra original, dado que ambas são protegidas de forma distinta e independente. A obra preexistente pode ser audiovisual ou de outro tipo. O artigo 20.º n.º 1 do nosso CDADC prevê o regime das obras compósitas, determinando que poderão ser assim designadas aquelas *“em que se incorpora, no todo ou em parte, uma obra preexistente, com autorização, mas sem a colaboração do autor desta”*, referindo ainda o n.º 2 do mesmo artigo que *“Ao autor da obra compósita pertencem exclusivamente os direitos relativos à mesma, sem prejuízo dos direitos de autor da obra preexistente”*. Todavia, não nos parece que este artigo tenha uma redação perfeita no que toca ao regime das obras derivadas. Aliás, os requisitos impostos pelo artigo demonstram-no claramente, na medida em que se exigem três requisitos: a incorporação no todo ou em parte de uma obra preexistente, com autorização dos coautores e sem a colaboração destes. Uma obra derivada nunca poderá incorporar no todo uma obra preexistente, sob pena do seu carácter derivado ficar depreciado. Uma obra que incorpore no seu todo uma obra preexistente não é uma obra derivada, mas sim uma obra modificada¹³². Ou seja, trata-se da mesma obra e nessa os autores iniciais poderão colaborar com os novos autores que pretendam com a sua autorização dar uma nova vida a uma determinada obra, existindo aqui uma pluralidade de autores não simultânea. A obra derivada exige que exista uma obra nova, que se inspire numa preexistente, materializando-se essa inspiração na inclusão de parte de outra obra preexistente (seja de parte do enredo, ou do argumento ou, até mesmo, as personagens), na obra nova. Pelo que o regime previsto no artigo 20.º do CDADC deve ser interpretado com cautela e de forma restritiva, dado que o

¹³² Da obra modificada trataremos mais à frente no nosso trabalho.

regime legal nele previsto abrange obras diversas e que não podem ter o mesmo tratamento, sob pena de se confundirem entre si.

Certo é que os diplomas internacionais não se imiscuem neste pleito no que toca à classificação das obras audiovisuais, sendo tal bem patente na Diretiva do Conselho 2006/116/CE, de 12 de dezembro que, no seu artigo 2.º, prevê a possibilidade de os Estados determinarem outros coautores da obra e a Convenção de Berna, no artigo 14 bis 2) a), que remete para as legislações nacionais a questão da titularidade dos direitos de autor. Esta não ingerência parece coadunar-se com a tentativa de harmonizar regimes entre os países que defendam uma ou outra corrente, na medida em que alguns se identificam mais com o regime continental europeu e outros com o anglossaxónico.

3. A obra audiovisual enquanto obra de estrutura complexa

A pluralidade de sujeitos que intervêm na obra audiovisual, obriga a que se distingam os seus autores e os técnicos que os auxiliam, de modo a que estes possam assumir um papel diferenciado perante a obra audiovisual, e para que esta possa ter significados diferentes para cada um destes sujeitos. O “*todo ontológico*” em que a obra audiovisual se materializa faz com que os autores da obra tenham um papel de titularidade originária nos seus direitos sobre a obra, secundarizando-se os sujeitos que nela participam, mas que não podem ser considerados como autores¹³³.

Como vimos anteriormente, o que distingue os autores dos demais participantes da obra audiovisual é o facto de estes trabalharem de forma conjunta, elaborando contributos criativos e originais, para que se possa chegar ao resultado final, ou seja, à obra. Porém, os contributos criativos ou originais têm sofrido inúmeras mutações ao longo dos últimos anos, na medida em que a evolução tecnológica tem permitido inovações que atualmente invadem o espírito dos autores, influenciando a sua criatividade de forma irreversível. Não é preciso muito para constatarmos, por exemplo, que as obras audiovisuais a

¹³³ Neste sentido vide VITTORIO M. DE SANCTIS in *I soggetti del diritto d'autore*, Seconda edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2005, pp.73-85.

três dimensões ou nas quais se utilizassem tecnologias como o “*digimation* de animação”¹³⁴ eram pura ficção há pouco menos de uma década.

A criatividade ou originalidade que os autores conferem à obra constituem o seu código genético único, que faz dos autores os únicos titulares dos direitos de autor sobre a obra. Porém, esses não serão os únicos elementos que constituirão a obra audiovisual, já que os colaboradores técnicos, através da sua contribuição, também irão dar à obra elementos que permitirão individualizá-la e distingui-la. Logo, a obra audiovisual será passível de gerar direitos de autor e direitos conexos que terão que se articular entre si sem que uns ou outros possam por alguma forma ser prejudicados.

A obra audiovisual é o modo e a forma concreta que adquirem as ideias dos seus autores, mas essa exteriorização pode ser feita de várias formas, não obstante a obra permanecer inalterável. A proteção que lhe é conferida permitirá individualizar a obra e delimitá-la em relação a outras, de modo a que aquela conserve o seu carácter único¹³⁵.

A proteção dada à obra audiovisual é uma proteção simultaneamente única, dado que se protege a obra na sua unidade e paralelamente protegem-se também os contributos individuais de cada autor que poderão distinguir-se ou não da obra no seu todo. Esta dupla proteção faz da obra audiovisual uma obra que nos encaminha para uma dimensão de proteção complexa e peculiar. À vista desarmada poderíamos estar a proteger duplamente o mesmo direito. Contudo, tal não é verdade, na medida em que a obra final é uma coisa e os contributos particulares de cada autor, outra, não obstante, na maioria das

¹³⁴ O *digimation* de animação é uma técnica inovadora utilizada em algumas obras audiovisuais como alguns jogos de computador e em determinadas obras cinematográficas, em vários projetos 3D, entretenimento e materiais audiovisuais diversos, tendo sido desenvolvida pela empresa *Square Pictures Inc.* que é uma filial da *Square Soft*. Na produção e desenvolvimento desta técnica que foi utilizada pela primeira vez em meados do ano 2000 foram gastos cem milhões de dólares americanos. Esta técnica permite transformar personagens de carne e osso e elementos de um cenário natural em intérpretes e elementos fictícios com uma animação o mais realista possível. Anteriormente, o realizador da obra, bem como, os demais coautores só teriam que escolher os intérpretes que melhor se encaixassem no perfil das personagens do enredo ficcional, contudo esta tecnologia, obriga a que se pense qual será o melhor produtor criativo de imagens animadas que se adequa a um determinado enredo. Pensamos até que a questão vai mais longe, pois a criatividade destes produtores criativos de imagens animadas que integram a obra poderá conferir-lhes até a qualidade de coautores, questão essa que abordaremos mais à frente no nosso trabalho. Esta referência foi já efetuada pela autora do presente trabalho em sede de dissertação de mestrado com o tema *Da Obra Audiovisual: Tutela dos Autores e Intérpretes*, pp.148-153.

¹³⁵ Neste sentido vide MARIA VICTORIA MAYOR DEL HOYO in *El Derecho de Autor sobre las Obras Cinematograficas en el Derecho Español*, Madrid, Colex, 2002, pp.29-34.

vezes, só a reunião desses contributos a transformem em obra plena¹³⁶. O que torna este tipo de obras tão complexa é o facto de se necessitar proteger os interesses de uma pluralidade de pessoas e da própria obra em si mesmo, desde o momento do seu nascimento, durante a sua vida e até ao seu término legal, sendo certo que todos esses direitos têm que se respeitar mutuamente e permitir a existência de uma harmonia jurídica entre todos eles. Uma coisa é certa, os direitos morais sobre a obra são “sagrados”, sendo irrenunciáveis, inalienáveis e imprescritíveis por parte dos seus titulares¹³⁷. Quanto aos direitos patrimoniais, terá que haver consenso entre todos os autores para que a obra possa ser explorada economicamente e, em casos em que tal não aconteça, será necessário recorrer à via judicial, de forma a obtê-lo. Aqui o tribunal pode substituir-se a algum dos autores, caso entenda que a pretensão dos demais é justa, razoável, não prejudique a obra e traga vantagens para todos. Contudo, essa avaliação será feita sempre de forma casuística, atendendo às circunstâncias concretas do caso. Quanto à administração económica da obra, os autores poderão, por uma questão prática, nomear um terceiro que possa fazer essa administração em seu nome e em sua representação, não alienando qualquer direito para este, muito embora esse terceiro possa obter uma remuneração em virtude dessa representação.

Esse consenso terá que existir, no que toca à administração da obra audiovisual em concreto, no que respeita à sua divulgação e comunicação pública, à sua modificação ou ampliação, à sua adaptação ou abreviação, mas também relativamente à utilização da obra ou de parte dela em obras derivadas ou compósitas e em obras modificadas. Por aqui se vê a teia complexa de relações jurídicas que estes tipos de obras podem gerar.

4. A obra audiovisual enquanto produto original

A obra audiovisual enquanto produto da originalidade e criatividade dos seus autores gera direitos especiais para estes, os chamados direitos de propriedade intelectual, que são direitos subjetivos absolutos. A especialidade que comporta estes direitos, prende-se com o facto de o bem que é objeto de

¹³⁶ Referimos que tal acontece na maioria das vezes porque existem exceções. A música, enquanto contributo individual, pode considerar-se também uma obra acabada, podendo em alguns casos acontecer o mesmo com o argumento, que por si só pode constituir também uma obra literária plena.

¹³⁷Cfr. Artigo 56.º n.º 2 e artigo 42.º do CDADC.

propriedade não ser um bem tangível e palpável, mas antes um bem imaterial, fruto do espírito humano, naquilo que este tem de mais profundo e próprio. Quando uma pessoa física cria algo de original, a obra que surge dessa criação será sempre única, na medida em que esta é o resultado das vivências pessoais, bem como esta é interpretada e da sua capacidade intelectual para vislumbrar o que está à volta, que certamente será diferente, da mundividência dos demais autores que a rodeiam. No que respeita às obras audiovisuais, que já vimos serem obras complexas, pelo facto de serem criadas por uma pluralidade de autores, todas estas características e particularidades estão integradas no processo de criação de cada um dos autores, e fazem com que as obras audiovisuais, em concreto, sejam uma fonte de riqueza ímpar no que toca à sua originalidade, dado que existem vários processos criativos, de diferentes pessoas, a trabalhar para que esta se materialize de modo singular. Só quando a obra estiver finalizada enquanto produto original, seja essa originalidade absoluta ou relativa, é que todos os seus autores poderão invocar e exercer os seus respetivos direitos morais e patrimoniais sobre a obra conjunta por eles criada.

Uma manifestação importante da originalidade da obra audiovisual enquanto produto original é o seu título. O título é a “imagem de marca” da obra, pelo que o mesmo terá também que estar revestido de uma originalidade *sui generis*¹³⁸. Chamamos-lhe *sui generis*, na medida em que o título da obra muitas vezes pouco ou nada tem de original e quando assim é não deverá gozar de qualquer tipo de proteção, dado que este apenas é um elemento distintivo de uma obra. A falta ou a originalidade reduzida do título poderá induzir o público a, falsamente, considerar que uma obra audiovisual nada tem de original só pela “aparência” do mesmo¹³⁹. Muito embora o título da obra audiovisual seja um

¹³⁸ O título da obra poderá até ser protegido como uma marca. Neste sentido, cfr. LUÍS M. COUTO GONÇALVES in *Manual de Direito Industrial – Propriedade industrial e concorrência desleal*, Almedina, Coimbra, 2015, 6ª Edição Revista e Aumentada, p. 253.

¹³⁹ Por exemplo, existem várias obras televisivas com títulos semelhantes, as quais muitas vezes são objeto de confusão pelo público como é o caso de “*Páginas da vida*” e de “*Viver a Vida*” obras essas que pela similitude dos seus títulos são muitas vezes confundidas entre si, muito mais quando existem personagens com os mesmos nomes e os atores são muitas vezes os mesmos, embora em diferentes papeis. As duas obras referidas são um desses casos até mesmo porque o autor, o realizador e a música são autoria das mesmas pessoas e até o produtor é o mesmo (no caso a rede globo). A telenovela “*Páginas da Vida*” foi uma obra realizada entre 2006-2007 tendo como autor Manoel Carlos e como realizador Jayme Monjardim, sendo a música do seu genérico “*Wave*” da autoria de Tom Jobim e interpretada por Luiza e Daniel Jobim. Esta obra tem no seu elenco Regina Duarte, Fernanda Vasconcellos, Lília Cabral,

“acessório” da mesma, ele tem a função de distinguir uma determinada obra audiovisual das demais existentes, não tendo a mesma proteção dada aos direitos de autor gerados pela obra em si mesma. O título será protegido no limite da função de identificação da obra, dado que, por si só, este não pode ser considerado como uma obra em si mesmo¹⁴⁰. O título permite particularizar e reconhecer imediatamente uma determinada obra¹⁴¹. A importância do título da obra manifesta-se na nossa legislação, mais concretamente, no artigo 4.º do CDADC. Prevê este preceito normativo no seu n.º 1 que a proteção da obra é extensível ao título, o que demonstra de forma clara a importância e o seu carácter acessório da obra audiovisual, desde que o mesmo seja original e não possa confundir-se com o título de qualquer outra obra do mesmo género. Esta exigência de uma diferenciação dos títulos das demais obras do mesmo género, revela a amplitude que o título reveste enquanto espelho da obra audiovisual em si mesma. O mesmo dispositivo legal vai mais longe, no seu n.º 2, considerando que não são alvo de proteção títulos genéricos ou usuais em determinados objetos ou géneros de obra, bem como títulos constituídos por nomes de personagens históricas, dramáticas, literárias, mitológicas e de

Thiago Lacerda, Marcos Caruso, Ana Paula Arósio, José Mayer, Natália do Vale e Christine Fernandes, entre outros. Já a telenovela “*Viver a vida*” foi uma obra realizada entre 2009-2010 tendo o mesmo autor e realizador, sendo a música do genérico “*Sei lá...a vida tem sempre razão*”, coautoria do mesmo Tom Jobim, juntamente com Chico Buarque e Miúcha. Do elenco desta obra fazem também parte Lília Cabral, José Mayer, Natália do Vale, Thiago Lacerda e Christine Fernandes. Em ambas as obras existe uma personagem chamada “Helena” em “*Páginas da vida*” interpretada por Regina Duarte e em “*Viver a Vida*” por Tais Araújo. A atriz Lília Cabral em ambas as obras faz de vilã/mártir. As personagens de Thiago Lacerda e José Mayer cruzam-se nas duas obras, sendo que na primeira são cunhados e na segunda pai e filho. A personagem interpretada por Natália do Vale em ambas as obras representa uma “mãe neurótica”, e a personagem interpretada por Christine Fernandes cruza-se em ambos os enredos com a personagem de Thiago Lacerda, sendo que na primeira começam por ser amigos e posteriormente vivem um relacionamento amoroso enquanto que na segunda são bons amigos. A proximidade temporal da realização de ambas as obras, a utilização dos mesmos atores no núcleo do enredo principal, a semelhança entre as músicas e o fato de ambas as obras no ano de 2013 estarem a ser exibidas em horários próximos em diferentes canais televisivos, “*Páginas da Vida*” foi exibida na SIC (Portugal) pelas 00h00 de Segunda a Sexta e “*Viver a Vida*” é exibida pela TV Globo (Brasil) pelas 01h30, cria ainda mais confusão no público dadas as imensas semelhanças entre ambas as obras. Mas a similitude e a banalidade temática do título de ambas as obras é sem dúvida o mote principal para despertar a confundibilidade entre os seus espetadores, daí a originalidade do mesmo ser tão importante para as obras em si mesmas. Parece-nos que à luz do direito português, ambos os títulos destas obras televisivas, não seriam alvo de proteção nos termos do n.º 2 do artigo 4.º do CDADC, por não cumprirem os requisitos deste artigo.

¹⁴⁰ Neste sentido o Tribunale di Roma em 16 de junho de 2004, com a sentença n.º 19056/04, decidiu que a utilização do mesmo título por parte de duas obras audiovisuais, no caso uma famosa obra cinematográfica e uma obra televisiva, tal afetava os direitos de autor da primeira na medida em que tal era um elemento de confundibilidade entre ambas, até mesmo porque não existia qualquer autorização nesse sentido dos coautores da obra cinematográfica preexistente.

¹⁴¹ Neste sentido vide DANIELA AMODEO in “I Criteri per la tutela del titolo dell’opera dell’ingegno”, *RTSIAE, Anno LXXVIII, Aprile- Giugno 2007, n.º 2*, Giuffrè Editore, Milano, 2007, pp.155-172.

personalidades vivas. Esta limitação obriga, de certa forma, a que os autores das obras audiovisuais se esforcem por encontrar um título suficientemente apelativo e original para as suas criações, sob pena de o mesmo não ser protegido e com isso a própria obra poder ser afetada. Alguns autores como MARIA VICTÓRIA ROCHA entendem que os títulos das obras audiovisuais deverão ser protegidos como um direito conexo.

Porém, os direitos dos autores de uma determinada obra audiovisual têm que sofrer algumas limitações e restrições, à semelhança de outras categorias de direitos.

Começamos pela limitação temporal existente para os direitos dos autores das obras audiovisuais originais. Os direitos dos autores das obras audiovisuais não são “eternos”. Prevê o artigo 34.º do CDADC que os direitos de autor patrimoniais sobre as obras audiovisuais caduquem 70 anos após a morte do último sobrevivente entre o realizador, o autor do argumento ou da adaptação, o autor dos diálogos ou o autor das composições musicais especialmente criadas para a obra, prazo findo o qual as mesmas caem no domínio público¹⁴². Este limite temporal permite que a obra audiovisual sobreviva aos seus autores, o que é de extrema importância, na medida em que impede ingerências indesejadas nos direitos dos seus autores enquanto estes e os seus herdeiros sejam vivos, protegendo-se, assim, de forma eficaz a obra audiovisual e os interesses dos seus autores de forma plena¹⁴³.

A generalidade das restrições aos direitos de autor, devem ser vistas como algo excecional. Com esse propósito, em sede de Propriedade Intelectual foi criado o “*Three-step test*”, ou a “*regra dos três passos*”¹⁴⁴. Esta regra estabelece os limites e exceções à aplicação de direitos de propriedade

¹⁴² Não obstante, não concordamos que estes sujeitos referidos sejam os únicos autores das obras audiovisuais e, muitas vezes, nem todos os aqui referidos poderão ser considerados autores da obra, como analisaremos na segunda parte do nosso trabalho, este é o critério legal existente nesta matéria para determinar a durabilidade dos direitos dos autores da obra audiovisual que é imposto pela diretiva comunitária. Alguns autores como MARIA VICTÓRIA ROCHA consideram mesmo este prazo excessivo.

¹⁴³ Para que esta proteção da obra audiovisual pudesse operar de forma plena, foi necessário alterar a Diretiva 2006/116/CE do Parlamento Europeu e do Conselho que determinava que o prazo de proteção dos direitos conexos era de 50 anos, tendo sido votada a proposta de alteração do Parlamento Europeu para os 70 anos em 23.04.2009. Esta alteração permitiu que existisse uma proteção mais igualitária entre todos os participantes da obra audiovisual, sendo coautores ou não, o que permitiu proteger a obra audiovisual no seu todo e de forma mais homogênea.

¹⁴⁴ Esta regra teve a sua origem na Conferência de Estocolmo, realizada em 14 de julho de 1967, a propósito da limitação do direito de reprodução que era excessivamente amplo, e foi consagrada em 24 de julho de 1971 na Conferência de Paris, passando tal regra a fazer parte da Convenção de Berna, mais precisamente no seu artigo 9.º n.º 2.

intelectual. O primeiro passo estabelece limites que apareçam previstos na lei, o segundo que a reprodução feita de uma determinada obra não prejudique a sua normal exploração e o terceiro, que não cause prejuízos injustificados aos legítimos interesses dos seus autores. Ao olharmos atentamente para esta regra, verificamos que no primeiro passo se pretende restringir os limites àqueles que a lei expressamente prevê, obrigando aqui ao cumprimento do princípio da tipicidade. O segundo passo protege a obra em si mesmo e os direitos patrimoniais gerados para os seus autores; e o terceiro por sua vez, remete-nos para os direitos morais dos autores, designadamente, pelo respeito da paternidade e integridade da obra¹⁴⁵. Todas estas limitações devem, contudo, ser interpretadas de forma restritiva, de modo a minimizar eventuais consequências nefastas que possam trazer aos seus autores. Aquilo que nos ocorre referir no que toca às obras audiovisuais neste âmbito, prende-se com o fato de ser muito difícil lidar com estas restrições no universo *online*. Existem muitas falhas legislativas que permitem utilizações duvidosas deste tipo de obras neste contexto. A nossa legislação contempla a regra dos três passos no artigo 75.º, n.º 1, n.º 2 e n.º 4 do CDADC. Contudo, a amplitude que a nossa legislação dá a esta regra é muito preocupante. Ao olharmos para o artigo 75.º n.º1 no qual se prevê que *“São excluídos do direito de reprodução os atos de reprodução temporária que sejam transitórios, episódicos ou acessórios, que constituam parte integrante e essencial de um processo tecnológico e cujo único objetivo seja permitir uma transmissão numa rede entre terceiros por parte de um intermediário, ou uma utilização legítima de uma obra protegida e que não tenham, em si, significado económico, incluindo, na medida em que cumpram as condições expostas, os atos que possibilitem a navegação em redes e a armazenagem temporária, bem como os que permitem o funcionamento eficaz dos sistemas de transmissão, desde que o intermediário não altere o conteúdo da transmissão e não interfira com a legítima utilização da tecnologia conforme os bons usos reconhecidos pelo mercado...”*; conjugado com o artigo 75.º n.º 2 alíneas m) e r) do CDADC, que prevê a utilização das obras audiovisuais, sem a autorização dos seus autores, contemplam o primeiro passo desta regra. Facilmente verificamos que esta

¹⁴⁵ Neste sentido vide ÁNGEL LUÍS ALONSO PALMA, in *Propiedad Intelectual y Derecho Audiovisual*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2006, pp.26-28 e o nosso CDADC, artigo 75.º n.º1.

previsão legal pela sua larga amplitude e pela generalidade e indeterminação dos seus conceitos, não obstante o objetivo deste preceito legal, ser a restrição dos limites do direito de autor através de normas jurídicas positivas que preenchessem dessa forma o princípio da tipicidade, este normativo legal traz mais incertezas do que certezas ao intérprete da lei. Ao pensarmos no caso concreto do sistema *peer to peer* (P2P) que permite a disponibilização de obras audiovisuais em rede por parte de utilizadores particulares entre si, em que é possível fazer download de ficheiros MP3 entre computadores de pessoas que pertençam a um determinado grupo inscrito numa das plataformas existentes na *internet*, como o *e-mule*, o *pirata tuga*, o *crackle*, entre outros, dada a dimensão do número de utilizadores dessas plataformas, conseguimos perceber que este tipo de utilização ultrapassa largamente os limites impostos pela regra dos três passos, sendo que o artigo 75.º n.º1 do CDADC, ao prever no seu texto que se permita uma transmissão das obras numa rede entre terceiros e por parte de um intermediário, desde que não tenham um significado económico, abre uma brecha legal para este tipo de situação. Muito embora se diga no texto desse dispositivo normativo que tem de se fazer uma utilização legítima da obra protegida e que tem que haver uma legítima utilização da tecnologia, conforme os bons usos do mercado, tais disposições são demasiado vagas e permitem que haja lugar a este tipo de situações. Em caso de litígio entre este tipo de plataformas que utilizam o sistema *peer to peer* (P2P), com os autores de determinada obra audiovisual, estas redes ilegais refugiam-se neste tipo de cláusulas gerais e conceitos indeterminados previstos na legislação, para se defenderem¹⁴⁶. Claro está que este tipo de utilização viola os dois passos seguintes da regra dos três passos, porque, indubitavelmente, consegue-se apreender que esta utilização atinge a exploração normal da obra e causa prejuízos injustificados aos interesses legítimos e aos direitos dos seus autores. Estes dois últimos passos da regra aparecem previstos no n.º 4 do artigo 75.º do CDADC. Porém, provar que a utilização de determinada obra audiovisual no mundo virtual é ilegítima, que existiu uma utilização abusiva da tecnologia, que a mesma atingiu a exploração

¹⁴⁶ Cfr. JOSÉ ALMAGRO NOSETE in “Aspectos procesales del intercambio de ficheros en redes P2P” e MARIA BERGONA FERNÁNDEZ GONZÁLEZ in “El uso de redes P2P: Una práctica imposible de controlar”, in *Los Derechos de Propiedad Intelectual en la Obra Audiovisual* coord. XAVIER O’CALLAGHAN, Dykinson, Madrid, 2011, pp.289-299 e pp.311-321.

normal da obra e que prejudicou os interesses legítimos dos seus autores, pode tornar-se uma “odisseia” jurídica¹⁴⁷. Esta situação tem uma explicação perceptível. Se pensarmos um pouco na origem da regra dos três passos, conseguimos entender porque é que a generalidade das legislações usa conceitos tão amplos e que permitem múltiplas interpretações. Esta regra tem a sua origem na necessidade de restringir e criar limites ao direito de reprodução das obras legítimas e de proteger os interesses dos seus autores ao nível internacional, na medida em que a mesma surge na Conferência de Estocolmo em 1967 e posteriormente vem a ser integrada no artigo 9.º n.º 2 da Convenção de Berna. Ora, como se pretendeu uniformizar as legislações nacionais nesta matéria e se pretendeu dar às obras uma proteção que não deixasse de fora qualquer aspeto, dado estarmos a falar de limites a estas, parece que esta regra foi formulada de forma tão ampla propositadamente. Caberia era a cada ordenamento jurídico conseguir concretizar melhor esta regra geral, tendo em conta as necessidades práticas com que se deparasse em termos sociais, sendo certo que, com a existência do mundo virtual, se multiplicaram essas necessidades protecionistas a uma velocidade incalculável, fazendo com que o legislador nunca consiga alcançar as proteções devidas em tempo útil, no que respeita à proteção das obras de propriedade intelectual no geral, e às obras audiovisuais em particular.

A proteção da obra audiovisual, enquanto produto original, tem-se feito por outras vias, nomeadamente através da estipulação de uma remuneração obrigatória para os seus autores em determinadas situações, como a utilização da obra para exploração cinematográfica ou difusão televisiva e em espaços públicos¹⁴⁸ onde ocorra a transmissão da mesma, bem como necessidade da autorização dos autores para que se façam determinadas utilizações ou modificações nas obras, como é caso da autorização necessária dos autores

¹⁴⁷Neste sentido, JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO in “Propriedade Intelectual e Internet”, texto correspondente à Conferência pronunciada na II Ciberética, Florianópolis, em 14 de novembro de 2003, pp.19-21.

¹⁴⁸ A respeito da comunicação pública na radiodifusão, o direito comunitário é inequívoco, mas o recente Acórdão Uniformizador de Jurisprudência de 6 de dezembro de 2013, veio colocar Portugal numa posição de incumprimento dos Tratados Internacionais (cfr art 11 bis da Convenção de Berna) e do Direito Comunitário (em detalhe MARIA VICTÓRIA ROCHA, “Atas de Direito Industrial”, no prelo).

no que toca à modificação, ampliação, abreviatura, adaptação ou incorporação, como veremos em seguida¹⁴⁹.

A questão mais complexa nas derivações das obras audiovisuais originais, é a incorporação, na medida em que não se define legalmente o objeto da mesma. A definição de incorporação de uma obra audiovisual é algo volátil porque de uma forma genérica nos poderia remeter para as obras adaptadas ou modificadas. Contudo, tal não acontece, na medida em que a qualificação daquilo que se poderá considerar como obra audiovisual adaptada e modificada aparece relatada de forma clara pela generalidade da doutrina e das legislações. Assim sendo, a incorporação isola-se naquilo a que poderemos chamar segundas partes, *sequels* ou *spin off* de uma determinada obra audiovisual, ou suas obras sucessivas ou sucedâneas. Estas sequelas de obras audiovisuais não são obras derivadas em sentido estrito, visto não serem obras adaptadas nem modificadas de uma obra preexistente. São antes obras cuja derivação ocorre por uma incorporação espiritual de contexto e de uma percepção subtil da presença da “primeira parte” da obra audiovisual em causa na obra que lhe sucedeu, daí existir uma incorporação desta na sua sucedânea, ainda que tal ocorra por uma derivação em sentido amplo. No fundo, estas novas obras audiovisuais incorporam a obra anterior e criam um enredo totalmente novo, partindo do primeiro¹⁵⁰. Se tal consideração de incorporação, não for efetuada, corre-se o risco de a obra realizada consecutivamente a seguir à primeira obra original ser tratada como uma obra diversa, tendo apenas o título como característica semelhante à obra preexistente, o que poderá pôr em risco os direitos dos autores da obra audiovisual primogénita, à qual esta obra sucessiva foi buscar o seu contexto criativo e percetivo de raiz, o que seria ultrajante em termos autorais¹⁵¹.

¹⁴⁹ Neste sentido, CARLOS ROGEL VIDE in *Estudios Completos de Propiedad Intelectual, Volume III - VI. Los límites del derecho de autor y sus confines*, Reus, Madrid, 2009.

¹⁵⁰ Vide VITTORIO M. DE SANCTIS in *La protezione delle opere dell'ingegno*, Giuffrè Editore, Milano, 2004, pp.386-395.

¹⁵¹ Neste sentido, vide MARIA VICTORIA MAYOR DEL HOYO in *El Derecho de Autor sobre las Obras Cinematográficas en el Derecho Español*, Madrid, Colex, 2002, pp.83-89. A autora, faz ainda referência neste contexto, às situações em que, de fato as obras audiovisuais sucedâneas nada têm de semelhante com as primeiras a não ser o título. Neste caso as obras seguintes não podem ser tratadas à luz do regime da incorporação, simplesmente porque o seu título é semelhante, não obstante a importância do mesmo para a obra conforme já referimos. Aqui a autora deixa o alerta que é necessário avaliar, caso a caso, para que não se cometam equívocos de qualificação e determinação das obras audiovisuais.

Existe ainda uma manifestação mais subtil de incorporação. Trata-se do caso em que numa obra audiovisual é introduzido um pequeno fragmento de outra obra do mesmo género. Tal situação ocorre quando as personagens assistem a um programa televisivo ou visualizam no cinema um trecho de outra obra audiovisual. Aqui deverá considerar-se de igual modo que existe incorporação deste pequeno trecho na obra principal, pese embora tal incorporação não tenha o mesmo peso e significado que terá uma obra audiovisual sucedânea a uma “primeira parte” da obra anterior. Poderemos dizer que nesta situação em concreto existe uma incorporação residual sem significado expressivo.

4.1 A obra adaptada

Para que exista uma obra audiovisual adaptada é necessário que se tenha por base uma obra original absoluta, de onde se extraem os seus elementos essenciais, como o argumento ou as personagens, mudando-se apenas a sua forma ou meio de expressão. Poderíamos colocar a questão de saber se, a mudança de forma ou de meio de expressão não constituiria uma violação dos direitos dos autores da obra preexistente, mas tal interpretação não poderá ser tão alargada, sob pena de se restringir a liberdade do processo criativo social¹⁵².

A obra audiovisual adaptada pressupõe uma mudança de género de uma obra preexistente, alteração que poderá materializar-se, por exemplo numa adaptação de uma criação literária ou teatral, numa obra audiovisual, numa obra cinematográfica ou televisiva, numa obra audiovisual para adultos para uma obra destinada a crianças, ou viceversa¹⁵³.

¹⁵² Neste sentido, PETER PRESCOTT & MARY VITORIA, in *The Modern Law of Copyright and Designs*, Third Edition, Butterworths, London, Edinburgh, Dublin, 2000, pp.155-167.

¹⁵³ Cfr. RICARDO ANTEQUERA PARILLI in *Manual para la enseñanza virtual del Derecho de Autor y los Derechos Conexos*, Editora Corripio, C. por A., Caracas, 1.ª Edición, Tomo I, 2001, pp.101-106. Existem vários exemplos de obras adaptadas de histórias infantis como a “*Branca de Neve e os 7 anões*” ou, na sua versão original “*Snow White and the seven dwarfs*”, que foi a primeira longa metragem de animação da Walt Disney, realizada em 1937, baseada no conto de fadas, “*Branca de neve*” dos irmãos Grimm, tendo a história sido adaptada por Dorothy Annm Blank, Richard Creedon, Merril de Maris, Otto Englander, Earl Hurd, Dick Rickard, Ted Sears e Webb Smith, realizada por David Hand, sendo o guião da responsabilidade de William Cottrell, Wilfred Pearce e Ben Sharpsteen que se transformaram em filmes para adultos como foi o caso de “*Branca de Neve O filme*”, que foi uma longa metragem de fantasia/drama, realizada em 2001, por Caroline Thompson, tendo como responsáveis pelo guião Jacob Grimm e Wilhelm Grimm, fazendo parte do elenco Miranda Richards, Kristin Kreuk e Tyron Leitso; e obras que tinham como público-alvo adultos, que posteriormente foram adaptadas para histórias infantis como “*Os três mosqueteiros*”, romance literário de Alexandre Dumas, que foi adaptado para a série de animação infantil “*Dartação e os três moscãoteiros*”, criada em 1981 por Claudio Boyd, tendo a

No entanto, ter por base uma obra original absoluta, da qual se extraem elementos essenciais, não significa que os autores da obra adaptada sejam “reféns” da obra original e que estejam estritamente vinculados a esta na adaptação que vão realizar. Apenas terão que extrair o essencial da obra original e dar-lhe uma nova forma que lhe permitirá ser expressa de forma distinta da que é original. Existe, portanto, uma certa discricionariedade que é permitida aos autores da obra adaptada. Contudo, terá que existir sempre uma lealdade à obra original, no que toca aos seus elementos mais essenciais. Assim sendo, os autores da obra adaptada poderão sempre exigir que o direito à integridade da obra seja respeitado, na medida em que os seus direitos sobre a obra original absoluta permanecem sempre intocados¹⁵⁴. Poderão, inclusivamente, os autores das obras adaptadas autorizar novas adaptações a outros autores. Todas as adaptações deverão ser dotadas de uma criatividade e originalidade próprias. Além do mais, se a adaptação for objeto de nova adaptação, terá que existir autorização para tal, quer dos autores da obra original absoluta, quer dos autores da obra adaptada, que irá ser objeto da nova adaptação. Ao observarmos esta teia de autorizações, facilmente compreendemos que todas as obras serão protegidas em si mesmas, de forma única e independente.

Um caso de obra adaptada que, por vezes, pode tornar-se preocupante é a inserção de trechos de obras audiovisuais em *spots* publicitários, sem que se peça a respetiva autorização necessária aos autores da obra audiovisual utilizada, ou sem que se identifiquem os autores da mesma. Normalmente, quando existe autorização dos autores da obra audiovisual, cujo trecho é

realização de Luis Ballester, guião de Claudio Boyd, Manuel Peiró e Taku Sugiyama, desenhos de José Luis Rodriguez e música de Guido e Maurizio de Angelis e Katsuhisa Hattori. Mais recentemente, em 2011, o romance literário de Alexandre Dumas foi adaptado para o filme para adultos “*Os três mosqueteiros*” tendo sido realizado em 3D nos Estados Unidos por Paul W.S. Anderson com argumento de Andrew Davies e a obra “*Robin dos bosques*” ou “*Robin Hood*” herói mítico inglês que roubava os ricos para dar aos pobres no tempo do Rei Ricardo Coração de Leão, lenda inglesa que entrou na literatura pela mão do escritor Roger Lancelyn Green no final do Sec. XVIII em “*As aventuras de Robin dos Bosques*”. Dos vários filmes que desta obra literária, foram adaptados temos o mais marcante “*As aventuras de Robin Hood*”, com Errol Flynn no papel principal, filme esse que foi realizado em 1938 por Michael Curtiz, William Keighley, Hal B. Wallis e Henry Blanke, tendo o guião ficado a cargo de Norman Reilly Raine e Seton I. Miller. Mais tarde, em 1973 a Walt Disney criou a obra animada “*Robin Hood*”, realizada por Wolfgang Reitherman, tendo o guião ficado a cargo de Ken Anderson, Larry Clemmans, e a música sob a responsabilidade de George Burns, Roger Miller, Johnny Mercer e Floyd Huddleston, que certamente são excelentes exemplos de obras adaptadas.

¹⁵⁴ Neste sentido, vide CRISTINA LÓPEZ SÁNCHEZ in *La Transformación de la Obra Intelectual*, Dykinson, Madrid, 2008, pp.71-116.

exibido no *spot* publicitário, estes abdicam da sua identificação no mesmo, já que o *spot* publicitário tem uma duração demasiado curta para que tal se possa fazer. Uma forma de evitar este tipo de “abusos” dos publicitários sobre obras audiovisuais protegidas pelos direitos de autor passaria por co-responsabilizar quem emite os *spots* publicitários em causa por tal abuso. Parece que este tipo de co-responsabilização poderia ser muito eficaz, na medida em que, obrigaria quem emite a publicidade a verificar se os trechos das obras audiovisuais inseridos nos *spots* publicitários são utilizados com a autorização de quem de direito, ou seja dos seus autores¹⁵⁵.

4.2 A obra transformada e modificada

A obra audiovisual transformada é aquela na qual se utiliza uma obra preexistente alterando-a, sem que se atenda a todos seus elementos essenciais, pelo que os autores da obra posterior terão sempre que pedir o consentimento dos autores da obra original e deverão utilizar esta como um ponto de partida para realizarem uma nova criação que se materializará numa obra concreta diferente da anterior. A obra transformada é sem sombra de dúvida, uma obra derivada¹⁵⁶. Já a obra modificada, é aquela em que se alteram alguns dos seus elementos, sem que se recorra a uma obra preexistente. Podemos ainda diferenciar a obra modificada como obra modificada em sentido técnico ou restrito e obra transformada em sentido amplo ou substancial. Estaremos perante uma obra modificada, em sentido técnico ou restrito, quando as modificações efetuadas se prendem com alterações meramente estruturais. Um bom exemplo deste tipo de obras modificadas é a passagem de uma obra audiovisual a preto e branco para uma obra colorida. Por exemplo, uma obra cinematográfica a cores, apresenta-se como uma alternativa diferente do mesmo filme a preto e branco. Não obstante se deva defender o direito de integridade sobre a obra original e os direitos dos seus autores, certo é que se deverá reconhecer, segundo a doutrina

¹⁵⁵ Cfr. CARLOS ROGEL VIDE in *Estudios Completos de Propiedad Intelectual, Volume I*, Reus, Madrid, 2003, pp.373-425.

¹⁵⁶ Neste sentido, vide MABEL GOLDSTEIN in *Derecho de Autor*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1995, pp.90-93.

maioritária¹⁵⁷, o caráter de obra derivada e modificada à obra posteriormente colorida¹⁵⁸. A obra colorida é mais do que a obra a preto e branco com outra aparência global. Isto porque os autores da obra colorida, vão empregar uma arte semelhante à de um pintor, escolhendo entre uma panóplia de cores, as que serão as mais adequadas para determinados trechos da obra. Para que assim seja, é feito um grande trabalho de investigação de modo a descobrir quais as cores dos diversos elementos da obra audiovisual que está a preto e branco, tendo em conta a realidade em que foram criadas, para que depois, se possa modificar, de forma criativa, a obra original absoluta dando-lhe uma nova vida através da cor¹⁵⁹.

Pese embora, exista uma diferença significativa entre os autores de uma obra modificada pela adição de coloração à obra original e os pintores de um quadro, essa diferença reside no fato de os pintores de uma tela criarem a imagem de raiz, empregando nela uma criatividade e originalidade absoluta, enquanto que os autores da obra colorida a partir de um original a preto e branco, não obstante o mérito do seu trabalho criativo, vão acrescentar à obra a modificar uma originalidade relativa¹⁶⁰.

Outros exemplos de obras modificadas em sentido técnico ou restrito são as adaptações de formatos, em que se modificam obras cinematográficas para que possam passar a ser exibidas em formato de obras televisivas e vice-versa. Estas modificações são apelidadas de *letterboxing* e *panscanning*. O *letterboxing* consiste na redução das imagens das obras audiovisuais projetadas, que continuam a ser visualizadas na sua integralidade, mas em tamanho mais pequeno, introduzindo-se duas barras negras, uma na parte superior e outra na parte inferior do ecrã. Tal modificação ocorre, nomeadamente, quando as obras audiovisuais são pensadas para os ecrãs do

¹⁵⁷ Vide VALERIE SIMONART “Le Coloriage des Films. – Droit Américain et Droit Continental”, in *Les Journées du Droit D’Auteur – Actes du Colloque tenu a l’Université Libré de Bruxelles les 11 et 12 Decembre 1987*, Bruylant, S.A., Bruxelles, 1989 pp.341-365 e MARIA VICTORIA MAYOR DEL HOYO in *El Derecho de Autor sobre las Obras Cinematograficas en el Derecho Español*, Madrid, Colex, 2002, pp.83-89.

¹⁵⁸ Em sentido oposto vide NAZARETH PÉREZ DE CASTRO in *Las Obras Audiovisuales. Panorámica Jurídica*, Reus, Madrid, 2001.

¹⁵⁹ Cfr. MARIA VICTORIA MAYOR DEL HOYO in *El Derecho de Autor sobre las Obras Cinematograficas en el Derecho Español*, Madrid, Colex, 2002, pp.83-89.

¹⁶⁰ Esta criatividade e originalidade relativa dos coautores das obras coloridas não pode ser menosprezada. Até porque pode dar-se o caso de vários autores fazerem colorações distintas sobre uma mesma obra a preto e branco e obterem obras modificadas, diferentes entre si, à semelhança de dois pintores que pintam a mesma paisagem natural e que obtêm resultados distintos.

cinema e feitas em formato *cinemascope*, para que as mesmas possam ser exibidas em televisão. Surgem graves problemas técnicos para a sua modificação que afeta, sem dúvida, a integridade da obra, daí optar-se pelo *letterboxing*. O *panscanning*, por sua vez, aparece pela mão dos defensores que as barras negras na parte superior e inferior do ecrã são inestéticas. Assim sendo, optam pelo *panscanning*, que consiste na sobreposição sobre a imagem retangular, de um formato quadrado, aí passa-se por um *scanner* todas as imagens da obra cinematográfica, colocando sob a forma quadrangular todas as imagens pensadas para um formato retangular, prescindindo-se daquelas que não interessam para o entendimento do enredo. Tal modificação é um grave atentado à integridade da obra e dos direitos dos seus autores. Aliás, esta técnica provoca muitas alterações de enquadramentos, cenários artificiais, redistribuições de cenas e alterações de cenas da esquerda para a direita. Neste tipo de modificação perde-se cerca de 25 a 45% da obra original.

Dentro das modificações técnicas da obra audiovisual, podemos deparar-nos ainda com a inserção de música ou diálogos escritos nas obras audiovisuais mudas. As obras audiovisuais mudas tinham como expoente máximo a expressão de um enredo e suas personagens pela utilização da mímica¹⁶¹. No entanto, quase sempre estas eram acompanhadas por uma banda sonora ou por pequenos diálogos que apareciam escritos no fundo do ecrã, no qual as mesmas eram exibidas. Parece-nos que alterar a banda sonora ou os diálogos que aparecem associados a este tipo de obras é um atentado grave à sua integridade, na medida em que poderão perder-se algumas das sensações que os seus autores pretenderam transmitir apenas e só com recurso a determinadas formas de expressão, muito embora alguns autores considerem que esta não é uma verdadeira modificação da obra, pelo que a inserção de novas bandas sonoras ou diálogos escritos às obras audiovisuais mudas, à revelia dos seus autores, constituiria apenas uma infração aos direitos de autor e não uma violação ao direito de integridade da obra, posição com a qual não

¹⁶¹ Estes tipos de obras audiovisuais são normalmente, denominadas de *Slapstick* que é um género de comédia audiovisual na qual não existem diálogos humanos verbalizados, apenas ruídos, suspiros e grunhidos que distinguem as expressões humorísticas das personagens. Este tipo de comédia foi utilizada, por Charlie Chaplin, contudo, atualmente, esta técnica também é utilizada, principalmente nas obras televisivas de animação infantis, veja-se o caso de “Shaun the Sheep”, de autoria de Nick Park, Richard Golezowaki, Alison Snowden e David Fine, produzida em Inglaterra pela Aardman Animations em 2007.

nos identificamos¹⁶². A nossa posição nesta matéria deve-se ao fato de, essencialmente, considerarmos que a banda sonora afeta a percepção e a interpretação do que é visto pelo público. Assim sendo, imagens iguais poderão ter significados diversos para quem as percebe, se acompanhadas de diferentes bandas sonoras¹⁶³.

Outras modificações técnicas, mas menos relevantes em termos de efeitos sobre a obra audiovisual e sobre os direitos dos seus autores, são a dobragem das falas dos atores de determinada obra audiovisual, a inserção e sobreposição de logótipos sobre a obra (normalmente no formato televisivo, em que se põe sobre a obra o logótipo do canal retransmissor), bem como a colocação de notas de rodapé em movimento com a programação seguinte de um determinado canal televisivo¹⁶⁴. Relativamente à inserção e sobreposição do logótipo sobre a obra a doutrina diverge quanto à questão de esta modificação afetar ou não a obra audiovisual original. Para alguns autores, a inserção deste tipo de elementos sem autorização dos autores da obra audiovisual é um atentado à sua integridade; para outros, esta inserção não afeta a obra em si mesma, na medida em que os espetadores precisam de saber identificar qual o canal televisivo que estão a visualizar e os autores da obra são livres de permitir ou não que as suas obras sejam difundidas por determinadas cadeias televisivas. Se o permitem, saberão, à partida, que as mesmas necessitam de se identificar.

No que respeita à dobragem das falas dos atores, convém fazermos aqui uma ressalva. Estas serão consideradas como modificações técnicas menores se forem feitas de forma coerente, ou seja, se os artistas que fazem a dobragem o façam da forma mais semelhante possível à versão original, respeitando entoações, timbres de voz, sons, sem que se suprima qualquer diálogo. Se a dobragem não for feita nestes moldes, aí sim, parece-nos que esta modificação técnica poderá afetar de forma relevante a obra audiovisual original¹⁶⁵. Porém, a dobragem deve ser aceite como uma modificação necessária, na medida em

¹⁶² Neste sentido, vide CRISTINA LÓPEZ SÁNCHEZ in *La Transformación de la Obra Intelectual*, Dykinson, Madrid, 2008, pp.98-116.

¹⁶³ Vide MARIA VICTORIA MAYOR DEL HOYO in *El Derecho de Autor sobre las Obras Cinematográficas en el Derecho Español*, Madrid, Colex, 2002, pp.83-89.

¹⁶⁴ Neste sentido vide CARLOS ROGEL VIDE in *Anuario de Propiedad Intelectual 2007*, Reus, Madrid, 2008, pp. 437-452.

¹⁶⁵ Vide CRISTINA LÓPEZ SÁNCHEZ in *La Transformación de la Obra Intelectual*, Dykinson, Madrid, 2008, pp.98-116.

que a obra audiovisual, mais do que uma obra de engenho intelectual, é também um produto económico que deverá estar à altura das solicitações de mercado e ao mesmo tempo respeitar os direitos dos seus autores¹⁶⁶.

Por tudo isto, facilmente podemos apreender que qualquer modificação desta índole, tem que ser sempre precedida da autorização dos autores da obra a modificar, para que a obra modificada possa ser exibida e para que não se atropelem os direitos sobre a obra original.

A situação mais grave que se prende com este tipo de modificações ocorre quando os autores da obra audiovisual modificada são ignorados e as mesmas são feitas à sua revelia. Tal situação tem motivado inúmeros litígios judiciais entre os autores da obra modificada e aqueles que procedem às modificações selváticas das mesmas.

Quando uma obra audiovisual é transformada em sentido amplo ou substancial, as alterações efetuadas, modificam, normalmente, a génese da própria obra preexistente, de modo a que esta se transforme noutra obra audiovisual, estamos perante aquilo que chamamos de direito de *remake*. O *remake* à primeira vista poderia parecer uma obra adaptada, contudo como não existe, regra geral, neste tipo de obra transformada, mudança de género ou de modo de transmissão, podemos afirmar com certeza, que estamos perante uma obra transformada. Aqui, apesar de a raiz da obra ser a mesma da obra preexistente, certo é que poderá haver na obra nova, a criação de elementos novos ou modificados, adicionados ou não aos preexistentes, como o argumento, as personagens, ou a música, essenciais para qualquer obra audiovisual, que deverão ser diferentes dos pertencentes à obra inicial. Poderemos dizer que os *remakes* surgem devido à necessidade de adaptar uma obra audiovisual antiga de sucesso, numa obra atual, ou de contextualizar uma obra audiovisual estrangeira, na cultura de um determinado país¹⁶⁷. No fundo, a obra transformada em sentido amplo ou substancial é nada mais, nada

¹⁶⁶ Cfr. VITTORIO M. DE SANCTIS & MARIO FABIANI in *I Contratti di Diritto di Autore*, seconda edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2007, pp.325-380.

¹⁶⁷ Vide MARIA VICTORIA MAYOR DEL HOYO in *El Derecho de Autor sobre las Obras Cinematograficas en el Derecho Español*, Madrid, Colex, 2002, pp.83-89.

menos, do que uma reinvenção e uma reinterpretação da obra audiovisual preexistente¹⁶⁸.

Deverá encarar-se a proteção conferida pelos direitos de autor, no âmbito das obras audiovisuais, não como uma proteção estática apenas e só de uma obra original em concreto, mas sim como uma proteção cuja flexibilidade permitirá proteger, não só a obra original absoluta, e os seus autores, como também todas as outras que dela derivem, sejam estas, obras modificadas, bem como os autores das mesmas¹⁶⁹. No entanto, essa flexibilidade de tutela, não limita os direitos morais dos autores da obra preexistente, na medida em que estes têm que autorizar toda e qualquer modificação à sua obra nos termos dos artigos 56.º, n.º 1, 59.º e 129.º do CDADC e do artigo 6bis da Convenção de Berna.

Levanta-se ainda a dúvida, nesta matéria, se as pantomimas podem ser consideradas como obras transformadas. Esta dúvida surge devido ao fato de não haver uniformização legislativa entre a maioria dos países, na questão da necessidade ou não de autorização dos autores da obra original para que as paródias se possam realizar. Para a maioria dos países, como é o caso da França, da Espanha e do Brasil, não é necessário que exista autorização dos autores para que se utilizem as obras originais nas pantomimas, não obstante cada país estabelecer exigências concretas para a utilização das obras originais neste tipo de criação. Para outros países, como a Argentina, é sempre obrigatório que os autores autorizem a utilização da obra audiovisual original, nas pantomimas, considerando que tal utilização é suscetível de afetar o direito de integridade e de paternidade da obra original. No entanto, a utilização da obra audiovisual original nas pantomimas, mesmo nos países onde não é necessária a autorização dos seus autores, poderá implicar o pagamento de uma remuneração¹⁷⁰. Parece-nos sensata a posição da não exigência de autorização dos autores da obra audiovisual original para a sua utilização numa pantomima, devido a uma razão simples: a realização das pantomimas e

¹⁶⁸ Neste sentido vide F. MANNINO in *El diritto di remake*, IDA, 1999, pp.468-472 e VITTORIO M. DE SANCTIS in *La protezione delle opere dell'ingegno*, Giuffrè Editore, Milano, 2004, pp.386-395.

¹⁶⁹ Neste sentido vide VALÉRIE SIMONART "Le Coloriage des Films. – Droit Américain et Droit Continental", in *Les Journees du Droit D'Auteur – Actes du Colloque tenu a l'Université Libré de Bruxelles les 11 et 12 Decembre 198*, Bruylant, S.A., Bruxelles, 1989, pp.341-365.

¹⁷⁰ Cfr. PASCAL KAMINA in *Film Copyright in the European Union*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002

paródias sobre uma qualquer obra é um direito que configura o exercício do direito fundamental da liberdade de expressão crítica de qualquer pessoa. Muito embora se deva ter presente que tal paródia não poderá afetar a obra original na sua essência, nem os direitos de autoria, ou conexos que a mesma possa gerar. A pantomima é normalmente percebida como uma reprodução jocosa de uma qualquer obra original e séria. O objetivo da pantomima é recriar uma obra séria, dando-lhe um efeito cómico, sem que, contudo, essa recriação provoque danos à mesma ou aos seus coautores, pretendendo-se aquilo a que os ingleses apelidam de *colourable imitation*¹⁷¹. Pelo que, parece exagerado, de um modo geral, considerar este tipo de representação cómica como uma obra transformada. Este tipo de utilização cómica de uma obra audiovisual original assemelha-se, geralmente, às caricaturas que se fazem das pessoas físicas, que de igual modo, não se considera, regra geral, que afetem os direitos de personalidade das pessoas retratadas. Assim sendo, deverá ter-se em conta que a utilização nas pantomimas das obras audiovisuais, deverá sempre ser efetuada de acordo com critérios razoáveis, onde impere o bom senso e a consciência dos limites, a partir dos quais se afetará a obra original e os direitos por ela gerados¹⁷². Pelo que, não existem elementos suficientes para que uma representação jocosa de uma qualquer obra ser considerada como uma obra transformada. Aliás, as paródias deveriam ser consideradas como uma exceção e um limite aos direitos de autor. Infelizmente elas não aparecem expressamente previstas no elenco de utilizações livres, previsto no artigo 75.º do CDADC, como deveriam. A situação jurídica portuguesa, nesta matéria, assemelha-se ao que acontece na Alemanha e em Itália, em que a paródia é considerada como uma exceção e um limite aos direitos de autor por via doutrinária¹⁷³. No entanto, as paródias poderão encaixar-se nas utilizações livres previstas na alínea r) do artigo 75.º do CDADC, que nos confere alguma liberdade, na medida em que aqui se prevê a utilização livre referente “*A inclusão episódica de uma obra ou outro material protegido noutra material*”. Sendo que assim, a nossa posição teria já algum apoio legal, à semelhança do

¹⁷¹ Neste sentido vide PETER PRESCOTT & MARY VITORIA in *The Modern Law of Copyright and Designs*, Third Edition, Butterworths, London, Edinburgh, Dublin, 2000, pp.155-167.

¹⁷² Vide RICARDO ANTEQUERA PARILLI in *Manual para la enseñanza virtual del Derecho de Autor y los Derechos Conexos*, Editora Corripio, C. por A., Caracas, 1.ª Edición, Tomo I, 2001, pp.101-106.

¹⁷³ Como é o caso entre nós, do Professor OLIVEIRA ASCENSÃO.

ordenamento jurídico francês¹⁷⁴, não parecendo que a paródia, se realizada de forma regular, ultrapassasse a regra dos três passos. Existe, contudo, um requisito fundamental para que uma obra audiovisual possa ser parodiada, que será a necessidade de esta estar já amplamente divulgada, sendo, por isso mesmo, conhecida e reconhecida pelo seu público, de modo a que não possa ser confundida com a paródia¹⁷⁵. Aliás, a alínea n) do n.º 1 do artigo 2.º do CDADC considera as paródias como obras originais. No entanto, a paródia, na maioria dos ordenamentos, é encarada como uma exceção aos direitos dos autores de uma determinada obra. O legislador nacional, à semelhança do italiano, é omissivo quanto a esta questão. A paródia sobre uma determinada obra audiovisual gera para os seus autores em nosso entender, direitos derivados da obra original¹⁷⁶. Isto porque a paródia só existe, na medida em que se baseia numa obra preexistente. Se esta não tivesse sido criada, não existiria uma “obra base” para que a paródia se pudesse realizar¹⁷⁷.

O caso especial da obra audiovisual “*Scary Movie – Um susto de filme*”: uma pantomima que poderá ser considerada como uma obra transformada

Se, regra geral, as pantomimas não devem ser consideradas obras transformadas, o caso de “*Scary movie – um susto de filme*”, realizado no ano 2000 por Keenen Ivory Wayans, tendo como guionistas Shawn e Marlon Wayans, Phil Beaman, Buddy Johnson, Jason Friedberg e Aaron Seltzer, e a música a cargo de David Kitay, constitui uma exceção à regra. Esta paródia aos filmes americanos dos anos 90, maioritariamente filmes de terror, teve tamanho sucesso que gerou as obras subsequentes “*Scary movie 2*”, “*Scary movie 3*” e “*Scary movie 4*”. O enredo consiste em um grupo de jovens fugirem

¹⁷⁴ O ordenamento jurídico francês no artigo 122-5 n.º 4 prevê de forma mais clara este limite, determinando que os coautores de uma determinada obra não se podem opor à paródia, segundo as leis do género. Ora este conceito indeterminado de “leis do género” permite uma abertura para que a paródia seja facilmente aceite como manifestação clara da liberdade de expressão crítica de que falamos, permitindo que se analise cada caso em concreto à luz de todos os diplomas legais que se relacionem com esta questão.

¹⁷⁵ Neste sentido vide ISABEL ESPIN ALBA “La Parodia de Obras Divulgada”, in *Los Limites del Derecho de Autor*, Reus, Madrid, 2006, pp.275-294.

¹⁷⁶ Cfr MARIO SOL MUNTAÑOLA in “La parodia e sus fronteras” in *Los Derechos de Propiedad Intelectual en la Obra Audiovisual*, Coord. XAVIER O’CALLAGHAN, Dykinson, Madrid, 2011, pp.447-457.

¹⁷⁷ Neste sentido, vide CRISTINA LÓPEZ SÁNCHEZ in *La Transformación de la Obra Intelectual*, Dykinson, Madrid, 2008, pp.98-116. De salientar que a paródia para ser protegida tem que ser fixada por qualquer meio, de acordo com o artigo 2.º do CDADC.

de um assassino em série, enquanto vários filmes, na sua maioria de terror, como *“Pânico”* (Paródia central), *“Pânico2”*, *“Pânico3”*, *“Eu Sei o que Vocês Fizeram o Verão Passado”* (Paródia central), *“Matrix”*, *“O Sexto Sentido”*, *“A Bruxa de Blair”*, *“Os Suspeitos”*, *“O Iluminado”*, *“Shakespeare Apaixonado”*, *“Titanic”*, *“Amistad”*, *“Halloween”*, *“O Exorcista”*, *“American Pie”*, *“Beleza Americana”*, *“Sexta Feira 13”*, *“Kazaam”*, *“Dawsons Creek”* e *“Eu Ainda Sei o que Vocês Fizeram no Verão Passado”*, vão sendo, constantemente, parodiados. Esta paródia satírica já gerou mais de oitocentos milhões de dólares no mundo inteiro, pelo que seria injusto, imoral e imprudente não considerar esta paródia como uma obra transformada.

O sucesso da mesma atingiu um expoente tal que os autores da saga *“Scary Movie”* criaram ainda novas paródias como *“Not another teen movie”*, *“Date movie”*, *“Disaster movie”*, *“Epic Movie”*, *“Meet the Spartans”* e *“Superhero movie”*. Estas novas pantomimas, levantam um problema prático: será que as pantomimas não poderão ser consideradas obras transformadas? Esta nova realidade de paródias altera o conceito de paródia que tradicionalmente conhecemos, parecendo que estas novas manifestações de paródias deverão ser consideradas como obras transformadas, muito embora a paródia tradicional não possa ser considerada como tal, dado lhe faltarem elementos para que essa consideração possa ser efetuada.

Estas novas manifestações de paródia poderão ser consideradas obras transformadas, que derivam de uma ou mais obras originárias. Este tipo de obras transformadas implicarão o consentimento dos autores para que as obras originárias possam ser utilizadas nesta transformação, de modo a que a obra transformada seja autónoma e tutelada em si mesmo. Podemos verificar que o que verdadeiramente distingue a paródia tradicional das novas manifestações de paródia a que hoje assistimos é o fato de estas novas manifestações se materializarem numa obra nova passível de gerar direitos por si só, ao cabo que a paródia tradicional é, nada mais, nada menos, do que uma sátira fugaz, a uma determinada obra original. Até mesmo porque a paródia tradicional, em regra, troça e satiriza uma obra apenas, enquanto que as novas manifestações de paródia fazem uma interpretação jocosa conjunta de várias obras em simultâneo.

4.3. A obra abreviada

A obra audiovisual abreviada é aquela em que se suprimem imagens, legendas, ou se acelera o ritmo do desenrolar da obra e das legendas. Tal diminuição da obra original é, tradicionalmente, feita através das técnicas de *Cutting* ou de *Time Compression*. A obra audiovisual pode ser abreviada em virtude de várias situações. Começamos pelo caso clássico em que os seus autores assim o decidem, suprimindo as imagens ou as cenas que pretendem ver retiradas do enredo. Tal pode acontecer porque os autores entendam que extensão da obra a prejudica, pelo que a alteram no sentido de a tornar uma obra melhor ou porque, simplesmente, decidem que um determinado trecho da obra não faz muito sentido; ou, por qualquer razão, consideram que o mesmo não deverá fazer parte da obra. Este é o tipo de abreviação da obra audiovisual mais simples e lícito, na medida em que não levanta problemas quanto aos direitos de autor gerados pela obra, pois não implica qualquer violação ou limitação dos mesmos.

Mas existem casos mais complicados, nomeadamente, quando quem transmite as obras audiovisuais pretende inserir anúncios publicitários no meio da obra, cortando-a em qualquer ponto, ou porque um determinado canal televisivo necessita de cumprir horários, que estejam em consonância com determinados programas, nomeadamente noticiosos, cortando os finais das obras, suprimindo imagens, ou utilizando técnicas que acelerem o desenrolar da trama, interferindo com o seu ritmo normal, o que prejudica e afeta a obra no seu formato original e na sua integridade. Este tipo de cortes efetuado por quem faz a transmissão da obra audiovisual, para inserir no meio da transmissão televisiva, anúncios publicitários, deveria ser previamente acordado com os autores da obra, no sentido de não a prejudicar. No entanto, não é isso que acontece. Frequentemente, este tipo de cortes ou acelerações são feitas à revelia dos autores da obra transmitida. Para prevenir este tipo de abusos existem limites à publicidade previstos, nomeadamente, a nível nacional, no artigo 40.º da Lei 27/2007, de 30 de junho alterado pela Lei 78/2015 de 29 de julho, no que respeita às emissões televisivas e na Diretiva do Conselho 89/552/CEE de 3 de outubro de 1989, alterada pela Diretiva

2007/65/CE de 11 de dezembro de 2007¹⁷⁸. Contudo, esses limites não são suficientes, nomeadamente porque a diretiva comunitária não prevê o período de duração máxima que pode ter cada uma das interrupções publicitárias. Os cortes realizados nas obras audiovisuais para efeitos de publicidade prejudicam, não só a obra audiovisual, como os seus autores. A obra audiovisual é prejudicada, na medida em que, muitas vezes a obra está num momento crucial da trama, na qual os autores pretendem transmitir ao público uma panóplia específica de sensações e emoções, (como, tristeza, alegria, amor, suspense, aventura, romance, drama) e a obra é violentamente interrompida por um conjunto de anúncios publicitários variados que duram intermináveis minutos, chegando alguns a durar mais de meia hora. Tal interrupção abrupta deforma a magia da obra e das sensações apreendidas pelo seu público, criando neste, muitas vezes, uma impressão errada acerca da qualidade da obra, o que prejudica de forma voraz também os seus autores, porque o mérito indelével destes na realização e criação da obra é posto em causa. Tais cortes prolongados fazem muitas vezes com que os espetadores

¹⁷⁸ A Lei 27/2007, de 30 de junho alterada pela Lei 78/2015 de 29 de julho contempla o acesso à atividade da televisão e o seu exercício, estabelecendo no n.º 1 do artigo 40.º que as mensagens publicitárias poderão ter, em cada duas horas, uma duração de 10%, nos casos de serviços de programas televisivos de acesso condicionado e de 20%, nos casos de serviços de programas televisivos de acesso não condicionado, livre ou não condicionado com assinatura. Excluindo o n.º 2 destes limites, “*as autopromoções, as telepromoções e os blocos de tevenda, bem como a produção de produtos conexos, ainda que não sejam próprios, diretamente relacionados com os programas dos operadores televisivos*”. A redação do n.º 2 resulta da alteração introduzida pela Lei 8/2011 na Lei da Televisão e amplia, em nosso entender mal, a exceção aos limites fixados. De acordo com a nova redação, o n.º 2 do artigo 40.º, mais concretamente, a última parte deste número, permite que nela se encaixem quase todo o tipo de mensagens publicitárias, o que desvirtua o previsto no n.º 1 do referido preceito legal. Por sua vez, a Diretiva Comunitária 89/552/CEE de 3 de outubro de 1989, prevê no artigo 11.º n.º 3 “*um regime de proteção reforçada para as obras audiovisuais como as longa metragens cinematográficas e os filmes concebidos para a televisão, a saber, uma única interrupção publicitária por cada período de 45 minutos e uma interrupção suplementar se a duração programada da emissão exceder pelo menos em 20 minutos, dois ou mais períodos completos de 45 minutos*”. A alteração desta diretiva comunitária conhecida como “*Diretiva da televisão sem fronteiras*”, em 2007, pela Diretiva 2007/65/CE do Parlamento e do Conselho de 11 de dezembro, teve por base a regulamentação da publicidade feita pelos patrocinadores. Este tipo de publicidade, menos agressiva que os *spots* publicitários tradicionais, na medida em que não interrompem de forma abrupta as obras audiovisuais, repetindo vezes sem conta as mesmas “*frases feitas*”, aparece definida no artigo 1.º alínea e) desta diretiva como “*o contributo de uma empresa pública ou privada, não envolvida na atividade televisiva, ou de produção de obras audiovisuais, de modo a financiar um programa televisivo em concreto, em troca da publicitação do seu nome para promover a sua marca, a sua imagem, a sua actividade e os seus produtos*”. Contudo apesar da menor agressividade que a publicidade dos patrocínios tem junto do público, a mesma deverá sofrer algumas limitações. Assim estarão proibidas de fazer publicidade por via do patrocínio, segundo esta diretiva: as empresas públicas e privadas ligadas à produção audiovisual, as empresas cuja actividade principal implique a produção de produtos à base de tabaco e as empresas farmacêuticas no que diz respeito a medicamentos que se possam obter apenas com prescrição médica. Neste sentido vide CARLOS LEMA in “*La disciplina della sponsorizzazione televisiva nella direttiva 2007/65/CE*”, in *AIDA*, XVII – 2008, Giuffrè Editore, Milano, 2008, pp.219-232.

se esqueçam do que estavam a ver e muitas vezes percam o interesse naquele enredo¹⁷⁹.

Aliás, a obra audiovisual quando é elaborada e realizada é pensada pelos seus coautores para, em princípio¹⁸⁰, ser exibida de forma uníssona e contínua, daí ser muito importante refletir em que momentos poderão ser feitos cortes na mesma, sem que se prejudique a obra.

Para agravar ainda mais esta questão, os limites aos cortes das obras audiovisuais que atualmente existem, não são respeitados, em grande parte porque faltam sanções à altura, que possam demover os transmitentes da obra audiovisual de os fazer de forma arbitrária e desrespeitosa. Não obstante reconhecer que os cortes das obras são muitas vezes necessários, certo é que se os autores pudessem determinar os momentos em que os mesmos pudessem ser feitos, todos ficavam a ganhar, a obra em si mesma, os seus autores e o público em geral. Alguns autores defendem que uma forma de minorar o prejuízo causado pelo *cutting* para fins publicitários seria pagar aos autores da obra truncada uma parte dos ganhos obtidos com a publicidade, mas essa solução não se coaduna com a proteção do direito à integridade da obra que, sendo um direito moral é inalienável, irrenunciável e imprescritível. Muitos canais televisivos tentam defender-se afirmando que os cortes não afetam a integridade da obra, mas apenas a sua forma de comunicação, alegando de que necessitam da publicidade para se financiarem, muito embora esses argumentos em nosso entender, sejam deveras falaciosos¹⁸¹.

No entanto apesar de o *cutting* de uma obra audiovisual a poder prejudicar, prejudica-a muito mais a *time compression* ou a aceleração do ritmo da obra. Aliás, parece que nenhum autor de uma obra desta natureza autoriza tal

¹⁷⁹ Pior estaremos, quando os canais televisivos se socorram do *cutting* aleatório de um episódio de uma determinada série televisiva e façam uma referência no momento do corte de que a obra “continua”. Muitas vezes essa continuação será num dia diferente e até quem sabe, num horário diferente o que é altamente lesivo para a obra em concreto, na medida em que os espetadores veem as suas expectativas de visualizar do princípio ao fim um determinado episódio de uma obra audiovisual, frustradas e os autores, veem a sua obra e a sua sequência lógica ser totalmente esventrada pelos interesses economicistas de um determinado canal televisivo.

¹⁸⁰ Poderá considerar-se como exceção a obra cinematográfica, exibidas em salas de cinema que muitas vezes é pensada para ter uma primeira e uma segunda parte de modo a permitir a quem a vislumbra fazer uma pausa para satisfazer algumas das suas necessidades mais básicas, sem que para isso, perca algum trecho da obra. Contudo a transmissão televisiva das mesmas, faz muitas vezes vários cortes aleatórios, à obra sem que se respeite a integridade que para esta foi pensada pelos seus autores.

¹⁸¹ Neste sentido, vide CRISTINA LÓPEZ SÁNCHEZ in *La Transformación de la Obra Intelectual*, Dykinson, Madrid, 2008, pp.33-116.

situação, dado que esta aceleração prejudica irremediavelmente a obra, uma vez que se mexe na sua estrutura e nos seus elementos essenciais, sem que se atenda à sua génese original. Pelo que esta, quando é efetuada, normalmente, será sem o conhecimento dos autores da obra audiovisual e, portanto, ilícita¹⁸².

4.4. A obra ampliada

A obra audiovisual ampliada é aquela na qual se introduzem novas imagens através da técnica *adding*, desvirtuando ou não a obra audiovisual original. Essa ampliação pode também resultar de um abrandamento do ritmo das obras audiovisuais, que prejudica sempre a sua expressão original.

Por vezes, é necessário introduzir numa determinada obra audiovisual novas cenas, que vão, segundo os seus autores, enriquecer a obra original. Se olharmos para os *remakes* ou para as adaptações de obras de outros géneros, em obras audiovisuais, facilmente verificamos que existem muitos exemplos positivos que permitem engrandecer as obras audiovisuais, mediante a introdução da técnica *adding* em determinadas obras¹⁸³.

Mas existem infelizmente, muitos mais casos de obras ampliadas que deterioram as obras audiovisuais. Um desses casos característicos tem a ver com a publicidade subliminar introduzida nas obras audiovisuais. Muitas vezes, essa publicidade subliminar é autorizada pelos autores da obra que, com ela, conseguem obter financiamentos para a própria obra. Contudo, essa extensão da obra com constantes referências publicitárias efetuadas pelas personagens das obras audiovisuais quebra o ritmo próprio da trama e do enredo o que prejudica largamente a obra em si mesmo. Esta publicidade subliminar é apelidada por muitos autores como *product placement*, sendo fortemente criticado o facto de não se reconhecer que o objetivo é transmitir uma

¹⁸² Não é difícil o espetador de uma determinada obra audiovisual muitas vezes chegar ao fim da visualização de uma obra, a que já assistiu noutra ocasião, e ficar com a sensação de que faltam trechos da obra ou de que parece faltar alguma coisa à obra...tal sensação é muitas vezes revestida de um fundo de verdade, na medida em que a obra audiovisual em causa foi vítima de um *time compression* ou de um *cutting* ilícito, ou muitas vezes de ambos, o que desvirtua a obra audiovisual na sua originalidade.

¹⁸³ Um caso de sucesso da ampliação das obras audiovisuais através desta técnica é o caso da adaptação de "*Witness for the prosecution*" ou "Testemunha de acusação", obra audiovisual de 1957 de Billy Wilder e Harry Kurnitz adaptada do conto teatral de Agatha Christie. As cenas cómicas entre Sir Wilfrid (Charles Laughton) e a enfermeira Plinsoll (Elsa Lanchester), casados na vida real, foram acrescentadas à obra cinematográfica e tiveram uma aceitação tão grande do público que foram incluídas no *remake* da obra efetuado como obra televisiva em 1982.

mensagem promocional dentro da obra, que induz os espetadores numa publicidade enganosa, dado que se insinua que uma determinada personagem ou várias personagens da obra audiovisual consomem aquele produto específico, quando tal não ocorre, induzindo o consumidor e o público em geral, em erro. Existe uma ofensa aos interesses públicos, em particular aos interesses dos consumidores, com as mensagens subliminares¹⁸⁴. Não obstante, a Diretiva 2007/65/CE do Parlamento e do Conselho, de 11 de dezembro, ter tentado regular de forma eficaz todos os tipos de publicidade, certo é que não tem existido uma tutela repressiva eficaz no que respeita à publicidade enganosa realizada por este tipo de mensagens publicitárias subliminares¹⁸⁵. A publicidade tem que ser reconhecida como tal, devendo ser mais verdadeira e transparente possível¹⁸⁶, caso contrário, deverá ser entendida como publicidade enganosa ou anti-publicidade.

Dada a nocividade que a publicidade subliminar tem sobre a obra audiovisual, a mesma deveria ser terminantemente proibida, ainda que os autores da obra estivessem dispostos a introduzi-la. Isto porque uma obra audiovisual que poderia ter tudo para ter um êxito surpreendente poderá tornar-se um fracasso e perder público, bem como audiências, devido ao abuso da publicidade subliminar nela inserida¹⁸⁷. Se os autores das obras se deixam seduzir pelo aporte económico trazido por este tipo de publicidade, em detrimento da qualidade da obra, o legislador deveria proibir a sua introdução porque viola o interesse público, em particular o interesse dos consumidores. Essa proibição é

¹⁸⁴ Cfr. NAZARETH PEREZ DE CASTRO “El derecho de acceso a la cultura es un limite?” in *Los Derechos de Propiedad Intelectual en la Obra Audiovisual*, coord. XAVIER O’CALLAGHAN, Dykinson, Madrid, 2011, pp.353-363.

¹⁸⁵ Neste sentido, vide MAURIZIO AMMENDOLA “Product Placement e direttiva sull’esercizio delle attività televisive”, *AIDA, XVII – 2008*, Giuffrè Editore, Milano, 2008, pp.233-256.

¹⁸⁶ Não obstante as mensagens transmitidas pela publicidade serem sempre no sentido de enaltecer os produtos mostrando apenas o seu lado positivo, o que terá sempre um fundo de inverdade, na medida em que tudo tem o seu lado positivo e negativo, por isso se diz que deverá ser “mais verdadeira, e transparente possível”. Porém, se o objetivo da publicidade fosse mostrar também o lado negativo dos produtos, certamente ela não se faria.

¹⁸⁷ Veja-se o caso do *remake* da obra televisiva “*Dancing Days*”, cuja obra original foi realizada pelo autor brasileiro, Gilberto Braga em 1978 em que o *remake* foi efetuado em 2012 pelo português Pedro Lopes. O *remake* realizado em 2012 em Portugal é um atentado a qualquer obra audiovisual, graças à publicidade subliminar nela inserida. A cada episódio o público é “bombardeado” com uma publicidade constante a um centro comercial, a um creme para a cara, a um shampô, a uma laca, a um hotel, a pizzas, a sites da internet e a uma rede de telefones móveis. Tal publicidade intensamente realizada pelas personagens do enredo estende demasiado a obra e é feita de modo tão artificial e forçado que desvirtua completamente a obra audiovisual. Compreende-se que as receitas geradas pela publicidade sejam atrativas e que “engordem” o orçamento para a realização das obras audiovisuais de forma expressiva. Contudo os danos que nela provocam são manifestamente superiores a qualquer benefício económico.

muito importante, dado que a introdução da publicidade subliminar nas obras audiovisuais é extremamente artificial, forçada, e retira essencialidade à obra, uma vez que deixa de existir uma sequência de imagens associadas. A publicidade subliminar surge normalmente, totalmente descontextualizada do enredo, provocando uma sensação de enfado e descrédito perante o público. Essa publicidade subliminar é desprovida de qualquer técnica publicitária, pelo que nunca deverá ser reconhecida e respeitada enquanto publicidade verdadeira¹⁸⁸. Alguns ordenamentos jurídicos como o Alemão, consideram a publicidade subliminar inserida nas obras audiovisuais, como um ato de concorrência desleal, na medida em que a publicidade não é assumida enquanto tal por se tratar de publicidade enganosa¹⁸⁹.

Porém, não nos podemos esquecer que existem outros casos de obras ampliadas que são realizadas à revelia dos autores de forma gravíssima. Pense-se, por exemplo, na ampliação das obras audiovisuais às quais são acrescentadas cenas de cariz sexual, não autorizadas pelos seus autores. Aquilo que verificamos é que são feitas montagens e sobreposições sobre determinados trechos da obra audiovisual que a alteram irreversivelmente. Esse tipo de ampliação da obra audiovisual é um grave atentado contra o direito de paternidade e de integridade da obra audiovisual, causando danos que, nestes casos são dificilmente reparáveis.

A ampliação da obra audiovisual através do abrandamento do seu ritmo irá sempre prejudicar a obra, na medida em que se uma determinada obra foi feita com uma determinada cadência, a mesma terá que ser respeitada, sob pena de deixar de existir enquanto tal, passando a ser um lânguido arrastar de sequências de imagens que perdem a sua vitalidade própria. Tal ampliação, normalmente, ocorre porque, por alguma razão, quem transmite a obra tem “tempo a mais” para o fazer e como tal, lança mão de uma técnica que abrandando o ritmo da obra, muito embora tal situação seja menos frequente do que as que acabamos de descrever.

¹⁸⁸ Vide VINCENZO MELI “La clausole generali relative alla pubblicità”, in *AIDA*, XVII – 2008, Giuffrè Editore, Milano, 2008, pp.257-273.

¹⁸⁹ Neste sentido vide HANS-JURGEN HOMANN in *Praxis – handbuch Filmrecht: Ein Leitfaden für Film - Fernseh – und Medienschaffende*, Springer, Berlin, 2009, pp.22 e ss. Tal posição do ordenamento jurídico alemão justifica-se porque este sistema se baseia no sistema social da concorrência desleal (o nosso sistema é mais restrito, na medida em que se enquadra no sistema profissional).

Obras abreviadas ou ampliadas sem prejuízo da obra original

Existe uma situação em que a abreviação ou a ampliação de uma determinada obra por terceiros, que não os seus autores, não prejudica a obra audiovisual: são os casos de reparação de películas antigas onde se inserem determinadas obras audiovisuais. Em virtude do passar dos anos, muitas vezes, as fitas estão danificadas pela humidade, por riscos, pó ou pela erosão normal do tempo, o que faz com que seja necessário remover partes das películas da obra para que se possa “salvar” o essencial da obra audiovisual. Nessas circunstâncias, ocorrem muitas vezes cortes da obra, que não têm como intuito prejudicar a mesma, nem os seus autores. Porém, muitas vezes, esses cortes necessários fazem com que falte encadeamento às imagens e obriga a que se recree alguma cena e se amplie a obra, de modo a que esta possa voltar a ter um fio condutor e a ser novamente uma obra plena. Estes cortes ou ampliações “forçadas” não pretendem desapegar-se da obra audiovisual original, bem pelo contrário, tentam refazer o mais fielmente possível a obra original, existindo um esforço por parte de quem a recupera nesse sentido. Este é um dos casos únicos, em que a integridade da obra audiovisual é mexida, por motivos de força maior. Contudo, não existirá aqui qualquer violação dos direitos de autor, mas antes, um total respeito pela obra audiovisual original, que se pretende preservar da forma mais correta e idêntica àquilo que foi a sua origem¹⁹⁰¹⁹¹.

5. Consequências da incorporação da obra fonográfica e da publicidade na obra audiovisual

Depois de termos distinguido e caracterizado os diferentes tipos de obras audiovisuais existentes atualmente, é necessário analisarmos quais os efeitos causados pela inclusão de obras musicais e de elementos estranhos à obra, como é o caso da publicidade, na essência interna e na aparência externa das obras audiovisuais. Não obstante o conceito de obra audiovisual não seja um conceito estanque e não evolutivo, parece que a sua “não estanquidade” e evolução, não poderá ser passível de toda e qualquer modificação. Assim

¹⁹⁰ Neste sentido vide CARLOS ROGEL VIDE in *Anuario de Propiedad Intelectual 2007*, Reus, Madrid, 2008, pp. 437-452.

¹⁹¹ Isto, partindo do pressuposto que não haja culpa, designadamente, negligência, por parte de quem recupera a obra, sob pena de incorrer em responsabilidade civil nos termos gerais.

sendo, convém clarificarmos que uma coisa é a evolução do conceito de obra audiovisual e das suas novas e constantes manifestações, que brotam do desenvolvimento tecnológico constante em que a sociedade mundial atual está imbuída; e outra coisa completamente diferente serão as modificações materiais a que os diferentes tipos, atualmente conhecidos, de obras audiovisuais, poderão ser sujeitos por via da inserção de outros “elementos” que lhe poderão trazer modificações importantes (sejam elas positivas ou não), ou afetar gravemente a sua aparência e a sua essência.

Atualmente, aquilo que permite, na maioria das vezes, transformar e modificar a obra audiovisual de forma séria, é a incorporação nesta da obra fonográfica e de publicidade, “elementos” esses que serão alvo da nossa análise neste ponto, dada a sua crescente importância¹⁹².

Começemos pela obra fonográfica. Muito embora diversos ordenamentos jurídicos distingam concretamente o autor da música, da composição musical e o autor da letra que acompanha a música¹⁹³, por uma questão de sistematização, iremos referir-nos aos autores da obra fonográfica, de forma indiferenciada¹⁹⁴. Tal referência será por nós realizada, em primeira ordem de razões, porque entendemos que todos eles estão em posições semelhantes, possuindo por isso direitos iguais relativamente à obra fonográfica realizada, e, em segunda ordem de razões porque entendemos ser necessário simplificar o tratamento da incorporação da obra fonográfica na obra audiovisual, sob pena de a distinção entre todos estes coautores da obra fonográfica nos trazer problemas infundáveis nesta matéria e que nos fariam perder o nosso rumo

¹⁹² Note-se, porém, que a abordagem que faremos a estes dois “elementos” será diferente daquela que fizemos no nosso trabalho anteriormente. Não obstante no ponto 4.2. do nosso trabalho nos referirmos à inserção de obras musicais em obras audiovisuais inicialmente concebidas para serem obras mudas, aquilo que pretendemos na abordagem que agora iremos fazer é tratar a inserção das obras fonográficas em obras audiovisuais que foram realizadas de raiz para ter banda sonora e todas as questões que gravitam em torno dessa incorporação. Relativamente à publicidade, trataremos de forma mais detalhada o *product placement* e a “publicidade subliminar”, já referidos por nós no ponto 4.4 a propósito da ampliação da obra audiovisual e as suas consequências, bem como distinguiremos essa forma de publicidade das demais.

¹⁹³ Vide Lei italiana de protecção do direito de autor e dos direitos conexos no seu exercício, mais concretamente o art.º 46 da (L.D.A.) Legge 22 aprile 1941, n.633 actualizada em 9 de janeiro de 2008.

¹⁹⁴ Por sua vez, o ordenamento jurídico espanhol, faz esta distinção de uma forma imperativa, na medida em que considera apenas como autor o compositor musical, entendendo que o autor da música e da letra deverão ser considerados como técnicos criativos da obra audiovisual. Não nos parece que esta consideração tão “fundamentalista” possa ser aceite, na medida em que se estaria a colocar o autor da música e da letra, na mesma categoria técnica do técnico do som, o que seria profundamente injusto. Neste sentido, vide EDUARDO SERRANO GÓMEZ in *Los Autores. Los Creadores. Otros Intervinientes in Ley del Cine y el Derecho de Autor*, Reus, Madrid, 2008, pp.53-78.

ideológico relativo à dicotomia obra audiovisual/obra fonográfica. A inserção deste tipo de obras nas obras audiovisuais levanta-nos problemas distintos, consoante estejamos perante obras fonográficas criadas especificamente para serem inseridas numa determinada obra audiovisual ou perante obras fonográficas preexistentes à obra audiovisual e que posteriormente irão ser inseridas nesta. Em ambos os casos, a incorporação da obra fonográfica numa obra audiovisual implica que a obra fonográfica ganhe outra dimensão, na medida em que mais do que ouvida, ela vai poder passar a ser também projetada visualmente, o que necessariamente trará consequências legais¹⁹⁵. O que torna esta incorporação tão relevante, como refere VITTORIO M. DE SANCTIS¹⁹⁶ é o fato de “*a banda sonora do filme e o seu processo criativo, técnico e económico, diverso do da parte visual, lhe permitir, uma autonomia com múltiplos reflexos*”.

O nosso ordenamento jurídico, bem como o espanhol parece inclinar-se nesta matéria para distinguir a obra fonográfica da obra radiofónica. Considerando estes ordenamentos a obra fonográfica como aquela que será reproduzida apenas pela via auditiva e a obra radiofónica como sendo aquela obra musical que se poderá associar também a imagens e incorporar-se numa obra audiovisual, passando a fazer parte dela. Isto porque, se olharmos para a sistematização do TRLPI, verificamos que a obra fonográfica aparece tratada ao longo do capítulo II e III, que têm por epígrafe “*contrato de edição*” e “*contrato de representação teatral e execução musical*”, respetivamente. Contudo, a obra radiofónica é protegida neste diploma ao abrigo do Título VI que protege as “*obras cinematográficas e demais obras audiovisuais*”. Em concreto, o artigo 94.º do TRLPI prevê que “*As disposições contidas no presente título (leia-se obras cinematográficas e demais obras audiovisuais)*¹⁹⁷ *serão de aplicação, no que for pertinente às obras radiofónicas*”.¹⁹⁸

¹⁹⁵ Neste sentido, vide VITTORIO M. DE SANCTIS in *La protezione delle opere dell'ingegno*, Giuffrè Editore, Milano, 2004, pp.282-287. Aliás, tal projeção visual da obra fonográfica gera no ordenamento jurídico italiano uma compensação separada para os seus autores, vide art.46 3.º co. da (L.D.A.) Legge 22 aprile 1941, n.633.

¹⁹⁶ Cit. VITTORIO M. DE SANCTIS in *La protezione delle opere dell'ingegno*, Giuffrè Editore, Milano,2004, pp.284.

¹⁹⁷ Parêntesis nosso.

¹⁹⁸ Muito embora a sistematização legal aponte para esta consideração, a doutrina espanhola é um pouco vaga no que respeita a esta distinção. Aquilo que verificamos é que a generalidade da doutrina encara esta organização legislativa, como uma forma de o legislador considerar, que a obra radiofónica é “semelhante à obra audiovisual” sem especificar, no que reside essa “semelhança”. Vide MIGUEL ÀNGEL ENCABO VERA

Nos casos em que a obra fonográfica é criada especificamente para uma determinada obra audiovisual, fazendo parte integrante da sua banda sonora, a questão do tratamento jurídico de tal incorporação é mais pacífica. Ao analisarmos o disposto no CDADC, facilmente verificamos que o legislador reconhece com facilidade a qualidade de autor da obra audiovisual, nos termos do seu artigo 22.º e mais especificamente no artigo 34.º do CDADC, ao(s) autor(es) da obra fonográfica especialmente criada para aquela obra. O legislador prevê, inclusive, que a parte musical da obra audiovisual possa ser utilizada e reproduzida em separado, dado que esta poderá destacar-se da obra audiovisual, nos termos do artigo 135.º do mesmo diploma. Este destaque da obra fonográfica é sempre posterior à existência da obra audiovisual, na medida em que ela só existe porque foi especialmente criada para ser inserta na obra audiovisual, assim sendo, a sua criação e realização teve por base o enredo e o guião desta. Esta íntima ligação entre ambas as obras (fonográfica e audiovisual) cria uma relação de dependência existencial para a obra fonográfica que eventualmente poderá destacar-se, muitas vezes, à custa do sucesso da obra audiovisual em que foi incorporada, o que não poderá ser descurado em termos de proteção legal. Logo, ainda que se destaque este tipo de obras fonográficas, deverão sempre ser protegidas na dependência da proteção conferida à obra audiovisual e através do artigo 135.º do CDADC, não podendo esta obra fonográfica autonomizar-se de forma plena da obra audiovisual em que se insere. O ordenamento jurídico francês faz uma coisa curiosa no que toca aos autores das obras fonográficas especialmente criadas para uma determinada obra audiovisual. Não obstante os considerar como coautores da obra audiovisual, determina que a sua remuneração lhes seja paga apenas pelas sociedades de direitos musicais e não pelas sociedades de autores audiovisuais¹⁹⁹. No entanto, tal não se poderá dizer dos casos, em que, a obra fonográfica preexiste²⁰⁰ à obra audiovisual, que já foi tratada num momento prévio, autonomamente, sem que estivesse ligada a qualquer tipo de obra audiovisual, e posteriormente surja associada a uma obra deste tipo.

in *La obra fonográfica: realidad o pretexto - Colección de Propiedad Intelectual, Anuario de Propiedad Intelectual 2007*, Madrid, Reus, 2008, pp.455-471.

¹⁹⁹ Vide G. BOSSIS & R. ROMI, in *Droit du cinéma*, Coll. Systèmes, L.G.D.J., Paris, 2004 pp.22ss.

²⁰⁰ Principalmente, no caso de obras fonográficas que sejam obras de reconhecido sucesso antes de serem associadas a uma obra audiovisual.

Estas obras fonográficas deverão, em nosso entender, ter um tratamento especial. Estas obras terão necessariamente que ser alvo de uma dupla proteção²⁰¹. Assim sendo, deverão ser tratadas *ab initio* como obras fonográficas autónomas e independentes, bem como também enquanto parte integrante da obra audiovisual. Desta feita, o(s) autor(es) deste tipo de obras fonográficas poderão ser tratados como coautores das obras audiovisuais em que se incorporam e como autor(es) independentes das obras fonográficas²⁰². Neste caso, a obra audiovisual é que se “adapta” à obra fonográfica” e não o inverso. Nada obsta a que assim seja, até porque não são raros os casos em que uma obra fonográfica independente e de sucesso, após ser incorporada numa obra audiovisual, passar a ser entendida como uma nova obra inevitavelmente associada àquela obra audiovisual, da qual nunca mais se poderá desprender²⁰³. Isto porque, enquanto que a obra fonográfica é percebida pelo seu público apenas como obra fonográfica, ela transmite um conjunto de sensações, perceções e sentimentos que podem ser radicalmente alterados e após a sua incorporação na obra audiovisual passar a transmitir sentimentos, sensações e perceções opostas ou diferentes das inicialmente conseguidas. Daí já termos referido que a projeção visual da obra fonográfica tem que ser igualmente protegida. Tal tratamento jurídico tem acolhimento legal no artigo 144.º do CDADC. Na medida em que este artigo permite a nova fixação comercial da obra fonográfica, desde que autorizada pelo(s) seu(s) autor(es), não especificando a que tipo de fixação é que se refere. Por essa “abertura” legal constante do artigo 144.º n.º 1 do CDADC, podemos justificar

²⁰¹ Em sentido oposto, vide MARIA VICTORIA MAYOR DEL HOYO, in *El Derecho de Autor sobre las Obras Cinematográficas en el Derecho Español*, Madrid, Colex, 2002 pp.125-126.

²⁰² A doutrina francesa revela-se um pouco hesitante quanto a esta dupla autoria, por se entender que falta entrosamento entre a obra audiovisual e a obra fonográfica. Neste sentido vide BENJAMIN MONTELS in *Contrats de l'audiovisuel*, LexisNexis, S.A., Paris, 2007, pp.46-73. No entanto, discordamos desta posição, conforme veremos em seguida.

²⁰³ Veja-se o caso de obras fonográficas como “*Shimbalaiê*” música da cantora Maria Gadú, criada pela mesma quando esta tinha apenas 10 anos gravada em agosto de 2009 e posteriormente introduzida na telenovela “*Viver a vida*” de Manoel Carlos, em Setembro do mesmo ano; a obra fonográfica “*You should be dancing*” música do grupo Bee Gees, gravada em 5 de junho de 1976 e posteriormente introduzida no filme “*Saturday night fever*” em 1977 e que ficou inesquecivelmente associada a uma das cenas de dança da personagem de John Travolta e a obra fonográfica “*As time goes by*” de Herman Hupfield feita em 1931 para o musical da Broadway “*Everybody welcome*”, posteriormente introduzida no filme “*Casablanca*”, realizado em 1942, e aí interpretada por Frank Sinatra. Todas estas obras fonográficas independentes e preexistentes às obras audiovisuais em que foram incorporadas, após esta incorporação passaram a ser obras fonográficas diferentes, das obras originais, na medida em que a perceção da sua sonoridade passou inevitavelmente a estar associada às obras audiovisuais em que foram incluídas por parte do seu público.

assim a nossa posição. Entendemos que a proteção conferida aos autores da obra fonográfica preexistente no âmbito da obra audiovisual a título dos direitos conexos nos termos do artigo 176.º n.2 do CDADC é deficitária e não assegura a proteção adequada a este tipo de obras, que potenciam muitas vezes a grandiosidade e o impacto da obra audiovisual na qual se incorporam²⁰⁴.

Aliás, o n.º 1 da alínea b) do artigo 22.º do CDADC não especifica que sejam considerados como coautores da obra audiovisual apenas os autores das obras fonográficas criadas especificamente para aquela obra audiovisual, o que permite aqui enquadrar também os autores das obras fonográficas autónomas, preexistentes e que posteriormente nela são incorporadas. Além de que, em ambos os casos, a obra fonográfica poder ser utilizada e reproduzida separadamente, desde que isso não prejudique a obra no seu conjunto, nos termos do artigo 135.º do CDADC. Podemos ainda verificar, no artigo 124.º do CDADC, que se obriga à existência da autorização para a produção audiovisual, dos autores das obras preexistentes, ainda que estes não sejam considerados como coautores nos termos do artigo 22.º. Tal previsão permite-nos enquadrar aqui, os autores da obra fonográfica preexistente à obra audiovisual. Por isso, ainda que não se considere que os autores destas obras fonográficas anteriores à obra audiovisual sejam coautores da obra audiovisual, como dá a entender o artigo 34.º do CDADC, o artigo 124.º desfaz todas as dúvidas no que toca a esta situação. Além de que se exclui no n.º 4 do artigo 127.º do CDADC, da autorização para o produtor, a transmissão radiofónica da banda sonora ou de fonograma em que se reproduzam trechos da obra cinematográfica (leia-se audiovisual), o que permite também o enquadramento deste tipo de obras fonográficas preexistentes à obra audiovisual. Nos casos das obras fonográficas preexistentes, que posteriormente vão ser incorporadas nas obras audiovisuais, para que tal incorporação aconteça é, na maioria dos casos, necessário que se façam “arranjos” da obra fonográfica criada anterior e independentemente da obra audiovisual, bem como a sua sincronização com a obra audiovisual para que esta possa ser devidamente utilizada. Os coautores

²⁰⁴ Este preceito legal poderá apenas ser aplicado aos intérpretes musicais, quando estes sejam diferentes dos coautores das obras fonográficas, sendo essa situação, pouco comum. Assim sendo, deveria ser retirada do artigo 176.º n.º 2 do CDADC a expressão “...*executem de qualquer maneira...*” de modo a que se possam distinguir convenientemente os direitos dos intérpretes das obras musicais, dos direitos de autor dos coautores das obras fonográficas, na medida em que a atual redação do artigo permite também aqui a inclusão dos autores das obras fonográficas.

deste tipo de obras fonográficas participam e determinam qual a forma que esse “arranjo” e essa sincronização deverão ter para que a sua obra independente se possa legitimamente incorporar de forma harmoniosa na obra audiovisual posterior, tendo em conta todas as demais contribuições criativas dos demais coautores, dado que este não é um trabalho criativo individual, mas antes resulta do esforço conjunto entre todos. Existem casos em que a própria obra audiovisual é modificada em função da obra fonográfica que irá nela ser incorporada. Pelo que, esse “arranjo” musical e sua sincronização são mais do que um elemento técnico da obra audiovisual²⁰⁵, devido à importância fulcral que a música tem na obra audiovisual²⁰⁶. Deste modo, os autores da obra fonográfica preexistente têm também que ser considerados como coautores da obra audiovisual. Outro argumento que permitirá também reforçar esta posição surge-nos dos casos em que nos deparamos com uma obra audiovisual que tenha sido “musicalizada”, casos que se verificam, quando a obra audiovisual foi criada enquanto obra muda e posteriormente é nela incorporada uma obra fonográfica. Se considerarmos que esta obra nova é uma obra derivada, aqui, certamente, que o autor da obra fonográfica terá que ser necessariamente considerado como coautor da “nova” obra audiovisual derivada²⁰⁷.

O ordenamento jurídico anglossaxónico não distingue as obras fonográficas que vão ser incorporadas nas obras audiovisuais, tratando-as de forma igual, quer estas tenham sido elaboradas especialmente para aquela obra, ou quer existam antes do surgimento desta. Para este regime, a partir do momento em

²⁰⁵ Diferente seria se nos estivessemos a referir aos efeitos sonoros e ao som da obra audiovisual, estes sim pertencem ao carácter técnico da obra audiovisual, não podendo os técnicos de som ser considerados como coautores da obra audiovisual, por lhes faltarem contribuições criativas suficientemente relevantes para que tal acontecesse.

²⁰⁶ Por exemplo, a música “*Chica boom*” de Cármen Miranda, da qual Ivete Sangalo fez um *cover*, ou seja, uma reinterpretação denominando-a como *Chica Chica boom chic*”, foi novamente reinterpretada por Bebel Gilberto e Carlinhos Brown, sendo que esta versão foi interpretada de forma mais acelerada para poder incorporar-se na já referida telenovela “viver a vida” de Manoel Carlos, de modo a poder ser associada à eléctrica personagem “Malu” interpretada pela actriz Camila Morgado, que na trama dá a vida a uma renomada economista que apresenta um programa televisivo e que se envolve amorosamente nos intervalos da sua vida acelerada com o marido da prima. Após a incorporação desta obra fonográfica na telenovela “viver a vida”, a obra musical e a obra audiovisual, ganharam uma outra dimensão que tem que ser convenientemente protegida. Por isso, não é irrelevante ou desnecessária a dupla proteção desta obra fonográfica, que é uma, antes desta incorporação, e passa a ser outra “moldada” à obra audiovisual, após a sua inserção nesta obra, daí a mesma dever ser protegida como obra fonográfica anterior e independente da obra audiovisual e também como parte integrante da obra audiovisual.

²⁰⁷ Neste sentido, vide ALBERTO VALDÉS ALONSO in *Contratación y cesión de derechos de propiedad intelectual e imagen de autores y artistas en las obras y grabaciones audiovisuales - La Obra Audiovisual en la Reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*, Aranzadi, Navarra, 2008, pp.165-207.

que uma obra fonográfica incorpore uma qualquer obra audiovisual, esta passará apenas a ser protegida ao abrigo da obra audiovisual. Os autores das obras fonográficas conseguem, assim, a coautoria da obra audiovisual, garantindo os seus direitos sobre a exploração da obra audiovisual, retirando “a sua parte” pela exploração da sua música através da obra audiovisual. Uma das justificações apresentadas pela doutrina inglesa deve-se à hipótese, por esta colocada, de que se uma única pessoa fosse autora simultaneamente de uma obra fonográfica e de uma obra audiovisual na qual incorporasse irrefletidamente a obra musical por ele criada, a fim de obter uma dupla proteção, este autor único beneficiaria de uma imprópria dupla proteção²⁰⁸. Porém, essa argumentação não nos parece suficientemente válida, na medida em que esses casos são meramente residuais e exceção à regra.

Em ambos os casos, os autores das obras fonográficas preexistentes, ou especialmente criadas para serem incorporadas em obras audiovisuais, têm igualmente que autorizar por escrito, qualquer transformação que seja feita à obra audiovisual, nos termos do artigo 129.º do CDADC. Principalmente se essa alteração disser respeito à retirada da banda sonora ou de alguma música(s) inseridas inicialmente na obra audiovisual. Essa obrigatoriedade justifica-se pela importância dos sons/músicas que fazem parte de uma obra audiovisual e cuja alteração pode modificar por completo, quer a obra audiovisual, quer a perceção de alguma obra fonográfica que ainda subsista após tal transformação. A prova de que a alteração da banda sonora afeta radicalmente a forma como compreendemos e analisamos a obra audiovisual reside em fazermos um exercício que é comum fazer-se nas escolas ligadas ao audiovisual e que consiste em ver uma primeira vez uma obra audiovisual original e em seguida vê-la trocando a banda sonora da mesma. Com este exercício, conseguimos apreender o alcance que a música tem nas obras audiovisuais, na medida em que essa alteração condiciona e muda de forma profunda, o sentido da obra audiovisual/fonográfica original²⁰⁹. O mesmo se dirá se existir, por qualquer motivo, uma dessincronização entre a banda

²⁰⁸ Cfr. PASCAL KAMINA, in *Film Copyright in the European Union*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp.148-149.

²⁰⁹ Neste sentido, vide MARIA VICTORIA MAYOR DEL HOYO, in *El Derecho de Autor sobre las Obras Cinematográficas en el Derecho Español*, Madrid, Colex, 2002 pp. 83-89. Em sentido oposto vide EDUARDO SERRANO GOMEZ, in *Los Autores. Los Creadores. Otros Intervinientes in La Ley del Cine y el Derecho de Autor*, Reus, Madrid, 2008, pp.53-78

sonora e as imagens associadas de uma determinada obra audiovisual. Esse tipo de situação desvirtua, não só a obra audiovisual em si mesma como também a obra fonográfica que dela faz parte. A dessincronização entre ambos os elementos constitui um grave atentado aos direitos de autor, não só dos coautores da obra audiovisual, como também dos autores da obra fonográfica nela inserida²¹⁰. A incorporação de obras fonográficas preexistentes em obras audiovisuais posteriores é entendida por alguns autores como uma “adaptação audiovisual”. Esta “adaptação” deverá ser entendida como dotada de características específicas. Isto porque, os coautores da obra fonográfica original, que vai ser objeto de “adaptação” para obra audiovisual, irão participar também na elaboração e serão também coautores desta nova obra de outro género, no caso, audiovisual²¹¹. Devemos fazer esta consideração, na medida em que a incorporação da obra fonográfica é de tal modo relevante que não poderá ser considerada um mero aspeto técnico da obra audiovisual²¹².

Aliás, não restam dúvidas de que a obra fonográfica que vai ser incorporada na obra audiovisual vai contribuir com uma parte sonora da obra, que irá levar uma novidade criativa para a obra audiovisual, que se tornará diferente após a incorporação daquela obra fonográfica, e viceversa²¹³. Nesta linha de pensamento, facilmente podemos verificar que não é totalmente despropositado dar uma dupla proteção ao autor da obra fonográfica, enquanto tal e enquanto coautor da obra audiovisual²¹⁴. Aliás, no ordenamento jurídico

²¹⁰ Cfr. PASCAL KAMINA, in *Film Copyright in the European Union*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp.328ss.

²¹¹ Esta posição é defendida no ordenamento jurídico espanhol por NAZARETH PERÉZ DE CASTRO in *Las Obras Audiovisuales. Panorámica Jurídica*, Reus, Madrid, 2001, pp. 55 e pp.181-182, a autora refere que o artigo 87 do TRLPI admite como coautores da obra audiovisual os coautores da adaptação, o que permite afirmar que também será coautor da mesma quem adaptar uma obra musical preexistente que se incorpora na obra audiovisual. A mesma autora defende, ainda, que o regime legal a aplicar às obras fonográficas preexistentes e que posteriormente se incorporam na obra audiovisual é o previsto no artigo 89.º do TRLPI, que tem por epígrafe “*Presunção de cessão em caso de transformação de obra preexistente*”. A autora critica a redação do artigo, na medida em que esta parece ignorar as obras fonográficas, uma vez que só se refere explicitamente a obras literárias e audiovisuais, devendo entender-se, segundo a autora, estas referências como meramente exemplificativas.

²¹² A importância da obra fonográfica enquanto parte da obra audiovisual, aparece plasmada no próprio conceito de obra audiovisual, na medida em que estas obras não são apenas designadas por obras visuais, mas sim por obras “áudio” – visuais. Logo se o elemento “áudio” não tivesse um papel de destaque neste género de obras, não haveria necessidade de o referir no seu conceito.

²¹³ Vide EDUARDO SERRANO GOMEZ, in *Los Autores. Los Creadores. Otros Intervinientes in La Ley del Cine y el Derecho de Autor*, Reus, Madrid, 2008 pp.53-78.

²¹⁴ Neste sentido, vide RICARDO ANTEQUERA PARILLI in *Manual para la enseñanza virtual del Derecho de Autor y los Derechos Conexos* Editora Corripio, C. por A., Caracas, 1.ª Edición, Tomo I, 2001, pp.242-

americano, na Secção 101 da US Copyright Law, ao olharmos para os vários dispositivos legais nela contidos, podemos verificar a importância dada às obras fonográficas incorporadas nas obras audiovisuais, que serão protegidas como uma parte acessória e imprescindível desta e enquanto obras autónomas também²¹⁵.

Outra questão que se pode levantar quanto à incorporação da obra fonográfica na obra audiovisual, prende-se com a “re-sonorização” da obra audiovisual. Esta “re-sonorização” implica a substituição da banda sonora da obra, o que irá levantar questões importantes no âmbito dos direitos morais e patrimoniais dos coautores da obra fonográfica incorporada na obra audiovisual. Isto porque esta substituição poderá ser encarada como uma transformação da obra tutelada nos termos do artigo 129.º do CDADC, sendo que aqui se devem garantir os direitos adquiridos dos coautores da obra fonográfica substituída, bem como daquela que é então incorporada aquando da substituição da banda sonora. Poderá ser encarada como uma violação dos direitos de autor, quando é feita á revelia dos seus coautores e constituir o crime de contrafação previsto no artigo 196.º do CDADC.

No que respeita à publicidade, somos cada vez mais surpreendidos com o surgimento selvático de novas formas de publicidade, que inclusivamente, são aplaudidas pelo legislador que as permite de forma banal, sem atender às consequências que a publicidade pode ter, mais concretamente nas obras audiovisuais. Basta olharmos para a evolução legal, por exemplo, da lei da televisão, dado que esta é a campeã da publicidade, para nos apercebermos disso mesmo. A Lei da televisão surge pela primeira vez no nosso ordenamento jurídico pela Lei 27/2007, de 30 de julho. Aquando do surgimento deste diploma legal, a publicidade era tratada nos seus artigos 40.º e 41.º que estabeleciam o tempo reservado para a publicidade e os blocos de televenda. Após a alteração introduzida ao citado diploma pela Lei 8/2011, de 11 de abril, passou a definir-se o conceito de “publicidade televisiva” na alínea r) do artigo 2.º, que até então não existia. Entende-se como tal “*A comunicação comercial*

266 e EDUARDO SERRANO GOMEZ in *Los Autores. Los Creadores. Otros Intervinientes in La Ley del Cine y el Derecho de Autor*, Reus, Madrid, 2008, pp.53-78.

²¹⁵ Vide Copyright Law of The United States of America and related laws contained in title 17 of the united states code, December 2011, Circular 92, mais concretamente as definições contidas no Capítulo I 101.

audiovisual difundida em serviços de programas televisivos a troco de remuneração ou retribuição similar, ou com carácter autopromocional, por uma pessoa singular ou coletiva, pública ou privada, relacionada com uma actividade comercial, industrial, artesanal ou profissão liberal, com o objetivo de promover o fornecimento mediante pagamento, de produtos ou serviços, incluindo bens imóveis, direitos e obrigações". Pelo detalhe da definição e pela abertura do conceito, percebemos que o legislador pretendeu que coubesse aqui todo e qualquer género de publicidade. A comprovar isso mesmo estão as alterações e aditamentos realizados na Secção III "*Comunicações comerciais audiovisuais*" e nas suas subsecções I e II do diploma. O artigo 40.º desta lei passou a ter por epígrafe "*Tempo reservado à publicidade televisiva e à televenda*", aditando-se ao diploma o artigo 40.º-A, que identifica e separa a publicidade televisiva e a televenda, o artigo 40.º-B, que estabelece as condições de inserção da publicidade e o artigo 40.º -C, que se refere às telepromoções. Resultante desta alteração, o artigo 41.º passa a prever o regime legal do patrocínio, o artigo 41.º- A é aditado para regular a colocação de produto e a ajuda à produção e o artigo 41.º-B refere-se às comunicações comerciais audiovisuais virtuais²¹⁶.

Parágrafo I – *Product placement* e publicidade subliminar

O género de publicidade mais assustadora com o qual nos podemos deparar nos dias de hoje é aquilo a que muitos chamam indistintamente de *product placement* (colocação de produto) ou publicidade subliminar. Não obstante a generalidade da doutrina falar de *product placement* ou de publicidade subliminar, para identificar o mesmo tipo de publicidade, convém distinguirmos estes conceitos, que em boa verdade, não são sinónimos. O *product placement* é nada mais, nada menos, do que a colocação de produtos de determinadas marcas nos múltiplos cenários da obra audiovisual, sendo naturalmente utilizados pelas personagens do enredo, sem que os mesmos façam, qualquer alusão explícita aos produtos ali colocados²¹⁷. Esta publicidade está pensada para não interromper o enredo narrativo e para ser coerente com o mesmo,

²¹⁶ Atualmente a Lei 27/2007 de 30 de julho foi recentemente alterada pela Lei 78/2015 de 29 de julho que revogou o artigo 4.º relativo á transparência da propriedade e da gestão.

²¹⁷ Por exemplo, quando uma personagem de uma qualquer obra audiovisual conduz um veículo de uma determinada marca, ou bebe um determinado refrigerante conhecido.

integrando-se no desenrolar da trama²¹⁸. Este tipo de publicidade assemelha-se à publicidade efetuada aos patrocínios, não interferindo minimamente com a integridade da obra audiovisual em si mesma. Por isso mesmo, apesar deste tipo de publicidade crescer de forma desmedida, não nos parece que ponha em causa a obra audiovisual em si mesma²¹⁹. Contudo, o mesmo já não se pode dizer da publicidade subliminar. Esta publicidade passa por “obrigar” as personagens de um determinado enredo de uma obra audiovisual a publicitarem diversos produtos enquanto a trama decorre²²⁰. Interrompendo a sequência dos diálogos das personagens, que perdem o seu fio condutor e se transformam num conjunto de “falas remendadas”. Este tipo de publicidade é totalmente abominável em sede de direitos de autor, devendo ser proibida por lei²²¹. Porque a obra audiovisual em que se vai inserir a dita publicidade subliminar passa muitas vezes a ser apenas e só um catálogo audiovisual de inúmeros produtos das mais diversas índoles, o que desvia a atenção do público da obra em si mesma. Além do mais, é posto em causa o direito à integridade da obra audiovisual, direito moral esse inalienável e irrenunciável e que é gravemente afetado pela introdução de cenas e discursos pensados e realizados por terceiros, ou seja, por publicitários externos à realização da obra, e não pelos seus autores.

Parágrafo II – A publicidade e a violação dos direitos de autor

Não obstante as receitas geradas por esse tipo de publicidade, certo é que uma obra audiovisual que seja alvo desse tipo de publicidade passa a ser uma “anti-obra”, passando a ser, nada mais, nada menos que um *spot* publicitário

²¹⁸ Além do mais, este tipo de publicidade tem a vantagem de promover um determinado produto e de impedir que a concorrência o faça no seu lugar. Neste sentido, vide MAURIZIO AMMENDOLA, “Product Placement e direttiva sull’esercizio delle attività televisive”, in *AIDA*, XVII – 2008, Giuffrè Editore, Milano, 2008 pp.233-256.

²¹⁹ Vide, CARLOS LEMA DEVESA, “La disciplina della sponsorizzazione televisiva nella direttiva 2007/65/CE”, in *AIDA*, XVII – 2008, Giuffrè Editore, Milano, 2008 pp.219-232.

²²⁰CARLOS ROGEL VIDE, “Modificaciones de las obras cinematográficas en la televisión y derechos de los creadores” in *Anuario de Propiedad Intelectual 2007*, Reus, Madrid, 2008, pp.445, refere um conhecido caso de inserção de publicidade subliminar no filme “Picnic” de 1955, com os atores Kim Novak e William Holden que foi exibido no cinema de Fort Lee em New Jersey na qual se inseriram várias falas com publicidade subliminar, sendo a mais conhecida a seguinte: “*Tens fome? Come pipocas e bebe coca-cola*”. Ora, tal inserção de várias mensagens de publicidade subliminar, em diferentes momentos do filme, fez dele não uma obra audiovisual “pura”, mas sim um catálogo audiovisual de publicidade “forçada”.

²²¹ Vide, CARLOS ROGEL VIDE “Modificaciones de las obras cinematográficas en la televisión y derechos de los creadores” in *Anuario de Propiedad Intelectual 2007*, Reus, Madrid, 2008, pp.444 ss.

prolongado e arrastado no tempo. Pelo que dessa forma, ainda que tivesse o consentimento dos coautores, este tipo de publicidade deveria ser proibida, para que os coautores da obra não caíssem em tentação, a troco de uns euros, de atentarem contra aqueles que são os direitos mais essenciais da própria obra audiovisual, sob pena de cometerem um “homicídio autoral” daquela obra. Essa proibição deriva da necessidade de a publicidade ser claramente reconhecida enquanto publicidade, nos termos do previsto no Código da Publicidade, aprovado pelo DL 330/90, de 23 de outubro, com a redação que lhe foi dada mais recentemente pela Lei 66/2015, de 29 de abril, mais concretamente no seu artigo 8.º que estabelece o princípio da identificabilidade da publicidade. Ora, tal identificação, não acontece na publicidade subliminar, que poderá perfeitamente enquadrar-se naquilo a que chamamos de publicidade enganosa²²². O artigo 9.º do referido Código da Publicidade proíbe claramente a publicidade oculta ou dissimulada. Assim sendo, o n.º1 deste artigo determina que *“é vedado o uso de imagens subliminares ou outros meios dissimuladores que explorem a possibilidade de transmitir publicidade sem que os destinatários se apercebam da natureza publicitária da mensagem”*, continuando ainda no seu n.º3 a prever que *“considera-se publicidade subliminar para os efeitos do presente diploma, a publicidade que, mediante o recurso a qualquer técnica, possa provocar no destinatário percepções sensoriais de que ele não chegue a tomar consciência”*. Pelo que o fundamento legal da proibição da inserção da publicidade subliminar nas obras audiovisuais está claramente expresso neste artigo, que admite que esta se possa manifestar com *“...o recurso a qualquer técnica...”*. Assim, também está aqui protegida a proibição da publicidade subliminar nas obras audiovisuais²²³.

²²² Neste sentido *vide* MAURIZIO AMMENDOLA, “Product Placement e direttiva sull’esercizio delle attività televisive”, in *AIDA, XVII – 2008*, Giuffrè Editore, Milano, 2008 pp.233-256.

²²³ A proibição da publicidade subliminar nas obras audiovisuais que podemos aferir do artigo 9.º nº1 do Código da Publicidade, é muito semelhante à norma contida no artigo 7.º da Lei geral da publicidade espanhola n.º 34/1988 de 11 de novembro, modificada pela Lei 39/2002, de 28 de outubro, e que prevê como publicidade subliminar *“...la que, mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas com los umbrales de los sentidos, puede actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida por él”*. Ora esta semelhança de redação entre ambos os diplomas, português e espanhol, leva a que a doutrina de ambos os países nesta matéria, considere que a publicidade subliminar deverá ser proibida também nas obras audiovisuais. Contudo, a confusão terminológica feita pelo legislador português, entre publicidade subliminar e product placement, não obstante ser influenciado por diretivas comunitárias como a Directiva 2007/65/CE da qual falaremos em seguida, faz com que existam resquícios de dúvidas quanto a esta proibição terminante, no nosso ordenamento jurídico, da inserção da publicidade subliminar nas obras audiovisuais.

Parágrafo III – Proibição de determinados tipos de publicidade

Note-se que, apesar das consequências que este tipo de publicidade poderá ter na incorporação das obras audiovisuais, estas continuam a ser muito maltratadas pela maioria da legislação, que parece ignorar a previsão do artigo 9.º do Código da Publicidade. Senão vejamos o artigo 1º alínea m) da Diretiva 2007/65/CE²²⁴, que determina o seguinte: “*Colocação de produto, qualquer forma de comunicação comercial audiovisual que consista na inclusão ou referência a um produto ou serviço ou à respetiva marca comercial num programa, a troco de pagamento ou retribuição similar*”. Apesar desta alínea da diretiva querer apenas referir-se à colocação de produto, acaba por confundi-la com a publicidade subliminar, quando refere “...*consista na inclusão ou referência...*”. Se existir referência explícita a um determinado produto, serviço ou marca, não estamos perante um *product placement*, mas sim perante uma forma de publicidade subliminar. Apesar de a Diretiva não lhe fazer uma referência expressa, a mesma poderá ser subsumida no conceito previsto na alínea j) do artigo 1.º da Diretiva 2007/65/CE que trata a “*comunicação comercial audiovisual oculta*” definindo-a como “*a apresentação oral ou visual de produtos, de serviços, do nome, da marca ou das atividades de um fabricante de produtos ou de um fornecedor de serviços em programas, quando essa apresentação seja feita de forma intencional pelo fornecedor dos serviços de comunicação social com fins publicitários e possa induzir o público em erro quanto à natureza dessa apresentação. Tal apresentação é, em particular, considerada intencional caso seja feita a troco de pagamento ou retribuição similar*”. No entanto, para que a publicidade subliminar se pudesse subsumir de forma perfeita nesta definição, seria necessário referir que, além de ser feita pelo fornecedor dos serviços de comunicação social, a mesma é feita muitas vezes pelos próprios coautores das obras audiovisuais. A confusão terminológica entre a colocação do produto e a publicidade subliminar arrasta-se pelo texto da diretiva. Se verificarmos o conteúdo do artigo 3.º-G deste diploma, verificamos que este no seu n.º 1 proíbe a colocação do produto, mas

²²⁴ A Diretiva comunitária 2007/65/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2007, está publicada no Jornal Oficial L 332 de 18.12.2007. Esta diretiva denominada de “*Serviços de comunicação social audiovisual sem fronteiras*”, altera a Diretiva 89/552/CE do Conselho que coordena o exercício de actividades de radiodifusão televisiva dos Estados Membros.

no seu n. °2 abre uma exceção, impondo um conjunto de requisitos que parecem ser claramente apropriados para a publicidade subliminar, senão vejamos:

“Os programas que contenham colocação de produto devem respeitar pelo menos todos os seguintes requisitos:

a) Os seus conteúdos e, no caso da radiodifusão televisiva, a sua programação não devem, em circunstância alguma, ser influenciados de um modo que afete a responsabilidade e a independência editorial do fornecedor do serviço de comunicação social;

b) Não devem encorajar directamente a compra ou o aluguer de produtos ou serviços, nomeadamente fazendo referências promocionais especiais a esses produtos ou serviços;

c) Não devem dar relevo indevido ao produto em questão;

d) Os telespectadores devem ser claramente informados da existência da colocação de produto. Os programas que contenham colocação de produto devem ser adequadamente identificados no início e no fim, e aquando do seu recomeço depois de uma interrupção publicitária, para evitar eventuais confusões por parte do telespectador.”²²⁵

Não se percebe porque é que os direitos de autor não proíbem a inserção da publicidade subliminar nas obras audiovisuais, à semelhança do que acontece com o artigo 9.º do Código da Publicidade, na medida em que esta constitui um grave atentado à sua integridade. Explicando-se apenas esta situação pelo fato de a Diretiva 2007/65/CE “legitimar” a mesma, através da exceção contida no n. °2 do artigo 3.º-G.

Olhando também uma vez mais para a já referida lei da televisão após as alterações introduzidas pela Lei 8/2011, de 11 de abril, é de salientar que o artigo 40.º-B, apesar de regular as condições de inserção da publicidade, no seu n.º4 determina que as obras audiovisuais, entre outras, só podem ser interrompidas para publicidade televisiva e, ou televenda uma vez por cada período de programação de no mínimo 30 minutos, deixando aqui de fora as condições para a inserção da publicidade subliminar e o product placement. Por outro lado, o artigo 41.º que estabelece as condições do patrocínio tem no

²²⁵ Neste sentido *vide* VINCENZO MELI, in “La clausole generali relative alla pubblicità”, in *AIDA*, XVII – 2008, Giuffrè Editore, Milano, 2008, pp.257-273.

seu nº2 uma previsão importante na medida em que se refere o seguinte “Os programas patrocinados devem ainda ser identificados no início, no recomeço e no fim do programa, sem prejuízo de tal indicação poder ser feita cumulativamente noutros momentos desde que não atente contra a integridade dos programas, tendo em conta as suas interrupções naturais, bem como a sua duração e natureza, e seja efetuada de forma a não lesar os direitos de quaisquer titulares.” Consideramos muito importante que o legislador se preocupe com o fato de os patrocínios não atentarem contra a integridade dos programas, nem que sejam feitos de forma a não lesar os direitos de quaisquer titulares. Contudo, não se percebe de modo algum como é que o legislador não criou uma previsão similar para a publicidade, nomeadamente para a publicidade subliminar, e para a televenda (!). A única norma que mais se aproxima da publicidade subliminar e o *product placement* é o artigo 41.º-A que se refere na sua epígrafe à “colocação do produto e ajuda à produção”, muito embora tenhamos a convicção de que aqui o legislador confunde os conceitos de *product placement* com o patrocínio. No seu n.º 1, este artigo prevê que a “colocação do produto” nas obras audiovisuais só pode ser feita a pedido, continuando o seu n.º 4 a determinar que a colocação de produto não pode encorajar diretamente à compra ou locação de produtos ou serviços. No entanto, o n.º 6 do mesmo artigo parece referir-se aos patrocínios, não obstante, continuar a referir-se à colocação de produto, na medida em que este número prevê: “os programas que contenham colocação de produto, quando produzidos ou encomendados pelo operador de televisão ou pelo operador de serviços audiovisuais a pedido que procede à respectiva difusão ou, ainda, por uma sua filial, devem ser adequadamente identificados no início, no fim e aquando do seu recomeço após interrupções publicitárias”. A mesma sensação transmite-nos o n.º 11 do mesmo artigo que, na sua parte final, estabelece “...devendo em qualquer caso ter como referência o valor comercial dos bens ou serviços envolvidos e o valor publicitário correspondente ao tempo de emissão em que o bem ou serviço seja comercialmente identificável, designadamente através da exibição da respectiva marca, acrescido do tempo de identificação imediatamente anterior ou posterior ao programa, de acordo com o tarifário publicitário de televisão mais elevado em vigor à data da primeira emissão do programa ou da sua primeira disponibilização a pedido”.

Além do mais, não é feita no referido diploma qualquer referência explícita à publicidade subliminar, não obstante, o legislador preocupar-se com questões de publicidade tão remota como aquela que pode ocorrer nas obras audiovisuais disponibilizadas virtualmente, preocupações essas plasmadas no artigo 41.º - B deste diploma.

Estas confusões terminológicas, que partem, inclusivamente, do legislador, que tem à partida a obrigação de fazer mais e melhor, no que respeita à criação de tutelas jurídicas eficazes, fazem com que a obra audiovisual seja prejudicada, na medida em que aquilo que existem são apenas regras desconexas no que respeita à possibilidade de incorporação de publicidade nas mesmas.

A fim de se evitarem este tipo de imprecisões, deveria existir uma norma como a do ordenamento jurídico francês²²⁶, que permitisse uma amplitude suficiente em que se estabelecesse um regime jurídico capaz de abarcar toda e qualquer incorporação de publicidade nas obras audiovisuais²²⁷.

Existem alguns autores que consideram a incorporação de publicidade nas obras audiovisuais como uma falsa questão, na medida em que consideram a publicidade não como *spots* publicitários associadas ao *marketing* comercial, como “obras publicitárias” que se autonomizam como um dos subtipos da obra audiovisual, sendo que neste caso estaremos perante a incorporação de uma obra audiovisual noutra do mesmo género. Contudo, não podemos concordar com esta posição, desde logo porque ela nos parece forçada. Um *spot* publicitário, nunca reunirá características suficientes para se considerar uma obra audiovisual. Aliás, basta olharmos para o objetivo que leva à criação da publicidade, que será a promoção comercial de um determinado produto, tendo como inspiração criativa as mais variadas técnicas de *marketing* empresarial. Ora, por aqui se vê claramente que a publicidade nunca poderá integrar o conceito de obra audiovisual. Até mesmo porque a obra audiovisual, quando é criada tem em vista o entretenimento do público em geral através da criação de

²²⁶ Vide art.14.º da Loi n.º85-660, du 3 juillet 1985, publicada no Journal Officiel de la République Française pp.7495, que estabelece numa única norma: as condições de utilização da obra na qual se incorpora a publicidade, cria a obrigatoriedade de um acordo entre as entidades representativas dos coautores da obra audiovisual e as organizações representativas dos produtores publicitários para determinação das remunerações consoante as diferentes “utilizações” da obra para efeitos publicitários, estabelece o prazo de duração do acordo e a forma de estabelecimento da remuneração. Muito embora esta Lei tenha 28 anos, a amplitude, simplicidade e clareza com que foi redigida, faz com que a mesma continue atual ainda nos nossos dias.

²²⁷ Neste sentido, vide MICHEL VIVANT in *Droit d’auteur*, Dalloz, 1.ª edição, Paris, 2009, pp.549 ss.

um enredo ficcional que tem por inspiração a criatividade dos seus coautores que não está condicionada por nenhum fator económico ou promocional, ou pelo menos, não deveria estar. Daí entendermos que a incorporação da publicidade subliminar nas obras audiovisuais devesse ser proibida. Existe ainda outro fundamento para que a publicidade não se possa encaixar num subtipo da obra audiovisual, e essa razão prende-se com a sistematização legal e o enquadramento jurídico, manifestamente diferentes que uma e outra têm. A obra audiovisual é, desde logo, juridicamente tratada pelo Direito de Autor, enquanto que os *spots* publicitários são tratados pelas leis publicitárias, que fazem parte do direito comercial²²⁸. A única proteção dada pelos direitos de autor aos *spots* publicitários, prende-se com a necessidade de proteger as marcas neles contidas e eventualmente algum Direito de Autor que possa estar associado aos seus criadores, mas nem sempre tal acontece. Aliás, não vislumbramos forma de essas normas publicitárias pelas quais se regem os *spots* publicitários se poderem compatibilizar com os direitos de autor, uma vez que, a dupla proteção da publicidade em sede de legislação publicitária e em sede de direitos de autor nos parece incompatível²²⁹. Essa incompatibilidade resulta, desde logo, porque os fundamentos protecionistas de ambos os setores do direito aqui em causa, são manifestamente diferentes, já que a publicidade vive de ideias e de conceitos²³⁰ e os direitos de autor não protegem nem ideias nem conceitos²³¹.

Enquanto que os autores de uma obra audiovisual a criam para que a mesma possa ser apreciada pelo público em geral sem se preocuparem com o lado comercial de a venderem/ impingirem ao público, a publicidade é criada para vender um determinado produto ou ideia, ou seja a sua criação não é espontânea, já que alguém encomendou um *spot* para vender algo. Ou seja, enquanto que a obra audiovisual surge de um processo criativo espontâneo que se baseia na arte livre do imaginário dos seus autores, o *spot* publicitário

²²⁸ Mais concretamente pelo Código da Publicidade aprovado pelo DL 330/90, de 23 de outubro, recentemente alterado pelo Decreto –lei 66/2015 de 29 de abril.

²²⁹ Em sentido oposto, *vide* CONCEPCIÓN SAIZ GARCIA in *Obras Audiovisuales y Derechos de Autor*, Aranzadi, Navarra, 2002, pp. 247-277.

²³⁰ Vide artigo 28.º do Código da Publicidade.

²³¹ Neste sentido, *vide* decisão do Tribunale di Torino 24 aprile 2008- Pres. Barbuto – Est. Vitro – I.E. (Avv. G. Iacovoni, D. Rulli, M. Bumma) c. F. A. spa. (Avv. M.Tavella, M. Togliatto) e altro. in *Rivista Trimestrale Della Società Italiana Degli Autori Ed Editori*, Nuova serie, Anno LXXX, ottobre-dicembre 2009 n. °4, Milano, 2009, pp.629-635.

não surge dessa liberdade criativa, porque é encomendado para vender alguma coisa ou ideia por um terceiro, que não o seu autor. Não obstante entendermos que o processo criativo dos publicitários deverá ser protegido pelos direitos de autor, nos termos do artº 29.º do Código da Publicidade, a finalidade da publicidade é diferente da das obras audiovisuais. O spot publicitário é criado para vender algo a um determinado grupo específico de pessoas, enquanto que a obra audiovisual é criada para o entretenimento do público em geral, logo ambas terão que ter uma proteção manifestamente diferente.

Os autores que defendem esta posição tentam aproximar a obra publicitária dos *videoclips*, mas essa aproximação é impossível e teria o mesmo efeito que “um elefante numa loja de cristais”²³². Não obstante a publicidade ser dotada de “criatividade”, esta tem que ser entendida como sendo uma “criatividade direcionada” para a promoção de um determinado produto, que nada tem a ver com a finalidade do entretenimento, própria das obras audiovisuais.

6. A integridade da obra audiovisual e tratamento jurídico das manipulações necessárias para a sua difusão

Depois de analisarmos os principais elementos que se incorporam na obra audiovisual, cabe-nos agora verificar como estas e outras manipulações da obra audiovisual afetam a sua integridade.

Sabemos que, em princípio, quando uma obra audiovisual é criada pelos seus autores, esta é concebida para ser difundida integralmente, tal e qual como foi criada, contudo, tal nem sempre acontece. A integridade da obra remete-nos para a sua origem criativa, pelo que esta é, sem sombra de dúvida, uma característica da obra audiovisual que não pode ser descurada.

Sempre que o direito de integridade de uma obra audiovisual é violado, considera-se que a obra está mutilada ou deturpada. A integridade da obra audiovisual pode ser afetada pela sua manipulação, a vários níveis. A doutrina não se entende na criação de uma classificação uniforme de tais manipulações. Assim sendo, a doutrina inglesa considera que existem infrações primárias e secundárias ao direito de integridade das obras

²³²Cfr. CARLOS ROGEL VIDE in *Estudios Completos de Propiedad Intelectual, Volume II*, Reus, Madrid, 2006.

audiovisuais. Para outros, as manipulações da obra audiovisual podem ser infrações, ou seja, existe uma afetação da integridade da obra, mas ela não é grave o suficiente para que a obra seja atingida na sua essência, não obstante necessitar de se ajustar às manipulações realizadas com a vontade real dos seus coautores, ou serão uma violação profunda da estrutura da obra, casos nos quais, a obra audiovisual sofre um abalo estrutural na sua integridade que tem que ser reparado e repostado de forma sólida e segura, de modo a proteger a obra em si mesmo e os direitos dos seus coautores. A doutrina espanhola, por exemplo, entende ser necessário distinguir entre alterações prejudiciais ou não prejudiciais à obra audiovisual²³³. Em nosso entender esta questão deve ser tratada de forma mais objetiva. Independentemente dos nomes ou das classificações que se atribuem às alterações das obras audiovisuais, é necessário distinguir antes, o que é uma verdadeira alteração ou modificação, daquilo que não chega a ser uma verdadeira alteração ou modificação, mas antes será um “arranjo” ou uma “adaptação” técnica que em nada interfere com a essência da obra e, conseqüentemente, não belisca a sua integridade. Será uma violação ao direito de integridade da obra audiovisual a alteração do título de uma determinada obra literária que a sua autora autorizou que se transformasse em obra audiovisual, bem como alterações no final do enredo e na caracterização das personagens, como sucedeu no caso *Bhandari V. Kala Vikas Pictures PVT Ltd.*²³⁴. Será, também, uma violação do direito de integridade da obra audiovisual a eliminação de uma tradução de um elemento escrito que é exibido durante o desenrolar do enredo e que, por via dessa eliminação, deixa de aparecer graficamente no ecrã onde é exibida a obra

²³³ Neste sentido, vide MARIA VICTORIA MAYOR DEL HOYO in *El Derecho de Autor sobre las Obras Cinematográficas en el Derecho Español*, Madrid, Colex, 2002, pp. 176-186.

²³⁴ Nesta decisão do *Delhi High Court (AIR DC 13, Delhi High Court)*, o tribunal ordenou a retirada das cenas que distorciam as personagens e a retirada da modificação do final do filme “*Samay Ki Dhara*”. A preocupação do tribunal foi essencialmente analisar como as modificações realizadas na obra fílmica afetaram a obra literária e quais as modificações que seriam relevantes e necessárias para repor a originalidade nos elementos que de fato afetaram a sua integridade. A questão que aqui se trata opõe *Manna Bhandari*, autora do romance “*Aap Ka Bunty*”, que autorizou a realização da obra cinematográfica da sua obra literária, que ficou ao cargo da *Kala Vikas Pictures Pvt Ltd.* e levanta várias questões de relevo no âmbito do direito de integridade. Desde logo, porque existe uma transformação da obra literária em obra audiovisual, que implica algumas adaptações, contudo, é necessário determinar aqui quais os limites da liberdade criativa em relação ao direito de integridade da obra original. Por isso mesmo, o tribunal entendeu que não tinha competência para averiguar a qualidade artística dos diálogos da obra audiovisual, optando por não se pronunciar quanto a esta questão, entendendo que esta alteração poderia ser uma derivação natural da transformação da obra literária em obra audiovisual. Neste sentido, vide Ramesh Chandra.

audiovisual. Ou então, a inclusão de uma música descontextualizada numa obra audiovisual²³⁵.

Em sentido oposto, poderá considerar-se um “arranjo” ou uma “adaptação” técnica, a introdução de uma “voz *off*” na língua original da obra, que narra o conteúdo de um documento escrito que apareça numa determinada parte, de um enredo de uma obra audiovisual e que, apesar de importante, seja pouco perceptível para o público da mesma, não obstante, os coautores da obra quererem que a mesma seja percebida pelo seu público. Outro exemplo frequente, de um mero “arranjo” ou “adaptação” técnica da obra audiovisual acontece quando uma determinada obra audiovisual, vai ser difundida por outro meio que não o originalmente pensado, por exemplo, uma obra cinematográfica que irá ser exibida na televisão. Nestes casos, é necessário ter em conta que as “adaptações” ou “arranjos” que se façam, para esse modo diferente de difusão, têm que ser tão mínimos que não sejam visíveis devendo passar completamente despercebidos ao seu público em geral.

Ao analisarmos o modo como, as obras audiovisuais podem ser afetadas na sua integridade, devemos atender às modificações ou alterações na sua generalidade e na sua especificidade. No que toca às alterações/modificações, na sua generalidade, temos a supressão ou junção de sequências de imagens e a eliminação ou adição de elementos gráficos.

Assim, teremos que verificar qual o tratamento jurídico a dar às principais formas de manipulação específicas das obras audiovisuais, e identificar as suas principais manifestações. É necessário averiguar quais as manipulações específicas mais frequentes de que são alvo as obras audiovisuais e qual a extensão dos danos que estas podem causar na integridade das obras, quando existe uma efetiva violação da mesma²³⁶.

²³⁵ Veja-se o caso da música “*Singing in the rain*” que foi introduzida numa cena de homicídio do filme “*A clockwork Orange*” de Stanley Kubric. O autor do musical que eternizou esta obra fonográfica, Stanley Donen, veio reclamar a violação do direito de integridade da sua obra audiovisual, na medida em que aquela música que estava associada à sua obra numa temática alegre e leve, passou a estar associada a uma cena de espancamento e violência, descontextualização essa que causou danos na sua obra audiovisual.

²³⁶ Muito embora tenhamos falado, aquando do tratamento da identificação da obra modificada de algumas formas de manipulação da obra audiovisual no ponto 4.2. do nosso trabalho, que poderão ser assim consideradas. Cabe-nos agora verificar qual o tratamento jurídico a dar às mesmas para que estas possam ser difundidas licitamente, sem que ocorra qualquer violação de direitos de propriedade intelectual, salvaguardando-se o mais possível, a integridade da obra audiovisual original.

Entre estas manipulações específicas mais comuns da obra audiovisual, temos as alterações/modificações da obra audiovisual e a inclusão de elementos novos na mesma. Entre as alterações/modificações podemos indicar as mais comuns como sendo as modificações seguintes: título; enredo; desenvolvimento da ação; da caracterização das personagens, diálogos; música; som, coloração; descontextualização; mudanças de velocidade na projeção das obras; *panncanning* e *letterboxing*. Quanto à inclusão de novos elementos na obra audiovisual que afetam a sua integridade temos: dobragens, nas quais se poderão incluir novos diálogos; publicidade subliminar, colocação de produto; introdução do logótipo da empresa ou do canal emiteente; introdução de informações variadas na obra audiovisual através de sobreposição de texto sob a forma de legenda sobre a parte inferior do ecrã onde é exibida a obra audiovisual e publicidade tradicional²³⁷.

Observando estas modificações específicas, compete-nos fazer alguns reparos relativamente a cada uma delas. Conforme dissemos anteriormente, o título da obra reflete a imagem da obra, perante o público, pelo que a sua alteração afeta gravemente a integridade da própria obra. Assim sendo, este não poderá ser considerado como um elemento exterior ou adjacente à obra, mas sim como parte integrante da definição da sua “personalidade”. Pelo que a sua alteração será passível de usurpar a obra audiovisual.

Quanto às alterações do enredo, do desenvolvimento da ação, da caracterização das personagens e dos diálogos numa determinada obra audiovisual, apesar de a alteração destes elementos parecer abalar a estrutura existencial da própria obra, não é linear que a sua alteração constitua um atentado ao direito de integridade da obra. Isto porque, no caso de uma adaptação de uma obra de um outro género que não o de obra audiovisual, numa obra deste tipo, e o direito de *remake* de uma determinada obra audiovisual preexistente, numa outra obra do mesmo género, permitem muitas vezes, tais alterações sem que estejamos perante uma violação do direito de integridade.

Nesses casos, essas alterações são muitas vezes consentidas pelos autores das obras. Mas em casos de conflito acerca da extensão dessa autorização, a

²³⁷ Neste sentido, vide PASCAL KAMINA, in *Film Copyright in the European Union*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp. 301 ss.

questão poderá complicar-se. Este é um problema deveras delicado pois, em caso de conflito, os tribunais não têm muitas vezes competência para aferir se existirá em alguns casos afetação do direito à integridade da obra. Veja-se o já referido caso *Bhandari V. Kala Vikas Pictures PVT Ltd*, no qual o tribunal indiano afirmou não ter competência técnica para aferir sobre a alteração dos diálogos de uma obra literária, posteriormente produzida como obra audiovisual. Quando se fala objetivamente numa destas alterações será sempre necessário enquadrá-las caso a caso e, em situações de litígio, os tribunais deverão socorrer-se de peritos em artes audiovisuais, a fim de poderem concluir se tais modificações constituem ou não uma violação ao direito de integridade da obra audiovisual²³⁸. Quanto às modificações da música, dos sons e da coloração das obras, estas são alterações que afetam o âmago da obra audiovisual, pela sua própria natureza, dado que são elementos que mexem com a própria definição deste tipo de obra, na medida em que afetam a sua parte “áudio” e “visual”, pelo que, em princípio, qualquer modificação das mesmas será um grave atentado ao direito de integridade da obra. A adição de diálogos a uma obra muda, por exemplo, pode desvirtuar por completo uma determinada obra. Isto porque quando as obras mudas eram elaboradas pelos seus autores, os mesmos preocupavam-se em tornar exagerados os movimentos dos intérpretes, de modo a que o enredo se pudesse compreender melhor pelo seu público. Logo, ao acrescentarmos diálogos a estas obras, estes poderão ser demasiado ostensivos e tornar até aquele determinado enredo ridículo. Relativamente à descontextualização de um determinado elemento da obra audiovisual, teremos que ter alguma cautela, na medida em que a descontextualização poderá ser interna ou externa. Se estivermos perante uma descontextualização externa, não nos parece que exista uma violação do direito de integridade da obra audiovisual. Vejamos um exemplo: se os autores de uma obra deste género a classificarem como sendo uma obra de cariz histórico e a mesma for tratada pelo seu organizador/produtor como sendo uma obra marcadamente política, não nos parece que tal descontextualização possa afetar a integridade da obra. No

²³⁸ No nosso ordenamento jurídico, apesar de se considerar que o juiz é “o perito dos peritos”, a figura da peritagem aparece expressamente prevista nos artigos 467.º a 489.º do CPC, pelo que no que toca à afetação do direito de integridade de uma obra audiovisual, os tribunais deveriam socorrer-se de peritos para avaliar a questão por a mesma não estar no âmbito da sua *leges artis*.

entanto, no caso da música “*Singing in the rain*”, o fato de esta obra musical ter sido descontextualizada da obra audiovisual musical a que estava associada, prejudicou o direito de integridade desta. Já quanto às mudanças de velocidade na projeção das obras, é necessário verificar se as mesmas são perceptíveis ou não pelo olhar atento do seu público. Nos casos em que tais mudanças não sejam perceptíveis, não nos parece que as mesmas afetem o direito de integridade da obra audiovisual²³⁹. Contudo, se essa mudança de velocidade puder ser percebida, a mesma, afetará o direito à integridade, porque a sua lentidão ou aceleração tornarão a obra enfadonha, dado o seu arrastamento, ou cómica, pela rapidez com que a ação da obra passa a decorrer. Quando a mudança de velocidade ocorre de modo a que a obra audiovisual se torne mais lenta, tal acontece para que normalmente se possam inserir novas sequências de imagens à obra, que nada têm a ver com a mesma, o que é totalmente intolerável²⁴⁰. Dentro das mudanças de velocidade na projeção da obra, somos também confrontados com um fenómeno denominado de *cutting*, no qual a aceleração da projeção da obra é de tal forma intensa que se cortam trechos da obra, ou o genérico identificativo dos seus autores e intérpretes. Este fenómeno, não só viola o direito de integridade da obra audiovisual como, no caso de o corte afetar também o genérico identificativo dos seus autores e intérpretes, viola igualmente o direito de paternidade da obra audiovisual, dado que é vedado aos autores o direito de serem identificados como tal²⁴¹.

Relativamente ao *letterboxing* e ao *panscanning*, estas são técnicas utilizadas, nomeadamente quando se pretende que as obras audiovisuais pensadas para os ecrãs do cinema e feitas em formato *cinemascope*, possam ser exibidas em televisão. O *letterboxing* consiste na introdução de barras negras na parte superior e inferior do ecrã, de modo a que não se perceba que a obra não foi originalmente para a televisão. Apesar de muitos considerarem as mesmas

²³⁹ Por exemplo, se em vez de se projectar 24 fotogramas por minuto se projetam 26. Tal modificação de velocidade é humanamente irreconhecível, o que não afetará de todo o direito de integridade das obras audiovisuais.

²⁴⁰ Por exemplo a adição de imagens que sugerem a modificação da indumentária das personagens, a introdução de mensagens políticas, muito comuns em regimes ditatoriais, a adição de imagens onde constem cenas pornográficas, entre outras. Tais adições são um grave atentado não só do direito de integridade da obra audiovisual, como também do direito constitucionalmente consagrado de liberdade de expressão.

²⁴¹ Neste sentido, CARLOS ROGEL VIDE in *Anuario de Propiedad Intelectual 2007*, Reus, Madrid, 2008, pp. 440 ss.

“barras pretas” inestéticas, certo é que as mesmas não colocam em causa a integridade da obra audiovisual, podendo esta técnica ser considerada como um “arranjo” técnico que salvaguarda a integridade da obra. O mesmo não se dirá do *panscanning*, que consiste na sobreposição sobre a imagem retangular, de um formato quadrado, passando-se aí por um *scanner* todas as imagens da obra cinematográfica, colocando sob a forma quadrangular, todas as imagens pensadas para um formato retangular, prescindindo-se daquelas que não interessam para o entendimento do enredo. Tal modificação é um grave atentado à integridade da obra e dos direitos absolutos dos seus autores. Como já referimos anteriormente, esta técnica provoca muitas alterações de enquadramentos, cenários artificiais, redistribuições de cenas e alterações de cenas da esquerda para a direita. Neste tipo de modificação perde-se cerca de 25 a 45% da obra original²⁴². Por isso, defendemos que esta “técnica” deveria ser terminantemente proibida, a menos que os autores da obra autorizassem e participassem da sua realização. Apesar da nossa posição, a maioria da doutrina admite o recurso a esta técnica, desde que não exista “distorção” das imagens da obra audiovisual²⁴³.

No que tange á inserção de novos elementos nas obras audiovisuais e como os mesmos podem afetar a integridade da obra, devemos, desde logo, começar pelas dobragens. As traduções das obras audiovisuais por dobragens, em vez de se optar pela tradicional legendagem, são passíveis de afetar a integridade da obra, ao contrário do que acontece na legendagem. Isto porque as vozes dos atores ou pessoas que fazem a dobragem devem, não só, adequar-se à personagem, como também ao ritmo dos diálogos. Por isso mesmo, parece-nos que nos casos em que, ou a voz não se adegue à personagem, por ser demasiado forte, demasiado grave ou aguda, e a personagem demasiado frágil, ou viceversa, bem como quando a voz não acompanha os movimentos efetuados pelos atores e respetivo ritmo dos diálogos, existirá uma violação do direito de integridade da obra, ainda que tal dobragem tenha sido autorizada. Pior estaremos se quem faz a dobragem acrescenta novos diálogos à obra audiovisual. Isto porque, certamente os

²⁴² Neste sentido, CARLOS ROGEL VIDE in *Anuario de Propiedad Intelectual 2007*, Reus, Madrid, 2008, pp. 437-452.

²⁴³ Vide, PASCAL KAMINA, in *Film Copyright in the European Union*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp.301-308.

autores da obra audiovisual não queriam ver a sua obra desvirtuada ou ridicularizada devido a uma dobragem tecnicamente mal realizada. Quanto à publicidade subliminar e à colocação de produto nas obras audiovisuais, facilmente verificamos que enquanto que a publicidade subliminar afeta a integridade da obra audiovisual, na medida em que esta muitas vezes passa a ser um catálogo publicitário audiovisual no qual os intérpretes são forçados a publicitar um determinado produto ou serviço totalmente descontextualizado, com o enredo pensado pelos autores, motivo pelo qual defendemos que a mesma deve ser proibida, já a colocação do produto em nada parece afetar a integridade da obra. Aliás neste tipo de inserção, aquilo que verificamos é que existem produtos e serviços utilizados pelos intérpretes da obra, sem que se faça uma alusão expressa aos mesmos, o que em nada interfere com o desenvolvimento do enredo. Relativamente à introdução do logótipo da empresa ou do canal emitente ou outras informações em forma de legenda na obra audiovisual, parece que se os autores, não se opuserem e se não existir uma cláusula específica para esta questão no contrato celebrado com a entidade emissora, presume-se que os autores ao permitirem, por exemplo, que um canal de televisão possa exibir a sua obra audiovisual, permitem a introdução do logótipo do mesmo se tal for prática comum no canal emitente, devendo ser seguido o mesmo raciocínio para a colocação de outras informações em forma de legenda no ecrã onde a mesma será exibida. A inserção de um logótipo não constitui objetivamente a violação do direito de integridade, na medida em que tal inserção, não afeta os direitos morais dos autores. Até mesmo porque os autores mantêm a liberdade de aceitar ou não que a sua obra seja difundida num determinado canal emitente²⁴⁴. A introdução de informação alheia à obra audiovisual sobre a forma de legenda, que será sobreposta à obra, implica a violação do direito de integridade da obra se as legendas não tiverem um tamanho reduzido e ocupem uma parte significativa do ecrã. Este tipo de informação poderá distrair os espetadores da obra audiovisual, que poderão alhear-se do desenrolar do enredo, consoante o interesse que tenham ou não na informação veiculada por aquela via. Caso os autores não prevejam esta situação contratualmente, a aferição sobre se este

²⁴⁴ Vide CRISTINA LÓPEZ SÁNCHEZ in *La Transformación de la Obra Intelectual*, Dykinson, Madrid, 2008, pp.44-45.

tipo de inserção poderá ser considerado como uma distorção, ou uma mutilação da obra audiovisual, deverá ser feita pelos tribunais. Estes deverão analisar, caso a caso, e colocar-se no lugar do comum espectador, de modo a poderem decidir de forma justa e equitativa.

Cabe-nos agora verificar se a “dita” publicidade tradicional afeta a integridade da obra audiovisual. A publicidade tradicional, como a conhecemos, trunca a unidade da obra e afeta o seu ritmo de desenvolvimento²⁴⁵. Dado que os “cortes cegos” da obra audiovisual podem fazer com que o público tenha uma visão deformada da mesma²⁴⁶. Contudo, e dada a necessidade de compatibilizar os interesses das empresas e canais emitentes das obras audiovisuais, que necessitam, de obter receita publicitária para se financiarem, com o direito de integridade das obras audiovisuais, deverá exigir-se que sejam os autores das obras a determinar quais os momentos das interrupções das obras, para que possam ser emitidos os *spots* publicitários. No fundo, tentam-se salvaguardar os interesses de ambas as partes. Contudo, tal será sempre feito à custa da fragmentação da obra audiovisual, pensada como um todo único²⁴⁷. Uma vez que a compatibilização de interesses implicará sempre uma lesão do direito de integridade da obra, deverão ter-se em conta vários fatores, como a natureza da obra, a duração da interrupção, o momento em que irá ocorrer, a frequência das interrupções, o ritmo das imagens e do enredo e o alcance emotivo pretendido pelos autores da obra ao longo da sua transmissão. No fundo, trata-se de afetar no mínimo e no estritamente indispensável a integridade da obra audiovisual²⁴⁸. Existe, contudo, uma situação intolerável no que respeita à violação do direito de integridade da obra, que se prende com o fato de no contexto televisivo, o canal que emite a obra, pelo fato de a obra ser demasiado extensa, e não se coadunar com a programação do canal, efetuarem cortes numa obra unitária, parecendo que a mesma se fraciona em vários episódios, quando a mesma não foi pensada como série televisiva. Tal fragmentação da obra não deverá ser permitida,

²⁴⁵CARLOS ROGEL VIDE in *Estudios Completos de Propiedad Intelectual, Volume I*, Reus, Madrid, 2003, pp.381-384.

²⁴⁶ Neste sentido, VITTORIO M. DE SANCTIS in *La protezione delle opere dell'ingegno*, Giuffrè Editore, Milano, 2004, pp.459-473.

²⁴⁷MARIA VICTÓRIA MAYOR DEL HOYO in *El Derecho de Autor sobre las Obras Cinematograficas en el Derecho Español*, Madrid, Colex, 2002, pp. 176-186.

²⁴⁸ Neste sentido, CRISTINA LÓPEZ SÁNCHEZ in *La Transformación de la Obra Intelectual*, Dykinson, Madrid, 2008, pp.43 ss.

devendo sancionar-se de forma exemplar quem o faça, na medida em que tal acontece sempre à revelia dos autores da obra audiovisual.

Uma situação de manipulação de imagens, que poderá implicar suprimir ou adicionar imagens sem que se atente contra o direito de integridade da obra, poderá existir aquando de um restauro da obra audiovisual. Os restauros das obras, são processos nos quais se pretende manter a maior originalidade que for possível de uma determinada obra audiovisual. Muitas vezes, as manipulações de imagens durante os restauros ocorrem porque faltam trechos da obra original, ou os mesmos estão totalmente deteriorados, e não porque se pretende atentar contra a sua integridade.

Até agora falamos da parte objetiva do direito à integridade da obra audiovisual, contudo, cabe-nos falar sobre a parte subjetiva desta questão. Assim sendo, podemos afirmar que só os autores de uma obra audiovisual têm legitimidade para alterar, modificar ou autorizar as alterações que impliquem a afetação da integridade da obra. Todas as alterações realizadas por terceiros que não caibam dentro destas considerar-se-ão como uma violação ao direito de integridade da obra audiovisual por falta de legitimação²⁴⁹. Alguma doutrina defende que só teriam direito de dispor do direito de integridade da obra audiovisual, aqueles autores que efetivamente participassem da determinação da versão final da obra, o que não nos parece verosímil. Seria como que sobrevalorizar o contributo de alguns dos autores da obra audiovisual em detrimento dos demais. Existe ainda outra questão importante que se refere à “permissão” dada pelos autores ao organizador/produtor para explorar a obra audiovisual. Tal “permissão” não concede ao produtor o direito de dispor livremente dos direitos associados à obra audiovisual, muito menos dos direitos morais, como é o caso do direito à integridade da obra que é totalmente inabalável, irrenunciável e intransmissível²⁵⁰. Este direito moral dos autores, conforme veremos adiante, deverá ser considerado como um direito derivado da personalidade e como tal é um direito indisponível para a sua transmissão e renúncia²⁵¹. Esta é uma “regra” implícita em todos os contratos celebrados

²⁴⁹ Neste sentido *vide* acórdão Pretore Roma 20.1.70, D.A. 1970,80.

²⁵⁰ *Vide* VITTORIO M. DE SANCTIS in *La protezione delle opere dell'ingegno*, Giuffrè Editore, Milano,2004, pp. 460 ss.

²⁵¹ Em sentido oposto, e para espanto da doutrina Italiana, aparece a decisão do Pretor de Roma, de 22.06.89, D.A. 1990, 422, na qual admite a possibilidade de renúncia por parte dos coautores dos seus

entre os autores e os produtores, nos quais se podem apenas transferir direitos económicos. Se assim não fosse, os contratos celebrados entre estas duas partes seriam contrários à lei²⁵². Os autores da obra audiovisual, poderão sempre modificá-la ou alterá-la através da adição supressão ou mudança de alguns elementos da obra, desde que o façam conjuntamente, tendo sempre em conta, os compromissos contratuais eventualmente assumidos em relação à versão original da obra e suas consequências²⁵³. Certo é que os autores, independentemente dos compromissos que assumam, poderão sempre modificar a sua obra, dado que esse é um direito que deriva da sua criatividade. Muitas vezes os autores de uma obra audiovisual evoluem e pretendem que a sua obra anteriormente criada, tenha a mesma evolução, o que é perfeitamente legítimo, desde que se conciliem os seus interesses com os compromissos, entretanto, assumidos, relativamente à versão original²⁵⁴.

Podemos afirmar que todas as violações do direito de integridade da obra audiovisual constituem um abuso de direito cometido por quem altera, manipula ou modifica a obra, à revelia da vontade de todos os seus autores. Esta afetação do direito de integridade da obra audiovisual não terá, necessariamente, que ser feita por um terceiro. Podem existir situações nas quais um ou mais autores alterem a obra sem que para tal obtenham o consentimento dos demais autores, o que torna a situação mais grave²⁵⁵. Estaríamos aqui perante o total desrespeito pelos princípios da boa fé contratual e eventual abuso de direito, e das normas previstas no artigo 59.º n.º 1 e 129.º do CDADC. Existe, porém, uma situação na qual toda e qualquer modificação da obra audiovisual deixa de se tornar um atentado ao direito de

direitos morais sobre a obra, por entender que estes não são direitos de personalidade que afetam diretamente a honra e a reputação dos coautores, mas antes afetam um “corpus” externo aos coautores. Ora tratar a obra audiovisual como um mero objeto é um atentado gravíssimo à tutela dos direitos de autor. Não obstante esta decisão ser de 1989, certo é que é inegável que os direitos morais gerados por uma obra audiovisual, resultam do esforço intelectual e criativo de um conjunto de sujeitos e como tal, derivam necessariamente da sua personalidade. Assim sendo, o tratamento jurídico a dar aos direitos derivados dos direitos de personalidade, como é o caso dos direitos de autor, tem necessariamente que ser o mesmo que é dado aos direitos de personalidade, daí estes serem inalienáveis, irrenunciáveis e indisponíveis.

²⁵² Vide VITTORIO M. DE SANCTIS in *La protezione delle opere dell'ingegno*, Giuffrè Editore, Milano, 2004, pp.460 ss.

²⁵³ Neste sentido, MARIA VICTORIA MAYOR DEL HOYO in *El Derecho de Autor sobre las Obras Cinematográficas en el Derecho Español*, Madrid, Colex, 2002, pp. 176-186.

²⁵⁴ Cfr. CRISTINA LÓPEZ SÁNCHEZ in *La Transformación de la Obra Intelectual*, Dykinson, Madrid, 2008, pp.49-52.

²⁵⁵ Neste sentido, RICARDO ANTEQUERA PARILLI in *Los Límites del Derecho Subjetivo y del Derecho de Autor* in *Los Limites del Derecho de Autor*, Reus, Madrid, 2006, pp.7-82.

integridade dos seus autores. Falamos dos casos em que aquela obra em concreto já caiu no domínio público. Sendo o direito de autor um direito temporal, depois de 70 anos após a morte do último sobrevivente entre todos os seus autores, nos termos do artigo 34.º do CDADC, a obra audiovisual cai no domínio público e deixa de ser protegida enquanto direito de propriedade intelectual. O alcance deste limite temporal permite-nos perceber a importância dos sujeitos titulares dos direitos morais sobre estas obras. Ou seja, exige-se que todos eles pereçam e só após passarem 70 anos é que a obra pode ser livremente utilizada por qualquer um. Assim, como estes são direitos derivados dos direitos de personalidade e como tal inalienáveis, intransmissíveis e irrenunciáveis, esta temporalidade permite que estes direitos subjetivos absolutos permaneçam intocáveis nos termos do artigo 56.º n.º 1 e do artigo 57.º do CDADC ²⁵⁶.

7. A obra audiovisual e a sua difusão

Referimo-nos, pois, àquilo a que o legislador na alínea i), do artigo 2.º, da Lei 55/2012 de 6 de setembro, regulamentada pelo Decreto-Lei 124/2013, de 30 de agosto, define como “difusão”. Nos termos desta norma considera-se como difusão, *“a transmissão pública de obras cinematográficas ou audiovisuais através de processos de disponibilização pública, nomeadamente teledifusão e outros meios de comunicação eletrónica que permitam o acesso do público”*. Hoje em dia, existe uma panóplia de meios de retransmissão das obras audiovisuais, o que permite múltiplas opções aos seus autores, mas exige também uma atenção especial, quanto às suas possibilidades e limites. Isto porque, querer que uma obra chegue a um público muito vasto, obrigar-nos-á a concretizar o que será considerado, ou não, como meio de “comunicação pública”. Esta comunicação pública da obra, distingue-se da distribuição da obra audiovisual, na medida em que esta, última, exige que o produtor seja proprietário de um suporte material no qual está inserida a obra audiovisual, sendo que este posteriormente irá proceder à venda, aluguer ou comodato desse suporte nos termos do previsto no artigo 19.º da Lei 55/2012 de 6 de setembro. Contudo, a divulgação é bem distinta, na medida em que esta forma

²⁵⁶ Vide CARLOS ROGEL VIDE in *Estudios Completos de Propiedad Intelectual, Volume III*, Reus, Madrid, 2009.

de exteriorização das obras audiovisuais, implica apenas, um potencial acesso sensorial por parte do público à obra, sem que este, tenha acesso, ou seja, proprietário do suporte físico onde a obra se encontra fixada²⁵⁷. Podemos assim afirmar, que falarmos em direito de comunicação pública, ou em direito de “colocação à disposição” do público, são coisas semelhantes.

Referimos um “potencial” acesso sensorial do público, já que, basta que a obra seja “posta à disposição” do público, para que a comunicação pública se realize, independentemente do número de pessoas que a visualizem, compreendendo o “colocar à disposição” do público, todos os atos ou procedimentos que não impliquem, a distribuição de uma cópia material, a esse mesmo público²⁵⁸. O que interessa é que, seja concretizado, o ato da retransmissão, que permita o acesso efetivo do público à obra, de modo a que, qualquer pessoa tenha a possibilidade e a liberdade de, querendo, aceder ou não àquela obra em concreto. Considera-se que este “estar à disposição do hipotético espetador” concretiza a comunicação pública, independentemente de a obra ser muito, pouco, ou não ser sequer, visualizada por quem quer que seja. Uma coisa é certa, ao contrário de algumas obras cuja comunicação pública se faz mediante a representação ao vivo dos seus intérpretes, como é o caso, das representações teatrais ou dos recitais, as obras audiovisuais vão ser comunicadas tendo sempre por base, um suporte no qual as mesmas se encontram fixadas. Assim, nunca será feita a comunicação pública de uma obra audiovisual “ao vivo”, sendo necessário que exista uma gravação da mesma. O CDADC define no seu artigo 21.º obra radiodifundida como “...obra radiodifundida a que foi criada segundo as condições especiais de utilização pela radiodifusão sonora ou visual e, bem assim, as adaptações a esses meios de comunicação de obras originariamente criadas para outra forma de utilização”. Parece-nos que esta definição, é um tanto ou quanto supérflua, na medida em que, qualquer obra audiovisual é passível de ser radiodifundida. A corroborar esta nossa posição. O conceito por nós já referido de “difusão” que surgiu recentemente descrito, na alínea i), do artigo 2.º, na Lei 55/2012, de 6 de

²⁵⁷ Neste sentido, CARMÉN PEREZ DE ONTIVEROS BAQUERO in *La Obra Audiovisual en la Reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*, Aranzadi, Navarra, 2008, pp.13-57.

²⁵⁸ Vide DEBORAH DE ANGELIS in *La tutela giuridica delle opere musicali digitali*, Giuffrè Editore, Milano, 2005, pp.132-136.

setembro, demonstra-nos isso mesmo, na medida em que se prevê a possibilidade de difusão de *“obras cinematográficas ou audiovisuais”*.

Deste modo, entendemos que, uma coisa será a exploração da obra audiovisual, e outra bem distinta, será a sua utilização, que é possível, graças à comunicação pública que dela é feita. Não obstante, defendermos a importância desta diferenciação, certo é que, o nosso legislador no artigo 68.º n.º 1 do CDADC coloca “no mesmo saco” a exploração e a utilização da obra, quando na realidade, estamos perante dois atos bem distintos, e que mereciam ter tratamento autónomo. Esta regra legal determina assim que *“A exploração e, em geral, a utilização da obra podem fazer-se, segundo a sua espécie e natureza, por qualquer dos modos atualmente conhecidos ou que de futuro o venham a ser”*. Apesar de não dar um tratamento autónomo à exploração e à utilização da obra, temos que reconhecer a visão do legislador, ao deixar em aberto, novas modalidades de exploração e utilização que possam surgir no futuro. A abertura e visão futurista desta norma, entra em rota de colisão com a previsão ilusória e fantasiosa inserta no n.º 3 do mesmo artigo que determina que *“Pertence em exclusivo ao titular do direito de autor a faculdade de escolher livremente os processos e as condições de utilização e exploração da obra”*. Apesar de os autores terem liberdade para escolher os processos e condições de exploração, hoje em dia, os autores, apesar de terem esse direito, não escolhem seguramente os processos e condições de utilização da obra. Tal acontece porque tendo surgido uma nova forma de retransmissão das obras, o *webcasting*, tal direito ficou desprovido de conteúdo, na medida em que na realidade virtual, são múltiplas e incontroláveis as condições e os processos de utilização das obras, logo, a atribuição desse direito, de escolha dos processos e condições de utilização da obra aos seus autores, é atualmente, uma falsa atribuição. Aliás, quando olhamos para a letra do n.º 3 do artigo 68.º do CDADC, esta parece-nos um enigma na medida em que, entra em contradição, com o previsto no n.º 4 do mesmo artigo que refere que: *“As diversas formas de utilização da obra são independentes umas das outras e a adoção de qualquer delas pelo autor ou pessoa habilitada não prejudica a adoção das restantes pelo autor ou terceiros”*. Ora, se o legislador pretendia, de acordo com o n.º 3 do já referido artigo 68.º, que as condições de utilização das obras fossem determinadas pelos seus autores, porque prevê no seu n.º 4,

que a adoção de uma das formas de utilização não prejudica a adoção de outras por terceiros? Parece-nos que para que esta norma pudesse funcionar plenamente, teria que se fazer uma, de duas coisas: ou se deixava de atribuir aos autores o direito de estabelecer as condições de utilização da obra, ficando apenas, com o direito de estabelecer as condições e processos de exploração das obras (o que seria mais realista), ou ter-se-ia que alterar a última parte, o n.º4, do mesmo artigo, passando esta a ter a seguinte redação “...*não prejudica a adoção das restantes pelo autor ou por terceiros por este autorizados.*”. Em nosso entender, só assim, se poderá conceber estes dispositivos legais, na medida em que o previsto no n.º4 é *a contrario* do que é referido no n.º3 do artigo 68.º.

O nosso entendimento, deriva do fato de defendermos, à semelhança de alguma doutrina internacional²⁵⁹, que os autores das obras audiovisuais devem ser livres para “*escolher os públicos aos quais querem dirigir as suas obras, poder optar pela divulgação total por todos os meios possíveis de difusão, ou por uma divulgação limitada, reservada a um público restrito e só através de certos meios de expressão*”²⁶⁰.

O n.º2, do artigo 68.º do CDADC, por sua vez, elenca, quais os meios pelos quais a obra pode ser comunicada e explorada. Entre esses meios de comunicação, encontram-se alguns, pelos quais as obras audiovisuais poderão ser comunicadas, mais concretamente, nas alíneas c), d), e), i) e j), desse número, entre os quais estão “*a reprodução...e exibição cinematográficas; a fixação ou adaptação a qualquer aparelho destinado à reprodução mecânica, elétrica, eletrónica ou química e ...transmissão ou retransmissão por esses meios; a difusão pela ... televisão... ou por qualquer outro processo de reprodução de sinais, sons ou imagens e a comunicação pública por altifalantes ou instrumentos análogos, por fios ou sem fios, nomeadamente por ondas hertzianas, fibras ópticas, cabo ou satélite quando essa comunicação for feita por outro organismo que não o de origem; a reprodução direta ou indireta,*

²⁵⁹ Cit. RICARDO ANTEQUERA PARILLI in *Manual para la enseñanza virtual del Derecho de Autor y los Derechos Conexos*, Editora Corripio, C. por A., Caracas, 1.ª Edición, Tomo I, 2001, pp.141 segundo parágrafo.

²⁶⁰ Neste sentido vide também ANTÓNIO DELGADO PORRAS in “Protección y Límites del Derecho de Autor de los Creadores Visuales”, *Seminario Diego Rivera; Ignacio Zuloaga de Derechos de Autor de los Creadores*, Trama Editorial, Madrid,2006, pp. 19- 270 e MARIA DEL PILAR CÁMARA ÀGUILA in *El derecho moral del autor – Con especial referencia a su configuración y ejercicio tras la muerte del autor*, Editorial Comares, Granada, 1998, pp.354-409.

temporária ou permanente, por quaisquer meios e sob qualquer forma, no todo ou em parte; e colocação à disposição do público, por fio ou sem fio, da obra por forma a torná-la acessível a qualquer pessoa a partir do local e no momento por ela escolhido”, respetivamente²⁶¹. O artigo 68.º do CDADC, prevê, assim, os pressupostos gerais da exploração e da utilização da obra, porém, o regime jurídico que tutela dos meios de retransmissão, também das obras audiovisuais, aparece plasmado na secção VI do CDADC, entre os artigos 149.º a 156.º. Este regime, de uma maneira geral, exige que todas as retransmissões da obra audiovisual sejam autorizadas pelos seus autores, prevendo-se, contudo, que se a obra foi objeto de fixação para fins comerciais com autorização dos seus autores, que está implícita nessa autorização, o consentimento para a sua comunicação sem prejuízo dos direitos dos autores e da sua remuneração²⁶². No que respeita ao âmbito da autorização para a transmissão da obra, prevista no artigo 153.º do CDADC, esta parece demasiado ampla. Entende-se que a autorização para radiodifundir a obra é geral para todas as emissões, da entidade que a obteve, podendo ser feita em momentos diferentes, por estações nacionais ligadas à mesma cadeia emissora ou pertencentes à mesma entidade. A única restrição que é feita aparece prevista no n.º 3, do artigo 153.º, e refere-se à transmissão da obra efetuada por entidade diversa da que obteve a autorização, quando esta se faça, por cabo ou por satélite, situações nas quais, é necessário, o consentimento dos coautores, se tal autorização ainda não estivesse expressamente prevista na autorização concedida inicialmente à entidade emissora de raiz, caso contrário, não é necessária²⁶³. Olhando para este preceito legal, parece que é dada demasiada liberdade de ação às entidades retransmissoras das obras audiovisuais, em detrimento, dos direitos dos seus autores. O Código dos Direitos de Autor e dos Direitos Conexos cria-nos um problema acrescido nesta matéria na última parte da alínea a), do n.º 2, do artigo 75.º. Este artigo, prevê as situações em que é possível fazer a utilização

²⁶¹ Quando analisarmos, em seguida, os meios de comunicação pública atualmente utilizados na difusão das obras audiovisuais, enquadraremos cada uma das alíneas referidas, de forma concreta.

²⁶² Cfr. artigos 149.º e 150.º do CDADC.

²⁶³ Devemos igualmente ter presente as regras previstas na Diretiva 93/83/CEE de 27 de setembro de 1993 relativa à coordenação de determinadas disposições em matéria de direito de autor e direitos conexos aplicáveis à radiodifusão por satélite e à retransmissão por cabo, nomeadamente o seu artigo 3.º e o seu artigo 9.º.

livre das obras sem consentimento dos seus autores, e a última parte da referida alínea, refere como sendo lícitas, sem o consentimento dos seus autores “...a reprodução em qualquer meio realizada por pessoa singular para uso privado e sem fins comerciais diretos ou indiretos”. Ora, a não concretização do que poderá considerar-se como reprodução para uso privado sem fins comerciais, diretos ou indiretos, poderá criar-nos um problema sério, na medida em que poderá indagar-se se a reprodução privada de obras audiovisuais através de televisões colocadas nos quartos privados, feita pelos estabelecimentos de hotelaria, ou por estabelecimentos comerciais diversos, com espaços reservados, se poderá ou não considerar como uma comunicação privada capaz de se enquadrar nas utilizações livres e lícitas previstas no artigo 75.º do CDADC.

A questão que se coloca, não se prende com a mera receção, ou acesso às obras, mas sim, determinar se o proprietário do estabelecimento hoteleiro ou comercial, realiza ou não, um ato de comunicação pública passível de ser remunerado por si só, aos coautores da obra, ao instalar nos quartos e áreas privadas, aparelhos de rádio e televisão. A existência ou não, de um ato de comunicação pública, é determinada pelo meio no qual se desenvolve a retransmissão da obra. Assim sendo, estaremos perante um ato de comunicação pública de uma determinada obra, se esta for retransmitida num local de acesso público, excluindo-se assim, o meio doméstico e familiar no qual existe o direito de utilização livre das obras. Ora, a problemática em torno dos estabelecimentos hoteleiros surgiu, na medida em que existe quem entenda que um quarto de hotel é um prolongamento do lar, e este enquanto espaço íntimo deve ser considerado como um local de acesso privado e como um espaço, onde é possível fazer uma utilização livre, das obras audiovisuais. Os defensores desta posição argumentam ainda que os estabelecimentos hoteleiros rececionam a obra audiovisual, através de uma comunicação emitida por uma entidade televisiva, que já satisfaz de antemão os correspondentes direitos de autor das obras audiovisuais ali exibidas.

Contudo, esquecem-se que os estabelecimentos hoteleiros têm lucro com esta retransmissão das obras, na medida em que, estas são retransmitidas dentro de uma estrutura de exploração comercial. Ademais, a privacidade existente nos quartos de hotel não é permanente, bem pelo contrário, é pontual e fugaz,

de tal forma que permite a realização de atos de comunicação pública a uma pluralidade sucessiva de pessoas, que serão sempre diferentes. Além disso, a comunicação pública, não pressupõe a existência de um público simultâneo, logo, nunca se poderá considerar este “uso” dos quartos de hotel como doméstico. Assim sendo dada a inserção destes aparelhos de televisão dentro de quartos privados envolvidos numa estrutura comercial que visa o lucro, deverá entender-se, que os estabelecimentos hoteleiros, realizam verdadeiros atos de comunicação pública, passíveis de exploração económica, devendo remunerar os coautores das obras audiovisuais, por essa utilização das obras. Esta questão levantou várias polémicas e decisões contraditórias, nos tribunais dos diferentes países europeus, incluindo em Portugal. Inclusivamente, em maio de 1993, o Procurador Geral da República deu um parecer surpreendentemente condenável nesta matéria, no qual entendeu que a autorização dada pelos coautores das obras, ao organismo de radiodifusão compreende implicitamente qualquer receção, tanto em lugar público como em privado, considerando que a remuneração pela comunicação pública já estaria incluída no valor pago, ao organismo de radiodifusão (!). Este parecer é manifestamente contraditório com o previsto no artigo 108.º do CDADC que naquela ocasião tinha a mesma redação, que tem atualmente. Aquilo que verificamos é que o referido parecer, não só ignora a autorização obrigatória dos coautores para a representação da obra, prevista no n.º 1, deste artigo, como também de forma errónea determina que a utilização privada da obra está sujeita a remuneração, o que é totalmente descabido. Olhando para a letra do n.º 2, do artigo 108.º, verificamos que aqui, se abre uma exceção, para os casos de utilização livre, referida pelo artigo 75.º do CDADC.

Deste modo, esta questão foi levada ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, que por sentença de 7 de dezembro de 2006²⁶⁴, veio pôr termo a esta questão. Refere esta decisão, que constitui um ato de comunicação pública das obras audiovisuais, aquele em que estas são previamente difundidas e postas à disposição do público através da instalação de aparelhos de televisão nos quartos de hotel. Determina ainda, que apesar de um quarto de hotel ser um espaço em que uma pessoa desenvolve a sua privacidade,

²⁶⁴ Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de 07.12.2006, Sociedad General de Autores y Editores de España contra Rafael Hoteles, S.A.

este não é, o seu domicílio. Esta decisão apresenta como, fundamentação legal, para que este ato seja considerado um ato de comunicação pública, a Diretiva 2001/29/CE, do Parlamento e do Conselho, de 22 de maio²⁶⁵, mais concretamente, no artigo 3.º, ponto 1. A posição do Tribunal Europeu considera existir, neste caso, comunicação pública, porque nos hotéis existe um novo público (os hóspedes), além do destinatário original da transmissão (o próprio hotel), e com isso, existe uma utilização secundária das obras transmitidas, das quais é feito um aproveitamento económico. Pelo que, esse aproveitamento tem de incluir-se, e refletir-se, nos direitos de autor das obras em causa, devendo remunerar-se devidamente, esta exploração económica secundária da obra²⁶⁶. No entanto, o Acórdão Uniformizador de Jurisprudência de 16 de dezembro de 2013, que se coloca contra as decisões comunitárias, coloca Portugal num estado de incumprimento.

Posto isto, convém explicitarmos em seguida, quais os meios de retransmissão da obra audiovisual, que atualmente existem, bem como as suas características e implicações.

Dentro dos meios de retransmissão, atualmente conhecidos, que vão permitir a realização da comunicação pública da obra, temos: a projeção cinematográfica em salas de cinema; o *broadcasting* por teledifusão que poderá realizar-se por fio, por cabo, fibra óptica ou outro procedimento idêntico, e o *webcasting*.

Projeção cinematográfica em salas de cinema

No nosso ordenamento jurídico, a única referência que é feita à comunicação pública, que é feita por projeção cinematográfica, aparece-nos na alínea c), do n.º 2, do artigo 68.º, e no artigo 151.º, do CDADC. Esta referência acaba por

²⁶⁵ Esta Diretiva Comunitária que pretende harmonizar as diferentes legislações europeias em matéria de direitos de autor e direitos conexos na sociedade de informação, diretiva essa, por nós já referida anteriormente, tem no artigo 3.º, a norma relativa ao “*Direito de comunicação de obras ao público, incluindo o direito de colocar à sua disposição outro material*”. Prevendo o n.º 1, deste artigo, o seguinte: “*Os estados-membros devem prever a favor dos autores o direito exclusivo de autorizar ou proibir qualquer comunicação ao público das suas obras, por fio ou sem fio, incluindo a sua colocação à disposição do público por forma a torná-las acessíveis a qualquer pessoa a partir do local e no momento por ela escolhido.*” A referida sentença do Tribunal Europeu de Justiça, entende que a colocação de aparelhos de televisão nos quartos de hotel por parte dos estabelecimentos hoteleiros, preenche o previsto, na última parte, do n.º 1, do referido artigo, na medida em que os estabelecimentos hoteleiros colocam à disposição de um público sucessivo as obras audiovisuais, de modo a que este, tenha acesso às mesmas, naquele local (quartos de hotel), que foi escolhido pelos estabelecimentos hoteleiros.

²⁶⁶ Neste sentido, CARMÉN PEREZ DE ONTIVEROS BAQUERO in *La Obra Audiovisual en la Reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*, in *La Obra Audiovisual en la Reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*”, Aranzadi, Navarra, 2008, pp.13-57.

ser meramente técnica, na medida em que, o artigo 68.º reconhece a projeção cinematográfica como um meio de comunicação pública, e o artigo 151.º determina os pressupostos técnicos a adotar pelo proprietário da casa de espetáculos ou do edifício no qual se irá realizar a comunicação. Olhando para estas duas normas, facilmente percebemos que falta na lei a regulamentação dos aspetos substantivos deste tipo de comunicação das obras audiovisuais, nomeadamente: as condições e requisitos para que a projeção se possa realizar, a identificação das obras passíveis deste tipo de projeção e consequências em caso de incumprimento das condições estabelecidas. Na verdade, a projeção cinematográfica deste tipo de obras em salas de cinema, gera uma teia contratual na qual os coautores por via contratual, permitem ao produtor ou ao distribuidor fazer um determinado número de cópias da sua obra, para projeção pública, tendo como contrapartida uma determinada quantia monetária. Posteriormente, o distribuidor, irá por via contratual, alugar essas cópias aos exibidores das salas de cinema, num determinado território, e num certo período de tempo²⁶⁷.

O ordenamento jurídico espanhol, apresenta regras substantivas no que respeita à projeção cinematográfica das obras audiovisuais, como é o caso do art. 90, do TRLPI, que demonstra uma preocupação subjetiva com os autores das obras, subordinando esta forma de retransmissão, aos direitos remuneratórios dos autores da obra, o que não define, nem regula igualmente, de forma objetiva, os requisitos necessários para a realização da projeção²⁶⁸.

Broadcasting por teledifusão realizada por fio, cabo, fibra ótica ou outro procedimento idêntico

O *broadcasting* é um processo que transmite a mesma informação em simultâneo, sendo que esta vai ser difundida, por uma ou mais antenas de transmissão, que enviam o sinal televisivo através de ondas eletromagnéticas, sendo enviado e recebido por muitos recetores ao mesmo tempo, permitindo, assim, a sua disseminação. Essa difusão do sinal televisivo poderá operar por

²⁶⁷ Vide VITTORIO M. DE SANCTIS & MÁRIO FABIANI in “I Contratti di Diritto di Autore”, Volume XXXI, t.1, Giuffrè Editore, Milano, 2000, pp.365-379.

²⁶⁸ Neste sentido, RAMÓN CASAS VALLÈS, “La comunicación pública en el entorno digital: el derecho de puesta a disposición” in *La Obra Audiovisual en la Reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*, Aranzadi, Navarra, 2008, pp.59-120.

fio, por cabo, por fibra ótica, ou por outro procedimento idêntico²⁶⁹. A comunicação pública, ocorre pela prática da difusão ou emissão, e não pela sua recepção ou acesso do público à obra, já que esta recepção ou acesso, poderá ser meramente potencial. Quem paga as licenças de exploração das obras, neste caso, os distribuidores, e os canais de televisão, pagam, para poder difundir ou emitir as mesmas e não para usufruir e desfrutar das obras. Essa fruição é feita, através da percepção sensorial do público, que visualiza as obras, ou seja, perante quem, a comunicação pública se concretiza²⁷⁰. A comunicação pública, ocorre assim, a partir do momento em que o sinal televisivo chega em simultâneo aos recetores (televisões) de cada um. Ocorrendo a disseminação da obra para uma pluralidade potencial de espetadores, e não, no momento da emissão do sinal, pelas antenas que propagam as ondas eletromagnéticas, que transportam as obras. O legislador nacional, faz uma breve referência à teledifusão nos seus artigos 152.º e 154.º do CDADC. No artigo 152.º estabelece os limites a que estão sujeitas, as entidades emissoras, nomeadamente no que respeita à fixação das obras a ser transmitidas. Prevê-se a possibilidade de fixação das obras audiovisuais para uso das estações emissoras, no caso de radiodifusão diferida, mas essa fixação terá que ser destruída no prazo de três meses, não podendo a obra, em concreto, ser transmitida mais do que três vezes, salvaguardando-se sempre a remuneração dos seus coautores. Este é um limite importante que clarifica as possibilidades que estão, ao alcance das entidades emissoras, e que ao mesmo tempo, salvaguarda os direitos dos autores das obras audiovisuais. Já o artigo 154.º, deverá ser interpretado de uma forma restrita, no que respeita à identificação dos autores da obra, na medida em que, prevê a identificação dos autores, mas determina também, que em casos de uso corrente e quando as necessidades de transmissão assim o obrigarem, poderão omitir-se as identificações dos coautores. Como esta secção do CDADC, pode ser aplicada à retransmissão de programas televisivos, entendemos que esta restrição de identificação, só poderá fazer-se em casos extremos, em programas de televisão, e não em obras televisivas ou outro género de obras audiovisuais. O

²⁶⁹ Vide ELSA DELIYANNI in *Le Droit de Représentation Des Auteurs Face à la Télévision Transfrontalière par Satellite et par Cable*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, E.J.A., Paris, 1993.

²⁷⁰ Neste sentido, R. RODRIGUEZ- CANO BERCOVITZ in *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 3.ª Edição, 2006, pp. 208-268.

ordenamento jurídico italiano, estabelece regras idênticas para o *broadcasting* das obras audiovisuais, obrigando à celebração de um contrato, no qual conste, a autorização expressa dos autores da obra audiovisual, contrato, esse, que deverá ser celebrado entre a entidade retransmissora e os autores e/ou o produtor, estabelecendo: a obrigação do pagamento de uma retribuição; que a difusão seja circunscrita a um determinado território; um determinado período máximo e o número de vezes que uma obra poderá ser exibida. A única diferença, deste ordenamento para o Português, prende-se com o fato de o legislador Italiano²⁷¹ obrigar ao cumprimento de um conjunto de obrigações acessórias, para a entidade emitente, nas quais se incluem: a não interrupção da obra com mensagens publicitárias, nem a mistura de mensagens desta natureza, na obra; a não modificação da versão original da obra audiovisual, a menos que, os coautores e o produtor tenham aprovado uma “versão televisiva” da obra; não modificar ou eliminar o título da obra, ou a identificação dos autores e artistas, pela eliminação do genérico ou “créditos” finais e pagar os correspondentes direitos de autor, por cada uma das utilizações da obra bem como, os competentes direitos conexos aos artistas correspondentes²⁷². Parece-nos que o legislador italiano foi bastante previdente, ao consignar, como obrigações acessórias à retransmissão das obras audiovisuais, por *broadcasting*, todos os aspetos que garantem, a dignidade moral desta e dos seus coautores e intérpretes.

Webcasting

É uma forma de *broadcasting* digital, cujo sinal se difunde *na world wide web*, na qual existem concentradores denominados de *hubs*, ligados em redes *LAN*, *MAN*, *WAN* e *TAN* em que a informação, neste caso, a obra audiovisual, é enviada e recebida, em simultâneo, por vários endereços de *IP*, que são os últimos endereços possíveis nas redes ou subredes.

A retransmissão da obra audiovisual, na rede, traz-nos diversos problemas, desde logo, porque o acesso à obra, pode derivar de múltiplos atos de comunicação pública autónomos, levados a cabo por pessoas muito diversas

²⁷¹ Mais concretamente art.2 della legge n. °122 di 30 aprile 1998 pubblicato dalla G.U. n. °119 del 1999.

²⁷² Neste sentido, VITTORIO M. DE SANCTIS & MÁRIO FABIANI in “I Contratti di Diritto di Autore”, Volume XXXI, t.1, Giuffrè Editore, Milano, 2000, pp.365-379.

das inicialmente autorizadas, para o fazer, o que gera uma teia muito complicada de autorizações²⁷³. Como bem refere Alexandre Dias Pereira²⁷⁴, existe atualmente um “*direito de acesso*” no ambiente digital em rede”. No entanto, será muito difícil de gerir os direitos dos autores, produtores e distribuidores, que terão que se articular, em face dos milhares de milhões de utilizadores finais. O autor, identifica como uma das soluções, para esta problemática, a necessidade de existir uma exploração coletiva de direitos, de modo a que nenhum dos sujeitos ligados à obra fique numa posição de fragilidade acrescida, face à imensidão da *world wide web*. Tal necessidade deriva, da facilidade com que, um qualquer utilizador, tem à sua disposição uma qualquer obra, que poderá visualizar, quando, onde, e como quiser. Ao contrário das tradicionais formas, de *broadcasting* por teledifusão, nas quais a comunicação pública da obra, é feita num determinado dia, a uma determinada hora, para diversos aparelhos de televisão em simultâneo, sem que o público tenha acesso direto ou indireto, à matriz, na qual está fixada a obra, o *webcasting*, disponibiliza, ainda que virtualmente e de forma permanente, a obra, à qual o utilizador acede diretamente sempre que quiser. Falamos, pois, numa disponibilização incorpórea, das obras. O nosso CDADC, ao estabelecer uma norma aberta, como é o seu artigo 155.º conseguiu abarcar, esta nova forma de comunicação pública, ou seja, o *webcasting*, ao prever que: “*É devida igualmente remuneração ao autor pela comunicação pública da obra radiodifundida, por altifalante ou qualquer outro instrumento análogo transmissor de sinais, de sons ou de imagens*”. Porém, tal aplicação extensiva deste artigo ao *webcasting*, só acontece, porque o legislador não determina o que entende por instrumento transmissor análogo, e não porque é sensível ao aparecimento desta nova forma de retransmissão das obras, não obstante esta, já ocorrer, há seguramente mais de 10 anos, sem que o legislador tenha olhado para as suas problemáticas concretas.

Olhando para o ordenamento jurídico espanhol, verificamos que, existe já uma preocupação em regulamentar, esta forma de retransmissão, desde 2006, dado que a Ley 23/2006 refere-nos os casos de colocação das obras audiovisuais à

²⁷³Cfr. CARMÉN PEREZ DE ONTIVEROS BAQUERO in *La Obra Audiovisual en la Reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*, Aranzadi, Navarra, 2008, pp.13-57.

²⁷⁴Cfr. ALEXANDRE DIAS PEREIRA in *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital*, Coimbra Editora, Coimbra 2001, pp.410-419.

disposição interativa, prevendo assim, os casos de retransmissão pela *internet*²⁷⁵.

Esta relação platônica criada pelo *webcasting* entre autores, produtores e distribuidores, será sempre muito difícil de gerir, sem que existam soluções à escala global, o que a breve prazo, é pura utopia. Pelo que, a sensação de “impunidade virtual” no que respeita à exploração ilícita, da comunicação das obras audiovisuais no mundo virtual, incita cada vez mais infratores, a aproveitarem abusivamente, os direitos de propriedade intelectual alheia, conseguindo com isso, um manifesto enriquecimento sem causa à custa dos autores das obras, que na maioria das vezes, são os principais prejudicados com esta situação²⁷⁶.

Sensibilizada com esta questão²⁷⁷, a Comissão Europeia publicou o livro verde sobre “*a distribuição em linha das obras audiovisuais na União Europeia – rumo a um mercado único digital: oportunidades e desafios*”, no qual aponta algumas soluções para as problemáticas levantadas por esta nova forma de retransmissão das obras audiovisuais. Este documento tem como objetivo primordial, promover a criação de um mercado único de propriedade intelectual, no âmbito das obras audiovisuais que, até então, ainda não se encontra plenamente realizado. Três das formas de *webcasting*, identificadas pelo livro verde, são a *IPTV*, que consiste na retransmissão televisiva diferida através da internet; a *V o D – Vídeo on Demand*, que se caracteriza pela disponibilização²⁷⁸ de obras audiovisuais, como longas metragens, obras televisivas, e obras de animação *on-line*, e o *simulcasting*, que implica a retransmissão simultânea²⁷⁹ e em direto, de obras em sinal aberto na internet.

²⁷⁵ Tal referência resulta da Ley 23/2006, de 7 de julho, que alterou o TRLPI, nomeadamente o ponto 4, do art.90.º, do TRLPI, de modo a que este se pudesse adaptar ao disposto na Diretiva Comunitária n.º 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001.

²⁷⁶ Neste sentido, vide ÁNGEL LUÍS ALONSO PALMA in *Propiedad Intelectual y Derecho Audiovisual*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2006, pp.130-142.

²⁷⁷ Muito embora esta sensibilidade, seja motivada por interesses, essencialmente economicistas, na medida em que como bem reconhece a Comissão neste texto “*a união europeia produz mais filmes do que qualquer outra região do mundo e ...o setor audiovisual representa 3% do PIB da UE, o que corresponde a um valor anual de mercado de 500 mil milhões de euros e empregam 6 milhões de pessoas*”, certo é que este livro verde, aponta soluções úteis para garantir os direitos dos coautores, artistas e produtores na utilização das obras audiovisuais através da internet.

²⁷⁸ Disponibilização essa lícita ou ilícita (sendo que esta última é a que infelizmente mais prolifera atualmente, atropelando os direitos de autor dos respetivos coautores das obras audiovisuais disponibilizadas).

²⁷⁹ O *simulcasting* permite que uma obra que esteja a ser radiodifundida pelos meios tradicionais de difusão (*broadcasting*) seja simultaneamente emitida em sinal aberto através da *internet*.

O texto do livro verde, começa por referir que até há pouco tempo as entidades que realizavam a radiodifusão tradicional, teriam apenas que preocupar-se em garantir os direitos de reprodução e comunicação pública junto dos coautores, artistas e produtores pela utilização das obras audiovisuais. Contudo, dado atualmente, ser possível radiodifundir as emissões “a pedido”, após a sua transmissão inicial por descarga dos conteúdos na internet, que é o chamado *catch – up TV* (conteúdos esses nos quais se incluem obras audiovisuais), é necessário que as entidades de radiodifusão, garantam direitos diferentes dos exigidos para as emissões originais, nomeadamente, direitos de disponibilidade e de retransmissão. Esses direitos terão que ser garantidos, tendo em conta, os diferentes territórios nacionais envolvidos, o que cria um problema de aplicabilidade prática, na *world wide web*, bem como poderá tornar-se muito oneroso. Além disso, não está ainda muito claro, em termos legais, quais os direitos que em concreto terão de ser salvaguardados. Tal clarificação poderia ser feita se existisse, segundo o livro verde, um reajustamento da Diretiva “Satélite e Cabo”²⁸⁰ a esta nova realidade. O livro verde refere também que o problema poderá ser resolvido ou por força da lei, ou por via contratual, já que os direitos económicos das obras audiovisuais são normalmente transmitidos pelos autores e artistas para o produtor por uma destas vias, logo esta “transmissão” poderá facilitar o direito de disponibilização da obra para o *webcasting*, até mesmo porque, os autores não recebem uma remuneração por utilização. Parece-nos que a via contratual, seria preferível na resolução desta questão, porque uma imposição legal neste sentido, poderia prejudicar os interesses de muitos autores de obras audiovisuais²⁸¹. Aliás, a via contratual

²⁸⁰ Trata-se da Diretiva 93/83/CEE, de 27 de setembro, de 1993, do Conselho, que é assim apelidada por regulamentar a radiodifusão por cabo e a retransmissão por satélite, transposta para o ordenamento jurídico Português pelo Decreto-Lei 333/97, de 27 de novembro.

²⁸¹ Ainda assim podemos verificar que muitas vezes apesar das partes de um contrato de utilização da obra audiovisual, tendo nesse contrato uma cláusula específica na qual se prevê que estão incluídas nessa utilização a utilização da obra em futuros meios de retransmissão que possam vir a ser criados, ainda assim os coautores vêm reclamar os seus direitos judicialmente. Foi o que aconteceu no caso que motivou a decisão do Tribunale di Roma – Sezione specializzata in proprietà industriale e intellettuale – 29 settembre 2008- Pres. T. Marvasi – Est. A. Izzo – AGP. (Avv. S. Tonazzi) c. V.- C. (Avv.B. Delaa Ragione e M. Garofano) e altri. Neste caso foram cedidos os direitos de utilização de uma determinada obra audiovisual pelos seus coautores a um distribuidor, no qual se referia ceder-se por um período de 7 anos e de forma exclusiva ao distribuidor a utilização de uma obra cinematográfica, por meio de videograma, “na qual se poderia utilizar qualquer sistema técnico e distributivo ou qualquer outra forma que no futuro pudesse ser inventada para a obra ser utilizada através da sua disponibilização em videograma”. Ora, apesar do contrato ter esta cláusula, os coautores, ao verificarem que o distribuidor estava a utilizar a obra no sistema de *Video on Demand – VoD* (na internet) vieram invocar que aquela

será aquela que permitirá respeitar o previsto no artigo 6.º, do Decreto-Lei 333/97, de 27 de novembro, que refere que a autorização dos autores para a radiodifusão ou retransmissão, deverá ser feita ou por contratação individual ou por negociação coletiva, através da Entidade de Gestão Coletiva, que no nosso caso é a Sociedade Portuguesa de Autores. A figura do “produtor” como representante dos interesses dos autores das obras audiovisuais permite que a negociação relativa às utilizações da obra seja mais simplificada, já que a negociação individual poderá criar ainda mais problemas, pois poderá ser mais difícil a obtenção de um entendimento entre todos. No entanto, o produtor deverá salvaguardar os interesses de todos os autores envolvidos, tendo em conta algumas premissas básicas, nomeadamente no que diz respeito à defesa dos direitos morais dos autores²⁸².

O livro verde indica ainda a necessidade de se criar uma remuneração pela disponibilização da obra, o que seria muito mais equitativo, em face do surgimento das novas formas de comunicação pública das obras. Assistimos hoje a uma “*pulverização*” diversificada de utilizações da obra audiovisual, que são feitas de diferentes formas, e meios de retransmissão em constante mutação e que obrigam a criar, novos graus de proteção legal, que se adequem à multiplicidade de usos que são feitos de uma determinada obra, devendo, a proteção que é concedida aos seus autores, estar estratificada, consoante a utilização e a difusão que é feita da sua obra. Contudo, todos

utilização da obra por meio videográfico na rede, era ilegal, na medida em que no contrato não era feita essa referência, entendendo que estaria excluída do contrato a utilização daquela obra *on-line*. O tribunal entendeu e bem que a utilização da obra através deste sistema era em vídeo e apesar de ser disponibilizada na *internet*, nada obstava a que tal utilização fosse feita. Aliás refere o tribunal que os coautores da obra em causa ao aceitarem uma cláusula na qual na qual se “*poderia utilizar qualquer sistema técnico e distributivo ou qualquer outra forma que no futuro pudesse ser inventada para a obra ser utilizada através da sua disponibilização em videograma*”, estavam a aceitar toda e qualquer utilização da obra desde que a mesma fosse feita por meio de vídeo. Com isto podemos concluir que, não só a questão deve ser resolvida por via contratual, como todas as cláusulas inseridas nos contratos deverão ser claras, precisas, detalhadas e suficientes para o tipo de utilização da obra audiovisual que se pretenda realizar. Assim, serão de evitar-se, tanto quanto possível, cláusulas com conceitos gerais ou indeterminados que possam gerar confusões e imprecisões juridicamente relevantes.

²⁸²A este respeito o Royal Courts of Justice Strand, London, no caso *Ludlow Music Inc v Robbie Williams*, 14th february 2002, retira uma sábia conclusão ao referir no acórdão que “*apesar de a regra geral ser a abstenção, a lei protege os direitos de autor; não podendo uma pessoa ser obrigada a ceder a sua propriedade intelectual por um valor de mercado razoável, nem outra infringir esses direitos a pretexto de que pagará pelos danos inflingidos*”. Este deverá ser o ponto de partida do produtor quando representar os autores de uma determinada obra audiovisual, na medida em que deverá certificar-se da existência de um consenso de vontades, atendendo aos vários interesses envolvidos, não facilitando a violação dos direitos dos seus representados. Neste sentido, *vide* DAVID I. BAINBRIDGE in *Intellectual Property*, Seventh Edition, Pearson Longman, Essex, 2009, pp.106-114.

esses estratos e graus de proteção terão de coexistir pacificamente em torno da obra, devendo proteger de igual forma, titulares distintos, e deverá ter por base, um conjunto de cessões contratuais que irão alterar-se de país para país²⁸³.

²⁸³ Neste sentido, *vide* STEFANIA ERCOLANI in “Una Sommessa Riflessione sul diritto d`autore all`epoca Della convergenza (Prima parte)”, in *RTSIAE, Anno LXXVIII, Ottobre – Dicembre, 2007*, n. °4, Milano, 2007, pp.525-548.

PARTE II

Os Diferentes Tipos de Obras Audiovisuais

1. As obras audiovisuais típicas

Depois de tratarmos dos elementos essenciais das obras audiovisuais, a sua qualificação e as suas variações enquanto produto original, cabe-nos agora debruçarmo-nos sobre as suas diferentes e variadas manifestações. Falar de obras audiovisuais, na generalidade, não nos permite alcançar as particularidades próprias de cada um dos seus diferentes e variados tipos, pelo que deveremos ver, em detalhe, cada um deles, de modo a conhecermos as suas especificidades próprias²⁸⁴.

Contudo, devemos ter sempre bem presente que o conceito de obra audiovisual é um conceito suficientemente amplo e genérico, para se sobrepor à definição de obra cinematográfica, não obstante, esta ser a sua primeira manifestação²⁸⁵. O conceito de obra audiovisual é de tal forma abrangente que permite conferir uma tutela adequada a todos os demais tipos e subtipos de obras audiovisuais²⁸⁶.

Para conseguirmos perceber de que tipo ou género de obra audiovisual estamos a falar, devemos considerar alguns dos seus aspetos mais importantes, como a sua duração, a sua aparência e apresentação junto do público, ou seja, o seu destino, o seu modo de realização e o procedimento técnico utilizado na sua feitura. Todos estes aspetos permitir-nos-ão caracterizar os diferentes tipos de obras audiovisuais, permitindo também

²⁸⁴ Algumas das referências que iremos realizar no presente ponto 1 e 2 da parte II do nosso trabalho, foram já realizadas pela autora do presente trabalho no âmbito da sua dissertação de mestrado com o tema *Da Obra Audiovisual: Tutela dos Autores e Intérpretes* pp.12-21. Contudo as referências que agora faremos serão mais profundas e críticas, para que possamos dar mais alguns passos para descobrir quais as formas de melhorar as terminologias existentes em alguma legislação, nomeadamente, no Decreto-Lei 227/2006 de 15 de novembro, dado o “desnorte” concetual que existe em vários diplomas legais, no que toca às obras audiovisuais, seus tipos e subtipos. Neste sentido, *vide* MARIA VICTORIA MAYOR DEL HOYO in *El Derecho de Autor sobre las Obras Cinematograficas en el Derecho Español*, Madrid, Colex, 2002, pp.36 segundo parágrafo e nota n. °28.

²⁸⁵ *Vide* MARIA VICTORIA MAYOR DEL HOYO in *El Derecho de Autor sobre las Obras Cinematograficas en el Derecho Español*, Madrid, Colex, 2002, pp.34 ss. Esta consciência mundial de que a obra audiovisual necessitava de ser definida de forma a abranger, todas, as suas manifestações, surgiu pela primeira vez, na década de 70, nos Estados Unidos, mais concretamente na Lei 95-533, de 19 de setembro, de 1976, e na Europa na década de 80, em França na Lei 85-660 de 3 de julho, de 1985.

²⁸⁶ Neste sentido, *vide* MARTINA BARCAROLI, “Problemi di Diritto Comparato di Autore Nell’Opera Multimediale”, *RTSIAE, Anno LXX, Gennaio-Marzo, n. °2, Milano, 1999*, pp.214.

distinguír aquelas que podemos considerar como obras típicas e atípicas²⁸⁷. Daí ser essencial que os critérios que utilizemos para distinguir os diferentes tipos de obras audiovisuais sejam suficientemente amplos para que possam identificar a obra tanto externamente, de acordo com a percepção do senso comum, como internamente, para que lhes possa ser aplicado o regime jurídico próprio das obras audiovisuais. Uma das premissas de que devemos partir para distinguirmos os diferentes tipos de obra é olharmos para o meio pelo qual a obra audiovisual foi criada e realizada, quais os objetivos pretendidos aquando da sua elaboração pelos seus autores e qual a finalidade a que a mesma se destina. À medida que o tempo passa, vamo-nos deparando com novos tipos de obras audiovisuais, que a todo o momento desafiam os critérios classificadores instituídos e obrigam a que os mesmos se adaptem ao surgimento destas novas criações. Isto acontece em grande parte, devido ao desenvolvimento tecnológico crescente. A obra audiovisual tem a capacidade de se multiplicar em diferentes tipos de manifestações e dentro destas, ainda se conseguirão particularizar alguns subtipos, o que demonstra as particularidades que a obra audiovisual em concreto poderá abarcar. Em sentido figurado, a obra audiovisual assemelha-se a um camaleão que muda de cor mediante o “cenário” que o rodeia. A obra audiovisual tomará diferentes formas que obrigarão a proteções distintas e peculiares. Quando a revolução tecnológica nos deu a conhecer as obras multimédia, a doutrina, de uma maneira geral, indagou se as obras audiovisuais e os seus tipos e subtipos se poderiam encaixar em tal nova categoria de obras, mas facilmente apreenderam que tal não era possível, dado se tratarem de géneros manifestamente diferentes. Contudo, essa indagação permitiu que a doutrina abrisse o seu espírito de modo a perceber que a tecnologia utilizada nas obras multimédia, permitiu o surgimento de novos tipos de obras audiovisuais revestidos de peculiaridades e características absolutamente inovadoras²⁸⁸.

²⁸⁷ Cfr. CARLOS ROGEL VIDE in *Estudios Completos de Propiedad Intelectual, Volume II*, Reus, Madrid, 2006.

²⁸⁸ Neste sentido, *vide* CONCEPCIÓN SAIZ GARCIA in *Obras Audiovisuales y Derechos de Autor*, Aranzadi, Navarra, 2002, pp.101-117.

Parágrafo I – Os Tipos de Obra Audiovisual Típica

1.1. A obra cinematográfica

A obra cinematográfica poderá ser considerada a obra rainha dos tipos de obras audiovisuais. Esta foi a primeira manifestação de obra audiovisual conhecida, pelo que, ainda atualmente, muitos confundem a obra audiovisual, no seu todo, com este tipo de manifestação²⁸⁹. A obra cinematográfica é aquela em que o(s) argumentista(s) elabora(m) o guião e a narrativa do enredo que pretende(m) criar, baseando-se, para isso, numa ideia dotada de originalidade absoluta ou relativa. Tendo como suporte o argumento e os diálogos, o realizador, durante as filmagens, coordena as cenas, desdobrando-as em planos, de modo a que, conjuntamente com o diretor fotográfico, possam trabalhar o movimento das câmaras e as suas sequências lógicas. Após terminado o trabalho realizado durante as filmagens, é-lhe adicionada a sua banda sonora, para que a obra cinematográfica possa gozar de uma existência plena. Existem ainda situações em que a banda sonora é incorporada na obra cinematográfica ao mesmo tempo em que se realizam as filmagens desta, ou

²⁸⁹Neste sentido, *vide* VITTORIO M. DE SANCTIS in *La protezione delle opere dell'ingegno*, Giuffrè Editore, Milano, 2004, pp.239-243. Esta confusão terminológica em que se “toma a parte pelo todo”, na medida em que as obras audiovisuais, não são apenas e só as obras cinematográficas, sendo estas apenas uma das suas manifestações, aparece plasmada em vários diplomas legais nacionais e internacionais. Veja-se artigos 2.º n.º 1, 14.º e 14.º-bis da Convenção de Berna, artigo I da Convenção Universal, aprovada pelo Decreto n.º 140-A/79, de 26 de dezembro, artigos 2.º n.º 1 alínea f), 22.º, 34.º e 176.º n.º 5 do CDADC, pela Lei 55/2012 de 6 de setembro, regulamentada pelo DL124/2013 de 30 de agosto, conceito esse entretanto revogado pelo Decreto-Lei 25/2018 de 24 de Abril, e pelo Decreto-lei 227/2006, de 15 de novembro. Esta confundibilidade entre a consideração global de obras audiovisuais com a sua manifestação mais importante, ou seja, a obra cinematográfica, é algo que se arrasta há várias décadas. Já em 1992, OLIVEIRA ASCENSÃO in *Direitos de autor e direitos conexos*, Coimbra, 1992, pp.512, defendia a criação de um conceito de obra audiovisual que servisse os interesses de todas as obras desta natureza referindo que “*a lei equivocadamente, usa um luxo de qualificações que se sobrepõem. Fala em obra cinematográfica, televisiva, radiodifundida. Mas a designação de obra audiovisual unifica esta categoria de obras cinéticas*”. Porém, só em 2004, é que surgiu um conceito de obra audiovisual, que apareceu previsto no artigo 2.º alínea f) da Lei 55/2012 de 6 de setembro entretanto revogado pelo Decreto – lei 25/2018 de 24 de Abril. Ainda assim este conceito deixava muito a desejar porque distinguia as obras audiovisuais das obras cinematográficas pela sua forma de difusão, dando a entender que se tratam de tipos distintos de obras...era caso para dizer que “*não se morria do mal, mas morria-se da cura*” porque, apesar de existir o conceito almejado por uma boa parte da doutrina, ele era tão fraco em termos de conteúdo que mais valia nem sequer existir, o que acabou por acontecer pela revogação do mesmo pelo Decreto-lei 25/2018 de 24 de Abril, porém este Decreto cria um conceito inaceitável e confuso que distorce completamente a realidade atual, na alínea m) do artigo 2.º no qual se define “*obra multimédia*” como “*a obra criativa cinematográfica ou audiovisual cuja exploração económica inclua a distribuição e acesso em rede, designadamente a internet e outros meios de comunicação eletrónica, como canal de distribuição no primeiro ano de distribuição, através de qualquer serviço, plataforma ou tecnologia podendo implicar variantes e adaptações de um conteúdo base*”.

que servem de mote para a criação de um determinado enredo narrativo²⁹⁰. Devemos acrescentar a este conceito que estas obras são realizadas e pensadas para serem exibidas em ecrãs de salas de cinema. Além disso, deverá existir uma matriz da obra cinematográfica, nos termos do artigo 136.º do CDADC, que em nosso entender, poderá existir quer, num suporte material, ou imaterial (p. ex. num servidor de *internet*).

Muito embora o nosso conceito de obra cinematográfica seja um conceito “substantivo”, em que se atende aos sujeitos que contribuem para a sua realização, uma vez que este tipo de obras resulta da união do trabalho intelectual de um conjunto de pessoas, existem outros ordenamentos jurídicos, nomeadamente o espanhol, que estabelecem conceitos mais tecnicistas de obra cinematográfica, que ignoram o carácter personalista que deverá fazer parte da definição deste tipo de obras²⁹¹. Este ordenamento define as obras cinematográficas como *“toda a obra audiovisual fixada por qualquer meio ou suporte, em que a sua elaboração é definida por um trabalho de criação, produção, montagem e pós-produção e que está destinada para ser exibida e comercializada em primeira mão nas salas de cinema”*, acrescentando-se que *“ficam excluídas desta definição as meras reproduções de acontecimentos ou representações de qualquer índole”*²⁹². Alguns autores representativos da doutrina espanhola acrescentam que se poderá entender como obra cinematográfica aquela que *“Produz uma realidade significativa nova, apta para a percepção, na qual existe uma objetivação de realidades dinâmicas, que se*

²⁹⁰ Veja-se o caso dos musicais enquanto subtipo de obras cinematográficas, dos quais falaremos ainda neste ponto.

²⁹¹ Neste sentido, ISABEL ESPÍN ALBA in *Las Obras Audiovisuales. Clases, Nacionalidad y Calificación de las Mismas en la Ley del Cine*, in *La Ley del Cine y el Derecho de Autor*, Reus, Madrid, 2008, pp.21-51.

²⁹² Esta definição aparece na Lei Espanhola do Cinema n.º 55/2007, de 28 de dezembro, mais concretamente no seu artigo 4.º. Este diploma, apesar de ser mais atual do que o Real Decreto 526/2002, continua ainda a seguir uma linha errónea de classificação. O artigo 4.º do referido diploma continua a definir a obra cinematográfica como a obra principal na sua alínea a), referindo-se a alínea b) a outras obras audiovisuais que, para serem como tal consideradas, deverão cumprir os mesmos requisitos da alínea a), exceto no ponto que se refere à sua exibição em salas de cinema. Em nosso entender, não se compreende como é que o ordenamento jurídico espanhol, que tanto explora a questão das obras audiovisuais, quer doutrinária, jurisprudencial e legislativamente, continua a dar primazia à criação (obra cinematográfica), em vez de a dar ao criador (obra audiovisual). A sistematização jurídica das obras audiovisuais e dos seus subtipos é uma necessidade gritante da generalidade dos ordenamentos jurídicos, que, por diversas vezes vêm os seus tribunais e julgadores criarem situações deveras complicadas, do ponto de vista da realização da justiça, por inexistir um critério clarificador das diferenças existentes entre os vários subtipos de obras audiovisuais.

*apresentam de forma sucessiva, com uma tal aparência de movimento e de vida, que provocam sensações, emoções e vivências próprias da realidade*²⁹³.

Dentro das obras cinematográficas, no nosso ordenamento jurídico, podemos ainda distinguir os documentários cinematográficos, as curta-metragens e as longa-metragens.

Existe uma definição legal técnica para cada um destes subtipos de obras cinematográficas, que aparece plasmado no artigo 2.º do Decreto – Lei 227/2006 de 15 de novembro²⁹⁴. Com o surgimento do Decreto – Lei 124/2013 de 30 de agosto e do Decreto – lei 25/2018 de 24 de Abril que apareceram para regulamentar a lei 55/2012 de 6 de setembro, que visa desenvolver e proteger as obras audiovisuais, estes apresentam-nos novas definições de alguns dos subtipos de obras cinematográficas, de alguns dos subtipos das obras televisivas e uma nova definição de obra multimédia. Nesta senda, iremos fazer uma análise crítica das alterações introduzidas, face ao que já se encontrava dito nesta matéria, de modo a que o nosso trabalho possa acompanhar a evolução legislativa atual na medida do possível.

Este diploma define, na alínea e) do artigo 2.º o documentário cinematográfico como *“a obra cinematográfica que contenha um ponto de vista autoral sobre qualquer aspeto do real, refletindo uma atividade de criação artística destinada a exibição em sala de cinema”*. Dentro deste subtipo de obras cinematográficas temos, por exemplo, os filmes que documentam fatos históricos ou atuais, como é o caso do *“Fahrenheit 9/11”*²⁹⁵. Contudo, esta definição parece-nos demasiado genérica, porque existem algumas obras cinematográficas que relatam fatos reais e nem por isso são documentários cinematográficos. Esse tipo de obra cinematográfica pretende narrar, muitas vezes, histórias reais, às quais se acrescenta, alguma fantasia, sendo certo que o seu objetivo primordial

²⁹³ Vide, NAZARETH PÉREZ DE CASTRO in *Las Obras Audiovisuales. Panorámica Jurídica*, Reus, Madrid, 2001, pp. 17 citando BAYLOS CORROZA in *Tratado de Derecho Industrial. Propiedad intelectual. Derecho de la competencia. Disciplina de la competencia desleal*, Madrid, 1978, pp. 317.

²⁹⁴ Este diploma legal surgiu para regulamentar a Lei 42/2004, de 18 de agosto, que estabeleceu os princípios de ação do Estado para fomentar, desenvolver e proteger a arte do cinema e das atividades cinematográficas e audiovisuais, estabelecendo algumas medidas concretas de proteção, desenvolvimento e fomento das artes cinematográficas e audiovisuais.

²⁹⁵ Documentário cinematográfico Americano, realizado em 2004 por Michael Moore, que fala sobre as causas e as consequências dos atentados de 11 de setembro de 2001 nos Estados Unidos da América. O documentário faz referência à posterior invasão do Iraque liderada pelos Estados Unidos e pela Grã-Bretanha, e tenta perceber os reais alcances das ligações que existiriam entre as famílias do presidente George W. Bush e a de Osama bin Laden.

é o entretenimento. Parece que a definição poderia ser mais precisa e passível de melhor se diferenciar das demais, se à letra da lei prevista no já referido artigo 2.º alínea e) se acrescentasse “...e cujo objetivo não seja o mero *entretenimento*”. Esta pormenorização do conceito permitiria uma maior e melhor tutela para este subtipo de obras cinematográficas.

Esta definição havia já sido anteriormente alterada pela alínea d) do artigo 2.º do Decreto-Lei 124/2013, de 30 de agosto, que modificou a sua epígrafe, passando a chamar a este subtipo de obra cinematográfica “*Documentário cinematográfico*”, eliminando da definição apresentada pelo Decreto-Lei 227/2006 de 15 de novembro as palavras finais “*didático ou publicitário*”, mantendo o resto da definição. Olhando para a nova definição implementada pelo Decreto-Lei 25/2018 de 24 de Abril parece-nos que existe uma modificação considerável no conceito legal anterior. Ao aludir à obra cinematográfica com um ponto de vista autoral e à reflexão de uma atividade de criação, vemos um progresso notável no conceito que já atribui uma importância considerável à atividade criativa que distingue os documentários cinematográficos dos demais documentários desprovidos de qualquer criatividade. Quanto à eliminação do “*sem carácter predominantemente didático ou publicitário*”, faz-nos crer que o legislador cedeu aos interesses economicistas da publicidade, que passa a poder imiscuir-se com total legitimidade nos documentários cinematográficos. Quanto à supressão do carácter didático, parece-nos que existe agora alguma abertura para banalizar e vulgarizar os documentários cinematográficos, o que os irá desvirtuar na sua essência. Apesar de o conceito ter sofrido uma considerável evolução continua muito por fazer para que os documentários cinematográficos tenham uma proteção mais adequada e eficaz. Estranhamente, o ordenamento jurídico italiano não define este tipo de obra cinematográfica, o que leva a doutrina a entender que os documentários cinematográficos deverão ser protegidos, não pelo regime das obras cinematográficas, mas sim pelo das obras fotográficas, na medida em que este regime distingue a obra fotográfica da simples fotografia²⁹⁶. Porém, não entendemos como um documentário cinematográfico

²⁹⁶ A doutrina italiana adopta esta posição devido ao previsto no artigo 2.º da L.D.A. italiana, que considera que a obra cinematográfica não deve tratar-se de “*mera documentação que será protegida pelas normas do capítulo quinto título segundo*”. Por causa desta referência e dada a distinção existente

poderá ser tratado pelo regime das obras fotográficas. Aliás, atendendo à letra da lei, esta não chama a estes documentários “fotográficos”, mas sim “cinematográficos”. A doutrina italiana parece inclinar-se para qualificar como, cinematográficas, as puras obras de ficção. Contudo tal posição é demasiado rígida, o que pode criar problemas sérios à proteção deste tipo de obras audiovisuais, obrigando a que muitas vezes se recorra à via judicial para que se analise o caso concreto, para que se possam qualificar determinados documentários cinematográficos como obras cinematográficas por serem dotados de características que vão muito além das obras fotográficas²⁹⁷.

No que respeita à obra cinematográfica de animação, esta não tem uma definição própria, já que a alínea l) do artigo 2.º do referido DL227/2006 apenas se refere a “*obras de animação*”. Tal referência cria-nos um problema prático porque tanto podem existir obras cinematográficas de animação, como obras televisivas de animação. Vejamos a definição apresentada por este diploma: “*obra de animação é a obra composta por uma percentagem mínima de 70% de segmentos animados de imagem a imagem.*” Esta definição é demasiado ampla e extensiva e foi mantida na alteração introduzida pelo Decreto – Lei 124/2013, de 30 de agosto, e pelo Decreto – lei 25/2018 de 24 de abril, que no seu artigo 2.º, alínea l), reproduz tal e qual o conceito apresentado pela alínea l) do artigo 2.º do DL 227/2006. A única diferença que encontramos no DL 124/2013 e no DL25/2018 é a referência a um conceito específico de obras de animação para televisão, que aparece designado na alínea g) do seu artigo 2.º, como “*Especial de animação para televisão*”²⁹⁸. Aquilo que caracteriza uma obra de animação é o fato de as personagens do enredo serem desenhos criados para serem dotados de animação, na maioria das vezes desenhos infantis, que têm como objetivo cativar um público maioritariamente infantil. Parece que estes elementos faltam na definição para que esta possa ser construtiva. Além disso, deveriam distinguir-se as obras cinematográficas de animação, das obras televisivas de animação, de uma maneira mais clara e concisa, na

neste capítulo entre obra fotográfica e simples fotografia, a doutrina entende que os documentários cinematográficos devem ser tratados pelo regime das obras fotográficas previstas no artigo 87.º e ss., justificando tal distinção devido à existência de jurisprudência vária, que defende que as obras cinematográficas são dotadas de uma “*criatividade expressiva*” e as obras fotográficas de uma “*criatividade técnica*”. Neste sentido, vide acórdão Pret.Roma 12.10.79, GC,1980, I, 237 e VITTORIO M. DE SANCTIS in *La protezione delle opere dell'ingegno*, Giuffrè Editore, Milano,2004, pp.313-321.

²⁹⁷ Vide Acórdão Pret. Roma 20.7.93, D.A., 1994,116.

²⁹⁸ Conceito que aparece definido neste diploma como “*obra unitária de animação para televisão*”.

medida em que existem diferenças técnicas de relevo na sua elaboração. No entanto, ainda que o legislador não considerasse necessário fazer esta distinção relativa ao formato das obras de animação, era imperativo que a definição fizesse referência às características próprias das personagens do enredo e qual o público ao qual maioritariamente se destinam. A referência pura e simples do legislador a “*obras de animação*” parece querer autonomizar estas obras como uma categoria independente, mas a verdade é que estas se manifestam sempre, ou como obras cinematográficas de animação, ou como obras televisivas de animação.

Dentro das obras cinematográficas, o legislador ainda distingue as curta-metragens, das longa-metragens, nas alíneas a) e h), do artigo 2.º do Decreto-lei 227/2006, de 15 de novembro. Desta feita, a curta-metragem aparece descrita na alínea a) do referido artigo como “*a obra cinematográfica que tenha uma duração inferior a sessenta minutos*” e a longa metragem, na alínea h), como “*a obra cinematográfica que tenha uma duração igual ou superior a noventa minutos*”. A alteração a estas definições realizada pelo DL124/2013, de 30 de agosto e pelo DL25/2018 de 24 de abril manteve a definição de curta metragem, na sua alínea c) do artigo 2.º, e alterou a definição de longa metragem quanto à sua duração, passando a prever a alínea k) do seu artigo 2.º que longa metragem é “*a obra cinematográfica que tenha uma duração igual ou superior a sessenta minutos*”.

Mais uma vez, esta distinção, entre curta e longa metragem, peca por omissão. Não é só o tempo de duração da obra que distinguirá estes subtipos de obras cinematográficas²⁹⁹, porque se assim fosse cortava-se a duração de uma longa metragem para os 59 minutos e automaticamente teríamos uma curta metragem, e tal não acontece. É necessário que o argumento de uma e de outra se adequem à duração que cada uma delas têm. Parece que a estas definições faltaria acrescentar “e cujo argumento esteja de acordo com a sua duração”.

²⁹⁹ Existem alguns ordenamentos jurídicos, que mais do que o tempo de duração da obra cinematográfica, para a considerarem como curta ou longa metragem, atendem também ao formato em que as mesmas se inserem, se são ou não películas de 70 mm e ao número de perfurações por imagem. Neste sentido vide ISABEL ESPÍN ALBA in *Las Obras Audiovisuales. Clases, Nacionalidad y Calificación de las Mismas en la Ley del Cine* in *La Ley del Cine y el Derecho de Autor*, Reus, Madrid, 2008, pp.40-41,

Não obstante os subtipos de obra cinematográfica que aparecem previstos na lei, o legislador continua a ignorar um dos subtipos mais exuberantes da obra cinematográfica que são os filmes musicais. Este subtipo de obra cinematográfica tem na sua génese o processo inverso da generalidade das obras cinematográficas, isto porque os filmes musicais têm como base de inspiração uma obra fonográfica, ou uma banda musical de renome, que irá condicionar a criação do enredo narrativo, bem como a criação das próprias personagens, que estão intimamente ligadas com as letras das obras fonográficas³⁰⁰. Estas características *sui generis* dos musicais fazem com que seja muito difícil de perceber porque é que o legislador é omissivo quanto ao seu regime protecional. Não obstante tal fato, o DL25/2018 de 24 de abril introduziu na alínea r) do artigo 2.º a definição de programas musicais caracterizando-os como “as obras audiovisuais passíveis de proteção inicial pelo direito de autor em Portugal destinadas à transmissão de prestações artísticas de obra musical ou literário-musical”. Porém esta definição é demasiado generalista e não protege convenientemente os filmes musicais.

O CDADC protege as obras cinematográficas de uma maneira geral, na sua secção IV, com a epígrafe “Das obras cinematográficas”³⁰¹. Esta proteção, que é conferida à obra cinematográfica, e que aparece plasmada no CDADC, está estruturada de forma pouco clara, na medida em que lhe faltam definições chave, nomeadamente no que respeita à definição de obra cinematográfica e aos seus subtipos. Nem tampouco se faz uma remissão para a Lei 55/2012, de 06 de setembro, ou para o DL227/2006, de 15 de novembro³⁰².

³⁰⁰ Veja-se o caso do filme musical “Mamma Mia”, de 2008, que é uma adaptação da peça musical com o mesmo nome de 1998 de Catherine Johnson. Foi realizado por Phyllida Lloyd e tem como autores do argumento Benny Anderson e Bjorn Ulvaeus. Tanto o filme como a peça musical são baseados nas músicas da mítica banda sueca ABBA, sendo o título de ambas as obras, um tributo a uma das suas mais conhecidas canções. Neste filme musical todo o enredo e interação entre as personagens tem como inspiração criativa as músicas dos ABBA, ou seja, toda a obra cinematográfica é pensada e realizada em função da música. Na grande maioria das obras audiovisuais do mesmo género, a música só é escolhida no final do processo criativo e da realização, sendo que nestas obras a música é que é escolhida em função da obra, e não o inverso.

³⁰¹ Artigos 124.º a 140.º do CDADC.

³⁰² Não obstante estes diplomas apresentem conceitos deficitários de obras cinematográficas e seus subtipos, conforme já verificamos no nosso trabalho.

1.2. A obra videográfica

Ao pensarmos na obra videográfica, numa primeira abordagem, podíamos ser levados a considerar que estas são apenas uma cópia ou um registo material de uma qualquer obra audiovisual. Se assim fosse, não faria sentido, considerarmos a obra videográfica como um tipo específico de obra audiovisual. A obra videográfica poderá, de fato, ser uma cópia de uma qualquer obra audiovisual, sendo que mais frequentemente será uma cópia de uma qualquer obra televisiva ou cinematográfica³⁰³.

Contudo, existem obras videográficas que não são meras cópias ou registos de obras audiovisuais, mas sim conteúdos que constituem, em si mesmo, pelas suas características, obras audiovisuais autónomas³⁰⁴. Ao olharmos para a quantidade de autores que realizam obras audiovisuais criativas e originais, passíveis de serem conhecidas pelo público, facilmente apreendemos que nem todas elas poderão chegar a ser transmitidas em salas de cinema ou em canais televisivos, por questões várias. Pelo que, muitas delas, são originalmente criadas, para serem difundidas pela primeira vez em vídeo, ou dvd, sendo estas obras audiovisuais, obras videográficas de raiz³⁰⁵.

Para alguns autores, devem ainda ser consideradas como obras videográficas os videojogos que, segundo eles, devem ser protegidos como programas de

³⁰³ Vide MARIO FABIANI in “La Sfida della Proprietà Intellettuale nell’era digitale, Accesso alle informazioni vs. Controllo della conoscenza”, *RTSIAE, Anno LXXX, Luglio – Settembre, 2009, n.º 3, Milano, 2009*, pp.337-340, referindo-se à decisão do Tribunale di Roma – Sezione specializzata in propriet  industriale e intellettuale – 29 settembre 2008 – Pres. T. Marvasi – Est. A. Izzo – AGP. (Avv. S. Tonazzi) c. V.-C. (Avv. B. Della Ragione e M. Garofano) e altri. Existem ainda autores que consideram como objeto de prote o, enquanto obra videogr fica, uma categoria interm dia de obras, para estes autores, a reprodu o de uma obra audiovisual preexistente na qual se considera que a fixa o da obra num determinado suporte mediante a interpreta o da obra preexistente, deve ser considerada como um trabalho criativo e n o como um trabalho t cnico. Segundo esta posi o, essa “adapta o” de formato, dever  ser considerada como um tipo de obra videogr fica, posi o essa da qual discordamos totalmente. Neste sentido, vide ANTONIO DELGADO PORRAS “Proteccion y L mites del Derecho de Autor de los Creadores Visuales, Seminario Diego Rivera e Ignacio Zuloaga” in *Derechos de Autor de los Creadores*, Trama Editorial, Madrid,2006, pp. 19- 270. A aceita o de tal categoria de obras videogr ficas implicaria a mudan a de qualifica o jur dica da obra audiovisual original preexistente, o que n o faz qualquer sentido, na medida em que este   um dos casos em que nos encontramos perante uma mera reprodu o de uma obra preexistente, ou seja, perante um mero videograma. Neste  mbito,   necesario termos presente que uma coisa   a natureza jur dica da obra e a sua classifica o; e outra, bem diferente,   a sua explora o e comunica o p blica, sob pena de confundirmos a classifica o das obras em s  mesmas com a sua forma de explora o. Neste sentido, vide CONCEPCI N SAIZ GARCIA in *Obras Audiovisuales y Derechos de Autor*, Aranzadi, Navarra, 2002, pp. 169-182.

³⁰⁴ A doutrina espanhola distingue os videogramas como sendo “*corpus mechanicum*”, referindo-se a estes, como meras grava es audiovisuais, e as obras videogr ficas como “*corpora mystica*”, associando a cada uma delas cont dos distintos. Neste sentido, vide CONCEPCI N SAIZ GARCIA in *Obras Audiovisuales y Derechos de Autor*, Aranzadi, Navarra, 2002, pp.169-205.

³⁰⁵ Neste sentido, vide CARLOS ROGEL VIDE in *Estudios Completos de Propiedad Intelectual, Volume II*, Reus, Madrid, 2006.

computador e como obras videográficas³⁰⁶. Contudo, esta posição é, manifestamente, oposta aquela que defendemos, já que entendemos que os videojogos são obras multimédia e, alguns deles, pelas suas características específicas, poderão ser alvo de uma dupla proteção enquanto obras multimédia e obras audiovisuais, conforme veremos em detalhe.

No intuito de evitar confusões terminológicas, seria mais simples chamar videograma às cópias de quaisquer tipos de obra audiovisual e obras videográficas às obras audiovisuais originais com vista a serem exibidas e exploradas, pela primeira vez, em suporte de vídeo ou dvd. Porém, tal não acontece, na medida em que o legislador se refere muitas vezes à expressão “videograma” para falar indistintamente de obras videográficas e de cópias de obras audiovisuais. Basta atendermos à letra do artigo 176.º n.º 5 do CDADC que classifica como videograma “o registo resultante da fixação, em suporte material, de imagens, acompanhadas ou não de sons, bem como a cópia de obras cinematográficas ou audiovisuais”³⁰⁷.

O ordenamento jurídico espanhol optou por chamar àquilo que consideramos como videogramas, “gravações audiovisuais”³⁰⁸. Assim sendo, segundo este conceito, nem todas as ditas “gravações audiovisuais” poderão ser consideradas como obras audiovisuais. Para este conceito de “gravações audiovisuais” é indiferente o que é o objeto de fixação, o suporte em que se encontra ou os procedimentos empregues para se obter a dita “gravação audiovisual”. No fundo, será considerada como “gravação audiovisual”, aquela à qual falte o carácter criativo das obras audiovisuais. A proteção que é conferida a estas meras gravações é uma proteção do que está fixado no material, independentemente do conteúdo que nele esteja inserto. Esta proteção material será feita pelos direitos conexos, nos termos dos artigos 176.º a 194.º do CDADC³⁰⁹. O regime espanhol também protege a gravação audiovisual como um direito conexo com o qual não concorre qualquer tipo de direito de autor relativo ao seu conteúdo.

³⁰⁶ Cfr. CARLOS ROGEL VIDE in *Estudios Completos de Propiedad Intelectual, Volume II*, Reus, Madrid, 2006.

³⁰⁷ Protegido pelos direitos conexos.

³⁰⁸ Vide artigo 120.º TRLPI.

³⁰⁹ Contudo, para que essa proteção exista, é necessário que se cumpram os requisitos expostos no artigo 190.º n.º 2 do CDADC, aos quais deve ser dada particular atenção.

Daqui podemos retirar que, para os casos em que a “gravação audiovisual” seja também uma obra audiovisual, existirá uma dupla proteção, enquanto gravação audiovisual (protegida pelos direitos conexos) e enquanto obra audiovisual (protegida pelos direitos de autor)³¹⁰. Neste caso existem dois direitos distintos a proteger essa obra: os direitos de autor que protegem o conteúdo que está inserido nesse suporte, e o direito conexo de modo a proteger a obra audiovisual na sua plenitude³¹¹.

A referência às obras videográficas, como as concebemos, é feita de forma muito ténue no CDADC, onde apenas é feita uma referência à coautoria, na medida em que se consideram como coautores da obra videográfica os autores do texto e da música fixada, bem como o realizador, nos termos do artigo 24.º. Se não se pretendesse autonomizar a obra videográfica, não haveria necessidade de fazer esta referência concreta³¹².----- Todas as demais referências do CDADC dizem respeito aos videogramas, como é o caso dos artigos 141.º, 176.º, n.º 6 e 185.º. A mesma definição, apresentada pelo artigo 176.º n.º 5 do CDADC, aparece também plasmada no Decreto-Lei 39/88, de 6 de fevereiro, alterado pelo Decreto-Lei 121/2004, de 21 de maio³¹³. Este regime jurídico previsto neste Decreto-Lei, que deveria prever o regime jurídico da obra videográfica, apenas determina as condições e requisitos de distribuição das obras videográficas e dos videogramas. Assim sendo, existe uma omissão legal parcial no nosso ordenamento jurídico quanto às obras videográficas. O que nos leva a concluir que as obras videográficas são obras que deverão ser tratadas por analogia através do regime jurídico das obras televisivas em geral, na medida em que o seu formato exige que as mesmas sejam visionadas num ecrã de televisão ou computador, mas, no que respeita à sua duração, estas deverão ter um tratamento idêntico aos subtipos de obras

³¹⁰ Neste sentido, RODRIGO BERCOVITZ RODRIGUÉZ-CANO in *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 3.ª Edição, 2006, pp.248, e PASCAL KAMINA in *Film Copyright in the European Union*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp.85-88.

³¹¹ Vide CONCEPCIÓN SAIZ GARCIA in *Obras Audiovisuales y Derechos de Autor*, Aranzadi, Navarra, 2002, pp.169-181.

³¹² Em sentido contrário, ANTÓNIO XAVIER in *As leis dos Espectáculos e Direitos Autorais do Teatro à Internet*, 1.ª Edição, Almedina, 2002, pp.69, que entende que a redação do art.º 24.º do CDADC é uma “negligente redação”.

³¹³ Este diploma pretende dar um tratamento idêntico a filmes e videogramas e harmonizar este diploma com o CDADC, definindo as competências fiscalizadoras da Direção Geral dos Espetáculos e do Direito de Autor (DGEDA), de modo a aumentar a sua rapidez e eficácia para dissuadir comportamentos ilícitos.

cinematográficas, curta e longa-metragens, dado que as suas características próprias a isso obrigam.

1.3. A obra televisiva

O conceito “programas de televisão” é um conceito muito mais vasto do que o de obra televisiva, que é juridicamente tutelada como uma obra audiovisual. Existem vários programas de televisão noticiosos/informativos, *reality shows*, *talk-shows*, concursos, programas desportivos³¹⁴, políticos, de debate e publicitários³¹⁵, que não podem ser considerados obras televisivas, passíveis de serem consideradas como obras de engenho intelectual, que possam ser protegidas, em sede principal pelos direitos de autor, enquanto obras audiovisuais³¹⁶. Poderão ser assim consideradas e protegidas as obras televisivas como os telefilmes, os documentários televisivos, as séries de televisão, as telenovelas e as obras televisivas de animação³¹⁷. Os programas de televisão caracterizam-se por estarem sujeitos a um conjunto de regras ou

³¹⁴ Em sentido oposto, vide PAOLA FRASSI in “Commento a decreto legislativo 9 gennaio 2008 n.9”, in *RDI*, 2008, *fasc. 4-5, pt.3*, Milano, pp.25-28.

³¹⁵ Aliás os *spots* publicitários não podem ser considerados como obras audiovisuais substantivas, muito embora em sentido meramente literal o poderem ser por serem compostas por uma parte áudio e outra visual. Ou seja, as obras publicitárias são obras audiovisuais em sentido técnico, mas substantivamente não o podem ser por um conjunto de razões: primeiro porque as obras audiovisuais tem como finalidade o entretenimento do público em geral e as obras publicitárias tem por finalidade vender um produto ou ideia a um público específico; logo as obras audiovisuais são integralmente protegidas pelo Direito de Autor e as obras publicitárias pelo direito comercial e acessoriamente pelo Direito de autor, apenas e só no que toca à criatividade técnica dos seus autores; segundo porque as obras audiovisuais são dotadas de uma criatividade substantiva, ou seja, os seus autores criam livremente para entreterem o público em geral, ao contrário das obras publicitárias que estão subjugadas a um conjunto de regras ou diretivas pré-definidas que criam um conjunto de formatos, sendo que a criatividade aqui existente é meramente técnica e pré-determinada a um fim que nada tem a ver com o âmago de proteção do direito de autor. Não obstante alguma doutrina entenda que alguns spots publicitários podem ser protegidos a título principal pelo Direito de Autor dado que este é neutro do ponto de vista finalista porque tanto protege a obra de mero entretenimento como a obra utilitária. Porém os “formatos” são como as regras de jogo, não podem ser protegidos. Não obstante existirem exceções à regra como os anúncios publicitários que mudaram a forma de ver o natal, como é o caso do senhor gorducho e de barba branca, de branco e vermelho, que surgiu de um anúncio da Coca-Cola, certo é que os spots publicitários ao contrário das obras audiovisuais não são *storytellers* que visam o entretenimento, são antes motivadores do comércio de produtos. Assim sendo não podemos generalizar a proteção em sede principal pelo direito de autor a todos os *spots* publicitários, porque existe pontualmente uma ou outra exceção à regra. Porém essa é uma matéria para discutir em sede da proteção das obras publicitárias e não das obras audiovisuais.

³¹⁶ Neste sentido, vide VITTORIO M. DE SANCTIS in *La protezione delle opere dell'ingegno*, Giuffrè Editore, Milano, 2004, pp.313-321. Em sentido oposto vide CARLOS ROGEL VIDE in *Estudios Completos de Propiedad Intelectual, Volume I e II*, Reus, Madrid, 2003 e 2006 respectivamente.

³¹⁷ No âmbito desta proteção deverão estar além das obras televisivas, aquelas obras que, não obstante pertencerem a outro género distinto do das obras audiovisuais, serão transmitidas enquanto obras televisivas, como é o caso das peças de teatro, concertos ou óperas. Estas obras que se encontram igualmente protegidas pelo direito de autor, atendendo às suas especificidades próprias, quando são transmitidas pela televisão deverão estar protegidas também pelo regime jurídico aplicável às obras televisivas e não pelo regime jurídico dos programas de televisão.

diretrizes predefinidas, não implicando a existência de um enredo ou argumento para a sua realização. Trata-se antes de um conjunto de “formatos” predeterminados, aos quais falta uma criatividade ou originalidade que lhes permita serem tratados como obras televisivas protegidas plenamente pelo regime das obras audiovisuais, sendo a sua tutela tratada na sua essência pelo direito comercial³¹⁸. Estes programas televisivos visam atingir especialmente metas económicas e comerciais, que se medem por *shares* e audiências, enquanto que nas obras televisivas se privilegia o trabalho criativo dos autores da obra e que sentimentos e emoções o produto final vai despertar nos espetadores. É nisso que reside a sua espetacularidade. Parece que, neste âmbito, seria muito útil associar um conceito de “criatividade substantiva” às obras televisivas e um conceito de “criatividade técnica” aos programas de televisão. Assim sendo, verificamos que, dada a natureza díspar deste tipo de obras, os programas televisivos são protegidos a título principal pelo direito comercial e de forma acessória pelo Direito de Autor³¹⁹, mais concretamente pelos direitos conexos³²⁰, enquanto que, no sentido inverso, as obras televisivas são protegidas a título principal pelo Direito de Autor e de forma acessória pelo direito comercial. Se assim não fosse e se protegessem os programas de televisão e os seus “formatos” predeterminados, como uma obra televisiva dotada de criatividade substantiva, estaríamos a proteger as “ideias”,

³¹⁸ Os programas de televisão são protegidos através do regime jurídico inserido na lei da televisão aprovada pela Lei n.º 27/2007, de 30 de junho, alterada pela Lei n.º 78/2015, de 29 de julho.

³¹⁹ Como exemplo deste tipo de proteção dada aos programas de televisão, que é manifestamente diferente do das obras televisivas, podemos ver um exemplo prático que atualmente ocupa os tribunais brasileiros. O canal televisivo GNT com os seus patrocinadores e produtora, em novembro de 2012, foram processados por plágio e concorrência desleal pela produtora audiovisual “Paula Lemes” com sede nos Estados Unidos. Alega esta produtora que o programa televisivo da GNT “Desafio de Beleza” é uma cópia do seu programa “O Maquiador”, cuja produção estava em avançadas negociações com vários canais de televisão, incluindo a GNT. Inclusivamente, um dos patrocinadores da GNT tinha sugerido o nome de Fernando Torquatto para maquiador. Para surpresa da produtora “Paula Lemes”, após diversas reuniões, com o projeto e todos os detalhes definidos, a GNT começou a produzir o programa com outro produtor, alterando-lhe apenas o título, ignorando a sua verdadeira criadora. Aqui existem várias questões que estão a ser discutidas atualmente nos tribunais referentes à má fé negocial, à concorrência desleal e à violação de direitos de autor. Ao olharmos para esta questão, facilmente apreendemos que existe aqui mais do que um conflito referente aos direitos de autor, uma questão de direito comercial relativa à culpa *in contrahendo*, de responsabilidade pré-contratual e de concorrência desleal, à qual acessoriamente se junta a questão da autoria do programa em causa. Isto porque o programa de televisão é uma criação, contudo será aquilo a que chamamos “criação técnica”, faltando-lhe a “criatividade substantiva” própria das obras televisivas.

³²⁰ Cfr. artigos 176.º n.º 6 a 194.º do CDADC. Deverá, neste âmbito, dar-se especial atenção aos requisitos previstos no n.º 3 do artigo 190 do CDADC.

sendo certo que esse não é o objeto de proteção dos direitos de autor³²¹. Pelo que os programas de televisão só poderão ser protegidos pelos direitos de autor a título acessório, relativamente à tutela que é necessário dar à criatividade técnica que é empregue na sua elaboração, quando esta existir. Aliás, a proteção dos programas televisivos pelo direito comercial explica-se pelo fato de estes poderem ser definidos como atos de transmissão ou retransmissão, que concretizam o direito de comunicação pública de obras de natureza jurídica, distinta da das obras audiovisuais³²².

A nossa legislação não define concretamente a obra televisiva, limitando-se a definir alguns dos seus subtipos, que deverão ser considerados como obras audiovisuais, deixando alguns subtipos de fora, como é o caso das obras televisivas de animação e as telenovelas. No entanto, é necessário definirmos este tipo de obra audiovisual de forma mais específica. A obra televisiva aparece fixada num videograma e é o resultado do trabalho intelectual dos seus autores de carácter científico ou artístico³²³, trabalho esse realizado à semelhança daquele que é elaborado nas obras cinematográficas, muito embora, muitas vezes, com algumas particularidades próprias, nomeadamente, o fato de muitas das obras televisivas serem obras de ficção plurais³²⁴, de

³²¹ A generalidade da doutrina francesa, inglesa e italiana, tem este entendimento, que se revela em várias decisões judiciais. Neste sentido, *vide* acórdão Trib. Roma 27.01.2000, in *DA*, 2000,545, Acórdão do tribunal de Apelação de Paris, de 14 de outubro de 1975, *RIDA*, 1976, p.136 e Decisão do High Court de Wellington “Wilson v. Broadcasting Corporation of New Zeland” (1988) 12 TPR173.

³²² Como é o caso das obras jornalísticas e dos “formatos” dos concursos televisivos. Contudo no que respeita aos *talk shows*, *reality shows* e “jogos”, dever-se-á analisar caso a caso se estes deverão ser tratados como programas de televisão ou obras televisivas, posição esta da qual discordamos totalmente. A nossa posição funda-se no fato de este tipo de programas televisivos, que seguem um determinado “formato-padrão”, carecerem de originalidade suficiente para serem tratados como obras audiovisuais, concretamente, como obras televisivas. Desde logo, porque os direitos de autor não protegem ideias abstratas, nos termos do n.º 2 do artigo 1.º do CDADC, além de que a cópia desses formatos, de país para país, nunca seria capaz de lhes conferir a criatividade e originalidade exigidas às obras audiovisuais. Até mesmo porque se considerássemos que esses programas com os mesmos formatos criados noutros países, seriam obras adaptadas, ou *remakes*, o que não poderia ter acolhimento em sede de direito de autor, na medida em que nada de novo é acrescentado ao “formato” original e o mesmo é reproduzido fielmente. Portanto, como não podemos entender que esses programas originais que servem de ponto de partida para criar outros, minimamente originais e criativos, não poderemos tratar os programas de televisão como obras televisivas. Aliás, o objetivo primordial da “compra” do formato, são razões económico – empresariais, na medida em que os canais televisivos, procuram formatos com audiências e *shares* elevados noutros países, para que não tenham que criar novos programas, que além de não terem a garantia de êxito, que estes já têm, seria altamente dispendiosa a elaboração de um novo “formato” de raiz. Neste sentido, CONCEPCIÓN SAIZ GARCIA in *Obras Audiovisuales y Derechos de Autor*, Aranzadi, Navarra, 2002, pp.183-205.

³²³ Cfr. ANTÓNIO XAVIER in *As leis dos Espectáculos e Direitos Autorais do Teatro à Internet*, 1.ª Edição, Almedina, 2002, pp.65-89.

³²⁴ Enquanto as obras cinematográficas são obras de ficção unitárias, as obras televisivas poderão ser obras de ficção plurais, veja-se o caso das séries de televisão que poderão durar até 26 episódios.

serem difundidas por cabo, satélite ou fibra para um público muito vasto em simultâneo, em diferido³²⁵, de necessitarem de estar fixadas previamente num suporte físico para poderem ser difundidas³²⁶ e de, no seu conteúdo, retratarem, na maior parte das vezes, situações do quotidiano comum, vivenciadas pelo seu público³²⁷.

Alguns autores definem as obras televisivas distinguindo-as dos programas de televisão pela sua diferença de “*expressão intelectual original, organicamente composta e expressa*”³²⁸. O ordenamento jurídico espanhol trata as obras televisivas de forma peculiar. O legislador³²⁹ define obra televisiva, distinguindo-a em “*película para televisão*” e “*série de televisão*”³³⁰, dando particular ênfase à sua unidade ou pluralidade. O legislador subdivide ainda a categoria “*série de televisão*” em episódios de ficção, animação ou documentário³³¹. Contudo, esta definição parece-nos um pouco rebuscada e passível de gerar confusões entre as obras televisivas e os programas de televisão, como os consideramos. Ao autonomizar as “*películas para televisão*”, destacando o seu carácter unitário, não obstante a demais caracterização das mesmas, o legislador espanhol aproxima-se perigosamente do formato dos programas de televisão. Aliás, não nos parece que a unidade ou pluralidade das obras televisivas possa adquirir particular relevo que mereça a sua distinção, até porque a maioria das obras televisivas tem um carácter plural. Seria preferível destacar o elemento “*ficção*” na definição de obra televisiva, em

³²⁵ Dado que difundido em direto só o são os programas de televisão e não as obras televisivas.

³²⁶ Vide T. DREIER in *Kabelweiterleitung und Urheberrecht*, Beck, Monaco, 1991.

³²⁷ Neste sentido, CONCEPCIÓN SAIZ GARCIA in *Obras Audiovisuales y Derechos de Autor*, Aranzadi, Navarra, 2002, pp.192.

³²⁸ Cfr. VITTORIO M. DE SANCTIS in *La protezione delle opere dell'ingegno*, Giuffrè Editore, Milano, 2004, pp.334-335.

³²⁹ Vide Lei do Cinema Espanhol n.º 55/2007, de 28 de dezembro, mais concretamente no artigo 4.º alínea e) e g).

³³⁰ Assim sendo, o já referido artigo 4.º da Lei do Cinema Espanhol n.º55/2007, de 28 de dezembro, na sua alínea e), define a “*película para televisão*” como “*A obra audiovisual unitária de ficção, com características criativas similares às das películas cinematográficas, cuja duração seja superior a 60 minutos, tenha um desenlace final e a particularidade de a sua exploração comercial estar destinada à sua emissão ou radiodifusão por operadores de televisão e não inclua, em primeiro lugar, a sua exibição em salas de cinema*”. Já a alínea g) do mesmo artigo define a “*série de televisão*” como “*a obra audiovisual formada por um conjunto de episódios de ficção, animação ou documentário, com ou sem título genérico comum, destinada a ser emitida ou radiodifundida por operadores de televisão de forma sucessiva ou continuada, podendo cada episódio corresponder a uma unidade narrativa ou ter continuação no episódio seguinte*”.

³³¹ Neste sentido, vide ISABEL ESPÍN ALBA in *Las Obras Audiovisuales. Clases, Nacionalidad y Calificación de las Mismas en la Ley del Cine* in *La Ley del Cine y el Derecho de Autor*, Reus, Madrid, 2008, pp.21-51.

vez do seu caráter singular ou plural, que nos parece um tanto ou quanto inócuo, não obstante reconhecermos o detalhe que tal distinção traz às obras televisivas entre si.

A doutrina espanhola, por sua vez, dá-nos uma definição de obra televisiva *sui generis*, dado considerar este tipo de obras de uma forma tecnicista, ignorando o seu conteúdo material, na medida em que as define como “*as que forem difundidas mediante a fórmula de pagamento por visionamento, nas quais o espetador já não é um ser meramente passivo, na medida em que, em cada decisão de seleção de um produto para visualizar exerce, de certo modo, um papel ativo e muito similar, mutatis mutandis, ao daquele que decide contemplar, mediante um pagamento, a obra audiovisual posta à sua disposição na internet*”³³². Não nos parece que esta definição possa servir integralmente os interesses de proteção das obras televisivas no seu âmago, dado que se refere à relação exterior que este tipo de obras tem com os seus espetadores ignorando a sua essência.

O legislador português apenas define alguns subtipos de obras televisivas, nomeadamente, o documentário televisivo, as séries de televisão e os telefilmes. Estas definições aparecem mescladas no mesmo artigo 2.º do Decreto-Lei 227/2006, de 15 de novembro conjuntamente com as definições dos subtipos de obras cinematográficas. Apesar de continuarem misturadas com outras definições de outros subtipos de obras audiovisuais, as definições dos subtipos de obras televisivas foram também recentemente alteradas pelo Decreto-Lei 124/2013, de 30 de agosto e pelo Decreto – Lei 25/2018 de 24 de Abril, introduzindo-se neste diploma, além das alterações às definições já existentes, uma definição de “*Especial de animação para televisão*”. O documentário televisivo aparece definido na alínea f) do artigo 2.º do Decreto-Lei 25//2018, de 24 de abril, como “*obra audiovisual que, contenha uma análise original sobre qualquer aspeto da realidade, envolvendo um trabalho criativo e assumindo um ponto de vista de autor, não se confundindo com programas noticiosos ou de reportagem*”. Esta definição deixa-nos totalmente perplexos e obriga-nos à seguinte indagação: será que alguém tinha dúvidas que os documentários criativos para televisão eram obras audiovisuais, para ser tão

³³² Neste sentido, CARLOS ROGEL VIDE in *Estudios Completos de Propiedad Intelectual, Volume I*”, Reus, Madrid, 2006, referindo-se à definição apresentada pela autora MARI PAZ GARCIA RUBIO.

necessário colocar esta referência na definição? Parece-nos que tal referência seria desnecessária, na medida em que se está a constatar algo que é óbvio e redundante. Este foi um aspeto que foi alterado pelo Decreto – Lei 124/2013 que, de forma meritória, deixou cair a referência à obra como sendo audiovisual mas cujo Decreto – Lei 25/2018 de 24 de abril voltou a introduzir, revelando bem o desnorte do legislador nestas matérias. Esta definição apenas se refere ao seu autor no singular, quando na maioria das vezes ao falarmos de obras audiovisuais deveremos referir-nos aos seus coautores, dado que, independentemente do seu tipo, estas são quase sempre obras plurais. Este foi um aspeto que o DL 124/2013, e o DL 25/2018, mantiveram, pelo que, se conserva a nossa crítica a tal referência singular. Um bom exemplo, deste tipo de obra televisiva, que é o documentário televisivo, são os programas documentais dedicados à vida selvagem, à história e à arqueologia³³³. Olhando para a definição de documentário televisivo, que nos é dada pela alínea e) do artigo 2.º do DL 124/2013, verificamos algumas diferenças, além daquela que já apontamos. Desde logo, na sua epígrafe, à semelhança do que aconteceu com os documentários cinematográficos criativos, também os documentários televisivos criativos passam a ser referidos apenas e só como documentários televisivos. Esta alínea e) do novo Decreto-Lei define os documentários televisivos como *“a obra audiovisual que contenha uma análise original sobre qualquer aspeto da realidade, envolvendo um trabalho criativo e assumindo um ponto de vista de autor, não se confundindo com programas noticiosos ou de reportagem”*. Olhando para esta “nova” definição, temos como aspetos negativos a retirada da redundante referência à obra audiovisual e a referência a “autor” no singular, conforme já referimos anteriormente. A outra alteração ocorre na parte final da definição, na qual se altera a não confundibilidade com outro programa de informação, pela não confundibilidade com outros programas noticiosos ou de reportagem. Esta alteração, apesar de trazer maior detalhe à definição em causa, não nos parece que traga nada de novo à mesma.

³³³ São bons exemplos deste tipo de programas o *“BBC Vida Selvagem,”* que documenta a vida animal, exibido atualmente pela SIC, o programa *“Histórias que o tempo apagou”* do historiador português, entretanto falecido, José Hermano Saraiva, exibido na RTP, em 1994 e o programa brasileiro sobre arqueologia *“Evidências”*, emitido desde 2007 até então, pela Rede Novo Tempo.

A alínea v) do artigo 2.º, do Decreto-Lei 227/2006, de 15 de novembro, apresenta-nos uma boa definição, na sua generalidade, para o subtipo de obras televisivas, séries de televisão. Estas aparecem descritas como *“obras constituídas por um conjunto de episódios de ficção, animação ou documentário, com título genérico comum, destinado a ser difundido de forma sucessiva e continuada podendo cada episódio corresponder a uma unidade narrativa ou remeter para a sua continuação no episódio seguinte até a um limite máximo de 26 episódios”*. A alteração introduzida pelo Decreto-Lei 124/2013 e pelo Decreto – Lei 25/2018, nesta definição, mais concretamente, na alínea t) do seu artigo 2.º, apenas difere da definição primeiramente apresentada no que respeita ao limite máximo de episódios, que passa de 26 episódios, para 26 episódios por temporada ou 1000 minutos no caso de séries de animação, mantendo-se todos os outros elementos da definição. Esta é uma das melhores definições apresentadas pelo legislador, dada a sua precisão e detalhe, ao contrário de todas as outras que analisamos até então. Devemos, porém, fazer aqui um pequeno reparo no que toca a considerar as séries de televisão como um *“conjunto de episódios de animação”*. No que respeita a este aspeto concreto da definição, parece existir por parte do legislador uma interpretação extensiva, porque as obras televisivas de animação podem subdividir-se em dois tipos que são manifestamente distintos das séries de televisão, no que respeita à sua duração e número de episódios, conforme veremos mais à frente. No entanto, percebe-se que o legislador tenha incluído as obras televisivas de animação neste conceito de séries de televisão, iludido pelo fato de o elemento comum existente entre ambas, que é a existência de um título genérico comum.

A alínea x) do artigo 2.º do Decreto-Lei 227/2006, de 15 de novembro, apresenta-nos a definição de telefilme, definindo este como *“uma obra audiovisual de ficção unitária, de duração superior a noventa minutos, destinada a ter uma primeira exploração em televisão”*. Apesar de esta definição ter sido alterada pelo DL 123/2013, de 30 de agosto, e pelo DL 25/2018 de 24 de abril, mais precisamente no artigo 2.º alínea u), aquilo que constatamos é que as diferenças na redação desta definição não são muitas. Mais uma vez, esta definição incorre no erro da definição apresentada para os documentários televisivos, uma vez que era desnecessária a referência a este

subtipo de obra televisiva, ser uma obra audiovisual. Assim sendo, o telefilme passou a ser definido nesta recente alteração legal como “*a obra audiovisual unitária de ficção, de duração igual ou superior a sessenta minutos, destinada a ter uma difusão em televisão*”. Aliás, tal referência à obra audiovisual é nos dois casos, um mero pleonasma. Por isso mesmo, o conceito teria a ganhar ao se trocasse a palavra “... *audiovisual*...”, por “...*televisiva*...”, ou, pelo menos seria mais coerente em termos distintivos e individualizadores. Pela análise desta definição, deparamo-nos com um fato curioso, que se prende com a circunstância de a definição exigir que o telefilme tenha a mesma duração do que as longa metragens cinematográficas, ou seja superior a sessenta minutos. Não se percebe esta exigência legal, na medida em que nada obsta a que um telefilme possa ter uma duração inferior. Aliás, alguns países, como a Itália, definem os telefilmes sem que se atenda à sua duração. Vejamos a definição italiana de telefilme³³⁴: “*filme produzido para a televisão que verse sobre qualquer tema independentemente da sua duração*”. A doutrina italiana vai mesmo mais longe e, em contradição com o legislador português, refere-se ao telefilme como sendo normalmente “*um filme de curta metragem destinado à utilização televisiva*”. No entanto, defende-se que o telefilme tenha um tratamento jurídico diverso das obras cinematográficas, o que entre nós não tem acolhimento, dado que, apesar de os telefilmes serem destinados a serem exibidos em televisão e as curtas e longas metragens em cinema, elas são semelhantes, pelo que não deverá haver diferenciação, em termos de regime legal de tutela, em termos gerais, dado que, tanto umas como outras, são obras audiovisuais, embora de diferentes tipos³³⁵.

Muito embora a legislação não defina os subtipos de obra televisiva, “obra televisiva de animação” e “telenovela”, convém apresentarmos algumas considerações importantes quanto a estas categorias de obras televisivas. Como já havíamos referido quando falamos das obras cinematográficas de animação, o legislador, ao referir, na alínea l), do artigo 2.º, do Decreto – Lei 227/2006, de 15 de novembro, “*obras de animação*”, parece querer

³³⁴ Esta definição aparece prevista no artigo 55.º da Lei cinematográfica italiana (L.D.A.)

³³⁵ Vide VITTORIO M. DE SANCTIS in *La protezione delle opere dell'ingegno*, Giuffrè Editore, Milano, 2004, pp.313-321.

autonomizar estas obras como uma categoria independente³³⁶. Tal não faz muito sentido, dadas estas obras se apresentarem quase sempre como obras cinematográficas de animação ou como obras televisivas de animação. A alteração introduzida pelo Decreto-Lei 124/2013, de 30 de agosto e pelo Decreto – Lei 25/2018 de 24 de abril, trouxe-nos um conceito novo, no seu artigo 2.º alínea g), de “*Especial de animação para televisão*”. Este conceito define este subtipo de obra como sendo a “*obra unitária de animação para televisão com a duração máxima de 26 minutos*”. Contudo, no caso das obras televisivas de animação, elas podem assumir duas formas: ou são obras unitárias, ou são obras plurais. Estamos perante uma obra televisiva de animação unitária quando existe uma “micro curta-metragem” com personagens feitas a partir de desenhos animados, de duração normalmente inferior a dez minutos, que narram uma história ou fábula infantil isolada e cujo enredo não possui, nem permite outros desenvolvimentos. Este tipo de fábula audiovisual infantil tem, geralmente, uma lição de vida ou de moral a ela associada e tem como intuito transmitir valores morais e sentimentos aos seus espetadores, que na sua maioria são crianças³³⁷. O novo conceito que nos foi trazido pelo DL 124/2013, de 30 de agosto e pelo DL 25/2018 de 24 de abril, continua a ser insuficiente nesta matéria. Já as obras televisivas de animação plurais, para as quais o legislador continua a omitir uma definição, contam uma ou várias histórias de um conjunto de personagens criadas por desenhos animados, que se dividem em vários episódios, que são exibidos individualmente. À primeira vista, estes tipos de obras televisivas de animação plurais poderiam assemelhar-se com as séries de televisão, na medida em que ambas apresentam um título genérico comum e se dividem por vários episódios. Contudo, o número de episódios das obras televisivas de animação plurais é, normalmente, superior à das séries de televisão, mas a duração de

³³⁶ Esta autonomização é feita em vários países, como o Reino Unido, onde se considera que as obras de animação são filmes, bem como as imagens e os desenhos individuais que formam o filme também são tuteladas de forma independente. Neste sentido, HILARY PEARSON & CLIFFORD MILLER in *Commercial Exploitation of Intellectual Property*, Blackstone Press Limited, London, 1990, pp.101-106.

³³⁷ Veja-se, como exemplo, a fábula audiovisual “Os três porquinhos” produzida pela Walt Disney em 1933 com a duração aproximada de 8 minutos.

cada um dos seus episódios é manifestamente inferior à das séries de televisão³³⁸.

No que respeita ao subtipo de obras televisivas, telenovelas, entendemos que é necessário distingui-las em face dos demais subtipos de obras televisivas, na medida em que as suas características próprias as distinguem das demais. Podemos dizer que a telenovela *“é uma história de ficção desenvolvida para apresentação na televisão. Ela tem a característica de ser dividida em capítulos, em que o seguinte é a continuação do anterior. O sentido geral da trama é previsto inicialmente, mas o desenlace não.”*³³⁹ Olhando para esta definição, encontramos motivos de sobra para que se individualize a telenovela enquanto obra televisiva. Desde logo, porque a telenovela tem uma dinâmica manifestamente diferente das séries, telefilmes ou obras televisivas de animação, porque ao passo que estas últimas são obras plenamente acabadas quando se inicia a sua exibição, as telenovelas iniciam, pelo menos, a sua primeira exibição, sem que a obra esteja completa, o que permite que durante a exibição os seus autores decidam dar novos rumos ao enredo, ou introduzir novas personagens no mesmo, característica esta que é única das telenovelas. Outro dos elementos que permite autonomizar as telenovelas, enquanto subtipo específico das obras televisivas, prende-se com a sua duração. Em média, uma telenovela tem entre 180 a 300 episódios, o que significa que existirá um enredo contínuo que durará entre seis a dez meses aproximadamente. Além disso, todos os episódios, sem exceção, têm uma continuidade e uma sequência lógica entre si, o que nem sempre acontece com as demais obras televisivas, nomeadamente com as séries de televisão que, em teoria, seria o subtipo de obra televisiva que mais de poderia assemelhar

³³⁸ Conforme já verificamos, as séries de televisão aparecem definidas na alínea v) do n.º 2 do DL 227/2006, de 15 de novembro, como um conjunto de episódios de título genérico comum, que podem ser de ficção, animação, ou documentário para difusão sucessiva e continuada até a um limite de 26 episódios. As obras televisivas de animação plurais excedem, normalmente, este limite máximo de 26 episódios previstos para as séries de televisão e a sua duração é manifestamente mais curta. Veja-se o caso das obras de televisão de animação plurais *“Baby Looney Tunes”* produzida pela Warner Bros., nos Estados Unidos, entre 7 de setembro de 2002 e 20 de abril de 2005, com 53 episódios de sete minutos cada; *“Duck Tales”* ou, em português, *“Patoaventuras”* de autoria de Carl Barks e Jymn Magon, produzido pela Walt Disney, entre 1987 e 1990, nos Estados Unidos, com 100 episódios de 22 minutos cada; e de *“Shaun the sheep”* ou, em português *“A ovelha choné”*, de 5 de março de 2007, série de animação televisiva britânica, de Nick Park, Richard Golezowski, Alison Snowden e David Fine, realizada por Andrew Orenstein, com música de Vic Reeves, produzida por Aardman Animations, com 87 episódios de 7 minutos cada.

³³⁹ Definição apresentada por JOSÉ ROBERTO SADEK in *Telenovela: um olhar do cinema*, Summus, São Paulo, 2008, pp.33, e com a qual nos identificamos plenamente.

com a telenovela. Pelo supra exposto, entendemos que existem razões mais do que suficientes, para considerar a telenovela como um subtipo de obra televisiva, não obstante a nossa legislação ser totalmente omissa quanto à sua classificação, dado que em parte alguma se faz referência às mesmas no Decreto – Lei 227/2006, de 15 de novembro, nem em qualquer outro diploma legal nacional.

Parágrafo II – A Autoria das Obras Audiovisuais Típicas

Desengane-se quem pensa que a obra audiovisual é fruto dos contributos criativos apenas dos seus coautores tradicionais. Hoje em dia verificamos que este tipo de obras são o resultado do trabalho de um conjunto de pessoas muito mais amplo do que aqueles que conhecemos como coautores tradicionais delas. Desde logo, porque proliferam o número de obras baseadas em obras preexistentes. Não podemos ignorar por completo, o contributo dado pelos autores dessas obras, ainda que seja apenas e só, a título de inspiração. Deparamo-nos também com uma intensa problemática relacionada com os autores com contrato de trabalho. Nestes casos, é necessário determinar a titularidade dos direitos gerados pela obra e perceber que influência pode ter um contrato de trabalho na determinação da relação de um determinado coautor com a obra audiovisual, para a qual contribui.

Podemos constatar que a evolução tecnológica tem revolucionado de tal forma as obras audiovisuais que teremos que repensar o papel de alguns dos sujeitos que intervêm na sua criação. Atualmente verificamos que alguns sujeitos que até então seriam meros técnicos auxiliares na realização da obra, não titulares de qualquer direito de autor, hoje em dia vêem alterada a sua posição, devendo esclarecer-se as dúvidas que se adensam sobre se poderão também ser considerados como coautores da obra. Devemos, por isso, analisar qual o papel de cada um dos sujeitos que se relaciona com a obra audiovisual, caracterizando as suas funções, de modo a poder dissipar essas dúvidas e proteger aqueles que, na realidade são os seus coautores, ou que pelo menos *de iure condendo*, deveriam ser reconhecidos. Apesar de o artigo 22.º do CDADC conter uma lista cerrada de quem poderá ser considerado como coautor da obra audiovisual, na qual se contempla apenas o realizador, os autores do argumento, dos diálogos, da banda musical e da adaptação,

existem muitos outros que estão excluídos desta lista. Contudo, tal não significa que esta exclusão desta lista lhes retire a qualidade de coautores da obra, se o contributo que dão para a sua elaboração, os reconhece inevitavelmente como tal. Sendo a obra audiovisual, uma obra em colaboração, a posição destes sujeitos, enquanto coautores está salvaguardada pelo n.º 1 do artigo 17.º do CDADC, não obstante a inexistência de uma diferenciação legal entre aqueles que podem ser considerados como coautores e aqueles que serão apenas técnicos. A redação do n.º 1 do artigo 17.º não poderá ser interpretada de forma literal, será necessário fazer uma interpretação restritiva do mesmo, considerando-se apenas como “colaboradores” os coautores da obra audiovisual. Se não existir uma interpretação restritiva desta norma, tanto são colaboradores os coautores como os técnicos, e não nos parece que o legislador pretendesse atribuir direitos de autor aos técnicos, pelo que deverá olhar-se para a redação desta regra com cautela³⁴⁰.

É necessário clarificar qual a posição que ocupa cada sujeito, tendo em conta o trabalho e o contributo que efetivamente dê para a realização de uma obra audiovisual. Tal clarificação só será possível pela análise prática da sua contribuição e do subtipo de obra audiovisual em causa. Com esta análise poderá identificar-se, se estamos perante um coautor ou perante um técnico de uma obra audiovisual em concreto.

Para que tal proteção dos diferentes sujeitos possa ser realizada, é necessário conjugar diferentes ramos do direito, desde logo os direitos de autor, o direito civil e, eventualmente, o direito do trabalho³⁴¹. Isto porque, dentro dos direitos que a propriedade intelectual gera, temos direitos próprios das pessoas físicas que derivam dos direitos de personalidade, logo, todos estes ramos do direito terão que ser conjugados. Além disso, nos casos em que os coautores realizam obras em virtude da celebração de contratos de prestação de serviços, para um determinado mandante, aqui também o direito civil é chamado a operar juntamente com os direitos de autor. Por sua vez, o direito do trabalho poderá ser chamado à proteção dos autores, nos casos em que as

³⁴⁰ Neste sentido, *vide* CONCEPCIÓN SAIZ GARCÍA in *Obras Audiovisuales y Derechos de Autor*, Aranzadi, Navarra, 2002, pp. 70-72.

³⁴¹ Neste sentido, *vide* ALBERTO ALONSO VALDÉS “Contratación y cesión de derechos de propiedad intelectual e imagen de autores y artistas en las obras y grabaciones audiovisuales” in *La Obra Audiovisual en la Reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*, Aranzadi, Navarra, 2008, pp.165-197.

criações das obras surgem em consequência da existência de contratos de trabalho, bem como dos técnicos.

Independentemente dos critérios ou das opções individuais de cada ordenamento jurídico, na atribuição da qualidade de coautor da obra audiovisual a um determinado sujeito, regra geral, exige-se que os contributos individuais daqueles a quem será reconhecida essa qualidade, tenham um mínimo de criatividade e originalidade para o processo de realização da obra. Pelo que, existe sempre um conjunto mínimo de pessoas para as quais existe uma presunção de coautoria, nomeadamente o realizador e autor do argumento. No entanto, mais do que os coautores que intuitivamente se presumem como tal, existem outros sujeitos que merecem a mesma qualificação, sendo que de modo algum os podemos ignorar. Para a determinação dos sujeitos que deverão ser considerados como coautores temos que atender ao trabalho efetivamente realizado pelos mesmos, bem como ao local no qual esse trabalho é realizado. A questão do local da realização do contributo, irá definir qual o ordenamento jurídico a que está vinculada aquela prestação, e se perante o mesmo o sujeito em causa, poderá ser considerado como coautor da obra ou não. Pelo que um sujeito poderá ser considerado como coautor de uma obra audiovisual num determinado ordenamento jurídico, mas noutro não, daí que o local onde se desenvolve o trabalho ser determinante para a avaliação da atribuição de coautoria de uma determinada obra audiovisual³⁴².

Olhando para os diplomas internacionais, nomeadamente a Convenção de Berna, os mesmos dão total liberdade aos estados signatários para determinarem quem poderá ser considerado como coautor da obra. No entanto a redação do texto da Convenção de Berna, não é muito feliz na sua concretização. Apesar de a alínea a) do n.º2 do artigo 14º – bis estabelecer que *“A determinação dos titulares dos direitos de autor sobre a obra cinematográfica fica reservada ao país em que a proteção é reclamada”*, a alínea b) do mesmo número deste artigo tem uma redação impercetível e indecifrável neste âmbito, na medida em que este determina o seguinte: *“Todavia, nos países da União em que a legislação reconhece entre esses*

³⁴² Neste sentido, CATHERINE COLSTON in *Principles of Intellectual Property Law*, Cavendish Publishing Limited, London, 1999, “Chapter 8”.

titulares os autores das contribuições prestadas à realização da obra cinematográfica, estes, se se comprometeram a prestar tais contribuições, não poderão, salvo estipulação em contrário ou particular, opor-se à reprodução, entrada em circulação, representação e execução públicas, transmissão por fio ao público, radiodifusão, comunicação ao público, legendagem e dobragem dos textos da obra cinematográfica.” Uma coisa é certa, apesar de a Convenção de Berna só se referir ao subtipo obras cinematográficas, pelos motivos que já referimos no nosso trabalho, estas disposições terão necessariamente que aplicar-se a toda e qualquer obra audiovisual. No fundo a alínea a) do n.º 2, dá total liberdade aos estados signatários da Convenção para determinar quem são os coautores da obra, mas por outro lado, a alínea b) do mesmo número refere “*o reconhecimento entre esses titulares dos autores das contribuições prestadas para a realização da obra*”. Esta formulação prevista na alínea b) só poderá ser interpretada se pensarmos que a mesma está formulada para os países de tradição anglossaxónica que consideram a obra audiovisual como obra coletiva e por esta via atribuem também direitos de autor ao produtor da obra. Assim, percebe-se que exista a necessidade de se diferenciar na alínea b) os autores das contribuições prestadas para a realização da obra, do seu produtor³⁴³. Ao olharmos para a interpretação deste artigo da Convenção de Berna, verificamos que, de fato, foi intenção do legislador internacional, dar total liberdade aos países para que decidissem quem consideram ser os coautores das obras audiovisuais, sem que fossem influenciados por uma ou outra posição doutrinária. Já a Diretiva Comunitária 2006/115/CE³⁴⁴ nas definições que apresenta no seu artigo 2.º, mais concretamente no seu n.º 2, impõe aos estados membros que pelo menos o realizador principal da obra, deverá ser considerado como coautor, determinando objetivamente que “*É considerado autor ou um dos coautores o realizador principal de uma obra cinematográfica ou audiovisual. Os estados-membros podem prever que outras*

³⁴³ Não obstante a nossa posição ser contrária à consideração da obra audiovisual como obra coletiva, na medida em que seguindo a corrente tradicional dos países do continente da Europa e dos países latinos, consideramos que a obra audiovisual é uma obra em colaboração; entendemos a necessidade de este texto legal internacional com estados signatários que defendem uma e outra posição de prever todas as possibilidades de modo a que os direitos de autor sejam salvaguardados de forma eficaz, independentemente das opções doutrinárias de qualificação de cada estado.

³⁴⁴A Diretiva Comunitária 2006/115/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006, refere-se aos direitos de aluguer, ao direito de comodato e certos direitos conexos ao direito de autor em matéria de propriedade intelectual.

peças sejam consideradas coautores.”. Apesar desta imposição legal, a mesma não se revela impositiva na medida em que é pacífica e unânime, a consideração do realizador como coautor das obras audiovisuais. A Diretiva dá aos Estados Membros total liberdade para a determinação daqueles que pretendem que sejam considerados como os restantes coautores da obra. De forma mais arduosa, a Diretiva Comunitária 93/98/CEE³⁴⁵, entretanto já revogada pela Diretiva 2006/116/CE de 12 de dezembro³⁴⁶, instrui e influencia os estados membros quanto à determinação de quem deverá ser considerado como coautor. Isto porque, apesar de o art.º 2.º n.º1 determinar, de igual forma que: *“O realizador principal de uma obra cinematográfica ou audiovisual será considerado autor ou coautor. Os Estados-membros terão a faculdade de designar outros coautores.”*, o n.º 2 do mesmo artigo refere que *“O prazo de proteção de uma obra cinematográfica ou audiovisual expira setenta anos após a morte do último dos seguintes sobreviventes, quer sejam ou não considerados coautores*³⁴⁷: *o realizador principal, o autor do argumento cinematográfico, o autor do diálogo e o compositor de música especificamente criada para utilização em obras cinematográficas ou audiovisuais.*”. Ou seja, independentemente de quem os Estados-Membros considerem como coautores, o prazo de proteção da obra audiovisual termina 70 anos após a morte de qualquer um daqueles sujeitos. Ao obrigar os legisladores nacionais a tomar como ponto de partida este conjunto de sujeitos, esta diretiva, de forma subtil, influencia negativamente e condiciona as escolhas e posições das legislações nacionais sobre quem deverá ser considerado como coautor. No fundo, a liberdade que é dada aos Estados Membros para determinar quem consideram ser os coautores da obra é meramente ilusória. Isto porque, ao condicionar a proteção da obra à morte de qualquer um destes sujeitos, deixando de fora outros que poderão ser também considerados como coautores da obra, caso os países alarguem esta lista de coautores, existirá uma disparidade entre eles, já que poderemos ter coautores cuja morte não terá qualquer influência no prazo de proteção da obra audiovisual da qual também é autor, o que é totalmente discricionário, arbitrário e injusto. É como

³⁴⁵ A Diretiva Comunitária 93/98/CEE do Conselho, de 29 de outubro de 1993, já revogada, tratava da harmonização do prazo de proteção dos direitos de autor e de certos direitos conexos.

³⁴⁶ Relativa ao prazo de proteção do direito de autor e de certos direitos conexos.

³⁴⁷ Sublinhado nosso.

se a diretiva comunitária considerasse poderem existir autores de diferentes categorias ou importância. Não aceitamos que existam coautores de primeira e de segunda categoria, dado que esta qualidade, uma vez atribuída, deverá ser igual para todos os que assim são considerados. Se a diretiva comunitária pretendesse dar uma verdadeira liberdade de escolha aos Estados-Membros, o n.º 2 do artigo 2.º da referida diretiva deveria ter a seguinte redação: “O prazo de proteção de uma obra cinematográfica ou audiovisual expira setenta anos após a morte do último dos sobreviventes daqueles que forem considerados como coautores pelas legislações nacionais”. Pelo que a redação original da diretiva espelha uma posição censurável por parte do legislador da UE, relativamente à escolha daqueles que podem ser considerados como coautores da obra audiovisual³⁴⁸.

No plano das legislações nacionais, verificamos opções muito díspares, na medida em que alguns países em que Portugal se inclui, como Espanha, França, Itália, Inglaterra, Irlanda e Bélgica, optam por ter “*listas cerradas*” de coautores. Estes países além de demonstrarem a influência da diretiva 2006/116/CE, entendem existir a necessidade de determinação dos coautores de forma concreta por questões de segurança e certeza jurídicas e para que se evitem os conflitos provocados pela identificação de tais sujeitos. Apesar de entendermos os motivos apresentados, consideramos que este sistema tem uma desvantagem na medida em que impede outros sujeitos de serem considerados como coautores da obra, mesmo que tenham mérito e legitimidade para serem assim considerados³⁴⁹. Parece, pois, que os países que optam pela elaboração de uma “*lista*” de coautores teriam muito a ganhar se fizessem uma enumeração meramente exemplificativa de quem pode ser considerado coautor e, em seguida, definissem de forma genérica os requisitos que qualquer pessoa teria que reunir para ser assim considerado. Tal estruturação legal não vedaria a possibilidade a quem quer que fosse de ser considerado como coautor, pelo que estaríamos perante um sistema que

³⁴⁸ Neste sentido, NAZARETH PÉREZ DE CASTRO in *Las Obras Audiovisuales. Panorámica Jurídica*, Reus, Madrid, 2001, pp. 45-60.

³⁴⁹ Cfr. ALBERTO VALDÉS ALONSO “Contratación y cesión de derechos de propiedad intelectual e imagen de autores y artistas en las obras y grabaciones audiovisuales” in *La Obra Audiovisual en la Reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*, Aranzadi, Navarra, 2008, pp.165-197.

potenciaria uma “*lista aberta*” de coautores³⁵⁰. Ainda assim, dentro dos países que indicam concretamente um conjunto mínimo de sujeitos que poderão ser considerados como coautores, existem os países que admitem a possibilidade de os contributos de cada um dos coautores poder ser separável, muito embora todos os contributos continuem a ser interdependentes, como é o caso de Portugal, Espanha, França e Bélgica. No entanto existem outros países que entendem que os contributos individuais, daquele conjunto de coautores, expressamente identificados por lei, são inseparáveis, como acontece em Inglaterra, na Irlanda e em Itália.

Outros países, como a Dinamarca, a Alemanha, Finlândia, Suécia e Holanda, optam por um sistema de determinação de autoria aberto, não referindo concretamente quem consideram como coautores da obra audiovisual. Provavelmente, os países que optam por este sistema aberto pretendem não se comprometer na atribuição da autoria a um conjunto de sujeitos que de hoje para amanhã poderá estar obsoleto, na medida em que a evolução tecnológica permite que a lista de coautores se possa ampliar constantemente. No entanto, a não identificação de qualquer sujeito poderá criar falsas presunções de autoria e um leque de conflitos muito vasto. Nestes ordenamentos jurídicos realiza-se uma análise casuística individual, consoante as regras próprias de coautoria de cada um deles, para considerar uma pessoa como coautora de uma obra audiovisual³⁵¹.

Olhando para a legislação nacional, verificamos que o nosso legislador optou pelo estabelecimento de uma lista cerrada³⁵², nos termos do previsto nos artigos 22.º e 34.º do CDADC. Assim sendo, o nosso ordenamento jurídico considera como coautor da obra audiovisual: o realizador, o autor do argumento e dos diálogos, o da banda musical e os autores das adaptações.

³⁵⁰ Neste sentido *vide* MARIA VICTORIA MAYOR DEL HOYO in *El Derecho de Autor sobre las Obras Cinematográficas en el Derecho Español*, Madrid, Colex, 2002, pp. 112-137.

³⁵¹ Se olharmos para a lei de direitos de autor alemã, mais concretamente para os artigos 7.º e 8.º da Lei de 9 de setembro 1965 (BGB1.IS1273) alterada pela Lei de 15 de dezembro de 2015, (BGB1.IS.842) verificamos que o seu artigo 7.º determina que “*O autor da obra é a pessoa que a cria*” acrescentando o artigo 8.º que “*Se várias pessoas criam uma obra em conjunto e os seus contributos são inseparáveis, elas deverão ser consideradas as coautoras da obra*”. Ora, esta condição de os contributos serem inseparáveis, só permitirá a um grupo restrito de pessoas a reivindicação da qualidade de coautor da obra audiovisual, nomeadamente o diretor, o diretor de fotografia e o editor.

³⁵² Não obstante admitir a separabilidade dos contributos individuais nos termos do artigo 135.º do CDADC.

Esta “lista” de coautores é semelhante à de outros países como Espanha³⁵³, França e Itália, os quais consideram como coautores, os mesmos sujeitos que o nosso ordenamento. Existem, contudo, algumas diferenças, nomeadamente no ordenamento jurídico francês, no qual se distingue o autor da música com ou sem palavras e se considera também como coautor os autores das obras preexistentes. Relativamente ao ordenamento jurídico espanhol, a diferença passa pelos autores das composições musicais, nas quais o legislador espanhol separa também as composições musicais com ou sem letra e fala explicitamente em música criada especialmente para a obra. No entanto, o ordenamento jurídico espanhol em 2007, aquando da entrada em vigor da lei do cinema³⁵⁴, demonstrando uma clara evolução em função das mudanças que as obras audiovisuais atuais potenciam, mostra-se aberto a um aumento desta “lista”, sendo que no seu artigo 4.º considera também como pessoal criativo da obra audiovisual “*O chefe de montagem, o diretor artístico, o chefe do som, o figurinista e o chefe da caracterização*”. Apesar de aplaudirmos esta abertura para a ampliação da lista de quem poderá ser considerado como coautor da obra audiovisual, parece-nos que, nem sempre, estes “novos” coautores, poderão ser assim considerados³⁵⁵. No entanto, existe aqui uma chamada de atenção que não podemos deixar de fazer. O artigo 4.º alínea j) não é claro quanto à efetiva qualificação destes novos sujeitos como coautores, até porque o texto da norma fala em “pessoal criativo”. Adensa-se a dúvida, se o legislador, aqui se queria referir a outros sujeitos que apesar de criadores não são coautores, ou se pretende atribuir a estes “novos” sujeitos efetivamente a qualidade de coautores da obra. A dúvida impera até mesmo porque se refere também na mesma alínea, os atores e outros artistas que participem na obra que não são titulares de direitos de autor, mas apenas de direitos conexos. A generalidade da doutrina espanhola que defende a existência de uma lista aberta³⁵⁶, entende que a intenção do legislador era atribuir também a estes sujeitos a qualidade de coautor. Temos dúvidas quanto a esta opção, até mesmo porque nem sempre o contributo destes “novos” sujeitos poderá reunir

³⁵³ Vide RODRIGO BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO in *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 3.ª Edição, 2006, pp.209-211.

³⁵⁴ Ley 55/2007, de 28 de diciembre.

³⁵⁵ Neste sentido, CARLOS ROGEL VIDE in *Estudios Completos de Propiedad Intelectual, Volume III*, Reus, Madrid, 2009.

³⁵⁶ Como é o caso, por exemplo, de NAZARETH PEREZ DE CASTRO e CARLOS ROGEL VIDE, entre outros.

as características suficientes para que se possa atribuir ao seu criador a qualidade de coautor da obra audiovisual³⁵⁷. Se a intenção desta norma era considerar estes sujeitos como coautores, deveria referir que estes seriam considerados como coautores da obra audiovisual, se a importância do seu contributo assim o justificasse, sob pena de a lista se tornar demasiadamente ampla e permitir confusões entre contribuições de carácter técnico com contribuições de autoria.

Já o ordenamento jurídico italiano, na sua lista de coautores, em vez de falar em autor do argumento e dos diálogos, prefere falar em autor do “tema” e em autor do guião.

Os países defensores de uma “lista cerrada” de coautores, nos quais nos incluímos, além de terem sido influenciados fortemente pela Diretiva 2006/116/CE, demonstram claramente uma grande rigidez concetual, na medida em que as listas de coautores apresentadas revelam claramente que os legisladores nacionais tiveram como base para as realizarem, apenas e só as ditas obras audiovisuais tradicionais nas quais se incluem as obras cinematográficas e as obras televisivas, ignorando por completo as demais obras audiovisuais e os seus coautores. Assim sendo, como já referimos, o problema só poderia ser solucionado se, num regime legal criado, *ex novo*, estas listas fossem meramente exemplificativas e além delas se estabelecessem de forma genérica os requisitos que qualquer pessoa teria que reunir para poder ser também considerado como coautor. Esta posição permitiria abertura suficiente para que todo e qualquer coautor de todos os tipos de obras audiovisuais, sem exceção, pudessem ser considerados como coautores. O que seria mais equitativo, ajustado e eliminava as disparidades de tratamento entre as diferentes obras audiovisuais³⁵⁸.

No caso da Inglaterra e da Irlanda, países de tradição anglossaxónica, fiéis seguidores do *copyright*, a “lista” dos coautores é bem diferente da dos países do sistema continental, na medida em que estes países consideram como

³⁵⁷ Neste sentido, *vide* EDUARDO SERRANO GOMÉZ in *Los Autores. Los Creadores. Otros Intervinientes in La Ley del Cine y el Derecho de Autor*, Reus, Madrid, 2008, pp.53-78.

³⁵⁸ Cfr. NAZARETH PÉREZ DE CASTRO in *Las Obras Audiovisuales. Panorámica Jurídica*, Reus, Madrid, 2001, pp. 45-60.

coautores, o realizador principal e o produtor, sendo que este último nunca terá tal qualidade nos países do sistema continental tradicional.

Dado existirem amplas diferenças de ordenamento para ordenamento, convém analisarmos concretamente o papel de cada um dos sujeitos envolvidos na realização da obra audiovisual, a fim de percebermos de forma objetiva, e de acordo com o papel e as funções que cabem a cada um deles, se os mesmos poderão ou não, ser considerados como coautores da obra.

Aquilo que verificamos atualmente é que existe uma tendência generalizada por parte da sociedade para, no âmbito das obras audiovisuais, valorizar exacerbadamente os contributos daqueles que são considerados como coautores da obra audiovisual e menosprezar os contributos dos técnicos audiovisuais. Ora, não existe nada mais errado. Aliás, apesar de os contributos de autores e técnicos serem diferenciados, dadas as distintas funções desempenhadas por uns e por outros, isso não significa que seja possível considerar o papel dos técnicos como dispensável ou facilmente substituível, na medida em que os seus contributos são tão essenciais como os dos coautores, para a obtenção do produto final que será a obra na sua plenitude. Assim o papel dos coautores e dos técnicos deverá ser colocado numa posição paritária, não obstante os direitos de autor que poderão ser atribuídos apenas aos coautores. Tal deverá ser assim, na medida em que os coautores, através do uso da sua razão, concretizam as suas ideias num contributo criativo e original que irá ser parte integrante da obra audiovisual final e os técnicos, após os coautores reunirem todos os seus contributos individuais para a formação da obra audiovisual, auxiliam os coautores a realizarem empiricamente a mesma. Pelo que o mérito não é único e exclusivo dos coautores, estes nunca conseguiriam obter o resultado final da obra audiovisual sozinhos sem o trabalho dos técnicos. Os coautores não têm capacidade para por si só montarem os cenários, tratarem do som e da luz, caracterizarem as personagens, tanto em termos de maquilhagem como em guarda-roupa, garantirem a logística necessária para que todos os profissionais possam trabalhar com o mínimo de conforto, pelo que necessitam dos técnicos para fazerem esse trabalho tão essencial á obra audiovisual e sem o qual a mesma não se realizaria. A importância do trabalho tanto dos coautores, como dos técnicos das obras audiovisuais materializa-se no fato de os seus contributos

darem à obra uma personalidade e um carácter único que lhes permite individualizarem-se das demais obras audiovisuais³⁵⁹. Na maioria das obras de propriedade intelectual, saber quem é o autor das mesmas é fácil, na medida em que se reconhece que o autor deste tipo de obras é o sujeito que as cria.

Devemos, contudo, ter em atenção que ainda que um sujeito não reúna condições para ser considerado como coautor da obra audiovisual, apesar de este ter dado o seu contributo para a realização da mesma, ele será sempre autor da obra que realizou, dentro da sua categoria. Por exemplo, um caracterizador, apesar de ser considerado, regra geral, como um técnico audiovisual sem que lhe seja atribuída a qualidade de coautor da obra, será sempre autor da sua obra de arte individual. Assim nada obsta, que o mesmo, venda a caracterização de uma determinada personagem a um terceiro, desde que com isso não prejudique a obra audiovisual³⁶⁰.

Porém, no âmbito das obras em colaboração, onde se encaixa a obra audiovisual, a determinação entre quem poderá ser considerado como coautor e como técnico audiovisual, não é evidente, dado que entre os contributos criativos que fazem parte da obra estão os contributos dos coautores e dos técnicos da obra audiovisual que, muitas vezes poderão confundir-se entre si, sendo que a delimitação dos mesmos, deverá ser feita, caso a caso, e nem sempre é fácil de se fazer³⁶¹.

Ao contrário de outras legislações o nosso CDADC não tem uma definição de autor da obra audiovisual. No entanto podemos definir como autor da obra audiovisual “a pessoa física que desenvolva uma atividade intelectual criativa relevante que contribua para a criação intelectual original da obra”³⁶². No fundo, regra geral, o que define quem poderá ser considerado como coautor da obra é “a existência de um ato de vontade ou da voluntariedade de um ato de criação”³⁶³.

³⁵⁹ Neste sentido, vide EDUARDO SERRANO GÓMEZ in *Los Autores. Los Creadores. Otros Intervinientes in La Ley del Cine y el Derecho de Autor*, Reus, Madrid, 2008, pp.53-78.

³⁶⁰ Esses tipos de vendas, são feitas, normalmente, a fans, colecionadores ou a museus.

³⁶¹ Cfr. DAVID I. BAINBRIDGE in *Intellectual Property*, Seventh Edition, Pearson Longman, Essex, 2009, pp. 83-136.

³⁶² Esta definição por nós apresentada, tem por base a conjugação das definições já apresentadas pelo legislador espanhol e francês nomeadamente no artigo 3.º da ley espanhola de 1966 e o artigo 113-7 do Code de la Propriété Intellectuelle de 1992.

³⁶³ Vide VITTORIO M. DE SANCTIS in *I soggetti del diritto d'autore*, Seconda edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2005, cit. pp.20.

Deverá delimitar-se claramente a estrema que separa os coautores dos técnicos audiovisuais. O contributo dos coautores é um contributo que implica eminentemente a utilização das suas capacidades intelectuais, enquanto que as tarefas realizadas pelos técnicos implicam um trabalho mais físico/técnico. Depois, teremos que olhar para a imprescindibilidade das contribuições, sendo certo que a essência da obra audiovisual não existe sem o contributo dos coautores, mas poderá existir ainda que num plano teórico sem o trabalho realizado pelos técnicos. Desta feita, verificamos que enquanto que substituir um coautor poderá ser uma árdua tarefa, dado que os seus contributos são altamente especializados, substituir-se-á mais facilmente um técnico. Tal acontece porque o coautor tem uma autonomia e dá uma contribuição criativa única para a concretização da obra, que não lhe permite encontrar-se subjugado aos demais coautores, não obstante a possibilidade de todos trocarem ideias e opiniões acerca dos diferentes contributos e sua articulação, enquanto que os técnicos seguem as ordens e as instruções do diretor/realizador, sem que possam dar à obra audiovisual, um cunho de personalidade independente, próprio apenas dos coautores. Outra das formas de distinguir os coautores dos técnicos da obra audiovisual será através dos direitos morais e patrimoniais que a obra gera apenas para quem pode ser considerado como coautor da obra *ab initio*, na medida em que existem para estes sujeitos desde que a obra audiovisual nasce.

Deste modo, no regime jurídico que deverá ser criado de raiz, para todas as obras audiovisuais, deverá distinguir-se os coautores, dos técnicos da obra audiovisual, considerando-se os contributos dos coautores como imprescindíveis, altamente especializados e dotados de uma autonomia criativa única, que gera direitos morais e patrimoniais para os seus sujeitos, enquanto, que o trabalho realizado pelos técnicos não é essencial, dada a sua possibilidade de substituição ou eliminação, segue ordens e instruções dos coautores e gera para os seus sujeitos somente uma remuneração.

O autor do argumento do guião, dos diálogos e da adaptação

Estes sujeitos tanto poderão ser pessoas diferentes, como no caso do argumento que serve de base ao guião e dos diálogos, o autor de ambos pode ser o mesmo. Convém analisarmos os diferentes sujeitos e situações para

conseguirmos determinar se os autores do argumento, dos diálogos e da adaptação, podem ou não ser considerados como coautores da obra audiovisual.

Começemos pelo autor do argumento. O argumento é a essência da obra audiovisual, na medida em que é o fio condutor do enredo que será ouvido e visualizado, aquando do término da obra. O argumento é a explicação escrita do enredo que se desenrolará ao longo da obra audiovisual. O argumento vai descrever a narrativa completa daquela história, onde se refere quem são as suas personagens, as suas ideologias e anseios, qual o ambiente sócio - cultural em que se desenvolve a trama, e todos os elementos relevantes para a concretização da história.

O ordenamento jurídico italiano, entende que o argumento é a parte literária que desenvolve a “ideia base” do enredo de forma criativa e completa. Este ordenamento entende que posteriormente essa parte literária irá ganhar forma no guião, dando-se particular importância ao autor do guião. Para este ordenamento, no fundo o autor do guião é aquele que irá “adaptar” o argumento para que este se possa transformar na obra audiovisual³⁶⁴. Não atribuímos essa importância ao guião, na medida em que o consideramos como um mero instrumento de trabalho.

O argumento, conforme o consideramos, vai permitir que o guião, que consiste na descrição pormenorizada da obra, na qual se insere o argumento, os diálogos, os comentários que o diretor/realizador achar convenientes, modos de interpretação pretendidos para as personagens e qualquer outro elemento que possa contribuir para um melhor desenvolvimento da obra. No fundo, o guião será o objeto que reunirá contribuições dos diferentes coautores, e que servirá de guia para todos os intervenientes na obra, de modo a que esta se possa articular sem dificuldades acrescidas e de acordo com o que é pretendido por todos os coautores sem exceção. Este é assim o plano que transformará a obra literária materializada no argumento em obra audiovisual. Na generalidade das obras audiovisuais atuais o guião é elaborado pelo diretor/realizador, pelo que a figura do “guionista” não é muito explorada pela doutrina. O guião, pelas suas características, surge na obra audiovisual como

³⁶⁴ Neste sentido, VITTORIO M. DE SANCTIS in *La protezione delle opere dell'ingegno*, Giuffrè Editore, Milano, 2004, pp.275-297.

um instrumento de trabalho (“o esqueleto da obra”) à disposição de todos os intervenientes da obra, de modo a que todos eles possam ter presente aquilo que é pretendido como obra audiovisual final.

O argumento será a base de trabalho sólida da obra audiovisual. Como tal, o autor do argumento terá necessariamente que ser considerado como coautor da obra audiovisual, na medida em que o seu contributo é vital para a existência da mesma. Sem argumento não há obra. Mas existem casos em que o argumento não é escrito por quem quer que seja, estamos a falar de casos em que o argumento é obtido de uma história real. Nesta situação não existe uma pessoa física que tenha contribuído para a obra audiovisual mediante o seu esforço intelectual, logo não nos parece que nesta situação alguém possa reclamar para si mesmo, direitos de autor relativos à coautoria da obra em virtude do argumento. Diferente será o caso em que o argumento é baseado em fatos reais, nos quais se modificam alguns elementos, de modo a que o argumento fique mais atrativo. Aqui, entendemos que existe um real contributo por parte do autor do argumento que embora se baseie em factos reais, não é alheio ao processo criativo intelectual, que será necessário realizar para a finalização do argumento³⁶⁵.

Normalmente o argumento é escrito no âmbito de uma concertação de esforços entre vários coautores que têm como projeto a elaboração da obra audiovisual final. Contudo, poderão existir situações em que o argumento preexiste à obra, nomeadamente sob a forma de obra literária. Nestes casos, a obra audiovisual, poderá ser encarada como uma obra derivada desta obra preexistente. Neste caso, teremos que analisar se o argumento existe enquanto argumento para uma obra futura, ou se existe sob a forma de obra literária, dado tratarem-se de situações distintas. No caso de o argumento preexistir enquanto argumento, a qualidade de coautor da obra audiovisual, pertence ao autor do mesmo, mas se este preexistir sob a forma de obra literária, será coautor da obra audiovisual, o autor da adaptação da obra literária para argumento daquela obra audiovisual. Deverá ainda referir-se que caso um coautor elabore o argumento para uma determinada obra, não obstante os ajustes que o argumento sofra no guião ou que o diretor/realizador entenda como necessários, o mesmo deverá ser

³⁶⁵ Neste sentido, MARIA VICTORIA MAYOR DEL HOYO in *El Derecho de Autor sobre las Obras Cinematográficas en el Derecho Español*, Madrid, Colex, 2002, pp. 112-137.

considerado como coautor da obra audiovisual. Pelo que não será válida a justificação de que o argumento foi modificado, para negar ao seu autor a qualidade de coautor da obra audiovisual.

Por outro lado, verificamos que, por vezes, existe uma tendência, generalizada, para se pensar que o autor do argumento é necessariamente o autor dos diálogos. Porém tal associação nem sempre é verdadeira. Um argumento pode existir sobre a forma de narrativa e existir necessidade de se criarem os diálogos que espelham o enredo contido no texto narrativo. Existem casos em que o autor do argumento elabora ele mesmo esses diálogos, mas muitas vezes é um terceiro que o irá fazer. Nesse caso, o autor dos diálogos também deverá ser considerado como coautor da obra audiovisual, na medida em que este irá “dar voz” aos intérpretes das personagens que as construirão com base nesses diálogos. Daí ser inegável a importância deste contributo para a obra. A importância dos diálogos na obra audiovisual, justifica-se porque as palavras neles contidos e que vão ser inseridas na obra, não são um simples elemento adicionado à obra, a sua inserção faz com que os diálogos pela sua importância sejam parte essencial da mesma.

Podemos colocar uma questão pertinente nesta matéria: será que o autor dos diálogos deverá ser considerado coautor da obra audiovisual se o argumento estiver escrito de tal forma detalhada quanto às “falas” das personagens, que o seu trabalho pouco mais seja do que proceder a uma mera alteração linguística? O facto de a generalidade dos legisladores considerar o autor dos diálogos como coautor permite-nos concluir que esta é uma questão que passa despercebida neste âmbito. Porém, entendemos que nos casos em que o autor dos diálogos se limita a realizar uma mera “transcrição” técnica, não poderá ser considerado coautor da obra. No fundo, nesses casos, deverá ser considerado como autor dos diálogos, o autor do argumento, ainda que um terceiro proceda a essa mera alteração linguística.

No que respeita aos autores da adaptação, falamos já da adaptação de obras literárias para obras audiovisuais. No entanto, existirão situações em que as adaptações serão feitas de obras de outros géneros ou até mesmo de obras audiovisuais anteriores. Nestes casos o autor das adaptações deverá também ser considerado como coautor, na medida em que é a sua adaptação da obra preexistente que servirá de guião para a realização da obra audiovisual nova.

Pelo que nunca terão essa qualidade os autores das obras anteriores preexistentes, por se tratarem de obras distintas e individualizadas.

O diretor – realizador

Falar em diretor ou em realizador, significa exatamente a mesma coisa. Contudo, referimos ambos os termos por verificarmos que em relação a alguns tipos de obras audiovisuais este sujeito é apelidado de diretor, enquanto que noutras ele é chamado de realizador³⁶⁶.

Este é o único coautor das obras audiovisuais, que vê a sua qualidade enquanto tal, ser imposta e reconhecida por um diploma legal, mais concretamente pelo artigo 2.º n.º2 da Diretiva Comunitária 2006/115/CE. Tal acontece, por ser pacífico o seu reconhecimento como coautor, dado que facilmente se apreende que não é possível elaborar uma obra desta natureza sem um sujeito que coordene todos os elementos entre si, nomeadamente, o argumento, os diálogos, a parte cénica da obra, o desempenho dos intérpretes e o trabalho dos técnicos. O trabalho do diretor - realizador, consiste assim em conjugar contribuições alheias de outros coautores, utilizando a sua criatividade no trabalho intelectual que desenvolve para realizar tal tarefa. No entanto, apesar de este ser o sujeito que mais consenso reúne, quanto à sua qualificação enquanto coautor, poderão existir alguns casos raros em que o seu contributo para a obra final é tão insignificante que o realizador não poderá ser considerado como tal. Por isso mesmo deverá entender-se a regra prevista na diretiva como uma presunção refutável, para atender a essas situações em que o trabalho do diretor/realizador tem uma expressão residual³⁶⁷.

A figura do diretor/realizador perante a obra audiovisual é uma figura unificadora e ampla, na medida em que o seu trabalho criativo se encontra plasmado ao longo de todo o processo de criação da obra audiovisual final, o que lhe permite ter, regra geral, um papel de destaque na mesma. Esse destaque é fruto de existir a sua marca em todas as fases do processo criativo

³⁶⁶ Normalmente o termo “diretor” aparece associado às obras cinematográficas e “realizador” às obras televisivas. Não obstante, as obras audiovisuais serem muito mais abrangentes e irem para lá destes dois subtipos, parece-nos que sendo estas as suas principais manifestações, não é despropositada a alusão a este coautor da obra audiovisual ser feita como “diretor/realizador”.

³⁶⁷ Tal poderá acontecer por exemplo na realização de alguns videoclips em que os autores da música e do argumento trabalham de tal forma entrosados, que o papel do diretor/realizador é praticamente insignificante. Neste sentido vide PASCAL KAMINA in *Film Copyright in the European Union*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp. 144 ss.

da obra, característica essa que não é comum a todos os coautores. Enquanto que o autor do argumento cria o argumento e o seu contributo encontra-se realizado plenamente, o diretor/realizador partilha as suas ideias com o autor do argumento, discute o argumento com o diretor fotográfico e com o autor dos diálogos, coordena a equipa técnica associada à realização da obra e ainda acorda com o diretor artístico os papéis que caberão a cada personagem e o que é esperado dos seus intérpretes, em diferentes ocasiões. Selecionando os intérpretes e os técnicos que farão parte da equipa de realização, assiste à seleção das músicas e sons para inserir naquela obra em concreto, colaborando ainda com os técnicos de montagem. Normalmente é também ao diretor/realizador que cabe “estabilizar a obra”, na medida em que lhe compete a determinação de qual será a versão definitiva da obra. O seu trabalho é totalmente transversal à totalidade da obra, daí que regra geral, dificilmente se discuta a atribuição ao mesmo, da qualidade de coautor da obra audiovisual. O seu contributo é por isso mesmo altamente decisivo no resultado final da obra, dado que intervém em todos os meandros da obra³⁶⁸. No entanto, é impossível separar o seu contributo da obra final, dada a multiplicidade de funções que o mesmo desempenha. O seu contributo não poderá ser explorado separadamente da obra audiovisual. Deste modo, deve ter-se em conta esse elemento aquando da determinação da remuneração dos direitos do diretor/realizador, que deverá ser proporcional ao seu trabalho e ao fato de este ser totalmente indissociável da obra audiovisual final³⁶⁹.

Os autores das músicas integrantes da obra audiovisual

Os autores das músicas que integram as obras audiovisuais têm toda a legitimidade para serem considerados como coautores da obra audiovisual, na medida em que estes são parte integrante desta, e são essenciais para o modo como a obra audiovisual irá ser percebida e interpretada pelo seu público.

Relativamente aos autores das músicas das obras audiovisuais, no nosso ordenamento jurídico, o artigo 22.º e o artigo 34.º do CDADC criam-nos uma dúvida de relevo, na medida em que o artigo 22.º no seu n.º1 alínea b) refere

³⁶⁸Neste sentido, vide MICHEL VIVANT & JEAN-MICHEL BRUGUIÈRE in *Droit d'auteur*, Dalloz, 1.ª edição, Paris, 2009, pp.228-281, pp.240-243.

³⁶⁹Vide MARIA VICTORIA MAYOR DEL HOYO in *El Derecho de Autor sobre las Obras Cinematograficas en el Derecho Español*, Madrid, Colex, 2002, pp.112-137.

apenas o “*autor da banda musical*”, no entanto o artigo 34.º na sua alínea d) fala no “*autor das composições musicais especialmente criadas para a obra*”, pelo que podemos questionar se o nosso legislador aceita como coautor da obra audiovisual, todo e qualquer autor de uma obra musical ou, se, por outro lado, apenas pretende atribuir essa categoria aos autores das composições musicais especialmente criadas para a obra audiovisual. Esta não é uma questão pacífica. A maioria da nossa doutrina entende que só os autores das músicas especialmente criadas para este tipo de obras poderão ser considerados como coautores, mas não é essa a nossa posição. Entendemos que qualquer autor de uma obra musical que se integre na obra, ainda que não tenha sido para ela, especialmente criada, merece tal atribuição de coautoria³⁷⁰. Uma obra musical, poderá preexistir à obra audiovisual e a sua fruição realizar-se de uma determinada maneira, mas a partir do momento em que a mesma será associada a uma obra audiovisual, aquela obra musical, será sempre entendida e percebida como uma parte da obra audiovisual, na medida em que a sua associação àquele conjunto de imagens com aquele determinado enredo ficcional, vai alterar por completo a fruição daquela obra por parte do seu público, que inevitavelmente irá associar aquela obra musical às cenas ou às personagens da obra audiovisual na qual foi inserida, o que altera completamente a obra musical original, que adquire um novo significado junto do seu público³⁷¹. No fundo, entendemos que os autores da obra musical anterior à obra audiovisual na qual será incorporada terão direitos semelhantes aos da adaptação de uma obra audiovisual preexistente, da qual irá ser feito um *remake*. Ao olharmos para o teor dos artigos 22.º e 34.º, verificamos que o artigo 22.º determina quem são os coautores da obra audiovisual, enquanto o artigo 34.º refere-se à caducidade dos direitos de autor sobre a obra audiovisual, pelo que percebe-se que a referência feita na alínea d) do artigo 34.º mencione expressamente as composições musicais criadas para a obra

³⁷⁰ Neste sentido, VITTORIO M. DE SANCTIS in *La protezione delle opere dell'ingegno*, Giuffrè Editore, Milano, 2004, pp.275-297 e EDUARDO SERRANO GÓMEZ in *Los Autores. Los Creadores. Otros Intervinientes* in *La Ley del Cine y el Derecho de Autor*, Reus, Madrid, 2008, pp.53-78.

³⁷¹ Verificamos que apesar de uma obra musical original, ter sido muitas vezes concebida pelos seus autores como uma obra associada ao romantismo, tentando passar essa mensagem ao seu público, após a sua introdução numa obra audiovisual a mesma poderá tornar-se numa obra musical associada à tragédia, ou uma música originalmente tida como alegre e popular, poderá após a sua introdução numa obra audiovisual ser considerada como uma obra cómica. Neste sentido vide BENJAMIN MONTELS in *Contrats de l'audiovisuel*, LexisNexis, S.A., Paris, 2007, pp.46.

audiovisual, na medida em que se pretende salvaguardar os direitos da obra musical preexistente, dado o artigo 135.º do CDADC permitir a exploração da obra musical em separado. Daí que os autores das obras musicais deverão ter uma dupla remuneração, enquanto autores da obra musical e como coautores da obra audiovisual³⁷². Verificamos também muitas vezes que as obra musicais preexistentes que posteriormente se vão incorporar em obras audiovisuais, são alvo de “arranjos” para que tal incorporação seja possível³⁷³. Logo, esta modificação faz com que a obra musical “arranjada” e introduzida na obra audiovisual seja protegida enquanto obra derivada e adaptada, o que conferirá, direitos de autor sobre a obra audiovisual, aos autores da música³⁷⁴.

A fim de evitar a criação de uma “lista cerrada” de coautores, o novo regime jurídico das obras audiovisuais que possa vir a ser criado, deverá conter uma lista meramente exemplificativa de coautores, criando-se a par desta lista uma definição geral de coautor da obra audiovisual, na qual se indiquem as características que estes sujeitos deverão reunir. Devendo fazer parte das mesmas, que poderão ser coautores da obra audiovisual, todas as pessoas físicas que desenvolvam uma atividade intelectual criativa relevante, que contribua para a criação intelectual original da obra.

Autores de desenhos animados e de personagens animadas

Apesar de os autores dos desenhos animados e das personagens animadas serem desconsiderados como coautores da obra audiovisual pela maioria das legislações, certo é que a estes sujeitos deveria merecidamente ser atribuída a qualidade de coautor. Os autores dos desenhos animados, sejam eles simples desenhos ou obras plásticas de escultura, realizam um trabalho criativo intenso, dando corpo e alma, através da sua imaginação a uma/várias personagem(s) que faz(em) parte do enredo. Esta contribuição é sem sombra de dúvida importantíssima para o resultado final da obra e implica muito mais do que uma mera realização prática de uma escultura ou um desenho. A ideia

³⁷² Neste sentido, PASCAL KAMINA in *Film Copyright in the European Union*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp. 144-155.

³⁷³ Em sentido contrário, ALBERTO VALDÉS ALONSO “Contratación y cesión de derechos de propiedad intelectual e imagen de autores y artistas en las obras y grabaciones audiovisuales” in *La Obra Audiovisual en la Reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*, Aranzadi, Navarra, 2008, pp.170-171.

³⁷⁴ Cfr. NAZARETH PÉREZ DE CASTRO in *Las Obras Audiovisuales. Panorámica Jurídica*, Reus, Madrid, 2001, pp. 45-60.

da forma que a personagem animada terá, a sua personalidade, caracterização, expressões, tudo isso, é fruto do trabalho criativo intelectual que o autor dos desenhos animados realizará especialmente para a obra audiovisual³⁷⁵. Tais sujeitos deveriam ser considerados coautores da obra audiovisual. Alguns ordenamentos jurídicos como o Belga, reconhecem-lhes essa qualidade, dada a importância que os mesmos têm para a obra na qual se incluem os desenhos animados³⁷⁶. No entanto, apesar destes sujeitos deverem, na nossa opinião, ser considerados como coautores da obra audiovisual, nem sempre o legislador os reconhece como tal, obrigando a doutrina a seguir outros caminhos, a fim de fundamentar tal qualidade. O ordenamento jurídico espanhol, por sua vez, reconhece estes autores enquanto autores de uma obra plástica³⁷⁷, inserida posteriormente numa obra audiovisual. Parece-nos que o caminho a seguir, atualmente no nosso ordenamento jurídico, seria o de considerar os desenhos animados como obras adaptadas. Seguindo esta linha de pensamento, os desenhos e as personagens de animação deveriam ser consideradas obras de design e os seus autores protegidos como tal nos termos do artigo 25.º do CDADC. Posteriormente quando essas obras fossem utilizadas numa obra audiovisual, aplicar-se-ia o previsto no artigo 23.º do CDADC cuja redação estabelece que quando são utilizadas outras obras nas obras audiovisuais, estas deverão ser tratadas como obras compósitas, protegidas nos termos do artigo 20.º do CDADC.

Tal consideração, deriva do facto de Portugal pertencer ao grupo de países que defende a existência de uma “lista cerrada” de coautores, o que nos obriga a recorrer a expedientes acessórios, para poder enquadrar verdadeiros coautores de obras audiovisuais, como tal, quando na realidade estes mereciam ser reconhecidos diretamente como coautores da obra audiovisual, para a qual deram o seu contributo específico e criativo que na maioria das vezes é inseparável da obra audiovisual. Esta é a única forma de impedir, que coautores deste tipo de obras sejam tratados como técnicos, que na realidade não são.

³⁷⁵ Neste sentido, MARIA VICTORIA MAYOR DEL HOYO in *El Derecho de Autor sobre las Obras Cinematográficas en el Derecho Español*, Madrid, Colex, 2002, pp. 129 ss.

³⁷⁶ Cfr. artigo 14 da Lei belga de direitos de autor e direitos conexos, de 30 de junho de 1994.

³⁷⁷ Vide artigo 10.1. alínea e) do TRLPI.

Uma forma de evitar no nosso ordenamento jurídico tal situação e reconhecer devidamente estes sujeitos como coautores da obra audiovisual passaria por considerar que o animador principal e o criador das personagens de uma determinada obra audiovisual de animação realizam um trabalho semelhante ao do diretor/realizador e ao do criador do argumento, respetivamente, pelo que analogicamente teriam que ser assim considerados³⁷⁸.

O mesmo acontece com os criadores de personagens animadas³⁷⁹. Existem várias obras audiovisuais 3D, na qual se utiliza a técnica do *digimation de animação*, nas quais as personagens animadas foram criadas com base em intérpretes reais³⁸⁰. Nesta técnica, o intérprete empresta a sua imagem ao personagem, representando de forma contínua com *led`s (light emitting diode)* colados ao corpo, que registam todos os seus movimentos que são gravados ininterruptamente. Depois dessa gravação contínua, o criativo de personagens

³⁷⁸ Neste sentido, NAZARETH PÉREZ DE CASTRO in *Las Obras Audiovisuales. Panorámica Jurídica*, Reus, Madrid, 2001, pp. 45-60.

³⁷⁹ Dada a importância desta questão, e a ausência de respostas para a proteção própria dos autores criativos de personagens animadas, seremos obrigados a repetir neste trabalho o por nós já exposto na dissertação de mestrado com o tema *Da Obra Audiovisual: Tutela dos Autores e Intérpretes*, pp. 148-156.

³⁸⁰ Inicialmente esta técnica foi desenvolvida pela empresa americana Square Pictures Inc., de transformar pessoas de carne e osso em intérpretes fictícios de forma realista era apenas utilizada nos jogos de computador mais recentes, que também consideramos serem obras audiovisuais.

A primeira vez em que esta tecnologia foi posta em prática foi nos jogos de computador da saga “*Final Fantasy*”, cujo diretor e criador é Hironobu Sakaguchi. Depois do sucesso que alcançaram os jogos de computador, o seu criador em 2001, considerou que seria tempo de passar essa tecnologia para uma obra cinematográfica, tendo criado e realizado o filme intitulado “*Final Fantasy: The Spirits Within*”. O filme foi produzido pela filial da Square Pictures Inc. japonesa, a Square USA Honolulu Studio, tendo assumido tal responsabilidade Jun Aida e Chris Lee. Tendo a distribuição da obra ficado a cargo da Columbia Pictures. Os intérpretes que contribuíram para a criação das personagens, foram os atores Ming-Na Wen (“Aki”), Alec Baldwin (“Grey”), Donald Sutherland (“Gen.Hein”), James Woods (“Dr. Sid”), Ving Rhames (“Neil”), Peri Gilpin (“Jane”) e Steve Buscemi (“Ryan”). O resultado final desta obra cinematográfica foi conseguido através da união de vários detalhes e preciosismos minuciosos. Em primeiro lugar, foram capturadas imagens dos intérpretes a fim de serem obtidos os movimentos e as expressões dos mesmos, ao representarem, determinada cena da obra cinematográfica. No que toca ao cabelo, da personagem “AKI” foram necessários quarenta técnicos de animação visual a trabalhar em permanência para que a sua aparência fosse perfeita. Só para o cabelo desta personagem foi necessário impedir por sessenta mil vezes que o seu cabelo caísse para a frente da sua cara, conforme acontecia à intérprete Ming-Na Wen. O resultado final é o conjunto de cento e quarenta e uma mil novecentas e sessenta e quatro cenas, cada uma das quais demorou entre quinze minutos de mínimo a sete horas de máximo a serem realizadas. O filme contou com a colaboração de cerca de duzentas pessoas, que realizaram um trabalho equivalente ao que realizaria uma pessoa se trabalhasse cento e vinte anos. Além do mais, foi necessário um cuidado redobrado na administração e conjugação do processo de criação, de modo a que existisse entre todos colaboração e organização total. O resultado final fala por si próprio. Este filme é dotado de características únicas. Consegue aliar a uma produção normal de qualquer obra audiovisual, que já por si é exigente, uma tecnologia inovadora que valoriza detalhes nunca antes imaginados.

No entanto, atualmente inúmeras obras cinematográficas, televisivas e jogos de computador de última geração, que recorrem já a esta técnica de vanguarda, para criarem personagens artificiais humanizadas. Basta pensarmos na obra cinematográfica por nós já referida neste trabalho “*Avatar*” ou na saga de jogos “*Pro evolution soccer*”, para constatar esta realidade.

animadas vai dar à personagem o seu lado não humano moldando a representação do intérprete, tendo para isso à sua disposição um conjunto de dados otimizados que são retirados da interpretação original. Tal modificação ocorre pela adaptação das características gerais dos intérpretes à personagem. As alterações dessas características passam por alterações feitas ao cabelo do intérprete, moldagem da figura física, expressões faciais³⁸¹, alterações de voz e alterações de indumentária. Além destas alterações existirá ainda uma animação secundária que alterará os movimentos e comportamentos da personagem, recorrendo-se para tal a dinâmicas e técnicas de ecrã. Posteriormente, e depois da recriação das personagens, é necessário, muitas vezes, fazer coincidir a voz com as expressões faciais, dado que em determinadas cenas, após as modificações realizadas, ambas poderão não ser coincidentes. Parece-nos que os autores criativos de personagens animadas, com o trabalho de adaptação das personagens que realizam, deveriam também ser considerados como coautores da obra audiovisual. As suas funções na realização da obra derivam de um trabalho intelectual original, semelhante ao do autor do argumento. Ao adaptar as personagens e os seus movimentos existe uma contribuição concreta para o desenvolvimento do enredo, devendo por isso mesmo o autor criativo das personagens animadas ser titular dos mesmos direitos de que são titulares os demais coautores da obra, nomeadamente os direitos relativos à paternidade e integridade da obra audiovisual, bem como todos os direitos de exploração económica associadas a esta. Tal possibilidade de atribuição de coautoria a estes sujeitos, deverá ser realizada com base no artigo 22.º, n.º 2 do CDADC, que teria que ser devidamente ajustado a esta nova realidade. É necessário ter em conta que esta adaptação das personagens não é feita de qualquer obra anterior ou de qualquer obra não criada expressamente como obra audiovisual. Bem pelo contrário, esta adaptação das personagens é uma contribuição intelectual concreta, realizada por este coautor, devendo considerar-se como inseparável das demais contribuições dos coautores. Além do mais, foi especificamente criada para aquela obra audiovisual em concreto. Esta nova possibilidade

³⁸¹ Existem várias tecnologias para a modificação facial, entre elas a *left lower eyelid twitch* e a *purse lips*. Os criativos de personagens animadas têm ainda à sua disposição bibliotecas visuais com milhares de formatos de órgãos humanos e expressões faciais, para que possam realizar o seu trabalho da forma mais criativa possível.

implica que se repensem os moldes tradicionais em que estão inseridas as obras audiovisuais. Nas obras que recorram a esta técnica o realizador terá novas tarefas, relacionadas, nomeadamente, com a reconstrução das personagens baseadas nos intérpretes, necessitando articular mais um contributo criativo novo, aos demais pertencentes à obra. Quando se recorre a esta técnica, parece que a escolha dos intérpretes será uma tarefa não exclusiva do diretor/realizador. O autor criativo das personagens animadas também terá uma palavra a dizer nesta escolha, de modo a que os intérpretes se possam encaixar no perfil das personagens do enredo, dado que estes, serão a “ferramenta de trabalho” criativo dos autores das personagens animadas.

O surgimento deste sujeito capaz de tornar-se coautor da obra audiovisual, trará outra questão jurídica interessante. Isto porque parece-nos que dadas as características próprias do seu trabalho, o autor criativo das personagens animadas deverá ser considerado uma figura híbrida, à qual se atribuirão não só, direitos como coautor, mas também direitos conexos, próprios dos intérpretes. Entendemos que o autor criativo das personagens animadas deverá também ser titular de alguns direitos conexos, na medida em que são estes que realizam a “repetição” da cena, quando tal é solicitado pelo diretor/realizador, dado que os intérpretes reais representam ininterruptamente. Será o autor das personagens animadas que corrigirá a prestação do intérprete através da personagem animada. As personagens criadas por esta técnica e integrantes da obra audiovisual em que a mesma foi utilizada, são semi-humanas, e é o autor criativo das personagens animadas que lhe confere o seu lado não humano, daí nada obstar a que estes possam também ser titulares de direitos conexos. O resultado final da imagem da personagem é fruto da imagem do intérprete e da personalização do realizador criativo que altera essa mesma imagem e até a movimentação corporal do intérprete real, por isso, ambos deverão também partilhar direitos semelhantes. Sendo que por essa via o autor da personagem criativa, deverá ter também legitimidade para autorizar a fixação, comunicação e reprodução da prestação da personagem, de modo a que esta possa chegar ao conhecimento do público através da obra

audiovisual³⁸². Por isso, nada obsta a que o autor criativo das personagens animadas possa ser remunerado duplamente pelo seu trabalho como coautor e como “intérprete parcial”, à semelhança do que acontece por exemplo, com os improvisos de jazz em que o intérprete é simultaneamente autor e intérprete³⁸³, ou com os realizadores que simultaneamente são intérpretes em algumas obras³⁸⁴.

Os tradutores/adaptadores dos diálogos das obras audiovisuais

A questão principal que se coloca quanto a estes sujeitos é a de saber se os tradutores que procedem à adaptação para um determinado idioma de uma obra audiovisual poderão ser considerados como coautores de uma adaptação. Não nos parece que tal possa acontecer na medida em que essa alteração linguística, apesar de implicar a realização de um trabalho intelectual, implica uma criatividade residual. Entender assim as traduções dos diálogos como “adaptações” da obra audiovisual parece-nos excessivo e despropositado. O papel do tradutor dos diálogos é meramente acessório ao trabalho dos coautores, auxiliando com o seu contributo a materializar plenamente a obra audiovisual, pelo que nos parece que nestes casos inevitavelmente, os tradutores dos diálogos serão apenas técnicos. Pese embora, reconheçamos o mérito deste trabalho técnico no qual é necessário que o tradutor/adaptador conheça a realidade sócio-cultural da época na qual se desenrola a trama e realize o seu trabalho de modo a que o público a quem se destina a obra possa apreender facilmente o sentido da obra como se a mesma tivesse sido originalmente realizada naquela língua para que foi traduzida. Muitas vezes verificamos que a qualidade da capacidade técnica do tradutor e a sua capacidade de interpretação e sensibilidade para expressar os sentimentos da obra, permitirá melhorar o valor artístico da mesma, ainda que tal não seja

³⁸² O autor criativo das personagens animadas, em nosso entender, só não poderá reclamar direitos de imagem do personagem, dado este direito ser um direito de personalidade exclusivo do próprio intérprete, já que é com base nesse seu direito de personalidade que a personagem é criada.

³⁸³ Neste sentido, vide GAIA MARI in “Improvvisazioni d'autore”, *Rivista Trimestrale Della Società Italiana Degli Autori ed Editori, Anno LXXVIII, Ottobre – Dicembre, 2007, n.º 4, Milano, 2007*, pp.549-559.

³⁸⁴ Veja-se o caso de Woody Allen em “*O herói do ano 2000*”, obra realizada em 1973 ou “*Através da noite*”, realizado em 22 de setembro de 2000. Em ambas as obras Woody Allen é simultaneamente realizador e intérprete. O mesmo acontece com Clint Eastwood em “*As pontes de Madison County*”, obra de junho de 2005 ou com Mel Gibson em “*Braveheart*”, obra de maio de 1995.

suficiente para que o tradutor possa ser considerado como coautor. Falta ao contributo do tradutor/adaptador dos diálogos das obras audiovisuais uma criatividade intrínseca que se espelhe na forma externa da obra e que não consegue expressar-se para que o seu contributo, lhe dê a qualidade de coautor da obra. Não existe na atividade da tradução/adaptação, uma alteração no “modo de fazer” nem uma reestruturação total dos diálogos que atinja a sua originalidade, logo, não existe uma criatividade interna e externa que justifique considerar este sujeito como coautor da obra audiovisual³⁸⁵. Quando existe necessidade de realizar pequenas adaptações linguísticas, mais do que se preocupar com o texto dos diálogos, o tradutor/adaptador, deverá ter em conta a interligação existente entre as imagens e as palavras, de modo a que não se prejudique o sentido original da obra³⁸⁶. No entanto, o tradutor/adaptador não tem autonomia para por si só alterar qualquer elemento criativo da obra, devendo no seu trabalho limitar-se a materializar aquilo que é pretendido pelos coautores da mesma. No fundo, o tradutor/adaptador dos diálogos com o seu trabalho permite dar forma ao direito de elaboração dos coautores que vêem a divulgação da sua obra estender-se e chegar a outros públicos além daquele que partilha o idioma original da obra. Daí se retira também o carácter técnico da sua contribuição³⁸⁷.

Diferente será se a este sujeito lhe for dado o encargo de criar uma língua própria para as personagens da trama³⁸⁸, nestes casos parece-nos que este trabalho criativo de tradução/adaptação deverá ser considerado um contributo intelectual criativo, suficientemente importante para o resultado final da obra audiovisual, pelo que o seu autor deverá, sem sombra de dúvida, ser considerado como coautor da obra audiovisual. No entanto, estas situações são meramente excepcionais, já que, por regra, o trabalho do tradutor/adaptador dos diálogos é nada mais, nada menos, do que uma alteração técnica, na qual se modifica apenas o idioma dos diálogos. Não obstante o carácter técnico desta contribuição, reconhecemos que a falta de rigor na tradução poderá ter

³⁸⁵ Neste sentido, *vide* VITTORIO M. DE SANCTIS in *La protezione delle opere dell'ingegno*, Giuffrè Editore, Milano, 2004, pp. 275-297.

³⁸⁶ Neste sentido, FABRIZIO MEGALE in *Diritto d'autore del traduttore*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2004, pp. 103-112.

³⁸⁷ *Vide* VITTORIO M. DE SANCTIS in *La protezione delle opere dell'ingegno*, Giuffrè Editore, Milano, 2004, pp. 275-297.

³⁸⁸ Como aconteceu no filme “Avatar” por nós já referido em que o linguista Paul Frommer criou entre 2005 e 2009 a linguagem artificial dos Na`vi raça alienígena nativa da Lua Pandora.

efeitos nefastos na obra audiovisual, alterando a personalidade das personagens e os objetivos pretendidos em determinada altura do enredo. É necessário adaptar muitas vezes os diálogos e até mesmo os títulos, quando os mesmos são apresentados em diferentes idiomas³⁸⁹. A par do trabalho de tradução/adaptação dos diálogos em outros idiomas é também necessário que seja feita a sincronização das legendas com as cenas da obra ou no caso das dobragens é necessário que se faça a sincronização das falas com as expressões labiais dos intérpretes.

Diretor de fotografia (operadores de câmara e de montagem)

Apesar de o trabalho do diretor de fotografia ser um trabalho que podemos apelidar de ser *low profile*, certo é que o seu trabalho é muitas vezes essencial para a realização da obra audiovisual. Isto porque conjuntamente com o realizador o diretor de fotografia revê o guião para que se possam decidir os detalhes fotográficos para a obra, os locais de filmagem, a decoração e o estilo de arquitetura dos cenários. No fundo é ao diretor de fotografia que cabe a parte estética da obra audiovisual. Este sujeito é também chamado de “cinematógrafo”, “*cameraman*”, ou “responsável pelos efeitos visuais”. De todas estas designações a mais ingrata será a de “*cameraman*”, que é geralmente associada à parte técnica da obra e não aos coautores da obra. O trabalho realizado pelo diretor de fotografia implica uma contribuição considerável para a obra audiovisual final, sendo que o seu trabalho requer na maioria das vezes, aptidões e capacidades que não estão ao alcance de todos, na medida em que este além de ajustar os cenários ao enredo, terá que adaptar a câmara aos movimentos dos atores. O diretor de fotografia realiza um trabalho que estabelece uma dialética própria com o público que vai visualizar a obra, na medida em que ele vai “manobrar a realidade” de modo a transformar muitas vezes um estúdio ou um cenário, num local sublime, onde se irá desenvolver o enredo da obra³⁹⁰. Porém, apesar do mérito do seu trabalho, nem sempre lhe poderá ser reconhecida a qualidade de coautor da obra audiovisual. Entende-

³⁸⁹ Vejam-se os casos da série televisiva “Crime, disse ela” que na sua versão original tinha como título “*Murder, she wrote*” ou a série de animação “*As aventuras de Anita*” que na sua versão original tem o título “*Les aventures de Martine*”.

³⁹⁰ Neste sentido, vide EDUARDO SERRANO GÓMEZ in *Los Autores. Los Creadores. Otros Intervinientes in La Ley del Cine y el Derecho de Autor*, Reus, Madrid, 2008, pp.53-78.

se que o diretor de fotografia será coautor, na generalidade das obras cinematográficas³⁹¹, mas quando se trata de obras televisivas, por exemplo, raramente se recorre a um diretor de fotografia. Normalmente, o seu papel é atribuído a um técnico operador de câmara e de luz que segue as instruções e as regras preestabelecidas pelo diretor/realizador sem que tenha autonomia para decidir por si mesmo qualquer aspeto estético da obra³⁹². Outro caso, será aquele em que o trabalho desenvolvido pelo próprio diretor de fotografia não tem qualquer criatividade, sendo quase que residual, tal situação acontece por exemplo, nos documentários cinematográficos ou televisivos sobre a vida selvagem. Neste tipo de obras, o cenário está pré-definido pela natureza e o único trabalho que o diretor fotográfico realizará prender-se-á com o posicionamento das câmaras para que se apanhem melhores planos da fauna e da flora existente no local de filmagens, que foi previamente decidido pelo realizador. Aqui, o trabalho realizado pelo diretor de fotografia, não poderá ser considerado como sendo suficiente para que o mesmo seja considerado como coautor deste tipo de obra, não obstante se reconheça a mais-valia técnica do mesmo para a realização da obra³⁹³.

A consideração do diretor de fotografia como coautor da obra audiovisual deveria ser feita pelos ditos coautores tradicionais da obra, dado que estes são, sem sombra de dúvida, os sujeitos melhor posicionados para aferir se o trabalho realizado pelo diretor fotográfico merece a atribuição dessa qualidade. No entanto, tal qualificação a ser feita pelos demais coautores da obra implica a existência de uma certa arbitrariedade na qualificação, na medida em que os demais coautores poderão não querer “concorrentes” para com eles compartilharem os direitos morais e principalmente económicos com mais um coautor. Daí, ser arriscado permitir que os demais coautores tenham legitimidade para atribuir ou não a qualidade de coautor ao diretor fotográfico.

³⁹¹ Vide CARLOS ROGEL VIDE in *Estudios Completos de Propiedad Intelectual, Volume III*, Reus, Madrid, 2009.

³⁹² Contudo, convem fazer aqui uma chamada de atenção, porque atualmente os diretores de fotografia realizam um trabalho de tal forma independente, que os diretores/realizadores permitem que os diretores fotográficos decidam por si mesmo o modo como uma determinada imagem chegará aos olhos do público. Esta delegação de funções do diretor/realizador no diretor fotográfico faz com que estes vejam cada vez mais solidificada a sua posição como coautores da obra audiovisual, na medida em que as suas funções são cada vez mais autónomas e criativas.

³⁹³ Neste sentido, PASCAL KAMINA in *Film Copyright in the European Union*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp.144-155.

A lei do cinema espanhol³⁹⁴ reconhece o diretor de fotografia como coautor da obra audiovisual. Este ordenamento entende que o trabalho do diretor de fotografia deverá atribuir-lhe a qualidade de coautor, na medida em que entende que a essência da obra audiovisual é constituída pelo encadeamento de milhares de fotografias, cuja seleção cabe ao diretor fotográfico da obra³⁹⁵. Sendo certo que o argumento base desta posição prende-se com o fato de a lei de direitos de autor reconhecer como titular de direitos a obra fotográfica, entendendo por isso os defensores desta posição que se uma fotografia é reconhecida como obra titular de direitos de autor, o encadeamento de milhares de fotografias também o será por maioria de razão³⁹⁶.

No que respeita à montagem das cenas gravadas, a sua duração e ordem de inserção para que possam integrar a obra audiovisual final, parece-nos que esta é uma tarefa do diretor de fotografia. No entanto caso este não exista, parece-nos que o trabalho realizado pelo técnico que realiza essa montagem poderá ou não, conferir-lhe, a qualidade de coautor da obra, devendo analisar-se casuisticamente tal possibilidade conforme veremos a seguir.

Técnicos de cenário e som

Por vezes, os técnicos de cenário e de som são confundidos com os técnicos de montagem por questões semânticas. Contudo é preciso esclarecer que todos têm funções bem distintas dentro da elaboração de uma qualquer obra audiovisual. O trabalho realizado pelo técnico de cenário é um trabalho anterior e de natureza diferente do trabalho do técnico de montagem, na medida em que o técnico de cenário ajusta os painéis e os objetos que fazem parte do *set* de filmagem, ou cria os efeitos meteorológicos ajustados a uma determinada cena de exterior, de modo a que estes se ajustem àquilo que é pretendido pelos coautores em termos de envolvência cénica da obra, para que tudo esteja perfeito no momento da filmagem, enquanto o trabalho do técnico de montagem (quando não existe diretor de fotografia) é um trabalho posterior, na medida em que este trabalha com *takes* de filmagens já realizadas e vai

³⁹⁴ Ley 55/2007 de 28 de Diciembre, artigo 4.º j) e artigo 5.º.

³⁹⁵Cfr. CARLOS ROGEL VIDE in *El Derecho de Autor de los Directores de Fotografía*, Reus, Madrid, 2006, pp.1-69.

³⁹⁶ Neste sentido, EDUARDO SERRANO GÓMEZ in *Los Autores. Los Creadores. Otros Intervinientes in La Ley del Cine y el Derecho de Autor*, Reus, Madrid, 2008, pp.53-78.

proceder ao encadeamento dos mesmos para que se possa obter o resultado final da obra audiovisual. Este trabalho realizado pelo técnico de montagem, parece assemelhar-se aos contributos criativos dos coautores, aproximando-se assim desta figura. Isto porque, ao combinar imagens para que se obtenham determinados movimentos a um certo ritmo, de modo a que se transmita a ideia subjacente à obra, poderá considerar-se que este contributo tem um carácter autoral, na medida em que as concretizações criativas das ideias plasmadas na obra estão na mão do técnico de montagem. Nestas situações, também este técnico deveria ser considerado como coautor da obra audiovisual³⁹⁷. No entanto, nem sempre, o técnico de montagem, dispõe dessa liberdade criativa, existindo situações na qual ele apenas se limita a cortar “cenas” da obra audiovisual e a juntá-las a outras, sendo um mero executor do trabalho idealizado pelo diretor/realizador, sendo que nestes casos, o técnico de montagem nunca poderá arrogar para si a qualidade de coautor da obra, dado que o seu contributo nestas situações, não o justificará³⁹⁸. Nestes casos, o técnico de montagem (na ausência de um diretor de fotografia), seguirá expressamente todas as indicações dadas pelo diretor/realizador da obra audiovisual, não tendo por isso autonomia para decidir sozinho e de forma criativa quais as “cenas” e *takes* que farão parte da obra audiovisual final e quais os que serão excluídos da mesma. No fundo nestes casos, o técnico apenas executa fielmente e num plano prático, o trabalho criativo intelectual que lhe é fornecido pelo diretor/realizador.

³⁹⁷Para podermos entender o técnico de montagem como coautor da obra audiovisual, teremos que verificar também a dimensão do trabalho por si realizado, sendo certo que se o seu contributo intelectual, apesar de criativo, for diminuto para o resultado da obra audiovisual final, nestes casos, não nos parece que o técnico de montagem possa reclamar a sua qualidade de coautor da obra. Por exemplo, o trabalho do técnico de montagem é regra geral, maior numa longametragem cinematográfica do que numa série de televisão. Pelo que, apesar de ao técnico de montagem ser dada total liberdade criativa pelo diretor/realizador de ambas as obras para realizar o seu trabalho, certo é que esse contributo regra geral, apenas será relevante na longa metragem, na qual o técnico dispõe de uma panóplia de “cenas” e *takes* de filmagem para realizar de modo livre o seu trabalho. Já na série televisiva, o material à sua disposição será diminuto, na medida em que não existe uma margem temporal muito grande para a gravação dos diferentes episódios, o que irá fazer com que quase a totalidade do material filmado, tenha necessariamente que ser usado, o que condicionará o contributo do técnico de montagem, que vê ser-lhe vedada a sua margem criativa a um conteúdo residual, pelo facto de o material com o qual trabalha, nestes casos, ser muitas vezes insuficiente até para a realização de um único episódio. Neste sentido, *vide* VITTORIO M. DE SANCTIS & MARIO FABIANI in “I Contratti di Diritto di Autore”, Volume XXXI, t.1, Giuffrè Editore, Milano, 2000, pp. 311-317.

³⁹⁸ Neste sentido, ALBERTO ALONSO VALDÉS in “Contratación y cesión de derechos de propiedad intelectual e imagen de autores y artistas en las obras y grabaciones audiovisuales” in *La Obra Audiovisual en la Reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*, Aranzadi, Navarra, 2008, pp.165-197.

Já o técnico de som, é muitas vezes confundido com o responsável pela música, mas tal associação é errónea. O trabalho de um técnico de som consiste em produzir sons que, apesar de serem pretendidos pelos coautores da obra não se produzem naturalmente³⁹⁹, assim, caber-lhe-á nivelar o som das falas dos intérpretes nas diferentes cenas, para que não existam diferenças consideráveis e perceptíveis no resultado final da obra⁴⁰⁰. Pelo que relativamente ao técnico de cenário e de som não há dúvidas que o seu trabalho, apesar de valioso, é apenas e só de componente técnico – prática, na medida em que transpõe para a realidade empírica o trabalho criativo dos coautores da obra.

Responsáveis pelo guarda-roupa e caracterização

Na maioria dos casos, é pacífico considerar os responsáveis pelo guarda-roupa e pela caracterização, como técnicos audiovisuais. Sendo numa primeira abordagem completamente impossível enquadrá-los como coautores da obra audiovisual. A caracterização e o guarda-roupa de uma obra audiovisual têm um especial destaque em obras audiovisuais de época, sendo certo que pensar na aparência e nas roupas das personagens numa determinada época pode ser uma tarefa muito desafiante e criativa⁴⁰¹. No entanto, essa é uma tarefa que

³⁹⁹ Por exemplo, os coautores da obra podem ter idealizado uma cena na qual chove torrencialmente ou troveja, mas na realidade esse som não ocorre naturalmente durante as filmagens, caberá ao técnico do som produzir um “barulho” semelhante ao da chuva ou ao da trovoada. Ou então numa cena de terror é necessário que se produzam sons graves ou agudos que confirmem mais intensidade ao que está a ser representado. Existem também outros trabalhos inimagináveis dos quais os técnicos são incumbidos. Por exemplo, na recente obra cinematográfica “Gravity” realizada em 2013 por Alfonso Cuarón e do qual fazem parte do elenco Sandra Bullock, George Clooney e Ed Harris, os técnicos de cenário responsáveis pelos efeitos especiais posicionaram a atriz Sandra Bullock, por variadíssimas vezes, fazendo assim parte da interpretação e posteriormente eram “apagados” da cena para que só aparecesse a atriz. Esta obra em concreto foi alvo de um trabalho técnico tão detalhado que foram precisos 4 anos para gravar a animação do filme.

⁴⁰⁰ É bastante curioso e até mesmo surpreendente perceber *in loco* a importância do trabalho dos técnicos de cenário e de som. A autora do presente trabalho no ano de 1996, teve a oportunidade de visitar os “Universal Studios” em Los Angeles tendo aferido a capacidade de trabalho e a importância do mesmo numa obra audiovisual final, apesar de tal trabalho não ser perceptível aos sentidos de um espetador de uma qualquer obra audiovisual acabada. O modo como produzem chuva, através de sistemas complexos de mangueiras e nuvens de pó cinzento, o bater furiosamente numa chapa de metal para produzir um ruído idêntico ao da trovoada, bater com cabos eléctricos em tambores para simular o barulho dos passos de uma “besta” feroz, entre outros, é absolutamente fascinante. Contudo visitar os meandros de filmagens de algumas obras audiovisuais bem conhecidas do público em geral (como regresso ao futuro, king kong, jurassic park, os flintstones e os cenários de alguns dos filmes mais emblemáticos de Alfred Hitchcock), e perceber alguns dos seus truques de realização, retira-lhes de algum modo, a magia em que normalmente as mesmas surgem envolvidas.

⁴⁰¹ Veja-se, por exemplo, o trabalho de caracterização e de guarda roupa realizado na mini-série de época “Downtown Abbey” criada por Julian Fellowes e produzida pela Carnival Films para o canal ITV em 26

apenas põe em prática, as ideias preconcebidas dos coautores para as personagens que fazem parte do seu enredo. É inegável que o trabalho realizado pelos responsáveis pela caracterização e pelo guarda-roupa está intimamente relacionado com a linha dramática da obra audiovisual, sendo necessário que os responsáveis pela imagem dos intérpretes apreendam o âmago do contexto representativo para que essa relação, tão próxima com o enredo ficcional não seja quebrada ou deturpada.

No entanto, hoje em dia poderemos levantar a dúvida de saber se em certos casos muito específicos, não se poderá atribuir a qualidade de coautor ao técnico responsável pela caracterização⁴⁰². Vejamos dois exemplos muito claros de obras que nos conduzem a levantar a questão. No plano nacional, surgiu-nos em “*A vida privada de Salazar*”, uma mini-série produzida pela SIC, estreada em 8 de fevereiro de 2009 e, posteriormente adaptada a longa metragem cinematográfica em 22 de abril de 2010, na qual o ator Diogo Morgado, que encarna a personagem de Oliveira Salazar, à data com 29 anos é caracterizado para se parecer com o estadista desde uma jovem idade até à idade da sua morte, ou seja, os 81 anos. Tal caracterização foi conseguida de uma forma brilhante, sendo que o trabalho realizado pela caracterização foi um trabalho extremamente criativo e muito bem conseguido⁴⁰³. No plano internacional, temos “*O estranho caso de Benjamin Button*”, realizado em dezembro de 2008 por David Fincher e cuja personagem de Benjamin Button é interpretada por Brad Pitt, um homem que nasce aos 80 anos e regride na sua idade, morrendo na pele de uma criança. A caracterização realizada no ator Brad Pitt por Greg Cannom (responsável pela caracterização do ator) é de tal forma notável que o filme ganhou um Óscar para a melhor maquilhagem.

de setembro de 2010. A série retrata a vida de uma família da aristocracia inglesa e sua criação, no início do sec. XX, tendo ganho um emmy e um globo de ouro na categoria melhor mini-série. Este trabalho realizado pelos técnicos de caracterização e responsáveis pelo guarda-roupa foi realizado conjuntamente com um historiador, para que o mesmo se aproximasse o mais possível da realidade da época.

⁴⁰² Neste sentido, VITTORIO M. DE SANCTIS & MARIO FABIANI in *I Contratti di Diritto di Autore*, Volume XXXI, t.1, Giuffrè Editore, Milano, 2000, pp. 311-317.

⁴⁰³ O processo de envelhecimento de Diogo Morgado para encarnar a personagem de Oliveira Salazar, obrigava a um trabalho de caracterização de duas a três horas diárias. O mesmo se passava com a personagem do Cardeal Cerejeira interpretado pelo ator Filipe Vargas. A única cena em que Diogo Morgado é substituído por um duplo, é a cena em que a personagem de Salazar é encontrada desfalecida na banheira, sendo que em todas as outras cenas Diogo Morgado envelheceu até aos 81 anos apenas e só graças ao notável trabalho de caracterização. Este notável trabalho de caracterização foi realizado por Maria dos Anjos Francisca Pereira, conhecida no meio audiovisual como Sano de Perpessac.

Em ambos os casos, o trabalho da caracterização tem um papel essencial na obra audiovisual final. São contributos que requerem uma grande criatividade e um trabalho intelectual de relevo. No entanto, o trabalho realizado pelos caracterizadores é também um trabalho muito prático e físico, eles são guiados pelo fio condutor do argumento que descreve a personagem, tendo apenas que lhe dar “vida”. Olhando para ambos os argumentos, parece-nos que estamos perante dois casos pouco comuns de fronteira entre a autoria e a técnica.

Uma forma de reconhecer, nestes casos o trabalho dos responsáveis pelo guarda roupa e caracterização que se destaquem numa determinada obra audiovisual pela sua importância e relevo na obra, será considerá-los como autores de obras plásticas nos termos dos artigos 157.º e seguintes do CDADC. Tal será possível na medida em que o artigo 163.º do mesmo código, prevê a extensão da proteção nomeadamente, a figurinos que sejam criação artística. À primeira vista, poderia por-se a questão de como se identificaria a obra destes técnicos, mas o artigo 160.º do CDADC sana a questão permitindo a identificação da obra através da sua descrição sumária e/ou através de fotografia. Esta possibilidade legal de proteção destes técnicos enquanto autores de uma obra plástica ou de design implica, nos termos do artigo 159.º do CDADC, que a sua reprodução só possa ser feita ou pelo seu autor ou por terceiros com a autorização destes. A utilização destas “obras plásticas” numa obra audiovisual, obrigaria à aplicação do previsto no artigo 23.º e consequentemente do artigo 20.º do CDADC, fazendo das obras audiovisuais que utilizassem estas “obras plásticas”, obras compósitas.

Parágrafo III - O Enquadramento Jurídico das Obras Audiovisuais Típicas

Após analisarmos o papel e a importância de cada um dos sujeitos na obra audiovisual, parece imperativo voltar a realçar a importância de classificar as obras audiovisuais como sendo obras feitas em colaboração⁴⁰⁴. O fato de os coautores da obra audiovisual realizarem um trabalho tão detalhado e altamente criativo e que contribui de forma inequívoca para o esplendor da obra audiovisual final, faz com que estes mereçam ser individualmente reconhecidos, pelo que a consideração da obra audiovisual como obra em

⁴⁰⁴ Não obstante na parte II pontos 2.1 e 2.2 do nosso trabalho, nos termos referido a esta questão de modo introdutório, parece importante nesta fase do nosso trabalho abordá-la de um modo mais acutilante.

colaboração, é por isso mesmo essencial, para garantir esse reconhecimento a cada um dos verdadeiros coautores da obra.

A nossa posição de inspiração Francesa, Alemã e Espanhola, explica-se por um conjunto de razões primordiais, mas de entre as principais destacamos o fato de os coautores trabalharem individualmente de forma criativa com vista à prossecução de objetivos comuns: a obra audiovisual final; a realização do trabalho implicar uma atividade artística intensa que permite a individualização de cada contributo; e o fato de as obras audiovisuais terem como finalidade principal o entretenimento. Considerar as obras audiovisuais como obras em colaboração tem como vantagem a facilidade de identificação dos coautores da obra e dos seus contributos intelectuais, o fato de permitir que só os criadores da obra sejam considerados como coautores⁴⁰⁵. Os coautores da obra audiovisual trabalham de forma criativa tendo em conta um objetivo comum o entretenimento que a obra audiovisual vai proporcionar ao público. A obra audiovisual é um todo do qual os coautores são comproprietários, devendo exercer os seus direitos sobre a totalidade ou parte da obra (no seu contributo individual), de comum acordo. A relação que os coautores da obra audiovisual têm com o produtor é meramente representativa, já que este gere o conteúdo patrimonial dos direitos dos coautores. Aqui não existe qualquer alienação dos direitos dos coautores, apenas uma cessão de posição contratual temporalmente limitada relativamente ao conteúdo patrimonial dos direitos dos coautores e nada mais. O produtor limita-se a divulgar e a obter dividendos económicos da obra, mas não tem qualquer direito próprio dos coautores⁴⁰⁶.

Considerar que o produtor, que é um mero empresário que se ocupa das questões económicas, poderia ser o titular de todos os direitos sobre a obra audiovisual e por essa via considerá-la como uma obra coletiva parece-nos uma ficção legal. Essa solução não pode, em nosso entender, ser aplicada às obras audiovisuais na medida em que os coautores têm direitos de autor sobre a sua condição individual, perfeitamente definida e identificada. Aliás, não podem ser atribuídos direitos de autor a um produtor por questões económicas

⁴⁰⁵ Exclui e bem o produtor de remeter para si essa qualidade que não pode ter. Isto porque o produtor é um mero empresário que gere temporariamente alguns dos direitos económicos que a obra possa gerar para os seus coautores, mas nunca poderá ser considerado como coautor.

⁴⁰⁶ O produtor só beneficia de proteção idêntica à dos coautores, através dos direitos conexos no que toca ao conteúdo patrimonial da obra, mas esse benefício não lhe dá a qualidade de autor.

relacionadas com a obra, uma vez que os direitos de autor se atribuem pelo mérito alcançado pelos coautores de realizarem um trabalho original e criativo. A atribuição de direitos de autor não pode ser uma questão meramente negocial, dado que tal consideração, é pouco prudente em termos de tutela, podendo permitir extrapolações perigosas que prejudiquem a obra audiovisual. Assim sendo, não deverá existir sobreposição dos direitos económicos explorados temporalmente pelo produtor relativamente aos direitos dos coautores da obra audiovisual.

A qualidade de autor de uma obra audiovisual implica um trabalho artístico intenso que o organizador/produtor não desenvolve. Este é o mero empresário que gere temporalmente a parte económica da obra e não o seu realizador. Não obstante, os países anglossaxónicos e Itália entenderem as obras audiovisuais como obras coletivas, parece-nos que dada a natureza jurídica deste tipo de obras, não poderemos assim considerar as obras audiovisuais. Isto porque as obras coletivas são obras nas quais o trabalho criativo diminuto é realizado pelo seu organizador que compila um inúmero conjunto de contributos que se misturam entre si e que são difíceis de individualizar, sendo que os autores desses contributos não têm qualquer pretensão de serem considerados coautores. Essas obras são normalmente obras de cariz informativo, como listas telefónicas ou bases de dados específicas, em que é mais ou menos indiferente quem as organiza e quem tem a qualidade de autor. Nas obras audiovisuais é diferente. Nelas é importante saber quem realizou o trabalho criativo no argumento, na realização, na música, nos cenários, na caracterização, etc. Na obra coletiva quem concebe a obra é o compilador/organizador dos contributos que são pagos aos seus contribuintes “à peça”, sendo certo que os contributos individuais de cada um, pelas suas semelhanças, se misturam sendo impossível identificá-los. Contrariamente, na obra audiovisual os contributos de cada coautor são diferenciados entre si e são perfeitamente identificáveis, sendo que todos os coautores contribuem para o carácter original e têm uma palavra a dizer quanto ao resultado final da obra comum que realizaram em colaboração. A obra coletiva por sua vez foi pensada por um organizador que compila numerosos contributos idênticos sendo que nenhum desses contributos se destaca ou permite àqueles que os produziram, identificarem-se como coautores.

1.4. A obra multimédia enquanto obra audiovisual

Muito embora os países anglossaxónicos considerem as obras multimédia como obras suscetíveis de terem um tratamento análogo ao das obras cinematográficas, os ordenamentos jurídicos da Europa Continental têm sérias reservas quanto à existência dessa analogia. A doutrina inglesa justifica a necessidade de existir essa analogia, com o fato de a legislação existente, nomeadamente “ex section 5(1) CDP Act de 1988”, no que respeita à obra cinematográfica, ser suficientemente flexível para proteger de igual modo as obras multimédia, não obstante as diferenças que ambos os tipos de obras apresentam entre si. As obras multimédia combinam imagens virtuais e informação preexistente digitalizada que são acompanhadas de sons e que se vão materializar em exibições geradas por computador, sendo dotadas de um sistema de ligações e interatividade únicas, próprias de um sistema de hipermédia⁴⁰⁷. Além disso, considera-se que ambos os tipos de obras, têm como finalidade o entretenimento⁴⁰⁸. Sendo certo que o sistema jurídico anglossaxónico considera suficientes estas características das obras multimédia para que se possam aproximar das obras cinematográficas, já os ordenamentos jurídicos da Europa continental, nomeadamente o ordenamento jurídico italiano, entende que à obra cinematográfica faltam características essenciais, como é o caso da interatividade digital, própria das obras multimédia, para que exista tal analogia de regimes⁴⁰⁹. No entanto, a doutrina italiana considera que seria mais fácil aproximar a obra multimédia do regime jurídico das obras audiovisuais, do que do seu tipo específico obras cinematográficas. A justificação apresentada prende-se com o fato de a obra audiovisual à semelhança da obra multimédia, se socorrer de um conjunto de meios e técnicas diversificadas, para obter a obra final que irá materializar-se

⁴⁰⁷ A hipermédia é um sistema digital que possui um mecanismo para armazenar e visionar de forma rápida e eficaz, informação (ou obras multimédia) armazenada em blocos que estão ligadas por meio de links e que estabelecem uma rede que pode conter som, gráficos, vídeos, animação ou outros média tecnologicamente mais avançados.

⁴⁰⁸ Não nos parece que pelo fato de as obras cinematográficas e as obras multimédia terem como finalidade geral o entretenimento, tal seja suficiente para aplicar a ambas, na sua totalidade, o mesmo regime jurídico por analogia.

⁴⁰⁹ Neste sentido, vide MARTINA BARCAROLI “Problemi di Diritto Comparato di Autore Nell’Opera Multimediale”, *RTSIAE, Anno LXX, Gennaio-Marzo, n.º 2, Milano, 1999*, pp.181-219 e MARIA D’ANNIBALE in “La Classificazione delle opere multimediali nella legge sul diritto d’autore”, *RTSIAE, Anno LXXVIII, Luglio – Settembre, 2007, n.º 3*, Giuffrè Editore, Milano, 2007 pp. 368-408.

num dos seus múltiplos tipos em concreto e que poderá, posteriormente, ser exibida na televisão, no cinema em vídeo ou por via eletrónica através de um suporte informático. Além do mais, o desenvolvimento tecnológico que o entretenimento e a obra audiovisual têm tido nas últimas décadas, permite-lhes muitas vezes estar a par com o avanço técnico – digital próprio da evolução das obras multimédia⁴¹⁰.

No que toca à nossa posição, ao considerarmos que algumas obras multimédia podem ser também obras audiovisuais, esta é pouco pacífica e até um tanto ou quanto polémica⁴¹¹, não obstante a abertura da doutrina italiana nesta matéria. Contudo, o Decreto-Lei 25/2018, de 24 de abril, na alínea m) do seu artigo 2.º, vem-nos dar uma definição de obra multimédia que nos permite fazer tal enquadramento, dando-nos algum suporte legal até então inexistente. Este preceito legal define obra multimédia como *“a obra criativa cinematográfica ou audiovisual, cuja exploração económica inclua a distribuição e acesso em rede, designadamente a internet e outros meios de comunicação eletrónica, como canal de distribuição no primeiro ano de distribuição, através de qualquer serviço, plataforma ou tecnologia, podendo implicar variantes e adaptações de um conteúdo base”*. Apesar de esta definição nos dar suporte legal para a defesa da nossa posição, não podemos deixar de referir que consideramos este conceito demasiado amplo, na medida em que nem todas as obras multimédia são obras audiovisuais. Em nosso entender, o legislador partiu das premissas erradas para construir o conceito, dado que está a partir do pressuposto erróneo de que uma obra audiovisual é apenas uma obra com som e imagem...só assim se consegue entender a construção deste novo conceito. Apesar de tudo, continuamos a entender este conceito de obra multimédia apresentado por este diploma legal como um conceito excessivamente vasto e que poderá desvirtuar a génese do conceito.

Convém salientarmos, que este tipo de qualificação, em que, algumas obras multimédia podem ser também obras audiovisuais, não opera de forma automática e que, por isso mesmo não é passível de ser facilmente aplicável.

⁴¹⁰ Cfr. CLAUDIO DI COCCO in *L’Opera Multimediale, Qualificazione giuridica e regime di tutela*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2005, pp.136-147.

⁴¹¹ Vide HILARY PEARSON & CLIFFORD MILLER in *Commercial Exploitation of Intellectual Property*, Blackstone Press Limited, London, 1990, pp.104.

Tem que se olhar de forma atenta e especial para os requisitos próprios que possibilitem essa consideração.

Não se trata de não reconhecer as obras multimédia, como obras com uma categoria específica própria a par com as obras audiovisuais. Bem pelo contrário, aquilo que defendemos é que as obras multimédia têm-se desenvolvido de tal forma complexa que, atualmente, em alguns casos, elas necessitam de ter também proteção enquanto obras audiovisuais. Dentro desses casos estão alguns jogos eletrónicos criados maioritariamente na última década, nos quais se utilizam sistemas de inteligência artificial adaptáveis, que permitam a interpretação/execução das suas personagens por intérpretes reais, nos quais existe um enredo ou argumento que é concretizado por imagens geradas por um computador e respetiva banda sonora⁴¹². Ao utilizador/espetador deste tipo de jogos eletrónicos é-lhe permitido a interatividade que os coautores daquela obra previamente determinaram e criaram, sem que lhes seja possível efetuar qualquer modificação da mesma, muito embora sejam postas à disposição do utilizador várias opções no que toca a cenários e a desfechos possíveis, consoante a sua destreza ou falta dela⁴¹³. Além da utilização de sistemas de inteligência artificial adaptada neste tipo de jogos, outra das suas características que lhes permite serem considerados também como obras audiovisuais, prende-se com a existência nos mesmos de uma realidade fictícia muito semelhante à vida real⁴¹⁴. Alguns autores consideram essenciais, para esta dupla proteção destes jogos eletrónicos enquanto obras multimédia e audiovisuais, a necessidade de existirem elementos técnicos e característicos neste tipo de jogos, iguais aos das obras audiovisuais como *“a teoria dos géneros, ou a angulação das imagens e seus pontos de vista”*, a *“visão subjetiva, na qual o utilizador vê o*

⁴¹² Note-se, porém, que todos os jogos eletrónicos que não sejam dotados deste tipo sistemas de inteligência artificial adaptadas, não poderão gozar da dupla proteção, sendo tratadas apenas e só como obras multimédia puras, cujo regime se encontra previsto no Decreto-Lei 252/94, de 20 de outubro, que transpôs para o nosso ordenamento jurídicas orientações previstas na Diretiva comunitária do Conselho 91/250/CEE, de 14 de maio. Neste sentido, vide ANTÓNIO XAVIER in *As leis dos Espectáculos e Direitos Autorais do Teatro à Internet*, 1.ª Edição, Almedina, 2002, pp.65-95.

⁴¹³ Neste sentido, vide CONCEPCIÓN SAIZ GARCIA in *Obras Audiovisuales y Derechos de Autor*, Aranzadi, Navarra, 2002, pp.213-220.

⁴¹⁴O ordenamento jurídico inglês considera os videojogos multimédia não como obras cinematográficas, mas sim como “filmes de características especiais”, passíveis de serem considerados como obras audiovisuais. Neste sentido, MARTINA BARCAROLI in “Problemi di Diritto Comparato di Autore Nell’Opera Multimediale”, *RTSIAE, Anno LXX, Gennaio-Marzo, n.º 2, Milano, 1999*, pp.181-219.

*mesmo espaço-tempo que a personagem que controla”, a “utilização de atores para dar voz a algumas personagens de destaque”, a “cessão de direitos de imagem de algum ator com vista a promover aquele videogame para que obtenha mais êxito” e a “inclusão de bandas sonoras de sucesso ou especialmente criadas para aquele enredo” neste tipo de jogos eletrônicos*⁴¹⁵.

Este tipo de obras multimídia, que apelidamos de híbridas, são passíveis de uma dupla proteção: serão consideradas como obras multimídia na sua gênese mais profunda, na qual se protege o programa de computador utilizado para alcançar o produto final⁴¹⁶. Contudo o *user interface* que aparece no ecrã deverá ser, protegido, enquanto obra audiovisual⁴¹⁷. Para que possamos entender melhor esta teoria, deveremos analisar o conceito de obra multimídia. Para MARIA VICTÓRIA ROCHA⁴¹⁸ a obra multimídia é *“uma combinação de textos, imagens, fixas ou em movimento, e sons digitais, através de um programa de computador que permite interatividade”*. A autora chama ainda a atenção para o fato de a caracterização de uma obra enquanto obra “multimídia” implica que se perceba que *“...o que é múltiplo neste tipo de criações são os tipos ou categorias de obras incluídas, não os média utilizados.”* Por aqui se vê que existe uma abertura mesmo dentro do regime das obras multimídia à dupla proteção deste tipo específico de obras, podendo proteger-se sem qualquer restrição ou tabu, nos jogos eletrônicos que utilizam sistemas de inteligência artificial adaptados, o programa de computador em si mesmo como obra informática passível de proteção, enquanto tal; e o *“user interface”* visualizado pelos seus utilizadores como obra multimídia e audiovisual.

Aliás, o próprio diploma que protege as obras multimídia é demasiado limitado para proteger este tipo de obras plenamente⁴¹⁹. A corroborar o nosso raciocínio podemos verificar a posição de SIBYLLE SCHALTER, referida por MARIA VICTÓRIA ROCHA, no sentido em que se considera *“...o funcionamento do*

⁴¹⁵ Cfr. ÁNGEL ALONSO PALMA in *Propiedad Intelectual y Derecho Audiovisual*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2006, pp.287-288.

⁴¹⁶ Proteção essa que aparece plasmada no Decreto-Lei 252/94, de 20 de outubro, e na Diretiva do Conselho 91/250/CEE de 14 de maio.

⁴¹⁷ Neste sentido, CARLOS ROGEL VIDE & EDUARDO SERRANO GÓMEZ in *Manual de Derecho de Autor*, Reus, Madrid, 2008, pp.123ss.

⁴¹⁸ In “Multimídia e Direitos de Autor: alguns problemas”, *Ciberjus, Revista Jurídica*, 1996, pp.1-37.

⁴¹⁹ Não obstante o conceito de obra multimídia ser um conceito suficientemente amplo para abarcar outro tipo de obras como as bases de dados, enciclopédias digitais, jogos, entre outros.

programa e o resultado do trabalho com o programa não são a mesma coisa, podendo as configurações visuais que surgem como consequência do funcionamento do programa, em determinadas circunstâncias, não estar incluídas no âmbito de proteção do programa enquanto tal...além de que podem surgir apresentações visuais com alto nível de criatividade, baseadas em programas de computador absolutamente banais que não tenham o grau de originalidade suficiente para serem protegidos pelo Direito de Autor”.

Ora se não se admitisse esta dupla proteção enquanto obras multimédia e obras audiovisuais, neste caso específico de banalidade do programa de computador que esteve na origem da obra final, faria com que o que seria visualizado ficasse desprovido de proteção, o que poderia ser um grave atentado aos direitos dos autores daquela obra audiovisual final. Pese embora, seja difícil e, até mesmo, quase residual, um programa informático que suporte um sistema de inteligência artificial presente neste tipo de jogos eletrónicos mais recentes, ser tão banal, que estes não sejam protegidos enquanto obras multimédia.

Não é aberrante considerar que o *user interface* visualizado pelos utilizadores deste tipo de obras seja tratado como uma obra audiovisual, na medida em que este apresenta uma característica própria, que permite que esta possa, legitimamente, assim ser considerada, falamos, pois da característica da animação. Sendo que o “*user interface*” é dotado de um conjunto de imagens animadas em movimento, por aqui verificamos que esta é uma característica típica das obras audiovisuais, e também por aqui, se legitima esta consideração deste tipo de obras híbridas, enquanto obras audiovisuais⁴²⁰.

Por isso mesmo, estes tipos de obras poderão ser, consideradas, como obras multiplataforma, que, de acordo com o previsto na alínea n) do n.º 2 do Decreto-Lei 227/2006, de 15 de novembro, serão assim consideradas as “*obras concebidas expressamente para uma exploração que inclua modos de distribuição múltiplos e inovadores, podendo implicar variantes e adaptações*

⁴²⁰ Neste sentido, CONCEPCIÓN SAIZ GARCIA in *Obras Audiovisuales y Derechos de Autor*, Aranzadi, Navarra, 2002, pp.213-227 e PASCAL KAMINA in *Film Copyright in the European Union*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp.75-80. O ordenamento jurídico francês aceita esta dupla proteção que defendemos, aceitando proteger a “parte audiovisual” deste tipo de jogos como obra audiovisual, e aquela que não se poderá considerar como tal, será tratada enquanto obra multimédia. O supremo tribunal francês, tem várias decisões nesse sentido como os casos “Atari” e “Williams Electronics” do Tribunal Cassation de 7 de Março de 1986. Em sentido oposto, mas sem grande acolhimento da doutrina temos a decisão “Vincent v. Cuc Software” do tribunal de 1.ª instância de Nanterre de 26 de novembro de 1997.

de um conteúdo base em função dos suportes e modos de exploração”. Este tipo híbrido de obras multimédia poderá ser uma obra multiplataforma, na medida em que estas são obras inovadoras com variantes e adaptações do seu conteúdo base, consoante os suportes em que se materializam (*cd-rom*, *dvd*, suporte de utilização virtual, ou outros suportes tecnológicos...) e o modo como vão ser exploradas, enquanto obra multimédia ou enquanto obra audiovisual.

Como exemplos deste tipo de jogos eletrónicos que utilizam sistemas de inteligência artificial adaptados, o programa de computador em si mesmo como obra informática passível de proteção, e o “user interface” visualizado pelos seus utilizadores como obra multimédia e audiovisual, temos o “*Pro evolution soccer 2016*”, que é a 15.^a edição do jogo de futebol profissional, lançado em 12 de junho de 2015, desenvolvido pela Konami. Estes jogos, desde a primeira edição, utilizam o *teamvision* que é um sistema de inteligência artificial adaptável que utiliza a técnica do *digimation* de animação, também utilizada nas obras cinematográficas⁴²¹, que se caracteriza por passar movimentos humanos para personagens especialmente criadas para o efeito, neste caso de jogadores profissionais de futebol, para personagens animadas, que são réplicas dos mesmos, que fazem expressões faciais típicas dos jogadores em várias situações como comemorações, faltas cometidas e sofridas, entre outras, tornando-os intérpretes/executantes da obra audiovisual que é percebida pelos utilizadores do jogo. Não obstante este jogo ter por base construtiva uma obra multimédia, que lhe permite ser uma obra multiplataforma podendo ser utilizada pela Nintendo Wii, Nintendo 3DS, Play Station 2 e 3,

⁴²¹ O *digimation* de animação foi utilizado na longa metragem cinematográfica “*Avatar*”, a obra foi filmada em 3D utilizando o *digimation* de animação para que os atores como Zoe Saldaña, CCH Pounder, Laz Alonso e Wes Studi, se pudessem transformar nas personagens alienígenas “*Na`Vi*” *Neytiri*, *Mo`at*, *Tsu`Tey* e *Eytucan*, respectivamente. “*Avatar*” é uma obra audiovisual estreada em 18 de dezembro de 2009 tendo como diretor e responsável pelo argumento James Cameron, como realizador Mauro Fiore e música de James Horner e Leona Lewis. No entanto o trabalho de James Cameron em “*Avatar*” começou em 1994, sendo este o seu primeiro filme após “*Titanic*”. As filmagens de “*Avatar*” deveriam ter sido iniciadas logo após *Titanic*, e o filme lançado em 1997. Mas, dado que tecnologias como o *digimation* de animação ainda não estavam disponíveis, James Cameron, preferiu esperar pelo aparecimento de novas tecnologias que lhe permitissem realizar a grandiosa obra que pretendia. Assim em 2005 pediu ao linguista Paul Frommer que criasse a língua alienígena *Na`Vi* e a etnomusicóloga Wanda Bryant que criasse a cultura musical dos *Na`vi*, tendo James Horner, responsável pela banda sonora do filme orientado a música cantada na língua *alien* então criada. Em 2006, James Cameron retomou os trabalhos de “*Avatar*”, dado que as tecnologias que pretendia ver utilizadas, como o *digimation* filmado a 3D, já existiam e eram realizáveis. Tal tecnologia e grandiosidade do orçamento para a sua realização (237 milhões de dólares), permitiram que se tornasse um dos maiores sucessos de bilheteira mundial arrecadando 2 Biliões de dólares.

Xbox 360, PC, PSP, tablets e smartphones, o mesmo é dotado de um argumento e de um enredo perceptível para quem visualiza a obra, na qual se permite que se escolham as melhores equipas, os jogadores, e os estádios. Toda a obra é dotada de uma banda sonora de grande qualidade, permitindo ainda que se ouçam as claques dos clubes nos jogos e permitindo ao seu utilizador uma panóplia de opções que pode realizar, dentro do argumento que está à sua disposição. A interatividade permitida também é uma característica marcante da obra, enquanto, obra multimédia, mas a existência de um enredo, argumento, personagem e banda sonora é algo que tipicamente pertence às obras audiovisuais. Outro exemplo que poderá ser mais perceptível da nossa teoria é o jogo “*Tomb Raider 2013*”⁴²². Este jogo eletrónico, que tem por base um programa informático que também trabalha com o sistema de inteligência artificial adaptado *digimation* de animação, está disponível em multiplataformas, nomeadamente, na Play Station 3, Xbox 360 e Microsoft Windows e é interativo, sendo estas características próprias das obras multimédia. Contudo, este jogo eletrónico narra um enredo criativo e original, tendo como responsável pelo argumento Rhianna Pratchett, realizadores Noah Hughes, diretor Cory Barlog e responsável pela banda sonora, Jason Graves. É a atriz britânica Camilla Luddington que empresta a sua voz e corpo (através do *digimation* de animação) à personagem animada Lara Croft. Além desta, existem também como personagens do enredo “Samantha, Conrad Roth, Mathias, Reyes, Alex, Jonah, Dr. James Whitman e Grimm”. No que toca à banda sonora desta obra, o compositor musical Jason Graves, dirigiu um concerto de violino dentro do estúdio para criar uma peça musical que se adaptasse de forma ativa ao jogo, de modo a que o utilizador pudesse instintivamente ir reagindo ao que acontece a todo o instante. Por tudo isto, é inegável que apesar de a génese deste jogo eletrónico ser uma obra multimédia, aquilo que é perceptível e percebido pelos seus

⁴²² Este jogo eletrónico é o 10.º da saga “*Tomb Raider*” de autoria inicial de Toby Gard, editados pela Eidos Interactive e produzidos quatro pela Core Design e cinco pela Crystal Dynamics. A personagem *Lara Croft* foi conseguida através da tecnologia *digimation* de animação em que as atrizes Rhona Mitra, Jill de Jong, Ellen Rocche, Karima Adebibe, Keeley Hawes e atualmente Camilla Luddington, emprestaram o seu corpo, movimentos e expressões faciais para que trabalhando a partir deste sistema de inteligência artificial adaptado, se crie a personagem principal de sucesso, *Lara Croft*. Convém não confundir a saga dos jogos eletrónicos *Tomb Raider* com as obras cinematográficas, protagonizadas por Angelina Jolie e criadas em 2001 e 2003 “*Lara Croft: Tomb Raider*” (2001) e “*Lara Croft: Tomb Raider: The Cradle of Life*” (2003), dado se tratarem de obras distintas.

utilizadores/jogadores, e que chega até estes (*user interface*) é que estão perante uma obra audiovisual, com enredo, argumento, realização, banda sonora e personagens, logo nunca se lhe poderá negar a dupla proteção, enquanto obras multimédia, e enquanto obras audiovisuais. Solução diversa poderia ser adotada, se se criasse uma nova classe de obras passíveis de proteção pelos direitos de autor que abrangesse este tipo de obras híbridas e que, em nosso entender, justificam plenamente a necessidade de uma dupla proteção⁴²³. Essa nova classe de obras teria acolhimento legal no conceito aberto do n.º 1 do artigo 2.º do CDADC, cujo elenco de obras é meramente exemplificativo. A criação de uma nova classe de obras híbridas, que simultaneamente fossem obras multimédia e audiovisuais. Seria uma solução mais simples, na medida em que não traria problemas acrescidos a um ou a outro género de obras, autonomizando-se assim as problemáticas específicas, deste tipo tão singular de obras, o que em si mesmo traria também amplas vantagens de sistematização jurídica, tanto para o legislador como para o intérprete.

2. As obras audiovisuais atípicas

Poderemos considerar obras audiovisuais atípicas todas aquelas, cuja qualificação, enquanto tal, não se faça pacificamente, bem como as obras para as quais, a legislação seja omissa quanto à sua qualificação como obras audiovisuais, ou que não dê uma resposta clara quanto à sua tipificação. Estas são obras a que a própria doutrina, geralmente, dedica pouco espaço e atenção, pelo seu carácter invulgar e sua peculiaridade.

2.1. Obras audiovisuais informatizadas

Existem alguns produtos informáticos que lançam mão de obras audiovisuais já existentes, de partes de um conjunto de imagens em movimento, com ou sem acompanhamento de banda sonora, nos quais se pretende obter um enredo documental ou ficcional semelhante às obras cinematográficas⁴²⁴,

⁴²³ Neste sentido, MARTINA BARCAROLI in “Problemi di Diritto Comparato di Autore Nell’Opera Multimediale”, *RTSIAE, Anno LXX, Gennaio-Marzo, n.º 2, Milano, 1999*, pp.181-219.

⁴²⁴ Esta referência foi já realizada pela autora do presente trabalho na sua dissertação de mestrado com o tema *Da Obra Audiovisual: Tutela dos Autores e Intérpretes* pp.14, depositada na UCP. Nessa ocasião demos como exemplo de obras audiovisuais informatizadas as histórias infantis interativas, as quais

incorporando-as na sua estrutura. Contudo, a dimensão da obra audiovisual incorporada é tão grandiosa, que o produto informático passa a ser relativizado, ganhando a obra audiovisual um maior destaque⁴²⁵. Como exemplo deste tipo de obras temos as obras a que muitos chamam de “obras virtuais”⁴²⁶, nas quais se utilizam os programas informáticos para se reproduzirem enredos num cenário tridimensional gerado pelo programa informático, sendo certo que aquilo que é visionado pelo seu público, muitas vezes através de visores ou de óculos especiais para que estes se abstraiam dos estímulos do mundo real, é uma verdadeira obra audiovisual⁴²⁷. Nestes casos, este tipo de obras informáticas, passarão a ser consideradas não como obras informáticas, mas sim como obras audiovisuais informatizadas⁴²⁸.

Existem autores que, neste âmbito, entendem que se devem distinguir as “obras geradas por computador” e as “obras assistidas por computador”, sendo certo que as obras audiovisuais informatizadas são apenas obras assistidas pelo computador, uma vez que um computador ainda não tem tecnologia suficientemente complexa para ser capaz de gerar por si só uma obra audiovisual⁴²⁹. Como exemplo deste tipo de obras assistidas por computador temos os filmes de animação em 3D nos quais os computadores são o instrumento chave para a criação das personagens da obra por parte dos coautores. Os programas de computador específicos para a criação 3D são um meio para concretizar a obra audiovisual final em 3D. Assim sendo, esta utilização faz com que este tipo de obra, seja considerada, como obra

permitem uma interatividade diversa, sendo certo que as mesmas são criadas por um processo análogo ao das obras cinematográficas. Mais concretamente o programa “*kidleitura*” criado por Júlio Wink, disponível no site da internet <http://www.kidleitura.com>. Este programa tem assim imagens animadas em movimento, banda sonora e locução, na qual os utilizadores têm acesso a um ambiente de navegação semelhante a um livro de contos que narra pequenas histórias infantis como se fossem desenhos animados.

⁴²⁵ Neste sentido, ANTÓNIO XAVIER in *As leis dos Espectáculos e Direitos Autorais do Teatro à Internet*, 1.ª Edição, Almedina, 2002, pp.65-95.

⁴²⁶ Não obstante uma parte da doutrina considerar este tipo de obras como “*obras virtuais*”, entendemos que o termo mais adequado para as mesmas será o de obras audiovisuais informatizadas. Isto porque o termo “obras virtuais” poderá remeter-nos para o universo da internet e das obras audiovisuais amadoras, das quais falaremos no nosso trabalho, o que poderá ser passível de gerar alguma confusão terminológica.

⁴²⁷ Um exemplo deste tipo de obras audiovisuais informatizadas são as obras cinematográficas a 3 dimensões. Cfr. CARLOS ROGEL VIDE in *Estudios Completos de Propiedad Intelectual, Volume II*, Reus, Madrid, 2006.

⁴²⁸ Neste sentido, HILARY PEARSON & CLIFFORD MILLER in *Commercial Exploitation of Intellectual Property*, Blackstone Press Limited, London, 1990, pp.104.

⁴²⁹ CATHERINE COLSTON in *Principles of Intellectual Property Law*, Cavendish Publishing Limited, London, 1999, pp.200-205.

audiovisual informatizada. No fundo, a “animação da obra” é gerada pelo computador, que quando utilizado pelos coautores diretamente, ou por intermédio dos técnicos contratados para o efeito, concretizam a obra final. Os *softwares* que permitem a criação dos efeitos 3D permitem a obtenção de milhares de possibilidades criativas que não estão ao alcance das capacidades físicas dos humanos⁴³⁰.

Outro bom exemplo deste tipo de obras audiovisuais informatizadas, são algumas obras de animação infantil compostas por videoclips, feitos a partir de cenários criados por computador, aos quais se acrescentam personagens animadas que irão interpretar e dar vida a uma história que é contada através da letra de uma música infantil⁴³¹. Estes videoclips infantis não poderão ser considerados videoclips, mas sim obras audiovisuais informatizadas, na medida em que os cenários que servem de base às personagens animadas são cenários informáticos e não cenários reais ou criados com recurso a outras técnicas que não as informáticas, bem como as personagens neles incluídas são intérpretes reais/fictícios, e não desenhos animados, característica essa que, regra geral, autonomiza os *videoclips* tradicionais e os diferencia destas obras audiovisuais infantis informatizadas. Estas obras audiovisuais informatizadas são, pelo supra exposto, obras assistidas por computador.

Existem ainda obras audiovisuais realizadas por profissionais que, à semelhança das obras videográficas, são concebidas para serem exibidas pela primeira vez na *internet*, sendo certo que têm que recorrer a programas informáticos para que tal seja possível, tendo como objetivo primordial o lucro, o que faz com que este tipo de obras sejam a maior manifestação de obras audiovisuais informatizadas.

Este tipo de obras audiovisuais informatizadas talvez possa ser assemelhado às obras multimédia, que gozam de proteção também enquanto obras audiovisuais, nos termos do n.º 2 alínea n) do Decreto-Lei 227/2006, de 15 de novembro, alterado pelo Decreto Lei 23/2014 de 14 de fevereiro, podendo estas serem também consideradas como obras multiplataforma, embora com

⁴³⁰ Neste sentido, JORGE ORTEGA, “Películas de Animación 3D y Propiedad Intelectual, Premio ASEDA 2010” in *Cuestiones Actuales de Propiedad Intelectual - Colección de Propiedad Intelectual*, Reus, Madrid, 2010, pp.9-27

⁴³¹ Vide a obra audiovisual informatizada contida no DVD *Jardim de infância 2 – 15 canções tradicionais infantis*, Karaoke e Animação, Edição Especial – Produções de Som e Imagem, Lda., com o registo n.º 9871/2007E, distribuído por o Mundo da Musica Flaviense, Lda.

algumas reservas. No entanto, esta consideração de obras audiovisuais informatizadas enquanto obras multiplataforma, deverá ter um alcance mais restrito, na medida em que o produto informático acaba aqui subjugado à obra audiovisual, enquanto que tal não acontece no caso das obras multimédia, que gozam de dupla proteção enquanto, obras multimédia e enquanto obras audiovisuais, em que não existe um domínio de um género de obra em relação à outra, mas sim uma complementaridade.

2.2. Os videoclips

Este tipo de obra audiovisual é aquela, que aparece mais intimamente ligada às obras fonográficas.

Os videoclips são obras audiovisuais atípicas na medida em que são filmes originais muito breves que têm como objetivo primordial impulsionar uma determinada banda musical ou uma música, de forma criativa e com suficiente autonomia, ainda que possam revestir, acessoriamente, carácter publicitário.

Ou seja, apesar de se promover uma obra musical através da associação de um conjunto de imagens nas quais poderão ou não surgir intérpretes reais ou fictícios de determinadas personagens, que constituem um filme muito curto, o objetivo é dar a conhecer de forma mais profunda o trabalho musical de uma pessoa, ou um conjunto de pessoas. A escolha de imagens e as emoções que as mesmas transmitem, são feitas, pensadas e planeadas pelos coautores da obra fonográfica, para que esta se possa elevar junto do seu público. A fugaz duração deste tipo de obras audiovisuais leva uma boa parte da doutrina a ficar relutante quanto à sua consideração como obra audiovisual. No entanto, a qualidade e a criatividade, normalmente apresentadas por este tipo de obras, não obstante a sua duração diminuta, não pode deixar margem para dúvidas. Para outros autores, as dúvidas quanto à consideração dos *videoclips* como obras audiovisuais, deve-se à ligação umbilical destas com a obra musical que é a maior protagonista das mesmas, entendendo que este tipo de obras audiovisuais são, nada mais, nada menos, que um prolongamento de uma determinada obra musical em concreto⁴³². A associação de imagens à música,

⁴³² Neste sentido, vide MARIO FABIANI in “Il Diritto di Autore”, *RTSIAE, Nuova Serie Anno LXXX, Aprile – Giugno, 2009, n.º 2, Milano, 2009*, pp.316-318, referindo-se à decisão do Corte di Appello di Roma – 5

permite que o enredo e a melodia se fundam e se transformem numa obra nova. Por isso mesmo, aqueles que consideram um *videoclip* como um prolongamento da obra fonográfica não podem negar a categoria de obra audiovisual a este tipo de obras. O enredo criativo associado à música permite-lhe desabrochar, atingindo uma plenitude só possível no audiovisual. A própria obra fonográfica, após incorporar o *videoclip*, passa a estar inevitavelmente ligada ao mini - enredo que a promove e conta a sua história⁴³³. No fundo, os videoclips permitem ao público apreender qual a mensagem, sentimentos e vivências que os autores da obra fonográfica pretendem passar ao seu público, estimulando, além do sentido da audição, também o da visão. O *videoclip* torna-se tão grandioso que tem que ser tratado de acordo com a tutela das obras audiovisuais, devendo complementarmente a obra fonográfica ser tratada de forma autónoma. Não obstante a ligação umbilical entre ambas, que é feita pelo entrosamento da melodia, ritmo, emoções, letra e argumento, ambas as obras merecem ser tratadas como obras distintas: o *videoclip* enquanto obra audiovisual, e a música, enquanto obra fonográfica.

Na realidade, o que torna os *videoclips* obras audiovisuais atípicas reside no fato de nas obras audiovisuais convencionais, de uma maneira geral⁴³⁴, se dar mais relevo ao aspeto visionado pelos espetadores, cujo enredo é pensado de raiz de forma totalmente criativa, enquanto que nestas obras, em concreto, se dá mais ênfase aquilo que é ouvido, sendo certo que o *videoclip* será uma obra criada por um processo semelhante ao da cinematografia, mais concretamente, ao dos filmes musicais, tendo por inspiração uma obra musical de sucesso que

maggio 2008 – Pres. O. Durante – Est. G. Sabeone- E.M.P. (Avv. L. Attolico e G. Quiriconi) c. RAI (Avv. R. Geremia).

⁴³³Em maio de 2016, a cantora Frances através da música *Grow*, musica essa cuja letra é sobre amar alguém e sobre querer manter essa pessoa por perto, é uma exceção à regra, na medida em que a sua utilização na campanha publicitária “40 anos EDP, Sempre Presente, Sempre Futuro” desenvolvida pela Agência MSTF Parteners, realizada por Marco Martins com a produtora Ministério dos Filmes, é mais do que uma simples publicidade já que conta uma história paralelamente à mensagem publicitária que é quase acessória à história que é contada. O enredo ali expresso consegue-se autonomizar da própria mensagem dos “sinais de luz”, e narra na perfeição a história da própria música *Grow*, como se de um *videoclip* se tratasse, o que é algo raríssimo de acontecer no panorama publicitário em geral. Por isso mesmo fica a reserva para nestes casos raros, os videoclips com enredo que passem também e quase que de forma acessória, uma mensagem publicitária, poderem ser também considerados como obras audiovisuais atípicas.

⁴³⁴Não obstante os filmes musicais, serem uma exceção a esta regra e, deste modo, assemelharem-se aos *videoclips*.

irá dar origem à obra audiovisual final, enquanto produto novo e autónomo da obra musical⁴³⁵.

Existe também quem considere os *videoclips* como obras audiovisuais compostas, considerando que estes são apenas uma transformação de uma obra musical preexistente, à qual se acrescentam sequências de imagens, movimentos e cenários ligados entre si, que tem como objetivo promover uma determinada obra musical, não obstante essa não ser a sua única finalidade⁴³⁶.

2.3. As obras incompletas

A maioria das legislações não coloca a possibilidade de uma obra audiovisual ficar incompleta. Muitas vezes por motivos como, a morte ou a incapacidade física ou psíquica de algum dos seus autores, situações de falta de financiamento súbito da obra ou a existência de algum litígio entre algum dos seus autores, uma obra audiovisual de qualquer género, poderá não chegar a completar-se como produto único. Se tal situação acontecer numa fase inicial da sua elaboração, não parece que aqui se levante algum problema, já que quanto muito, existem apenas contributos individuais que tinham uma finalidade que deixa de ser realizável. Porém, se a obra audiovisual estava quase completa, sendo interrompida por qualquer circunstância, aí poderão levantar-se questões bem mais preocupantes e às quais o legislador não tem como responder, por existir uma lacuna legal grave nesta matéria. A premissa de que partem a generalidade dos legisladores é a de que se a obra não está completa, não existe enquanto tal⁴³⁷. No entanto, esquecem-se que, em situações em que já foi feito um grande trabalho, implicando muito empenho dos seus autores e investimentos avultados, a obra incompleta não pode ser simplesmente ignorada. Devemos, portanto, aferir como melhor se poderão proteger os direitos dos autores das obras audiovisuais incompletas, sendo certo que ou se protegem os contributos individuais de cada um, ou se protege a totalidade da obra existente até então, não obstante a mesma não estar acabada. A doutrina é sensível a esta questão, defendendo que mesmo

⁴³⁵Neste sentido, VITTORIO M. DE SANCTIS in *La protezione delle opere dell'ingegno*, Giuffrè Editore, Milano, 2004, pp.337-339.

⁴³⁶ Vide, CARLOS ROGEL VIDE in *Estudios Completos de Propiedad Intelectual, Volume II*”, Reus, Madrid, 2006.

⁴³⁷Neste sentido, VITTORIO M. DE SANCTIS in *La protezione delle opere dell'ingegno*, Giuffrè Editore, Milano, 2004, pp. 241-275.

quando a obra não esteja finalizada, existe um conjunto de criações realizadas pelos seus autores, que deverão ser protegidas⁴³⁸. O nosso legislador, ao contrário de outros ordenamentos⁴³⁹, não tem uma norma específica que contemple a possibilidade de uma obra audiovisual ficar incompleta. No entanto, existem nesta questão três artigos do CDADC que não poderão deixar de ser analisados, a saber: os artigos 130.º, 135.º e 136.º. Ao olharmos para a letra do artigo 135.º do CDADC, deparamo-nos com um problema de ordem prática, na medida em que se refere a possibilidade de utilizar e reproduzir em separado a parte literária e a parte musical da obra audiovisual, desde que essa utilização não prejudique a exploração da obra no seu conjunto. No caso das obras incompletas, esta norma é difícil de aplicar, na medida em que a utilização em separado das contribuições individuais de cada autor na sua plenitude, não permitirá que algum dia se possa terminar a obra audiovisual e explorá-la enquanto tal. Por aqui poderíamos ficar com a ideia de que o nosso legislador se inclinaria mais para proteger os contributos individuais de cada autor no caso das obras incompletas. Contudo, essa é uma ideia inexata, na medida em que o legislador, no final do artigo, prevê que essa exploração individual só poderá ser feita “...contanto que não prejudiquem a exploração da obra no seu conjunto.”. Por aqui se vê que o legislador pensou esta norma para as situações em que a obra audiovisual está já completa e existe plenamente, dado que não se pode prejudicar algo que ainda não está totalmente realizado. A questão poderia ser ainda mais complexa, no caso de uma das contribuições individuais de algum dos autores estar já quase terminada, mas que ainda não gozasse de autonomia própria. A aplicação desta norma às obras incompletas, vedaria o direito, previsto no artigo 130.º do CDADC, do realizador e do produtor acordarem, entre si, o que poderia considerar-se a versão definitiva da obra audiovisual.

⁴³⁸Cfr. MARIA VICTORIA MAYOR DEL HOYO in *El Derecho de Autor sobre las Obras Cinematograficas en el Derecho Español*, Madrid, Colex, 2002, pp. 91ss.

⁴³⁹O ordenamento jurídico espanhol, nos artigos 91.º a 93.º do TRLPI, prevê essa possibilidade, dizendo que se por qualquer motivo os autores não acabarem a obra audiovisual, o produtor pode utilizar a parte já realizada, desde que respeite os direitos dos autores. No entanto, quando o artigo 91.º do TRLPI se refere aos direitos dos autores, só se está a referir aos direitos patrimoniais, na medida em que os direitos morais poderiam impedir esse aproveitamento, fato esse que o legislador esclarece no artigo 93.º do TRLPI, onde de forma explícita, “afasta” os direitos morais dos coautores nessa situação, enquanto a obra não esteja finalizada, sob pena de o direito à integridade da obra pelos autores sobre a obra incompleta ser um entrave ao término da obra.

Na nossa opinião, as obras audiovisuais incompletas terão que ser tratadas não como um aglomerado de contributos egoísticos em separado, mas como uma pseudo – obra ou um arquétipo final que implicará um esforço mínimo para que se torne realizável e que implica a existência de expetativas jurídicas. Para isso, temos, sem dúvida, numa primeira abordagem, que atender ao que foi acordado pelas partes no contrato de realização e de produção daquela determinada obra audiovisual. Quando um coautor ingressa num projeto de elaboração de uma qualquer obra audiovisual, o mesmo deverá estar de boa fé, não podendo estar de antemão a prever como irá explorar autonomamente o seu contributo⁴⁴⁰, no caso de a obra nunca se completar, ou então estar a maquinar como irá permitir que a obra audiovisual nunca fique terminada⁴⁴¹. Bem pelo contrário, todos os coautores devem empenhar-se no projeto de criação da obra audiovisual, como se de um “filho se tratasse”. Daí que seria útil prever em todos os contratos de realização ou de produção de uma obra audiovisual que os direitos morais sobre os contributos individuais de cada um ficariam “bloqueados” até à finalização da obra, de modo a garantir que a mesma, assim que estivesse completa, pudesse ser alvo de exploração moral e económica plena, exploração essa que seria realizada equitativamente por todos os coautores. Tal previsão, em nosso entender, não choca com a essência da proteção dos direitos de autor na medida em que não podem existir direitos morais plenos sobre algo que formalmente não se completou e não se realizou na sua totalidade. Aliás, quando um coautor assume o compromisso de contribuir para a realização de uma obra audiovisual, ele tem que ter consciência de que os seus direitos só existirão completamente apenas e só quando aquela obra estiver finalizada, porque até lá, qualquer coautor pode ter apenas a expetativa de adquirir esses direitos. Essa previsão, nos

⁴⁴⁰ De salientar que não se considerará como estando de má fé o coautor de uma obra musical preexistente que aceita integrá-la numa determinada obra audiovisual. Diferente será se o coautor da obra audiovisual a quem incumbe a parte musical da mesma, se tiver comprometido para realizar um trabalho específico para aquela obra audiovisual em concreto e em função dela.

⁴⁴¹ Tal obrigação de agir de boa fé resulta do previsto no artigo 227.º do Código Civil relativamente à culpa na formação dos contratos, no qual se exige que tanto nos preliminares, como na formação do contrato as partes devem agir de boa fé. Não obstante este preceito da “*culpa in contrahendo*”, ser um preceito do direito civil geral, este deverá ser aplicado no âmbito dos direitos de autor, devendo pois exigir-se aos coautores da obra audiovisual que quando assumem a responsabilidade de dar o seu contributo pessoal para a finalização de uma obra audiovisual, mediante a obtenção de algumas contrapartidas morais e patrimoniais, no contrato de realização ou produção de uma determinada obra, ajam de acordo com os princípios gerais da boa fé, antes, durante e após a celebração do contrato.

contratos de realização ou produção das obras audiovisuais, obrigaria a um esforço para a finalização da obra, tanto por parte dos seus coautores, como por parte do seu produtor, o que evitaria situações de impasse na concretização deste tipo de obras, na medida em que a sua realização interessaria a todos. Para isso, seria relevante que se acrescentasse um número ao artigo 136.º do CDADC, já que este artigo se refere ao cumprimento do contrato, mais concretamente, à possibilidade de resolução do contrato por parte dos coautores caso o produtor da obra, não conclua a produção no prazo de 3 anos após a entrega dos seus contributos individuais. Assim sendo, seria muito relevante a existência de um número neste artigo onde se previsse as responsabilidades dos coautores quanto à situação das obras incompletas, onde se determinaria que os direitos morais dos coautores da obra audiovisual só poderiam ser exercidos plenamente sob a condição própria, instituída pelas partes, de que a obra audiovisual se encontraria completa. Esta seria uma condição suspensiva, na qual as partes subordinariam a produção de um efeito do negócio jurídico (neste caso, os direitos morais dos coautores), à produção de um acontecimento futuro e incerto (que seria a finalização da obra audiovisual)⁴⁴². Nada obsta a que os contratos de realização ou produção audiovisual sejam condicionáveis. Deste modo, deverá aplicar-se o regime jurídico previsto nos artigos 270.º n.º 1, 272.º, 273.º e 275.º n.º2 do Código Civil para tutelar as obras audiovisuais, de modo a poder proteger-se a expectativa jurídica das obras que estejam incompletas. Isto porque o artigo 270.º n.º 1 prevê que as partes, que aqui são os coautores e o produtor, possam subordinar um acontecimento futuro e incerto, que aqui será a conclusão da obra audiovisual, à produção dos efeitos do negócio jurídico, que neste caso seria a obtenção dos direitos morais plenos sobre a obra. Sendo a sua tutela completada pelos artigos supra referenciados.

No entanto, desta situação excetuar-se-iam o caso de autores de obras preexistentes⁴⁴³, que estivessem já completas no momento em que se iniciasse a elaboração do contrato de realização ou produção da nova obra audiovisual e

⁴⁴² Neste sentido, vide HEINRICH EWALD HORSTER in *A parte geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, 1992, pp. 491-492.

⁴⁴³ Como é o caso de obras musicais, literárias ou audiovisuais preexistentes, cujos coautores seriam convidados a colaborar com a incorporação/adaptação das mesmas na realização da nova obra audiovisual.

na qual se iriam incorporar. Situação essa, em que os direitos morais dos autores dessas obras preexistentes, não seriam afetados por esta estipulação. Parece-nos óbvio que a obra audiovisual incompleta não será passível de ser “desmembrada”. Daí que será importante protegê-la enquanto expectativa jurídica, como um todo único. Como bem refere HEINRICH EWALD HORSTER⁴⁴⁴ *“Se a produção de efeitos de um negócio está subordinada à verificação de uma condição, o negócio jurídico embora validamente concluído não transferiu ainda os direitos ou obrigações que tem por objeto...A estipulação de uma condição pelas partes conduz desta forma a um estado de pendência...Não existe ainda um direito pleno na pessoa do adquirente, mas já um direito à aquisição plena que podemos designar por expectativa jurídica”*.

Ao aplicarmos este raciocínio, por analogia, às obras audiovisuais incompletas, verificamos que o mesmo lhes confere uma proteção jurídica válida. Se o contrato de realização ou de produção audiovisual fizer depender os seus efeitos da finalização da obra, muito embora o negócio tenha sido validamente concluído entre o produtor e os coautores da obra audiovisual, os direitos e as obrigações que o contrato gera, só terão efeito se a obra ficar concluída. Assim sendo, os coautores não têm direitos morais plenos sobre a obra, mas sim o direito de os adquirir plenamente, ou seja, têm a expectativa jurídica de ter direitos morais plenos sobre a obra, assim que se verifique a condição da sua conclusão. A concretização total dos direitos morais dos autores depende da condição suspensiva da realização plena da obra audiovisual⁴⁴⁵. No entanto, esta expectativa jurídica dos coautores, existente quando a obra audiovisual ainda está incompleta, terá sempre que ser protegida⁴⁴⁶.

3. As obras audiovisuais e o improviso amador disponíveis na *world wide web*

Uma das manifestações mais atípicas de obras audiovisuais que tem surgido nos últimos tempos, são as obras amadoras, as quais, muitas vezes são realizadas de improviso e que tem em vista a obtenção de protagonismo

⁴⁴⁴ In *A parte peral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, 1992, pp.492-493.

⁴⁴⁵ Cfr. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO in *Teoria geral do Direito Civil*, Coimbra, 3.ª edição, Coimbra Editora, 1996, pp.555-571.

⁴⁴⁶ Neste sentido, vide MARIA VICTORIA MAYOR DEL HOYO in *El Derecho de Autor sobre las Obras Cinematograficas en el Derecho Español*, Madrid, Colex, 2002, pp.91-93.

pessoal ou económico, por parte dos seus intérpretes, que, na maioria dos casos, são também os seus argumentistas e realizadores. O mundo virtual, que a *internet* nos permite descobrir, difunde milhares de milhões deste tipo de obras audiovisuais amadoras. Basta abrirmos uma página do *You Tube*⁴⁴⁷ ou do *facebook* para nos depararmos com uma infinidade de obras amadoras de todos os géneros e feitios. A nova realidade com que nos deparamos dificulta a aplicação dos direitos de autor no meio digital dada a novidade e constante mutabilidade tecnológica em que este meio está imiscuído. O aumento gritante de obras audiovisuais amadoras deve-se ao fato de os servidores *web* como o *You Tube* terem revolucionado o direito de divulgação, no que respeita a permitir que uma qualquer simples produção audiovisual com recurso a técnicas simples, por uma qualquer câmara de vídeo, seja divulgada apenas com um conjunto de “cliques” num computador com ligação à *internet*; a promoção constante das redes sociais junto dos utilizadores da *internet* e que as tornou numa “tendência de moda” estimulou a criatividade dos criadores do audiovisual amador, bem como o fenómeno cultural de os utilizadores/público em geral terem vontade de visualizar material não filtrado e não tratado profissionalmente⁴⁴⁸.

Estas obras audiovisuais amadoras estão acessíveis ao público, sendo certo que a sua divulgação é feita no mundo virtual da *world wide web*, através do *streaming*. O *streaming* é uma nova tecnologia utilizada para distribuir informação multimédia através de uma rede (no caso a *internet*). Neste sistema, as informações multimédia (sejam elas, obras ou não) não são arquivadas pelo utilizador que as recebe, sendo apenas reproduzidas à medida que chegam ao utilizador, desde que a sua largura de banda seja suficiente para reproduzir os conteúdos em tempo real. Isto permite que um utilizador reproduza conteúdos protegidos pelos direitos de autor na *internet* sem a violação desses direitos. Esta nova tecnologia é já utilizada nos canais de rádio (*web rádio*) ou televisão com emissão aberta na *internet* (*web tv*) e no *You tube* ou outros servidores *web* semelhantes, onde os autores das obras audiovisuais

⁴⁴⁷ Este site foi criado em 2005 por Chad Hurley, Steve Chen e Jawed Karim para permitir aos seus utilizadores/criadores, carregar e partilhar obras audiovisuais amadoras e originais em formato digital.

⁴⁴⁸ Vide, STEFANIA ERCOLANI, “Una Sommessa Riflessione sul diritto d’autore all’epoca Della convergenza (Seconda parte)”, *RTSIAE, Anno LXXIX, Gennaio - Marzo, 2008, n.º 1, Milano, 2008*, pp.1-20.

amadoras as disponibilizam⁴⁴⁹. O *streaming* pode ainda assumir duas formas diferentes: o *live streaming* em que existe divulgação das obras em direto (o mais utilizado para as transmissões da *web rádio* e da *web tv*) e o *streaming on demand* pelo que as obras são divulgadas em diferido (sistema este utilizado por *web servers*, como o *you tube*, e que implicam que a obra já tenha sido fixada num qualquer suporte antes da sua digitalização e consequente divulgação). Nesta senda, as obras audiovisuais amadoras são fixadas num suporte vídeo, digitalizadas e posteriormente enviadas para o servidor *web* que posteriormente irá difundir o seu conteúdo. Esta difusão é aquilo a que hoje em dia chamamos de *webcasting*, que funciona à semelhança do *broadcasting*. Contudo, em vez de a comunicação pública se fazer pela via tradicional, a mesma é feita através do mundo virtual da *internet*⁴⁵⁰.

Estas obras poderão, em nosso entender, ser chamadas de obras virtuais, por duas ordens de razões: o seu amadorismo, pelo fato de estas resultarem de improvisos dos seus intérpretes e criadores, bem como pelo fato de este tipo de obras ser divulgada virtualmente através do *streaming*, enquanto nova tecnologia, que permite apenas a reprodução das obras audiovisuais amadoras, sem que possa existir a gravação das mesmas.

Quanto às motivações para a divulgação das obras audiovisuais amadoras na rede, existem várias, entre elas temos aqueles criadores/intérpretes que maioritariamente utilizam o mundo virtual da *internet*, com o fim de adquirir fama e protagonismo que, posteriormente, lhes permita darem-se a conhecer no mundo audiovisual e ou musical, como intérpretes ou criadores; existem ainda alguns casos de intérpretes/criadores deste tipo de obras amadoras que disponibilizam as mesmas na rede apenas por questões egocêntricas ou pessoais e que resultam de atitudes espontâneas dos mesmos; bem como existem situações em que os seus criadores/intérpretes pretendem explorar economicamente a sua obra audiovisual, nomeadamente tendo em vista receitas provenientes de publicidade que poderá ser associada à sua obra audiovisual amadora, consoante o número de visualizações que a mesma alcance na rede. As marcas associam muitas vezes os seus produtos às obras

⁴⁴⁹ Neste sentido, vide GAIA MARI, “Brevi Cenni in Tema di Web Radio, Broadcasting e Webcasting”, *RTSIAE, Nuova serie, Anno LXXX, ottobre-dicembre 2009 n.º 4, Milano, 2009*, pp. 547-556.

⁴⁵⁰ Neste sentido, vide Gaia Mari in “Brevi Cenni in Tema di Web Radio, Broadcasting e Webcasting”, *RTSIAE, Nuova serie, Anno LXXX, ottobre-dicembre 2009 n.º 4, Milano, 2009*, pp. 547-556.

audiovisuais amadoras, na medida em que estas permitem captar novos consumidores e consumos, com uma publicidade paga a preços que para as grandes marcas, são bastante reduzidos. Esta publicidade *low cost* tem um alcance muito maior, dado que chega a um maior e mais variado número de consumidores (dado ter uma visibilidade mundial) do que a publicidade efetuada pelos meios tradicionais, que está sempre limitada pelo princípio da territorialidade⁴⁵¹.

Quando existem este tipo de obras amadoras, resultantes muitas vezes do improviso, e dado que estas estão ao dispor, sendo divulgadas para um público muito mais vasto do que o da generalidade das obras audiovisuais típicas, tais obras também terão de ser protegidas enquanto obras audiovisuais, muito embora essa proteção tenha que ser necessariamente mais reduzida do que as obras audiovisuais profissionais e tradicionais. A proteção que deverá ser dada a este tipo de obras audiovisuais atípicas, deverá ser aquela que os direitos de autor conferem aos improvisos de autor, ou, não sendo improvisos, deverão ser protegidas, somente, se satisfizerem os requisitos de proteção nos termos gerais⁴⁵². Contudo terão que existir critérios que determinem quais são as obras audiovisuais amadoras que poderão ser protegidas pelos direitos de autor, à semelhança do que acontece com os improvisos de jazz⁴⁵³. Os legisladores, de uma maneira geral, são omissos quanto a este tipo de critérios que visam a proteção das obras audiovisuais amadoras, principalmente porque as mesmas são muito recentes e uma boa parte da doutrina não as considera como obras audiovisuais na sua essência. Ao indagarmos qual seria um critério eficaz para proteger esta nova manifestação de obras audiovisuais, ocorre-nos desde logo atender à existência de uma sequência de sons e imagens que derivem da existência de um enredo ficcional ou real, que seja fruto de um argumento original, que tenha um nexo causal mínimo, entre si. Além disso, a execução de tal enredo e argumento por parte dos seus intérpretes deverá ser

⁴⁵¹ Vide, STEFANIA ERCOLANI in “Una Sommessa Riflessione sul diritto d’autore all’epoca Della convergenza (Seconda parte)”, *RTSIAE, Anno LXXIX, gennaio - marzo, 2008, n.º 1, Milano, 2008*, pp.1-20.

⁴⁵² Neste sentido, STEFANIA ERCOLANI in “Una Sommessa Riflessione sul diritto d’autore all’epoca Della convergenza (Seconda parte)”, *RTSIAE, Anno LXXIX, gennaio - marzo, 2008, n.º 1, Milano, 2008*, pp.1-20 e GAIA MARI, “Improvisazioni d’autore”, *RTSIAE, Anno LXXVIII, ottobre – dicembre, 2007, n.º 4, Milano, 2007*, pp.549-559.

⁴⁵³ Nos improvisos de jazz protegem-se os mesmos, de acordo com a sua melodia e com a sua harmonia da peça musical interpretada.

criativa ao ponto de se poder considerar que existe uma verdadeira representação da personagem. A existência de um critério deste tipo, apesar de ser demasiado vago e generalista, permitiria fazer a triagem necessária entre o que poderão ser consideradas obras audiovisuais amadoras e o que é pura e simplesmente uma filmagem de promoção pessoal; desprovido de enredo, de argumento original, e de uma interpretação criativa por parte de quem representa as personagens, elementos próprios de uma obra audiovisual, quer a mesma seja profissional ou amadora⁴⁵⁴.

As obras audiovisuais amadoras, enquanto obras atípicas, levantam-nos muitas vezes outro problema relacionado com a autoria⁴⁵⁵, nomeadamente se estivermos perante uma obra anónima. A partir do momento em que uma obra audiovisual amadora existe, ela terá obrigatoriamente que ser fruto da originalidade criativa de uma pessoa humana⁴⁵⁶. O anonimato é um direito próprio das pessoas físicas, direito esse que decorre dos direitos de personalidade previstos nos artigos 70.º e seguintes do Código Civil. Muito embora toda e qualquer pessoa tenha direito ao nome ou ao pseudónimo, nos termos previstos nos artigos 72.º e 74.º do Código Civil, certo é que poderá existir uma limitação voluntária desse direito, nos termos do artigo 81.º do mesmo código, permitindo-se por essa via também o direito ao anonimato. Considerando esta possibilidade, o legislador nos artigos 30.º e 33.º do nosso CDADC, prevê o regime aplicável às obras de autores anónimos e a duração dos seus direitos⁴⁵⁷. Determina assim o artigo 30.º no seu n.º1, o seguinte: *“Aquele que divulgar ou publicar uma obra com o consentimento do autor, sob nome que não revele a identidade deste ou anonimamente, considera-se representante do autor, incumbindo-lhe o dever de defender perante terceiros*

⁴⁵⁴ Neste sentido, GAIA MARI in “Improvvisazioni d'autore”, *RTSIAE, Anno LXXVIII, ottobre – dicembre, 2007, n.º 4, Milano, 2007*, pp.555-556.

⁴⁵⁵ Muito embora a temática da autoria da obra audiovisual, seja tratada na parte II do nosso trabalho, entendemos ser pertinente fazer neste ponto esta referência à questão do anonimato de obras que se podem considerar como obras audiovisuais.

⁴⁵⁶ Cfr. FRANCESCA ANTONELLA RODRIGUEZ SPINELLI “Consideraciones en torno a la Autoría y Titularidad en las Obras Anónimas y Seudónimas”, in *Sujetos del Derecho de Autor*, coord. CÉSAR IGLESIAS REBOLLO, Reus, Madrid, 2007, pp.31-41.

⁴⁵⁷ No que respeita à duração dos direitos de autor das obras anónimas, muito embora o prazo de proteção das obras, seja igual ao das demais com autores conhecidos, ou seja 70 anos, certo é que o critério utilizado para a contagem do prazo poderá prejudicar os autores anónimos, já que o prazo é de 70 anos após a sua publicação ou divulgação, enquanto que nas obras de autores conhecidos os 70 anos caducam após a morte do coautor que falecer em último lugar. Porém deverá entender-se que esta diferença de critério na contagem do prazo dos 70 anos, será “o preço a pagar” pelo direito ao anonimato.

os respetivos direitos, salvo manifestação de vontade em contrário por parte do autor.”⁴⁵⁸, acrescentando ainda o seu n.º2 que “O autor pode a todo o tempo revelar a sua identidade e a autoria da obra, cessando a partir desse momento os poderes de representação referidos no número precedente.”. Parece-nos óbvio que nada obsta a que este preceito normativo possa ser aplicado às obras amadoras audiovisuais, embora existam alguns reparos que não podemos deixar de salientar. Normalmente, quem publica uma obra audiovisual amadora na rede, fá-lo pessoalmente, ainda que o possa fazer de forma anónima, sendo que serão raros os casos em que um terceiro exerça validamente essa publicação. Além do mais, parece que seria deveras importante, no que respeita às obras audiovisuais amadoras, se o conteúdo do artigo 30.º do CDADC fosse aplicado, existindo também uma aplicação complementar, feita por analogia, do regime previsto nos artigos 75.º a 78.º do Código Civil, no que respeita às cartas – missivas confidenciais e não confidenciais, bem como das memórias familiares e outros escritos confidenciais e sua respetiva publicação. No que respeita ao anonimato ou à utilização de pseudónimos, neste tipo de obras uma coisa é certa: não obstante não existir o nome, ou a identidade civil de uma pessoa física, associado a uma obra audiovisual amadora, tal não significa que o seu autor ou coautores, renunciem expressa ou tacitamente ao direito moral de paternidade sobre aquela obra, por si criada⁴⁵⁹.

3.1 Obras Órfãs

Quando falamos de obras órfãs, devemos ter presente que o conceito de autor e de obra são incindíveis. Apesar de podermos separadamente cada um dos conceitos, eles estão interligados e um necessita do outro para fazer sentido a sua existência. Apesar de como bem refere CARIDAD DEL CARMEN VALDÉZ DÍAZ⁴⁶⁰ *não existir obra sem autor, nem autor sem obra*, a obra pode viver autonomamente sem o autor, e é neste contexto que surge a problemática das

⁴⁵⁸ A letra do artigo 30.º do CDADC revela claramente a influência do preceituado quanto às obras anónimas na Convenção de Berna, nomeadamente do seu artigo 15.3.

⁴⁵⁹ Neste sentido, *vide* FRANCESCA ANTONELLA RODRIGUEZ SPINELLI, “Consideraciones en torno a la Autoría y Titularidad en las Obras Anónimas y Seudónimas”, in *Sujetos del Derecho de Autor*, coord. CÉSAR IGLESIAS REBOLLO, Reus, Madrid, 2007, pp.36-37.

⁴⁶⁰ In “Obras inéditas, anónimas, seudónimas, póstumas y huérfanas” in *Colección de Propiedad Intelectual*, Reus, Madrid, 2014, pp.45.

obras órfãs⁴⁶¹. Esta questão apesar de ser um problema antigo (do século passado) tem ganho uma maior dimensão com as possibilidades atuais de digitalização e colocação das obras na *internet*, e com isso disponíveis à escala global⁴⁶². Aliás, digitalizar uma obra implica a sua cópia, o que por si só levanta imediatamente problemas de propriedade intelectual⁴⁶³.

As obras órfãs e o seu estatuto aparecem descritas nos artigos 26.º-A e 26.º-B do CDADC⁴⁶⁴, cuja introdução no Código do Direitos de Autor e Direitos Conexos resulta da transposição da diretiva 2012/28/EU do Parlamento e do Conselho de 25 de outubro 2012⁴⁶⁵. A diretiva prevê a utilização das obras órfãs apenas pelas entidades públicas previstas no seu artigo 1.º, sendo que a utilização feita destas mesmas obras é apenas para fins culturais e educativos nos termos do seu artigo 6.º n.º 2. Pelo que se deixará à responsabilidade dos legisladores nacionais o enquadramento das demais situações de utilização das obras órfãs desde que não contrariem o previsto na diretiva⁴⁶⁶. A transposição literal desta diretiva pelo nosso ordenamento jurídico cria um problema prático de aplicação. Isto porque a diretiva Europeia dirige-se apenas à regulamentação da utilização das obras órfãs em determinadas situações, sendo que o legislador ao transpor tal e qual a diretiva para o CDADC deixa desprotegidas muitas obras órfãs e seu enquadramento jurídico, o que deverá ser corrigido com celeridade pelo nosso legislador, visto que dar proteção a determinadas obras órfãs deixando outras de fora, cria disparidades jurídicas incompreensíveis numa matéria tão delicada e importante, dado o enorme número de obras órfãs que existem em todos os quadrantes da propriedade

⁴⁶¹ Neste sentido vide CARIDAD DEL CARMEN VALDÉS DÍAZ, “Obras inéditas, anónimas, seudónimas, póstumas y huérfanas” in *Colección de Propiedad Intelectual*, Reus, Madrid, 2014, pp.43-63.

⁴⁶² Neste sentido vide JUAN MENDOZA DIAZ in “Notas Cubanas a Las Obras Húerfanas” in *Colección de Propiedad Intelectual*, Reus, Madrid, 2014, pp.113-121.

⁴⁶³ Neste sentido vide IÑIGO NAVARRO MENDIZÁBAL, “Autores Ausentes y Obras Huérfanas in Estados Cíviles y Derechos de Autor”, in *Colección de Propiedad Intelectual*, Reus, Madrid, 2015, pp.135-168.

⁴⁶⁴ Artigos estes aditados ao CDADC pela Lei 32/2015 de 24 de abril.

⁴⁶⁵ Diretiva relativa a determinadas utilizações permitidas de obras órfãs para fins culturais ou educativos (cf. art.º 6.º n.º 2), aplicável a partir de 29 de outubro de 2014, nos termos do artigo 8.º da Diretiva, sem prejuízo de quaisquer atos concluídos ou de direitos adquiridos antes dessa data. A diretiva surge no âmbito da União Europeia para ser uma espécie de resposta ao projeto da *Google Books* que implicava a digitalização massiva de diversas obras, de modo a colmatar algumas das omissões legais existentes relativamente às obras órfãs. Neste sentido vide MARIA SERRANO FERNÁNDEZ, “Propiedad Intelectual en el siglo XXI: Nuevos Continentes y su incidencia en el Derecho de Autor” in *Colección de Propiedad Intelectual*, Reus, Madrid, 2014, pp.143-169.

⁴⁶⁶ Neste sentido, MARIA SERRANO FERNÁNDEZ, “Propiedad Intelectual en el siglo XXI: Nuevos Continentes y su incidencia en el Derecho de Autor” in *Colección de Propiedad Intelectual*, Reus, Madrid, 2014, pp.143-169.

intelectual à escala global. O livro verde com a epígrafe *O Direito de Autor na Economia do Conhecimento*⁴⁶⁷ em 2008 chamava já à atenção para a necessidade de criar meios para que o utilizador não fosse responsável pela infração dos direitos de autor, atribuindo a responsabilidade pela busca dos autores das obras órfãs aos Estados Membros que deverão promover a criação de *listas de obras órfãs conhecidas*. O livro verde faz uma especial menção às obras audiovisuais alertando para o fato de “*A falta de dados sobre o detentor dos direitos de autor pode constituir um obstáculo à disponibilização em linha ao público dessas obras e pode impedir atividades de restauro digital. Este é particularmente o caso dos filmes órfãos.*”

Foi com alguma surpresa que o texto da diretiva comunitária 2012/28/EU do Parlamento e do Conselho de 25 de outubro 2012 foi recebido, na medida em que em 19 de outubro de 2009 a Comissão Europeia aprovou a comunicação sobre “*Os direitos de autor na economia do conhecimento*” na qual se antevia que a comissão pretendia regular as obras órfãs em toda a sua plenitude, na medida em que previa entre as formas de tratar as obras órfãs na UE, várias opções entre elas: não interferir no tratamento destas obras pelas legislações nacionais; criar uma exceção legal aos direitos de autor nas quais se permitia a utilização das obras; aprovar uma licença coletiva ampliada para estas obras; criar uma licença específica para as obras órfãs que deveria ser concedida pelas entidades de gestão coletiva; criar essa licença específica que seria concedida por um organismo público próprio e o reconhecimento mútuo das previsões de cada país para as obras órfãs. Olhando para a abrangência destas formas de tratamento, nunca se poderia prever que a diretiva regulasse apenas a utilização das obras órfãs por organismos públicos, apenas para fins culturais e educativos, o que deixa uma lacuna jurídica considerável quanto às demais utilizações deste tipo de obras e fragiliza os direitos de autor dos seus titulares⁴⁶⁸.

No nosso CDADC as obras órfãs aparecem definidas no artigo 26.º-A como “*as obras intelectuais protegidas em que nenhum dos seus titulares de direitos*

⁴⁶⁷ Livro verde “O Direito de Autor na Economia do Conhecimento”, C.O.M. (2008) 466 final, Bruxelas, 16 de julho de 2008, mais concretamente no seu ponto 3.1.3. pp.10.

⁴⁶⁸Neste sentido, MARIA SERRANO FERNÁNDEZ, “Propiedad Intelectual en el siglo XXI: Nuevos Continentes y su incidencia en el Derecho de Autor” in *Colección de Propiedad Intelectual*, Reus, Madrid, 2014, pp.143-169.

estiver identificado ou se, apesar de identificado nenhum deles tiver sido localizado.”.

Por esta definição é perceptível que falar de obras órfãs é muito mais do que atender ao sentido literal da palavra “órfã”, já que também têm esse estatuto aquelas obras, cujos titulares de direitos não puderem ser localizados. Isto significa que a obra órfã é aquela em que se desconhece quem é o autor ou sabe-se quem é o autor, mas não se pode ou consegue localizar o titular dos direitos sobre as obras, que muitas vezes já nem será o próprio autor, mas sim os seus herdeiros ou até mesmo por exemplo, uma instituição⁴⁶⁹. De salientar que se existirem vários autores ou vários titulares de direitos sobre a obra e se apenas um ou alguns deles forem identificados ou localizados, a obra deverá considerar-se *parcialmente órfã*⁴⁷⁰. Porém alguns autores entendem que estas obras deixarão de ser obras órfãs⁴⁷¹. Não podemos concordar com esta posição porque os autores identificados de uma obra parcialmente órfã, não poderão decidir pelos autores que não sejam localizáveis⁴⁷².

O n.º 2 do artigo 26.º-A refere um elenco exemplificativo de obras que podem ser consideradas como obras órfãs, referindo-se na sua alínea b) às “*obras cinematográficas ou audiovisuais produzidas por organismos de radiodifusão de serviço público até 31 de dezembro de 2002 e existentes nos seus arquivos*”⁴⁷³. Não se compreende porque é que esta alínea só se refere apenas a obras cinematográficas ou audiovisuais produzidas por organismos de radiodifusão de serviço público, seria melhor referir-se apenas a obras

⁴⁶⁹Neste sentido, IÑIGO NAVARRO MENDIZÁBAL, “Autores Ausentes y Obras Huérfanas” in *Estados Civiles y Derechos de Autor – Colección de Propiedad Intelectual*, Reus, Madrid, 2015, pp.135-168.

⁴⁷⁰Neste sentido, IÑIGO NAVARRO MENDIZÁBAL, “Autores Ausentes y Obras Huérfanas” in *Estados Civiles y Derechos de Autor – Colección de Propiedad Intelectual*, Reus, Madrid, 2015, pp.135-168.

⁴⁷¹Neste sentido, MARIA SERRANO FERNÁNDEZ, “Propiedad Intelectual en el siglo XXI: Nuevos Continentes y su incidencia en el Derecho de Autor” in *Colección de Propiedad Intelectual*, Reus, Madrid, 2014, pp.143-169.

⁴⁷²Entendemos que se se pretender utilizar uma obra parcialmente órfã e se tiver a autorização dos autores localizados para a utilização da obra, estes não poderão decidir pelos autores ausentes, devendo existir um suprimento judicial de consentimento que deverá ser pedido tanto pelos autores localizados da obra parcialmente órfã como por uma entidade de gestão coletiva de direitos. Porém poderemos ter um problema quando os autores identificados e localizados negam a autorização de utilização da obra. Nestes casos poderá levantar-se a questão se será lícito as entidades de gestão coletiva pedirem o suprimento judicial de consentimento para a utilização dessas obras para os autores não localizados. À primeira vista esse pedido não teria qualquer efeito útil, mas se os titulares de direitos não localizados, entretanto aparecerem, as entidades de gestão coletiva poderão correr o risco de ser acusadas de má gestão.

⁴⁷³Este prazo resulta do previsto no artigo 1.º n.º 2 al. c) da Diretiva 2012/28/EU do Parlamento e do Conselho de 25 de outubro de 2012.

audiovisuais, já que obras órfãs poderão ser todas e quaisquer obras audiovisuais independentemente da sua origem.

A alínea d) do n.º 2 do mesmo artigo estabelece uma presunção de razoabilidade de não oposição dos titulares dos direitos da utilização das obras que nunca foram publicadas, distribuídas ou colocadas à disposição do público pelos organismos públicos de radiodifusão, o que em nosso entender deveria aplicar-se a todas as obras. Porém entendemos o sentido desta presunção à luz da consideração (11) da Diretiva 2012/28/EU do Parlamento e do Conselho de 25 de outubro 2012 que prevê na sua última parte que *“...As obras cinematográficas e audiovisuais e os fonogramas conservados em arquivos de organizações de radiodifusão de serviço público que não tenham sido produzidos ou encomendados por essas organizações mas cuja utilização pelas mesmas tenha sido autorizada ao abrigo de um acordo de licenciamento não deverão ser abrangidos pelo âmbito de aplicação da presente diretiva”*. Porém como já referimos a diretiva comunitária refere-se apenas a algumas utilizações das obras órfãs tendo o legislador Português confundido “a parte com o todo” ao incluir numa norma que deveria servir todas as obras órfãs, regras que servem só algumas dessas obras.

O n.º 3 do artigo 26.º-A, prevê que a consideração de uma obra como sendo uma obra órfã depende da realização de uma pesquisa diligente e de boa fé e de um registo prévio que deverá ser realizada pelos organismos de radiodifusão de serviço público ou pelas bibliotecas. Mais uma vez consideramos que essa pesquisa deveria ser realizada nestes termos por quem pretendesse utilizar a obra em questão, devendo a mesma ser registada na biblioteca nacional de Portugal de acordo com o previsto no n.º 7 da mesma norma. Essa pesquisa desde que cumpra os requisitos legalmente previstos poderia ser realizada por qualquer entidade ou pessoa sem um risco acrescido para o tráfego jurídico, pelo que não se entende esta limitação do n.º 3 do artigo 26.º-A do CDADC. O n.º 4 da mesma norma esclarece o que se entende por pesquisa diligente e de boa fé, indicando de forma exemplificativa as entidades que deverão ser consultadas. No âmbito das obras audiovisuais em concreto refere-se o registo do IGAC na al. e) e os registos da Cinemateca-Portuguesa, Museu do Cinema I.P. designadamente o arquivo nacional de imagens em movimento e do Centro Português de Fotografia na alínea f). No

âmbito das obras audiovisuais não entendemos porque o legislador nacional não considerou o n.º4 do anexo da diretiva 2012/28/EU que refere que no âmbito destas obras a necessidade de pesquisa de forma mais ampla em: a) *depósito legal*; b) *associações de produtores no respetivo país*; c) *as bases de dados das instituições responsáveis pelo património cinematográfico e sonoro das bibliotecas nacionais*; d) *as bases de dados com as normas e identificadores relevantes, nomeadamente a norma ISAN (International Standard Audiovisual Number), para o material audiovisual...*; e) *as bases de dados das sociedades de gestão coletiva de direitos relevantes, em especial no que diz respeito a autores, artistas, intérpretes ou executantes...e produtores de material audiovisual*; f) *as fichas técnicas e outras informações constantes da embalagem das obras* e g) *as bases de dados de outras associações relevantes que representem uma categoria específica de titulares de direitos*". Mas o n.º5 deste artigo tem uma exceção importante que beneficia as obras audiovisuais, ao prever que *"No caso da primeira publicação ou difusão da obra ter sido efetuada em território português, a pesquisa diligente e de boa-fé deve ser efetuada neste território, com exceção das obras cinematográficas ou audiovisuais e das fixadas em fonograma que sejam produzidas ou coproduzidas por produtores com a sua sede ou a sua residência habitual num Estado membro da União Europeia, caso em que a pesquisa se efetua no Estado membro da sua sede ou da sua residência habitual"*. Esta exceção permite salvaguardar os direitos de uma grande parte das obras audiovisuais órfãs, já que na sua maioria a sua origem não é nacional. Além desta previsão a diretiva comunitária no seu artigo 4.º estabelece o reconhecimento mútuo de uma obra que seja considerada órfã, num país da União, deverá ser reconhecida como tal nos demais países da união, o que confere maior proteção a este tipo de obras. No que respeita ao registo das pesquisas diligentes para encontrar os titulares de direitos sobre as obras, devemos salientar que, de forma assertiva, o legislador Português no artigo 26.º-A do CDADC prevê a necessidade de manter os registos das pesquisas diligentes atualizados e disponibilizá-los regularmente para que constem da base de dados central e publicamente acessível em linha e gerida pela biblioteca nacional de Portugal. Estabelece também o n.º 8 do mesmo artigo que esses registos devem ser transmitidos regular e imediatamente ao Instituto de

Harmonização do Mercado Interno⁴⁷⁴ com informações relativas aos resultados das pesquisas diligentes que permitam considerar uma obra com o estatuto de obra órfã, as utilizações feitas da referida obra, as alterações feitas ao estatuto de obra órfã⁴⁷⁵ e os dados de contato e informações sobre a obra ou sobre os titulares de direitos sobre a mesma. Estas bases de dados têm especial relevância na medida em que ajudam a diminuir as infrações aos direitos de autor relativamente às obras órfãs, o que reveste uma especial importância nos casos em que as obras órfãs deixam de o ser, casos esses em que os autores das mesmas já identificados ou localizados deverão ter direito à competente remuneração pelas utilizações feitas da sua obra, se a mesma ainda não tiver caído no domínio público⁴⁷⁶.

Já o artigo 26.º- B do CDADC que tem como epígrafe “*Termo do Estatuto de Obra Órfã*” prevê no seu n.º 1 que os titulares de direitos sobre a obra possam a todo tempo reclamar os seus direitos sobre a obra pondo termo ao estatuto da obra órfã. Nestes casos poderá continuar a utilizar-se a obra se os titulares de direitos sobre a mesma o autorizarem. Mas estes terão sempre direito a uma compensação equitativa pela utilização da sua obra nos termos do n.º2 do mesmo artigo, devendo essa compensação ser calculada de acordo com os requisitos previstos no n.º3, ou seja, tendo “...em conta a natureza não comercial da utilização feita, a eventual gratuitidade do ato, os objetivos de interesse público envolvidos, designadamente o acesso à informação, à educação e à cultura, bem como os eventuais danos patrimoniais injustificados sofridos pelos titulares de direitos.”

De salientar que o tratamento jurídico da obra órfã que é imperativo dar a este tipo de obra, refere-se a obras que estejam em domínio privado, passíveis de proteção dos direitos de autor dos titulares. As obras órfãs não são obras passíveis de uma utilização livre e gratuita, o que acontece é que não se sabe a quem ou a onde pagar pela sua utilização. Assim sendo, essa obra não está à livre disposição de quem a encontre, a obra é de alguém, e a propriedade

⁴⁷⁴ De modo a cumprir o previsto no artigo 3.º n.º 6 da Diretiva 2012/28/EU do Parlamento e do Conselho de 25 de outubro de 2012.

⁴⁷⁵ Caso esta deixe de ser assim considerada por se terem encontrado os titulares de direitos sobre a mesma ou porque esses titulares se manifestaram voluntariamente.

⁴⁷⁶ Neste sentido, MARIA SERRANO FERNÁNDEZ, “Propiedad Intelectual en el siglo XXI: Nuevos Continentes y su incidencia en el Derecho de Autor” in *Colección de Propiedad Intelectual*, Reus, Madrid, 2014, pp.143-169.

intelectual da obra deve ser respeitada, à semelhança do respeito que a generalidade das pessoas tem por objetos corpóreos que lhes são alheios. Não devemos, contudo, esquecer, que existe uma quota parte de responsabilidade dos autores no facto de as suas obras se terem tornado obras órfãs, já que estes ou não identificaram devidamente a sua obra ou não são facilmente localizáveis por motivos que a si próprios dizem respeito⁴⁷⁷.

A importância das obras órfãs prende-se com o facto de ser muito difícil por vezes utilizá-las legalmente. Existem milhões de obras que não são utilizadas por não serem conhecidos ou por estarem em parte incerta os seus autores. As obras órfãs caídas em domínio público, não levantam questões jurídicas de maior, mas muito mais complexos serão os casos de obras órfãs em que os seus autores ainda são titulares de direitos executáveis sobre as mesmas. De referir que nos casos de haver mais do que um titular de direitos, como acontece com os coautores da obra audiovisual, se um deles for localizado, não se poderá falar de obra órfã ⁴⁷⁸.

A fim de se ter uma melhor visão sobre a problemática das obras órfãs e as dificuldades que as mesmas levantam em termos jurídicos, um estudo realizado no Reino Unido em 2009 pela *British Library* relata que *40% das obras são órfãs e a localização dos titulares de direitos sobre a obra demora cerca de 150 horas. Sendo que 22% dos titulares de direitos não podiam ser localizados e 36% não respondem aos pedidos de cessão de direitos*. Entre os utilizadores deste tipo de obras, o mesmo estudo refere que *60% das pessoas utilizam as obras correndo o risco de infringir a lei, 14% utiliza-as para fins académicos, 10% para fins internos e 9% não utilizava as obras*⁴⁷⁹. A fim de travar estes números alarmantes e salvaguardar os titulares de direitos das obras, com estatuto de obras órfãs e no intuito de diminuir o número de obras assim consideradas a União Europeia criou o projeto *ARROW (Accessible Registries of Rights Information and Orphan Works)*, em Setembro de 2008, envolvendo estados membros e organizações internacionais para determinar o estado dos direitos das obras órfãs, inicialmente apenas para as obras

⁴⁷⁷ Neste sentido, IÑIGO NAVARRO MENDIZÁBAL, “Autores Ausentes y Obras Huérfanas in Estados Civiles y Derechos de Autor” in *Colección de Propiedad Intelectual*, Reus, Madrid, 2015, pp.135-168.

⁴⁷⁸ Neste sentido, PASCUAL BARBERÁN MOLINA in *Temas de actualidad en derechos de autor*, ACTA, 2011, Madrid, pp.18-23.

⁴⁷⁹ Neste sentido, PASCUAL BARBERÁN MOLINA in *Temas de actualidad en derechos de autor*, ACTA, 2011, Madrid, pp.20-21.

literárias, estendendo os seus serviços para o domínio do audiovisual em Abril de 2011, possuindo também um registo alargado das obras órfãs, que também deveria ser consultado nas pesquisas diligentes previstas no n.º3 e n.º4 do artigo 26.º-A do CDADC.

As obras órfãs são uma realidade preocupante, existindo um estudo realizado nos Estados Unidos que determina que 98% das obras ficam órfãs 55 anos após a sua publicação/divulgação⁴⁸⁰.

As obras órfãs movem-se entre dois interesses distintos, mas igualmente importantes, nos quais, de um lado temos a proteção dos direitos do autor da obra, e do outro, o direito social ao acesso à cultura⁴⁸¹.

Segundo JUAN MENDOZA DIAZ⁴⁸² existe um paradoxo associado às obras órfãs de que *quanto menor é o valor comercial de uma obra, menor é a probabilidade de encontrar o titular e obter a sua autorização para utilizar a obra*. Assim sendo estas obras de valor comercial residual são aquelas que implicam maiores custos na busca daqueles que são os titulares de direitos sobre a obra.

Tendo em conta que o fenómeno das obras órfãs começou em meados do séc. XX, convém indagarmos porque é que este fenómeno não existia em séculos anteriores. A única justificação que se encontra prende-se com os prazos de proteção dos direitos de autor sobre as obras. Na Europa, de um modo geral, o prazo de proteção dos direitos sobre as obras no séc. XIX era de apenas 14 anos. Entendemos que esse prazo era demasiado curto. Porém, atualmente o prazo é de 70 anos, contados desde a morte do último dos seus criadores ou desde que as obras foram conhecidas ou divulgadas licitamente, existindo autores que defendem que o prazo mais ajustado deveriam ser os 50 anos de modo a que a obra caísse mais depressa no domínio público e que com isso se permitissem novos usos da obra ou até mesmo o seu arquivamento para a sua

⁴⁸⁰ Neste sentido *vide* ANTÓNIO CARLOS MOTA MACHADO in *Direitos Autorais e obras órfãs* disponível em www.conteudojuridico.com.br/artigo,direitos-autorais-e-as-obras-orfas,51101.html consultado em 3 de fevereiro de 2017.

⁴⁸¹ Neste sentido *vide* JUAN MENDOZA DIAZ, “Notas Cubanas a Las Obras Húerfanas” in *Colección de Propiedad Intelectual*, Reus, Madrid, 2014, pp.113-121.

⁴⁸² In “Notas Cubanas a Las Obras Húerfanas” in *Colección de Propiedad Intelectual*, Reus, Madrid, 2014, pp.116.

preservação⁴⁸³. Existe mesmo uma corrente doutrinária composta por vários acadêmicos e instituições maioritariamente norte americanos, denominada de “*teoria dos commons*” que defende o encurtamento dos prazos de proteção e a não ampliação do leque de obras protegidas pelos direitos de autor, justificando que quanto maiores forem os prazos de proteção, maior será a possibilidade de abandonar a exploração comercial da obra e mais difícil será localizar/identificar os sucessores dos titulares dos direitos sobre a obra⁴⁸⁴.

Apesar de entendermos a razão apontada, não a aceitamos porque não podemos deixar de ter presente que o prazo de proteção de 70 anos é uma conquista importante dos autores das obras, pelo que será preferível continuarem a existir obras órfãs, do que se desmerecerem os direitos dos seus autores, encurtando excessivamente o prazo da sua proteção. Ademais restringir o leque de obras protegidas pelos direitos de autor numa época em que todos os dias surgem novas formas de arte e de expressão original, seria um verdadeiro atentado contra a propriedade intelectual na sua essência. A solução não passará por encurtar os prazos de proteção dos direitos sobre a obra, nem restringir o leque de obras protegidas, mas sim procurar formas diligentes de encontrar os seus autores em tempo útil, permitindo uma maior utilização das obras, bem como criar mecanismos legais de recurso para os casos em que os titulares de direitos não respondem às solicitações realizadas por quem pretende utilizar legitimamente a obra. Mecanismos esses que poderiam passar por adotar a *teoria Landes e Posner*⁴⁸⁵, que defende que como a duração muito ampla dos direitos de autor incorre no risco de passados muitos anos a primeira comunicação pública da obra, seja impossível identificar e/ou localizar os titulares de direitos, propõe que exista uma inscrição inicial dos direitos de autor que deveria ser renovada periodicamente pelos titulares dos direitos, o que em teoria poderia ser perpétuo. Porém essa inscrição e renovação dos direitos obrigaria os seus titulares a uma exploração efetiva da obra, cuja renovação de direitos implicaria o pagamento de uma taxa que aumentaria progressivamente ao logo dos anos.

⁴⁸³ Neste sentido vide ANTÓNIO CARLOS MOTA MACHADO in *Direitos Autorais e obras órfãs* disponível em www.conteudojuridico.com.br/artigo,direitos-autorais-e-as-obras-orfas,51101.html consultado em 3 de fevereiro de 2017.

⁴⁸⁴ Neste sentido vide ISABEL ESPÍN ALBA, *Obras huérfanas y derecho de Autor*, Aranzadi, Navarra, 2014, pp.48-87, pp.131-137.

⁴⁸⁵ Vide ISABEL ESPÍN ALBA *Obras huérfanas y derecho de Autor*, Aranzadi, Navarra, 2014, pp.59-60.

Assim só as obras efetivamente exploradas pelos titulares de direitos permaneceriam na exclusividade dos direitos de autor, passando todas as demais para o domínio público⁴⁸⁶. Outro dos mecanismos que poderia ser utilizado passaria por um suprimento judicial de consentimento para um uso lícito da obra à luz do direito de autor, pedido pelos interessados na utilização (supervisionados por uma entidade de gestão coletiva) ou por uma entidade de gestão coletiva, uso esse pelo qual os autores da obra receberiam uma compensação justa e equitativa definida judicialmente.

Parece-nos que o mais seguro seria tratar as obras órfãs através do regime jurídico próprio de proteção do património dos ausentes previsto nos artigos 89.º e seguintes do Código Civil, que deveria aplicar-se às obras órfãs por analogia. O artigo 89.º prevê que poderá ser considerado como ausente “...aquele que desapareceu sem que dele se saiba parte e sem ter deixado representante legal ou procurador...”. Ora os autores da obra órfã poderão enquadrar-se perfeitamente na definição de ausente. Assim sendo deveria ser nomeado um curador para administrar as obras órfãs que poderia ser uma entidade de gestão coletiva de direitos, enquanto interessada na conservação da obra e dos seus direitos, nos termos dos artigos 89.º n.º 1, 92.º n.º1 e 99.º do Código Civil⁴⁸⁷, devendo a entidade de gestão coletiva ser remunerada pela curadoria nos termos do previsto no artigo 96.º do Código Civil.

Esta curadoria exercida pelas entidades de gestão coletiva deveria cessar em caso de localização dos autores das obras órfãs, devendo ser-lhes devolvidas as remunerações obtidas com a sua obra, aplicando-se aqui também por analogia o previsto nos artigos 112.º e 119.º do Código Civil.

No caso concreto das obras audiovisuais órfãs essa remuneração teria que ser dividida pelos coautores da obra, ou pelos seus herdeiros, no caso de

⁴⁸⁶ Neste sentido, ISABEL ESPÍN ALBA, *Obras huérfanas y derecho de Autor*, Aranzadi, Navarra, 2014, pp.48-87.

⁴⁸⁷ Inicialmente essa curadoria seria provisória, transformando-se posteriormente em definitiva caso tivessem passados 2 anos sem se saber do ausente se este não tivesse deixado representante legal ou procurador, ou passados 5 anos após a ausência nos casos de existir um representante legal ou um procurador, nos termos do previsto no artigo 99.º do Código Civil, existindo assim uma justificação da ausência. Porém, no caso das obras órfãs em vez de a gestão de direitos sobre a obra passar para os herdeiros, por uma questão de transparência e retidão na distribuição das remunerações provenientes da utilização das obras, essa gestão deverá continuar a pertencer à entidade de gestão coletiva que deverá entregar essas remunerações ou aos autores das obras se estes aparecerem e as reclamarem antes das obras caírem no domínio público ou àqueles que façam prova de que são herdeiros dos autores e que comprovem a morte destes perante a entidade de gestão coletiva, tendo direito a essas remunerações nas mesmas condições.

falecimento de algum ou de todos os coautores sendo que se algum não pudesse ser localizado, esse valor permaneceria com a entidade de gestão coletiva, podendo ser reclamado por estes, enquanto a obra não caísse no domínio público⁴⁸⁸.

Outra solução utilizada nos países nórdicos e de leste, como é o caso da Noruega e da República Checa, passa pelas entidades de gestão coletiva de direitos concederem licenças coletivas ampliadas para a utilização das obras órfãs, nas quais o seu utilizador paga pelo seu uso, tendo essas entidades o ónus de fazer a pesquisa diligente dos titulares dos direitos. Nestes casos, se o titular de direitos for encontrado ou aparecer voluntariamente a reclamar os seus direitos sobre a obra, será remunerado pelas utilizações feitas da sua obra, caso contrário tais valores serão utilizados em projetos de digitalização de outras obras órfãs⁴⁸⁹. Essa remuneração que poderá ser reclamada pelos autores da obra até ali considerada como órfã é muito importante, de modo a dirimir um eventual interesse, na orfandade da obra, por parte das instituições que permitissem a sua utilização para determinados fins⁴⁹⁰.

Poder-se-ia também criar um órgão de administração geral e multidisciplinar⁴⁹¹ das obras órfãs que concedesse autorizações de uso específico ou permitisse a utilização massiva de algumas obras, consoante os casos concretos da sua utilização⁴⁹².

O Papel dos Sujeitos da Obra Audiovisual na sua Qualificação

4. A atribuição unilateral ou multilateral de direitos de autor de uma obra audiovisual

Depois de nos pronunciarmos sobre quem poderá ter legitimidade para ser considerado como coautor da obra audiovisual, resta-nos analisar o modo

⁴⁸⁸ Neste sentido vide IÑIGO NAVARRO MENDIZÁBAL in “Autores Ausentes y Obras Huérfanas” in *Estados Civiles y Derechos de Autor – Colección de Propiedad Intelectual*, Reus, Madrid, 2015, pp.135-168.

⁴⁸⁹ Neste sentido vide JUAN MENDOZA DIAZ, “Notas Cubanas a Las Obras Húerfanas” in *Colección de Propiedad Intelectual*, Reus, Madrid, 2014, pp.113-121.

⁴⁹⁰ Neste sentido vide IÑIGO NAVARRO MENDIZÁBAL, “Autores Ausentes y Obras Huérfanas in *Estados Civiles y Derechos de Autor*” in *Colección de Propiedad Intelectual*, Reus, Madrid, 2015, pp.135-168.

⁴⁹¹ De modo a que abarcasse todo o tipo de obras órfãs independentemente da sua natureza.

⁴⁹² Neste sentido vide ANTÓNIO CARLOS MOTA MACHADO in *Direitos Autorais e obras órfãs* disponível em www.conteudojuridico.com.br/artigo,direitos-autorais-e-as-obras-orfas,51101.html consultado em 3 de fevereiro de 2017.

como serão atribuídos os direitos destes sujeitos. Falaremos do modo pelo qual os coautores adquirirão os seus direitos. A forma de atribuição de direitos de autor sobre a obra audiovisual será diferente, dependendo se consideramos estas obras como obras em colaboração ou obras coletivas. Se entendermos as obras audiovisuais como obras em colaboração, os direitos de autor serão adquiridos por aqueles que forem considerados como os seus coautores de forma direta e equitativa, segundo as regras da compropriedade⁴⁹³. Isto porque as obras em colaboração são obras “atomizadas”, nas quais existe a reunião de várias obras autónomas que são realizadas para que possam ser utilizadas em conexão⁴⁹⁴.

Se considerarmos as obras audiovisuais como obras coletivas, a atribuição dos direitos é feita de forma indireta, na medida em que é a figura do organizador/produtor que “adquire” esses direitos que serão posteriormente garantidos aos seus coautores, mediante aquilo que tiver sido acordado contratualmente entre o organizador/produtor e cada coautor de forma individual. Declinamos conceber as obras audiovisuais como obras coletivas, porque entendemos que o mecanismo de atribuição legal de direitos de autor através de uma ficção legal é demasiado artificial. Se considerássemos a obra audiovisual como obra coletiva, atribuíam-se ao abrigo da ficção legal, direitos de autor a um não autor, sendo que no caso de a entidade a quem essa atribuição é feita, ser uma pessoa coletiva, tal atribuição é proibida, dado que os direitos de autor só poderão ser atribuídos a pessoas singulares⁴⁹⁵. Pelos motivos anteriormente expostos e sobre os quais não nos voltaremos a debruçar, sob pena de nos tornarmos repetitivos, consideramos a obra audiovisual como obra em colaboração também pela justiça existente no modo transparente de atribuição dos direitos de autor a cada um dos coautores da obra audiovisual. Já a consideração da obra audiovisual como obra coletiva faz depender a atribuição de direitos de autor sobre a obra audiovisual, do acordo das partes, dependendo assim, do princípio da liberdade contratual. Não nos parece que a

⁴⁹³ Neste sentido, vide VITTORIO M. DE SANCTIS in *La protezione delle opere dell'ingegno*, Giuffrè Editore, Milano, 2004, pp.249-257.

⁴⁹⁴ Neste sentido ALEXANDRE DIAS PEREIRA in *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital*, Coimbra Editora, Coimbra 2001, pp.288. Em sentido oposto vide OLIVEIRA ASCENSÃO in “Propriedade Intelectual e Internet”, texto correspondente à Conferência pronunciada na II Ciberética, Florianópolis, em 14 de novembro de 2003, p.1-25.

⁴⁹⁵ Neste sentido, ALEXANDRE DIAS PEREIRA in *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital*, Coimbra Editora, Coimbra 2001, pp.291.

raiz legal de atribuição de direitos de autor pretendesse que a defesa dos direitos dos coautores das obras audiovisuais, cujos contributos têm grande relevância, e poderão até mesmo ser considerados como uma forma de arte, dependessem da vontade das partes, o que mitigaria, desde logo, a defesa dos direitos de autor na sua plenitude.

Dentro da consideração da obra audiovisual como obra em colaboração, na qual a atribuição dos direitos de autor é feita diretamente a cada um dos seus coautores, entendemos poderem existir três formas distintas de atribuição destes direitos: a atribuição presuntiva, a atribuição *ex lege* e a atribuição derivada. A existência de uma destas formas de atribuição não implica a inexistência das demais. No nosso ordenamento jurídico existem várias manifestações de diferentes formas de atribuição que se conjugam e complementam entre si. A atribuição presuntiva de direitos de autor espelha-se, desde logo no n.º 2 e no n.º 3 do artigo 14.º e no n.º 3 do artigo 17.º do CDADC. Nos casos omissos presume-se a atribuição dos direitos de autor a um conjunto de sujeitos que o legislador entende ter legitimidade para que os mesmos lhe sejam atribuídos. A utilidade da atribuição presuntiva de direitos de autor reside no fato de colmatar eventuais falhas ou omissões das partes, sem que as mesmas possam importar uma não atribuição de direitos de autor ou uma falsa atribuição dos mesmos a sujeitos, aos quais não se pretende que acedam a quaisquer direitos desta natureza. A atribuição *ex lege* é aquela que resulta diretamente da lei e, por isso mesmo, a mais utilizada em sede de atribuição de direitos de autor sobre as obras audiovisuais. Os artigos 14.º, n.º 1 e n.º 4, 15.º, 17.º, n.º 1 e n.º 2, 18.º, 134.º e 135.º do CDADC espelham bem essa atribuição direta operada pelo simples cumprimento das normas legalmente estatuídas. A aquisição derivada é aquela que se revela mais complexa. Isto porque a obra audiovisual é composta por um conjunto de contributos individuais que necessitam de ser reunidos para que a obra exista plenamente. Só depois da reunião desses contributos e de a “*unidade ontológica independente*”⁴⁹⁶ da obra audiovisual existir plenamente é que se poderão atribuir direitos à obra, cuja existência deriva, da reunião desses

⁴⁹⁶ Neste sentido, vide CONCEPCIÓN SAIZ GARCIA in *Obras Audiovisuales y Derechos de Autor*, Aranzadi, Navarra, 2002, pp.70-71.

contributos⁴⁹⁷. Mesmo os contributos que se consigam individualizar da obra, sendo separáveis da mesma, só serão protegidos enquanto tal, depois da reunião com os demais contributos que formam a obra em si mesma. Como manifestação deste tipo de atribuição derivada de direitos de autor aos coautores da obra audiovisual referimos o artigo 135.º e o artigo 126.º, n.º 3 do CDADC.

A atribuição de direitos de autor, em princípio, é feita àquele que detém a qualidade de autor, mas existem algumas exceções a esta regra. Basta olharmos para a ressalva feita no artigo 11.º, no artigo 14.º e no artigo 27.º, n.º 3 do CDADC, para percebermos que o sujeito a quem são atribuídos os direitos de autor poderá não ser o seu criador intelectual, já que estes poderão ser atribuídos ao sucessor do autor ou ao transmissário, seja ele entidade empregadora ou mandante. Estes artigos espelham a transmissão indireta de direitos. No caso dos “transmissários”, deveremos entender que a cedência de uso que é feita dos direitos de autor estará sempre sujeita às limitações implícitas (dos direitos morais) impostas pela natureza subjetiva dos direitos de autor.

O sistema jurídico britânico prevê a atribuição indireta de direitos de autor a uma pessoa diferente daquela que criou a obra em três casos: quando a obra é feita por um autor/trabalhador ao abrigo de um contrato de trabalho; quando a obra é feita por um trabalhador do Estado e quando a obra é criada por um autor para uma organização internacional que adquire esses direitos⁴⁹⁸. Nem sempre o titular do direito de autor é o autor da obra. Contudo, a diferença entre autoria e titularidade não deverá ser a regra, mas a exceção. Importa, pois, definir ambas as figuras. O titular de direitos de autor é aquela pessoa que tem a faculdade de exercício desses direitos, podendo incluir-se aqui os autores da obra, os seus herdeiros e os “transmissários”⁴⁹⁹. O autor da obra é a pessoa que realiza o trabalho intelectual criativo que está na origem da criação da obra. Por causa desse trabalho a obra é exteriorizada e materializa-se

⁴⁹⁷ Convém, no entanto, salientar que se esses “contributos” preexistirem como obras independentes, a proteção dessas mesmas obras, existe de forma individualizada e as mesmas serão passíveis de atribuição de direitos de autor, enquanto obras autónomas de outro género, que não o de obra audiovisual.

⁴⁹⁸ Vide RICHARD BUTLER in *Copyright, Designs and Patents: The New Law*, Longman, London, 1989, “Chapter 3”.

⁴⁹⁹ Neste sentido, vide MABEL GOLDSTEIN in *Derecho de Autor e Protección Jurídica de la Creatividad*, Ediciones La Rocca, Cefyl, Buenos Aires, 1995, pp.67-85.

enquanto um todo único e acabado. A importância da distinção entre titularidade de direitos e autoria é devesas importante, na medida em que a condição de autor é intransmissível e eterna⁵⁰⁰.

Assim sendo, podemos verificar que autoria e titularidade de direitos poderão não coincidir, não obstante tal fato não retirar ao criador intelectual da obra a sua qualidade de autor e os direitos morais sobre a obra, que derivam da sua personalidade e são uma manifestação desta que se materializam numa atitude própria, de criação da obra⁵⁰¹. Convém, no entanto, ressaltar mais uma vez, que este desvio, ao princípio de que os titulares de direitos de autor são os seus criadores intelectuais, é a exceção e não a regra. Sendo que a regra será sempre esta: a titularidade dos direitos de autor sobre a obra pertence ao seu autor real, nos termos do artigo 56.º do CDADC, não obstante as possibilidades previstas nos artigos 11.º e 27.º, n.º 3 que também enquadram legalmente as situações excepcionais. Pese embora, a existência de exceções, certo é que a atribuição originária dos direitos de autor não pode ser feita a outra pessoa que não o seu criador intelectual. De forma exemplar, o Professor ORLANDO DE CARVALHO⁵⁰² define esta titularidade originária referindo que *“Autor é quem cria a obra e só ele. Direito de autor, quer na vertente juspersonal (direito de personalidade), quer na vertente jusdominial (direito de propriedade), tem-no, ab origine, o autor e apenas o autor. O que acontece é que o direito de propriedade é um direito disponível e, em certas circunstâncias, pode ser cedido antes da publicação da obra e com vista a esta: é o que, maladroitement, se diz no art. 11.º do Código, exigindo-se “disposição expressa” do autor, que, mesmo depois de tal disposição, continua a ser o autor e o titular do direito de personalidade correlativo”*. A atribuição de direitos de autor feita por via da exceção à regra será sempre uma atribuição indireta, dado que esta, em circunstância alguma, poderá operar *ex lege*, visto que essa possibilidade é contra a natureza jurídica dos direitos de autor.

Devemos ainda referir que a atribuição de direitos de autor é uma atribuição livre e não depende da capacidade jurídica das pessoas singulares às quais

⁵⁰⁰ Cfr. CARLOS ROGEL VIDE & EDUARDO SERRANO GOMEZ in *Manual de Derecho de Autor*, Reus, Madrid, 2008, pp. 25-33.

⁵⁰¹ Neste sentido, ALEXANDRE DIAS PEREIRA in *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital*, Coimbra Editora, Coimbra 2001, pp.274-302.

⁵⁰² Vide, “Os direitos de personalidade de autor” in *Num novo mundo de direito de autor?*, pp.543.

estes direitos são atribuídos, sendo que esta atribuição pode ser feita a qualquer pessoa singular podendo esta, até ser inimputável em razão da menoridade, interdição ou inabilitação. O nascimento dos direitos de autor só necessita da ocorrência de um fato intelectual criativo que possa, pelas suas características, conferir à pessoa que o realizou, a qualidade de autor ou coautor de uma obra audiovisual. Ainda que esse ato tenha sido um ato involuntário, o seu criador intelectual será considerado como o seu autor, pertencendo-lhe os correspondentes direitos de autor. A única diferença entre autores capazes e incapazes está na gestão dos seus direitos de autor. Quando os autores são capazes, eles podem reger e administrar os seus direitos de forma independente, ao passo que se os mesmos forem incapazes vão ter que ser auxiliados por um tutor, curador ou pelos progenitores para poderem administrar a parte económica desses seus direitos. Nos termos do artigo 69.º do CDADC os autores incapazes poderão exercer os seus direitos morais sobre a obra, desde que tenham entendimento natural. Aqui entendemos que a administração da parte patrimonial dos direitos de autor dos incapazes, deveria ser sempre avaliada judicialmente, de modo a garantir uma maior transparência e confiança na administração da parte patrimonial deste tipo de direitos. Contudo no que toca à parte moral dos seus direitos de autor, serão os próprios incapazes que poderão decidir a divulgação, modificação ou retirada da obra conjuntamente com os demais coautores, sem que nenhum representante legal possa decidir por si nesta matéria, devendo os eventuais conflitos entre coautores serem dirimidos judicialmente. Esta consideração advém do fato de estes direitos serem irrenunciáveis, inalienáveis e intransmissíveis⁵⁰³.

Dentro da atribuição dos direitos de autor deveremos ainda distinguir as obras de autoria única daquelas a que poderemos chamar de obras de estrutura complexa em virtude de serem realizadas por uma pluralidade de coautores, cujas contribuições surgem, tendo por base um ditame criativo de inspiração comum, que subjaz e se materializa no trabalho individual, que cada coautor realiza, perseguindo o objetivo de concretizar a obra intelectual comum, ou seja

⁵⁰³ Neste sentido, *vide* VITTORIO M. DE SANCTIS in *I soggetti del diritto d'autore*, seconda edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2005, pp.19-29.

a obra audiovisual final⁵⁰⁴. Distinção essa que faremos em seguida, de modo a identificarmos as problemáticas próprias de cada uma destas atribuições de direitos de autor.

4.1. A obra multi autoral

Um dos traços que melhor define e distingue a obra audiovisual, de uma maneira geral, é a existência de uma pluralidade de sujeitos com a qual esta estabelece várias relações jurídicas distintas. Entre essas pessoas estão os coautores, enquanto titulares dos direitos de autor gerados por essas obras, os produtores enquanto entidades que procederão à exploração económica da obra, os intérpretes que dão “vida” às personagens da obra e os técnicos que auxiliam os coautores a materializarem os seus contributos criativos intelectuais. A relação mais importante que se estabelece entre a obra e os sujeitos que acabamos de enumerar é aquela que existe entre a obra e os seus coautores. Esta é a relação jurídica que potencia todas as outras, que a obra audiovisual possa ter com os demais sujeitos, e sem a qual, estas não existiriam. Pela leitura dos artigos 126.º, n.º 1 e 130.º do CDADC, poderíamos ficar convencidos de que a relação principal que se estabeleceria com a obra audiovisual seria a desta com o produtor, mas tal não corresponde à verdade. Isto porque se assim fosse, não era necessário existirem contratos de produção que se realizam entre os coautores e os produtores⁵⁰⁵, dado que estes teriam uma relação privilegiada com a obra audiovisual. A redação de ambas as normas do CDADC (artigos 126.º, n.º 1 e 130.º) revela-nos a influência anglossaxónica relativa à figura do produtor. Contudo, as mesmas deverão ser interpretadas com prudência e não podem ser descontextualizadas. O n.º 3 do 126.º claramente identifica o produtor como representante dos coautores enquanto mandatário destes. Pelo que o n.º 1 do artigo 126.º deverá ser interpretado tendo em conta que o produtor apenas disponibiliza os meios económicos e financeiros necessários para a realização da obra, como se de um patrocinador se tratasse, sendo certo que se aquele produtor não quiser financiar a realização de uma determinada obra

⁵⁰⁴Cfr. RICARDO ANTEQUERA PARILLI in *Manual para la enseñanza virtual del Derecho de Autor y los Derechos Conexos*, Editora Corripio, C. por A., Caracas, 1.ª Edición, Tomo I, 2001, pp.95.

⁵⁰⁵ Neste sentido, NAZARETH PÉREZ DE CASTRO in *Las Obras Audiovisuales. Panorámica Jurídica*, Reus, Madrid, 2001, pp.60-62.

audiovisual, facilmente se encontrará outro que esteja nessa disposição. No fundo, quanto muito, ao produtor poderá ser-lhe permitida a exploração económica da parte patrimonial dos direitos de autor⁵⁰⁶.

Quanto ao artigo 130.º, parece-nos que aquilo que o legislador pretendeu dizer ao determinar que “*Considera-se pronta a obra cinematográfica após o realizador e o produtor estabelecerem por acordo a sua versão definitiva*”, é que a obra estará pronta, quando esta estiver conforme com o previsto no acordo ou contrato de produção. Se outro fosse o entendimento, pareceria que a lei atribuiria a qualidade de coautor ao produtor, quando este não reúne os requisitos mínimos necessários para ser como tal considerado. O financiamento da obra não é, nem nunca será, um contributo intelectual criativo de relevo para a versão final da obra, contributo esse, próprio e exclusivo dos coautores das obras audiovisuais⁵⁰⁷. Entendemos até que no âmbito da atribuição dos direitos de autor, o produtor tem uma importância relativizada, na medida em que o produtor não tem direitos de autor *ab initio* mas podem ser-lhe licenciados ou transmitidos direitos patrimoniais⁵⁰⁸. Esse licenciamento de direitos, deriva de o produtor usar a sua capacidade financeira e ser por causa dela, que se fixa pela primeira vez a obra audiovisual. Mas, a relação que o produtor tem com a obra audiovisual pode muito bem enquadrar-se no artigo 13.º do CDADC que prevê o regime legal da obra subsidiada, no qual o financiador não adquire pelo fato de contribuir financeiramente para a sua realização qualquer dos poderes incluídos nos direitos de autor, não adquirindo por nenhuma via qualquer tipo de direito sobre a obra.

Existem alguns autores que, apesar de reconhecerem a pluralidade de coautores da obra audiovisual, entendem que o papel do diretor/realizador é de tal forma essencial para a existência da obra audiovisual, que este deveria destacar-se dos demais coautores, devendo ter direitos de autor de categoria superior aos demais coautores, que teriam apenas direitos comuns, devendo

⁵⁰⁶ Cfr. VITTORIO M. DE SANCTIS e MARIO FABIANI in *I Contratti di Diritto di Autore*, seconda edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2007, pp.329-343.

⁵⁰⁷ Neste sentido vai a decisão do tribunal de Cour d'appel de Paris, CA Paris, 16 mai, 1994, Ramdam (JCP G 1995 II,22375, note crit. X. Linant de Bellefonds; RTD com1995, pp. 124, obs. A Françon) na qual se rejeita que o produtor seja autor único da obra, referindo que nunca uma obra audiovisual pode ser de autoria de alguém que não realiza a obra em si mesma.

⁵⁰⁸ Vide ALEXANDRE DIAS PEREIRA in *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital*, Coimbra Editora, Coimbra 2001, pp. 221-227 e BENJAMIN MONTELS in *Contrats de l'audiovisuel*, LexisNexis, S.A., Paris, 2007, pp.17-30.

considerar-se este sujeito, como o verdadeiro autor da obra, dada a transversalidade das suas funções ao longo de toda a obra⁵⁰⁹. Esta posição não nos parece atendível, na medida em que consideramos que as contribuições de todos os coautores da obra estão em posição paritária e de igual importância para a sua realização, não obstante reconhecermos que alguns contributos têm a capacidade de ser mais transversais do que outros. Mas, todos são para nós igualmente importantes e, como tal, não diferenciáveis entre si em termos de atribuição de direitos de autor. Por isso consideramos que as obras audiovisuais são obras em colaboração. O trabalho artístico realizado por cada um dos coautores, não poderá ser atribuído ao produtor. Diferente seria se no nosso sistema o produtor fosse o realizador, o que não acontece. O produtor nos termos do artigo 126.º do CDADC, atendendo à letra da lei, é o empresário que organiza o financiamento da obra, não tendo qualquer trabalho criativo⁵¹⁰. Esse trabalho artístico de cada um dos coautores não pode ser esquecido; por isso entendemos que considerar a obra audiovisual como obra em colaboração é um merecido reconhecimento pela realização do trabalho criativo de todos estes sujeitos que são os coautores da obra.

Devemos ainda ter presente que, apesar de a lei determinar expressamente quem são considerados como coautores da obra audiovisual, mais concretamente no artigo 22.º do CDADC, esta lista não deveria ser considerada *de iure condendo* como uma “lista cerrada” estabelecida a favor dos sujeitos ali mencionados como coautores, na medida em que poderão existir outros sujeitos que poderão incluir-se nesta lista desde que reúnam as condições mínimas necessárias para serem considerados como coautores da obra audiovisual. Pelo que, além de o legislador prever a lista de quem pode ser considerado como coautor, deveria determinar quais os requisitos mínimos que qualquer pessoa tem que reunir para poder ser considerada como coautora da obra audiovisual, sob pena de se prejudicarem os direitos de autor de alguns sujeitos que em múltiplas circunstâncias devem ser considerados

⁵⁰⁹Cfr. ALBERTO VALDÉS ALONSO, “Contratación y cesión de derechos de propiedad intelectual e imagen de autores y artistas en las obras y grabaciones audiovisuales” in *La Obra Audiovisual en la Reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*, Aranzadi, Navarra, 2008, pp.166-168 e BERNARD EDELMAN in *Droit d’auteur, droits voisins, droit d’auteur et marché*, Dalloz, Paris, 1993.

⁵¹⁰ Daí recusarmos entender este tipo de obras como obras coletivas.

como coautores, apesar de não serem reconhecidos expressamente por lei. Esta omissão leva a que, inclusivamente, exista uma falsa atribuição de direitos de autor, na medida em que os coautores reconhecidos “assimilam”, muitas vezes, os direitos de autor próprios desses sujeitos. Esta situação é altamente prejudicial para a proteção dos direitos de autor daqueles que são os verdadeiros autores materiais de contributos criativos que compõem a obra audiovisual final e que não figuram como coautores da mesma⁵¹¹.

4.2. A obra de autoria única

A obra de autoria única pode levantar uma questão jurídica interessante e levar a repensar a atual atribuição de direitos de autor apenas a pessoas físicas. Isto porque não nos choca que um autor único de uma determinada obra audiovisual, que criasse como autor único, obras audiovisuais a título profissional, criasse uma sociedade unipessoal por quotas, a fim de salvaguardar o seu património pessoal, da sua atividade profissional, para que com isso quisesse ver reconhecida a autoria da obra audiovisual atribuída a essa pessoa coletiva, da qual ele é o único representante. No fundo, esse autor individual (pessoa física) e a sociedade unipessoal por quotas, entidade por este criada, embora sejam pessoas jurídicas diferentes, na realidade têm uma mesma pessoa física. No entanto, aquilo que poderia ser pretendido pelo autor único era salvaguardar o seu património pessoal de eventuais responsabilidades que as obras audiovisuais de autoria única por si criadas pudessem desencadear. Esta parece-nos uma necessidade de proteção do autor único, verosímil e atendível. Porém, esta possibilidade esbarraria num problema prático que se prende com o fato de a sociedade unipessoal por quotas ser transacionável e com esta possibilidade se transmitirem e alienarem por completo as obras audiovisuais, o que não é legalmente possível. Os direitos morais sobre a obra, enquanto direitos derivados dos direitos de personalidade são irrenunciáveis, inalienáveis e intransmissíveis. Assim sendo, parece-nos que a única forma de conciliar ambos os interesses, sem que se pusessem em causa os direitos morais do autor único deste tipo de obras

⁵¹¹ Neste sentido, *vide* ALBERTO VALDÉS ALONSO in “Contratación y cesión de derechos de propiedad intelectual e imagen de autores y artistas en las obras y grabaciones audiovisuales” in *La Obra Audiovisual en la Reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*, Aranzadi, Navarra, 2008, pp.165-207.

audiovisuais, seria prever expressamente na lei das sociedades comerciais que no caso de a sociedade unipessoal por quotas ter como objeto social único a realização de obras audiovisuais a mesma se extinguiria no momento em que o sócio único deixasse de querer ser o titular daquela pessoa coletiva, proibindo-se a alienação da quota da sociedade para outra pessoa, nos casos em que o objeto social da mesma implicasse a criação de obras de autoria única, passíveis de gerar direitos de autor. *Porém* esta possibilidade extrapolaria o âmbito deste trabalho, seria intrusiva em relação ao direito das sociedades, pelo que a mesma não se afigura exequível nem tão pouco razoável.

A obra audiovisual de autoria única é muito rara nos nossos dias. Aliás, basta pensarmos na multiplicidade de contributos necessários para a sua concretização, para percebermos que será muito difícil, encontrarmos um “homem dos sete ofícios” ou um “self made man” capaz de realizar a obra de forma integral e solitária. No entanto, tal é possível, embora estes casos sejam a exceção e não a regra. Os tipos de obras audiovisuais onde é mais comum, apesar de raro, encontrar um autor único são os documentários cinematográficos ou televisivos e as obras videográficas. No caso dos documentários cinematográficos ou televisivos, o diretor/realizador pode ele próprio realizar as filmagens, fazer a montagem das mesmas e criar o argumento. Claro está que normalmente nestes casos, o cenário é natural e o argumento terá implicitamente algumas limitações, versando normalmente sobre histórias ou casos reais. Aqui não se levanta a questão de determinar quem pode ser considerado como coautor da obra na medida em que o autor está perfeitamente identificado.

No que respeita às obras videográficas, podemos afirmar que as condições de realização deste tipo de obras são acessíveis a apenas um autor único. Se tivermos um sujeito que realize as filmagens e o trabalho de produção e pós-produção que implica a edição de imagens, a montagem e a mistura de outros materiais que tenha já gravado ou por sobreposição. A única característica que se exige a este autor é que tenha conhecimentos técnicos, artísticos e criatividade suficiente para realizar uma obra que preencha os requisitos mínimos exigidos para ser considerada como obra audiovisual. Para a elaboração da obra, o autor único vai ter que desenvolver tarefas de realização, verificar a iluminação, captar o registo de imagens e de sons em vários

cenários distintos. No entanto, a obra videográfica, surge como uma das mais comuns obras audiovisuais de autoria única, muito por causa do desenvolvimento e acesso ao público de tecnologias digitais capazes de facilitar o trabalho de montagem, produção e pós-produção da obra⁵¹². Hoje em dia assistimos a um fenómeno de proliferação diários das obras videográficas amadoras que são disponibilizadas na internet, nomeadamente através do *You tube*⁵¹³.

Este caso atípico obrigará a adaptar o regime das obras audiovisuais, pensado de forma plural para enquadrar os direitos de autor de várias pessoas físicas, para um regime singular no qual existirá uma atribuição unívoca de direitos⁵¹⁴.

5. Os autores com contrato de trabalho: autoria a rogo

Relacionar propriedade intelectual com direito do trabalho nem sempre é fácil. Todavia, hoje em dia, é bastante comum que existam entidades empregadoras que paguem aos seus trabalhadores para realizarem um trabalho intelectual criativo. Na área das obras audiovisuais, tal não é diferente. Aquilo que muitas vezes verificamos é que existe um coautor, normalmente o realizador, que contrata um argumentista, um autor de diálogos ou músicos para que possa concretizar uma determinada obra. Ou então, casos em que o próprio argumentista contrata um realizador, um autor de diálogo e músicos, para concretizar o seu enredo. Pode ainda dar-se o caso de existir um canal de televisão, ou uma determinada produtora, que contratem todos os coautores necessários para realizar uma obra audiovisual de um determinado tipo. Dentro

⁵¹² Verificamos muitas vezes que existem obras videográficas, geradas, total ou parcialmente por computador, dotadas de efeitos criativos adicionados na pós-realização e usam de cenários artificiais que resultam da conjugação de meios tecnológicos avançados existindo apenas virtualmente. São estes recursos avançados que permitem a uma pessoa de forma autónoma, realizar uma obra audiovisual. Neste sentido *vide* CONCEPCIÓN SAIZ GARCIA in *Obras Audiovisuales y Derechos de Autor*, Aranzadi, Navarra, 2002, pp.177-181.

⁵¹³ Por dia são disponibilizadas mais de 70000 obras videográficas. Contudo, não podemos deixar de referir que este fenómeno de proliferação rápida também tem as suas consequências, sendo certo que muitas das obras disponibilizadas são de “qualidade duvidosa”. No entanto o sucesso das mesmas, muitas vezes, nada tem a ver com a sua qualidade, mas sim com a sua originalidade ou falta dela, com a apresentação de situações insólitas nas mesmas, com o seu conteúdo cómico ou até mesmo com a futilidade. Transformar qualquer um de nós em autor único de uma obra audiovisual deste género, trás uma grande desvantagem às obras audiovisuais em geral, dado que a qualidade artística de uma obra como tradicionalmente as conhecemos é preterida em favor de um amadorismo desconcertante que todos os dias invade a *world wide web*.

⁵¹⁴ Neste sentido, CONCEPCIÓN SAIZ GARCIA in *Obras Audiovisuales y Derechos de Autor*, Aranzadi, Navarra, 2002, pp. 73-74.

do âmbito contratual, poderemos ter contratos de diferente natureza, podendo estes ser contratos de trabalho ou contratos de prestação de serviços.

Nesta senda surgem uma infinidade de hipóteses com problemas comuns. Dentro dessas problemáticas aparece, desde logo, a titularidade dos direitos de autor sobre a obra audiovisual final. Este é um problema que contrapõe dois interesses distintos: os da entidade empregadora, e os do autor/trabalhador. Por um lado, a remuneração paga ao trabalhador poderá não ser suficiente para que a autoria sobre a obra possa pertencer à entidade empregadora, mas também é certo que o trabalhador/autor só conseguiu realizar a sua obra por causa da entidade empregadora e a seu pedido. Além do mais, existindo um contrato de trabalho, existe uma subordinação jurídica do trabalhador/autor, perante a sua entidade empregadora. Essa subordinação implica uma série de direitos e obrigações que derivam do contrato fundado numa relação de proximidade e confiança. Ambos estão, de formas distintas, ligados à obra. Deverá, pois, garantir-se que as entidades empregadoras vejam garantidos os seus interesses económicos e que o trabalhador veja os seus direitos morais, próprios das pessoas físicas, acautelados⁵¹⁵. Porém, aquilo que verificamos pela análise das disposições do CDADC, é que se privilegiam os interesses económicos em detrimento dos direitos de autor⁵¹⁶. Ao olharmos para a redação de artigos como o artigo 11.º ou o artigo 27.º n.º 1 do CDADC, nos quais se identifica e se reconhece a paternidade da obra ao seu autor intelectual “*salvo disposição em contrário*”, tais previsões poderão causar-nos alguma estranheza. Contudo, tal previsão pretende acautelar as situações excepcionais, nas quais a autoria a rogo em virtude de contrato de trabalho se poderá incluir.

Estas situações aparecem reguladas nos artigos 14.º e 15.º do CDADC, que analisaremos em seguida. Preceitua o n.º 1 do artigo 14.º que “...*a obra feita*

⁵¹⁵ Neste sentido, MARIA VICTÓRIA ROCHA in “Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais – Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando Carvalho e Vasco Lobo Xavier: A titularidade das criações intelectuais no âmbito da relação de trabalho”, Coimbra Editora, 2007, pp.167-183.

⁵¹⁶ Apesar do paradigma atual de autor único e independente ser uma figura utópica, não nos parece verosímil que a única legislação que no país tem por base a salvaguarda dos direitos de autor, tenha preocupações eminentemente economicistas, em prejuízo dos direitos de autor. Dada a crescente ascensão dos interesses económicos sobre os direitos morais e pessoais, deveria verificar-se o oposto, ou seja, o CDADC deveria proteger de forma mais intensa os direitos pessoais e morais dos autores em detrimento dos interesses económicos e não o inverso.

por encomenda ou por conta de outrem, quer em cumprimento de dever funcional quer de contrato de trabalho, determina-se de harmonia com o que tiver sido convencionado”, referindo ainda o n.º 2 que *“Na falta de convenção, presume-se que a titularidade do direito de autor relativo a obra feita por conta de outrem pertence ao seu criador intelectual”*. No fundo, o que o legislador pretende é dar liberdade às partes para determinarem no âmbito do contrato de trabalho ou de prestação de serviços, o que bem entenderem, dando-lhes total liberdade de ação nesta matéria. Porém, verificamos que o n.º 2 do artigo 14.º estabelece uma presunção de autoria que tem em vista salvaguardar os interesses e os direitos dos autores do trabalho intelectual. Nesta matéria entendemos, no que respeita aos contratos de trabalho, que a entidade empregadora poderá ser titular de direitos de autor se der ordens e instruções expressas, de modo a que o trabalhador/coautor seja o mero executor do trabalho (por exemplo: argumento, diálogos ou música que irão fazer parte da obra audiovisual), sem que na sua realização tenha que realizar qualquer atividade criativa. No fundo, o trabalhador/coautor apenas dá forma ao trabalho intelectual desenvolvido pela entidade empregadora⁵¹⁷. Para este caso entendemos que a previsão do n.º 3 do artigo 14.º do CDADC encaixa na perfeição, na medida em que se prevê neste número que *“A circunstância de o nome do criador da obra não vir mencionado nesta ou não figurar no local destinado para o efeito segundo o uso universal constitui presunção de que o direito de autor fica a pertencer à entidade por conta de quem a obra é feita”*. Parece-nos que para que a entidade patronal possa remeter para si os direitos de autor nestas circunstâncias, deveremos verificar a existência de três requisitos: o autor seja seu empregado, que a obra seja criada no decurso da relação de trabalho e que as partes não acordem nada em contrário⁵¹⁸.

Se ao trabalhador/coautor da obra (no nosso caso, qualquer uma das contribuições para a obra audiovisual final) for pedido que realize uma determinada obra de um determinado género (comédia/drama/romance), dando-lhe total liberdade para criar, no fundo, as ordens e instruções dadas pela entidade empregadora não condicionam neste caso o trabalho intelectual

⁵¹⁷ Neste sentido, VITTORIO M. DE SANCTIS in *I soggetti del diritto d'autore*, Seconda edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2005, pp.52-59.

⁵¹⁸ Neste sentido, vide CATHERINE COLSTON in *Principles of Intellectual Property Law*, Cavendish Publishing Limited, London, 1999, pp.177-215.

desenvolvido pelo trabalhador/coautor. Na maioria das vezes, a criação é um ato intelectual pessoal, e apesar de o trabalhador/autor estar sujeito às diretrizes laborais nas quais se incluem cumprir as instruções do empregador, a forma como a obra é expressa é pessoal e única, logo ninguém poderá dizer que o trabalhador não é o autor da obra. Nestes casos, se a entidade patronal fosse o criador da obra não necessitaria de contratar o trabalhador/autor⁵¹⁹.

Aqui o trabalhador/coautor poderá ter direito a uma remuneração adicional⁵²⁰, caso aquela que recebe em virtude do contrato se mostre desadequada, nos termos do n.º 4 do artigo 14.º do CDADC, bem como aplicar-se-ão os limites previstos no artigo 15.º do CDADC. Independentemente de todas estas questões, o autor a rogo deverá ter presente que ao celebrar um contrato de trabalho ou até mesmo um contrato de prestação de serviços, para realizar um determinado trabalho intelectual que gerará inevitavelmente direitos de autor; não poderá praticar atos que vão contra aquilo que acordou com a entidade patronal ou com o mandante, sob pena de abuso de direito ou de violação do princípio de boa fé nos termos dos artigos 334.º e 762.º n.º 2 do Código Civil. A partir do momento em que o autor/trabalhador ou mandatário aceita disponibilizar a sua força de trabalho ou aceita um determinado encargo, para realizar aquela obra em concreto, o mesmo deverá respeitar todas as condições que acordou, não podendo reservar para si direitos que impeçam as finalidades essenciais do contrato, nos termos do n.º 3 do artigo 15.º do CDADC. Até mesmo porque, quando aceitou o contrato de trabalho ou o encargo da prestação de serviço, conhecia as suas condições e finalidades. Daí ser essencial, que a entidade patronal ou o mandante definam detalhadamente essas finalidades, deixando claro também a existência ou não de autonomia para a realização do trabalho ou serviço, de modo a que possam salvaguardar-se conflitos futuros relacionados com a autoria da obra e direitos por esta gerados⁵²¹.

⁵¹⁹ Cfr. RICARDO ANTEQUERA PARILLI in *Manual para la enseñanza virtual del Derecho de Autor y los Derechos Conexos*, Editora Corripio, C. por A., Caracas, 1.ª Edición, Tomo I, 2001, pp.117-126.

⁵²⁰ O regime jurídico dessa compensação suplementar aparece previsto no artigo 49.º do CDADC. Contudo esse direito à compensação adicional caduca se não for exercido no prazo de dois anos a contar do conhecimento da grave lesão patrimonial sofrida.

⁵²¹ Neste sentido, vide MARIA VICTÓRIA ROCHA in “Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais – Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando Carvalho e Vasco Lobo Xavier: A titularidade das criações intelectuais no âmbito da relação de trabalho”, Coimbra Editora, 2007, pp.167-183.

Aliás, nos casos em que as descrições das funções ou trabalhos a desempenhar, são descuradas, poderemos ter problemas na atribuição da autoria das obras.

Existem países nos quais a titularidade dos direitos de autor nos casos de autoria a rogo é pacificamente atribuída ao empregador como é o caso da Grã-Bretanha, dos Estados Unidos, Canadá e dos Países Baixos⁵²². No entanto entre os países de tradição latina ou continental, como é o nosso caso, esta questão não é tão simples dado o eminente respeito pela pessoa física do criador intelectual e da defesa apertada dos seus direitos inalienáveis, irrenunciáveis e intransmissíveis⁵²³.

6. Autores de obras preexistentes

Apesar da importância que a obra audiovisual preexistente tem para a realização de novas obras audiovisuais, os coautores de uma primeira obra original, não poderão assacar para si direitos sobre uma nova obra adaptada a partir da sua. Os coautores da obra adaptada serão assim, apenas e só aqueles que procederam às alterações e modificações significativas e necessárias da obra inicial, para a criação de uma nova obra. Estes coautores são também chamados de “autores eventuais”⁵²⁴; isto porque a sua autoria só surge com base na existência de um trabalho anterior, caso contrário, não se realizaria.

Assim sendo, os coautores da obra inicial não têm qualquer direito sobre a “obra audiovisual nova resultante da adaptação”, sendo certo que quando autorizam a adaptação⁵²⁵, os coautores deverão garantir a salvaguarda dos seus direitos podendo, se quiserem, exigir de quem faz a adaptação o pagamento de um montante para que a sua obra seja utilizada como “base” ou “ponto de partida” para a realização da adaptação ou transformação⁵²⁶. Apesar

⁵²² Nestes países onde o copyright impera não existe rigidez quanto à atribuição dos direitos morais de autor à pessoa física que cria a obra intelectual, pelo que, facilmente, se aceita que seja o empregador a adquirir direta e originalmente os direitos de autor por força do contrato de trabalho.

⁵²³ Vide RICARDO ANTEQUERA PARILLI in *Manual para la enseñanza virtual del Derecho de Autor y los Derechos Conexos*, Editora Corripio, C. por A., Caracas, 1.ª Edición, Tomo I, 2001, pp.117-126.

⁵²⁴ Neste sentido, BENJAMIN MONTELS in *Contrats de l'audiovisuel*, LexisNexis, S.A., Paris, 2007, pp.31-66.

⁵²⁵ Exceto nos casos em que a obra tenha caído no domínio público.

⁵²⁶ Neste sentido, RICARDO ANTEQUERA PARILLI in *Manual para la enseñanza virtual del Derecho de Autor y los Derechos Conexos*”, Editora Corripio, C. por A., Caracas, 1.ª Edición, Tomo I, 2001, pp.117-126.

de a obra inicial ser usada como base da obra nova, certo é que os coautores da obra preexistente, não tem qualquer colaboração específica na obra posterior, pelo que não poderão objetivamente, ser considerados como coautores da mesma⁵²⁷. O único direito, que os coautores da obra preexistente vêm garantido na obra nova, é o reconhecimento do seu direito de paternidade sobre a obra inicial, que lhes confere o direito de serem identificados como coautores da sua obra e de verem identificado o título da sua obra, na obra nova que foi adaptada a partir desta, nos termos do n.º 2 do artigo 134.º do CDADC. A partir desse momento encerra-se uma etapa, sendo certo que os coautores da obra audiovisual inicial, continuam a manter os seus direitos sobre a sua obra, que são independentes da obra nova. No fundo, a obra nova é uma obra compósita nos termos do artigo 20.º do CDADC.

No entanto, poderemos colocar a questão de outra forma: será que os coautores da obra preexistente não poderão ser considerados como coautores implícitos da obra nova? A questão surge-nos pelo fato de os coautores da obra original, poderem exigir que na obra nova surja o título da sua obra e a identificação dos seus coautores, bem como poderão opor-se a toda e qualquer alteração ou transformação que afete a integridade da sua obra original. Parece que esta extensão de poder dos coautores da obra original na obra nova indicia uma espécie de autoria implícita sobre a obra nova. Além disso, dependendo da utilização que é feita da obra audiovisual original, poderemos questionar se nos casos em que existem obras novas que são apenas *remakes* das anteriores, nas quais o argumento é o mesmo, no qual o enredo poderá sofrer apenas pequenos desvios ao original. Nestes *remakes* dentro das alterações face à obra original, verificamos existirem apenas pequenos ajustes de época feitos nos cenários e nas personagens que regra geral são interpretadas por outros artistas. Aqui parece-nos bastante pertinente que os coautores das obras preexistentes possam também ser considerados como coautores da obra posterior, que, na realidade, não é nada mais, nada menos do que um *refresh* da obra original, sendo que a essência da obra, continua a

⁵²⁷Neste sentido, ALBERTO VALDÉS ALONSO in “Contratación y cesión de derechos de propiedad intelectual e imagen de autores y artistas en las obras y grabaciones audiovisuales” in *La Obra Audiovisual en la Reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*, Aranzadi, Navarra, 2008, pp.165-207.

ser a mesma que originalmente se criou e que apenas foi refeita⁵²⁸. Entendemos, pois que esta possibilidade de coautoria implícita só seria possível nos *remakes*, desde que a extensão do aproveitamento feito da obra original, assim o justificasse.

7. A proteção dada aos sujeitos titulares de direitos nas obras audiovisuais

Após identificarmos as características essenciais que determinados sujeitos devem possuir para serem considerados como coautores da obra audiovisual, resta-nos agora concretizar os direitos de que os coautores serão titulares, identificando a sua vertente intrínseca e extrínseca, bem como as suas consequências e limitações.

Antes de concretizarmos esses direitos, deveremos concretizar o modo como os direitos de autor são entendidos. Para alguns autores, nos quais nos incluímos, os direitos de autor devem ser entendidos como um todo unitário nos quais se poderá distinguir a parte moral da parte económica. Aqui identificam-se várias modalidades de direitos dentro do conteúdo moral e do conteúdo patrimonial dos direitos de autor. Por causa das diferentes modalidades (moral e económica) que residem dentro dos direitos de autor, alguns autores apelidam estes direitos como direitos “*bi - frontais*” ou “*híbridos*”, dada a sua dupla faceta enquanto direitos *intuitu personae*, dado o seu carácter personalíssimo e *res patrimonium extra commercium*, devido ao fato de os titulares destes direitos poderem “ceder” a utilização do conteúdo patrimonial dos seus direitos, sem, contudo, não os poder comercializar⁵²⁹. Para outros, os direitos de autor dividem-se de raiz em direitos morais (de personalidade) e direitos patrimoniais (de propriedade, embora seja uma propriedade

⁵²⁸ Veja-se o caso da telenovela brasileira “*Gabriela Cravo e Canela*”, cuja versão original foi produzida pela rede globo em 1975, adaptada do romance de Jorge Amado por Walter George Durst, na qual a personagem principal foi interpretada por Sónia Braga. Em 2012 a rede Globo fez um *remake* desta telenovela com adaptação de Walcyr Carrasco, tendo Juliana Paes no papel principal. A semelhança entre ambas as obras, faz com que possam inclusivamente existir dúvidas sobre se os coautores da telenovela de 1975 não possam ser considerados como coautores do *remake* realizado em 2012. Não nos choca essa possibilidade, na medida em que o aproveitamento feito da obra inicial é tão extenso que essa possibilidade poderia ser equacionada.

⁵²⁹ Vide RICARDO ANTEQUERA PARILLI in *Manual para la enseñanza virtual del Derecho de Autor y los Derechos Conexos*, Editora Corripio, C. por A., Caracas, 1.ª Edición, Tomo I, 2001, pp.129-272.

intelectual.)⁵³⁰. Os defensores desta posição fazem esta separação radical, no intuito de poder fundamentar a existência de uma verdadeira transmissão dos direitos patrimoniais dos coautores para os produtores sem que esta possa afetar os referidos direitos morais, que para os defensores desta posição, só estes são intocáveis, podendo os direitos patrimoniais ser livremente transacionáveis, de forma independente dos direitos morais. Não nos parece que esta separação radical possa ser feita, na medida em que o objeto sobre o qual incidem ambos os direitos é o mesmo, ou seja a obra audiovisual, no seu todo. Além de que os direitos de autor atribuídos aos coautores da obra, existem de forma única, não obstante o seu conteúdo poder ser diferenciável pelas suas diferentes “faculdades” e manifestações.

Para nós, os direitos de autor sobre a obra audiovisual, enquanto obra de estrutura complexa, deverão ser encarados em si como um todo no qual se poderá distinguir a sua parte moral, da sua componente patrimonial. A parte moral dos direitos de autor é irrenunciável, inalienável e intransmissível por qualquer forma. Mais do que estas características, tradicionalmente conhecidas pela doutrina, poderemos ainda referir que o conteúdo moral dos direitos de autor não é passível de ser embargado ou expropriado, dada a personalidade constante do processo de criação, dos contributos individuais, que compõem as obras audiovisuais e a sua impossibilidade prática⁵³¹. Estas características “sacrossantas” advêm do facto de a parte moral dos direitos de autor, ser um traço marcante da personalidade e individualidade de cada um dos seus coautores. Da parte moral dos direitos dos coautores fazem parte direitos internos que caracterizam a relação que existe entre os coautores e a sua obra, numa dicotomia e dialética umbilical entre criação e criadores. Aqui podemos distinguir várias manifestações nas quais se incluem a paternidade, integridade, divulgação e a retirada da obra. Neste âmbito podemos definir as faculdades morais como direitos absolutos que estabelecem a relação entre os coautores e a obra audiovisual. Estas faculdades estão legitimadas enquanto direitos constitucionalmente consagrados na medida em que o artigo 42.º, da

⁵³⁰ Neste sentido, PASCAL KAMINA in *Film Copyright in the European Union*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp. 284-385.

⁵³¹ Vide CRISTINA LÓPEZ SANCHEZ in *La Transformación de la Obra Intelectual*, Dykinson, Madrid, 2008, pp.33-66.

Constituição da República Portuguesa⁵³², estabelece como direito constitucional, a liberdade de criação cultural, referindo expressamente no seu n.º 2, a proteção legal dos direitos de autor, nos quais se incluem também os direitos de autor sobre as obras audiovisuais. Podemos depreender do texto constitucional que, ao proteger-se a liberdade de criação intelectual e artística, aquilo que o legislador pretendeu foi proteger os coautores das obras, para que pudessem criar livremente as suas obras, sem estarem sujeitos a qualquer tipo de censura, tendo garantidos os direitos de autor que daí derivassem. Assim sendo, aquilo que o legislador teve em vista foi a garantia da parte moral e patrimonial dos direitos de autor⁵³³. Isto porque ao proteger-se as criações intelectuais, estarão a proteger-se os sujeitos que realizam essa tarefa criativa, humana e pessoal, que enriquece a cultura de uma nação e da humanidade.

No que respeita à componente patrimonial dos direitos de autor, esta espelha a relação externa que existe entre a obra e o mundo exterior, dado que implica a exploração económica da obra e a sua relação com diferentes agentes económicos e com o público em geral. Dentro desta componente patrimonial extrínseca podemos identificar as relações de produção, a reprodução, a modificação, a comunicação pública e a distribuição da obra que espelham todos os atos envolvidos na exploração económica da obra. Esta componente patrimonial dos direitos de autor gera uma complexa teia de relações contratuais de conteúdo delicado, na medida em que versam sobre a exploração económica de obras de propriedade intelectual, propriedade de um conjunto de pessoas, às quais chamamos coautores, e que obrigam à obtenção de posições unânimes relativamente à exploração económica da obra, o que nem sempre se consegue com facilidade. As faculdades económicas da obra audiovisual serão aquelas que derivam da parte moral dos direitos dos coautores, que permitem a exploração económica da obra e que caracterizam a relação existente entre a obra e terceiros que com ela se relacionem.

Deste modo, podemos afirmar que dado o carácter pessoal e interno das faculdades morais, estas poderão ser exercidas individualmente por cada um

⁵³² A Constituição da República Portuguesa foi aprovada pelo Decreto, de 10 de abril de 1976, revista a última vez pela Lei 1/2005, de 12 de agosto.

⁵³³ Neste sentido, *vide* NAZARETH PEREZ DE CASTRO in *Las Obras Audiovisuales. Panorámica Jurídica*, Reus, Madrid, 2001, pp. 63-99 e decisão App. Roma 16.10.89, RDI, 1989, II, 309.

dos coautores da obra. Contudo, no que respeita às faculdades de carácter patrimonial, estas só poderão, regra geral, ser exercidas conjuntamente por todos os coautores⁵³⁴. Os direitos de autor possibilitam aos coautores da obra audiovisual usar de diferentes possibilidades que têm um carácter diverso entre si. Existem faculdades que terminam com o seu exercício pleno, como é o caso da divulgação da obra, uma vez esgotadas todas as formas de divulgação, esgota-se o próprio direito de divulgação, pelo fato de este se encontrar plenamente realizado. Pelo contrário no que toca ao direito de integridade, quanto mais vezes a obra for exibida ou divulgada, este torna-se mais sólido e consistente. Além do mais, outras faculdades persistem para lá da morte, como é o caso da paternidade da obra. No entanto, a modificação ou divulgação da obra não acompanham a intemporalidade de que goza a paternidade⁵³⁵.

A titularidade e o alcance das faculdades morais dos direitos de autor

O carácter absoluto da parte moral dos direitos sobre a obra audiovisual faz com que a sua titularidade pertença única e exclusivamente aqueles que são considerados os seus coautores. Daí a sua inalienabilidade, intransmissibilidade e irrenunciabilidade. Essa importância que é atribuída ao conteúdo moral deste tipo de direitos está bem patente na tutela que lhes é conferida, nos termos do n.º1 do artigo 56.º do CDADC que estabelece que *“Independentemente dos direitos de carácter patrimonial e ainda que os tenha alienado ou onerado, o autor goza durante toda a vida do direito de reivindicar a paternidade da obra e de assegurar a genuidade e integridade desta, opondo-se à sua destruição, a toda e qualquer mutilação, deformação ou outra modificação da mesma e, de um modo geral, a todo e qualquer acto que desvirtue e possa afectar a honra e reputação do autor”*. O artigo 57.º completa esta tutela determinando que, em caso de morte dos coautores, o exercício destes direitos de defesa da obra cabe aos seus herdeiros ou ao Estado, através do Ministério da Cultura, se a obra já tiver caído no domínio público ou se embora não tenha caído no domínio público, os herdeiros se abstiverem de

⁵³⁴ Com exceção da banda sonora e de alguns textos que se possam autonomizar da obra audiovisual que poderão ser explorados economicamente de forma paralela e independente da obra. Podendo mesmo até preexistir à obra audiovisual na qual se inserem.

⁵³⁵ Neste sentido CARLOS ROGEL VIDE & EDUARDO SERRANO GÓMEZ in *Manual de Derecho de Autor*, Reus, Madrid, 2008, pp. 35-120.

defender esses direitos sem motivo atendível. Porém, o conteúdo moral dos direitos de autor terá alcances diferentes consoante os ordenamentos jurídicos nos quais esses direitos surgem e que, conseqüentemente, os protegem. Existe desde logo uma importante distinção a fazer entre o conteúdo dos direitos morais nos países de tradição continental e o conteúdo desses direitos nos países anglossaxónicos, defensores do *copyright*. Nos países de tradição continental, nos quais nos incluímos e que tem como origem fundacional o “*droit moral*” francês, o conteúdo moral dos direitos de autor inclui o direito de paternidade, integridade, divulgação, de retirada da obra e, para alguns, de acesso à obra. Já nos países de tradição anglossaxónica, nos quais se inclui o Reino Unido, reconhecem-se apenas quatro direitos morais, nos quais se inclui o direito de paternidade, o direito de integridade, o direito contra a falsa atribuição de autoria e o direito de privacidade de certas fotografias e filmes. Podemos verificar que os únicos direitos morais coincidentes entre os dois sistemas são o direito de paternidade e de integridade da obra. Além disso, os direitos morais são encarados pelo sistema do *copyright* de forma manifestamente diferente do sistema continental. Enquanto para nós os direitos morais espelham a relação interna e até mesmo umbilical entre coautores e obra, para o sistema anglossaxónico a existência destes direitos serve apenas para permitir aos autores das obras controlarem o uso que se faz da mesma, de modo a que esse uso não afete os seus direitos de personalidade próprios e independentes da obra⁵³⁶. Esta visão própria da proteção da parte moral dos direitos de autor, deve-se em grande parte à dificuldade prática em atribuir direitos morais aos coautores da obra, na medida em que o titular dos direitos de autor no sistema anglossaxónico é o produtor.

O alcance do conteúdo moral dos direitos de autor estende-se, muitas vezes, além dos direitos que são atribuídos à obra audiovisual. Isto porque muitas vezes estas são obras derivadas de obras preexistentes, o que obriga a conciliar os “direitos” morais e patrimoniais dos coautores das obras audiovisuais, com os “direitos” morais e patrimoniais dos coautores das obras preexistentes.

⁵³⁶ Neste sentido, vide PASCAL KAMINA in *Film Copyright in the European Union* Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp. 284-385.

Apesar do caráter absoluto do conteúdo moral dos direitos de autor, certo é que a tutela exacerbada desses “direitos” pode constituir um entrave à exploração das obras audiovisuais. Existem, por isso, algumas limitações aos direitos morais que pretendem salvaguardar também a exploração económica, como é o caso da obrigatoriedade de os coautores indemnizarem os prejudicados pelo seu direito de retirada da obra, previsto no artigo 62.º do CDADC, e a obrigatoriedade de não prejudicar a exploração da obra, no caso das utilizações separadas previstas no artigo 135.º do CDADC. É necessário conciliar os diferentes interesses, encontrando soluções ajustadas a cada caso concreto. Esse ajustamento como é difícil de ser realizado pela via legislativa, é muitas vezes deixado nas mãos dos tribunais⁵³⁷. Sendo certo que a existência de uma pluralidade de autores nas obras audiovisuais, torna ainda mais complicada a compatibilização entre todos os direitos de autor.

A paternidade

Esta faculdade moral dos direitos de autor, a par com a integridade da obra, do qual todos os coautores da obra audiovisual são titulares, apresenta-se como a “faculdade das faculdades” e como o corolário lógico de todo o conteúdo moral dos direitos de autor. Sem que exista paternidade, não existe qualquer das outras faculdades. Tal justifica-se pelo fato de a paternidade ser a única manifestação dos direitos de autor que está intrinsecamente ligada à criação da obra, na medida em que é a primeira manifestação moral de direitos de autor que surge na esfera jurídica dos coautores da obra, dado que depende unicamente da sua existência para se manifestar. Como já referimos, esta é uma das faculdades morais que se perpetua intemporalmente, nos termos do n.º 2 do artigo 56.º do CDADC. A principal manifestação da existência desta faculdade nas obras audiovisuais aparece prevista no artigo 134.º do CDADC, que obriga à identificação de cada um dos coautores e sua respetiva contribuição na obra, bem como se obriga à identificação dos coautores das obras preexistentes, se a obra audiovisual em causa for uma obra adaptada de outra obra anterior. A possibilidade de ver o seu nome associado à sua criação, permite aos coautores, não só assistirem ao reconhecimento da sua qualidade

⁵³⁷ Neste sentido PASCAL KAMINA in *Film Copyright in the European Union*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp. 284-385.

de coautor de uma determinada obra, por parte do público em geral, como também o reconhecimento da paternidade da obra, representa um interesse económico para os seus coautores. Se a obra audiovisual da qual alguém é coautor, for um “sucesso de bilheteira”, isso poderá abrir-lhe inúmeras portas no mercado de trabalho, assim como irá permitir que em obras futuras o seu contributo individual seja mais valorizado aquando da distribuição das contrapartidas económicas geradas por essa obra, bem como ser-lhe-á muito mais fácil encontrar um investidor para os projetos de obras audiovisuais em que pretenda participar. Porém, nos casos em que as obras audiovisuais forem autênticos fracassos, o inverso também acontecerá. Desta feita, podemos entender a paternidade como uma faculdade moral dos direitos de autor que poderá trazer também benefícios/malefícios económicos, sendo impossível, também por isso mesmo, considerar que o conteúdo moral dos direitos de autor é estanque em relação ao seu conteúdo patrimonial⁵³⁸.

Associado à paternidade da obra audiovisual, surge-nos o problema da possibilidade de uma falsa atribuição de autoria da obra a um terceiro que não é coautor da obra, ou a falsa reivindicação de paternidade sobre a obra de um terceiro que não é coautor da mesma. Estes poderão ser os casos mais graves de violação deste conteúdo. Claro está que existem alguns modos de exploração da obra que permitirão mais facilmente a falsa atribuição ou a falsa reivindicação da paternidade sobre a obra. Tais situações são mais comuns numa exploração on-line da obra audiovisual⁵³⁹.

A paternidade da obra audiovisual poderá manifestar-se em sentido positivo, quando os coautores pretendem ver o seu nome associado à obra, ou em sentido negativo, se pretendem que a sua contribuição seja anónima, ou associada a um pseudónimo que protege a sua verdadeira identidade⁵⁴⁰.

⁵³⁸ Neste sentido RICARDO ANTEQUERA PARILLI in *Manual para la enseñanza virtual del Derecho de Autor y los Derechos Conexos*, Editora Corripio, C. por A., Caracas, 1.ª Edición, Tomo I, 2001, pp.129-272.

⁵³⁹ Vide PATRÍCIA AKESTER in *O direito de autor e os desafios da tecnologia digital*, Principia, Cascais, 2004, pp.109-123.

⁵⁴⁰ Cfr. RICARDO ANTEQUERA PARILLI in *Manual para la enseñanza virtual del Derecho de Autor y los Derechos Conexos*, Editora Corripio, C. por A., Caracas, 1.ª Edición, Tomo I, 2001, pp.129-272.

A integridade

Espelha a sua importância pela sua perpetuidade e porque esta é uma faculdade que visa preservar a estrutura existencial da obra e protegê-la do início ao fim, não permitindo que a obra seja por qualquer motivo mutilada, deformada ou omitida alguma das suas diferentes partes. A integridade visa salvaguardar os direitos sobre a totalidade da obra não permitindo que se mexa no “todo ontológico” que a obra audiovisual representa. Importa salientar que a integridade existirá não só para a versão definitiva da obra, como também para as modificações lícitas que possam ser feitas na mesma, pelo que todas as “versões” da obra que estejam legitimadas pelos seus coautores deverão ser protegidas de forma independente por esta faculdade moral dos direitos de autor. Se os coautores autorizarem a modificação da obra, isso não afetará a integridade da mesma, nem tão pouco implica que os coautores renunciem à integridade.

No caso de as obras audiovisuais se encontrarem inacabadas, a integridade existe, em relação a cada um dos contributos dados por cada um dos seus coautores de forma individualizada. Aqui a integridade, em vez de ser tratada como uma faculdade única, própria das obras acabadas, desdobra-se para proteger cada um dos contributos individuais, separadamente⁵⁴¹, enquanto obras autónomas, ficando nestes casos a integridade sobre a obra na sua totalidade e os demais direitos sobre esta, subordinados à condição suspensiva da conclusão da obra⁵⁴².

A violação da integridade da obra, mais do que um atentado ao conteúdo moral dos direitos de autor, pode alterar também o “valor de mercado” da obra, fazendo com que os coautores da mesma percam oportunidades de explorar a obra por outras formas além das já exploradas. Por isso mesmo, podemos verificar que a integridade da obra, apesar de fazer parte do conteúdo moral dos direitos de autor, poderá também afetar o seu conteúdo patrimonial nas suas diferentes manifestações⁵⁴³.

⁵⁴¹ Esta proteção existe, não obstante os demais coautores possam agir contra o autor que por motivos injustificados não complete o seu contributo, de modo a que a obra não fique acabada, no âmbito do exercício do direito comum de divulgação de que os coautores são titulares.

⁵⁴² Neste sentido, vide MARIA VICTORIA MAYOR DEL HOYO in *El Derecho de Autor sobre las Obras Cinematográficas en el Derecho Español*, Madrid, Colex, 2002, pp.151-230.

⁵⁴³ Cfr. RICARDO ANTEQUERA PARILLI in *Manual para la enseñanza virtual del Derecho de Autor y los Derechos Conexos*, Editora Corripio, C. por A., Caracas, 1.ª Edición, Tomo I, 2001, pp.129-272.

Defender a integridade da obra audiovisual é mais do que não permitir qualquer deformação ou mutilação à obra. A integridade não permite que uma determinada contribuição preexistente que vá ser posteriormente “arranjada”, sem autorização dos seus coautores para incorporar uma obra audiovisual, seja descontextualizada ao ponto de afetar a honra e a reputação do coautor. Imagine-se o “arranjo” de uma música sacra para ser posteriormente incorporada numa obra audiovisual com cenas de violência extrema. Ora este tipo de situações também afetam a integridade da obra audiovisual, pelo que também deverão ser consideradas como atentados à integridade das obras ilicitamente manipuladas⁵⁴⁴.

A divulgação

A divulgação da obra audiovisual deverá ser feita quando os coautores assim o entenderem, desde que a obra esteja já naquela que deverá ser considerada a sua versão acabada. Nesta matéria convém fazermos aqui uma chamada de atenção no que respeita à interpretação do artigo 130.º do CDADC. A redação do artigo parece dar a entender que a obra só se considera pronta após a existência de acordo entre o realizador e o produtor, mas não é esse o alcance pretendido pela norma⁵⁴⁵. O produtor não é coautor da obra. A versão final da obra deverá ser decidida e acordada entre todos os coautores da mesma. Só após este acordo é que o realizador poderá, mediante o que foi decidido entre todos os coautores, acordar com o produtor os termos em que a obra definitiva irá ser fixada, de modo a que esta possa ser considerada como acabada. Não podemos aceitar que seja remetida para o produtor, uma faculdade própria dos coautores e que este não pode assacar para si. Parece, pois, que a obra considera-se estar na sua versão final, quando existe acordo entre os coautores e o produtor, para realizar a produção da obra. Pelo que, será sempre aos coautores de forma exclusiva que caberá decidir qual deverá ser a versão da obra, considerada como definitiva sem que o produtor possa interferir nessa decisão, por não ter direitos, que pela sua natureza, pertencem em exclusivo aos coautores.

⁵⁴⁴Neste sentido RICARDO ANTEQUERA PARILLI in *Manual para la enseñanza virtual del Derecho de Autor y los Derechos Conexos*, Editora Corripio, C. por A., Caracas, 1.ª Edición, Tomo I, 2001, pp.117-272.

⁵⁴⁵ A redação desta norma foi já por nós assinalada, como uma norma cuja interpretação não é linear, quando tratamos a questão da obra multiautoral.

Assim sendo, nunca poderão ser atribuídas aos produtores faculdades e direitos próprios dos coautores, pelo que a norma referida deverá ser interpretada com base neste entendimento, *nomeadamente*, no que respeita à versão final da obra. Se o produtor, apesar de não ser coautor pudesse também “decidir” quando é que a obra se consideraria estar na sua versão final, o mesmo poderia também decidir quando a obra poderia ser divulgada, o que não se concebe nem se aceita.

Pelo que só os coautores têm total liberdade para decidir quando vão dar a conhecer a sua obra, sem que possam ser condicionados para o fazerem. Além disso, a escolha do *timing* da divulgação da obra não pode em circunstância alguma ser feita por outra (s) pessoa(s) que não os coautores da obra. Contudo, outras pessoas poderão fazer a divulgação da obra audiovisual, desde que, para isso, obtenham o consentimento expresso dos coautores da obra⁵⁴⁶. No entanto, o direito de divulgação da obra, poderá ser confrontado com dificuldades acrescidas, no caso de desacordo entre os coautores da obra ou nos casos em que algum deles se recuse a terminar o seu contributo para a obra, ou esteja em desacordo, quanto àquela que deverá ser a versão final da obra. Aqui, sob pena de se violarem os direitos desse coautor em causa, não poderá simplesmente respeitar-se a vontade da maioria. Nestas situações, os demais coautores deverão recorrer à via judicial, de modo a que possam legitimamente substituir ou substituírem-se eles próprios aquele coautor, de modo a que sejam salvaguardados os direitos daqueles que recusam chegar à versão final da obra audiovisual. Claro está que o coautor em desacordo, verá necessariamente os seus direitos serem restringidos, principalmente se a sua recusa em terminar o seu contributo ou a sua recusa em aceitar a versão final da obra, se fundarem em motivos aparentemente injustificados. Não obstante a sua recusa, este deverá ser reconhecido como coautor da obra, porque ainda que o seu contributo surja de forma inacabada, este deu parcialmente o seu contributo individual à obra, e assim sendo o mesmo também terá direitos sobre a obra final, que, lhe deverão ser atribuídos na medida do seu contributo.

⁵⁴⁶ Um bom exemplo da violação da faculdade de divulgação de uma obra audiovisual, aparece plasmada no caso que motivou a sentença do Tribunal de Grande Instância de Paris de 17 de fevereiro de 1999, na qual se condenou uma conhecida publicação da imprensa francesa, a indemnizar os coautores de uma obra audiovisual, pelo fato de esta ter tornado público, sem o consentimento dos coautores, o guião e fragmentos de alguns diálogos de uma obra cinematográfica, antes de ela chegar às salas de cinema.

A divulgação está paradoxalmente ligada ao exercício da faculdade do direito ao inédito. Pelo que se os coautores assim o entenderem, poderão não divulgar a obra e com isso garantir o seu direito exclusivo ao inédito da obra audiovisual⁵⁴⁷.

A retirada da obra

Esta é uma manifestação do conteúdo moral dos direitos de autor, que aparece expressamente prevista no artigo 62.º do CDADC, e que permite aos coautores, a todo o tempo, retirar a obra de circulação e fazer cessar a sua utilização, desde que tenham razões morais atendíveis para o fazer. Claro está, que os coautores terão que indemnizar todos aqueles que forem prejudicados com a retirada da obra. Porém este preceito legal causa-nos alguma inquietude, na medida em que, não se percebe que a retirada da obra por parte dos coautores, tenha que estar condicionada à existência de “razões morais atendíveis”, para poder ser exercida. Parece-nos que os coautores deveriam ter liberdade total para exercer essa faculdade se assim o entendessem, sem que houvesse necessidade de invocar qualquer tipo de razão, desde que indemnizassem aqueles que fossem prejudicados pelo exercício do seu direito como já se prevê legalmente. Até mesmo porque, independentemente das “razões morais atendíveis”, os coautores da obra poderiam simplesmente ou porque se alteraram as suas convicções ou porque mudaram de ideias, exercer a retirada da obra, independentemente da existência de uma razão moral atendível⁵⁴⁸. Este direito de indemnização é também chamado em alguns ordenamentos jurídicos como o francês, o alemão, o italiano e o espanhol⁵⁴⁹, como “direito de reconsideração”.

Esta é uma possibilidade um tanto ou quanto utópica no que respeita à maioria das obras audiovisuais, na medida em que a retirada da obra implicaria o

⁵⁴⁷Neste sentido, vide ÁNGEL LUÍS ALONSO PALMA in *Propiedad Intelectual y Derecho Audiovisual*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2006, pp.36-50.

⁵⁴⁸ Neste sentido MARIA VICTORIA MAYOR DEL HOYO in *El Derecho de Autor sobre las Obras Cinematográficas en el Derecho Español*, Madrid, Colex, 2002, pp. 187-230.

⁵⁴⁹ Vide artigo 32.º do Code de la propriété intellectuelle, artigo 42.º Lei de Direitos de Autor Alemã de 9 de setembro 1965 (BGB1.IS1273) alterada pela lei 23 de junho 1995 (BGB1.IS.842), os artigos 142.º e 143.º da legge 22 Aprile 1941, n.º 633 e o artigo 14.º n.º 6 do TRLPI. Nestes ordenamentos se os coautores da obra permitirem que a obra seja novamente divulgada, aqueles com os quais os coautores tinham relações económicas para a exploração da obra e que tiveram direito à indemnização pelo “direito de reconsideração”, terão direito de preferência sobre os mesmos direitos que anteriormente possuíam, em condições similares às originárias.

acordo entre todos os coautores, ou pelo menos da maioria deles, o que numa decisão dessa envergadura, não será muito fácil de acontecer, bem como as consequências desta retirada seriam avassaladoras e causariam um prejuízo económico gigantesco não só aos coautores da obra como a terceiros que eventualmente façam a exploração económica da mesma. Ademais, esta faculdade depende apenas da vontade dos coautores da obra audiovisual, já que pela sua natureza, a mesma não é passível de se transmitir *mortis causa*.

A extensão do conteúdo patrimonial dos direitos de autor

O conteúdo patrimonial dos direitos de autor surge com o propósito de recompensar economicamente os coautores da obra audiovisual, pela exploração económica da obra criativa para a qual estes contribuíram de forma relevante, ao ponto de serem considerados os seus coautores⁵⁵⁰. Claro está que falar em “exploração económica” implica uma vasta rede de relações patrimoniais que, cada vez mais, pela extensão que lhe é possibilitada pelo avanço tecnológico e pelas novas formas de exploração, que a este surgem associadas, se tornam mais complexas. Entre essas relações, estão, em primeira linha, a relação dos coautores com o produtor e com os distribuidores da obra audiovisual. Contudo, convém ter presente que a exploração económica da obra, enquanto parte do conteúdo patrimonial dos direitos de autor, é uma faculdade exclusiva dos seus coautores que poderão livremente decidir como pretendem realizar essa exploração, se por eles próprios ou por terceiros, podendo autorizar ou proibir qualquer utilização da sua obra. Existem diversos modos de exploração da obra audiovisual, pelo que a autorização para explorar a obra através de uma das modalidades possíveis, não significa que se possa explorar a obra por toda ou qualquer forma⁵⁵¹. A autorização fica por isso limitada, à forma expressamente prevista e autorizada pelos coautores da obra, daí a importância da sua concretização detalhada, sob pena de se permitir o mais, quando se queria permitir o menos.

⁵⁵⁰ Neste sentido MARCO MARANDOLA in *Manuale di Diritto d'Autore*, DEC Milano, Milano, 2004, pp.15-32.

⁵⁵¹ Cfr. RICARDO ANTEQUERA PARILLI in *Manual para la enseñanza virtual del Derecho de Autor y los Derechos Conexos*, Editora Corripio, C. por A., Caracas, 1.ª Edición, Tomo I, 2001, pp.117-272.

A modificação

Esta faculdade apesar de estar incluída nas faculdades patrimoniais, é de extrema importância porque afeta a integridade e a paternidade da obra. Por isso mesmo, o artigo 59.º n.º 1 do CDADC prevê que *“Não são admitidas modificações da obra sem o consentimento do autor, mesmo naqueles casos em que, sem esse consentimento a utilização da obra seja lícita”*. O n.º 3 do mesmo artigo prevê que o pedido de consentimento para a modificação da obra, tem que ser feito ao autor desta por carta registada com aviso de receção, tendo o autor da obra um mês a contar da data do registo, para se pronunciar. Esta possibilidade parece atribuir valor declarativo ao silêncio do autor da obra, sendo que se este não se pronunciar, parece que se presume tacitamente a autorização da modificação. A obrigatoriedade do consentimento para a modificação da obra audiovisual aparece ainda plasmada nos artigos 129.º e 146.º do CDADC, que se referem expressamente às *“transformações da obra”*⁵⁵².

Importa mais uma vez salientar que os coautores deverão ser informados de todas as modificações à sua obra, sendo as mesmas relevantes ou irrelevantes para a integridade da obra audiovisual. Entre as modificações mais comuns estão as de formato de modo a que uma obra pensada para ser explorada de um determinado modo, possa ser explorada de outro, a coloração dos filmes a preto e branco, a inserção de sons nas obras audiovisuais mudas, os cortes publicitários, os cortes de cenas e nos diálogos da obra para se ajustarem aos horários e escalas de programação, a inserção de publicidade, de novas cenas não pertencentes à obra original, de logótipos, entre outros. São múltiplas as modificações que se podem realizar nas obras audiovisuais.

Importa por isso aqui distinguir aquelas modificações que se podem considerar relevantes, das irrelevantes. Assim sendo, só se poderão considerar como modificações relevantes, aquelas que podem afetar a integridade da obra, por exemplo o adicionar falas a um filme mudo ou a transformação de uma obra audiovisual a preto e branco numa obra a cores. No campo das modificações irrelevantes, encontramos pequenas alterações que são insignificantes para a obra, como a mudança de letra na legendagem ou alterações no seu tamanho

⁵⁵² De salientar que o termo *“transformação”* é aqui utilizado em sentido impróprio.

que permitam um ajustamento ao meio pelo qual irão ser comunicadas ao público.

Esta faculdade é de tal forma própria dos coautores, que o legislador prevê que nos casos em que os coautores tenham modificado, no todo ou em parte a sua obra, e efetuada a sua divulgação *ne varietur*, os seus sucessores ou terceiros, não poderão divulgar ou reproduzir as versões anteriores da obra nos termos do artigo 58.º do CDADC. Esta previsão legal espelha bem o carácter pessoal do exercício deste direito e a sua dependência dos sujeitos que serão considerados como coautores da obra. A possibilidade de modificação da obra poderá levantar-nos uma questão importante. Ao longo do regime da obra audiovisual, é muitas vezes referida a versão definitiva, da obra, mas quando é que uma obra se considera estar na sua versão definitiva? Este é um conceito também importante para determinar se existe ou não modificação⁵⁵³. Apesar de a lei determinar que toda e qualquer modificação à obra audiovisual deverá ser autorizada pelos coautores, não nos parece que aquelas modificações que sejam insignificantes ou residuais necessitem de autorização dos coautores da obra, não obstante os mesmos devam ser informados da sua existência.

A comunicação pública

Existe uma tendência generalizada para entender a comunicação pública como uma faculdade pertencente à esfera patrimonial dos direitos de autor e à sua exploração económica. A comunicação pública da obra pertence à esfera das faculdades patrimoniais dos coautores, na medida em que implica o pagamento de um valor pela realização da mesma. Dentro destas modalidades, temos a exibição das obras em salas de cinema, a emissão televisiva, a emissão online, a exibição por meio de videograma ou jogo de computador.

Aliás o próprio CDADC no seu artigo 68.º, nomeadamente no seu n.º 2 alíneas c), d), e), i) e j), bem como no seu n.º 3, prevê a utilização e a exploração da obra, não se referindo à comunicação pública. Ademais, o artigo 155.º do CDADC autonomiza a comunicação pública da exploração da obra, na medida em que se prevê uma remuneração diferente, pela realização desta comunicação.

⁵⁵³Neste sentido NAZARETH PÉREZ DE CASTRO in *Las Obras Audiovisuales. Panorámica Jurídica*, Reus, Madrid, 2001, pp. 63-99.

Dado o caráter pessoal que a modificação e a comunicação pública da obra implicam, entendemos que ambos os direitos deverão ser considerados como direitos híbridos no que toca à sua consideração como direitos morais ou patrimoniais.

A exploração da obra audiovisual

Muito embora a exploração da obra audiovisual apareça prevista no capítulo V do CDADC que tem como epígrafe “*Da transmissão e oneração do conteúdo patrimonial do direito de autor*”, na realidade as disposições previstas entre o artigo 40.º e o artigo 44.º deverão ser interpretadas com muita cautela. Desde logo porque, nunca estaremos perante uma verdadeira “transmissão” de direitos. Os direitos de autor pertencem à esfera jurídica dos coautores da obra audiovisual, sendo certo que estes poderão “permitir” a terceiros a utilização do conteúdo patrimonial dos seus direitos.

Esta titularidade dos direitos de exploração da obra aparece determinada de forma clara no n.º 3 e n.º 4 do artigo 68.º do CDADC, que os atribui aos coautores da obra. Pelo que a faculdade de exploração da obra tanto poderá ser aferida pela positiva, como pela negativa, ou seja, os coautores e só eles poderão autorizar ou proibir qualquer forma de exploração da obra. Não obstante os coautores poderem permitir uma licença de uso dessa exploração económica da obra a terceiros.

Importa por isso mesmo esclarecer se a autorização dos coautores prevista no artigo 41.º do CDADC deverá ser considerada como uma “licença na sua máxima plenitude” ou se deverá ser encarada como uma “licença temporária de uso”. Esta é uma questão cuja resposta não levanta grandes dificuldades. Entendemos que esta autorização que os coautores concedem a terceiros deverá ser encarada como uma “licença temporária de uso”, de acordo com a elasticidade que OLIVEIRA ASCENSÃO entende que os direitos de autor têm. Assim sendo, quando termina o direito que onera o conteúdo patrimonial dos direitos dos coautores da obra audiovisual, entendemos que o mesmo volta a expandir-se. Esta expansão dos direitos de autor, em toda a sua extensão,

ocorre quando termina a restrição temporária que lhe foi imposta pela “licença temporária de uso”⁵⁵⁴ concedida a um terceiro⁵⁵⁵.

Apesar de se referir de forma genérica que os coautores permitem a terceiros a “licença de utilização temporária” do conteúdo patrimonial dos seus direitos, não se concretiza a extensão desse conteúdo. Parece claro que, do conteúdo patrimonial dos direitos de autor fazem parte a exibição⁵⁵⁶, a reprodução e a distribuição da obra audiovisual e nada mais⁵⁵⁷.

Nestas situações, deverá aplicar-se o regime previsto nos artigos 41.º a 44.º do CDADC que prevêem o regime de autorizações, onerações e transmissões do conteúdo patrimonial dos direitos de autor sendo certo que no âmbito da obra realizada por encomenda terão que respeitar-se obrigatoriamente estas regras⁵⁵⁸. Entendemos que, em sede de direitos de autor, só deveria permitir-se, regra geral, a transmissão, a autorização ou a oneração temporária dos conteúdos patrimoniais dos direitos de autor, devendo a transmissão total do conteúdo patrimonial dos direitos de autor aplicar-se apenas em casos excepcionais, como o seria o caso em que o coautor da obra audiovisual seja o mero executor do trabalho intelectual, previamente realizado pela entidade que encomenda a obra. Não obstante, o legislador ter regras apertadas para a transmissão total, prevendo-se no artigo 44.º do CDADC que “*A transmissão total e definitiva do conteúdo patrimonial do direito de autor só pode ser*

⁵⁵⁴ Este termo assemelha-se à posição da legislação Alemã de Direitos de Autor que lhe chama “concessão de direitos de utilização simples ou exclusiva”. Neste sentido WINFRIED BULLINGER in *Beck'sche Formulareammlung zum gewerblichen Rechtsschutz mit Urheberrecht*.

⁵⁵⁵ Neste sentido, vide JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO in *Direitos de autor e direitos conexos*, Coimbra Editora, 1992.

⁵⁵⁶ A exibição da obra é uma consequência do contrato de produção da obra audiovisual e tem diferentes formas de se manifestar (p. ex. exibição cinematográfica, emissão televisiva, exibição por meio de videograma). Desta “exibição” que irá ser feita, é que irão decorrer os direitos de reprodução e distribuição que serão diferentes consoante o tipo de obra audiovisual em causa e consoante a modalidade de comunicação pública adotada.

⁵⁵⁷ No ponto referente ao “contrato de produção da obra audiovisual, sua reprodução e distribuição”, que ainda trataremos, explanamos o alcance da “licença temporária de uso” do conteúdo patrimonial dos direitos de autor, entendendo que a mesma nunca poderá ser uma verdadeira transmissão, mas sim uma cessão de direitos intelectuais, com características especiais.

⁵⁵⁸ A palavra “transmissão” é neste âmbito usada em sentido impróprio na medida em que os direitos dos coautores sobre a sua obra são inalienáveis, irrenunciáveis e intransmissíveis. Ainda que apenas se refira ao conteúdo patrimonial, ou mais propriamente à exploração económica da obra, entendemos que essa exploração deverá ser encarada como uma “licença de uso”, para que não existam confusões terminológicas que possam por em causa a essência da proteção dos direitos dos coautores da obra. O termo transmissão será por nós utilizado para que exista consonância entre o que estamos a expor e a letra da lei nos seus artigos 41.º a 44.º. Contudo tal não significa que aceitemos o sentido impróprio atribuído àquilo que a lei designa por “transmissão”, mas que na realidade e em nosso entender é apenas e só “licença de uso”.

efetuada por escritura pública, com identificação da obra e indicação do preço respectivo, sob pena de nulidade”, parece-nos que deveria acrescentar-se a este artigo que esta transmissão total só poderia ser feita, se tal se justificasse em virtude do estabelecido no contrato. Parece-nos que a norma só será verdadeiramente eficiente e não permitirá abusos, se a sua redação for alterada para que a transmissão total não seja feita de forma arbitrária e despreocupada. Não obstante o respeito pelo princípio da liberdade contratual, no que toca à transmissão total da parte patrimonial dos direitos de autor, parece-nos que todo o cuidado é pouco.

Aliás, o ordenamento jurídico espanhol tem uma previsão legal semelhante a esta, cuja alteração propomos⁵⁵⁹, determinando a obrigatoriedade da formalização por escrito da cessão dos direitos de transmissão (pacto de transmissão) sobre a obra criada em virtude de relação contratual.

Entendemos que regra geral só deveria ser permitida a transmissão temporária dessa parte patrimonial dos direitos de autor, quer fosse total ou parcial⁵⁶⁰. O regime jurídico da transmissão temporária total da parte patrimonial dos direitos de autor aparece descrita nos artigos 41.º e 42.º do CDADC. Enquanto que o regime da transmissão temporária parcial ou oneração da parte patrimonial dos direitos de autor, aparece estatuído no artigo 43.º. No que respeita à transmissão temporária total, verificamos que para que um terceiro possa divulgar, publicar, utilizar ou explorar a obra é necessária uma autorização do seu autor que terá que ser escrita, presumindo-se que a mesma é onerosa e não exclusiva. Além disso exige-se que dessa autorização constem obrigatória e especificadamente a forma autorizadas para divulgação, publicação e utilização e as condições de tempo, lugar e preço. Esta exigência está em consonância com o previsto no artigo 68.º, n.º 3 e n.º 4 do CDADC, que determina ser ao autor que pertence em exclusivo a faculdade de escolher livremente os processos e as condições de utilização e exploração da obra⁵⁶¹. Sendo certo que esta “*licença de uso*” possibilitada pelo autor da obra a um terceiro, apenas afetará a exploração económica da obra, como bem se refere

⁵⁵⁹ Vide mais concretamente os artigos 45.º e 51.1 do TRLPI.

⁵⁶⁰ Nos casos de transmissão temporária parcial, não nos parece que exista uma verdadeira transmissão, mas sim apenas uma oneração de direitos.

⁵⁶¹ Neste sentido, vide LUIZ FRANCISCO REBELO in *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, Anotado*, Âncora Editora, 3.ª Edição, Lisboa, 2002.

no artigo 42.º do CDADC. Relativamente à transmissão ou oneração temporária parcial, o artigo 43.º prevê que as mesmas “...têm por mero objeto os modos de utilização designados no acto que as determina.”. Entende-se, contudo, que este ato que determina os modos de utilização da obra deverá constar de documento escrito com reconhecimento por advogado ou notarial das assinaturas, sob pena de nulidade. Além disso exige-se, que esse documento indique as faculdades para a disposição desses direitos e a determinação das suas condições de exercício, pelo menos relativamente ao tempo, ao lugar e caso o negócio seja oneroso, quanto ao preço. Por aqui verificamos que o legislador presume o carácter oneroso da transmissão no caso de ela ser uma transmissão temporária total, mas no caso de esta ser parcial ou simples oneração, o legislador não faz qualquer presunção de onerosidade, abrindo aqui espaço para a sua gratuitidade. Entende-se tal diferenciação, na medida em que a transmissão temporária parcial, ao não versar sobre a totalidade do conteúdo patrimonial da obra, o seu autor pode obter ganhos com outra “licença de uso” que não aquela que está em causa. Pelo que, permitir-se-ão aqui vários modos de exploração do conteúdo patrimonial dos direitos de autor, dado que esta utilização temporária é parcial. No entanto o artigo 43.º parece ter uma dupla valência, dado que os n.ºs 1, 2 e 3 parecem referir-se apenas e só à transmissão ou oneração temporária parcial, mas os seus, n.º 4 e n.º 5 parecem aplicar-se a todo o tipo de transmissões temporárias, sejam as mesmas totais ou parciais, dado que se estabelece o prazo máximo e as condições de duração da transmissão no silêncio das partes, bem como *a contrario*, à transmissão definitiva parcial. Outra questão que aqui se levanta, prende-se com o fato de saber se a forma escrita será ou não condição de validade. Não obstante uma parte da nossa doutrina deixar a questão em aberto, como é o caso de OLIVEIRA ASCENSÃO⁵⁶², não obstante inclinar-se para considerar que o artigo 41.º e 42.º do CDADC estabelecerem apenas um regime de autorização, o que poderia pressupor que existiria um regime diferente do previsto no artigo 43.º, admitindo apenas que a forma escrita seria condição de validade neste último caso. Defendemos, contudo, uma posição diferente, também acolhida por LUIZ

⁵⁶² Vide JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO & PEDRO CORDEIRO in *Código de Direitos de Autor*, 3.ª Edição, Almedina, 2004.

FRANCISCO REBELO⁵⁶³, que defende que a forma escrita é condição de validade não só em relação ao artigo 43.º como também ao artigo 41.º. Não obstante o artigo 41.º não referir consequências para a falta de forma, certo é que o artigo 43.º conforme verificamos, parece ter uma dupla valência dado aplicar-se não só às transmissões temporárias totais como às parciais, bem como *a contrario*, às transmissões definitivas parciais. Aliás, parece ser esse o espírito do legislador, na medida em que em nosso entender, não faria sentido que a forma fosse condição de validade para as transmissões temporárias parciais e totais e não o fosse para as transmissões definitivas parciais⁵⁶⁴.

Poderemos ainda colocar a questão de saber, nos casos em que exista um contrato cujo objeto seja a realização de funções intelectuais de carácter criativo com vista à elaboração de contribuições que irão ser inseridas numa obra audiovisual final, e em que há a implícita necessidade de o coautor autorizar a exploração da parte patrimonial da obra, por si criada, nos termos dos artigos 41.º a 44.º do CDADC – se tal autorização que a lei impõe que seja escrita, terá necessariamente que constar do contrato de encomenda. Este artigo determina a liberdade de forma, salvo quando a lei determine o contrário. Não obstante em sede de direitos de autor se impor a forma escrita para a “licença de uso” do conteúdo patrimonial dos direitos de autor sobre a obra, não nos parece que tal possa atingir ou condicionar a liberdade de forma do contrato celebrado com o coautor. Nestes casos a entidade contratante deverá, caso o contrato não revista a forma escrita, fazer referência à existência de contrato verbal, no documento que autoriza a “licença de uso” do conteúdo patrimonial dos direitos de autor, por uma questão de segurança.

No entanto, se por opção das partes ou por imposição legal o contrato tenha que obrigatoriamente que ser escrito nada obsta a que o acordo sobre a “licença de uso” do conteúdo patrimonial dos direitos de autor (a título de transmissão temporária) possa constar do próprio contrato. No entanto tal não poderá verificar-se no caso de transmissão total e definitiva do conteúdo patrimonial dos direitos de autor previsto no artigo 44.º do CDADC, dado que

⁵⁶³ Cfr. LUIZ FRANCISCO REBELO in *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, Anotado*, Âncora Editora, 3.ª Edição, Lisboa, 2002, em comentário ao artigo 40.º do CDADC.

⁵⁶⁴ Neste sentido, *vide* MARIA VICTÓRIA ROCHA in “Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais – Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando Carvalho e Vasco Lobo Xavier: A titularidade das criações intelectuais no âmbito da relação de trabalho”, Coimbra Editora, 2007.

aqui se faz uma referência expressa á necessidade de existir uma escritura pública, sob pena de nulidade. Neste caso existindo um contrato escrito, ele será independente do documento de transmissão total e definitiva do conteúdo patrimonial dos direitos de autor que obrigatoriamente será realizado por escritura pública⁵⁶⁵. Existirão, portanto, várias formas de realizar a transmissão do conteúdo patrimonial dos direitos de autor e de materializar o regime previsto nos artigos 41.º a 44.º do CDADC. Assim sendo, a transmissão total e definitiva do conteúdo patrimonial dos direitos de autor, independentemente de qualquer outro tipo de prestação de serviço que possa existir, terá sempre que ser feita por escritura pública.

No fundo, permite-se que terceiros possam utilizar e usufruir de diferentes modalidades de exploração da obra audiovisual, consoante o tipo de obra audiovisual em causa e conforme aquilo que lhes for permitido em concreto, pelos seus coautores, que o fazem mediante o pagamento de uma contrapartida económica por parte desse terceiro. É possível que os coautores permitam a um terceiro a exploração de um determinado modo de exibição, e outro modo de exploração a outras pessoas distintas desse terceiro. O mesmo se passa com a distribuição da obra, que poderá ser feita por pessoas diferentes, consoante o meio de distribuição em causa. Pelo que deverá especificar-se a que modo de exploração económica corresponde a contrapartida paga aos coautores, na medida em que poderão existir diferentes modos de exploração que geram atribuições patrimoniais diferentes para os coautores no seu conjunto. Os coautores deverão *“seguir a sorte da sua obra”*⁵⁶⁶.

O controlo dos autores sobre o produtor da obra e a exclusividade da cessão

Ao contrário do que atualmente se tenta referir, são os coautores que controlam os produtores da obra audiovisual e não o inverso. Não obstante, o

⁵⁶⁵ Não obstante o DL 116/2008 de 4 de julho ter estabelecido a não exigência de escritura pública para os imóveis e com isso permitir uma desburocratização e flexibilização dos atos notariais o artigo 44.º do CDADC manteve a sua letra, continuando a exigir escritura pública para a transmissão total e definitiva do conteúdo patrimonial dos direitos de autor. Resta saber se o artigo 44.º do CDADC não acompanhou a mudança introduzida pelo DL 116/2008 por intenção e vontade do legislador ou se apenas por mero lapso tal não aconteceu.

⁵⁶⁶ Neste sentido ÁNGEL LUÍS ALONSO PALMA in *Propiedad Intelectual y Derecho Audiovisual*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2006, pp.69-84.

produtor ser o “investidor” que financia a realização da obra pelos seus coautores, certo é que o titular originário dos direitos de autor são os coautores da obra, que irão permitir ao produtor a exploração da obra tendo em conta o previsto nos artigos 40.º a 44.º do CDADC⁵⁶⁷. Contudo, importa referirmos a que título essa exploração é feita. Existe, desde logo, uma norma importantíssima que espelha esta titularidade dos direitos de autor sobre a obra, pertencerem aos coautores da obra audiovisual e que tem que ser o ponto de partida para se perceber a relação existente entre estes coautores e o produtor. Essa norma é o artigo 126.º n.º 3 do CDADC. Prevê este normativo legal o seguinte: *“Durante o período de exploração, o produtor, se o titular ou titulares do direito de autor não assegurarem de outro modo a defesa dos seus direitos sobre a obra cinematográfica, considera-se como representante daqueles para esse efeito, devendo dar-lhes conta do modo como desempenhou o mandato”*. Por aqui se vê, que são os coautores que decidem como os seus direitos vão ser assegurados, sendo o mandato uma solução de recurso em caso de silêncio dos coautores. No entanto, como contrapartida do financiamento que permite a realização da obra audiovisual, os coautores da obra audiovisual terão que dar ao produtor exclusividade para a fixação pela primeira vez da obra audiovisual, nos termos do n.º 1 do artigo 128.º do CDADC. Caso as partes não indiquem a duração do exclusivo, este caducará ao fim de 25 anos. Esta caducidade não afeta a projeção, reprodução e distribuição que da obra esteja, entretanto, a ser feita nos termos do n.º 2 do mesmo preceito. Os coautores, enquanto titulares dos direitos de autor podem exigir ao produtor cópias da fixação da obra⁵⁶⁸ e documentação que provem o cumprimento dos compromissos assumidos pela via contratual entre ambas as partes. Este controlo dos coautores sobre o produtor, está patente no artigo 136.º do CDADC, que determina que o produtor tem um prazo de 3 anos para fixar a obra e exibi-la sob pena de os coautores poderem resolver o contrato. A necessidade de existir esta vigilância por parte dos coautores, deve-se ao fato de estes poderem verificar que a remuneração que lhes é paga por uma ou várias formas de exploração da obra, é proporcional aos ganhos obtidos pelo

⁵⁶⁷ Vide NAZARETH PEREZ DE CASTRO in *Las Obras Audiovisuales, Panorámica Jurídica*, Reus, Madrid, 2001, pp. 143-180.

⁵⁶⁸ Vide artigo 137.º do CDADC.

produtor, e eventualmente exigir a compensação suplementar prevista no artigo 49.º do CDADC, a par com aquela que foi acordada com o produtor nos termos do artigo 131.º do CDADC.

O contrato de produção da obra audiovisual, sua reprodução e distribuição⁵⁶⁹

Esta relação contratual, que surge no âmbito da obra audiovisual entre coautores e produtor da obra, continua a ser desprezada pelo legislador, na medida em que não se regulam as condições e os requisitos legais necessários para este tipo de contratos, sendo que os mesmos continuam a ser contratos atípicos, carentes de uma regulação legal⁵⁷⁰. Esta atipicidade potencia a existência de várias arbitrariedades e omissões, que não permitem uma proteção adequada a todos aqueles que estão envolvidos nesta relação jurídica.

Urge, por isso, mesmo a necessidade de uma tipificação legal do contrato de produção da obra audiovisual e do regime legal da sua reprodução e distribuição que não deixe margem para qualquer tipo de dúvidas.

Aquilo que atualmente verificamos é que existe um conjunto de normas genéricas que pretendem regular o contrato de produção, nomeadamente o artigo 125.º do CDADC, mas que, na realidade, desprezam as necessidades práticas deste regime. Na medida em que se aglutinam relações jurídicas de produção, distribuição e exibição, que embora sejam diferentes entre si, surgem completamente misturadas. Deveria prever-se neste artigo quais as condições concretas e os requisitos legais mínimos que deveriam constar do contrato de produção, sem que se misturasse o regime da distribuição e da exibição, que teriam que ser tratados de forma separada e individualizada. Não obstante, na maioria das vezes a distribuição e a exibição das obras ser também “negociada” pelos coautores com os produtores, certo é que estas relações deverão autonomizar-se da produção, autonomização essa que, inclusivamente, aparece plasmada na última parte do n.º 2 do artigo 128.º do CDADC.

⁵⁶⁹ Esta temática foi por nós tratada na dissertação de mestrado com o tema *Da obra audiovisual: Tutela dos Autores e Intérpretes*, pp.50-77.

⁵⁷⁰ Não obstante a sua sujeição às regras previstas nos artigos 40.º a 45.º do CDADC.

Contudo, o artigo 127.º volta a fazer a mesma aglutinação de relações jurídicas, na medida em que presume que a autorização para a produção da obra audiovisual implica a autorização para a sua distribuição e exibição, de acordo com o seu n.º 2. Percebe-se que da autorização dada pelos coautores ao produtor no âmbito do contrato de produção, derive nos termos do n.º 1 “...o direito de produzir o negativo, os positivos, as cópias e os registos magnéticos necessários para a exibição da obra”. Mas, não se percebe porque é que o n.º 2 vêm referir que se inclui a autorização para a distribuição, quando esta pode ser feita por diferentes formas e por isso mesmo pode ser contratualizada com outros sujeitos que não o produtor. Nos termos do artigo 126.º, n.º 3, são os coautores que decidem o modo pelo qual pretendem assegurar os seus direitos, pelo que não se percebe que o legislador tente incessantemente substituir-se à vontade dos coautores da obra com previsões como a contida no n.º 2 do artigo 127.º do CDADC.

Dada a confusão instalada no âmbito da relação existente entre os coautores da obra audiovisual e os terceiros a quem poderá ser permitida a “licença de uso” relativa à parte patrimonial dos direitos de autor, de que aqueles são titulares, defendemos a criação de uma nova secção dentro do capítulo III do CDADC que possa enquadrar devidamente o contrato de produção audiovisual e o contrato de reprodução e distribuição. Dentro dessa nova secção, deveriam existir regras capazes de determinar o objeto da relação jurídica emergente do contrato de produção audiovisual, no qual necessariamente teria de incluir-se a autorização para o produtor fixar pela primeira vez a obra audiovisual e os termos em que a sua exploração económica, através de um determinado modo de exibição, será feita. Além disso, deveria determinar-se a exigência de respeito pela integridade e paternidade da obra audiovisual no contrato de produção, devendo depender obrigatoriamente da autorização dos coautores a possibilidade ou não de o produtor se associar a outros coprodutores⁵⁷¹. Destas regras deveriam ainda constar os termos detalhados da exploração económica autorizada para determinada forma de exibição e a autorização ou não dos coautores da obra audiovisual relativamente às transformações

⁵⁷¹ Entendemos ser necessário que a possibilidade de coprodução dependesse da vontade expressa dos coautores. Não obstante exista já uma regra para a coprodução no artigo 132.º do CDADC, entendemos que a não existência de convenção em contrário, não é suficiente nesta matéria.

previstas no artigo 129.º do CDADC. No que respeita às retribuições a pagar pelo produtor aos coautores, deveriam especificar-se os valores mínimos a atribuir a cada um, e a que título os mesmos eram conferidos, bem como os modos, o tempo e o lugar onde os respetivos pagamentos deveriam ser realizados⁵⁷². No que respeita à retribuição, o artigo 131.º do CDADC determina que a retribuição pode ser uma quantia global fixa, em percentagem sobre as receitas provenientes da exibição da obra, em quantia certa por cada exibição, ou poderá revestir outra forma acordada com o produtor. Não obstante aceitarmos esta determinação livre, do valor da retribuição a pagar pelo produtor aos coautores, entendemos que deverá ser obrigatória no contrato de produção a referência à compensação suplementar a atribuir caso se verifique alguma das situações previstas no artigo 49.º do CDADC e do prazo para a sua reclamação. Essa referência não seria, contudo, obrigatória nos casos em que a retribuição fosse uma percentagem sobre as receitas provenientes da exibição da obra ou uma quantia certa por cada exibição. Nestes casos existe um negócio parciário, na medida em que existe aqui um risco monetário assumido pelos coautores em parceria com o produtor, dado que a sua retribuição dependerá invariavelmente dos lucros obtidos⁵⁷³.

No que respeita à reprodução e à distribuição da obra, deveria existir uma norma autónoma e independente das normas previstas para o contrato de produção audiovisual onde se deveria prever os modos e formas de distribuição e de reprodução autorizados. Não obstante os coautores atribuírem estes direitos também ao produtor por sua própria vontade, certo é que estes são livres de o fazer diretamente a um distribuidor ou a um terceiro, nos termos do previsto no n.º 4 do artigo 68.º do CDADC, pelo que deverá salvaguardar-se também essa possibilidade.

Mais do que prever as condições específicas desta relação negocial, é necessário caracterizar esta relação sinalagmática, sendo certo que o artigo 136.º do CDADC aponta já para a existência de um contrato. No entanto, não existe no nosso ordenamento jurídico a figura do contrato de produção audiovisual, sendo esta omissão legal, colmatada pela remissão feita pelo

⁵⁷² Vide BENJAMIN MONTELS in *Contrats de l'audiovisuel*, LexisNexis, S.A., Paris, 2007, pp. 241-262.

⁵⁷³ Neste sentido HEINRICH EWALD HORSTER in *A parte peral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, 1992, pp.429.

artigo 139.º do CDADC para a aplicação por analogia das regras de outros contratos, como o contrato de edição, de representação e de edição. A importância cultural e económica que as obras audiovisuais têm na atualidade não se compagina com a inexistência de um regime legal próprio para este tipo de contratos e suas diferentes modalidades. Poderemos ter neste âmbito contratos de produção audiovisual celebrados entre os coautores e o produtor da obra audiovisual, o contrato de produção e distribuição audiovisual (quando os coautores da obra audiovisual permitem aos produtores realizarem além da produção, a distribuição e reprodução da obra por eles próprios) e os contratos de distribuição seletiva da obra audiovisual (contrato esse que se realiza entre os coautores e o distribuidor diretamente, ou entre o produtor e o distribuidor, quando os coautores deram essa possibilidade ao produtor de fazer a distribuição através de um terceiro).

À primeira vista, poderíamos pensar que a base jurídica destas formas contratuais nos seria dada pelo direito civil, na medida em que o artigo 1303.º n.º 2 do Código Civil determina que “ *São todavia, subsidiariamente aplicáveis aos direitos de autor e à propriedade industrial as disposições deste código, quando se harmonizem com a natureza daqueles direitos e não contrariem o regime para eles especialmente estabelecido*”. Todavia, tal não se verifica, dado que o contrato de produção audiovisual é um contrato que visa a exploração económica da obra, e como tal, deverá ser considerado um contrato de índole comercial, apoiando-se numa figura jurídica do direito civil para a sua construção por via do preceituado no artigo 1303.º, nº2 do Código Civil. O contrato de produção audiovisual é um contrato que representa uma forma especial de cessão de direitos. Contudo, esta “cessão” nada tem a ver com os tipos de cessão previstos no código civil, que configuram verdadeiras “transmissões” de direitos⁵⁷⁴. Esta “cessão temporária” do exercício da parte patrimonial dos direitos de autor, dos coautores da obra audiovisual, à qual chamamos “licença de uso”, trata-se de uma nova forma de cessão do exercício temporário do conteúdo patrimonial dos direitos de autor que se restringem durante esse exercício por parte do produtor e, quando esta acaba, os direitos de autor voltam a ter a mesma amplitude total na esfera jurídica dos

⁵⁷⁴ Vide artigos 424.º-427.º, 568.º, 577.º-588.º, 676.º, 727.º-729.º, 831.º-836.º, 995.º e 1058.º

coautores, dado o seu caráter elástico⁵⁷⁵. Aqui os coautores permitem que o produtor faça uma utilização da obra audiovisual, de acordo com as suas expectativas. A doutrina discute se a “cessão” deverá ser encarada como uma verdadeira transmissão de direitos, ou se antes é apenas e só uma cessão do exercício temporário de direitos. À semelhança de outros autores⁵⁷⁶, entendemos que esta “cessão” deverá ser chamada de “licença de uso”. Apesar de a transmissão total ser legalmente admitida, não concordamos que a mesma se deva fazer no que respeita à obra audiovisual. Existem vários argumentos que fundamentam a nossa posição, desde logo porque a transmissão pressupõe um ato de transmissão irreversível e implica a alienação e entrega definitiva. OLIVEIRA ASCENSÃO, prefere chamar-lhe “transmissão temporária ou oneração” que, em virtude da elasticidade dos direitos de autor, apenas permite a um terceiro, mediante uma contrapartida económica, o acesso a um conjunto de direitos que não lhe pertencem, mas que poderá temporariamente exercer em virtude da “cessão”. O cessionário não é coautor da obra, logo nunca poderá arrogar para si essa qualidade. Esta transmissão é entendida por uma de duas formas pela doutrina. Para uns, que seguem a posição italiana, essa “transmissão” faz com que nasçam faculdades morais novas na esfera jurídica dos sucessores, que são diferentes das faculdades morais de que era titular o coautor da obra entretanto falecido, faculdades essas que se exercem em interesse próprio dos sucessores. Esta posição parece-nos um tanto artificiosa, na medida em que se pretende atribuir direitos morais novos sobre uma obra audiovisual, aos sucessores, que nada têm a ver com o processo de criação próprio da obra audiovisual. Esta atribuição parece-nos até *contra legem*, uma vez que estes tipos de faculdades são intransmissíveis. No fundo, aquilo que acontece é a extinção das faculdades morais que perecem juntamente com os coautores e “transmite-se” para os seus sucessores a possibilidade de estes atuarem no sentido de serem respeitadas e fazerem respeitar as faculdades morais que os coautores falecidos detinham. Os defensores desta outra posição entendem que a

⁵⁷⁵ Vide BENJAMIN MONTELS in *Contrats de l'audiovisuel*, LexisNexis, S.A., Paris, 2007, pp.241-262.

⁵⁷⁶ Neste sentido NAZARETH PEREZ DE CASTRO in *Las Obras Audiovisuales. Panorámica Jurídica*, Reus, Madrid, 2001, pp. 150-156, ANTÓNIO DELGADO PORRAS in *Derecho de Autor y Derechos Afines al de Autor* Tomo II, Instituto de Derecho de Autor, Madrid, 2007 e MARIA VICTORIA MAYOR DEL HOYO in *El Derecho de Autor sobre las Obras Cinematográficas en el Derecho Español*, Madrid, Colex, 2002, pp.187-230.

“transmissão” implica que os sucessores representem os direitos que tinha o coautor da obra e que a estes estavam ligados de forma única, pessoal e íntima. Pensamos que esta posição é a que melhor se coaduna com a filosofia própria dos direitos de autor. Aliás, entendemos que cabe aos sucessores do coautor da obra audiovisual, o dever de fazer respeitar integralmente o conteúdo moral dos direitos de autor do “*de cujus*”, respeitando aquilo que seria a sua vontade, sendo certo que a transmissão só ocorre verdadeiramente no que respeita ao conteúdo patrimonial dos direitos de autor sobre a obra e sua exploração económica⁵⁷⁷. No fundo, a transmissão do conteúdo patrimonial dos direitos de autor do coautor, para os seus sucessores é uma forma de garantir que os sucessores irão respeitar o conteúdo moral dos direitos de autor do “*De cujus*” sobre a obra audiovisual⁵⁷⁸. Mas, o artigo 57.º do CDADC, não é claro já que o n.º 1, e o n.º 3, desta norma, são contraditórios entre si.

Quando os coautores da obra audiovisual permitem aos produtores realizarem além da produção, a distribuição e reprodução da obra por eles próprios, estaremos perante um contrato de produção e de distribuição audiovisual. Este contrato caracteriza-se por ter uma duplicidade de atribuições, que fará deste um contrato misto. Este contrato deverá ser assim considerado, na medida em que reúne características de dois contratos distintos, total ou parcialmente regulados por lei, nos termos do n.º 2 do artigo 405.º do Código Civil. Este contrato reúne características de um contrato de cessão (embora seja uma cessão de direitos de autor, e revista por isso mesmo, características especiais) e de um contrato de distribuição comercial. Este contrato que reúne características de dois contratos inominados, deverá regular as condições em que os coautores permitem a produção da obra, bem como os meios e formas que o produtor poderá utilizar para fazer chegar a obra audiovisual ao público em geral, e as respetivas contrapartidas financeiras, a que o produtor se obriga em virtude destas permissões que lhe são dadas pelos coautores.

Ainda podemos ter no âmbito contratual o contrato de distribuição seletiva da obra audiovisual, contrato esse que se realiza entre os coautores e o

⁵⁷⁷ Neste sentido MARIA DEL PILAR CÂMARA ÀGUILA in *El derecho moral del autor – Con especial referencia a su configuración y ejercicio tras la muerte del autor* Editorial Comares, Granada, 1998, pp. 81-118.

⁵⁷⁸ Vide RICARDO ANTEQUERA PARILLI in *Manual para la enseñanza virtual del Derecho de Autor y los Derechos Conexos*, Editora Corripio, C. por A., Caracas, 1.ª Edición, Tomo I, 2001, pp.129-272.

distribuidor diretamente, ou entre o produtor e o distribuidor quando os coautores derem, no contrato de produção, essa possibilidade ao produtor de fazer a distribuição através de um terceiro. Estes contratos deverão ser assim considerados, na medida em que a obra audiovisual deverá ser considerada como um “produto de alta técnica”, dado ter características que as tornam únicas e raras, pela sua especificidade própria, o que faz com que não estejam ao alcance de qualquer distribuidor⁵⁷⁹. Neste contrato, não se exige exclusividade, nem dos distribuidores, que poderão comercializar outras obras diferentes que não aquela que os coautores ou o produtor lhe permitem comercializar, assim como os coautores ou o produtor poderão dar a distribuição daquela obra em concreto a mais do que um distribuidor. Porém, este contrato de distribuição seletiva terá de ser um contrato adaptado às características próprias das obras audiovisuais. Alguns autores entendem que a distribuição da obra audiovisual deverá ser feita nos moldes de um contrato de agência ou nos termos do mandato com representação, na medida em que os distribuidores terão sempre direito a um valor mínimo garantido que revestirá a forma de provisão ou comissão, entendendo estes autores que o fator “escolha” dos distribuidores será importantíssimo para o sucesso da distribuição. Entendemos que a questão primordial neste tipo de relação contratual não é a escolha do distribuidor, mas a especialidade do “produto” distribuído, que pelas suas características únicas, não estará ao alcance de qualquer distribuidor. Tentar enquadrar à força a relação de distribuição no âmbito do contrato de agência ou na figura do mandato, parece-nos imprudente⁵⁸⁰. A figura do distribuidor nunca se poderia assemelhar ao agente,

⁵⁷⁹ Esta nossa caracterização da obra audiovisual como “produto de alta técnica” que é objeto do contrato de distribuição seletiva, e a dicotomia existente entre contrato e produto está perfeitamente caracterizada por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO in *Contrato de Distribuição Comercial*, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 115-116, onde refere o seguinte: “A distribuição seletiva procura responder à preocupação dos titulares de grandes marcas, especialmente de produtos de luxo e de alta técnica, em controlarem a distribuição e em assegurarem o prestígio da marca e a qualidade dos serviços através de uma apurada seleção de revendedores e de instalações comerciais adequadas...por outro lado, sendo produtos de alta técnica, é necessário dispor de revendedores competentes e capazes de assegurar um eficaz serviço de pós - venda. Estamos, pois, perante um sistema de comercialização de produtos de marca em que o fabricante selecciona os seus revendedores em função do cumprimento de apertados requisitos, em regra de ordem qualitativa, só a esses revendedores fornecendo os seus bens. Nada impede que o revendedor comercialize outros bens concorrentes, mas só pode adquirir os produtos junto do fabricante ou de outro revendedor selecionado; e não beneficia de qualquer direito de exclusivo, podendo ter que confrontar-se com um outro revendedor seletivo da mesma marca a operar perto de si”.

⁵⁸⁰ Neste sentido VITTORIO M. DE SANCTIS e MARIO FABIANI in *I Contratti di Diritto di Autore*, seconda edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2007, pp.345-357.

desde logo porque faltaria na relação de distribuição o elemento “estabilidade”. A relação contratual que se estabelece entre os coautores e o distribuidor, ou entre o produtor e o distribuidor, nada tem de coincidente com a agência que é “...um contrato pelo qual uma das partes se obriga a promover por conta de outra a celebração de contratos, de modo autónomo e estável mediante retribuição podendo ser-lhe atribuída certa zona ou determinado círculo de clientes”⁵⁸¹. Ou seja, o distribuidor, regra geral, exerce uma operação isolada, logo, não existe qualquer elemento na relação entre as partes que possa pressupor qualquer tipo de estabilidade. Além disso, o contrato celebrado com vista à distribuição não implica a existência de qualquer prazo que implique uma relação duradoura. Bem pelo contrário, assim que o distribuidor cumpre o seu papel e após lhe ser pago o valor acordado, o relacionamento entre ambas as partes é extinto, sem que permaneça qualquer vínculo, entre o distribuidor e os coautores ou entre este e o produtor⁵⁸².

Outros autores⁵⁸³ defendem que as relações contratuais existentes no âmbito do contrato de produção deverão ser divididas em assunção de encargos de produção, realização de produção própria e assunção de coprodução. Vejamos como se caracteriza cada uma destas relações contratuais. A assunção de encargos de produção caracteriza-se por ser uma relação triangular que envolve o produtor, uma entidade de emissão ou exibição de obras audiovisuais e os coautores da obra. O produtor assume um compromisso com a entidade de emissão ou de exibição de obras audiovisuais para encontrar uma determinada obra audiovisual com um conjunto de características que potencialmente possam trazer vantagens comerciais. Posteriormente, procura um conjunto de coautores que estejam a elaborar uma obra audiovisual e propõe-lhes a sua fixação em troca da cessão da parte patrimonial dos seus direitos de autor, mediante o pagamento de uma contrapartida económica para estes. Nesta relação contratual multilateral os riscos económicos são partilhados pelo produtor e pela entidade de emissão ou de exibição de obras audiovisuais, contudo o risco será sempre maior para o produtor que, regra geral, dispõe de uma capacidade financeira menor do que

⁵⁸¹ Cfr. artigo 1.º n.º 1 do Decreto-Lei 178/86 de 3 de julho.

⁵⁸² Vide ANTÓNIO PINTO MONTEIRO in *Contrato de Distribuição Comercial*, Almedina, Coimbra, 2002,

⁵⁸³ Cfr. ÁNGEL LUIS ALONSO PALMA in *Propiedad Intelectual y Derecho Audiovisual*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2006, pp. 150-155.

a entidade emissora ou de exibição de obras audiovisuais. O produtor assume o papel do mero intermediário entre os coautores e a entidade que tem interesse em difundir a obra, recebendo o valor por tal intermediação.

No que respeita à realização de produções próprias, o produtor celebra contratos de trabalho ou contratos de prestação de serviços com os coautores, assumindo para si, pelo menos, a parte patrimonial dos direitos de autor⁵⁸⁴. Neste caso, além dos contratos de trabalho, deverá existir um contrato de produção e de distribuição audiovisual, para garantir os direitos de ambas as partes. Sendo certo que consideramos que esse contrato de produção e distribuição audiovisual poderá estar implícito ou não no contrato de trabalho, mas terá sempre que ser autónomo do contrato de prestação de serviços, em virtude de este contrato não pressupor a estabilidade e confiança que proporciona a relação laboral. Contudo, aqui o risco económico é integralmente suportado pelo produtor, sendo que, por isso mesmo, esta não é uma forma contratual muito usual nesta matéria. Por sua vez, a relação de coprodução, que também é contemplada pelo artigo 132.º do CDADC, estabelece-se quando o produtor, depois de obter a cessão do conteúdo patrimonial dos direitos de autor junto dos coautores da obra, vai associar-se a um coprodutor que consigo partilhará o risco económico da fixação daquela obra. Esta relação paralela entre produtor e coprodutor só poderá existir se não houver oposição dos coautores da obra audiovisual. No entanto, apesar de assumirem ambos solidariamente os riscos da produção, o artigo 133.º do CDADC determina que a responsabilidade pelas contrapartidas financeiras a pagar aos coautores da obra será do produtor inicial.

Qualquer que seja o modelo contratual que tenha por objeto a obra audiovisual e a sua exploração existe um conjunto de elementos básicos que não poderão deixar de ser mencionados. Entre eles está: a identificação completa das partes; a qualificação do género de obra audiovisual que será objeto do contrato; a determinação concreta de quais os direitos de conteúdo patrimonial que serão objeto da cessão tendo em conta as contribuições específicas de cada coautor da obra; os termos em que se realizará a produção; autorização

⁵⁸⁴ Poderá assumir para si a totalidade dos direitos, se o trabalho intelectual para a realização for por si realizado e der ordens e instruções tão detalhadas aos coautores, que estes se tornam os meros executores físicos do mesmo, o que é invulgar acontecer.

dos coautores para a distribuição da obra ou, transferência ou não, desse direito para o produtor; prever a possibilidade de um coprodutor se poder ou não associar à produção; as formas de exploração permitidas; referência ao modo pelo qual os coautores podem fiscalizar os seus direitos, seja pela análise de documentos ou pelo acompanhamento da produção; estabelecimento concreto do valor a pagar aos coautores, discriminando os valores referentes a cada tipo de exploração, bem como a forma, o lugar e a data de realização do pagamento; a existência de um plano de produção detalhado e a previsão de conclusão da mesma; referência ao âmbito territorial da distribuição e modos de realização da mesma⁵⁸⁵, bem como a fixação dos valores a pagar ao distribuidor.

No que toca à faculdade de reprodução, esta é uma possibilidade que é indissociável do direito de distribuição, na medida em que implica que se realizem cópias da obra original, independentemente do suporte material ou imaterial em que esta se encontre fixada. Relevante é que para que se possa realizar a distribuição terá necessariamente que se reproduzir a obra por qualquer meio, sob pena de a distribuição não se poder realizar. A distribuição das obras implica a venda, aluguer, empréstimo ou qualquer outra forma de colocação à disposição de um suporte onde esteja inserida a obra audiovisual. As cópias da obra têm necessariamente que ser entendidas como seus exemplares. A distribuição só se faz se a obra for reproduzida. A reprodução da obra audiovisual é uma faculdade que depende da autorização dos coautores da obra⁵⁸⁶. Ao contrário do que se possa pensar, a reprodução não implica

⁵⁸⁵ A determinação concreta do modo pelo qual a distribuição será feita permitir-nos-á saber perante que tipo de exploração da obra a que aquela distribuição em concreto está associada e não permite abusos por parte do distribuidor que, caso essa concretização não esteja realizada, poderá tentar distribuir a obra por outros meios, além daqueles que lhes foram permitidos pelos coautores. Neste sentido, vide decisão da Corte Suprema di Cassazione – 1 Sez. Civ. – 21 maggio 1998, n. 5072 – Pres. Cantilo – Est. Morelli – P.M. Nardi (concl. Diff) – Spes (Avv. Selli) c. Titanus S.p.a. (Avv. Lezzerini) disponível na *RTSIAE*, Anno LXX, gennaio-marzo 1999, n.º 1, Giuffrè Editore, Milano, 1999, pp. 96-99.

⁵⁸⁶ A autorização para a reprodução da obra depende dos autores desta ou dos seus sucessores. Um bom exemplo desta necessidade de autorização de reprodução aconteceu em Espanha, mais concretamente em Madrid, durante o ano de 2009, onde foi realizada ao ar livre uma exposição de esculturas denominada *cowparade*, na qual estavam esculturas de muitas vacas decoradas por vários artistas plásticos. Um dia uma das esculturas, desapareceu do local onde se encontrava. Isto porque a organização foi obrigada a retirar a escultura de cor branca repleta de partituras musicais da canção “*Tenho uma vaca leiteira*” espalhadas pelo corpo, partituras essas pertencentes ao compositor madrilenho Fernando Garcia Morcillo, falecido em 2002, porque os herdeiros do mesmo invocaram uma violação de direitos de autor, na medida em que não foi autorizada a reprodução da obra do compositor falecido. Neste sentido vide PASCUAL BARBÉRAN MOLINA in *Manual práctico de propiedad intelectual*, Editorial Tecnos, Madrid, 2010, pp.67-85.

apenas a realização de um determinado número de cópias da obra. A reprodução pode realizar-se pela fixação da obra em outros suportes distintos, que permitirão materializar diferentes modos de exploração da obra audiovisual⁵⁸⁷. No entanto, o papel do distribuidor tem-se enfraquecido à medida que a realidade virtual se desenvolve. A realização da distribuição está facilitada pela possibilidade de transmissão digital das obras pela internet, que implica baixos custos e uma grande rapidez na disseminação das obras audiovisuais. Assim sendo, esta nova realidade terá que nos levar a pensar, em novos modos de proteção dos coautores das obras audiovisuais por forma, a que os seus direitos não sejam também disseminados e esquecidos⁵⁸⁸.

O produtor enquanto beneficiário de uma atribuição patrimonial

O produtor é um empreendedor que investe para que a obra audiovisual possa ser realizada e fixada pelos seus coautores, e exibida, sendo que em troca desse investimento, os coautores lhe permitem a exploração da parte patrimonial dos seus direitos. No fundo, esta relação contratual envolve um grande risco económico por parte do produtor, que estará subordinado ao sucesso ou insucesso que a obra terá perante o público⁵⁸⁹. A produção é uma atividade acessória, à atividade de criação da obra, própria dos coautores. A relação existente entre o produtor e a obra é apenas e só uma relação de financiamento, tendo um carácter puramente económico⁵⁹⁰. Não existindo uma efetiva participação do produtor na feitura da obra audiovisual, não nos parece coerente que o mesmo possa gozar dos mesmos direitos de exploração económica de que gozarão os coautores da obra, pelo que deve haver

⁵⁸⁷ Vide MARIA VICTORIA MAYOR DEL HOYO in *El Derecho de Autor sobre las Obras Cinematográficas en el Derecho Español*, Madrid, Colex, 2002, pp. 187-230.

⁵⁸⁸ Neste sentido PATRICIA AKESTER in *O direito de autor e os desafios da tecnologia digital*, Principia, Cascais, 2004, pp.109-123.

⁵⁸⁹ Neste sentido VITTORIO M. DE SANCTIS & MARIO FABIANI in *I Contratti di Diritto di Autore*, seconda edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2007, pp.333-342

⁵⁹⁰ A figura do produtor como um mero financiador da obra audiovisual aparece descrita na nossa jurisprudência de forma exemplar. Mais concretamente no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 03/06/2008, no qual uma coprodutora de uma longa metragem de animação que queria que lhe fosse reconhecida a qualidade de coautora da obra, pretendendo por isso mesmo uma cópia da obra cinematográfica em questão. O tribunal recusou a atribuição de tal qualidade à co-produtora demandante, referindo que “...A proteção que a lei confere ao direito de autor exige que a obra seja uma criação do seu autor. É a referência à criação que nos reporta ao seu autor...Ficando de fora dessa proteção aqueles que se limitam a subsidiar ou financiar a produção ou divulgação da obra...”. Depois de realizar esta consideração o Tribunal negou a atribuição de direitos próprios dos coautores, à coprodutora em causa, por esta não poder ser considerada como coautora da obra audiovisual, mas sim um mero patrocinador económico.

diferenças na natureza jurídica da atribuição patrimonial que pertence de raiz, aos coautores, daquela que será atribuída ao produtor de forma derivada, por estes que mantêm na sua esfera jurídica o remanescente conteúdo patrimonial dos seus direitos de autor⁵⁹¹.

Nos casos em que existe um contrato de produção audiovisual existirá uma “cessão” de direitos que, na realidade, é por nós entendida como uma “licença de uso” dos mesmos. Isto porque, dado que a componente moral dos direitos de autor é inalienável, irrenunciável e intransmissível, e a componente patrimonial dos direitos de autor, só existir como consequência prática desta. Por isso mesmo, entendemos como já tivemos ocasião de referir, o produtor é, em princípio, titular apenas de uma licença ou cessão temporária da parte patrimonial dos direitos dos coautores, que só lhe é permitido explorar como contrapartida do seu investimento⁵⁹². Apesar de não serem atribuídos ao produtor direitos patrimoniais pertencentes à esfera jurídica própria exclusiva dos coautores, a atribuição ao produtor de uma licença ou cessão temporária dos direitos patrimoniais dos coautores da obra ou é uma outra forma de lhe reconhecer a exploração de direitos que necessariamente terão que lhe ser atribuídos por esta via, na medida em que o produtor, não reúne as condições necessárias para ser considerado como coautor da obra. Contudo, este direito é atribuído ao produtor com características especiais já que não existe uma transmissão definitiva de direitos de autor ⁵⁹³. Podemos entender que essa permissão deriva do regime previsto no artigo 128.º do CDADC e da relação jurídica que se cria entre coautores e produtor no contrato de produção audiovisual. A atribuição ao produtor da faculdade de explorar economicamente os direitos dos coautores sobre a obra audiovisual é uma forma de “reconhecer” o seu esforço e empenho económico para a realização da fixação da obra audiovisual e de legalmente enquadrar o seu direito de exploração económica que terá sempre que ser alvo de um acordo contratual com os

⁵⁹¹ Neste sentido ALBERTO DE SÁ E MELLO in *Contrato de Direito de Autor. A autonomia contratual na formação do direito de autor*, Almedina, Coimbra, março 2008, pp.453-466.

⁵⁹² Neste sentido ALEXANDRE DIAS PEREIRA in *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnológica*, Coimbra Editora, Coimbra 2001, pp. 221-227, BENJAMIN MONTELS in *Contrats de l'audiovisuel*, LexisNexis, S.A., Paris, 2007, pp.17-30 e RODRIGO BERCOVITZ RODRIGUEZ – CANO in *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 3.ª Edição, 2006, pp. 208-268.

⁵⁹³ Vide CONCEPCIÓN SAIZ GARCIA in *Obras Audiovisuales y Derechos de Autor*, Aranzadi, Navarra, 2002, pp.119-161 e VITTORIO M. DE SANCTIS in *La protezione delle opere dell'ingegno*, Giuffrè Editore, Milano,2004, pp.295-309.

coautores da obra audiovisual⁵⁹⁴. A defesa da propriedade intelectual visa proteger os seus criadores e não aqueles que financiam a obra. A tutela dada pelos direitos de autor ao seu patrocinador, terá que ser uma tutela acessória aos direitos dos criadores intelectuais da obra audiovisual e não o inverso.

Outro modo pelo qual o produtor poderá ser beneficiário de uma atribuição patrimonial decorre da solução de recurso prevista no n.º 3 do artigo 126.º, na qual o produtor é mandatário dos coautores, se estes não tiverem salvaguardado, por outro meio os seus direitos. Entendemos que este mandato terá que ser um mandato com representação, já que os coautores não asseguram os seus direitos por outra forma, logo existirá uma interposição real do mandatário, neste caso o produtor, que terá de transmitir para o mandante, que aqui são os coautores, os direitos adquiridos durante o mandato nos termos dos artigos 1178.º do Código Civil. Logo, ao existir este mandato, o mesmo não atribui ao produtor uma “cessão de direitos”. Aqui, como o mandato é uma solução de recurso, com carácter excepcional, entendemos que o produtor é aqui remunerado pela realização do mandato, que se presume oneroso, nos termos do nº1 do artigo 1158.º do Código Civil.

O produtor, poderá ainda ser beneficiário de outra atribuição patrimonial que revestirá a forma de “comissão”. Tal acontece na assunção de encargos de produção, na qual o produtor recebe um valor patrimonial por realizar a intermediação do negócio que irá ser concretizado entre os coautores e a entidade que pretende emitir ou exhibir a obra audiovisual.

Limites e presunções de cedência de direitos

Muito embora os direitos de autor sejam direitos de carácter absoluto, estes estão muitas vezes sujeitos a limitações e presunções. Estas “restrições” aos direitos de autor, na maioria dos casos, têm como missão fundamental, salvaguardar os interesses económicos das pessoas que fazem a exploração económica da obra, ou substituir-se à vontade das partes, quando as mesmas forem omissas, em aspetos considerados pelo legislador como essenciais. No que respeita à obra audiovisual, entendemos que essas restrições,

⁵⁹⁴ Neste sentido NAZARETH PEREZ DE CASTRO in *Las Obras Audiovisuales. Panorámica Jurídica*, Reus, Madrid, 2001, pp.59-60 e pp.143-145 e VITTORIO M. DE SANCTIS & MARIO FABIANI in *I Contratti di Diritto di Autore*, seconda edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2007, pp.333-342.

principalmente ao nível das presunções, são demasiado extensivas, podendo com isso prejudicar mais do que auxiliar e proteger os coautores da obra audiovisual. Analisemos, então, em concreto, cada uma destas limitações.

Começando desde logo pelo nº2 do artigo 125.º que determina o seguinte: “*Se o autor tiver autorizado, expressa ou implicitamente, a exibição, o exercício dos direitos de exploração económica da obra cinematográfica compete ao produtor*”. Esta previsão legal veda aos coautores a celebração direta de contratos de distribuição com terceiros que não o produtor, caso se interprete que os coautores autorizaram implicitamente a exibição. Além disso, os demais direitos de exploração económica da obra que poderão passar pela obtenção de lucros através de diferentes formas de exploração da obra além da convencionada com o produtor, passarão também para este, pelo simples fato de se presumir a existência de uma autorização implícita de exibição (!). Parece-nos que o legislador foi aqui longe demais e acusa claramente a pressão para a salvaguarda dos interesses económicos de terceiros, em detrimento dos direitos dos coautores das obras audiovisuais. Outra das limitações, presente no regime das obras audiovisuais, aparece prevista no já referido 126.º, n.º 3 do CDADC. Esta norma, ao atribuir a defesa dos direitos ao produtor caso os coautores não os defendam por outro meio, parece-nos exagerada. Porque não estabeleceu o legislador que essa defesa deveria ser feita pelo realizador da obra, dado que também ele é coautor e a sua presença é transversal em toda a obra? Porquê atribuir a defesa dos direitos dos coautores, no silêncio destes, ao seu patrocinador, já que a mesma poderia ser feita por qualquer um dos coautores em representação dos demais? Estas são questões aparentemente sem resposta.

O artigo 128.º, n.º 2 é um bom exemplo das limitações existentes. O prazo de caducidade do exclusivo caduca e, no silêncio das partes, entende-se que tal período de caducidade não atinge a exploração económica da obra quanto à sua projeção, reprodução e distribuição. O que significa que ainda que a exploração económica tenha também sido atribuída por convenção das partes ao produtor, o seu direito de exclusivo caduca, mas o mesmo mantém-se a explorar a obra. Parece-nos que esta norma deveria ser alterada, determinando-se que nos casos em que o produtor realizasse também a exploração económica da obra, o prazo de caducidade estender-se-ia também

a esta exploração. A norma pretende salvaguardar os direitos dos coautores do produtor, no caso de silêncio destes, logo não faz sentido que o faça apenas para um aspeto. O artigo 135.º é o único que contém uma limitação que salvaguarda mais do que os interesses económicos, dado que se prevê a possibilidade de explorar separadamente alguns elementos da obra audiovisual, desde que isso não prejudique a obra. Protegem-se também os direitos morais dos demais coautores da obra audiovisual, paralelamente com os eventuais interesses económicos de terceiros.

Paralelamente a estas limitações específicas, surge uma limitação que é comum a todas as obras intelectuais, independentemente do género, que é a necessidade de indemnizar aqueles que forem prejudicados pelo exercício do direito de retirada da obra, de acordo com o previsto no artigo 62.º do CDADC. Contudo, aquilo que verificamos, à semelhança de outras legislações, é que a pressão económica por vezes “obriga” a decisões menos acertadas, sendo que a grande maioria das limitações e presunções contidas no regime de proteção das obras audiovisuais, acusam essa pressão.

Dado o alcance que todas estas limitações possuem, é essencial que os coautores prevejam o mais possível todas as situações nos contratos que celebrem, a fim de garantirem os seus direitos de acordo com aquilo que são os seus verdadeiros interesses e motivações.

A transformação da obra preexistente e a sua exploração à margem da obra audiovisual

O termo transformação, quando é utilizado no âmbito das obras audiovisuais, pressupõe sempre a existência de uma obra anterior, diferente da obra audiovisual em causa. Quando nos referimos a modificação estamos a referir-nos à obra audiovisual em si mesma, mas ao falarmos em transformação, referimo-nos sempre a uma obra preexistente.

Apesar de os coautores da obra anterior não serem considerados coautores da obra audiovisual posterior, a sua não coautoria não faz com que estes desconheçam que a obra da qual são coautores vai estar, de certa forma, “espelhada” na obra audiovisual posterior. Pelo que estes terão que autorizar a transformação realizada na sua obra original, bem como deverão consentir que a mesma seja produzida, distribuída e reproduzida, enquanto tal, devendo

exigir uma contrapartida económica por essa permissão para a transformação e pela exploração económica daí decorrente⁵⁹⁵. Esta permissão deverá ser feita de um modo amplo para o produtor, sob pena de a obra audiovisual resultado da transformação, não poder ser explorada livremente, existindo sempre necessidade de que os coautores da obra original autorizassem novos modos de exploração que fossem surgindo. Porém, essa amplitude constante da permissão dada pelos coautores da obra originária deverá ser tida em conta no valor da contrapartida económica a pagar a este, dado que esta será uma contrapartida económica única, que deverá abranger a exploração da obra na sua totalidade. Se assim não fosse, poderia dar-se o caso de os coautores de uma obra preexistente, por exemplo de uma obra literária que se transformou numa obra audiovisual nova, quererem explorá-la pelo mesmo meio, pondo a obra literária à disposição de outro produtor para realizar uma outra obra idêntica. Isto prejudicaria a obra audiovisual que resultou da transformação, na medida em que afeta a sua exploração comercial⁵⁹⁶. Deverá existir uma presunção de que a autorização concedida pelos coautores da obra preexistente é ampla o suficiente para que a obra audiovisual resultante da transformação, possa ser livremente utilizada pelos seus coautores.

As obras preexistentes às obras audiovisuais, poderão ser obras audiovisuais anteriores das quais se vai fazer um *remake* ou a “continuação” /sequela da obra, ou o *spin-off*, que consiste na descontextualização das personagens de uma obra, para que as mesmas passem a fazer parte de um videojogo que também seja considerado uma obra audiovisual, ou de obras de outros géneros como as obras literárias ou plásticas, que poderão também transformar-se para dar vida a uma obra audiovisual. Essa transformação também poderá suceder em obras musicais que vão ser alteradas para que possam fazer parte de uma obra audiovisual posterior. Estas transformações, são aquilo a que tradicionalmente chamamos de “arranjos” para que uma obra de um qualquer género possa dar origem a uma obra audiovisual posterior. Contudo, nunca é demais voltar a referir que a obra “objeto de transformação”, continuará a gerar os mesmos direitos, independentemente da obra nova.

⁵⁹⁵ Importa, contudo, referir que os direitos de autor sobre a obra original tanto no seu conteúdo moral como patrimonial, permanecem intocáveis, não obstante a posterior transformação realizada.

⁵⁹⁶ Neste sentido NAZARETH PÉREZ DE CASTRO in *Las Obras Audiovisuales. Panorámica Jurídica*, Reus, Madrid, 2001, pp. 175-182.

Existe um caso de transformação de obra que se revela um tanto ou quanto *sui generis*. Falamos na paródia realizada a uma determinada obra audiovisual. Neste caso, existe uma transformação da obra anterior, que na realidade não se transforma numa obra nova. Pelo contrário, o resultado da paródia, ressalta apenas o aspeto cómico da obra que é alvo de transformação, embora, a paródia tenha necessariamente que autonomizar-se da obra anterior. Conforme já referimos anteriormente, só algumas paródias poderão considerar-se como obras transformadas.

No entanto, em termos de direitos de exploração económica, tanto a obra preexistente, como a obra transformada, poderão beneficiar do sucesso comercial uma da outra. Sendo que o risco comercial é, por isso mesmo, partilhado por ambas as obras.

No que respeita às obras musicais, estas levantam-nos um problema delicado. Desde logo, porque os “arranjos” que estas irão sofrer, para se incorporarem numa obra audiovisual determinada são, muitas vezes, pouco expressivos. Porém, convém fazermos aqui uma chamada de atenção, na medida em que os coautores da banda sonora da obra audiovisual só permitem a “licença de uso” da sincronização da música ou da banda sonora ao produtor e nada mais do que isso⁵⁹⁷. Ou seja, os direitos sobre a obra musical original permanecem intocados, não obstante os pequenos “arranjos” de que foi alvo.

Os direitos dos intérpretes

Não obstante, o direito dos intérpretes não ser o foco principal do nosso trabalho, entendemos que também eles enquanto sujeitos da obra audiovisual necessitam de proteção. Aliás, a autora do presente trabalho já se debruçou sobre este tema anteriormente na sua dissertação de mestrado, reproduzindo aqui, uma parte dessa mesma temática já abordada, por considerar que a mesma é pertinente neste âmbito⁵⁹⁸.

Os intérpretes das obras audiovisuais são os sujeitos que possuem uma proteção muito frágil no âmbito legal, isto não obstante os direitos conexos de

⁵⁹⁷ Neste sentido VITTORIO M. DE SANCTIS in *La protezione delle opere dell'ingegno*, Giuffrè Editore, Milano, 2004, pp.282-287.

⁵⁹⁸ Vide *Da Obra audiovisual: Tutela dos Autores e Intérpretes*, dissertação de mestrado defendida na Universidade Católica Portuguesa – Pólo da Foz- Porto, maio de 2009, pp.88-105 e pp.148-156, que em parte aqui reproduzimos.

que são titulares, principalmente quando comparados com os coautores, sendo a sua proteção, na maioria das vezes dependente da vontade das partes que se manifestará na teia de contratos que existem em torno deste tipo de obras. A encarnação na personagem implica um amplo trabalho de pesquisa e de diálogo com o autor do argumento, realizador e produtor, no sentido de poder concretizar da forma mais fiel possível aquilo que é esperado de determinada personagem. A proteção atualmente oferecida aos intérpretes no ordenamento jurídico Português está prevista essencialmente no CDADC, nos artigos 176.º-194.º a título de direitos conexos. Os direitos conexos dos intérpretes da obra audiovisual são assim direitos interligados com os direitos dos coautores propriamente ditos. Isto porque estes tipos de direitos conexos dependem intrinsecamente da existência da obra e dos direitos que sobre ela se geram. Contudo, como os intérpretes não são autores, muito embora sejam parte do processo criativo e original destes, existe uma categoria especial de direitos, os denominados direitos conexos, para assegurar a sua proteção. Os intérpretes são a imagem do trabalho dos coautores, o que lhes dá uma maior visibilidade e importância em relação aquela que é dada aos coautores, junto do público. A atribuição de direitos conexos patrimoniais e não patrimoniais aos artistas torna-se por isso mesmo imperativa⁵⁹⁹.

Muito embora exista uma proteção geral internacional conferida aos intérpretes através de duas convenções internacionais: a Convenção de Roma de 26 de outubro de 1961, ou seja, a convenção internacional para a proteção dos artistas, intérpretes ou executantes, dos produtores de fonogramas e dos organismos de radiodifusão e através da Convenção OMPI de dezembro de 1996, ou seja, a Convenção sobre interpretações ou execuções e fonogramas, a nível interno, no nosso ordenamento jurídico a proteção é mais restrita.

Para que um intérprete possa ser protegido pelos direitos conexos previstos no CDADC, é necessário que este preencha um dos requisitos previstos no artigo 190.º e no artigo 193.º, onde se prevê que o intérprete seja de nacionalidade Portuguesa ou de um Estado Membro da União Europeia, ou que a prestação do intérprete seja realizada em território nacional, ou que a prestação original seja fixada ou radiodifundida pela primeira vez em território Português ou ainda

⁵⁹⁹ No mesmo sentido *vide* STEFAN LUTJE in *Die Rechte der Mitwirkenden am Filmwerk*, Stefan, Nomos, Baden, 1987, pp.133.

que o intérprete seja cidadão extra - comunitário mas que sejam protegidos por convenções internacionais ratificadas ou aprovadas.

Devemos ainda neste âmbito determinar qual o objeto gerador destes direitos conexos. Esse objeto é a prestação representada pelos intérpretes. Será por tanto em torno desta prestação que se estabelecem a teia de direitos que são da titularidade dos intérpretes. O n.º 2 do artigo 176.º do CDADC, define quem são os artistas intérpretes suscetíveis de serem titulares de direitos conexos, nos quais se incluem *“Artistas intérpretes ou executantes são os atores, cantores, músicos, bailarinos e outros que representem, cantem, recitem, declamem, interpretem ou executem de qualquer maneira obras literárias ou artísticas”*. A amplitude deste conceito que é de louvar, permite que aqui se incluam não só os atores e intérpretes e os duplos que encarnam nas personagens de determinada obra audiovisual, como também todos os figurantes que nela participem. No entanto, parece que, quanto a estes últimos, os seus direitos conexos em princípio serão menos significativos em função da sua participação quando esta surja, como um mero elemento cénico⁶⁰⁰, podendo mesmo ser mitigados ao seu essencial em função da sua participação importante é certo, mas secundária. Porém, é positiva e relevante a inclusão de um conceito tão amplo de intérprete que permite a inclusão de outros profissionais que de qualquer maneira possam interpretar qualquer obra artística. O CDADC no artigo 178.º prevê ainda que o intérprete tenha direito a uma remuneração justa e equitativa pela autorização que os intérpretes têm que dar para que a sua prestação seja fixada, radiodifundida, quando a mesma em si própria não seja uma prestação radiodifundida, quando exista a reprodução por qualquer meio da fixação da sua prestação, ou quando a prestação do intérprete seja posta à disposição do público, por fio ou sem fio. Ora, no caso das obras audiovisuais, nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, estas autorizações são substituídas por uma autorização única que engloba todas as outras. Por essa autorização, o intérprete receberá uma remuneração inalienável, equitativa e única. Esta remuneração única, inalienável e equitativa faz com que os intérpretes não possam pedir novas remunerações pela autorização para novas transmissões, a retransmissão e a comercialização de

⁶⁰⁰ Isto se os figurantes não assumirem algum papel de relevo na obra, porque se tal acontecer, não poderá existir qualquer tipo de mitigação.

fixações obtidas para fins exclusivos de radiodifusão. O intérprete transfere para o produtor os seus direitos de radiodifusão e de comunicação pública, mas existirá aqui uma exceção. Continuará a existir necessidade de autorização dos intérpretes no que toca à colocação da disposição do público da sua prestação de modo a que esta esteja acessível pelo público a qualquer hora ou em qualquer lugar. Esta exceção faz todo o sentido se pensarmos que a autorização dada pelos intérpretes para que a sua prestação seja radiodifundida é dada sempre ao produtor, mas a colocação da sua prestação ao alcance do público a qualquer hora e lugar, não. Normalmente, trata-se de uma utilização paralela de determinados distribuidores que apenas e só tem lucro com a transmissão e com a retransmissão da obra audiovisual, pelo que deverá existir por parte dos intérpretes uma nova autorização, que terá a respetiva remuneração por este tipo de utilização. Nesta questão a exigência de uma nova autorização e remuneração deve-se ao facto de se obter um maior controlo sobre as obras audiovisuais e preservar os direitos de todos que nela estão envolvidos, já que existem distribuidores lícitos e ilícitos deste tipo de obras, sendo esta medida uma forma de travar a distribuição ilícita. No que toca à representação dos artistas, o artigo 181.º do CDADC prevê que na falta de acordo estes sejam representados pelo diretor do conjunto, o que no caso das obras audiovisuais se presume que significa que serão representados por um dos intérpretes da obra que tenha sido eleito pelos restantes como o porta-voz. Contudo, parece arriscado atribuir esta responsabilidade apenas a um elemento do grupo. Pior será nos casos em que não existe um representante entre os intérpretes. Nesse caso, será o encenador ou o diretor respetivo, portanto, o realizador, a assumir a representação. Esta assunção de responsabilidade não parece de todo legítima. Isto porque não é coerente que alguém que não é intérprete possa saber quais os verdadeiros interesses dos intérpretes e muito menos estará tão sensibilizado para os seus problemas, como alguém que por experiência própria sabe quais os problemas e dificuldades que os demais que representa enfrentam.

Os intérpretes, nos termos do artigo 82.º do CDADC, e da lei 62/98 de 1 de setembro⁶⁰¹, têm direito a uma remuneração pela cópia privada já que sempre

⁶⁰¹ Alterada pela Lei 49/2015 de 5 de junho.

que ocorra a venda de quaisquer aparelhos que permitam a fixação e a reprodução das obras audiovisuais, existirá um montante no valor da venda que reverte a favor dos intérpretes, coautores e produtores videográficos, para que, deste modo, estes sujeitos possam ser ressarcidos de parte de eventuais prejuízos que possam sofrer, com a utilização de cópias privadas das obras audiovisuais.

A duração dos direitos conexos, nos termos do artigo 183.º n.º 1 do CDADC, é de cinquenta anos contados após a representação pelo intérprete (alínea a)), ou após a primeira fixação em videograma da obra audiovisual (alínea b)), ou após a primeira emissão emitida por organismo de radiodifusão (alínea c)). Relativamente à proteção dos direitos dos coautores, existe aqui uma diferença em desfavor dos intérpretes, já que os direitos dos coautores têm uma duração de toda a sua vida mais setenta anos *post mortem*, e os intérpretes apenas tem uma proteção de cinquenta anos contados desde a publicação da obra.

Parece que seria mais equitativo se os intérpretes tivessem o mesmo período de proteção dos seus direitos, que têm os coautores, não obstante a sua duração ser por alguns considerada como excessiva. Aliás, tal proteção conferia à obra audiovisual maior unidade em termos de proteção e permitiria uma resposta mais eficaz no combate à utilização ilegal da obra.

Mas a proteção conferida aos intérpretes a título de direitos conexos, é independente das obrigações assumidas em virtude do contrato de trabalho ou da prestação de serviços, nos termos do n.º 2 do artigo 189.º do CDADC, o que implica que haja uma maior preocupação na regulamentação deste tipo de contratos⁶⁰². Não se concebe este dualismo na proteção legal dos intérpretes,

⁶⁰² Este n.º 2 do artigo 189 do CDADC, no que toca ao contrato de trabalho subordinado, deixou atualmente de fazer sentido com a entrada em vigor da Lei 4/2008 de 7 de fevereiro, mais precisamente, devido ao artigo 18.º. Bem como a discussão em torno do mesmo que aparece referida in “A titularidade das criações intelectuais no âmbito das relações de trabalho”, MARIA VICTÓRIA ROCHA, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p.190-191, na qual a autora refere: “O n.º 2 do artigo 189.º, à primeira vista, aparece, portanto, como uma anomalia. Que motivo haverá para retirar aos artistas intérpretes os seus direitos conexos, reconhecidos no CDADC (e em diplomas avulsos) quando exista um contrato de trabalho subordinado? pela sua estranheza, não admira que o artigo em causa seja objeto de interpretações divergentes.

Oliveira Ascensão, criticando duramente a norma, afirma, *todavia que havendo contrato de trabalho, pura e simplesmente não há direitos conexos, nem a favor do artista intérprete trabalhador subordinado, nem a favor da entidade empregadora.*

Luiz Francisco Rebello adota interpretação diversa. Em anotação ao artigo em questão, *considera que o artista não terá direitos conexos, salvo se outra coisa tiver sido acordada com a entidade empregadora. Isto significa que nesta hipótese haverá apenas uma presunção (iuris tantum) de cessão de direitos a favor da entidade empregadora. Pela nossa parte, deixamos a proposta de uma terceira interpretação.*

já que o mesmo fragiliza a posição destes. Além dos direitos conexos consagrados no CDADC, deveria ainda equacionar-se a criação de um novo direito conexo para os intérpretes. Trata-se do direito da autoria da representação. Porém, a criação deste direito passaria pela aceitação de que os intérpretes são de fato os autores da representação. Muito embora sigam as indicações dos coautores da obra audiovisual, certo é que o talento criativo do intérprete se revela fundamental na concretização da prestação. O intérprete estuda a personagem, cria a sua personalidade, tenta enquadrá-la de acordo com a realidade social existente fazendo para isso pesquisa de campo, e empresta a sua alma a uma personagem que apenas existe no papel, dando-lhe a vida desejada. Os coautores da obra audiovisual, tem o mérito de escolher os intérpretes para a sua criação, mas a responsabilidade pelas características, expressões, destreza ou impedimentos físicos e morais bem como de todas as reações das personagens, é exclusiva do trabalho criativo do intérprete.

Este direito, além de ser reconhecido, deveria ser objeto de uma remuneração que ter-se-ia em conta na fixação do valor que lhe é atribuído na remuneração prevista no n.º 2 do artigo 178.º do CDADC que auferir a propósito das autorizações ali previstas.

A existência do direito de autoria de representação para os intérpretes, poderia permitir o reforço e o respeito dos seus direitos à semelhança do que acontece com os coautores. Os coautores são sem sombra de dúvida mais respeitados e protegidos pela lei, em virtude de serem titulares de direitos de autor. Logo, se o mesmo acontecesse com os intérpretes, sendo conferida a esses direitos uma amplitude total de proteção, talvez essa possibilidade lhes conferisse maiores garantias legais.

Mas convém não esquecer, que a possibilidade da existência deste novo direito conexo, não significa dar aos intérpretes a qualidade de autores da obra audiovisual^{603 604}. Tal hipótese não poderia ser sequer cogitada pelo fato de os

Não nos parece razoável que o legislador negue os direitos conexos em função da existência ou não de uma relação de trabalho subordinado. Parece-nos que se deveriam aplicar neste âmbito as normas acima referidas em matéria de direitos conexos e, na parte não especialmente prevista, as normas sobre direito de autor...com as devidas adaptações.

⁶⁰³ No mesmo sentido vide *El derecho de autor sobre las obras cinematográficas en Derecho Español*, MARIA VICTORIA MAYOR DEL HOYO, Madrid: Colex, 2002, pp.137 onde a autora refere o seguinte, “*La ley excluye a los actores de la condición de autores de la obra cinematográfica. La opinión de nuestra*

direitos de autoria, de que são titulares os coautores da obra audiovisual, serem direitos originais e o novo direito aqui proposto ter sido pensado apenas e só como direito conexo. Convém não esquecer que a utilização não autorizada da prestação do intérprete constitui uma violação persistente e contínua dos seus direitos conexos, e não apenas e só uma violação dos seus direitos de personalidade, fato passível de responsabilização dos seus infratores.

8. A capacidade de agir dos autores e a proteção e gestão dos direitos por entidades coletivas

Os coautores das obras audiovisuais, enquanto titulares originários dos direitos de autor sobre as mesmas são independentes para que de forma livre e autónoma possam escolher quais as utilizações a dar às suas obras, bem como para “negociar” o conteúdo patrimonial dos seus direitos. No entanto a sua liberdade, como vimos, está sujeita a algumas restrições.

doctrina ha coincidido, en general, con esta visión acerca del gremio. Se ha entendido que los actores no crean, sino que simplemente interpretan, que es diferente. No llevan a cabo una creación intelectual. Se limitan a ejecutar lo que otros han previsto con su actividad creativa. Hacen, se mueven y dicen lo que otros han previsto con su actividad creativa. Hacen, se mueven y dicen lo que ya está establecido. Lo que no significa que su papel en la elaboración de la obra no sea importante.” Embora possamos concordar com a posição da autora no que toca aos intérpretes não poderem ser considerados como autores da obra audiovisual, parece excessivo considerar que os intérpretes se limitam a executar e a dizer o que outros pré-determinaram. Assim sendo estaríamos a excluir a criação do direito conexo da autoria da representação o que de todo não pretendemos. Aliás essa hipótese estará fora do nosso alcance na medida em que reconhecemos o talento criativo da representação e a subjetividade conferida pelo intérprete à sua personagem.

⁶⁰⁴ Em sentido oposto *vide* CONCEPCIÓN SAIZ GARCIA, in *Obras Audiovisuales y Derechos de Autor*, Aranzadi, Navarra, 2002, pp.100, considera que os intérpretes poderão ser considerados autores da obra, em determinadas ocasiões defendendo o seguinte: “*Sin embargo, en mi opinión, ello no resulta suficiente para pretender con ello excluir toda posibilidad de considerar al artista intérprete, al menos en determinadas ocasiones, autor de una obra de carácter derivado (art.11 TRLPI) toda vez que con su representación, se modifica la obra preexistente de la que parte. Incluso, no resulta del todo extraño, oír hablar de obras cinematográficas en las que la actuación del actor principal resulta determinante del éxito de aquélla, pero, todavía más, con su interpretación imprime su impronta personal junto con los otros autores de la versión definitiva, esto es, el resultado unitario definitivamente protegido...*”. Muito embora se perceba e em parte se concorde com o raciocínio da Autora, o nosso entendimento passa por premissas diversas na sua génese. A Autora parte do pressuposto de que a obra audiovisual é uma obra derivada, enquanto nós entendemos que uma obra audiovisual pura é escrita já com base na concretização da mesma pelos intérpretes, e com a certeza de que a obra foi escrita para ser representada enquanto obra audiovisual, sendo totalmente diferentes os direitos que os seus coautores possuem, dos direitos dos intérpretes. Aliás os direitos dos intérpretes são conexos aos dos coautores; daí defendermos a criação do novo direito conexo de autoria da representação que permite chegar à mesma conclusão a que chegou CONCEPCIÓN GARCIA, mas por outra via, a de que a prestação do intérprete tem algo de criativo. Contudo, em vez de considerarmos que a obra é que é derivada, entendemos que os direitos dos intérpretes é que serão direitos derivados dos direitos dos coautores, ou seja, direitos conexos.

As restrições existentes aos direitos de autor dos coautores das obras audiovisuais, fazem-nos refletir que na maioria das situações, os coautores não têm capacidade por si só de defender e garantir convenientemente os seus direitos. Parece, pois, que os coautores que apenas conseguirão, agir por si mesmos, no que respeita aos limites voluntários aos direitos de autor, nos quais estes “negoceiam” com terceiros a exploração da totalidade ou de parte do conteúdo patrimonial dos seus direitos de autor sobre a obra audiovisual, serão os coautores mais conhecidos, mas esta “individualidade” na gestão de direitos revela-se uma árdua tarefa. Ademais, a própria natureza da obra audiovisual, enquanto obra em colaboração, que depende dos contributos individuais de vários coautores, torna a gestão individual dos direitos sobre a obra um obstáculo à sua comunicação e à gestão do conteúdo patrimonial da obra em si mesma, que só é praticável, quando exercida de forma global.

Regra geral, os coautores da obra, estão demasiado imbuídos nas suas criações, para terem tempo para se preocuparem com a gestão dos seus direitos, além de que na maioria das vezes, os coautores não possuem os meios adequados para realizarem uma proteção efetiva dos seus direitos em todas as suas vertentes, além de que nem sempre os coautores sozinhos, conseguem saber que existiu um atentado ou uma violação aos seus direitos sobre a obra. Associadas a estes fatores, as novas técnicas de reprodução e difusão das obras audiovisuais, faz com que a gestão individual dos direitos dos coautores seja impraticável. Acresce ainda que, na atualidade, assistimos a um crescente número de utilizações “selvagens” da obra audiovisual, o que faz com que seja incontrollável e até mesmo impossível, para os coautores negociarem com esses utilizadores, uma qualquer forma de remuneração. A gestão coletiva dos direitos de autor teve a sua origem na necessidade enfrentada pelos coautores de se reunirem em sociedades aptas a defender convenientemente os seus interesses, negociando em seu nome contratos com terceiros interessados em difundir as suas obras e com determinados grupos de utilizadores. A atribuição da gestão dos direitos de autor por parte dos seus titulares às entidades de gestão coletiva, deriva do fato de os coautores da obra terem total liberdade de encarregar um ou vários terceiros da gestão dos mesmos. Não obstante, essa liberdade os colocar numa posição de maior

fragilidade, a única opção que possuem é a gestão coletiva dos seus direitos de autor⁶⁰⁵.

Pelo que, cada vez mais as entidades de gestão coletiva de direitos de autor assumem um papel de relevo, na defesa dos interesses dos coautores das obras audiovisuais, na medida em que possuem os meios adequados para proceder à vigilância, do modo como a sua obra é utilizada, negociando com os seus utilizadores o pagamento de uma remuneração adequada, bem como as condições de utilização da obra, de modo a poder posteriormente repartir o valor pago por todos os coautores da obra ou titulares de direitos sobre as mesmas. Referimo-nos aqui aos coautores, ou aos titulares de direitos sobre a obra, na medida em que, como já referimos, os coautores podem negociar a “cessão” do conteúdo patrimonial dos seus direitos de autor com terceiros, terceiros esses, que serão considerados junto das entidades de gestão coletiva de direitos como “titulares de direitos sobre a obra”, na estrita medida em que a cessão foi realizada. Também estes terceiros, poderão recorrer às entidades de gestão coletiva, para que possam ver garantidos, os direitos que estes negociaram previamente com os coautores da obra.

Mais do que representarem os interesses dos coautores da obra audiovisual ou dos “titulares de direitos sobre a obra”, as entidades de gestão coletiva também servem os interesses dos utilizadores da obra, na medida em que lhes permite um acesso facilitado e simples, à obra em causa⁶⁰⁶.

No entanto, nos casos das restrições impostas aos direitos dos coautores da obra ou dos titulares de direitos sobre a obra, por via das licenças legais, de carácter restrito, aqui a gestão coletiva de direitos é obrigatória. Isto porque permite-se que a obra seja utilizada independentemente da existência de uma autorização/proibição dos coautores da obra, aqui os coautores terão necessariamente que ser representados por entidades de gestão coletiva de direitos de autor. No entanto, obriga-se que os utilizadores que o fazem ao abrigo desta licença legal de carácter restrito paguem uma contrapartida económica aos coautores da obra, cuja cobrança é delegada pelas autoridades

⁶⁰⁵ Neste sentido JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO in “Representatividade e legitimidade das Entidades de Gestão Colectiva de Direitos Autorais” in *Estudos de Homenagem ao Professor Doutor José Lebre de Freitas*, Volume I, Coimbra Editora, 2013, pp.293-326.

⁶⁰⁶ Vide ALEXADRE DIAS PEREIRA in *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital*, Coimbra Editora, Coimbra 2001, pp.380-385.

nacionais competentes, para as entidades de gestão coletiva de direitos⁶⁰⁷. A par desta licença legal de caráter restrito, nos casos das autorizações ou proibições da retransmissão das obras por cabo, é obrigatório existir a gestão coletiva de direitos de autor nos termos do artigo 7.º n.º 1 do Decreto-Lei n.º 333/97, de 27 de novembro⁶⁰⁸. Pese embora, a gestão coletiva “forçada” se justifique pelo tipo de relação jurídica em causa, certo é que essa obrigatoriedade de submissão à gestão coletiva arruína com o princípio da liberdade de associação. Esta obrigatoriedade dá às entidades de gestão uma supremacia exagerada, na medida em que não tem que oferecer condições atrativas aos seus associados ou cooperantes, na medida em que estes estão dependentes daquilo que as entidades de gestão coletiva lhes quiserem oferecer⁶⁰⁹.

Aquilo que hoje em dia verificamos é que a gestão coletiva de direitos de autor sobre a obra audiovisual é muitas vezes, a única forma de garantir o direito exclusivo de autorizar certas utilizações da obra, coordenando os direitos dos coautores das mesmas no tempo e no espaço.

A gestão coletiva de direitos de autor obriga a que se conciliem diferentes interesses e interessados, o que pode levar as entidades de gestão a exercer por vezes uma atividade tendenciosa e pouco equitativa. Entendemos, porém, que a tarefa que desenvolvem estas entidades é deveras árdua na medida em que tem que conjugar e intermediar os interesses dos coautores, seus sucessores e cessionários, com os de utilizadores empresariais que pretendem explorar economicamente os direitos de autor. Além disso tem que se articular estes interesses com os dos provedores de serviços na internet que hoje em dia permitem a exploração das obras audiovisuais em linha⁶¹⁰. A estes

⁶⁰⁷ Neste sentido MABEL GOLDSTEIN in *Derecho de Autor*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1995, pp. 115-116.

⁶⁰⁸ Este decreto-lei transpõe para o nosso ordenamento jurídico a Diretiva Comunitária 93/83/CEE do Conselho, de 27 de setembro de 1993, relativa à coordenação de determinadas disposições em matéria de direitos de autor e de direitos conexos aplicáveis à radiodifusão por satélite e à retransmissão por cabo.

⁶⁰⁹ Neste sentido, JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO in “Representatividade e legitimidade das Entidades de Gestão Colectiva de Direitos Autorais”, in *Estudos de Homenagem ao Professor Doutor José Lebre de Freitas*, Volume I, Coimbra Editora, 2013, pp.293-326.

⁶¹⁰ Vide CONCEPCIÓN SAIZ GARCIA in *Obras Audiovisuales y Derechos de Autor*, Aranzadi, Navarra, 2002, pp.162-168.

interesses somar-se-ão ainda os interesses do consumidor final das obras audiovisuais e os interesses sócio – culturais da sociedade civil⁶¹¹.

Analisemos agora a situação da gestão coletiva de direitos das obras audiovisuais, no plano nacional. A gestão coletiva dos direitos de autor aparece regulada no nosso ordenamento jurídico nos artigos 72.º a 74.º e 192.º do CDADC e na Lei 26/2015, de 14 de abril⁶¹². Os coautores das obras audiovisuais poderão, se assim o entenderem, ser representados pelas entidades nacionais ou estrangeiras regularmente constituídas para a gestão dos seus direitos, bastando para tal que os coautores sejam sócios, aderentes ou estejam inscritos nesses organismos como simples beneficiários dos referidos serviços, nos termos do n.º 1 do artigo 73.º do CDADC. Dentro das atribuições das entidades de gestão coletiva, enquanto representantes dos coautores das obras estarão a representação dos coautores extrajudicialmente, bem como a representação destes em juízo no âmbito civil e criminal em matéria de direitos de autor, sem prejuízo da intervenção de mandatário expressamente constituído pelos interessados, nos termos do n.º 2 do mesmo artigo. As entidades de gestão coletiva de direitos de autor deverão deste modo proteger os direitos de conteúdo patrimonial que lhes forem confiados relativamente a uma ou várias categorias de obras, no nosso caso, as obras audiovisuais, devendo ainda levar a cabo atividades de natureza social e cultural que beneficiem os seus associados ou cooperadores. Além disso poderão também velar pelos direitos morais dos seus associados ou cooperadores, se estes assim o entenderem, nos termos do artigo 3.º da Lei 26/2015 de 14 de abril. Estas entidades organizam-se sob a forma de associações ou cooperativas e, em teoria, não devem perseguir fins lucrativos⁶¹³. No entanto, o próprio legislador, ao não prever limites aos custos de gestão que são diretamente imputados aos valores recebidos pelos

⁶¹¹ Cfr. JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO in “Representatividade e legitimidade das Entidades de Gestão Colectiva de Direitos Autorais”, in *Estudos de Homenagem ao Professor Doutor José Lebre de Freitas*, Volume I, Coimbra Editora, 2013, pp.293-326.

⁶¹² A Lei 26/2015 de 14 de abril regula as entidades de gestão coletiva do direito de autor e dos direitos conexos, inclusive quanto ao estabelecimento em território nacional e a livre prestação de serviços das entidades previamente estabelecidas noutro Estado membro da União Europeia ou do Espaço Económico Europeu e revoga a Lei n.º 83/2001, de 3 de agosto.

⁶¹³ Neste sentido ÀNGEL LUÍS ALONSO PALMA, in *Propiedad Intelectual y Derecho Audiovisual*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2006, pp.239-255. Este lucro de que falamos é apenas o lucro distribuível pelos sócios, próprio das sociedades. Não há proibição legal de as associações ou cooperativas terem lucro, desde que não distribuível.

coautores e titulares dos direitos de autor, pelas utilizações feitas das suas obras, conforme veremos, fomenta o exercício de uma atividade por parte das entidades de gestão coletiva de direitos que lhes permite muitas vezes ter lucro, dada essa circunstância⁶¹⁴. A lei 26/2015 de 14 de abril, prevê um limite ilusório para os custos de gestão no seu artigo 30.º, n.º 1, estabelecendo uma percentagem de 20%. Porém, tal limite, de acordo com o n.º 2 do mesmo preceito pode ser afastado já que as entidades de gestão coletiva podem fazer uma proposta de investimento que implique a fixação de uma comissão de gestão superior a 20% das receitas cobradas, desde que devidamente fundamentada e sempre que seja aprovada, em sede de orçamento, por dois terços dos votos expressos em assembleia geral⁶¹⁵.

A iniciativa da criação das entidades de gestão coletiva deverá pertencer aos titulares de direito de autor ou de direitos conexos, sendo certo que estas entidades deverão no mínimo ter 10 associados ou cooperadores, nos termos do artigo 5º do mesmo diploma. As entidades de gestão coletiva de direitos de autor, são consideradas pessoas coletivas privadas de utilidade pública nos termos do artigo 15.º desta lei. Para que os atos destas entidades de gestão coletiva de direitos de autor, possam ser legitimados, estas entidades deverão registar-se enquanto tal na Inspeção Geral das Atividades Culturais (IGAC), nos termos do artigo 11.º do referido diploma. Aliás, esse registo é condição essencial para que as entidades de gestão coletiva de direitos de autor, possam representar os coautores das obras, ou os titulares de direitos conexos, nos termos do artigo 74.º do CDADC. Porém, uma vez que estejam acreditadas como entidades de gestão coletiva de direitos de autor, estas entidades não poderão recusar administrar os direitos de autor e os direitos conexos que lhe sejam solicitados se as utilizações que destes direitos estiverem compreendidas no objeto e âmbito da sua gestão, nos termos do

⁶¹⁴ Não obstante a Lei 26/2015 de 14 de abril prever nos seus artigos 38.º a 48.º a fixação de tarifários e as suas especificidades, certo é que não se prevê na Lei um teto máximo para os mesmos, nem mesmo em casos de litígio em que é uma comissão de peritos que estabelece os tarifários, se estabelece um limite máximo, o que não salvaguarda os direitos e expectativas dos titulares dos direitos de autor na sua totalidade.

⁶¹⁵ Enquanto que na lei 83/2001 de 3 de agosto não existia um limite máximo para as comissões de gestão a lei 26/2015 de 14 de abril socorre-se de um esquema artificioso para dar uma falsa ideia de que o limite existe. Criar o limite previsto no artigo 30.º n.º 1 e no seu n.º 2 criar uma exceção que pode ser ultrapassada apenas pelas entidades de gestão sem qualquer controlo externo, é o mesmo que não ter qualquer limite. Apenas se cria a ilusão da existência de um limite às comissões cobradas pelas entidades de gestão coletiva.

artigo 27.º n. 3 da Lei 26/2015 de 14 de abril. Todas as entidades de gestão coletiva dos direitos de autor são obrigadas a ter uma assembleia-geral, uma administração ou direção e um conselho fiscal do qual fará parte um revisor oficial de contas, nos termos do artigo 18.º do mesmo diploma. Todos os órgãos sociais deverão ser constituídos por cooperadores ou associados da entidade à exceção do revisor oficial de contas, que podem ou não ser titulares de direitos, sendo certo que cada membro, não poderá exercer mais do que um cargo dentro desta. Os membros dos órgãos sociais são eleitos por períodos de quatro anos, se os estatutos não preverem uma duração mais curta para o mandato. No plano decisório, as entidades de gestão coletiva de direitos de autor decidem por maioria, sendo que o seu presidente tem voto de qualidade nos termos do artigo 23º da mesma lei. Se os membros dos órgãos sociais cometerem algum ato ilícito durante o seu mandato, estes serão responsabilizados civil e criminalmente pelo artigo 25.º da mesma lei, sendo esta previsão legal igualmente aplicável a entidades de gestão coletiva com estabelecimento secundário em território nacional. Estas entidades de gestão coletiva, sendo pessoas coletivas de utilidade pública, estarão sujeitas à tutela inspetiva do ministério da cultura que é exercida através da IGAC, devendo estas entidades, nos termos do artigo 49.º n.º2 da mesma lei, enviar anualmente a esta inspeção geral, vários documentos e informações nos quais se incluem: *“Indicação dos membros que compõem os órgãos sociais, Cópia dos estatutos e respetivas alterações, Cópia dos relatórios de gestão e contas do exercício, bem como dos planos de atividade e do orçamento, Lista dos preços e tarifas em vigor na instituição, Lista dos contratos celebrados com entidades estrangeiras para efeitos de representação, Lista dos acordos celebrados com entidades representativas de utilizadores”*. Além do mais se existir qualquer alteração a estes elementos e informações as entidades de gestão estão obrigadas a informar a IGAC no prazo máximo de 30 dias a contar da sua verificação, nos termos do n. 3 do mesmo artigo. A tutela exercida pela IGAC incluirá nos termos do artigo 50.º do mesmo diploma a *“Realização de inquéritos, sindicâncias e inspeções, sempre que se mostre necessário e, designadamente, quando existam indícios de irregularidades”* e o *“Envio às entidades competentes de relatórios, pareceres e outros elementos que se mostrem necessários para a propositura ou prossecução de ações*

judiciais, civis ou penais, que tenham por causa a existência de irregularidades e ilícitos praticados pelas entidades de gestão coletiva”.

Dentro da tutela, caberá ainda à IGAC solicitar às entidades competentes a extinção das entidades de gestão coletiva dos direitos de autor quando estas *“violem a lei gravemente ou de forma reiterada, quando a sua atividade não coincida com aquela que aparece expressamente prevista nos seus estatutos, quando utilizem meios ilícitos para prosseguir com o seu objeto e quando retenham indevidamente as remunerações dos titulares dos direitos”*, nos termos do artigo 52.º do diploma em causa. As entidades de gestão coletiva, estão ainda nos termos do artigo 27.º deste regime, obrigadas a informar todos os interessados sobre os seus representados, bem como sobre as condições e preços de utilização de qualquer obra, que lhes seja confiada, devendo para isso respeitar os princípios da transparência e da não discriminação.

As relações que as entidades de gestão coletiva têm com os coautores das obras audiovisuais, ou com os titulares de direitos sobre estas, deverão sempre ser regidas por contratos de gestão. Há uma ideia generalizada de que a relação existente entre as entidades de gestão coletiva de direitos de autor e os beneficiários dos direitos sobre a obra existe pelo simples fato de os beneficiários se inscreverem como beneficiários dessas entidades, sendo assim uma simples relação de representação. Entendemos que o simples ato jurídico da inscrição não possibilita por si só a existência da representação. Devendo por isso mesmo ser celebrado o contrato de gestão, sob pena de o simples ato de inscrição ter efeitos constitutivos, não desejáveis. Ademais, como a gestão de direitos, pode ser parcial, existirá sempre a necessidade de celebrar um contrato, na medida em que a representação é em princípio total, efeito esse que não é pretendido neste âmbito⁶¹⁶. Este contrato pode ser celebrado pela entidade de gestão coletiva, com qualquer associado ou simples beneficiário do serviço. O contrato de gestão dos direitos de autor deverá assim ter uma duração não superior a 5 anos, o que traria uma maior segurança aos beneficiários dos mesmos, que só se comprometem inicialmente, a permitir a gestão dos seus direitos, a uma entidade de gestão coletiva por cinco anos. De todo o modo, se o modelo de gestão adotado pela

⁶¹⁶ Neste sentido ALEXANDRE DIAS PEREIRA, in *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnológica*, Coimbra Editora, Coimbra 2001, pp.380-385.

entidade de gestão coletiva, estiver de acordo com as suas pretensões, este contrato pode renovar-se automaticamente nos termos do artigo 32.º da Lei 26/2015 de 14 de abril. Ao celebrar um contrato de gestão com uma entidade desta natureza, os coautores da obra ou os titulares de direitos sobre as obras audiovisuais não estão obrigados a “dar à gestão” todas as modalidades de exploração das obras, nem de produções futuras, que possam advir destas obras, nos termos do artigo 32.º, n.º 2 da referida Lei e do artigo 12.º do CDADC.

Muito embora a Lei 26/2015 de 14 de abril tenha dado aos representados algum poder de negociação ao prever a negociação dos tarifários, bem como a criação de procedimentos coletivos e individuais para a sua fixação⁶¹⁷, estes contratos de gestão, que se celebram entre os coautores e as entidades de gestão coletiva de direitos de autor, dado o poderio destas últimas, ainda são verdadeiros contratos de adesão, dado que a única liberdade que os titulares de direitos sobre as obras têm é aceitar ou não aceitar a celebração do contrato⁶¹⁸. Assim sendo, não obstante, estes contratos se regerem pelas regras dos direitos de autor, estes contratos regem-se também pelo regime das cláusulas contratuais gerais, previsto no Decreto – Lei 446/85, de 25 de outubro⁶¹⁹. Assim sendo, os beneficiários dos direitos de autor sobre a obra tem a seu favor, este regime que determina a nulidade das cláusulas proibidas nos termos do artigo 12.º do referido diploma e estabelece o que poderão ser consideradas cláusulas absolutamente proibidas, ou seja aquelas em que a proibição deriva da lei, nos termos do artigo 18.º e as cláusulas relativamente proibidas, cuja proibição não decorre diretamente da lei, mas dependem de um juízo valorativo por referência ao quadro negocial padronizado em que se inserem, de acordo com o artigo 19.º. Além disso, este diploma determina no artigo 11.º que nos casos de existirem cláusulas ambíguas, estas terão o

⁶¹⁷ Vide mais concretamente os artigos 38.º a 40.º e artigos 45.º e 46.º da Lei 26/2015 de 14 de abril.

⁶¹⁸ Sendo certo que em alguns casos, nem essa liberdade os titulares dos direitos de autor possuem, na medida em que são obrigados a aceitar a gestão coletiva de direitos que lhes é imposta legalmente, como é o caso das licenças legais de carácter restrito e a autorização ou proibição da retransmissão das obras por cabo. Vide JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO in “Representatividade e legitimidade das Entidades de Gestão Colectiva de Direitos Autorais”, in *Estudos de Homenagem ao Professor Doutor José Lebre de Freitas*, Volume I, Coimbra Editora, 2013, pp.293-326.

⁶¹⁹O Decreto – Lei 446/85, de 25 de outubro, foi alterado pelo Decreto-Lei 220/95, de 31 de agosto, (retificado pela declaração de retificação n.º 114-B/95 de 31 de agosto), pelo decreto-lei 249/99, de 7 de julho, e pelo decreto-lei 323/2001, de 17 de dezembro.

significado que lhes daria um contratante indeterminado normal, sendo que na dúvida, prevalece o significado mais favorável ao aderente. Ora, nos casos em que os beneficiários dos direitos de autor que celebrem contratos de gestão com as entidades de gestão coletiva, que se deparem com uma cláusula, considerada por este diploma como sendo uma cláusula proibida, poderão recorrer às vias judiciais, através de uma ação inibitória, para que a referida cláusula seja proibida por decisão judicial, sendo que assim que seja declarada a sua proibição, a mesma passará a fazer parte do registo obrigatório do ministério da justiça para as cláusulas contratuais abusivas.

Mas os coautores das obras e os titulares de direitos sobre as mesmas, são livres para atribuírem umas modalidades de exploração a uma entidade de gestão, e outras modalidades a outra entidade distinta, ou então gerirem eles próprios algumas das modalidades de exploração da obra⁶²⁰. Aliás, os coautores poderão solicitar paralelamente a mais do que uma entidade de gestão coletiva a realização da gestão de modos diferentes de exploração sobre a mesma obra. Isto será aquilo a que poderemos chamar de “*gestão coletiva parcial*”⁶²¹.

Contudo, apesar da diminuta “margem de manobra” que têm os beneficiários dos direitos de autor, nos países que adotam a celebração dos contratos de gestão, como é o caso de Portugal, Espanha e Brasil, este regime é muito mais favorável do que aquele que é utilizado pelos países do norte e centro da Europa. Isto porque estes países centram-se num modelo de “cessão fiduciária” dos direitos de autor às entidades de gestão coletiva, o que na prática, faz com que a titularidade dos direitos passe para as entidades de gestão, sem que os coautores da obra possam ter qualquer ascendente sobre o conteúdo patrimonial dos seus direitos de autor. Este modelo obriga os titulares dos direitos sobre as obras, a abdicar de todo e qualquer domínio

⁶²⁰ A confirmar esta liberdade de gestão dos coautores da obra audiovisual está a decisão do Tribunal de Paris TGI Paris, 23 sept. 1992, *Voisins Voisines* (préc., n. °46) na qual se entendeu que pelo fato de os coautores da obra audiovisual televisiva “La Bible” não terem autorizado a comunicação pública da obra e dos seus episódios, a mesma não poderia ser utilizada, a pretexto de se dizer que os coautores tinham solicitado a uma entidade de gestão (SACD) a administração dos seus direitos, e como tal, esta poderia substituir-se aos coautores na decisão de autorizar a comunicação pública da obra. O tribunal afirmou peremptoriamente que ninguém, seja a que título for se pode substituir à vontade dos coautores da obra, não podendo esta, ser considerada como uma vontade presumida.

⁶²¹ Neste sentido BENJAMIN MONTELS in *Contrats de l'audiovisuel*, LexisNexis, S.A., Paris, 2007, pp.115-122.

sobre a sua obra para que possam ver salvaguardados os seus direitos de exploração sobre a obra⁶²².

No nosso ordenamento jurídico, mais do que gerir direitos de autor, as entidades de gestão coletiva, deverão afetar uma parte das suas receitas (5%), nos termos do artigo 29.º n.º 1, para promover atividades sociais e de assistência aos seus associados ou cooperadores, divulgar as obras destes, bem como os direitos que estejam compreendidos no objeto da sua gestão. Parece-nos que aqui existe um aproveitamento dos valores a que os beneficiários dos direitos de autor têm direito, cujo aproveitamento reverte a favor do Estado, sem que se possa chamar a esta afetação um imposto. Ademais, o artigo 30.º da lei 26/2015 de 14 de abril prevê no seu n.º 2 que as entidades de gestão coletiva possam fazer uma proposta de investimento que implique a fixação de uma comissão de gestão superior a 20% das receitas cobradas, desde que devidamente fundamentada e sempre que seja aprovada, em sede de orçamento, por dois terços dos votos expressos em assembleia geral. Parece que as entidades de gestão privada, poderão assim legislar sobre os modos de proceder por mera deliberação da assembleia geral (!). Ora tal possibilidade parece-nos totalmente inconstitucional, dado que a determinação de valores deveria derivar da lei e não das deliberações de um órgão de uma entidade privada⁶²³.

A estas entidades, aplicar-se-á subsidiariamente o regime jurídico das cooperativas ou associações, sendo certo que as mesmas estarão sempre sujeitas à tutela do ministério da cultura. Pelo que, é ao ministério da cultura que cabe a realização da arbitragem voluntária, através de uma comissão de peritos prevista no artigo 44.º da lei 26/2015 de 14 de abril. Esta comissão poderá resolver conflitos que possam advir nomeadamente, dos valores ou tarifas a aplicar, bem como litígios derivados de atos e contratos celebrados entre a entidade de gestão e os beneficiários dos direitos de autor sobre uma determinada obra. Curiosamente das decisões desta comissão, haverá recurso

⁶²² Neste sentido JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO in “Representatividade e legitimidade das Entidades de Gestão Colectiva de Direitos Autorais”, in *Estudos de Homenagem ao Professor Doutor José Lebre de Freitas*, Volume I, Coimbra Editora, 2013, pp.293-326.

⁶²³ Cfr. por analogia, JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO “Representatividade e legitimidade das Entidades de Gestão Colectiva de Direitos Autorais”, in *Estudos de Homenagem ao Professor Doutor José Lebre de Freitas*, Volume I, Coimbra Editora, 2013, pp.293-326.

para o tribunal da relação⁶²⁴, o que não se concebe, na medida em que a arbitragem e a mediação são voluntárias, e as suas decisões surgem no âmbito da tutela administrativa e não derivam do poder judicial. Pelo que não se percebe como existe recurso de uma decisão de uma comissão que depende da administração pública, diretamente para um tribunal de instância superior.

Em Portugal, as entidades de gestão coletiva de direitos de autor que gravitam em torno das obras audiovisuais são a Sociedade Portuguesa de Autores (SPA)⁶²⁵, a Gestão de Direitos dos Artistas (GDA)⁶²⁶ e a Associação Portuguesa de Software (ASSOFT)⁶²⁷.

No que respeita à tutela dos direitos dos coautores e dos titulares de direitos sobre as obras audiovisuais, verificamos que, de um modo geral, a gestão coletiva destes direitos poderá ser feita pela Sociedade Portuguesa de Autores. A SPA, tem à disposição dos coautores ou dos titulares de direitos sobre as obras, um conjunto de formulários⁶²⁸ para preenchimento, nos casos de estes pretenderem que a SPA realize gestão coletiva de direitos sobre as suas obras. No que respeita às obras audiovisuais a SPA destinou-lhes três formulários dividindo-os em um destinado à “Televisão”, outro ao “Cinema” e um destinado à “Ficha Técnica de Produção”. Parece-nos que esta compartimentação das obras audiovisuais é demasiado restritiva, na medida em que, como já

⁶²⁴ Vide artigo 44.º n.º 10 da Lei 26/2015, de 14 de abril.

⁶²⁵ A Sociedade Portuguesa de Autores (SPA) é uma cooperativa de responsabilidade limitada fundada em 1925 para a gestão de direitos de autor. Dentro das suas atribuições está a autorização da utilização de obras dos titulares dos direitos de autor que representa (nacionais ou estrangeiros, quer sejam autores, seus sucessores ou cessionários), fixando as condições dessa utilização e cobrando direitos pela mesma. Compete-lhe posteriormente, distribuir os montantes cobrados após dedução das comissões e desempenha também funções de carácter social, cultural e mutualista.

⁶²⁶ A Gestão dos Direitos dos Artistas (GDA), é uma cooperativa criada em 1995 resultado da fusão entre a Cooperativa de Administração dos Direitos dos Artistas (CADA) com a Associação Portuguesa de Autores (APA) e visa a gestão coletiva dos direitos dos artistas, atores, bailarinos, músicos e seus sucessores. A sua missão passa por estabelecer tarifas para os utilizadores (televisões, rádios, meios de transporte, centros comerciais, clubes de vídeo...) como contrapartida da utilização das prestações artísticas gravadas dos seus representados. Além disso distribui a compensação devida pela cópia privada de obras onde estejam gravadas as prestações artísticas dos seus representados. Todos os direitos cobrados são distribuídos pelos artistas em função de critérios objetivos (audiências, vendas, categorias artísticas...), de forma equitativa e proporcional às utilizações efetuadas. Promovendo também ações de carácter social e cultural junto dos seus cooperadores. A par com a AUDIOGEST que promove os direitos dos produtores fonográficos, a GDA criou um serviço de licenciamento conjunto da música, que se materializa numa licença apelidada de “*Passmusica*”.

⁶²⁷ Claro está que a ASSOFT, aparecerá indissociavelmente ligada às obras audiovisuais informatizadas. A ASSOFT é uma associação empresarial constituída em 1991, formada por diversas empresas na área do software, hardware e comunicações. Tem em vista a defesa dos interesses das pessoas e entidades que produzem e comercializam software, o respeito pela legalidade do mesmo, o combate à pirataria, a educação das empresas e público em geral e a gestão de ativos de software.

⁶²⁸ Vide Anexo II do nosso trabalho.

referimos, as obras audiovisuais podem ter outras manifestações além das obras televisivas e das obras cinematográficas. O formulário relativo à “Televisão” e o que tem como epígrafe o “Cinema”, padecem de vantagens e desvantagens comuns entre si. Desde logo porque, no formulário relativo à televisão, se fala em tipo de “programa” e no formulário relativo ao cinema fala-se em tipo de “filme”, quando em vez de se ser detalhista ao ponto de se confundirem conceitos, seria muito mais assertivo referir apenas “tipo de obras” em ambos os casos. A grande vantagem que ambos os formulários possuem é o fato de quando se referem os tipos de autoria, se prever um leque alargado de coautores, que vai muito além do que é previsto legalmente. Esta referência poderá ter uma de duas explicações: ou de fato a SPA, pretendeu ir mais além da lei por considerar que aqueles que a lei qualifica como coautores, apenas são os coautores principais, ou então porque, representando a SPA coautores estrangeiros, e dado que não existe coincidência de qualificação como coautores entre todos os ordenamentos jurídicos, o formulário, está pensado para esses casos de obras internacionais, cujos ordenamentos jurídicos entendam como coautores, outros sujeitos além daqueles que constam da “lista” dos coautores previstos na lei Portuguesa. Quanto ao formulário relativo à ficha técnica de produção, este, mais do que os dados do produtor e coprodutor (se existir) e dos coautores, prevê ainda as situações em que as obras audiovisuais sejam originais ou adaptações de forma detalhada, fazendo referência também ao território e aos atores principais. A referência aos atores principais, é neste formulário curiosa, na medida em que estes não são titulares de direitos de autor, mas sim de direitos conexos sobre a obra. Entende-se esta referência para melhor identificar a obra em causa. Além disso, o formulário está vocacionado para a proteção dos coautores da obra e dos titulares de direitos sobre esta e nada mais. Entendemos que seria necessário existir um formulário de “autorização de exploração” no qual os coautores permitem ao produtor explorar o conteúdo patrimonial dos seus direitos de autor, de modo a que ficasse claro que apesar de o produtor poder ser titular de direitos sobre a obra, estes pertencem sempre aos seus coautores. Ademais, era muito útil a existência de um formulário desta natureza, para que a entidade de gestão coletiva pudesse estar vigilante no que respeita ao conteúdo do acordo realizado entre coautores e produtor, bem como no que

toca à duração do mesmo e aos modos de “exploração” cedidos pelos coautores ao produtor. Se as entidades de gestão coletiva, nomeadamente a SPA, tivessem na sua posse estas informações, ser-lhe-ia muito mais fácil realizar a sua missão e defender convenientemente os direitos e interesses tanto dos coautores, como dos demais titulares de direitos sobre esta, nos quais se inclui o produtor. A existência de um formulário desta natureza, ajudaria inclusivamente a delimitar o papel do produtor nas obras audiovisuais, uma vez que em termos legislativos a sua posição aparece como sendo um sujeito ambíguo, sobre o qual pairam dúvidas, nomeadamente no que respeita à relação que este tem com a obra audiovisual. Tal ambiguidade, por sua vez, dá origem a que pairam dúvidas sobre a qualificação da obra audiovisual, entre se deverá ser considerada como uma obra em colaboração ou uma obra coletiva, criando também incertezas no que toca à qualificação dos sujeitos que poderão ser considerados como coautores da obra. Isto obrigaria a clarificar também as diferenças existentes entre a remuneração paga aos coautores da obra audiovisual e aos produtores, remuneração essa que entendemos que não poderá ser atribuída aos produtores em sede de direitos de autor, mas apenas e só enquanto direito conexo, como já tivemos oportunidade de explicar⁶²⁹.

Convém salientar que as entidades de gestão coletiva enquanto entidades são falíveis e encontram-se subordinadas ao princípio da territorialidade. Como tal, a fim de defender os interesses de todos os titulares de direitos de autor sobre a obra audiovisual, estas entidades estabelecem acordos internacionais com outras entidades de gestão coletiva de direitos de autor estrangeiras, de modo a poder assegurar ainda que indiretamente, a defesa dos direitos dos seus associados ou cooperantes.

Para alguns ordenamentos jurídicos, o surgimento das entidades de gestão coletiva de direitos aparece intimamente ligado às exigências culturais impostas pelas obras em si mesmas enquanto património coletivo, não obstante, a titularidade dos direitos sobre as obras pertencerem aos seus coautores. No fundo, a criação deste tipo de entidades de gestão deveria ser encarada como um estímulo à criação, na medida em que os direitos dos

⁶²⁹ Neste sentido BENJAMIN MONTELS in *Contrats de l'audiovisuel*, LexisNexis, S.A., Paris, 2007, pp.115-122.

coautores das obras deveriam ser sempre garantidos por entidades capazes de o fazer eficazmente. As entidades de gestão coletiva farão, pois, o “policiamento” da utilização que é feita das obras audiovisuais⁶³⁰. Além dessa atividade fiscalizadora, compete-lhe a cobrança dos valores pela utilização das obras por parte de terceiros, valores esses que deveriam limitar-se apenas e só a distribuir esses valores cobrados. No entanto, nem sempre tal acontece. Hoje em dia, verificamos que as entidades de gestão coletiva, legitimadas pela lei, retêm uma parte significativa desse valor cobrado, fundamentando-se em razões de legalidade duvidosa. Apesar de admitirmos que a repartição de valores é uma tarefa muito ingrata, dado o choque de interesses existente entre os vários coautores, a solução encontrada pela nossa legislação, não é nem de perto nem de longe justa ou equitativa. Senão vejamos: o artigo 82.º do CDADC prevê que exista uma compensação para os coautores ou outros beneficiários dos direitos sobre a obra, pela reprodução ou gravação da mesma, determinando no seu n.º 2 que a fixação do regime de cobrança e a afetação do valor será definido por decreto-lei. Ora nesta senda, surgiu não um decreto-lei, mas sim a lei 62/98 de 1 de setembro⁶³¹, que vem regular o artigo 82.º do CDADC. Este regime jurídico pelas suas imprecisões e contradições, necessita de ser devidamente explanado.

Esta lei no seu artigo 6.º, estabelece que para que se possa proceder à cobrança dos valores relativos à cópia privada era necessário criar uma pessoa coletiva de direito privado, constituída por todas as entidades de gestão coletiva de direitos de autor. Para dar cumprimento a essa exigência foi criada a Associação para a Gestão da Cópia Privada (AGECOP) que é constituída por todas as associações que em Portugal representam os autores, artistas, produtores fonográficos, videográficos e editores registados na IGAC, que tem como missão cobrar os valores relativos às cópias privadas e afetar as quantias arrecadadas, de acordo com o previsto no artigo 7.º da mesma lei. A repartição dos valores de acordo com o previsto neste artigo, como refere o

⁶³⁰ Neste sentido VITTORIO M. DE SANCTIS in *I soggetti del diritto d'autore*, Seconda edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2005, pp.43 ss.

⁶³¹ Alterada pela lei 49/2015 de 5 de junho

Professor OLIVEIRA ASCENSÃO⁶³² constitui uma dupla ilegalidade. Em primeiro lugar, ao valor pago aos coautores não deveria deduzir-se qualquer montante. No entanto o artigo 7.º n.º 1 da lei 62/98 determina que 20% do valor cobrado seja utilizado por ações de incentivo à atividade cultural, investigação e divulgação de direitos de autor e direitos conexos, ações essas que deveriam ser realizadas pela AGE COP. A AGE COP, não só não realiza tais ações, como ainda delega essa missão às entidades de gestão, atribuindo-lhes impropriamente verbas para que estas realizem essa função. Além disso, o n.º 2 do mesmo artigo ainda prevê que se deduzam os custos de funcionamento da AGE COP dos valores cobrados. No entanto nem a lei 62/98 nem a lei 26/2015 de 14 de abril, estabelecem qualquer limite para esse valor, que atualmente ronda em média, 10% sobre o valor cobrado. Se a estas percentagens acrescentarmos os 5% do valor previsto no artigo 29.º n.º 1 da lei 26/2015 de 14 de abril para a prossecução de atividades sociais, será deduzido ao valor a receber pelos coautores das obras, seus sucessores ou cessionários, cerca de 35% do valor das receitas geradas pelas obras sobre as quais são titulares de direitos de autor, o que nos parece uma percentagem manifestamente elevada.

Na realização da sua missão, as entidades de gestão coletiva, contam ainda com a proteção prevista no artigo 7.º da Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 22 de maio de 2001 que condena a utilização abusiva de informações que possibilitem a gestão de direitos e que permitam a prática abusiva de atos de distribuição, importação para a distribuição, radiodifusão, comunicação ao público ou colocação à disposição de obras das quais tenham sido suprimidas ou alteradas sem autorização informações eletrónicas para a gestão de direitos, obrigando os estados membros a criarem mecanismos de proteção jurídica adequada, a fim de evitar estas situações. No fundo a diretiva comunitária, salvaguarda aqui também a posição das entidades de gestão coletiva, obrigando os estados membros, a adotarem medidas, que os tornam ainda mais poderosos na luta contra a utilização abusiva de obras audiovisuais.

⁶³²Vide “Representatividade e legitimidade das Entidades de Gestão Colectiva de Direitos Autorais”, in *Estudos de Homenagem ao Professor Doutor José Lebre de Freitas*, Volume I, Coimbra Editora, 2013, pp.293-326.

Parece, pois, que a gestão coletiva de direitos terá que reforçar-se no mundo digital, de modo a que possa eficazmente proceder à emissão de autorizações e licenciar a utilização das obras audiovisuais na *internet*. No entanto, esse reforço terá que ser feito de modo concertado com outras entidades de gestão coletiva de direitos de autor a nível mundial. A criação do grupo europeu das sociedades de autores (GESAC), foi já um grande avanço nesse sentido. A tecnologia digital e a *internet*, colocam sérios desafios às entidades de gestão coletivas tradicionais, daí que seja necessário que se unam esforços entre as várias entidades de gestão a nível mundial para que se possa centralizar e unificar as autorizações de utilização das obras no mundo virtual. A concretização desse esforço coletivo, será pleno, assim que se consigam implementar de forma blindada, sistemas de encriptação eficazes e números de identificação digital das obras, capazes de permitir a gestão eletrónica de direitos, a uma só voz, ou seja de forma concertada e uniforme. Estas medidas fazem parte daquilo a que se poderá chamar “*Digital Rights Management*” (*DRM*), mas muito ainda há a fazer nesta matéria⁶³³. Para consolidar este reforço mundial das entidades de gestão coletiva dos direitos de autor a Comissão Europeia defendeu a criação de um estatuto das entidades de gestão coletiva, das relações destas com os utilizadores das obras e com os titulares dos direitos sobre as obras, bem como um mecanismo único de controlo externo⁶³⁴.

Nesta matéria não podemos ainda deixar de referir a polémica Lei 49/2015 de 5 de junho, na qual a compensação equitativa pelos danos sofridos pela cópia privada, que altera a lei 62/98 de 1 de setembro, aditando no seu artigo 4.º a tabela que faz parte do anexo I da referida lei na qual se acrescenta uma extensa lista de equipamentos digitais, pelos quais deverá ser paga a referida compensação no momento da sua aquisição pelo consumidor. Porém os equipamentos digitais, mais do que poderem potencialmente fazer proliferar a

⁶³³ Neste sentido CONCEPCIÓN SAIZ GARCIA in *Obras Audiovisuales y Derechos de Autor*, Aranzadi, Navarra, 2002, pp.162-168.

⁶³⁴ Neste sentido *vide* APEPI Associação Portuguesa para o Estudo da Propriedade Intelectual-Grupo Português da ALAI- Association Littéraire et Artistique Internationale, “Gestão de Direito de Autor e dos Direitos Conexos no Mercado Interno – A propósito da Comunicação da Comissão Europeia de 16 de abril”, pp. 1-32, disponível em http://ec.europa.eu/international_market/copyright/docs/manageme...Sociedade Portuguesa de Autores, consultado em 1 de fevereiro de 2014.

cópia privada de obras protegidas pelos direitos de autor, são instrumentos de trabalho que visam outros fins principais, pelo que taxar a compra de tais equipamentos com valores tão elevados, é injusto e promove um aproveitamento indevido de receita.

PARTE III

A Proteção da Obra Audiovisual na sua Globalidade

1.Regime jurídico das obras audiovisuais: a existência de um regime único ou de uma pluralidade de regimes

Depois de analisarmos algumas formas de gestão coletiva de direitos de autor, cumpre-nos agora verificar as vantagens e desvantagens de proteger as obras audiovisuais através de um regime legal único ou através de uma pluralidade de regimes nos quais estas obras se possam também enquadrar. As obras audiovisuais são muito diversas entre si assumindo diferentes manifestações em vários quadrantes, seja no cinema, na televisão, no meio musical ou no meio digital. À primeira vista a proteção das obras audiovisuais por uma pluralidade de regimes, estaria hipoteticamente em condições de oferecer uma proteção mais abrangente e completa a todos os diferentes tipos de obras audiovisuais. Porém, seriam as obras audiovisuais que teriam que se adaptar aos regimes existentes para outros tipos de obras, o que levaria à aplicação de normas que não foram pensadas de raiz para as obras audiovisuais. Estaríamos a falar da proteção das obras audiovisuais através de um regime analógico ao das obras multimédia, às obras teatrais, aos programas de televisão ou em alguns casos por um regime analógico ao das obras musicais, ou então restringir as obras audiovisuais apenas e só às obras cinematográficas. Por outro lado, proteger as obras audiovisuais através de um regime único especialmente pensado para este tipo de obras, seria em teoria mais eficaz por ser um regime jurídico especialmente pensado para este tipo de obras, mas correria o risco de ser demasiado generalista em face da multiplicidade e especificidades que cada tipo de obra audiovisual apresenta. No nosso ordenamento jurídico, as obras audiovisuais são consideradas apenas e só como obras cinematográficas⁶³⁵, ou seja, todas as obras

⁶³⁵O CDADC prevê expressamente as obras cinematográficas no seu artigo 22.º, aludindo no seu artigo 23.º à utilização de outras obras na obra cinematográfica. Além disso a secção IV do CDADC é inteiramente dedicada à obra cinematográfica vide artigos 124.º a 140.º referindo no artigo 140.º que será aplicado a obras produzidas por processos análogos à cinematografia, o regime das obras cinematográficas. Não se compreende como é que em pleno século XXI e após terem surgido tantas manifestações diversas de obras audiovisuais, pelo menos na última década, o nosso legislador insista em confundir a parte com o todo. Esperava-se que o legislador nacional acompanhasse os progressos

audiovisuais são tratadas tendo por base apenas um dos seus subtipos. A maioria dos ordenamentos jurídicos europeus optou por criar nesta matéria um conjunto de regras comuns para a generalidade das obras audiovisuais e regras específicas para alguns dos seus subtipos, dedicando-lhes em exclusivo algumas secções, como é o caso da Espanha⁶³⁶, a Áustria, o Luxemburgo, a Holanda e a Bélgica⁶³⁷. Outros ordenamentos como é o caso da Itália⁶³⁸ ou da França⁶³⁹, tratam todos os tipos de obras audiovisuais como obras cinematográficas, não obstante o ordenamento jurídico francês falar em “obras cinematográficas e outras obras compostas por sequências animadas de imagens com ou sem som também denominadas de obras audiovisuais”, a proteção conferida é indistinta e sem atender às especificidades de cada um dos subtipos específicos deste tipo de obras.

Olhando para ambas as possibilidades, parece que a criação de um regime único extremamente detalhado e preciso protegeria melhor as obras audiovisuais e os direitos dos seus coautores. Porém, esse regime necessitaria de uma supervisão. Deste modo é de extrema importância criar um regime único de proteção das obras audiovisuais, dentro dos ordenamentos jurídicos de cada país, quer seja dentro das legislações gerais de direitos de autor ou em diplomas autónomos próprios. A fim de proteger de forma uniforme os direitos de autor na União Europeia seria importante a criação de uma diretiva europeia que uniformizasse as regras gerais sobre as obras audiovisuais aplicáveis a todos os estados membros e que exerceria a função de supervisionar todas as regras específicas previstas por cada estado membro em concreto. Isso permitiria uma maior e melhor proteção dos direitos de autor

tecnológicos nesta matéria. Mas o mesmo parece “adormecido” desde meados do século passado, quicá desde o século XIX, no que a esta matéria diz respeito, já que a obra cinematográfica foi sem sombra de dúvida a primeira manifestação das obras audiovisuais, ou pelo menos a mais evidente, mas há várias décadas, pelo menos há três ou quatro, existem outras manifestações de obras audiovisuais, tão ou mais importantes do que a obra cinematográfica, p. ex. a obra televisiva, pelo que há muito seria imperativo que o legislador nacional se atualizasse à semelhança do que aconteceu em diversos ordenamentos jurídicos europeus.

⁶³⁶ Vide artigos 86.º a 93.º e artigos 120.º a 125.º do TRLPI.

⁶³⁷ Não obstante reconhecermos que estes ordenamentos possuem uma maior evolução na proteção das obras audiovisuais já que lhes dedicam secções específicas nas suas legislações, os mesmos também apresentam alguns problemas, nomeadamente o fato de dedicarem secções específicas às “obras cinematográficas e demais obras audiovisuais. No caso concreto do ordenamento jurídico Belga nem sequer existe uma definição que abranja as obras audiovisuais, não obstante a legislação belga atribuir uma secção na sua lei de direitos de autor dedicada inteiramente às obras audiovisuais.

⁶³⁸ Vide artigos 44.º a 50º dedicados à obra cinematográfica e artigos 61.º a 64.º para obras registadas em suporte da Legge 633/1941.

⁶³⁹ Vide artigo L112-2 do Code propriété intellectuelle.

das obras audiovisuais, como permitiria que as entidades de gestão coletiva de direitos de autor, que já se articulam a nível europeu⁶⁴⁰ trabalhassem com mais uniformidade e segurança no que respeita à proteção dos direitos de autor no que toca às obras audiovisuais.

Esse regime harmonizado de proteção das obras audiovisuais deveria ser claro, preciso e detalhado dele constando: um conceito abrangente de obra audiovisual; os elementos essenciais que integram este tipo de obras; a classificação das obras audiovisuais como obra coletiva ou em colaboração⁶⁴¹; definição de coautor e sua distinção dos técnicos; estabelecer os prazos de proteção dos direitos de autor tendo em conta os sujeitos da obra que poderão se considerados como coautores; os diferentes tipos de obras audiovisuais e suas respetivas definições; distinção entre obra audiovisual original e derivada; proteção do título da obra e seus requisitos; regras e condições para a modificação, transformação, ampliação, abreviatura e adaptação da obra audiovisual; regras concretas para a realização das pantomimas de obras preexistentes; identificação detalhada do conteúdo dos direitos de autor; os tipos de contratos celebrados entre os coautores e terceiros como produtores, artistas, intérpretes e técnicos e as suas condicionantes; bem como deveria ainda prever os meios de retransmissão da obra. Estes deveriam ser os elementos dos quais cada ordenamento jurídico deveria partir de modo a que a obra audiovisual pudesse ser devidamente protegida e salvaguardada em termos de direitos de autor e lhe permitisse um desenvolvimento pleno e seguro.

2. A violação dos direitos de autor das obras audiovisuais e a proteção conferida pela responsabilidade civil: tutela restitutória

Independentemente do modelo de gestão adotado pelos coautores das obras audiovisuais, seja esta individual ou coletiva, certo é que ocorrem sempre

⁶⁴⁰ *Vide* Lei 26/2015 de 14 de abril que regula as entidades de gestão coletiva do direito de autor e dos direitos conexos, inclusive quanto ao estabelecimento em território nacional e a livre prestação de serviços das entidades previamente estabelecidas noutro Estado membro da União Europeia ou do Espaço Económico Europeu

⁶⁴¹ Consoante a corrente doutrinária que prevalecesse em cada ordenamento jurídico. Não obstante entendermos e defendermos que a obra audiovisual é uma obra em colaboração, estamos abertos a que outros ordenamentos, nomeadamente o anglossaxónico e o americano que se regem pelo copyright e que pensam e encaram os direitos de autor nesta matéria de forma distinta, tenham uma visão diferente da nossa.

violações aos direitos de propriedade intelectual de que estes sujeitos são titulares. Pelo que é muito difícil conseguir criar um modelo de tutela preventiva deste tipo de direitos que quase sempre terão que ser ressarcidos no âmbito de uma tutela restitutória que visa reparar os danos causados aos direitos de autor dos coautores deste tipo de obras.

Os direitos de autor das obras audiovisuais deverão ser considerados um “*direito negativo*”, na medida em que implicam a abstenção de um comportamento por parte dos infratores dos mesmos, dada a exclusividade deste tipo de direitos, próprios apenas dos seus coautores. Poderemos considerar que existem dois tipos de infratores: os infratores primários, ou seja, aqueles que praticam o ato da infração, e os infratores secundários, devendo ser assim considerados aqueles que “permitem” ou facilitam a concretização do ato que constitui a infração⁶⁴². Além destes, temos ainda que considerar todos os sujeitos que se aproveitam dessa infração. Existem, assim, vários modos de afetar e restringir os direitos de autor sobre a obra audiovisual.

Entre as principais formas de luta contra a violação dos direitos de propriedade intelectual sobre as obras audiovisuais estão: a tutela penal, a tutela civil que se revela a mais eficaz, neste âmbito, a título restitutório e a tutela tecnológica que pretende realizar, uma difícil proteção preventiva das obras (tutela processual e contraordenacional).

A exposição mediática a que estão sujeitas as obras audiovisuais e a sua difusão à escala global, nomeadamente pela *internet*, colocam estas obras numa posição muito vulnerável e frágil. Existe um crescente aproveitamento indevido das obras audiovisuais, tanto por particulares como por grupos organizados, sendo certo que essa atividade tem cada vez mais adeptos, dado que a mesma lhes permite obter facilmente obter amplas vantagens económicas. Esses comportamentos são incentivados por um sentimento de impunidade que deriva da aplicação de sanções brandas, para a violação deste tipo de direitos. À sua disposição os sujeitos que adotam este tipo de comportamento têm vários meios tecnológicos avançados, que lhes permitem

⁶⁴² Neste sentido PETER PRESCOTT & MARY VITORIA, in *The Modern Law of Copyright and Designs*, Third Edition, Butterworths, London, Edinburgh, Dublin, 2000 pp.135-154.

reproduzir muito rapidamente e a baixo custo, as obras audiovisuais sejam reproduções físicas ou virtuais⁶⁴³.

Entre as formas mais comuns de violação de direitos de autor estão a cópia ilegal das obras audiovisuais por qualquer meio, a difusão e retransmissão ilícita das obras seja em suportes físicos ou virtualmente, as descargas diretas de ficheiros onde se encontram obras audiovisuais, o sistema *Peer to Peer* (P2P) que permite a transferência de arquivos ponto por ponto, permitindo aos seus utilizadores trocar livremente os ficheiros através de servidores como o *E-mule* que fornecem chaves que permitem neutralizar as medidas de segurança dos programas originais, permitindo-lhe o livre acesso a esses conteúdos à revelia dos titulares dos direitos sobre os mesmos e sem pagar qualquer contrapartida por esse acesso. Encontramo-nos também perante as mais flagrantes violações de direitos de propriedade intelectual sobre as obras audiovisuais quando existe uma qualquer afetação da sua integridade ou se a autoria da obra for atribuída a terceiros que não os seus coautores. Dentro das cópias ilegais, poderemos distinguir a reprodução da obra e o plágio da mesma. A reprodução implica que a obra seja fixada ilegalmente, num qualquer suporte material ou imaterial, a fim de esta poder posteriormente ser difundida ao público. Essa reprodução ilegal poderá causar danos distintos, consoante a obra ainda não tenha sido reproduzida legalmente por qualquer forma, ou já tenha sido legalmente reproduzida, sendo a reprodução ilícita realizada paralelamente. Nestes casos, parece que a extensão do dano produzido na esfera jurídica dos coautores será maior se a obra nunca tiver sido reproduzida legalmente. Contudo, caso a reprodução legal já tenha sido feita, produzir-se-ão danos não só na esfera jurídica dos coautores da obra, como também na esfera jurídica daqueles que realizam a reprodução legalmente autorizados pelos coautores da obra. Este será o caso mais frequente de reproduções ilícitas das obras audiovisuais, dado que aqueles que são efetuados com apelo à concorrência desleal⁶⁴⁴. A avaliação dos danos sofridos só poderá ser feita

⁶⁴³Neste sentido JOSÉ LUÍS OLIVEIRA SERRANO in *La Persecución de los delitos contra la propiedad intelectual cometidos mediante internet* in *Protección de la obra audiovisual*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pp.121-146.

⁶⁴⁴ Este tipo de reprodução ilícita aparece plasmada nos autos do processo n.º3644/05.0TVLSB da 1.ª Vara Cível de Lisboa, 2.ª Secção, no qual a SPA reclamava uma indemnização de cerca de 50.000,00€ da produtora de televisão Endemol pela inclusão não autorizada de várias obras literário-musicais na telenovela “Fúria de Viver”. O valor peticionado pela SPA, correspondia ao valor a pagar aos autores das

caso a caso, abstratamente será muito difícil avaliar qual a extensão dos danos, tanto numa situação como noutra. Excluir-se-á o caso da reprodução realizada para uso pessoal, que se encontra dentro das utilizações livres previstas no artigo 75.º do CDADC. Porém, não podemos confundir o uso pessoal com o uso privado, conforme já referimos. Deveremos ter presente que a cópia para uso pessoal não é um direito, mas sim um limite imposto aos direitos de autor dos coautores das obras no âmbito das utilizações livres⁶⁴⁵. O plágio, por sua vez, implica a realização de uma cópia com recurso a meios fraudulentos, de uma determinada obra, ocultando-se o seu verdadeiro autor. O plágio poderá ter várias intensidades, podendo ser um mero “decalque”, imitação em série ou “transposição” da obra na sua totalidade, a utilização de parte de uma obra, numa obra própria, sem que se faça referência ao autor da obra originária, ou ainda poderá constituir uma apropriação integral da obra, fazendo-a parecer como sendo uma obra própria do infrator. Nas obras audiovisuais, os casos mais frequentes de plágio, prendem-se com a utilização de diálogos de obras alheias ou com a utilização da totalidade de um argumento de outra obra, na obra que o(s) infrator(es) intitula(m) como sua, aproveitando o trabalho realizado por terceiros. Aqui poderá, inclusivamente, afetar-se a integridade da obra original, que deverá aqui ser considerada como dano não patrimonial. No que respeita à difusão e retransmissão das obras audiovisuais, entre os modos mais comuns de violação temos a distribuição ilegal da obra através da sua venda, aluguer ou empréstimo, bem como através de descargas diretas de ficheiros ou transferência de arquivos e mediante exibição pública da obra sem que quem realize esses atos esteja devidamente autorizado a praticá-los. A reprodução e a distribuição da obra são atividades que aparecem necessariamente interligadas e que, regra geral, se associam

obras, se tivessem podido exercer o direito de autorizar aquela utilização. O tribunal deu como parcialmente provados os danos e condenou a Ré Endemol a pagar à SPA o valor de 25.000,00€. Apesar disso este tribunal de primeira instância determinou que a indemnização a pagar pelos infratores em sede de direitos patrimoniais não pode corresponder apenas ao valor que os infratores teriam de pagar se solicitassem a autorização, sob pena de se beneficiar o infrator e ignorar por completo a necessidade de autorização para tal utilização. Nesta decisão, considerou-se o carácter sancionatório que a indemnização deverá ter, bem como os valores de mercado para utilizações semelhantes, não obstante a SPA, ter recorrido da decisão, por considerar os danos totalmente provados e não parcialmente como entendeu o tribunal.

⁶⁴⁵ Neste sentido RODRIGO BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO & JUAN JOSÉ MARÍN LÓPEZ in “El limite de copia privada y las redes de intercambio peer to peer” in *Protección de la obra audiovisual*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pp.149-235.

também a outro tipo de crimes, como é o caso da falsificação de documentos para dar uma aparência legal às obras ilegalmente reproduzidas e distribuídas. A violação da decisão dos coautores sobre o momento em que pretendem realizar a comunicação pública da obra, é um tipo de violação de direitos de autor, no qual os infratores decidem ilegalmente pelos coautores da obra quando a obra vai ser divulgada ao público; efetuando essa divulgação quando bem entendem, à revelia da vontade dos coautores da obra⁶⁴⁶.

Os diferentes ordenamentos jurídicos, à escala global, tentam combater essas utilizações indevidas das obras, que violam os direitos dos coautores de forma absurda. O nosso ordenamento jurídico não é exceção, criminalizando essas condutas, ao prever nos artigos 195.º e 196.º do CDADC, os crimes de usurpação e contrafação. A usurpação materializa-se na utilização da obra sem a competente autorização, na divulgação ou publicação da obra não divulgada, nem publicada, independentemente da existência ou não de qualquer vantagem económica, na coligação ou compilação de obras sem autorização do seu autor e na utilização da obra além da autorização que lhe foi conferida para o efeito. Também existirá usurpação quando os coautores da obra que autorizarem terceiros a utilizar por qualquer modo a sua obra, a utilizarem direta ou indiretamente causando prejuízos aos direitos atribuídos a esse terceiro.

Por sua vez, a contrafação, traduz-se na utilização de uma obra de outrem como sendo sua, fazendo a reprodução total ou parcial da referida obra, podendo essa reprodução ser feita por outro processo diferente do original. O artigo 198.º do CDADC condena ainda a violação do conteúdo moral dos direitos de autor referente à paternidade, quando alguém reivindica para si a autoria de uma obra que não é da sua autoria, bem como todos os atentados contra a genuidade ou integridade da obra, através da prática de atos que possam afetar a honra e a reputação dos coautores. Porém, não se concebe que o nosso ordenamento jurídico, nos termos do artigo 200.º do CDADC, entenda os crimes de usurpação e contrafação como crimes públicos e a violação dos direitos morais como um crime semi-público dependente da queixa do ofendido. Dada a importância do conteúdo moral do direito de autor,

⁶⁴⁶ Neste sentido JULIO GUERRERO ZAPLANA in *Los delitos contra la propiedad intelectual in Protección de la obra audiovisual*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pp.17-48.

parece lógico que a tutela destes seja tão ou mais apertada do que aquela que protege o seu conteúdo patrimonial. Até mesmo porque todos estes crimes partilham a mesma moldura penal prevista no artigo 197.º do CDADC. As penas aqui previstas também se aplicarão a quem se aproveitar da obra contrafeita ou usurpada, vendendo-a, importando-a, exportando-a ou distribuindo-a por qualquer meio nos termos do artigo 199.º. No entanto este artigo deveria ser alvo de um ajustamento em termos de redação, para que se possa efetivamente proteger os direitos de autor, devendo alterar-se a redação do n.º 1 da referida norma para “*Quando existam fortes indícios de intenção ou realização de atos de venda, importação, exportação ou qualquer modo de distribuição ao público de ...*”. Isto porque a referida norma só refere a realização dos efetivos atos de venda, importação, exportação ou modos de distribuição ao público, o que tem motivado decisões deveras polémicas no nosso ordenamento jurídico e deveras injustas⁶⁴⁷. Esta nossa posição vai de encontro à posição da doutrina italiana que defende que todos os atos adjacentes à comercialização da obra contrafeita ou usurpada, como a sua simples detenção, a cessão da obra, o deter para venda e a duplicação, deveriam ser igualmente sancionadas como se do próprio crime se tratasse, de acordo com aquilo a que esta doutrina chama de “*absorção funcional*”. Esta teoria defende que embora a aquisição ou a receção do material por si só não justificasse a criminalização da conduta, certo é que estes atos tem uma relação abstrata com a *factispecie* da conduta criminal, e como tal deverão igualmente integrar a tipologia dos crimes em causa. Isto porque a conduta criminal assume várias expressões que se poderão materializar em diferentes atos, com um objetivo comum⁶⁴⁸. Trata-se de olhar para a conduta criminal como um todo abstrato, na qual se incluem a realização de vários atos

⁶⁴⁷ Neste sentido Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 02.12.2009, no qual se considera não existir aproveitamento de obra contrafeita nos termos do artigo 199.º do CDADC, quando dois indivíduos são apanhados com 1043 DVD'S contendo cópias ilegais de obras usurpadas e que destinavam vender a outrem. De forma surpreendente o tribunal considera que o mero transporte de tais DVD'S não configura o crime de aproveitamento de obra contrafeita porque os respetivos sujeitos ainda não tinham vendido, colocado à venda, exportado ou distribuído os mesmos ao público. A decisão tomada à letra do artigo 199.º do CDADC, constitui um forte incentivo à continuação da prática de crimes desta natureza. Aqui os infratores aproveitadores, não só foram absolvidos, como nem sequer foram condenados a pagar qualquer montante indemnizatório aos coautores da obra, o que é verdadeiramente chocante, e revela o estado em que se encontra a proteção dos direitos de autor em Portugal.

⁶⁴⁸ Neste sentido PIERLUIGI CIPOLLA in “Sulla persistente rilevanza penale dell'acquisto di supporti audiovisivi o di altro genere contenenti opere dell'ingegno”, *RBGGM, Vol. XXXVII-Ottobre 10, 2005*, Milano, 2005, pp. 2722- 2737.

materiais que visam a sua concretização. A não responsabilização deste tipo de atos, e a invocação de que o artigo 199.º do CDADC, não contempla a detenção dos suportes que contém ilegalmente a obra, constituiria uma fraude á lei dado que a prática dos mesmos é uma violação daquela norma, ainda que de forma indireta⁶⁴⁹.

Parece-nos um raciocínio correto, a aplicação das penas do 197.º tanto para os contrafactores e usurpadores, como para aqueles que fazem um aproveitamento das obras contrafeitas ou usurpadas. Contudo as penas previstas neste artigo parecem demasiado brandas para o tipo de crimes em causa⁶⁵⁰. Ademais poderemos afirmar que “*um direito que não se faça respeitar, não tem qualquer valor*”, pelo que a proteção dos direitos dos coautores das obras audiovisuais, exige a aplicação de penas exemplares⁶⁵¹. Além disso, prevê-se ainda a apreensão e perda das coisas relacionadas com a prática do crime. O nosso ordenamento jurídico reforçou ainda a sua tutela nesta matéria devido a transposição para a nossa legislação da Diretiva *Enforcement*⁶⁵², criando uma medida cautelar administrativa de imediata suspensão da exibição da obra protegida, a requerer pelos coautores da obra, quando se verifica a violação do seu direito de autor, nos termos do artigo 209.º do CDADC, e a possibilidade de estes intentarem uma providência cautelar para inibir qualquer violação iminente do seu direito ou proibir a continuação da violação do mesmo, nos termos do artigo 210.º-G do CDADC. A possibilidade de intentar uma medida cautelar a fim de evitar a violação dos direitos de autor sobre a obra, constitui uma tutela que tem por fim a inibição dos comportamentos dos infratores. No fundo existindo uma *fumus bonis iuris* e uma possibilidade real de *periculum in*

⁶⁴⁹ Vide MARIA ASUNCIÓN ESTEVE PARDO in “El abuso de derecho, el fraude de ley y la contratación de derechos de autor de los creadores visuales” in *Protección y Límites del Derecho de Autor de los Creadores Visuales*, Seminario Diego Rivera e Ignacio Zuloaga de Derechos de Autor de los Creadores, coord. ANTONIO DELGADO PORRAS, Trama Editorial, Madrid, 2006, pp. 19- 270.

⁶⁵⁰ Este artigo prevê que estes crimes sejam punidos com pena de prisão até três anos e multa de 150 a 250 dias, de acordo com a gravidade da infração agravadas uma e outra para o dobro em caso de reincidência, sendo que aqueles crimes que forem cometidos a título de negligência punidos com multa de 50 a 150 dias.

⁶⁵¹ Neste sentido, vide GIULIO PRIGIONI in “Creatività Innovazione e Proprietà Intellettuale, ricchezza immateriale e relazioni internazionali”, *Pubblicazione della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma, 2005, pp.127-152*.

⁶⁵² Diretiva 2004/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril, relativa ao respeito dos direitos de propriedade intelectual.

mora, a providência cautelar poderá ser de extrema utilidade nesta matéria, a fim de acautelar os interesses e direitos dos coautores da obra audiovisual⁶⁵³. Dentro da tutela penal também cabem as situações nas quais um sujeito neutraliza medidas de caráter tecnológico a fim de fazer um aproveitamento ilícito da obra, o que será penalizado com uma pena de prisão até 1 ano ou pena de multa até 100 dias nos termos dos artigos 118.º e 224.º do CDADC. Juntamente com a tipificação deste tipo de crimes contra os direitos de autor no CDADC, o legislador, não esqueceu a responsabilidade civil, que tal violação poderá gerar. Sendo certo que os titulares dos direitos, nos termos do artigo 203.º e do artigo 226.º do CDADC, são livres para acionar civilmente os infratores ou conjuntamente com o processo-crime, ou em separado. O artigo 211.º prevê a indemnização decorrente da responsabilidade civil por violação dos direitos de autor. Esta indemnização configura uma tutela restitutória, na medida em que, dificilmente se conseguirá proteger estes direitos através de uma tutela preventiva⁶⁵⁴. Para o cálculo da indemnização é necessário atender a vários fatores nos quais se incluem: o lucro obtido pelo infrator; os lucros cessantes e os danos emergentes sofridos pelo lesado; os encargos suportados pelo lesado com a proteção dos direitos de autor; a importância da receita resultante da conduta ilícita do infrator; os danos não patrimoniais causados; as circunstâncias da infração; a gravidade da lesão sofrida e o grau de difusão ilícita da obra. Se não for possível determinar o prejuízo efetivamente sofrido pelo lesado, e se este não se opuser, o tribunal pode fixar uma quantia equitativa que tenha por base as remunerações que teriam sido auferidas pelos coautores se o infrator tivesse solicitado autorização para utilizar a obra, os encargos que os coautores têm com a proteção dos seus direitos de autor e os encargos com a investigação da conduta lesiva do seu direito⁶⁵⁵. Apesar da existência destes critérios, verificamos que os nossos tribunais fazem “*tábua rasa*” dos mesmos, condenando os infratores em valores indemnizatórios demasiado baixos, ou não condenam os referidos infratores no pagamento de qualquer indemnização, o que constitui uma forma clara de

⁶⁵³ Neste sentido ARMANDO PLAIA in *Proprietà intellettuale e risarcimento del danno*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2005, pp. 73-101.

⁶⁵⁴ Apesar de que a providência cautelar prevista pelo artigo 210.º - G com vista a inibir a violação iminente do direito poderá ser considerada como uma forma de tutela preventiva.

⁶⁵⁵ Vide artigo 211.º n.º 2 a 5 do CDADC.

incentivo para que os infratores continuem com as mesmas práticas lesivas dos direitos dos coautores.

É urgente que os tribunais comecem a condenar os infratores dos direitos de autor sobre as obras audiovisuais ao pagamento de indemnizações, que estejam de acordo com os critérios previstos no artigo 211.º do CDADC e que se sensibilizem para as questões relacionadas com a violação dos direitos de autor⁶⁵⁶. Para que tal possa ser feito, é necessário também que os coautores das obras audiovisuais consigam identificar o(s) autor(es) da infração, possam valorizar a extensão do problema e valorizar o risco e concretizar, se possível, as perdas diretas e indiretas, que a violação dos seus direitos implica⁶⁵⁷.

O ordenamento jurídico inglês, por sua vez, entende que os critérios existentes para a fixação da indemnização serão apenas dois, sendo que só poderão ser usados alternativamente. Neste sistema, a indemnização poderá ser calculada com base nos danos sofridos pelo lesado, ou com base nos lucros auferidos pelo infrator⁶⁵⁸.

No entanto, alguns ordenamentos jurídicos entendem que a única forma de salvaguardar os direitos de autor sobre as obras audiovisuais será através da responsabilidade civil, dado que esta tutela é aquela que apesar da violação, consegue trazer aos coautores da obra, uma compensação pelo prejuízo sofrido. A efetividade da tutela realizada por via da indemnização atribuída em sede de responsabilidade civil ocorre, na medida em que, se atente não só ao prejuízo sofrido, como também aos lucros cessantes. Os danos produzidos na esfera jurídica dos titulares de direitos sobre a obra trar-lhe-ão sempre danos materiais e morais. No entanto dentro dos danos materiais poderão ocorrer

⁶⁵⁶ A SPA, tem denunciado estas situações, nomeadamente o flagrante caso de 3 arguidos acusados em 2002 pela prática do crime de usurpação, dois do Bangladesh e uma Portuguesa, que se dedicavam à duplicação de CD'S e DVD'S nos quais se incluíam obras protegidas, tendo montado um complexo esquema que envolvia recursos físicos e técnicos avultados, dispendo para o efeito de 3 casas arrendadas, milhares de CD'S e DVD'S gravados e por gravar, 7 torres de computador, 20 gravadores, 2 leitores de CD'S, 1 leitor de DVD'S, guilhotinas, máquinas fotocopiadoras, sendo que os arguidos vendiam as obras ilegais diretamente ao público ou a distribuidores ilegais para revenda. Os referidos arguidos em janeiro de 2007, apesar de ficar demonstrada a sua enorme capacidade económica, os arguidos foram condenados, um a 18 meses de prisão suspensa por 3 anos e a 1050,00€ (mil e cinquenta euros) de multa e os outros dois a 1 ano de prisão, suspenso por 2 anos e a uma multa de 900,00€ (novecentos euros). Parece que este é um daqueles casos para se dizer que “o crime compensa”.

⁶⁵⁷ Neste sentido GIULIO PRIGIONI in “Creatività Innovazione e Proprietà Intellettuale, ricchezza immateriale e relazioni internazionali”, *Pubblicazione della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma, 2005, pp.127-152.*

⁶⁵⁸ Vide MARIA DANILUNAS in “Compensation for Infringement of Intellectual Property Rights Under English Law”, in *Scritti di Diritto Industriale Atti del Convegno Organizzato dalla SISPI Castel Gandolfo, 20-22 Marzo 2003*, Giuffrè Editore, Milano, 2004, pp. 14-37.

danos distintos, um que se prende com a fruição da obra em si mesmo, que lhe é vedada pelo infrator, que será alvo de ressarcimento monetário sobre a forma de indemnização pelos prejuízos sofridos e pelo lucro cessante⁶⁵⁹, e um que se refere à lesão do poder de se utilizar a obra abusivamente, irá fazer com que o monopólio sobre a obra seja restituído ao titular dos direitos de autor sobre a mesma, a título restitutivo⁶⁶⁰. No fundo, mais do que ressarcir os coautores da obra audiovisual pelos danos sofridos pela utilização abusiva, é necessário também restituir-lhe o monopólio dos direitos que estes detêm sobre a sua obra. Assim sendo, o dano produzido na esfera jurídica dos coautores da obra, não implica só uma diminuição do seu património, que pressupõe a existência de uma tutela real, mas também uma lesão de um interesse que estes têm sobre a obra e de direitos derivados da sua personalidade não quantificáveis em termos materiais, que por sua vez pressupõe a existência de uma tutela pessoal. Não podemos, contudo, esquecer que a ilicitude do ato do infrator, vai para lá de este apoderar-se e apropriar-se da obra e estar conseqüentemente obrigado a restituí-la aos seus coautores. No fundo terá também de atender-se ao dano emergente dessa apropriação da obra, em si mesmo⁶⁶¹. No entanto, apesar da sua não quantificação, estes danos para serem ressarcidos, terão que ser reconduzidos para a concretização de um prejuízo patrimonial, que esteja de acordo com a dimensão do dano sofrido, de modo a que possa ser concretizada plenamente a tutela conferida aos direitos de propriedade intelectual dos coautores da obra audiovisual, pelo regime da responsabilidade civil. Ademais essa recondução ocorre, dado que o atentado à obra em si mesma constitui também uma lesão sucedânea à honra e à reputação dos próprios coautores⁶⁶². Para quantificar estes danos não patrimoniais de forma justa e equitativa, será necessário

⁶⁵⁹ No entanto, o lucro cessante terá sempre como base de cálculo a utilização que foi feita abusivamente daquela obra. Contudo, poderá existir lucro cessante muito para além da utilização abusiva da obra, por exemplo, se existiu uma contração na venda de exemplares lícitos da obra. Pelo que, muito embora o lucro cessante deva ter como ponto de partida a utilização abusiva, devemos ter em conta, que este, não se extingue nessa utilização.

⁶⁶⁰ Neste sentido ARMANDO PLAIA in *Proprietà intellettuale e risarcimento del danno*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2005, pp. 29-129.

⁶⁶¹ Cfr. GIORGIO FLORIDIA in “Proprietà Intellettuale, Illecito Concorrenziale e Risarcimento, in *Scritti di Diritto Industrial*”, *Atti del Convegno Organizzato dalla SISPI Castel Gandolfo, 20-22 Marzo 2003*, Giuffrè Editore, Milano, 2004, pp.149-162.

⁶⁶² Vide VITTORIO M. DE SANCTIS in *La protezione delle opere dell'ingegno*, Giuffrè Editore, Milano, 2004, pp.471-475.

valorar as circunstâncias em que a infração foi cometida, a gravidade da lesão e a dimensão que adquiriu a difusão ilícita da obra.

A tutela dos direitos de autor das obras audiovisuais vai muito além da proteção dos interesses próprios dos coautores da obra. A tutela destes direitos cumpre também a sua função de proteção do interesse sócio - cultural. As obras audiovisuais têm um importante papel na formação social, cultural e moral de todos os membros pertencentes a uma sociedade, cada vez mais global, dando-lhes ferramentas que potenciam a sua criatividade e inovação, o que aumenta exponencialmente a riqueza da sua propriedade intelectual e a competitividade, o que permite a existência de uma maior evolução económica, tecnológica e social⁶⁶³. A violação dos direitos de autor dos coautores da obra audiovisual deverá ser sempre considerada, ainda que esta exista, de forma não intencional. Não obstante dever distinguir-se em termos penais e em termos indemnizatórios a violação intencional (a título de dolo), da violação não intencional (a que for exercida com mera culpa), esta consideração deverá ser feita, sob pena de todos os infratores invocarem a não intencionalidade dos seus atos, para se furtarem à responsabilização pela violação deste tipo de direitos. Assim como também poderá considerar-se a violação de direitos de autor total (que abrange a obra no seu todo), da violação de direitos de autor parcial (que abrange apenas uma parte da obra)⁶⁶⁴.

A *pirataria*⁶⁶⁵ das obras audiovisuais faz com que os coautores das obras tenham perdas de lucro na ordem dos 40%, o que desincentiva claramente a realização de obras novas. Isto porque além desses 40%, cerca de 30% das receitas obtidas com as obras vão, regra, geral para as entidades de gestão coletiva de direitos, o que deixa aos coautores uns escassos 30% de lucros sobre uma obra que é fruto da sua própria atividade intelectual. Na prática, os infratores que promovem a violação de direitos de autor obtêm um lucro muito

⁶⁶³ Vide esquema do anexo III do nosso trabalho.

⁶⁶⁴ Neste sentido JEREMY PHILIPS & ALISON FIRTH in *Introduction to Intellectual Property Law*, Fourth Edition Butterworths, London, 2001, pp.175-193.

⁶⁶⁵ Apesar de este termo ser o mais usual no âmbito da violação dos direitos de autor, o termo mais apropriado seria “*furto de propriedade intelectual*”. Sendo a violação dos direitos de autor uma conduta violentamente lesiva dos interesses dos coautores das obras audiovisuais usurpadas e contrafeitas, entendemos, à semelhança de outros autores que o termo “Furto de propriedade intelectual” se revela mais adequado, apesar da contínua menção generalizada ao termo “pirataria”. Neste sentido vide JOSÉ MANUEL TOURNÉ ALEGRE, “Consecuencias de la piratería” in *Protección de la obra audiovisual*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pp.238-267.

superior, principalmente porque o seu esforço para a obtenção do mesmo é inexistente. Entre as vítimas deste tipo de violações que importam prejuízos tão avultados temos obras audiovisuais como “*Shrek 2*”, “*Harry Potter – O prisioneiro de Azkabán*” e “*Matrix*”. A pirataria assume em si mesmo várias modalidades, podendo realizar-se tanto *offline* como *online*. Em ambos os casos, poderemos ter utilizações coletivas das obras ou distribuição individualizada das mesmas de forma ambulante ou pontual⁶⁶⁶.

A maior manifestação existente em termos de tutela preventiva dos direitos de autor prende-se com a proteção de medidas tecnológicas previstas no artigo 217.º do CDADC. Estas medidas pretendem conferir proteção à obra, através de protocolos de acesso, processos de codificação ou de cifragem, garantir a proteção das mesmas, de modo a que o titular dos direitos fique garantido. Para usufruir deste tipo de proteção é necessário que os titulares da obra tenham que informar a gestão eletrónica de direitos (*Digital Rights Management* (DRM)), nos termos do artigo 223.º, devendo nessa informação, identificar as obras e indicar as condições de utilização das mesmas. O estabelecimento de medidas tecnológicas, no nosso sistema jurídico, deriva da transposição da Diretiva *Sociedade de Informação*⁶⁶⁷, medidas essas que foram introduzidas no nosso ordenamento jurídico pela Lei 50/2004, de 24 de agosto, que alterou o CDADC. Mesmo assim, é necessário pedir uma autorização ao IGAC, nos termos do n.º 3 do artigo 221.º o que é impraticável para a realização de uma utilização livre e legítima, não obstante o previsto no n.º 1 do mesmo artigo.

Uma coisa é certa: a luta contra a violação dos direitos de propriedade intelectual das obras audiovisuais, nunca poderá realizar-se de forma unilateral e independente por cada Estado. É necessário que se unam esforços entre todos os estados a fim de conseguir realizar essa árdua tarefa. Nesta senda, os ordenamentos jurídicos da União Europeia, auxiliados pela comissão europeia, criaram o projeto *CITED* (*copyright in transmitted electronic documents*), que visa proteger os direitos de autor e os direitos conexos sobre todas as obras e prestações transmitidas e armazenadas sob a forma numérica, garantindo a

⁶⁶⁶Neste sentido ÀNGEL LUÍS ALONSO PALMA in *Propiedad Intelectual y Derecho Audiovisual*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2006, pp.313-338.

⁶⁶⁷ Diretiva 2001/29/CE, de 22 de maio do Parlamento e do Conselho.

sua proteção contra as diversas formas de pirataria⁶⁶⁸. Juntamente com este projeto 164 entidades de gestão coletiva de 93 países diferentes pretendem criar uma base de dados virtual que atribui às obras audiovisuais um número internacional denominado de *ISAN (international standard audiovisual number)*, de modo a que estas possam ser identificadas de forma única, à escala global. No entanto, a proliferação constante de obras e a realização da catalogação de todas as obras já existentes, fará com que se demore seguramente muitos anos até que a base de dados esteja totalmente atualizada, além de que a tecnologia utilizada para a violação de direitos de autor, encontra-se sempre um passo á frente, do que toda e qualquer medida de proteção⁶⁶⁹.

Dentro das medidas que poderiam ajudar neste combate desleal poderiam estar: a atribuição de códigos de bloqueio ao acesso à obra que nos casos em que se tentasse aceder à obra com códigos errados, esta ficaria inutilizada por bloqueio; a criação de um certificado digital de acesso limitado a este tipo de obras; a criação de um programa de certificação de genuidade da obra que procedesse ao bloqueio de obras não genuínas, e consequente notificação das entidades gestora de direitos, obrigando-se que esse *software* fosse obrigatoriamente parte integrante de todo e qualquer equipamento que possibilite acesso à *internet*, quando qualquer pessoa realiza a sua compra; a identificação e vigilância de *sites* da *internet* que promovam e facilitem a utilização ilegal das obras; e a criação de órgãos de fiscalização e controlo de utilização à escala global. No entanto, a implementação de qualquer uma destas medidas é de um grau de dificuldade muito elevado e de realização duvidosa, sendo certo que a violação de direitos de autor sobre as obras audiovisuais nunca será totalmente erradicada por ser impossível a realização de um controlo omnipresente. Ademais, as infrações cometidas no que toca à violação de direitos de autor, ocorridas *online*, acontecem normalmente sem deixar qualquer vestígio. Isto porque, apesar de os prestadores de serviços de fornecimento de *internet* serem obrigados a armazenar os dados dos seus utilizadores, a sua armazenagem é muito difícil e dispendiosa, além de que nada garante que a informação prestada pelos assinantes do serviço é

⁶⁶⁸ Vide ALEXANDRE DIAS PEREIRA in *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital*, Coimbra Editora, Coimbra 2001, pp.695-742.

⁶⁶⁹ Neste sentido CRISTIANA LUCIANI in “La Duplicazione Abusiva dei Supporti Audiovisivi e Mutimediali: Profili Penali”, *RTSIAE, Anno LXX, gennaio-marzo, n. °2, Milano*, 1999, pp. 415-436.

verdadeira e fidedigna. Depois nem sempre estes serviços de armazenagem de dados garantem condições de segurança que impeçam a alteração ou eliminação dos mesmos, o que facilita claramente a impunidade dos violadores dos direitos de autor, que realizam a “pirataria” das obras através da *internet*⁶⁷⁰. Poderia existir uma solução simples na qual se pagaria uma quantia para direitos de autor e direitos conexos para ter acesso à *internet*. Porém, essa é uma solução que ainda não foi adotada, possivelmente pela sua dificuldade de aplicação prática a nível global.

Mais do que as medidas tecnológicas, é necessário reformular o esquema de proteção das obras de propriedade intelectual e, em concreto, das obras audiovisuais. Sendo que se deveria: afetar recursos policiais a nível local, que, em exclusivo, pudessem: realizar um trabalho de vigilância mais apertada sobre a utilização das obras; criar mecanismos de expedição céleres de mandatos de busca e apreensão em locais onde se presume realizarem-se atos atentatórios contra este tipo de obras; atribuir uma maior responsabilização aos facilitadores e aos aproveitadores dos atos de violação dos direitos de autor; aumentar a penalização das condutas criminais e atribuição de indemnizações mais elevadas aos lesados; criar um regime jurídico próprio para a cópia privada física ou digital, de modo a que se estabelecesse de forma concreta e detalhada as condições para a sua realização, bem como as consequências para os casos em que essas regras não fossem respeitadas⁶⁷¹.

3. Merchandising de Obras Audiovisuais

Parágrafo I - Cúmulo de proteção dos direitos de autor e dos direitos de propriedade industrial

Dada a abrangência das obras audiovisuais no mercado atual, não podemos pensar que são protegidas apenas pelo direito de autor. Algumas destas obras são passíveis também da proteção conferida pela propriedade industrial. Isto porque existem algumas obras audiovisuais, principalmente nos seus subtipos de obras cinematográficas, obras televisivas de animação e séries que em

⁶⁷⁰ Neste sentido PATRÍCIA AKESTER in *O direito de autor e os desafios da tecnologia digital*, Principia, Cascais, 2004, pp.136-143.

⁶⁷¹ Cfr. ÀNGEL LUÍS ALONSO PALMA in *Propiedad Intelectual y Derecho Audiovisual*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2006, pp.313-338.

virtude do sucesso que alcançam, fazem com que os seus títulos ou personagens do seu enredo sejam protegidos enquanto marcas, motivando o surgimento e inúmeros objetos relacionados com a obra audiovisual, ligados à marca, em que esta se torna alvo do *merchandising*.

O termo *merchandising* vem do verbo Inglês *to merchandise* que significa comercializar. Em termos gerais, o *merchandising* é a área de atuação que trata questões de conceção, evolução, incrementação de valor e imagem de um determinado produto ou grupos de produtos⁶⁷².

O *merchandising* de marcas ligadas à obra audiovisual é atualmente responsável por vendas por atacado, isto é, em grande quantidade, o que gera lucros elevados, daí o especial “apetite” dos fabricantes de determinados produtos em obter licenças de utilização dessas mesmas marcas a fim de maximizarem os seus lucros potenciados pela venda em quantidade e que é motivada pela simples introdução de uma imagem de marca ligada a uma obra audiovisual nos seus produtos. Este *merchandising* estratégico é atualmente uma prática comum dados os proventos e retorno que propiciam⁶⁷³.

A marca permite a identificação personalizada de um nome que irá distinguir um produto ou serviço perante os consumidores. As marcas e o *merchandising* que lhes está associado neste tipo de obras audiovisuais, representa muitas vezes receitas avultadas, mais até do que as receitas conseguidas com a exploração das próprias obras em si mesmas, pelo que é imperativo considerar a proteção que as obras audiovisuais por esta via têm que ter ao nível da propriedade industrial. Os direitos de autor e os direitos de propriedade industrial são independentes, compatíveis e acumuláveis entre si no que toca à proteção da obra audiovisual⁶⁷⁴. A proteção conferida pela propriedade

⁶⁷² Neste sentido *vide* JEAN – CLAUDE JOURET in *Tintin et le Merchandising Une Gestion Strategique des Droits Derives*, Editions du Cercle de la Librairie, Paris, 1991, pp.15-76.

⁶⁷³ Neste sentido *vide* ARMAND DAYAN et al. in *Que sais-je? Le merchandising*, 2.º Edition, Presses Universitaires de France, Paris, 1993, pp.106-125.

⁶⁷⁴ Não obstante esta compatibilidade é necessário ter em conta que os prazos de proteção dos direitos de autor (70 anos) e os prazos de proteção da propriedade industrial (10 anos), são manifestamente diferentes, como tal para assegurar uma proteção integral à obra tanto na sua utilização primária (a obra em si mesma protegida pelos direitos de autor) como na sua utilização secundária (a comercialização das marcas derivadas de elementos da obra audiovisual, protegida pela propriedade industrial), é necessário garantir a renovação ilimitada do registo da marca por períodos iguais e sucessivos, sob pena de se prejudicar também os direitos de propriedade intelectual da obra em si mesma. Neste sentido *vide* PAU MISERACHS SALA in *Estudios sobre la propiedad intelectual y sociedad de la información entre la ley y la utopia*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2014, pp.71-84 e SUSANA NAVAS NAVARRO in *Contrato de*

industrial permite uma exploração acessória da obra que por vezes gera lucros astronómicos⁶⁷⁵. Se pensarmos em obras como a saga dos filmes “Star Wars⁶⁷⁶”, ou a série de animação infantil “Patrulha Pata⁶⁷⁷” conseguimos vislumbrar o alcance desta temática, mais do que o seu sucesso enquanto obras audiovisuais, a sua marca, ligada às suas personagens, “vende” inúmeros produtos desde vestuário, a brinquedos, toalhas de praia, canecas, despertadores, calçado, lancheiras, mochilas, roupa de cama, material escolar, entre outros objetos, que a nível mundial geram uma estrondosa receita obtida pela comercialização da marca e seus produtos associados. A marca é assim encarada como uma forma de garantir a existência de produtos diferenciados que transmitem a ideia de qualidade e confiança para os seus consumidores e público alvo⁶⁷⁸.

Hoje em dia o *merchandising* nas obras audiovisuais é tão evoluído e desenvolvido que mesmo antes de as obras estarem terminadas é avaliado o potencial de vendas das suas personagens, o título da própria obra e algumas cenas da obra, de modo a aferir se as mesmas são dotadas de *selling power*⁶⁷⁹. Esses elementos de sucesso que se autonomizam da obra audiovisual deverão ser manifestamente conhecidos pelo público e por este apreciados⁶⁸⁰. Sinais da evolução e desenvolvimento do *merchandising*

Merchandising y Propiedad Intelectual, Colección de Propiedad Intelectual, Reus, Madrid, 2001, pp.50-165.

⁶⁷⁵ Neste sentido PASCUAL BARBERÁN MOLINA in “Temas de actualidad en derechos de autor”, ACTA, Madrid, 2011, pp.8-18.

⁶⁷⁶ *Star Wars* é o título de um filme criado em 1977 pelo americano George Lucas, inicialmente explorado pela 20th Century Fox entre 1977 e 2005, e desde 2015 até ao presente pela Walt Disney que originou a saga de filmes e séries televisivas com o mesmo nome e/ou as mesmas personagens, bem como cerca de 150 jogos em todo o tipo de plataformas. O sucesso destas obras audiovisuais foi de tal ordem que hoje *Star Wars*, representa mais do que um conjunto de obras audiovisuais de sucesso sendo uma marca reconhecida em vários produtos oriundos do seu merchandising.

⁶⁷⁷ *Paw Patrol* ou em Português “Patrulha Pata”, é uma série de animação infantil canadiana criada por Keith Chapman com 3 temporadas e 78 episódios que estrou em agosto de 2013 nos Estados Unidos e no Canadá explorada pela Nickelodeon Jr., tendo chegado à Europa em 2015. O sucesso deste tipo de obra televisiva foi de tal ordem entre os mais pequenos que atualmente *Paw Patrol* e as suas icónicas personagens são uma marca reconhecida por todos e a sua *brand* é reconhecida em inúmeros objetos que através do merchandising geram uma incalculável receita, certamente maior do que a proporcionada pela exploração da obra audiovisual em si mesma.

⁶⁷⁸ Neste sentido, DIEGO CHIJANE in *Derecho de Marcas Contratación Marcaria*, Editorial B de F Ltda, Motevideo – Buenos Aires, 2011, pp. 69-76 e pp. 365-372.

⁶⁷⁹ Neste sentido SUSANA NAVAS NAVARRO in *Contrato de Merchandising y Propiedad Intelectual*, Colección de Propiedad Intelectual, Reus, Madrid, 2001, pp.50-165.

⁶⁸⁰ Se esses elementos da obra audiovisual forem reconhecidos pelo público, mas por via negativa, então em vez de serem dotados do denominado *selling power* que lhes permite ser um *Goodwill*, ou seja um bem com boa reputação junto dos consumidores, serão antagonicamente considerados como um *illwill*, ou seja, um bem reconhecido pela sua falta de qualidade ou desprovido de prestígio.

verificam-se no fato de também os objetos ou vestuário que compõem uma determinada personagem de sucesso, serem também objeto de *merchandising*⁶⁸¹. Uma obra audiovisual famosa, notavelmente reconhecida pelo público, possibilita aos seus coautores inúmeras possibilidades de exploração no âmbito do *merchandising*, porém devemos ter presente que esse conceito de fama é um conceito dinâmico que depende de inúmeras variáveis como a publicidade, os hábitos de consumo do público, o setor de atividade que é explorado e a qualidade dos produtos a que está associada. A capacidade de venda de uma obra audiovisual depende dos efeitos que esta consegue produzir na mente dos consumidores e a respetiva aceitação que a mesma tem no seu público alvo. Mas a popularidade de uma obra audiovisual e o seu sucesso quando associado a determinados produtos pelo *merchandising*, também comporta riscos na medida em que a criação intelectual que deu origem à marca, ou seja, a obra audiovisual em si mesma, pode ser preterida em razão dos produtos a que está associada, existindo um esvaziamento ou modificação crescente da essência da criação intelectual de raiz⁶⁸². Isso muitas vezes acontece devido à complexa teia de intervenientes dos contratos de *merchandising*, mormente nos casos em que os coautores da obra audiovisual celebram contratos com empresas de *merchandising* que tem como objetivo encontrar licenciados interessados em utilizar as marcas, conforme veremos mais à frente⁶⁸³.

Porém, para que a marca seja válida legalmente a mesma terá que ser registada consoante o tipo de marca que configura. Segundo PASCUAL BARBERÁN MOLINA⁶⁸⁴ as marcas podem ser de quatro tipos: as marcas nominativas, que serão aquelas que se caracterizam apenas por um nome ou

⁶⁸¹ Como é o caso da espada (*sabre de laser Jedi*) da saga dos filmes *Star Wars*, ou do fato usado pelo *Spider man* ou *Batman*.

⁶⁸² Neste sentido SUSANA NAVAS NAVARRO in *Contrato de Merchandising y Propiedad Intelectual*, Colección de Propiedad Intelectual, Reus, Madrid, 2001, pp.50-165 e JEAN – CLAUDE JOURET in *Tintin et le Merchandising Une Gestion Strategique des Droits Derives*, Editions du Cercle de la Librairie, Paris, 1991, pp.15-76.

⁶⁸³ Vide parágrafo III do presente ponto a nossa referência aos contratos de gestão celebrados entre os coautores da obra e empresas de merchandising. No mesmo sentido JEAN – CLAUDE JOURET in *Tintin et le Merchandising Une Gestion Strategique des Droits Derives*, Editions du Cercle de la Librairie, Paris, 1991, pp.15-76.

⁶⁸⁴ Neste sentido PASCUAL BARBERÁN MOLINA in “Temas de actualidad en derechos de autor”, *ACTA*, Madrid, 2011, pp.8-18.

por um conjunto de palavras; as marcas gráficas⁶⁸⁵, que são aquelas compostas por um conjunto de imagens, figuras ou símbolos; as marcas mistas são as mais comuns e distinguem-se por combinar palavras com símbolos ou imagens; e as marcas de fato⁶⁸⁶, estas últimas, são reconhecidas independentemente de serem ou não registadas e estão associadas a personalidades públicas de reconhecido mérito que se destaquem na sua área de atuação⁶⁸⁷. Hoje em dia com a abrangência mundial potenciada pela *internet*, tão importante como registar uma marca é a compra de um domínio na *internet*. Assim sendo dada a crescente importância das tecnologias digitais atuais quem tem uma marca registada tem direito de preferência na utilização de determinados domínios. Os domínios são direções na rede de acesso global pelas quais o seu utilizador paga periodicamente um valor para que aquele endereço *online*, com aquele nome específico, remeta os consumidores/utilizadores da rede para uma determinada página pessoal com apenas um clique. Apesar de os domínios *online* não serem protegidos nem pelo direito de autor, nem pela propriedade industrial, a necessidade de existirem renovações periódicas, faz com que estes se assemelhem à propriedade industrial e ao seu regime de proteção⁶⁸⁸. É importante salientar que hoje em dia quem regista uma marca, deverá também preocupar-se em adquirir o domínio *online* da mesma por forma a garantir todos os benefícios que poderá retirar da marca e do merchandising a ela associada à escala global⁶⁸⁹.

⁶⁸⁵ As marcas gráficas por vezes têm problemas para serem identificadas junto dos consumidores, já que os motores de busca *on line* atualmente não permitem procurar apenas uma imagem ou símbolo, tendo que se associar obrigatoriamente ao símbolo ou imagem um nome. Talvez por isso, este tipo de marca não seja tão utilizado.

⁶⁸⁶No direito português a marca de fato ou não registada tem um sentido diferente e específico. Refere-se apenas à chamada marca livre prevista no artigo 227.º do CPI. O usuário de uma marca não registada beneficia de um direito de prioridade para efetuar o registo pelo período de seis meses após o seu uso.

⁶⁸⁷ Como exemplo de marcas de fato, temos a Pierre Cardin, Cristiano Ronaldo, Joana Vasconcelos ou Sofia de Mello Breyner Andresen.

⁶⁸⁸ Neste sentido PASCUAL BARBERÁN MOLINA in “Temas de actualidad en derechos de autor”, ACTA, Madrid, 2011, pp.8-18.

⁶⁸⁹O registo de um nome de domínio faz com que atualmente e de acordo com as novas tecnologias, mais do que um acesso à escala global à frente de um teclado de computador, que as marcas se promovam até nos smartphones de qualquer utilizador, já que o nome do domínio adquirido pode aparecer sob a forma de código QR e qualquer pessoa que fotografe o mesmo, tem acesso imediato à página web da respetiva marca que é detentora daquele domínio, acedendo ao material audiovisual disponibilizado pela marca no seu domínio, através do seu telefone móvel. A popularidade e relevância dos domínios para as marcas e *merchandising* a elas associado, fez surgir um novo fenómeno de ciber crime, no qual pessoas singulares ou coletivas se antecipam às marcas na compra de domínios com os seus nomes, no intuito de ganharem dinheiro com a venda dos ditos domínios. Estes “ciberocupas” como são conhecidos no meio digital,

O *merchandising* é uma forma de aproveitar e explorar comercial e autonomamente bens suscetíveis de serem protegidos pelo direito de autor e cujas reproduções deverão ser protegidas pela propriedade industrial. Assim sendo o *merchandising* é uma forma indireta de explorar os direitos de autor, pelo que será sempre necessária a autorização dos titulares dos direitos de autor para realizar réplicas dos objetos que serão alvo de exploração pela via do *merchandising*⁶⁹⁰. Segundo LUÍS COUTO GONÇALVES⁶⁹¹ a noção de *merchandising* abrange três elementos essenciais: o “elemento causal” que se concretiza na “popularidade do bem na sua utilização primária”; o “elemento formal” que se traduz na “licença...para a utilização secundária do bem”; e o “elemento finalístico” que se realiza na “utilização promocional do bem como marca de produtos ou serviços ou como elemento integrante de produtos...”. Normalmente o *merchandising* nas obras audiovisuais é explorado após a obra em si mesma, pelo seu sucesso ter gerado uma identidade própria que se associa às personagens e são utilizados numa infinidade de objetos facilmente transacionáveis. Tal acontece porque o público das obras audiovisuais cria uma relação de empatia com a obra ou com alguma das suas personagens e pretende eternizá-la pela aquisição de um qualquer objeto do seu interesse ligada à obra e suas personagens mais marcantes⁶⁹².

Os contratos de *merchandising* normalmente são realizados ou depois da estreia da obra audiovisual no cinema ou na televisão ou antes da estreia da obra. No primeiro caso, os coautores pretendem mais do que aumentar os seus lucros com a obra, recuperar parte do investimento realizado na obra, aproveitando o sucesso das suas personagens, que levará o seu público a comprar diversos objetos nos quais aparecem essas personagens. O segundo caso, acontece normalmente no caso das sagas em que a primeira obra já foi

confiam no fato de as marcas preferirem negociar diretamente consigo os domínios do que recorrerem à justiça para exercerem o seu direito de preferência. Pelo fato de na realidade essa ser o modo de atuação das marcas quando confrontadas com este tipo de situação, tem crescido exponencialmente este tipo de crime de usurpação. Neste sentido PASCUAL BARBERÁN MOLINA in “Temas de actualidad en derechos de autor”, ACTA, Madrid, 2011, pp.8-18.

⁶⁹⁰ Neste sentido ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA, “Merchandising e Propriedade Intelectual: sobre a exploração mercantil de personagens protegidas pelo Direito de Autor” in *RPI n.º 20*, Coimbra, 1999/2000 pp.11-15.

⁶⁹¹ In *A Função Distintiva da Marca*, Almedina, 1999, pp.233.

⁶⁹² Neste sentido ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA, “Merchandising e Propriedade Intelectual: sobre a exploração mercantil de personagens protegidas pelo Direito de Autor” in *RPI n.º 20*, Coimbra, 1999/2000 pp.11-15.

um êxito e os coautores fazem uso da fama alcançada por algumas das personagens para lançar antecipadamente produtos e serviços de *merchandising* e assim financiar a sua nova obra e recuperar parte da verba investida na obra antes de esta estrair⁶⁹³.

A definição de *merchandising* é muitas vezes ensombrada por conceitos afins ou relacionados com a imagem de marca ou a publicidade de determinados produtos, como é o caso do patrocínio ou do franchising. Por isso mesmo devemos ter bem presente que o *merchandising* de uma forma simples pode ser descrito como a permissão dada pelo titular de uma marca (licenciante) a um terceiro (licenciado) para utilizar a sua marca num determinado produto ou gama de produtos diferentes do que originou a marca. Assim sendo esta figura distingue-se perfeitamente dos conceitos de patrocínio ou de *franchising*, isto porque o patrocínio implica que alguém se aproveite de um direito de outrem para promover a venda ou serviços próprios e o *franchising* pressupõe que um sujeito explore comercialmente um negócio utilizando a imagem, marca e técnicas de venda da empresa titular da marca, funcionando como uma espécie de “subsidiária” desta. Ora, pelas definições de cada uma destas figuras verificamos que, não obstante as três trabalhem com as marcas e direta ou indiretamente com publicidade⁶⁹⁴, são figuras bastante distintas entre si pelo que não serão passíveis de confusão⁶⁹⁵.

Parágrafo II - Licenças e transmissões

a) Licenças e transmissões nos direitos de autor

No âmbito das obras audiovisuais e sua relação com o *merchandising* enquanto contrato atípico, não regulado legalmente, a questão principal que se coloca é a de quem poderá autorizar a utilização de um ou de vários elementos da obra audiovisual na promoção de um determinado produto ou serviço. A resposta a esta questão pode não ser simples. Em primeira linha têm que ser os coautores da obra audiovisual a permitirem e consentirem nessa

⁶⁹³ Neste sentido vide EMIL STOYANOV EDISONOV in “Merchandising de personajes audiovisuales de ficción: hacer negocios de los Jedi, Bart Simpson y Pocoyó”, *Master IP&IT ESADE, Barcelona, 2010-2011*.

⁶⁹⁴ Sendo que o *merchandising* como bem refere MARIA MIGUEL ROCHA MORAIS in *Merchandising de Marcas (A comercialização do valor sugestivo das marcas)*, Almedina, Coimbra, 2003, p.115, permite obter um grande “retorno publicitário”.

⁶⁹⁵ Neste sentido ILARIA MAGNI in “Merchandising e Sponsorizzazione Nuovi Contratti per lo Sfruttamento e la Promozione dell’ imagine”, *CEDAM, Padova, 2002, pp.3-81*.

utilização⁶⁹⁶. Se os coautores da obra permitirem ao seu produtor a exploração económica da obra de forma ambígua, não nos parece que este possa celebrar com um qualquer terceiro um contrato de *merchandising*, isto porque, nos termos do artigo 68.º n.º 2, n.º 3 do CDADC, são os coautores que têm o “*direito exclusivo de fazer ou autorizar por si ou pelos seus representantes a exploração*” económica da sua obra, tendo liberdade para “*escolher livremente os processos e as condições de utilização e exploração da obra*”. Além disso prevê o n.º 4 do mesmo artigo que “*As diversas formas de utilização da obra são independentes umas das outras e a adoção de qualquer delas pelo autor ou pessoa habilitada não prejudica a adoção das restantes pelo autor ou terceiros*”. Assim sendo os coautores são livres de permitir ao produtor a exploração económica da obra audiovisual através da sua distribuição e divulgação num determinado meio audiovisual (p. ex. o meio televisivo ou cinematográfico), e paralelamente poderão celebrar outros contratos de exploração económica do obra em outros meios audiovisuais (p. ex. na internet) bem como contratos de *merchandising* com terceiros totalmente independentes das relações contratuais celebradas com os produtores ou distribuidores da obra audiovisual em si mesma⁶⁹⁷.

Mas se os coautores permitirem a exploração económica da obra audiovisual bem como de todos os produtos derivados desta, neste caso parece que será o produtor que poderá ou não celebrar com um terceiro o contrato de *merchandising* para utilização de um qualquer elemento da obra audiovisual na promoção de um qualquer produto ou serviço⁶⁹⁸.

O *merchandising* das obras audiovisuais é em sede de direitos de autor indissociável do artigo 40.º do CDADC na medida em que o *merchandising* é uma forma de autorização da utilização da obra por terceiros, estando sujeita essa autorização aos requisitos do artigo 41.º do mesmo Código. No caso do *merchandising* das obras audiovisuais estaremos perante uma oneração parcial dos direitos sobre o título da obra ou das suas personagens que deverá ser regida pelo previsto no artigo 43.º do CDADC, assim sendo o contrato de

⁶⁹⁶ Neste sentido MARIA VICTORIA MAYOR DEL HOYO in *El Derecho de Autor sobre las Obras Cinematográficas en el Derecho Español*, Madrid, Colex, 2002, pp.239-241.

⁶⁹⁷ Neste sentido MARIA VICTORIA MAYOR DEL HOYO in *El Derecho de Autor sobre las Obras Cinematográficas en el Derecho Español*, Madrid, Colex, 2002, pp.239-241

⁶⁹⁸ Neste sentido ANGEL LUÍS ALONSO PALMA in *Propiedad Intelectual y Derecho Audiovisual*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2006, pp. 81-82.

merchandising deverá obrigatoriamente que referir os modos de utilização do título e das personagens da obra nos termos do n.º1 deste artigo, bem como terá obrigatoriamente que ser um contrato escrito em que as assinaturas deverão ser reconhecidas notarialmente sob pena de nulidade de acordo com o referido no n.º 2 do mesmo artigo. O contrato de merchandising em sede de direitos de autor deverá ainda prever as condições de utilização da parte da obra audiovisual utilizada, o tempo e o lugar em que será utilizada bem como o preço acordado para essa utilização de acordo com o previsto no artigo 43.º n.º 3 do CDADC. De referir que o contrato caduca se o licenciado não utilizar a parte da obra em causa no prazo de 7 anos de acordo com o n.º 5 do mesmo artigo.

Deste modo podemos associar o corporate e o character merchandising às licenças previstas em sede de direitos de autor, sendo que o personality merchandising, pela sua ligação indireta à obra audiovisual, como veremos mais à frente⁶⁹⁹, implicará a realização de contratos civis e/ou comerciais.

No âmbito das obras audiovisuais, as marcas protegíveis em sede de propriedade industrial, sejam elas o título da obra ou de uma das suas personagens, poderão ser protegidas como parte destacável da criação intelectual, protegida pelos direitos de autor. Assim sendo, paralelamente à proteção dada à marca em sede de propriedade industrial, os coautores da obra têm ao seu dispor outros mecanismos de proteção dessa parte da sua obra, à luz do direito civil e do direito de autor. Se um terceiro não autorizado utilizar ou reproduzir parte da sua obra, os coautores podem interpor uma providência cautelar não especificada contra o infrator de modo a parar com essa utilização/reprodução ilícita nos termos do artigo 362.º do CPC⁷⁰⁰ podendo solicitar uma indemnização ao infrator nos termos do previsto no artigo 562.º do CC. Pela utilização ou reprodução ilegal dessa parte destacável da sua obra, os coautores poderão acusar os infratores por usurpação e contrafação respetivamente, nos termos dos artigos 195.º e 196.º do CDADC⁷⁰¹.

⁶⁹⁹ Vide parágrafo III do presente ponto.

⁷⁰⁰ Com a redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 40-A/2016, de 22 de dezembro.

⁷⁰¹ Neste sentido MARIA MIGUEL ROCHA MORAIS in *Merchandising de Marcas (A comercialização do valor sugestivo das marcas)*, Almedina, Coimbra, 2003, pp.31-198.

b) Licenças e transmissões no direito industrial

Desafortunadamente o Código da Propriedade Industrial não contém nenhuma previsão legal específica para as marcas criadas a partir de elementos das obras audiovisuais, à semelhança do que acontecia em Espanha onde o Estatuto de Propriedade Industrial de 26 de julho de 1929 no seu artigo 2.º (entretanto revogado), previa que a propriedade industrial poderia adquirir-se pelo registo de marcas de obras cinematográficas, assim como os artigos 219.º a 232.º desse mesmo estatuto (também revogados) previam a exploração da propriedade industrial das marcas provenientes das obras cinematográficas com independência dos direitos de autor, regime no qual existia um prazo de registo específico com validade de 5 anos e renovável por igual período. A existência de um conjunto de normas específicas para as marcas derivadas de obras audiovisuais, nas legislações de propriedade industrial europeias seria amplamente benéfica para as mesmas⁷⁰².

Atualmente no nosso ordenamento jurídico, em termos de propriedade industrial, as marcas e o registo das mesmas aparecem reguladas nos artigos 222.º a 270.º do Código da Propriedade Industrial (CPI)⁷⁰³. Prevê o artigo 222.º, n.º 1 do CPI que *“A marca pode ser constituída por um sinal ou conjunto de sinais suscetíveis de representação gráfica, nomeadamente palavras, incluindo nomes de pessoas, desenhos, letras, números, sons, a forma do produto ou da respetiva embalagem, desde que sejam adequados a distinguir os produtos ou serviços de uma empresa dos de outras empresas.”* Podendo ainda, nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, *“ser constituída por frases publicitárias para os produtos ou serviços a que respeitem, desde que possuam caráter distintivo, independentemente da proteção que lhe seja reconhecida pelos direitos de autor.”*

Assim sendo, os titulares dos direitos de autor de uma determinada obra audiovisual, paralelamente à exploração da obra enquanto objeto de proteção pelos direitos de autor, podem também fazer o aproveitamento comercial da mesma, se criarem uma marca, protegida pelo direito industrial, a partir de um qualquer elemento da sua obra, que se destaque com sucesso junto do seu

⁷⁰² Neste sentido PAU MISERACHS SALA in *Estudios sobre la propiedad intelectual y sociedad de la información entre la ley y la utopia*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2014, pp.71-84.

⁷⁰³ O Código da Propriedade Industrial foi aprovado pelo Decreto-Lei 36/2003 de 5 de março, alterado pela Lei 46/2011 de 24 de junho.

público, desde que respeitem esta previsão legal, bem como as exceções previstas no artigo 223.º do mesmo Código. Deverão ainda proceder ao registo da marca, já que a alínea d) do artigo 225.º do CPI confere essa legitimidade aos coautores da obra audiovisual, de modo a que a mesma possa ser protegida de forma plena. O registo permitirá assim aos titulares dos direitos da marca, neste caso os coautores, o uso exclusivo e a propriedade da marca nos termos do artigo 224.º do CPI. Daí ser fundamental cumprir todos os requisitos para o registo da marca previstos no artigo 233.º do CPI, e juntar todos os elementos para a instrução do mesmo nos termos do artigo 234.º do mesmo código. De referir a importância nesta matéria do princípio da unicidade do registo e da inalterabilidade da marca previstos respetivamente nos artigos 235.º e 261.º do CPI, pela segurança comercial e jurídica que conferem aos titulares das marcas. Porém os coautores da obra, na maioria dos casos, não têm capacidade para por si só fazer a exploração comercial das marcas criadas a partir da obra audiovisual, tanto mais que na maioria das vezes a mesma marca é utilizada para distinguir uma panóplia de objetos, produzidos em diferentes setores de atividade por vários fabricantes. Daí a importância que reveste a questão das transmissões e das licenças previstas nos artigos 262.º e seguintes do CPI, de modo a salvaguardar integralmente os direitos dos titulares das marcas, no nosso caso dos coautores das obras audiovisuais. Olhando para o artigo 262.º n.º 1 constatamos, de imediato, que a transmissão da marca não tem necessariamente que estar unida à obra audiovisual. Porém, não existe uma total liberdade de transmissão da marca sem qualquer vínculo à sua origem, devido à necessidade de respeitar o princípio de verdade da marca (cfr. o artigo referido). A transmissão da marca, deve ser provada por documento escrito (art. 31º, nº 6) e a licença de utilização da mesma deve ser escrita, de acordo com o artigo 32.º n.º 3 do CPI. Além disso a transmissão ou licença da marca deve ser averbada no Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), nos termos do artigo 30.º n.º 1 alíneas a) e b) do CPI. A transmissão ou licença da marca só produzirão efeitos em relação a terceiros após esse averbamento nos termos do n.º 2 do mesmo artigo. Porém no que respeita às marcas derivadas das obras audiovisuais, verificamos que o mais

frequente é o recurso a licenças e não a transmissões⁷⁰⁴.

Consideramos o contrato de licença como uma categoria negocial em sentido amplo, que dentro dela abrange o contrato de *merchandising* e todas as suas espécies (*corporate, character e personality merchandising*), como uma das modalidades possíveis do contrato de licença. Porém, em sentido contrário, alguns autores como M. TERESA FRANQUET SUGRAÑEZ⁷⁰⁵ distinguem o contrato de licença de marcas do contrato de *merchandising* de marca, entendendo que são realidades distintas, na medida em que no contrato de licença de marca o titular de direitos sobre a marca autoriza um terceiro a utilizar a marca na sua totalidade para distinguir produtos ou serviços semelhantes num determinado local e num determinado período de tempo e que no contrato de *merchandising* de marca o titular da marca que goze de prestígio autoriza um terceiro o direito de uso da marca para distinguir produtos ou serviços diferentes daqueles para que a marca foi registada. Assim o contrato de *merchandising* de marca seria um contrato atípico distinto do contrato de licença, ao qual se aplicaria por analogia as regras deste. Esta posição demasiado restritiva criaria uma grande incerteza e insegurança jurídicas quanto à proteção da marca em si mesma e dos direitos dos seus titulares. Por isso mesmo, como já referimos, defendemos que o contrato de licença deve ser encarado como uma categoria negocial em sentido amplo, que abrange o contrato de *merchandising* e todas, as suas espécies. Só assim se garante um tratamento justo e equitativo de todo o tipo de marcas.

Na licença para a utilização da marca, o licenciante permite que o licenciado use de forma total ou parcial a marca durante um determinado período de tempo. Esta licença, nos termos do artigo 32.º do CPI, poderá revestir 3

⁷⁰⁴ Neste sentido LUÍS COUTO GONÇALVES in *Manual de Direito Industrial*, 6.ª Edição Revista e Atualizada, Almedina, Coimbra 2015, pp. 301-316.

A este propósito devemos referir que existem autores como é o caso de ALBERTO J. MARTIN MUÑOZ in *El Merchandising, Contrato de Reclamo Mercantil*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1999, fazem uma distinção invulgar entre contrato de *merchandising* e contrato de licença de marca, considerando que o contrato de *merchandising* tem como objeto a notoriedade ou capacidade de reclame/reconhecimento de uma marca num setor paralelo ao dos produtos de onde deriva, destinando-se a produtos diferentes dos originais e o contrato de licença de marca como tendo como objeto a marca e qualquer símbolo registado, bem como todos os pedidos de registo relativos a uma marca, destinando-se a marca a ser utilizada em produtos semelhantes aos da origem da marca. Porém consideramos esta distinção rebuscada e de difícil concretização prática, daí optarmos por não a considerarmos juridicamente viável no âmbito do *merchandising* das obras audiovisuais.

⁷⁰⁵ In *El Contrato de Personality Merchandising*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp-55-114 e pp174-191.

formas: a de licença exclusiva absoluta, na qual o licenciante permite a utilização temporária da marca a apenas um licenciado, no qual por estipulação contratual, nos termos do n.º7 do artigo 32.º do CPI o licenciante se abstém de utilizar a marca⁷⁰⁶; a de licença exclusiva relativa em que o licenciante só confere poderes de uso a um licenciado continuando ele próprio a usar a marca; e a licença não exclusiva ou simples, na qual o licenciante permite ao licenciado usar a marca, mas reserva para si o direito de a utilizar ou de atribuir o seu uso a um terceiro. Se as partes não dispuserem de maneira diferente, a maioria das licenças de marca presumem-se como não exclusivas ou simples nos termos do artigo 32, n.º 5 do CPI⁷⁰⁷. As licenças para utilização da marca com origem numa obra audiovisual são na sua maioria licenças não exclusivas ou simples, sendo raros os casos de licenças exclusivas relativas. Isto porque a maioria das marcas associadas a obras audiovisuais de sucesso, vendem inúmeros produtos como brinquedos, vestuário ou acessórios, em áreas e quadrantes económicos muito distintos. Daí a necessidade dos titulares de direitos sobre a obra, salvaguardarem-se reservando para si o direito de permitirem conceder licenças de marca a terceiros, de modo a não fechar a possibilidade de outro setor de negócio utilizar a sua marca num momento posterior⁷⁰⁸.

No entanto, qualquer licença de marca vai originar um conjunto de obrigações para ambas as partes. Desde logo o licenciante tem o direito de exercer o controlo sobre a utilização feita da marca pelo licenciado para aferir sobre a conformidade do acordo celebrado nos termos do artigo 268.º, n.º 1 al. c) do CPI. Além disso deverá o licenciante manter a marca e o seu registo durante o período da licença nos termos do artigo 255.º do CPI, conformando-se com o uso lícito que lhe é dado pelo licenciado durante esse período. O licenciante tem também que defender a marca de eventuais contrafactores ou autorizar o licenciado a fazê-lo nos termos do artigo 258.º do CPI. Por sua vez o licenciado deve usar a marca e fazer dela um uso não enganoso de modo a garantir a

⁷⁰⁶ Porém, não existindo previsão contratual expressa nesse sentido o licenciante pode continuar a utilizar a marca em paralelo com o único licenciado autorizado a fazê-lo, mas neste caso, a licença passa a ser exclusiva relativa.

⁷⁰⁷ Neste sentido LUÍS COUTO GONÇALVES in *Manual de Direito Industrial*, 6.ª Edição Revista e Atualizada, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 301-316.

⁷⁰⁸ Neste sentido LUÍS COUTO GONÇALVES in *Manual de Direito Industrial*, 6.ª Edição Revista e Atualizada, Almedina, Coimbra, 2015, pp.301-316.

qualidade dos produtos, sob pena de caducidade do registo, quando a conduta do licenciado induza os potenciais consumidores em erro quanto à qualidade dos produtos ou serviços de uma determinada marca, nos termos do artigo 269.º, n.º 2, al. b) do CPI. Parece por isso muito importante que no contrato de licença faça parte uma cláusula na qual o licenciante faça o controlo de qualidade e o licenciado se obrigue a garantir um determinado padrão específico de qualidade, sob pena de o licenciante não poder agir judicialmente contra o licenciado se o mesmo alterar de forma significativa a qualidade dos produtos licenciados, nos termos do artigo 264.º do CPI⁷⁰⁹.

Existindo por norma vários licenciados para a utilização da marca derivada da obra audiovisual em diferentes setores de atividade, é importante a necessidade de existir um registo autónomo nos termos do n.º 2 do artigo 262.º do CPI. Importa ainda salientar que nos casos em que os licenciados atuem contra o acordado, mesmo para além das questões da qualidade dos produtos licenciados, os titulares da marca podem ainda, nos termos do artigo 264.º, *“invocar os direitos conferidos pelo registo contra o licenciado que infrinja qualquer cláusula, ou disposição, do contrato de licença, em especial no que respeita ao seu prazo de validade, à identidade da marca, à natureza dos produtos ou serviços para os quais foi concedida a licença, à delimitação da zona ou território ou à qualidade dos produtos fabricados ou dos serviços prestados pelo licenciado.”*

Nos contratos de licença os licenciados estão ainda obrigados a pagar aos licenciantes os valores contratualizados. Normalmente esses pagamentos são realizados em duas fases. No momento da assinatura do contrato, regra geral o licenciado paga ao licenciante um valor de entrada, que é o denominado *entry fee* e, posteriormente, um valor periódico em prestações sucessivas, que poderá ser fixo ou variável que tem a designação de *royalties*. Como normalmente o pagamento dos *royalties* estão associados ao volume de vendas e são pagos em função destas, o licenciado tem o dever de permitir a inspeção por parte do licenciante das suas contas, bem como lhe deverá

⁷⁰⁹ Neste sentido LUÍS COUTO GONÇALVES in *Manual de Direito Industrial*, 6.ª Edição Revista e Atualizada, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 301-316.

prestar todas as informações que o licenciante considere relevantes no que respeita ao volume de vendas, preços, documentos justificativos e informações sobre *stocks* de produtos licenciados⁷¹⁰.

Caso o licenciado viole o acordado no contrato de licença de marca estará obrigado a indemnizar o licenciante nos termos do previsto nos artigos 798.º e 483.º do CC.⁷¹¹.

Porém a generalidade das marcas debate-se com problemas que vão muito além do incumprimento contratual do licenciado. Assim sendo a propriedade industrial põe à disposição do licenciante a punição por concorrência desleal previsto no artigo 317.º do CPI que poderá ser utilizado tanto contra licenciados infratores como contra terceiros que violem o seu direito de marca⁷¹².

Como as marcas têm por alvo o público em geral, sendo por estes reconhecidas de forma indiscutível, os limites de utilização das mesmas, são por vezes limites atípicos. Tem de existir uma flexibilidade legal maior do que existe na propriedade intelectual, na medida em que estando tuteladas pela propriedade industrial, as marcas estão ligadas diretamente com o mercado comercial, o que faz com que por vezes não se identifique claramente o campo da legalidade e o da ilegalidade de utilização das marcas. As obras audiovisuais de maior sucesso têm por vezes uma dicotomia de proteção nas quais enquanto obra de entretenimento são protegidas pelo direito de autor e quando se criam marcas provenientes das respetivas obras são protegidas também pela propriedade industrial. Embora exista uma aparente blindagem legal de proteção multidisciplinar da obra, a verdade é que muitas vezes estas obras são confrontadas com violações de direitos toleradas pela maioria dos ordenamentos jurídicos. Vejamos, como exemplo, o caso de um fã de uma determinada obra audiovisual à qual está associada uma marca (p. ex. *Star Wars* ou *Patrulha Pata*) que crie um pequeno *sketch* que publica na internet no qual inclui um trecho da obra audiovisual e utiliza a marca derivada da obra

⁷¹⁰ Neste sentido LUÍS COUTO GONÇALVES in *Manual de Direito Industrial*, 6.ª Edição Revista e Atualizada, Almedina, Coimbra, pp. 301-316.

⁷¹¹ Neste sentido MARIA MIGUEL ROCHA MORAIS in *Merchandising de Marcas (A comercialização do valor sugestivo das marcas)*, Almedina, Coimbra, 2003, pp.31-198.

⁷¹² Neste sentido MARIA MIGUEL ROCHA MORAIS in *Merchandising de Marcas (A comercialização do valor sugestivo das marcas)*, Almedina, Coimbra, 2003, pp.31-198.

com a finalidade de prestar uma homenagem aos seus criadores ou até mesmo uma paródia associada à obra ou aos seus criadores. Muito embora o seu ato seja uma violação do direito de autor e da propriedade industrial, muito provavelmente o autor dessa homenagem ou paródia não tem sequer consciência que o seu ato representa uma conduta ilícita aos olhos da lei. Além disso podemos ainda pensar se existe efetivamente uma ilegalidade se o vídeo em causa tiver poucas ou nenhuma visualização⁷¹³. Com o progresso digital este tipo de manifestação na *world wide web* é muito comum e socialmente aceite como “normal”, daí ser necessário fazer uma análise cuidada e ponderada deste tipo de situação limite, na qual é difícil fazer um enquadramento da existência de uma violação legal ou não. Enquanto na obra audiovisual existem limites legais mais claros e definidos, que regulam a sua esfera patrimonial, derivando esses limites da proteção dada à obra audiovisual pelo direito de autor, uma vez que no campo dos direitos morais estes serão sempre intrínsecos aos coautores, e como tal inalienáveis, irrenunciáveis e intransmissíveis⁷¹⁴; na proteção conferida às marcas que derivam da obra audiovisual esses limites são mais latos e atípicos.

Isto porque é permitido em casos excepcionais e pontuais que os consumidores utilizem essas marcas, mas esses casos não são alvo sequer de uma enumeração legal concreta e exemplificativa, entendendo-se regra geral que quando existe um risco mínimo de prejuízo dos direitos, nessa utilização do consumidor, para o titular da marca, que a sua utilização poderá ser mais benéfica em termos publicitários do que prejudicial. A maioria dos ordenamentos jurídicos toleram essas formas de utilização indireta das marcas, ainda que as mesmas tenham qualquer apoio legal. Normalmente esse tipo de ilicitude está associada a “chavões jurídicos” como a defesa do

⁷¹³ Neste sentido *vide* Ignacio Garrote Fernández-Díez in *Fair use, ius usus inocui y otras limitaciones Atípicas en los Derechos de Marcas y Propiedad Intelectual* in *XXVIII Jornadas de estudio sobre Propiedad Industrial e Intelectual*, AIPPI, Madrid, 7y8 de febrero de 2013, pp.49-65.

⁷¹⁴ Mesmo no que toca ao direito de autor, também este ramo do direito, apesar de ter limites legais mais definidos quanto à utilização das obras audiovisuais, começa também a enfrentar algumas dificuldades de proteção dos titulares de direitos sobre a obra quando confrontado com situações novas motivadas pelo progresso tecnológico galopante, que obriga os legisladores a criarem soluções para as lacunas legais a um ritmo elevado, de modo a assegurar critérios mínimos de proteção. Porém, como em termos legais existem limites mais claros, específicos e detalhados, no que toca às possibilidades de utilização das obras por terceiros, essa tarefa é mais fácil do que aquela que é exigida à propriedade industrial, cujas bases legais são muito menos detalhadas, como veremos em seguida.

direito à liberdade de expressão ou à utilização das marcas em paródias. Porém é necessário ter bem presente que a liberdade de expressão de quem quer que seja, não se compagina com a utilização abusiva das marcas, nem a propósito de uma paródia, poderá existir um aproveitamento da imagem associada à marca. É por isso muito importante determinar de forma concreta as possibilidades ao alcance do titular da marca para a proteger, bem como uma enumeração legal dos direitos patrimoniais exclusivos dos titulares da marca⁷¹⁵. Aquilo que verificamos é que atualmente existem muitos conceitos legais abertos que criam os limites atípicos de proteção das marcas, o que deverá ser colmatado urgentemente pela via legal. Pela via jurisprudencial, começamos já a vislumbrar em alguns ordenamentos jurídicos como o Espanhol⁷¹⁶, que existe uma preocupação em aventar soluções para esta questão que poderão ser muito úteis se vierem a ser concretizadas legalmente. Nos países anglossaxónicos da *Common Law* o problema é resolvido através do denominado *fair use* ou *fair dealing*. Isto significa que se um terceiro utilizar uma marca de forma honrada ou lícita sem que isso cause um prejuízo ao titular dos direitos sobre a mesma não comete um ato ilícito nessa sua utilização. Ou seja, se estivermos perante um *ius usus inoqui*, no

⁷¹⁵ Neste sentido *vide* IGNACIO GARROTE FERNÁNDEZ-DIEZ in “Fair use, ius usus inocui y otras limitaciones Atípicas en los Derechos de Marcas y Propiedad Intelectual in XXVIII Jornadas de estudio sobre Propiedad Industrial e Intelectual”, *AIPPI*, Madrid, 7y8 de febrero de 2013, pp.49-65.

⁷¹⁶ Vide como exemplo o conhecido Caso Espanhol que ficou conhecido como o caso “Megakini” no qual o Tribunal Supremo Espanhol em 3 de abril de 2012, analisou um caso no qual a autora Marín Castán detentora da página web www.megakini.com intentou uma ação contra a Google pretendendo fechar o motor de busca, uma indemnização de 2000,00€ (dois mil euros) e a publicação da sentença no jornal espanhol diário *La Vanguardia*, acusando o conhecido motor de busca de cometer uma ilegalidade ao fazer uma “cópia caché” que armazenava no seu servidor (como o faz aliás com todas as páginas web), de modo a que a mesma pudesse estar disponível para os utilizadores da rede *off line*, bem como para permitir o seu acesso aos utilizadores da *world wide web*, que visualizem a página em situações de sobrecarga do servidor.

O tribunal considerou o pedido da autora excessivo e abusivo e resolveu a questão atendendo ao *fair use*, entendendo que as cópias caché da Google não prejudicavam os interesses dos titulares das páginas web em geral. O Tribunal considerou não poder fazer-se uma interpretação absoluta e restritiva dos limites legais, e que o pedido de encerrar o motor de busca Google era excessivo e antissocial. Porém o tribunal refere que a sentença poderia ter sido bem diferente se em vez de pedir o encerramento do Google a autora tivesse pedido que a Google eliminasse a “cópia caché” da sua página *web* ou os fragmentos desta no seu motor de busca. Além disso o tribunal entendeu que esta utilização constituía um *ius usus inoqui* (uso honrado) do qual se retira que inexistindo um dano patrimonial para o titular dos direitos pela utilização feita por um terceiro, a sua utilização é inócua e como tal não afeta os titulares dos direitos, que no caso não conseguem concretizar os danos sofridos com a utilização em causa, pelo que o Tribunal considera existir apenas uma infração *de minimis*. Neste sentido IGNACIO GARROTE FERNÁNDEZ-DIEZ in “Fair use, ius usus inocui y otras limitaciones Atípicas en los Derechos de Marcas y Propiedad Intelectual in XXVIII Jornadas de estudio sobre Propiedad Industrial e Intelectual”, *AIPPI*, Madrid, 7y8 de febrero de 2013, pp.49-65.

qual a utilização da marca por um terceiro é inócua porque não existe dano patrimonial causado ao titular da mesma⁷¹⁷.

Apesar de os ordenamentos jurídicos de tradição continental privilegiarem a análise sobre a livre utilização das obras em sede de direito de autor, pela regra dos três passos⁷¹⁸ a fim de determinarem a licitude ou ilicitude dessa utilização, nem sempre consegue abarcar as situações especiais ou excepcionais através desta regra, nem questões de propriedade industrial.

O *fair use* apesar de ser típico dos ordenamentos jurídicos da Common Law, a sua utilização pelos países de tradição Continental não é de todo irregular, estando a sua aplicação justificada pelos preceitos expressos da Convenção de Berna que em alguns artigos⁷¹⁹ se refere aos usos honrados.

Porém a concretização destes conceitos de *fair use* e de *ius usus inoqui* deve ser feita tendo em conta a ponderação de quatro fatores: saber se a utilização da obra tem carácter oneroso ou gratuito, qual o tipo de obra protegida e a sua qualificação, a importância do trecho reproduzido para a totalidade da obra em si mesmo, bem como, determinar se a utilização da obra que foi efetuada afeta a exploração potencial da obra. A análise destes quatro fatores permite uma maior abertura legal aplicável a inúmeras e diversas situações novas decorrentes da constante evolução tecnológica e digital. Voltando ao nosso exemplo não se deixará de ver a obra audiovisual e de reconhecer a marca que dela deriva, simplesmente porque existe uma homenagem de um fã ou uma paródia à mesma. Mas se o titular dos direitos da obra e da marca considerarem que a mesma lhes causa algum dano deve ter o direito de poder exigir a sua retirada da *internet*, mesmo que esse dano não seja indemnizável. Os titulares da obra e respetiva marca podem também exigir o respeito pelos seus direitos morais se considerarem que o vídeo publicado na rede deforma, mutila ou descontextualiza a obra, as suas personagens ou a marca derivada

⁷¹⁷Neste sentido IGNACIO GARROTE FERNANDÉZ-DIEZ in “Fair use, ius usus inocui y otras limitaciones Atípicas en los Derechos de Marcas y Propiedad Intelectual in XXVIII Jornadas de estudio sobre Propiedad Industrial e Intelectual”, *AIPPI*, Madrid, 7y8 de febrero de 2013, pp.49-65.

⁷¹⁸ A regra dos três passos (*three step test*), que tem a sua origem no artigo 5.º da Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 22 de maio de 2001, é uma regra que estabelece os limites e exceções à aplicação de direitos de propriedade intelectual. O primeiro passo estabelece limites que apareçam previstos na lei, o segundo que a reprodução feita de uma determinada obra não prejudique a sua normal exploração e o terceiro que não cause prejuízos injustificados aos legítimos interesses dos seus autores.

⁷¹⁹ Vide artigos 10.1 e 10.2 da Convenção de Berna.

da obra audiovisual. Porém não basta dizer que o uso é inócuo para utilizar livremente a obra e a marca dela derivada. Mesmo que não exista dano económico aparente os titulares de direitos sobre ambas pode exigir a retirada da *internet* de todo o material audiovisual ou referência que possam afetar os seus direitos. Isto significa que o *fair use* não pode ser invocado em vão, nem servir de escapatória jurídica para fugir aos limites legalmente impostos. As situações cobertas pelo, *fair use*, deverão por isso mesmo ser analisadas de forma consciente, detalhada e ponderada⁷²⁰.

Parágrafo III - Contrato de *merchandising*

Apesar da importância que o *merchandising* tem na economia à escala global, não existe legislação específica para este tipo de contratos, nem tão pouco harmonia legal entre os diferentes ordenamentos jurídicos europeus que permita uma proteção plena desta importante forma contratual⁷²¹.

Para LUÍS COUTO GONÇALVES⁷²² o *merchandising* em sentido amplo é “a atividade que tem em vista o aproveitamento do valor comercial de determinados direitos de autor, de personalidade ou de propriedade industrial, com objetivo promocional, para a venda de produtos e serviços”. Segundo o mesmo autor, a utilização secundária (leia-se o segundo uso) como marca é o critério que permite conferir uma homogeneidade negocial ao contrato de *merchandising* ligado à propriedade industrial.

O contrato de *merchandising* pode ter três finalidades: ou tem um fim promocional e o contrato em si reveste a forma de contrato de publicidade; ou tem um fim decorativo, ou seja, é uma das modalidades possíveis do contrato de licença (em sentido amplo) no qual se autoriza a utilização de um direito de autor, de um direito de personalidade ou de propriedade industrial; ou por

⁷²⁰ Neste sentido IGNACIO GARROTE FERNANDÉZ-DIEZ in “Fair use, ius usus inoqui y otras limitaciones Atípicas en los Derechos de Marcas y Propiedad Intelectual in XXVIII Jornadas de estudio sobre Propiedad Industrial e Intelectual”, *AIPPI*, Madrid, 7y8 de febrero de 2013, pp.49-65.

⁷²¹ Neste sentido JOSEPH STRAUSS, “Current Issues in Intellectual Property, Copyright of Universities – Character Merchandising - GATT TRIP’S” in *Proceedings of the Annual Conference of The International Association for the Advancement of Teaching and Research in Intellectual Property, ATRIP, Ljubljana, July 11-13, 1994*, Eslovenia, Slovenian Intellectual Property Office, 1995, pp.84-113.

⁷²²Vide LUÍS COUTO GONÇALVES in *Manual de Direito Industrial*, 6.ª Edição Revista e Atualizada, Almedina, Coimbra, 2015, p. 309.

último tem um fim de distinção de produtos e serviços, revestindo a forma de contrato industrial de *merchandising*⁷²³. O contrato de *merchandising*, utilizado para licenciar as marcas emergentes das obras audiovisuais, reúnem as três finalidades, sendo por isso mesmo contratos de *merchandising* completos.

A melhor forma de definir o *merchandising* nas obras audiovisuais é entendê-lo como o contrato oneroso e temporário, feito pelos titulares de direitos sobre a obra audiovisual (licenciante) com um ou vários terceiro/s (licenciado/s), pelo qual se permite o uso de um ou vários elementos da sua obra que, em virtude do seu sucesso, são utilizados como marcas, com efeito promocional⁷²⁴. Porém esse contrato para ser oponível a terceiros mais do que ser escrito, deverá ser averbado no INPI nos termos do n.º 1 al. b) e n.º 2 do artigo 30.º do CPI. No fundo, existe uma utilização secundária da obra audiovisual que em primeira linha (utilização primária) é protegida pelo direito de autor enquanto obra de cariz intelectual. Essa utilização secundária é feita através da marca que derivou da obra audiovisual, que é utilizada em produtos ou serviços protegidos pela propriedade industrial.

O *merchandising* das obras audiovisuais em si mesmas manifesta-se de forma direta tanto sob forma de *corporate merchandising* (através do qual a marca reproduz sinais distintivos da obra) como de *character merchandising* (no qual as personagens da obra passam a ser elas próprias uma marca derivada da obra). Isto porque com frequência as marcas são constituídas pelos títulos das obras e pelas suas personagens, sendo assim o *corporate* e o *character merchandising*, os tipos de *merchandising* mais ligados à obra audiovisual. O *personality merchandising* tem por sua vez, uma ligação indireta às obras audiovisuais, na medida em que este tipo de *merchandising* é muitas vezes realizado com intérpretes deste tipo de obras, o que faz com que a sua ligação às obras em si mesma seja “acessória” por esta via.

Deste modo o *merchandising* relacionado com as obras audiovisuais reveste-se de uma dupla atipicidade oriunda do fato de o contrato de *merchandising* não se encontrar regulado em nenhum diploma legal e do fato de reunir

⁷²³Neste sentido LUÍS COUTO GONÇALVES in *Manual de Direito Industrial*, 6.ª Edição Revista e Atualizada, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 301-316.

⁷²⁴ Devemos encarar sempre esta utilização de parte da obra audiovisual como uma marca, como uma utilização paralela, compatível e acumulável com a exploração principal da obra enquanto produto de criação intelectual. Neste sentido ANGEL LUÍS ALONSO PALMA in *Propiedad Intelectual y Derecho Audiovisual*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2006, pp. 81.

características do *corporate* e do *character merchandising* num único contrato com características de ambos os tipos de *merchandising*⁷²⁵.

Porém, o *character merchandising* tem uma presença indiscutível no que às obras audiovisuais diz respeito, à semelhança do que acontece com as obras de arte, na medida em que é o principal responsável pela obtenção de maiores receitas do que as possibilitadas pela bilheteira ou pelo aluguer on demand da obra em sede de propriedade intelectual.

A conciliação entre os produtos dos licenciados e os direitos de marca do licenciante no âmbito da obra audiovisual é objetiva e tecnicamente muito complexa. O facto de na obra audiovisual existirem múltiplos autores, dificulta a definição da titularidade do contrato de *merchandising* sobre algum dos elementos da obra. Como a obra audiovisual no seu todo, enquanto produto final inexistente sem cada uma das contribuições de cada coautor, devemos entender que todos os coautores sem exceção são titulares da marca (seja ela o título da obra, ou uma personagem) que deriva da obra audiovisual independentemente de quem seja o seu criador de raiz. Entendemos que o produtor não pode chamar para si a utilização da obra enquanto marca protegida pela propriedade industrial, porque essa utilização não faz parte da exploração normal da obra. Trata-se de uma exploração secundária que poderá realizar-se paralelamente com a exploração normal da obra enquanto obra de entretenimento produto da criação intelectual. Assim sendo, cabe apenas e só aos coautores da obra audiovisual fazerem essa exploração e permitirem a terceiros a utilização das marcas derivadas da obra audiovisual, até mesmo porque a exploração principal da obra, protegida pelo direito de autor, não é afetada por esta exploração secundária de género diferente ao abrigo da propriedade industrial. Pelo contrário, a exploração das marcas derivadas da obra audiovisual, poderá dar uma ainda maior visibilidade à obra, já por si famosa e reconhecida, despertando a curiosidade acerca da obra intelectual daqueles que não a conheçam e apenas entrem em contato com os produtos que ostentem as marcas que derivam de uma determinada obra⁷²⁶.

⁷²⁵ Neste sentido ALBERTO J. MARTIN MUÑOZ in *El Merchandising, Contrato de Reclamo Mercantil*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1999, pp.41-208.

⁷²⁶ Neste sentido ALBERTO J. MARTIN MUÑOZ in *El Merchandising, Contrato de Reclamo Mercantil*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1999, pp.41-208.

A expressão “*merchandising de títulos de filmes*” surge pela primeira vez numa decisão do BGH Alemão em 1992⁷²⁷ a propósito de uma utilização indevida de parte de um título de uma obra televisiva denominada “*A herança de Gutenberg*”. Neste caso um terceiro registou parte deste título, em concreto “*Gutenberg*” aproveitando-se do grande sucesso motivado pela série televisiva, que inclusivamente já era uma obra de sucesso mesmo antes da sua estreia, à revelia dos coautores da obra, associando-o a um variado conjunto de produtos. O terceiro infrator que dessa forma obteve ilegalmente lucros, sem que houvesse um contrato de cessão de direitos, nem licença para a utilização da marca, desprezando e violando os direitos dos coautores da obra, curiosamente era o dono da propriedade onde se situava o castelo, no qual se realizaram parte das filmagens da série⁷²⁸.

A marca objeto do contrato de *merchandising* que deriva da obra audiovisual, permite o embelezamento dos produtos do licenciado, destacando-se em termos publicitários pela diferença do produto associado à marca que o permite identificar e distinguir. O contrato de *merchandising* surge após ou em simultâneo com uma primeira exploração da obra enquanto criação de espírito. Entendemos que à luz do direito de autor, o contrato de *merchandising* constitui mais uma forma de exploração de criação intelectual protegida pelo artigo 68.º n.º 3 do CDADC que prevê que cabe aos coautores *escolher livremente os processos e condições de utilização e exploração da obra*. Assim sendo o contrato de *merchandising*, enquanto contrato atípico dependente da vontade das partes, deverá ser encarado como mais uma forma de exploração da obra audiovisual.

Porém, não podemos deixar de referir que em termos de duração da proteção dos direitos, a propriedade intelectual dá aos coautores da obra uma proteção temporalmente limitada até 70 anos após a sua morte nos termos do artigo 31.º do CDADC enquanto os direitos sobre as marcas poderão ser indefinidamente protegidos desde que se renovem os registos das mesmas de 10 em 10 anos, nos termos do artigo 255.º do CPI.

⁷²⁷ Decisão do BGH de 19 de novembro de 1992.

⁷²⁸ Neste sentido *vide* SUSANA NAVAS NAVARRO in *Contrato de Merchandising y Propiedad Intelectual*, Colección de Propiedad Intelectual, Reus, Madrid, 2001, pp.50-165.

O contrato de *merchandising* tem como elemento essencial a necessidade de consentimento dos titulares dos direitos sobre a obra, de modo a que possa ser feita a exploração económica da/s marca/s que dela derivam, num determinado setor de atividade. Esta modalidade de exploração da obra é fruto de práticas negociais lícitas e aceites que ocorrem no mundo económico empresarial, de acordo com a vontade das partes, sem que o mesmo esteja tipificado legalmente. O *merchandising* implica a reprodução da imagem de marca ou de uma ou mais personagens da obra audiovisual, que se adaptam para incorporar os objetos que serão comercializados pelo licenciado, ao abrigo do manto de sucesso de uma determinada obra audiovisual de renome⁷²⁹. No fundo, o elemento causal do contrato é o poder de venda (*selling power*) motivado pela obra audiovisual⁷³⁰. Ou seja, o valor da obra em si mesma é que torna a marca que dela deriva um sucesso gerador de *selling power*. Para alguns autores⁷³¹ este poder de venda existe por causa da publicidade, considerando-a como um elemento acessório do contrato de *merchandising*. Apesar de reconhecermos o contributo que a publicidade dá para incrementar as vendas dos produtos detentores de determinadas marcas derivadas de obras audiovisuais, não consideramos essa ajuda publicitária, como suficiente para reconhecermos a publicidade, como elemento acessório do contrato. A publicidade neste âmbito será apenas mais uma forma extrínseca de promover os produtos e as marcas.

O contrato de *merchandising*, mais do que a proteção do direito industrial, deverá também encontrar proteção no direito de autor na medida em que o *merchandising* abarca de forma atípica vários direitos de autor, nomeadamente o direito de comunicação pública, o direito de transformação/modificação, o

⁷²⁹ No que toca ao *merchandising* associado às personagens, também na obra audiovisual também se adapta uma personagem que faz parte de um guião, de modo a que esta integre o enredo da obra final após o intérprete lhe dar vida própria, O *merchandising* é só mais uma forma de adaptação da personagem da obra para incorporar diferentes objetos.

⁷³⁰ De referir que entendemos que este elemento causal é um elemento internos do contrato que não é autónomo do contrato de licença de marca. Nos países da *Common law* e em sentido oposto à nossa posição, o *selling power* é um elemento externo ao contrato de licença de marca, possuindo valor de mercado autónomo. Neste sentido SUSANA NAVAS NAVARRO in *Contrato de Merchandising y Propiedad Intelectual*, Colección de Propiedad Intelectual, Reus, Madrid, 2001, pp.187-257.

⁷³¹ Como é o caso de ALBERTO J. MARTIN MUÑOZ in *El Merchandising, Contrato de Reclamo Mercantil*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1999, pp.41-208.

direito de divulgação e o direito de paternidade⁷³². Não obstante os coautores licenciantes deverem manter as marcas de modo a garantir ao licenciado o seu uso durante o período de licença de utilização da marca, ao abrigo de um contrato de *merchandising* que tenha sido celebrado, convém salientar que o direito moral de retirada da obra deverá prevalecer sobre o contrato de *merchandising* de a licença de utilização concedida, ainda que os coautores (licenciante) indemnizem os licenciados pelos prejuízos que o seu ato lhes cause⁷³³.

Devemos ainda referir que o contrato de *merchandising*, dentro da sua atipicidade poderá revestir duas formas: ou é um “contrato de gestão” celebrado entre os coautores da obra audiovisual e uma empresa de *merchandising* que se encarregam de procurar interessados para celebrar os contratos de licença de utilização da marca em nome dos coautores da obra em troca de uma comissão, ou o contrato de *merchandising* simples ou direto, que é realizado de forma direta entre os coautores da obra audiovisual enquanto licenciante e o licenciado para utilizar a marca num determinado setor de atividade⁷³⁴. Devemos, porém, salientar que o “contrato de gestão” comporta mais riscos e perigos para os coautores, exigindo cláusulas mais rígidas. Este dito “contrato de gestão” deverá enquadrar-se na figura legal do mandato com representação previsto nos artigos 1158.º n.º 2 e 1178.º do Código Civil, não obstante alguns autores entenderem que este contrato reveste a forma de contrato de agência previsto no DL178/86 de 3 de julho

⁷³² Neste sentido SUSANA NAVAS NAVARRO in *Contrato de Merchandising y Propiedad Intelectual*, Colección de Propiedad Intelectual, Reus, Madrid, 2001, pp.50-165.

⁷³³ O direito moral de autor de retirada da obra previsto no artigo 62.º do CDADC deve prevalecer sobre o contrato de *merchandising* de licença de utilização da marca, protegido pela propriedade industrial, na medida em que o artigo 62.º prevê expressamente que o direito de retirada prevalece sobre qualquer modalidade de utilização da obra, entendendo-se assim que prevalece sobre o contrato de *merchandising*, não obstante a obrigação de indemnizar o licenciado pelos prejuízos causados.

⁷³⁴ Neste sentido SUSANA NAVAS NAVARRO in *Contrato de Merchandising y Propiedad Intelectual*, Colección de Propiedad Intelectual, Reus, Madrid, 2001, pp.50-165. Alguns autores como ALBERTO J. MARTIN MUÑOZ in *El Merchandising, Contrato de Reclamo Mercantil*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1999, pp.42, entendem que o contrato de *merchandising* é um contrato bilateral entre licenciante e licenciado, sendo os gestores de *merchandising* intervenientes acessórios desse mesmo contrato e por isso mesmo recusam a figura do contrato de gestão do licenciante com as empresas de *merchandising*, considerando apenas o contrato de *merchandising* simples ou direto celebrado entre licenciante e licenciado, como a única modalidade de *merchandising* existente. Em sentido contrário, entendemos que o contrato de gestão celebrado entre os coautores e as empresas de gestão de *merchandising* é comumente utilizado neste ramo de atividade, e como tal, tem expressão jurídica própria e não pode ser considerado como um ato acessório, mas como um contrato em si mesmo, fruto do princípio da liberdade contratual das partes.

alterado pelo DL118/93 de 13 de abril⁷³⁵. Não concordamos com esta posição porque entendemos que o contrato de agência dirige - se à angariação de uma vasta clientela, o que não acontece neste caso concreto. A empresa de *merchandising* procura agir em nome do titular da marca para descobrir potenciais interessados na licença de forma muito específica, não existindo propriamente uma estabilidade, zona de atuação ou clientela. No fundo a empresa de *merchandising* encontra os interessados na licença de marca, que se encontram circunscritos, regra geral a um pequeno grupo de pessoas, agindo por conta e em nome do titular da marca, sendo compensado monetariamente pelo serviço prestado, ou seja, nem sequer existe o direito a comissões ao contrário do que acontece com o contrato de agência⁷³⁶. Além do mais a empresa de *merchandising* possui vários clientes, titulares das licenças de marca, pelo que não estará em condições de cumprir com a obrigação de não concorrência prevista no art.º 9.º do DL 178/86 de 3 de julho, já que irá exercer a mesma atividade de busca de potenciais interessados na licença de marca, para outros titulares de marcas similares. Pelos motivos supra explanados entendemos este “contrato de gestão” legalmente enquadrado na figura do mandato com representação.

Contudo, independentemente do tipo de contrato de *merchandising* celebrado, dada a sua atipicidade, todas as previsões importantes para ambas as partes, deverão estar acauteladas e devidamente detalhadas. De salientar que normalmente estes contratos são de curta duração e estão sujeitos a um dever especial de confidencialidade, dada a grandeza dos valores envolvidos⁷³⁷. Dessas previsões essenciais deverão obrigatoriamente constar: a definição concreta das modalidades de utilização dos elementos da obra que compõem a

⁷³⁵ Neste sentido MARIA MIGUEL ROCHA MORAIS in *Merchandising de Marcas, A comercialização do valor sugestivo das marcas*, Almedina, Coimbra, 2003, pp.253-322.

⁷³⁶ Não obstante entendermos que este “contrato de gestão” celebrado com a empresa de *merchandising* reveste a forma legal do mandato com representação, entendemos que este contrato mais depressa se assemelharia à figura do contrato para pessoa a nomear previsto no artigo 452.º do cc, do que ao contrato de agência regulado pelo DL 178/86 de 3 de julho alterado pelo DL118/93 de 13 de abril. Isto porque a empresa de *merchandising* não irá realizar as cobranças de crédito previstas no artigo 3.º do DL 178/86 de 3 de julho, não tem direito a qualquer comissão nos termos do artigo 16.º do mesmo diploma, tendo apenas direito a uma compensação pela angariação do licenciado. As empresas de *merchandising* que celebrem estes ditos “contratos de gestão” também não terão direito a qualquer indemnização de clientela nos termos do artigo 33.º do diploma que regula o contrato de agência. Em sentido oposto *vide* MARIA MIGUEL ROCHA MORAIS in *Merchandising de Marcas (A comercialização do valor sugestivo das marcas)*, Almedina, Coimbra, 2003, pp.253-322.

⁷³⁷ Neste sentido MARIA MIGUEL ROCHA MORAIS in *Merchandising de Marcas A comercialização do valor sugestivo das marcas*, Almedina, Coimbra, 2003, pp.253-322.

marca objeto de *merchandising* e eventuais marcas adicionais; o dever de o licenciado utilizar a marca, bem como de colaborar no cumprimento do contrato; a sua duração, contrapartidas financeiras e possibilidades de renovação ou não renovação do contrato; o seu termo; forma de notificação das partes; contrapartidas financeiras que o licenciado deverá pagar ao licenciante, royalties e modalidades do seu cumprimento; formas de controlo da qualidade dos produtos, modos de controlo das vendas, gestão de stocks pós termo do contrato; proibição do licenciado ceder a marca a terceiros; valor da indemnização a pagar pelo licenciante ao licenciado no caso de o licenciante exercer o seu direito de retirada da obra; causas de caducidade do contrato; consequências para o uso indevido da marca por parte do licenciado; modos de atuação de ambas as partes em relação à violação dos direitos de marca cometidos por terceiros e consequências em caso de insolvência ou mudança de gestão do licenciado⁷³⁸.

Devemos ainda referir que o *merchandising* de marcas derivadas de obras audiovisuais deve respeitar dois princípios fundamentais: garantir que os produtos nos quais a marca é inserida fazem de forma implícita uma referência à obra de forma direta ou indireta e os produtos onde a marca foi aposta serem coerentes com o espírito da obra de que derivam⁷³⁹.

Esse aproveitamento comercial secundário que é feito da obra audiovisual a título de *merchandising* pode revestir a forma de *corporate merchandising*, *character merchandising* ou *personality merchandising* conforme veremos em seguida⁷⁴⁰

⁷³⁸ Neste sentido SUSANA NAVAS NAVARRO in *Contrato de Merchandising y Propiedad Intelectual*, Colección de Propiedad Intelectual, Reus, Madrid, 2001, pp.187-257; JOHN ADAMS in *Merchandising Intellectual Property*, Butterworths, London, 1987, pp.3-29, pp.53-104 e ILARIA MAGNI in *Merchandising e Sponsorizzazione Nuovi Contratti per lo Sfruttamento e la Promozione dell'immagine*, CEDAM, Padova, 2002, pp.3-81.

⁷³⁹ Estes princípios são defendidos por JEAN – CLAUDE JOURET in *Tintin et le Merchandising Une Gestion Strategique des Droits Derives*, Editions du Cercle de la Librairie, Paris, 1991, pp.38-42. Nesta referência á necessidade de respeito destes princípios, o autor elenca como vantagens do seu cumprimento uma garantia de qualidade da utilização da marca que favorece tanto a obra, como as suas personagens, bem como os produtos licenciados, existindo uma relação de parceria com benefícios conjuntos que irá muito além da relação entre um simples cedente (licenciante) e um cessionário (licenciado). Assim os licenciantes asseguram que a utilização da marca será feita por parceiros fiáveis que darão uniformidade e harmonia à marca em todas as suas vertentes implícitas e explícitas.

⁷⁴⁰ Neste sentido LUÍS COUTO GONÇALVES in *Manual de Direito Industrial e Concorrência Desleal*, 6.ª Edição Revista e Atualizada, Almedina, Coimbra, 2015, pp 301-316.

Parágrafo IV - Tipos de *merchandising* utilizados na obra audiovisual

a) Corporate *merchandising*

Este tipo de *merchandising* é aquele que poderemos considerar como o mais abrangente já que diz respeito à utilização do nome da obra audiovisual como uma marca. Muitas vezes este tipo de *merchandising* aparece também associado ao *character merchandising*, já que na maior parte dos casos a personagem e a obra audiovisual enquanto marca são indissociáveis uma da outra. Embora esta situação seja muito comum nada impede que exista *merchandising* apenas pela utilização do nome da obra audiovisual enquanto marca sem qualquer alusão às suas personagens.

De acordo com SUSANA NAVAS NAVARRO⁷⁴¹ o *corporate merchandising* consiste no “uso de uma marca de renome que se vincula a produtos ou serviços com uma escassa ou nenhuma relação com a marca em si mesma, mas dado o *Goodwill* da marca tem um grande poder de atração e sedução dos consumidores”. A defesa do nome da obra audiovisual enquanto marca faz-se através do título que deve ter os elementos necessários para a sua identificação nos termos do artigo 7.º do CPI⁷⁴². O direito de propriedade sobre a marca e o seu uso exclusivo faz-se através do registo da mesma nos termos do artigo 224.º do CPI, registo esse que é válido por 10 anos e renovável por iguais períodos nos termos do artigo 255.º do CPI. Quem começa *ex novo* a utilizar uma determinada marca tem um direito de prioridade de 6 meses para proceder ao seu registo nos termos do artigo 227.º do CPI, podendo igualmente reclamar⁷⁴³ caso o registo da mesma seja feito por outrem. Fora desse período de 6 meses o titular da marca pode opor-se ao registo de marca posterior que faça concorrência desleal com a sua, ou de pedir a anulação de marca conflituante com o mesmo fundamento nos termos do artigo 239.º n.º 1 al. e) e 266.º n.1 do CPI. Com muita frequência as marcas associadas às obras audiovisuais são marcas notórias e como tal são protegidas nos termos do artigo 241.º do CPI. Essa proteção é dada tanto a marcas nacionais como a marcas internacionais. Aliás tal proteção deriva do fato de Portugal ser membro

⁷⁴¹ Vide SUSANA NAVAS NAVARRO in *Contrato de Merchandising y Propiedad Intelectual*, Colección de Propiedad Intelectual, Reus, Madrid, 2001, pp.74.

⁷⁴² Não obstante a proteção que lhe é dada em sede de direito de autor pelo artigo 4.º do CDADC.

⁷⁴³ Porém a sua marca deve obedecer aos requisitos do registo para ser protegida enquanto expectativa jurídica, se a hipotética marca não reunir os requisitos imprescindíveis para ser registada, essa expectativa jurídica é inexistente.

signatário da Convenção da União de Paris(CUP)⁷⁴⁴. Mas o nosso ordenamento jurídico no que toca às marcas notórias internacionais, sujeita a sua proteção ao registo, à semelhança do que acontece com as marcas nacionais⁷⁴⁵. Um dos preceitos fundamentais do CPI, no âmbito das marcas compostas pelo nome da obra audiovisual, é o artigo 242.º do CPI, que prevê a proteção das marcas de prestígio, independentemente do tipo de produto ou serviço, ou seja, não se aplicando às marcas de prestígio, o princípio da especialidade. Normalmente as obras audiovisuais de sucesso, cuja denominação é protegida em si mesmo como uma marca, são marcas de prestígio (p. ex. *Star Wars*, *Patrulha Pata*, *Simpsons*, *Minions*, *Ruca*, *Blaze and the Monster Machines*, entre outras), utilizadas em diversos setores de atividade, pelo que os titulares dos direitos sobre a marca celebram inúmeros contratos de licença de utilização da marca nos mais variados setores de mercado, sendo que estando a proteção das marcas de prestígio isentas do princípio da especialidade, a sua proteção será mais abrangente⁷⁴⁶. Os titulares de direitos das marcas de prestígio têm à sua disposição importantes regras legais de salvaguarda, nomeadamente, o artigo 242.º do CPI que lhes permite impedir o registo por terceiros de marca idêntica, mesmo para produtos ou serviços diferentes dos seus. Além disso poderão os titulares das marcas de prestígio, igualmente solicitar a anulação do registo dessa nova marca nos termos do artigo 266.º n.1 al. a) desde que a sua marca esteja previamente registada ou que esteja requerido o registo para os produtos ou serviços que lhes deram prestígio. Caso a marca de prestígio seja utilizada sem autorização

⁷⁴⁴ A Convenção da União de Paris (CUP) foi assinada em 1883 e é um acordo internacional para a proteção da Propriedade Industrial, tendo atualmente 173 países signatários. O seu artigo 5.º obriga à proteção das marcas notoriamente conhecidas por todos os países signatários, sendo o artigo 241.º do nosso CPI uma consequência direta do acordado no âmbito da CUP.

⁷⁴⁵ Neste sentido LUÍS COUTO GONÇALVES in *Manual de Direito Industrial e Concorrência Desleal*, 5.ª Edição Revista e Atualizada, Almedina, Braga, 2014, pp. 301-316.

⁷⁴⁶ Apesar dessa abrangência que aqui reconhecemos, existe um pequeno *handicap* de proteção no nosso Código de Propriedade Industrial. Como bem refere LUÍS COUTO GONÇALVES in *Manual de Direito Industrial*, 6.ª Edição Revista e Atualizada, Almedina, Coimbra, 2015, pp.310-312, *apesar de existir uma proteção da marca tanto na sua origem como o seu merchandising para a afetação da mesma, a uma atividade secundária para produtos ou serviços diferentes, à qual se chama direito de proteção ultramerceológico, no qual se permite ao titular da marca de prestígio proibir terceiros de fazer uso da sua marca, mesmo para produtos diferentes, o nosso ordenamento jurídico apenas permite o registo prévio para os produtos e serviços em relação aos quais o titular da marca de prestígio quer negociar a marca, estamos por isso perante um direito negativo de proteção ultramerceológico*. No fundo este direito vai além do princípio da especialidade, nas marcas de prestígio. Neste sentido MARIA MIGUEL ROCHA MORAIS in *Merchandising de Marcas A comercialização do valor sugestivo das marcas*, Almedina, Coimbra, 2003, pp.253-322.

dos seus titulares, estes têm a faculdade de agir contra os infratores acusando-os pelos crimes de contrafação, imitação e uso ilegal da marca, nos termos do artigo 323.º al. e) do CPI, pelo prejuízo causado à marca em si mesma e pelo aproveitamento indevido do seu nome para obter lucros acrescidos. No âmbito das obras audiovisuais a transmissão definitiva da marca, não é um processo muito simples. Isto porque este tipo de transmissão implica um não uso definitivo da marca em termos de propriedade industrial, sendo que essas transmissões deverão ser feitas por valores manifestamente elevados de modo a garantir uma compensação pela impossibilidade de utilização definitiva em todas as variadíssimas possibilidades de utilização dessas marcas. Ademais, a utilização do título ou das personagens da obra alvo da marca teriam que continuar a ser utilizadas em sede de direitos de autor para publicitar a obra em si mesma e para que a obra pudesse ser utilizada para o fim que foi criada, ou seja, para ser uma criação intelectual com vista ao entretenimento dos seus espetadores. Por isso mesmo o mais comum, em sede de marcas derivadas de obras audiovisuais, é encontrarmos não verdadeiras transmissões da marca, mas, sim contratos de *merchandising* ou licenças de utilização temporária da marca⁷⁴⁷.

b) Character *merchandising*

O *character merchandising* surge pela primeira vez nos Estados Unidos da América em 1930 nos Estúdios da Walt Disney na Califórnia. Nessa altura, quando surgiram as primeiras obras com as personagens de Mickey Mouse, Minnie e Donald, foi criado um departamento especializado na exploração comercial secundária das personagens que surpreendentemente geraram uma enorme receita obtida pelo licenciamento para fabrico e distribuição em massa de produtos de baixo custo, com estas personagens. Esta foi a primeira forma conhecida do *character merchandising*⁷⁴⁸. Nos Estados Unidos da América o *character merchandising* tem a sua raiz de proteção no direito da publicidade, ao contrário do que sucede na Europa cuja proteção se faz pelos direitos de autor e pela propriedade industrial. Tal acontece nos países europeus dada a

⁷⁴⁷ Neste sentido ALBERTO J. MARTIN MUÑOZ in *El Merchandising, Contrato de Reclamo Mercantil*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1999, pp.41-208.

⁷⁴⁸ Vide EMIL STOYANOV EDISSONOV in “Merchandising de personajes audiovisuales de ficción: hacer negocios de los Jedi, Bart Simpson y Pocoyó”, *Master IP&IT ESADE, Barcelona, 2010-2011*.

necessidade de flexibilidade jurídica de proteção que o *character merchandising* exige dada a sua especialidade⁷⁴⁹.

Como exemplos deste tipo de *merchandising*, que é um dos mais comuns nas obras audiovisuais e que ainda hoje têm sucesso, trespassando inúmeras gerações, temos o *Homem Aranha (Spider man)*, *Batman* e *Superman*.

A fim de distinguirmos convenientemente o *character merchandising* do *personality merchandising*, deveríamos falar em *fictional character merchandising*, já que este tipo de *merchandising* se dedica a proteger apenas as personagens de ficção, sejam elas humanas ou não humanas⁷⁵⁰.

O *character merchandising* deriva da proteção autónoma de uma personagem de determinada obra audiovisual que pelo seu sucesso enquanto parte da obra, se tornou ela própria numa marca, objeto de proteção pelo Direito de Propriedade Industrial. A personagem em si mesmo pode ser explorada de forma secundária como uma marca geradora de “direitos de merchandising”. Estas personagens de sucesso ganham vida para lá da obra audiovisual, sendo também objeto de proteção como obras artísticas. Porém a sua utilização tem sempre que ser autorizada pelos titulares dos direitos de autor, sob pena de existir crime de usurpação⁷⁵¹.

Convém, neste âmbito, definir o que é uma personagem de modo a percebermos na sua essência sobre o que incide o *character merchandising*. A personagem deve ser entendida como a figura que abarca um determinado número de qualidades que o público pretende ver reunidas num indivíduo de um determinado estilo⁷⁵². Todos os elementos da personagem são valorizados

⁷⁴⁹ Neste sentido JOSEPH STRAUSS, “Current Issues in Intellectual Property, Copyright of Universities – Character Merchandising – GATT TRIP’S” in *Proceedings of the Annual Conference of The International Association for the Advancement of Teaching and Research in Intellectual Property, ATRIP, Ljubljana, July 11-13, 1994*, Eslovenia, Slovenian Intellectual Property Office, 1995, pp.84-113.

⁷⁵⁰ Neste sentido ILARIA MAGNI in *Merchandising e Sponsorizzazione Nuovi Contratti per lo Sfruttamento e la Promozione dell’image*, CEDAM, Padova, 2002, pp.3-81 e MARIA MIGUEL ROCHA MORAIS in *Merchandising de Marcas (A comercialização do valor sugestivo das marcas)*, Almedina, Braga, 2003, pp.31-198.

⁷⁵¹ Neste sentido vide o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça Processo de Revista n.º592/99 de 07/07/1999, 1.ª Secção, Fernando Magalhães (Relator) e Tomé de Carvalho Silva Paixão disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/jurel/stj_busca_processo.php?buscaprocesso=&seccao=.%AA%20SEC%C7%C3O&ficha=2301&pagina=&exacta= e consultado em 31/10/2016, no qual se condena o Réu por se ter “metido na pele de Asterix”, recriando a personagem “mas sem lhe alterar qualquer elemento de marca distinto de Alberto Uderzo”. Considerou por isso o Supremo Tribunal de Justiça que “Há assim um claro aproveitamento do que foi criado por Albert Uderzo, ou seja, do que tem de essencial a sua obra, as Aventuras de Asterix”.

⁷⁵² Neste sentido vide SUSANA NAVAS NAVARRO in *Contrato de Merchandising y Propiedad Intelectual*, Colección de Propiedad Intelectual, Reus, Madrid, 2001, pp.50-165.

desde o seu aspeto, o papel que desempenham na obra audiovisual, a sua voz, as suas expressões, os seus interesses, a personalidade da personagem de ficção, as roupas que envergam e as cores a elas associadas, Ou seja todos estes elementos permitirão, no seu conjunto, que a personagem adquira qualidades físicas e psicológicas distintivas, que lhes foram atribuídas pelos coautores da obra audiovisual de onde derivam⁷⁵³.

A utilização do nome da personagem se for um nome criativo que pela sua originalidade, permita individualizar uma personagem como marca, também é um elemento protegível a título de *character merchandising*. Embora não seja um elemento separável da personagem em si mesma, estará sempre associado às características da personagem. A este propósito o Tribunal de Torino em 28 de março de 1990⁷⁵⁴ acerca do nome da personagem “Pantera Cor de Rosa”, retrata, o que acabamos de expor, ao considerar que o nome em questão estará sempre associado à mítica personagem de animação “*de trato psicológico inofensivo com uma figura doce*”, pelo que a utilização não autorizada do nome “Pantera Cor de Rosa” é uma utilização indevida do *character merchandising* que prejudica os direitos dos titulares da marca. Isto, não obstante, o infrator referir que se baseou no animal real pantera rosa na sua utilização e não na personagem da obra audiovisual de animação. O tribunal Italiano baseou a sua posição no fato de a personagem em causa ter um caráter criativo, cuja originalidade e novidade são sobejamente conhecidas do senso comum, caráter esse que está intrinsecamente relacionado com o seu nome tão singular, que por si só é um elemento caracterizador da sua originalidade, podendo também ser protegida autónomamente enquanto obra de design⁷⁵⁵. Apesar disso o caso supra descrito constitui uma exceção. Regra geral, o nome da personagem, embora contribua para o sucesso da

⁷⁵³ Neste sentido vide SUSANA NAVAS NAVARRO in *Contrato de Merchandising y Propiedad Intelectual*, Colección de Propiedad Intelectual, Reus, Madrid, 2001, pp.50-165.

⁷⁵⁴ Vide Impresa Tribunal Torino 28/03/1990, 2150.

⁷⁵⁵ Neste sentido vide artigo 25.º do CDADC e ILARIA MAGNI in *Merchandising e Sponsorizzazione Nuovi Contratti per lo Sfruttamento e la Promozione dell'immagine*, CEDAM, Padova, 2002, pp.3-81.

Neste âmbito, devemos também salientar que a voz de uma personagem, por si só, não é protegível no âmbito do *merchandising*. Apesar da influência que a voz pode ter na personagem, nada obsta que a mesma voz possa ser utilizada noutra personagem, aliás tal fato é comum por exemplo nas obras televisivas de animação. Porém as expressões pronunciadas a miude pelas personagens já serão alvo de proteção autónoma no campo do *character merchandising*. Neste sentido vide parecer da WIPO, Reuben Stone *Copyright protection for titles, character names and catch – frases in the film and television industry*, 1996, Vol.7 No 5 p.178-187 disponível em <http://www.wipo.int/portal/en/index.html> consultado em 23 de janeiro de 2017.

personagem enquanto marca, não poderá ser protegido, apesar da associação inequívoca do nome à personagem, a maioria dos nomes das personagens das obras audiovisuais são retirados da sociedade em que vivemos, e como tal nomes banais, sendo que nesses casos, não são passíveis de ser protegidas enquanto obras intelectuais. No entanto a utilização indevida do nome das personagens apesar da sua não proteção legal expressa pode ser usada por terceiros, confundindo os consumidores de determinados produtos, podendo existir um aproveitamento da reputação de marca alheia. Entendemos que esse ato doloso em circunstâncias concretas pode e deve ser considerado como um ato de concorrência desleal⁷⁵⁶.

Estas personagens adquirem uma forma “ultra humana”, não obstante serem muitas vezes animais. Nas obras audiovisuais de animação a maioria das personagens são animais. Veja-se o caso de *Paw Patrol* (Patrulha Pata). Quase todas as personagens de destaque desta série televisiva de animação, de estrondoso sucesso no âmbito do *character merchandising*, são cães. *Sky, Marshall, Zuma, Ruble, Chase, Rocky e Everest*, são os cães heróis comandados por *Rider* um menino de 10 anos que lidera as mais variadas operações de salvamento. No *character merchandising* as personagens são muitas vezes objeto de melhorias estéticas, de modo a aumentar os lucros do *character merchandising*. Voltando ao nosso exemplo *Chase*, o cão polícia da série de animação infantil referida, apesar de ser alegadamente o cão líder da série, estando associado a um grande número de produtos de *merchandising*, quando comparado com as demais personagens da série, não era o mais apelativo para os pequenos consumidores. Assim sendo a *Nickelodeon*, detentora dos direitos de autor da referida obra e dos direitos de autor das marcas derivadas da obra, mudou e melhorou a imagem estética da personagem, relativamente à cor das suas roupas e formato do seu chapéu, conforme se pode verificar nas imagens seguintes.

⁷⁵⁶ Neste sentido vide parecer da WIPO, Reuben Stone *Copyright protection for titles, character names and catch – frases in the film and television industry*, 1996, Vol.7 No 5 p.178-187 disponível em <http://www.wipo.int/portal/en/index.html> consultado em 23 de janeiro de 2017.



1ª Personagem antes da mudança de imagem⁷⁵⁷



2ª Personagem após a mudança de imagem⁷⁵⁸

A alteração dos acessórios da personagem, substituindo um megafone por uma tirolesa e uma rede, são mudanças que lhe proporcionam atualmente um maior número de vendas dos produtos onde está a imagem da personagem⁷⁵⁹, bem como um maior sucesso comercial.

O fato de as personagens usadas no *character merchandising* serem personagens queridas do grande público na obra audiovisual, faz com que sejam atrativas em termos comerciais, já que os consumidores ao vislumbrar objetos nos quais estão inseridas essas personagens vivenciam diferentes sensações positivas que os vão compelir inconscientemente a comprar esses objetos em detrimento de outros, e nisso reside o objetivo principal do *character merchandising*. As personagens alvo de *character merchandising* podem ser de três tipos: humanas, plásticas e dentro deste tipo podemos ainda considerar as personagens gráficas, as tridimensionais e as personagens virtuais. As personagens humanas, são aquelas que implicam um poder de abstração por parte do público que tem de fazer uma representação mental da personagem. Normalmente as personagens humanas aparecem mais ligadas ao *personality merchandising* do que ao *character merchandising*, sendo mais rara a sua utilização neste tipo de merchandising⁷⁶⁰. Dentro das personagens plásticas temos as personagens gráficas, nas quais a personalidade das mesmas emana do desenho criado pelos seus coautores. Estas personagens

⁷⁵⁷ Imagem disponível em <http://paw-patrol.wikia.com/wiki/Chase/Gallery>.

⁷⁵⁸ Imagem disponível em [http://pawpatrol.wikia.com/wiki/File:Skye_\(Chase_seems_very_eager\).png](http://pawpatrol.wikia.com/wiki/File:Skye_(Chase_seems_very_eager).png).

⁷⁵⁹ Além da venda de outros produtos, nos quais se incluem os novos acessórios usados pela personagem.

⁷⁶⁰ Cfr. como exemplo de *character merchandising* de personagens humanas a personagem icônica de Mr Bean representada por Rowan Atkinson.

também são conhecidas por *trade characters*; aqui o público apreende a sua personalidade sem ter que fazer qualquer representação mental. Estas são as personagens mais utilizadas no âmbito do *character merchandising*. Neste tipo de personagens plásticas encontramos ainda as personagens tridimensionais que implicam que as personagens gráficas de 2 dimensões se transformem em personagens tridimensionais, no intuito de as tornar mais atrativas para os consumidores. Dentro dos tipos de personagens temos ainda as personagens virtuais que são criadas a partir de um programa de animação de um computador. Dada a relevância autónoma que as personagens das obras audiovisuais de renome adquirem, falar de *character merchandising* é falar tanto de *merchandising* de personagens fictícias como de *merchandising* de marca⁷⁶¹. Isto porque apesar da ligação umbilical que a personagem tem com a obra que lhe deu origem ela pode ser comercializada como um “símbolo” de forma independente pelos seus coautores, à semelhança do que acontece com as músicas que integram a obra audiovisual e que foram expressamente criadas para aquela obra em concreto, não obstante a mesma poder ser explorada em separado, existirá sempre uma ligação causal⁷⁶² que não pode ser esquecida no âmbito de proteção pelo direito de autor. Porém, no caso das personagens e do *character merchandising* elas serão exploradas para além do seu destino principal, como uma marca protegida pela propriedade industrial. Assim sendo a sua proteção deverá estar assegurada pelo direito das marcas como pelo direito de autor. O direito de autor não tem uma previsão específica que proteja em concreto as personagens fictícias pelo que a melhor forma de as proteger, seria aplicar por analogia a norma que protege os títulos das

⁷⁶¹ Neste sentido SUSANA NAVAS NAVARRO in *Contrato de Merchandising y Propiedad Intelectual*, Colección de Propiedad Intelectual, Reus, Madrid, 2001, pp.50-165.

⁷⁶² A este propósito devemos salientar o exemplo da personagem de Sherlock Holmes. Um tribunal Alemão considerou que a personagem não tem valor simbólico autónomo na medida em que foi o seu método de investigação que tornou a personagem popular, mas como os seus coautores podem ter-se inspirado em obras anteriores que usassem métodos semelhantes para criar a personagem, o que não lhe permite uma vida para lá da obra audiovisual em que foi criada, já que a sua autonomização depende de outros elementos de personalidade ou de estilo que a individualizem. Contudo entende-se que a utilização da personagem numa comédia sem autorização dos seus coautores seria ilícita entendendo-se que essa utilização seria um ato de concorrência desleal. Neste sentido vide SUSANA NAVAS NAVARRO in *Contrato de Merchandising y Propiedad Intelectual*, Colección de Propiedad Intelectual, Reus, Madrid, 2001, pp.50-165

obras, de modo a que as personagens possam ser protegidas à luz do artigo 4.º do CDADC⁷⁶³.

O *character merchandising* mais do que permitir a utilização de personagens de sucesso e a sua imagem em inúmeros objetos, permite também a promoção de determinadas mercadorias por associação a essa imagem da personagem da obra audiovisual⁷⁶⁴. Este tipo de utilização é também protegida pelo direito de autor já que este inclui todas as formas possíveis de exploração da obra nos termos do artigo 68.º do CDADC. No fundo o *character merchandising* possibilita a celebração de dois tipos de contratos: um contrato mais clássico no qual existe uma licença para utilizar uma personagem de uma obra audiovisual num produto, ou um contrato em que uma personagem promove um determinado produto por associação ao mesmo⁷⁶⁵.

O *character merchandising* segundo ALEXANDRE DIAS PEREIRA⁷⁶⁶ em sentido mais amplo pode também ser feito pela utilização de uma personagem de uma obra audiovisual numa outra obra, por exemplo, num jogo de computador⁷⁶⁷, porque existe um “aproveitamento do valor comercial das figuras como mercadoria em si”, quer seja ou não explorada pelo mesmo produtor.

O *character merchandising* é tutelado pela propriedade industrial porque incide sobre personagens de ficção. Porém, quando o objeto a licenciar recai sobre uma personagem como *James Bond* estamos perante um *merchandising* de imagem no qual é complicado saber se o objeto do *merchandising* é a personagem ou o artista que a interpreta. No *character merchandising* mais do que as personagens poderão e deverão proteger-se as suas características

⁷⁶³ No mesmo sentido SUSANA NAVAS NAVARRO in *Contrato de Merchandising y Propiedad Intelectual*, Colección de Propiedad Intelectual, Reus, Madrid, 2001, pp.150ss.

⁷⁶⁴ Entre nós temos por exemplo as bolachas maria da marca “Vieira de Castro” em *packs* individuais, utilizam a imagem da personagem infantil “Ruca”, e são conhecidas pelos seus consumidores como “as bolachas do Ruca”. “Caillou” ou “Ruca” em Portugal é uma série de animação infantil com 267 episódios criada no Canadá em 1997 por Christine L’Heureux e Hélène Desputeaux.

⁷⁶⁵ Neste sentido JEAN – CLAUDE JOURET in *Tintin et le Merchandising Une Gestion Strategique des Droits Derives*, Editions du Cercle de la Librairie, Paris, 1991, pp.15-76.

⁷⁶⁶ Vide ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA, “Merchandising e Propriedade Intelectual: sobre a exploração mercantil de personagens protegidas pelo Direito de Autor” in *RPI n.º 20*, Coimbra, 1999/2000 pp 14-15.

⁷⁶⁷ Um bom exemplo deste tipo de aproveitamento está retratado na série televisiva infantil “Dora a exploradora”, série americana com 172 episódios criada por Chris Gifford, Valerie Walsh e Eric Weiner em 1999 e produzida pela Nickelodeon Animation Studios, cuja personagem principal “Dora” foi utilizada em inúmeros jogos de computador, sendo que alguns deles produzidos também pela Nickelodeon Animation, estão disponíveis na *internet online*.

físicas, roupa e sua personalidade, quanto maior a sua originalidade, maior será a sua proteção⁷⁶⁸.

O que distingue o *character merchandising* de figuras jurídicas como o patrocínio ou o *franchising*, é o fato de as personagens das obras audiovisuais que são associadas à venda de variadíssimos objetos na utilização secundária, serem protegidas de raiz e autonomamente pelo direito de autor⁷⁶⁹.

c) Personality merchandising

Este é o tipo mais raro de *merchandising* ligado à obra audiovisual já que está associado aos direitos de personalidade relacionados com a aparência/imagem ou nome de intérpretes reais da obra audiovisual, independentemente do nome da obra ou das suas personagens⁷⁷⁰. No fundo usa-se, a imagem, o nome ou a voz do intérprete, já famoso e admirado enquanto personalidade de reconhecido mérito e por isso mesmo dotado de um grande poder publicitário, a qual se associa a produtos muito distantes do direito usado e explorado⁷⁷¹. Este tipo de *merchandising* utiliza normalmente uma determinada “cena/take” de uma obra audiovisual de renome na qual aparece o intérprete em questão, para promover um determinado produto ou serviço e é fruto de uma “*crescente patrimonialização da imagem*”⁷⁷².

A primeira manifestação conhecida do personality merchandising remonta ao início do século XX, no qual o Presidente dos Estados Unidos Theodore Roosevelt “emprestou” o seu diminutivo “*Teddy*” para vender ursos de peluche, daí a expressão ainda hoje conhecida “*teddy bear*”. O presidente dos Estados Unidos deverá ter sido uma das primeiras pessoas de reconhecida fama e notoriedade a ter o seu nome explorado de acordo com o que hoje conhecemos como *personality merchandising*. Porém, no âmbito concreto das obras audiovisuais, exemplos desta modalidade de merchandising são mais

⁷⁶⁸ Neste sentido EMIL STOYANOV EDISSONOV in “Merchandising de personajes audiovisuales de ficción: hacer negocios de los Jedi, Bart Simpson y Pocoyó”, *Master IP&IT ESADE, Barcelona, 2010-2011*.

⁷⁶⁹ Cfr. ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA, “Merchandising e Propriedade Intelectual: sobre a exploração mercantil de personagens protegidas pelo Direito de Autor” in *RPI n.º 20 Coimbra, 1999/2000* pp14-15.

⁷⁷⁰ Neste sentido LUÍS COUTO GONÇALVES in *Manual de Direito Industrial*, 6.ª Edição Revista e Atualizada, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 301-316.

⁷⁷¹ Neste sentido SUSANA NAVAS NAVARRO in *Contrato de Merchandising y Propiedad Intelectual*, Colección de Propiedad Intelectual, Reus, Madrid, 2001, pp.50-165.

⁷⁷² Cfr. M. Teresa Franquet Sugrañes in *El Contrato de Personality Merchandising*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, cit. pp.366.

escassos, mas basta pensarmos em *Charlie Chaplin* ou em *Cantinflas* para encontrarmos dois bons exemplos desta definição⁷⁷³.

No que toca às obras audiovisuais, o *personality merchandising*, além do direito de imagem do próprio intérprete, aproveita muitas vezes, como bem refere SUSANA NAVAS NAVARRO⁷⁷⁴ “o direito à imagem cénica”, dado que ao intérprete é dada alguma “*liberdade para criar um estilo próprio, único e irrepetível*”, que legitimam o sucesso da personagem dado o cunho pessoal dado pelo ator que encarna a personagem⁷⁷⁵. No *personality merchandising* existe um direito de exploração exclusiva da própria imagem com fins comerciais que tem como titular dos direitos o próprio intérprete.

O *personalty merchandising* permite de forma assertiva colocar um novo produto no mercado, ou aumentar as vendas de um produto já introduzido no comércio. Por outro lado, este tipo de *merchandising* confere também uma maior visibilidade e fama à personalidade famosa, no nosso caso, ao intérprete, que “dá a cara” pelo produto. Muitas vezes os intérpretes exploram o lado comercial da sua imagem no intuito de maximizar os seus proventos de uma carreira profissional que na maioria dos casos, quando comparada com as demais, é curta⁷⁷⁶. O *personality merchandising* tem normalmente a imagem do intérprete. Porém, pode abranger qualquer forma de identificação pessoal da pessoa física, como a sua voz, o seu nome, a sua personalidade ou até mesmo a sua caricatura⁷⁷⁷, quando a sua imagem for nela reconhecida. Existe aqui um direito autónomo da figura geral da pessoa física, no qual se inclui a voz⁷⁷⁸, o nome e a personalidade no conceito de imagem⁷⁷⁹. Entendemos que este tipo de *merchandising* só é compatível com as pessoas físicas, excluindo

⁷⁷³ Neste sentido SUSANA NAVAS NAVARRO in *Contrato de Merchandising y Propiedad Intelectual*, Colección de Propiedad Intelectual, Reus, Madrid, 2001, pp.50-165.

⁷⁷⁴ In *Contrato de Merchandising y Propiedad Intelectual*, Colección de Propiedad Intelectual, Reus, Madrid, 2001, pp.114.

⁷⁷⁵ Diferente será se ao intérprete não for dada qualquer liberdade de interpretação e o realizador lhe der ordens expressas e taxativas acerca da forma de representação da personagem. Nestes casos esse “*direito à imagem cénica*”, inexistente.

⁷⁷⁶ Neste sentido M. TERESA FRANQUET SUGRAÑES in *El Contrato de Personality Merchandising*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 55-114.

⁷⁷⁷ Devemos ter em conta que nos casos de utilização de uma caricatura numa paródia tal situação não configura um caso de *personality merchandising*.

⁷⁷⁸ Hoje em dia é fácil por exemplo, um brinquedo, incluir a voz de uma pessoa publicamente reconhecida também pela sua voz e estarmos perante um caso de *personality merchandising*, o que prova que este tipo de *merchandising* é mais do que a utilização da imagem de uma pessoa famosa.

⁷⁷⁹ Neste sentido M. TERESA FRANQUET SUGRAÑES in *El Contrato de Personality Merchandising*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp.235-446.

deste conceito as pessoas coletivas, já que o direito de imagem destas deverá ser tratado como marca, através do *corporate merchandising* e não através do *personality merchandising*⁷⁸⁰.

No fundo, o *personality merchandising* faz uma assimilação do direito autónomo da figura geral da pessoa física, na imagem do intérprete, porém essa absorção do direito de imagem tem de ser parcial, já que o direito de imagem é um direito de personalidade e não transacionável na sua essência, podendo apenas existir uma limitação voluntária desse direito nos termos do artigo 81.º do Código Civil. O direito à imagem pode comportar diferentes variantes mesmo para as pessoas que gozem de grande notoriedade⁷⁸¹. Entre essas variantes temos o direito à imagem dentro da intimidade privada e o direito à imagem em lugares públicos. De referir que o direito à imagem relativo à intimidade da vida privada estará sempre salvaguardado até mesmo para quem negoceia a sua imagem através do *personality merchandising*. Este tipo de merchandising só poderá incidir como bem refere ALBERTO J. MARTIN MUÑOZ⁷⁸² sobre “o direito ao valor publicitário e comercial da imagem”. Uma das características que define o *personality merchandising* reside no fato de a imagem da pessoa notoriamente conhecida, no nosso caso do intérprete da obra audiovisual, nunca poder estar associada em exclusividade a um produto ou serviço. Não obstante a natureza autónoma que o direito de imagem adquire no *personality merchandising* o mesmo é inseparável da pessoa física. Convém não esquecer que a utilização da imagem do intérprete será sempre revogável por este, apesar de estar obrigado a indemnizar pelos prejuízos causados nos termos do n.º 2 do artigo 81.º do CC⁷⁸³. Daí se poder afirmar que o direito de imagem tem nestes casos um “duplo conteúdo”⁷⁸⁴.

⁷⁸⁰ Em sentido oposto M. TERESA FRANQUET SUGRAÑES in *El Contrato de Personality Merchandising*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp.235-446.

⁷⁸¹ Vide artigo 79.º n.º 2 do Código Civil.

⁷⁸² In *El Merchandising, Contrato de Reclamo Mercantil*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1999, pp.45.

⁷⁸³ Em sentido oposto MARIA MIGUEL ROCHA MORAIS in *Merchandising de Marcas A comercialização do valor sugestivo das marcas*, Almedina, Coimbra, 2003, pp.56. A autora entende que existe um “consentimento vinculante” dado pelo titular do direito de imagem não podendo revogar a sua utilização nos termos do artigo 81.º n.º 2 do CC, considerando a celebração de um contrato de *personality merchandising* como um limite a esta revogação. Entendemos a questão de modo contrário na medida em que as obrigações contratuais assumidas pelo titular do direito de imagem não podem sobrepor-se ao gozo pleno desse seu direito de personalidade que deve estar acima de qualquer limitação contratual. Porém o titular do direito de imagem fica obrigado a indemnizar o licenciado pelos prejuízos causados com o exercício desse seu direito nos termos do artigo 81.º n.º 2 do CC. Entendemos que quando o titular do direito de imagem revoga a sua utilização, não o fará de forma leviana sob pena de ter que indemnizar

No *personality merchandising* existe uma afetação comercial da imagem, na qual o licenciado está autorizado a utilizá-la pelo ator (licenciante). A imagem surge assim como um direito de personalidade “independente” capaz de transferir direitos económicos para o seu titular⁷⁸⁵.

Porém o intérprete tem o direito a não ver a sua imagem associada a produtos que prejudiquem a sua honra, reputação ou simples decoro, nos termos do artigo 79.º n.º 3 do CC. Daí a necessidade e importância em colocar neste tipo de contratos uma cláusula de garantia de um determinado nível de qualidade nos produtos, suficientemente detalhada, de modo a que, se for infringida permite ao titular dos direitos de imagem, invocar especificamente o chamado *ius prohibendi*⁷⁸⁶. Este tipo de contrato deve ser considerado um contrato de natureza mercantil e não civil, na medida em que a *exploração comercial da imagem* do intérprete está ao serviço da promoção e comercialização de determinados produtos transacionáveis num determinado mercado económico⁷⁸⁷. Além disso o *personality merchandising* mais do que a tutela da propriedade industrial quanto à utilização indevida da imagem de marca, nomeadamente através da concorrência desleal (art.º 317.º do CPI), poderá aproveitar também as regras previstas no código da publicidade para também proteger o direito de imagem do licenciante, nomeadamente o artigo 7.º n.º 2 al. e), o artigo 34.º n.º1 al. a) e o artigo 35.º todos do Código da Publicidade, que proibem a utilização não autorizada da imagem e a aplicação de uma coima e sanções acessórias pela utilização ilegal da mesma⁷⁸⁸.

pelos prejuízos causados que nesta matéria são normalmente muito elevados, o que por si só impedirá a revogação do direito de utilização da sua imagem, de ânimo leve.

⁷⁸⁴ Vide M. TERESA FRANQUET SUGRAÑES in *El Contrato de Personality Merchandising*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp.301.

⁷⁸⁵ Neste sentido JOSEPH STRAUSS, “Current Issues in Intellectual Property, Copyright of Universities – Character Merchandising – GATT TRIP’S” in *Proceedings of the Annual Conference of The International Association for the Advancement of Teaching and Research in Intellectual Property, ATRIP, Ljubljana, July 11-13, 1994*, Eslovenia, Slovenian Intellectual Property Office, 1995, pp.84-113.

⁷⁸⁶ Neste sentido M. TERESA FRANQUET SUGRAÑES in *El Contrato de Personality Merchandising*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp.174-191.

⁷⁸⁷ Neste sentido M. TERESA FRANQUET SUGRAÑES in *El Contrato de Personality Merchandising*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp.235-446 e MARIA MIGUEL ROCHA MORAIS in *Merchandising de Marcas A comercialização do valor sugestivo das marcas*, Almedina, Coimbra, 2003, pp.31-198.

⁷⁸⁸ Apesar de não partilharmos da ideia dos países da *Common Law* de que o *personality merchandising* é protegido única e exclusivamente pelo *right of publicity*, não nos choca lançar mão destas normas do código da publicidade para ser mais um elemento dissuasor para impedir a utilização ilegal da imagem no âmbito do *personality merchandising*. Neste sentido MARIA MIGUEL ROCHA MORAIS in *Merchandising de Marcas A comercialização do valor sugestivo das marcas*, Almedina, Coimbra, 2003, pp.31-198.

O *personality merchandising* levanta-nos outro problema jurídico relacionado com a sua transmissão *mortis causa*. Entendemos que o *direito de valor publicitário e comercial da imagem* só pode ser transmitido em termos de *personality merchandising* se o intérprete, *de cujus*, se manifestar contratualmente nesse sentido, caso contrário não poderá existir transmissão e valerão as regras previstas no artigo 79.º n.º1 do CC. Se hipoteticamente o intérprete falecido tiver designado contratualmente essa transmissão *mortis causa*, teremos o problema acrescido de saber qual o prazo de proteção dessa transmissão do direito de imagem a título do contrato de *personality merchandising* com efeitos *post mortem*. Parece-nos que a solução mais simples seria aplicar, por analogia e com as necessárias adaptações, as regras do artigo 183.º do CDADC e considerar esse direito de imagem protegido por 50 anos após a morte do intérprete⁷⁸⁹.

Diferente será nos casos em que a personagem e o intérprete se confundem. Estas situações surgem quando pelas suas características próprias o público não consegue separar a personagem e as suas características do próprio intérprete. Esta confusão entre a ficção e a realidade no âmbito do *personality merchandising* é apelidado pela generalidade da doutrina como “*Image merchandising*”⁷⁹⁰. Neste caso existindo uma marca registada associada à personagem da obra audiovisual em questão e a mesma ser popular também pelo fato de o intérprete que lhe dá vida ser um ator de renome, aqui deverá existir uma repartição de direitos relativos ao *character merchandising*, a favor dos coautores da obra e ao *personality merchandising* a favor do intérprete⁷⁹¹.

Parágrafo V - Merchandising vs publicidade

Por muito que se queira distinguir a publicidade do *merchandising*, certo é que em alguns casos ambos andam de mãos dadas e são inevitavelmente indissociáveis.

⁷⁸⁹ Neste sentido ALBERTO J. MARTIN MUÑOZ in *El Merchandising, Contrato de Reclamo Mercantil*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1999, pp.41-208.

⁷⁹⁰ Neste sentido M. TERESA FRANQUET SUGRAÑES in *El Contrato de Personality Merchandising*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp.174-191.

⁷⁹¹ Também aqui não podemos deixar de referir que enquanto o prazo de proteção dos direitos dos intérpretes é de até 50 anos após a data da primeira comunicação pública da sua prestação, nos termos do artigo 183.º do CDADC, a proteção das personagens enquanto marca protegida ao abrigo do *character merchandising*, pode ser indefinidamente protegida desde que se renove o registo da marca de 10 em 10 anos nos termos do artigo 255.º do CPI.

Apesar de já termos referido no parágrafo III que reconhecermos a ajuda que a publicidade dá no aumento das vendas dos produtos detentores de determinadas marcas derivadas de obras audiovisuais, os conceitos são diferentes. A publicidade pode ser definida como um meio comunicacional que tem em vista a promoção positiva, realizada de modo direto ou indireto, *através dos media*, de um determinado produto ou serviço, para aumentar a sua venda⁷⁹². A publicidade distingue-se do *merchandising* porque é feita por um sujeito que pretende aumentar a venda de um produto ou serviço, assumindo unilateralmente esse ónus. Por sua vez o *merchandising* tem como objetivo que os consumidores reconheçam o produto pela sua diferença que lhe é conferida pela marca que acrescenta valor ao produto⁷⁹³. O *merchandising* implica também a existência de um contrato para comercialização de um produto por um licenciado, usando a marca de um licenciante. O ponto comum entre a publicidade e o contrato de *merchandising* reside no fato de ambos visarem atingir de formas próprias e distintas os objetivos do marketing⁷⁹⁴ e de se aplicarem a ambos as regras da concorrência desleal⁷⁹⁵.

Porém, a publicidade inserida nas obras audiovisuais pode ser também uma forma de *merchandising* por associação. Não obstante o fato de a grande preocupação daqueles que defendem os direitos de autor ser a necessidade de o público identificar numa obra audiovisual a publicidade como tal, no meio do marketing e da publicidade o pensamento é o inverso, ou seja, entende-se que a boa publicidade é aquela que chega ao público através da visualização da obra audiovisual, sem que este se aperceba que está a ser alvo de uma campanha publicitária, ou seja existe um incentivo extremo à prática da publicidade subliminar, tão nociva para a liberdade de criação dos coautores da obra. Este tipo de publicidade assemelha-se ao *branding sensorial* no qual se

⁷⁹²Neste sentido ALBERTO J. MARTIN MUÑOZ in *El Merchandising, Contrato de Reclamo Mercantil*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1999, pp.124 e M. TERESA FRANQUET SUGRAÑES in *El Contrato de Personality Merchandising*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp.55-114.

⁷⁹³ Neste sentido M. TERESA FRANQUET SUGRAÑES in *El Contrato de Personality Merchandising*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp-55-114.

⁷⁹⁴ O marketing enquanto disciplina trabalha com quatro elementos essenciais, a saber, o produto, o preço, o lugar ou distribuição e a promoção dos produtos ou serviços. Enquanto a promoção dos produtos é trabalhada pela publicidade, o produto em si é trabalhado pelo *merchandising* que influencia a perceção qualitativa que os consumidores têm de determinado produto. Neste sentido M. TERESA FRANQUET SUGRAÑES in *El Contrato de Personality Merchandising*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp-55-114.

⁷⁹⁵Neste sentido vide ALBERTO J. MARTIN MUÑOZ in *El Merchandising, Contrato de Reclamo Mercantil*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1999, p.41-206 e M. TERESA FRANQUET SUGRAÑES in *El Contrato de Personality Merchandising*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp-55-114.

estimulam os sentidos dos consumidores de modo a obter a atenção das pessoas, manipulando as suas consciências de forma impercetível, levando-as ao consumo de um determinado produto específico⁷⁹⁶⁷⁹⁷.

Assistimos hoje em dia a uma “comercialização tipificada” em que a obra audiovisual é usada como um meio publicitário, o que afeta a propriedade intelectual e o enredo da obra manipulando o processo criativo da mesma. O público deste tipo de obra é encarado como uma fonte de consumo e não como espetador de uma obra de entretenimento. Olhando para exemplos concretos deste tipo de publicidade e de merchandising por associação, podemos encontrá-los com facilidade nas telenovelas brasileiras como “Avenida Brasil”⁷⁹⁸, onde a marca de meias “Lupo” aparece estampada na camisola dos futebolistas do “Divino Futebol Clube” e do seu craque “Tufão”, a personagem interpretada por Cauã Raymond que aparece em inúmeras cenas a calçar e descalçar as meias no balneário do clube, bem como são feitos inúmeros *takes* ao longo de toda a obra em que se evidencia a camisola do futebolista, com particular destaque para a referida marca de meias. Na mesma telenovela, as personagens “Nina”, interpretada por Deborah Falabella e “Carminha”, interpretada por Adriana Esteves, usaram bijuteria e roupas que se tornaram fenómenos de venda no Brasil, pelo simples facto de serem usadas por aquelas personagens.

Em “Cheias de Charme”⁷⁹⁹, Shayenne, personagem interpretada por Cláudia Abreu, usava um colar com uma cobra que foi vendido no Brasil com um estrondoso sucesso como o “colar da Shayenne”. Na mesma telenovela o Banco “Itaú” montou uma caixa multibanco no morro do alemão no Rio de Janeiro, no qual a entrada e saída de personagens é uma constante⁸⁰⁰.

⁷⁹⁶ Hoje em dia, esta manipulação dos sentidos humanos de modo a influenciar agressivamente os consumidores a adquirir determinados produtos vai tão longe, que marcas como os cereais Kellogg`s alocam investimento para afinar o som crocante dos seus cereais, num laboratório holandês, de modo a que estes se distingam dos demais cereais vendidos pelos seus concorrentes.

⁷⁹⁷ Neste sentido LUCAS CONLEY in *Dom – Desorden obsesivo por las marcas*, Ediciones Península, Barcelona, 2010, pp.127-144.

⁷⁹⁸ “Avenida Brasil” é uma telenovela Brasileira de João Emanuel Carneiro, com 179 capítulos, produzida em 2012 pela rede Globo.

⁷⁹⁹ “Cheias de Charme” é uma telenovela Brasileira de Filipe Miguez e Izabel de Oliveira, com 143 episódios, produzida em 2012 pela rede Globo.

⁸⁰⁰ Neste sentido DÉBORA FAJARDO PONTES in “Merchandising – entretenimento e consumo de mãos dadas para fazer sua cabeça”, Universidade Federal de Juíz de Fora/MG, pp.1-16.

Este tipo de publicidade encoberta, faz com que uma grande parte do público deste tipo de obras, que se identifica com as suas personagens por um qualquer motivo, esteja predisposto a aceitar os produtos ou marcas utilizados ou associados a essas personagens, comprando esses produtos, ou produtos dessa marca tornando-os verdadeiros fenómenos de venda. Isto acontece porque uma grande parte das pessoas afetadas por este tipo de publicidade e *merchandising* por associação, mais do que comprar esses produtos desejam concretizar sonhos e assemelhem-se às personagens com as quais se identificam.

Este tipo de produtos manipula os consumidores que de forma inconsciente, estão a ser manipulados na sua liberdade de escolha, de modo encoberto, o que ultrapassa barreiras éticas e atinge mais do que a propriedade intelectual, os direitos dos próprios consumidores.

Nas obras audiovisuais podemos ainda encontrar dois tipos de *merchandising* por associação: o *merchandising* comercial e o *merchandising* social. Como o primeiro pode ser altamente lucrativo em termos monetários para os coautores e intérpretes das personagens de determinadas obras⁸⁰¹, os coautores das obras audiovisuais privilegiam este tipo de *merchandising*, em vez do *merchandising* social. O *merchandising* social caracteriza-se pela inserção na obra audiovisual de temas sociais importantes, e muitas vezes polémicos que afetam a vida da sociedade, como a toxicoddependência, a violência doméstica, o tráfico de seres humanos ou a homossexualidade, para os quais certas personagens funcionam como *opinion makers*. Apesar da mais valia social que o tratamento destas temáticas por determinadas personagens das obras audiovisuais traz para a sociedade, como a mesma não se traduz num lucro financeiro concreto, os coautores das obras audiovisuais, não privilegiam a utilização deste tipo de *merchandising* nas suas obras⁸⁰².

⁸⁰¹ Veja-se o caso da telenovela brasileira “Senhora do Destino”, de Aguinaldo Silva, com 221 episódios, produzida em 2004 pela rede Globo, na qual a sua personagem principal “Maria do Carmo”, interpretada por Susana Vieira, no enredo, dona de uma casa de materiais de construção exibiu inúmeros produtos na sua “loja”, que originaram lucros para os coautores da obra de mais de duzentos mil reais por mês, durante a exibição da obra audiovisual no Brasil, e para a atriz Susana Vieira um acréscimo de mais seiscentos mil reais além do seu ordenado no final da obra.

⁸⁰² Neste sentido DÉBORA FAJARDO PONTES in “Merchandising – entretenimento e consumo de mãos dadas para fazer sua cabeça”, Universidade Federal de Juíz de Fora/MG, pp.1-16.

PARTE IV

Da Natureza Jurídica da Obra Audiovisual

1. Regimes possíveis da obra audiovisual

Após a análise que aqui foi feita sobre as obras audiovisuais, cumpre-nos nesta fase, refletir sobre os seus regimes de proteção. Falamos de regimes no plural, na medida em que as obras audiovisuais, dadas a suas múltiplas manifestações, que põem constantemente o direito à prova, não são passíveis de ser protegidas e enquadráveis apenas e só por uma disciplina jurídica. Existe uma necessidade de proteger as obras audiovisuais de acordo com o regime em que tradicionalmente as conhecemos, bem como através de um regime tecnológico, dadas as ínfimas possibilidades de divulgação ampliada, destas obras, através da *world wide web*⁸⁰³.

No que toca ao regime tradicional de proteção das obras audiovisuais devemos ter em conta a importância da proteção que lhes é conferida a título principal pelo direito de autor e pela propriedade industrial que constituem os pilares jurídicos essenciais à existência da obra. A título acessório as obras audiovisuais serão igualmente protegidas em algumas das suas relações pelo direito civil e pelo direito da publicidade.

Começando pela proteção dada às obras a título principal pelos direitos de autor, podemos referir, de forma muito genérica, que este ramo do direito permite reconhecer a obra audiovisual enquanto produto original e criativo que faz parte da propriedade intelectual dos seus coautores protegendo os direitos destes tanto na sua vertente moral, como na sua vertente patrimonial, constituindo a base jurídica da sua proteção. A propriedade industrial, por sua vez, protege a obra audiovisual e alguns dos seus elementos que são objeto de *merchandising* protegendo-os enquanto marcas associadas à obra em si mesma, fruto da propriedade intelectual dos seus coautores.

Esta proteção conferida pela propriedade industrial é tão importante como aquela que é dada à obra audiovisual pelos direitos de autor na medida em que o *merchandising* associado à obra permite-lhe uma grande visibilidade junto do

⁸⁰³ Neste sentido MARIA MATEO OROBIA in *Derecho de remuneración de autor para la explotación en línea de obras audiovisuales y el sistema español como la mejor alternativa*, Colección Premio António Delgado del Instituto de Derecho de Autor, Comares, Granada, 2015, pp.21-27 e pp.80-83.

público e lucros tão ou mais elevados do que aqueles que a exploração da obra enquanto produto intelectual dá aos seus coautores. No fundo permite-se que se criem relações/vínculos com outras obras ou produtos integrando neles elementos da obra audiovisual, e desta forma permitindo uma exploração paralela da obra através das licenças para a utilização temporária da marca reguladas pelo Código da Propriedade Industrial.

A título acessório⁸⁰⁴, mas não menos importante, o direito civil abarca um conjunto de relações que permitem à própria obra e aos seus coautores uma convivência e relações jurídicas pacíficas com terceiros. Desde logo, a obra audiovisual é passível de ser considerada enquanto objeto do tráfego jurídico, por analogia às coisas corpóreas, como uma coisa móvel, singular e indivisível⁸⁰⁵, nos termos dos artigos 201.º n.º 1, 203.º, 205.º, 206.º n.º 2 e 209.º *a contrario*, do Código Civil. Além disso as relações que se estabelecem entre os coautores com os produtores e com os distribuidores configuram verdadeiros mandatos com representação regulados nos termos do artigo 1178.º do Código Civil. Isto porque ao dar vida à obra para que esta se fixe num qualquer suporte passível de ser visualizada, o produtor não age por conta própria, mas sim seguindo todas as instruções e indicações dos coautores, agindo em nome e por conta dos coautores. Assim como o distribuidor não age por conta própria ao distribuir as obras audiovisuais perante os potenciais clientes, sejam estes canais de televisões, cinemas ou outras entidades. Também no direito dos coautores de se identificarem através de um pseudónimo, esta possibilidade mais do que prevista no artigo 28.º do CDADC, vê o seu regime geral regulado pelo artigo 74.º do Código Civil⁸⁰⁶. Por sua vez o direito da publicidade surge acessoriamente ligado à obra audiovisual, no que diz respeito aos patrocínios da obra, da publicidade nela inserida.

⁸⁰⁴ Consideramos a proteção dada pelo direito civil às obras audiovisuais como acessória, dado o regime subsidiário previsto no artigo 1303.º do Código Civil, uma vez que estes tipos de obras, não são protegidas na sua raiz por este ramo de direito. O direito civil enquadra uma parte importante das relações jurídicas que os coautores da obra estabelecem com terceiros que entram em contato com a obra pelo que a sua importância é inegável.

⁸⁰⁵ Com ressalva dos elementos que se possam autonomizar da obra audiovisual, como é o caso das obras fonográficas nela incorporadas e eventualmente as marcas que possam derivar da obra audiovisual.

⁸⁰⁶ Neste sentido MARIA MATEO OROBIA in *Derecho de remuneración de autor para la explotación en línea de obras audiovisuales y el sistema español como la mejor alternativa*, Colección Premio António Delgado del Instituto de Derecho de Autor, Comares, Granada, 2015, pp.21-27 e pp.80-83.

A proteção das obras audiovisuais através de um regime tecnológico surge da necessidade crescente de obter uma proteção em linha das obras audiovisuais disponibilizadas na *world wide web*. Quando tal acontece devemos ter presente que à proteção dada pelo regime tradicional às obras audiovisuais devemos acrescentar uma proteção que lhe seja conferida através de um regime tecnológico que se adapte às necessidades constantes e mutáveis impostas pela ampla divulgação e difusão da obra. Essa proteção terá obrigatoriamente que passar, por um lado, pela criação de sistemas de encriptação da obra que permitam proteger os direitos dos coautores da obra e de todos aqueles que licitamente a utilizam; criar um direito de remuneração irrenunciável, à semelhança do previsto no ordenamento jurídico Espanhol, e também proposto recentemente pela União Europeia⁸⁰⁷, na medida em que os diferentes esquemas de remuneração e a falta de concertação deste direito afeta negativamente os direitos de autor e, por outro lado, pela proteção de todas as formas de colocação das obras audiovisuais à disposição do público, da forma mais extensa possível, regulando todas as formas de exploração atuais e futuras dando aos seus coautores a liberdade necessária para disporem das suas obras de diferentes e variadas formas, sem que com isso os seus direitos pudessem ser afetados. Esse regime tecnológico deveria definir claramente os conceitos relacionados com a disponibilização massiva das obras audiovisuais e detalhar as medidas tecnológicas a implementar para concretizar essa proteção bem como definir de forma pormenorizada as exceções e limites à proteção de direitos da própria obra e dos seus coautores, bem como deveria definir de igual modo as consequências para a violação desses mesmos direitos⁸⁰⁸.

2. Análise crítica dos direitos de autor das obras audiovisuais no Direito Português

Depois de verificarmos quais as tutelas que as obras audiovisuais, os seus coautores, e os titulares de direitos sobre as obras têm à sua disposição,

⁸⁰⁷ Vide MARIA MATEO OROBIA in *Derecho de remuneración de autor para la explotación en línea de obras audiovisuales y el sistema español como la mejor alternativa*, Colección Premio António Delgado del Instituto de Derecho de Autor, Comares, Granada, 2015, pp.83.

⁸⁰⁸ Neste sentido MARIA MATEO OROBIA in *Derecho de remuneración de autor para la explotación en línea de obras audiovisuales y el sistema español como la mejor alternativa*, Colección Premio António Delgado del Instituto de Derecho de Autor, Comares, Granada, 2015, pp.21-27 e pp.80-83.

vamos agora refletir sobre o tratamento jurídico dado pelo nosso ordenamento jurídico a este tipo de obras tão importantes, no desenvolvimento das sociedades modernas.

Para aprofundarmos o estado atual do tratamento que é dado às obras audiovisuais é necessário conjugar um conjunto de diplomas dispersos, nos quais se incluem o Decreto-Lei 350/1993, de 7 de outubro⁸⁰⁹, a Lei 8/2011, de 11 de abril⁸¹⁰, a Lei 55/2012, de 6 de setembro⁸¹¹ e os seus decretos regulamentares materializados no Decreto-Lei 124/2013, de 30 de agosto e no Decreto-Lei 25/2018 de 24 de abril, o Código dos Direitos de Autor e dos Direitos Conexos⁸¹², a Lei 62/98, de 1 de setembro⁸¹³ o Código Civil⁸¹⁴, a Lei 7/71, de 7 de dezembro⁸¹⁵, o Despacho n.º5564/99 (2.ª Série), de 18 de março⁸¹⁶, o Decreto-lei 39/88, de 6 de fevereiro⁸¹⁷, o Decreto-lei n.º121/2004, de 21 de maio⁸¹⁸, a Lei 26/2015 de 14 de Abril ⁸¹⁹ e o Decreto Regulamentar n.º81/2007, de 30 de julho⁸²⁰ e a Portaria 354/2006, de 11 de Abril⁸²¹, uma vez que o regime jurídico destas obras se encontra disseminado por este vasto conjunto de diplomas legais.

Pensamos que as obras audiovisuais são as obras geradoras de direitos de autor mais “maltratadas” pelo nosso ordenamento jurídico, não obstante a sua relevância sócio-cultural. Desde logo porque se continua em pleno século XXI a

⁸⁰⁹ Entretanto revogado pela Lei 42/2004 de 18 de agosto e pela Lei 55/2012 de 6 de setembro.

⁸¹⁰ Que procede à alteração da lei da televisão e tem por objeto regular o acesso à atividade de televisão e o seu exercício, bem como *a oferta ao público de serviços audiovisuais a pedido, transpondo para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 89/552/CEE, do Conselho, de 3 de outubro, na redação que lhe foi dada pelas Diretivas n 97/36/CE, do Parlamento e do Conselho, de 30 de junho, e n.º 2007/65/CE, do Parlamento e do Conselho, de 11 de dezembro.*

⁸¹¹ Lei essa que estabelece os princípios de ação do estado no quadro de fomento, desenvolvimento e proteção da arte do cinema e das atividades cinematográficas e audiovisuais.

⁸¹² Aprovado pelo Decreto – Lei 63/85, de 14 de março, alterado pela Lei 49/2015, de 5 de junho.

⁸¹³ Lei essa que regulamenta o artigo 82.º do CDADC e que foi igualmente alterada pela Lei 49/2015 de 5 de junho.

⁸¹⁴ Mais concretamente o seu artigo 1303.º.

⁸¹⁵ Lei de bases que estabelece as taxas de distribuição e de exibição dos filmes cinematográficos e telefilmes transmitidos na televisão e que foi revogada pelo DL 350/93 de 7 de outubro.

⁸¹⁶ Despacho esse que obriga todos os videogramas a serem submetidos a registo e classificação pela IGAC a partir de 1 de abril de 2000.

⁸¹⁷ Alterado pelo DL 23/2014 de 14 de fevereiro, e que se refere à classificação dos videogramas.

⁸¹⁸ Relativo à regulamentação da atividade de edição reprodução e distribuição de videogramas e que procede também à clarificação do DL 39/88, de 6 de fevereiro, em face da evolução tecnológica entretanto verificada.

⁸¹⁹ Regime que regula a constituição, organização, funcionamento e atribuições das entidades de gestão coletiva de direitos de autor e de direitos conexos.

⁸²⁰ Diploma este que estabelece a estrutura da Inspeção Geral das Atividades Culturais (IGAC).

⁸²¹ Esta portaria, determina as taxas a pagar à IGAC nas diferentes circunstâncias, em que é obrigatório ou existe necessidade de recorrer aos serviços desta Inspeção Geral.

confundir “o todo com a parte”, falando indistintamente em obras cinematográficas e em obras audiovisuais como se uma fosse sinónimo da outra. Não obstante as obras cinematográficas serem uma das mais importantes manifestações da obra audiovisual, a obra audiovisual é o conceito base que de forma ampla abrange todas as manifestações, tipos e subtipos de obras que poderão ser consideradas como audiovisuais, nas quais, a obra cinematográfica tem também o seu destaque. Mais do que a constante confusão do conceito geral de obra audiovisual com o tipo específico de obras desta natureza, que é a obra cinematográfica, é gritante o fato de não existir uma sistematização legal que permita reunir o regime jurídico deste tipo de obras e suas diferentes manifestações, num único diploma. Atualmente, é necessário conjugarmos 15 diplomas legais, pouco articulados entre si, e que dão uma proteção vaga, imprecisa e até mesmo confusa a este tipo de obras. Passemos então a analisar os principais problemas, com que, presentemente, a proteção das obras audiovisuais se depara.

O Decreto – Lei 350/93, de 7 de outubro⁸²² faz-nos perceber qual o ponto de partida legislativo, onde a obra audiovisual começou a dar os primeiros passos em termos de regulamentação. Digamos que o início da sua regulação em termos normativos foi bastante tortuoso. Basta olharmos para as definições ali apresentadas no artigo 1.º alíneas a) e b) para percebermos esse caminho sinuoso. Ambas as alíneas definem obra cinematográfica e obra audiovisual, respetivamente. No entanto, o conceito rudimentar apresentado para uma e outra definição é o mesmo, “*criação intelectual de imagens em movimento, acompanhadas ou não de sons*” mudando apenas o modo de difusão da obra, dizendo-se na definição da obra cinematográfica que esta se destina “*prioritariamente à projeção comercial em salas de espectáculos, especialmente preparadas para essa finalidade*”, e nas obras audiovisuais, que as mesmas se destinavam “*prioritariamente a ser difundidas pela televisão ou por meios de reprodução visando essencialmente o visionamento doméstico*”. Parece-nos que estas definições enfermam de uma deturpação fatal⁸²³. Desde logo, porque a obra cinematográfica é um dos tipos de obras audiovisuais

⁸²² Entretanto revogado como já referimos.

⁸²³ Apesar disso, continuamos a entender que esse não foi o motivo que esteve na base da revogação do diploma porque atualmente continuamos a ver os mesmos erros conceituais em variadíssimos diplomas que regulam esta matéria.

existentes, não podendo distinguir-se uma e outra, como se de obras distintas se tratassem. Depois, porque o conceito de obra audiovisual nunca poderia ser reduzido ao conceito de obra televisiva ou videográfica. Nem tão pouco, a obra audiovisual fica “encarcerada” ao visionamento doméstico.

O Decreto-Lei 350/93, de 7 de outubro, ao longo de todo o diploma, denunciava uma confusão terminológica patente. O artigo 25.º deste diploma ainda parecia dar sinais de alguma tendência evolutiva, ao mencionar as relações existentes entre o cinema, a televisão e o vídeo. Contudo, essa tendência era meramente aparente, já que este artigo circunscrevia esse relacionamento à difusão e distribuição das obras, formatos em que as mesmas aparecem fixadas e prazos para a sua difusão. Ficaria a esperança de que 25 anos volvidos, esta norma pudesse indicar o caminho para o relacionamento entre as obras cinematográficas, videográficas e televisivas, enquanto manifestações da obra audiovisual. Permanecemos na esperança de tal concretização. Já o artigo 28.º continuava a distinguir a necessidade de registo público das obras cinematográficas e das obras audiovisuais, tratando ambos os conceitos de forma estanque. Apesar desta inflexibilidade em considerar de forma estanque obras cinematográficas e obras audiovisuais, este diploma, de forma surpreendente, autonomiza os filmes e videogramas publicitários, nos artigos 26.º e 27.º. Como já dissemos, no início do nosso trabalho, a esmagadora maioria dos *spots* publicitários⁸²⁴ não poderão ser considerados como obras audiovisuais, na medida em que tem como finalidade a comercialização de determinados produtos ou serviços tendo em vista o lucro e não o entretenimento, finalidade essa, que, entre outras características, é essencial para que uma obra possa ser considerada como obra audiovisual. Os atuais diplomas em vigor, nomeadamente a alínea b) do n.º2 da Lei 55/2012, de 6 de setembro⁸²⁵, determinam que a publicidade deverá enquadrar-se na comunicação comercial audiovisual ao definir este tipo de comunicação como *“a apresentação de imagens com ou sem som, destinada a promover directa ou indirectamente, os produtos, os serviços ou a imagem de uma pessoa singular ou colectiva que exerce uma actividade económica mediante o*

⁸²⁴ Vide casos excecionais na nota de rodapé n.º 433.

⁸²⁵ Que veio revogar nos termos do seu artigo 28.º a alínea e) da Lei 8/2011, de 11 de abril, fazendo-lhe pequenas alterações, das quais constam a necessidade do pagamento de uma retribuição e a exclusão da definição das ajudas à produção e da autopromoção.

pagamento de uma retribuição, a publicidade, a televenda, o patrocínio e a colocação do produto". Por aqui se vê que os *spots* de publicidade não poderão na sua generalidade, ser considerados como obras audiovisuais.

Comparando as definições de obras audiovisuais e cinematográficas do DL350/93, de 7 de outubro, com as definições existentes atualmente nas alíneas f) e g) do artigo 2.º da Lei 55/2012, de 6 de setembro, entretanto revogadas pelo Decreto-Lei 25/2018 de 24 de abril, verificamos que apesar de o conceito base registrar alguma evolução, já que se consideravam outros elementos, ao prever que estes tipos de obras eram *"criações intelectuais expressas por um conjunto de combinações de palavras, músicas, sons, textos escritos e imagens em movimento"* - mas continuava a cair-se no mesmo erro de há 25 anos, ao continuar a prever-se que as obras audiovisuais são aquelas *"cujas características técnicas permitam a transmissão televisiva"* e as obras cinematográficas aquelas *"cujas características técnicas permitam a exibição em salas de cinema"*, tendo estes conceitos sido recentemente revogados pelo DL 25/2018 de 24 de abril. Isto demonstra, claramente, a rigidez de pensamento do legislador no que concerne às obras audiovisuais, que mais de 20 anos depois, continua com uma posição estruturalmente errada, optando por não definir conceitos e com isso deixar um vazio legal numa matéria tão sensível como esta. Contudo, apesar da evolução jurídica de outros ordenamentos à escala mundial, no nosso país continua a tratar-se as obras audiovisuais como obras distintas das obras cinematográficas, dando-se a estas últimas o relevo que deveria ter o conceito de obras audiovisuais, dada a possibilidade de extensão e abrangência para nela conter todos os tipos de obras desta natureza, incluindo as cinematográficas, as televisivas, as videográficas, as obras animadas, as obras multimédia suscetíveis também de proteção por parte das obras audiovisuais, e as obras audiovisuais informatizadas, os jogos 3D e os videoclips. Dentro destes tipos de obras ainda poderemos ter subtipos, sendo certo que o conceito de obra audiovisual, deveria ser formulado ao ponto de nele abranger todas as manifestações de obras audiovisuais, atualmente existentes, de acordo com a nossa evolução tecnológica. Assim sendo, continuamos a cometer erros legislativos básicos quanto a estas conceções, ficando presos a uma conceção clássica de primazia das obras cinematográficas sobre as demais. O fato de as obras

cinematográficas terem sido a primeira manifestação conhecida de obra audiovisual, isso não significa que tenhamos que ficar presos toda a vida a uma conceção errada e não evolutiva devido a uma inércia obtusa. Entendia-se a posição adotada há mais de 20 anos, mas hoje a mesma não é aceitável.

Pior estamos, quando, atualmente, somos confrontados na Lei 55/2012, de 6 de setembro, que atualmente não tem um conceito de obra audiovisual, mas tem um conceito de obra multimédia na alínea m) do artigo 2.º deste diploma, que aparece descrita como “*a obra criativa cinematográfica ou audiovisual cuja exploração económica inclua a distribuição e acesso em rede, designadamente a internet e outros meios de comunicação eletrónica, como canal de distribuição no primeiro ano de distribuição, através de qualquer serviço, plataforma ou tecnologia, podendo implicar variantes e adaptações de um conteúdo base*”. Este conceito demonstra o desnorte existente nesta matéria, na medida em que se inclui na definição de “*obra multimedia*” as obras audiovisuais e o seu subtipo obra cinematográfica, mesclando-as⁸²⁶. O legislador cria uma confusão tal, que deixa o intérprete sem respostas e com várias dúvidas quanto ao regime deste tipo de obras.

Por sua vez, mais do que estabelecer conceitos e definições no âmbito das obras cinematográficas, não obstante a referência acessória que é sempre feita às obras audiovisuais, invertendo assim a lógica de proteção do regime das mesmas, a Lei 55/2012, de 6 de setembro e os respetivos Decretos - Lei que a regulamentam, ou seja o Decreto-Lei 124/2013, de 30 de agosto e o Decreto-

⁸²⁶ A Lei 55/2012, de 6 de setembro, pretendeu abranger tantas matérias que em face do Decreto-Lei 350/93, de 7 de outubro, em vez de ser considerada como um avanço deverá ser vista como um retrocesso legal, pelo menos no que toca às definições apresentadas. Apesar de nas definições de obra audiovisual e de obra cinematográfica apresentadas por ambos os diplomas, a Lei 55/2012, apresentar algumas melhorias, na sua regulamentação pelo Decreto-lei 124/2013 de 30 de agosto, certo é que com a sua alteração realizada recentemente pela entrada em vigor do Decreto-Lei 25/2018 de 24 de abril, estes conceitos deixaram de existir, criando uma lacuna legal grave nesta matéria.

Aliás em termos de esquematização, as definições de “Filme”, “Filme de longa metragem”, “Filme de curta metragem”, “Filme publicitário”, “Obras cinematográficas”, “Obras Audiovisuais”, “Filme Comercial” e “Videograma”, apresentadas pelo DL 350/93, são muito mais coerentes do que as definições apresentadas pela Lei 55/2012, apesar de considerarmos que a definição de “Filme publicitário” se encontra descontextualizada. As definições atualmente apresentadas pela Lei 55/2012 de “Associações do Setor”, “Coprodução internacional”, “Curta metragem”, “Difusão”, “Documentário cinematográfico”, “Documentário Televisivo”, “Especial de animação para televisão”, “Estreia comercial”, “Exibição museográfica”, “Festival”, “Longa-metragem”, “Obra de animação”, “Obra multimédia”, “Produção”, “Programas artísticos”, “Programas didáticos”, “Programas musicais”, “Promoção”, “Série de televisão” e de “Telefilme”; parecem ser definições que misturam questões acessórias ao escopo de proteção das obras audiovisuais, criando uma grande confusão concetual, do que aquelas que constam do DL 350/93, que são definições substanciais no âmbito de proteção das obras audiovisuais.

Lei 25/2018 de 24 de abril, limitam-se a mencionar hipotéticos apoios à criação de obras, considerando-os como condições de acesso ao mercado da distribuição, exibição e difusão das obras audiovisuais⁸²⁷. Além disso, nestes diplomas estabelecem-se apenas as condições e a obrigatoriedade de registo das obras e das empresas cinematográficas e audiovisuais. As regras relativas às obras televisivas, por sua vez aparecem previstas na Lei 8/2011, de 11 de abril. Esta lei apresenta definições igualmente confusas⁸²⁸ e que misturam publicidade, com obras televisivas e com programas televisivos. Algumas destas definições foram mesmo revogadas tacitamente pela Lei 55/2012, de 6 de setembro, que as apresentou com novas alterações. Este diploma preocupa-se essencialmente em estabelecer as condições de difusão das obras televisivas pelos operadores de televisão, as modalidades de acesso e a distribuição de serviços, programas e obras televisivas. No fundo, misturam-se no mesmo diploma matérias de direito de autor, nestes casos referentes às obras televisivas, com matérias de direito comercial, relativas aos programas televisivos que, como vimos, não podem ser considerados como obras audiovisuais, com regras relativas à publicidade. Nesta lei, referem-se ainda aspetos que regulam a publicidade nas suas diferentes aceções, como o patrocínio, a colocação do produto, as ajudas à produção e a publicidade tradicional associada à transmissão das obras audiovisuais, independentemente da forma que esta assuma. Parece-nos que estas matérias relativas à publicidade deveriam ser incluídas no Código da Publicidade, e não num diploma que, de raiz, foi pensado para estabelecer regras relativas às obras televisivas.

Tanto na Lei 8/2011, de 11 de abril, como na Lei 55/2012, de 6 de setembro, verificamos que existe uma maior preocupação em regular aspetos relativos à difusão, distribuição e transmissão das obras, ou seja, em salvaguardar

⁸²⁷ Vide artigo 18.º da Lei 55/2012, de 6 de setembro.

⁸²⁸ Nove das definições apresentadas pela Lei 8/2011, de 11 de abril, entre as quais a definição de “Comunicação comercial audiovisual”, “Obra criativa”, “Obra de produção independente”, “Obra europeia”, “Operador de distribuição”, “Operador de serviços audiovisuais a pedido”, “Operador de Televisão”, “Produtor independente” e de “Serviço audiovisual a pedido ou não linear”, foram revogadas por contrariarem o disposto no artigo 2.º da Lei 55/2012, de 6 de setembro, nos termos do artigo 20.º desta lei. Assim, sendo, depois da entrada em vigor da Lei 55/2012, de 6 de setembro, apenas se mantêm em vigor as definições de “Atividade televisiva”, “Ajuda à promoção”, “Colocação de produto”, “Comunicação comercial audiovisual virtual”, “Domínio”, “Patrocínio”, “Programa”, “Publicidade televisiva”, “Serviço de programa televisivo”, “Tele promoção”, “Tele venda” e “Televisão”, previstas no artigo 2.º da Lei 8/2011, de 11 de abril.

aspectos formais, do que em criar um regime de proteção material, que de fato salvasse os interesses dos coautores das obras audiovisuais e as suas próprias obras.

Outro diploma que assume grande relevância nesta matéria é o Decreto – Lei n. 39/88, de 6 de fevereiro, alterado pelo Decreto-Lei 121/2004, de 21 de maio⁸²⁹ e que estabelece o regime jurídico existente para os videogramas. A importância deste diploma revela-se na sua concepção visionária que inclui na égide da sua tutela, outras formas de fixação de obras, que possam vir a ser determinadas pela inovação tecnológica, nos termos do n. 3 do artigo 1.º do Decreto – Lei n. 39/88, de 6 de fevereiro. Não obstante esta visão futurista e abrangente, que deverá ser enaltecida, a definição de videograma apresentada no artigo 1.º deverá ser alvo de alguns reparos. Este artigo, no seu n. 1, define como videograma *“o registo resultante da fixação, em suporte material de imagens, acompanhadas ou não de sons, bem como a cópia de obras cinematográficas ou audiovisuais”*, acrescentando-se no seu n. 2 que *“São igualmente considerados videogramas, independentemente do suporte material, forma de fixação ou interatividade, os videojogos ou jogos de computador”*. Esta definição apresenta aspetos negativos e positivos. Dentro dos aspetos negativos, surge-nos, desde logo, a referência às obras cinematográficas ou audiovisuais, autonomizando-se também aqui de forma deturpada ambas as obras. Além disso, parece-nos que a definição apresentada pelo n. 1 é demasiado abrangente e permite que se inclua nela todo e qualquer material com imagens e sons, mesmo que este não constitua uma obra em si mesmo⁸³⁰. Já a referência aos videojogos ou aos jogos de computador, feita no n. 2 do mesmo diploma é muito pertinente, na medida em que se poderá por aqui proteger as obras multimédia por si só, bem como aquelas que gozem de dupla proteção enquanto obras multimédia e enquanto obras audiovisuais. O regime jurídico dos videogramas determina, ainda, no

⁸²⁹ A alteração introduzida por este Decreto – lei ao Decreto – Lei 39/88, de 6 de fevereiro, absorveu também o Despacho n. 5564/99 (2.ª Série) de 18 de março, do Ministério da Cultura e da IGAC que estabelecia a obrigatoriedade de registo e classificação pela IGAC de todo e qualquer videograma, independentemente do suporte no qual a obra se encontrasse fixada.

⁸³⁰ De acordo com esta formulação legal, parece-nos que se poderão aqui incluir materiais amadores que não possam ser de todo considerados como obras em si mesmas, seja qual for a sua natureza, pelo fato de esses materiais não reunirem as características necessárias para o efeito, sendo, por isso mesmo, simples registos de sons e imagens (por exemplo um trabalho realizado em vídeo para ser apresentado por uns alunos de uma escola).

seu artigo 2.º que ficam sujeitas à fiscalização da IGAC, todas as atividades relativas à edição, reprodução, distribuição, venda, aluguer ou troca de videogramas. O artigo 3.º do mesmo diploma prevê, ainda, que a distribuição e a exibição pública dos videogramas, só possam ser realizadas e dependam diretamente da sua classificação. Estabelece este regime jurídico que a exibição pública dos videogramas deverá ser considerada como um espetáculo ou divertimento público. Estabelecendo-se que esta só será permitida se os videogramas se encontrarem licenciados, através da aposição do selo de autenticação no respetivo suporte, bem como se tal exibição estiver autorizada pelos coautores da obra ou seus representantes, nos termos do artigo 10.º deste Decreto – Lei. Esta é uma das raras referências feitas aos coautores das obras e aos seus direitos, no âmbito dos diplomas que estabelecem o regime jurídico das obras audiovisuais. Isto porque convém não esquecer que a origem deste tipo de obras são os seus sujeitos criadores, sem os quais as mesmas não existiriam, e que não podem ser ignorados.

Este artigo contém ainda uma referência importante à consideração como exibição pública da difusão a partir da mesma origem, como é o caso dos vídeos comunitários e dos circuitos de computadores com acesso ao público. Estas regras relativas aos videogramas consideram ainda como ilegalmente reproduzidos os videogramas não classificados, sendo o seu armazenamento, distribuição ou exibição pública punidos com coimas, sendo apreendidos e perdidos a favor do Estado, nos termos do artigo 14.º. O regime estabelecido para os videogramas é assim um dos mais bem estruturados diplomas, no que se refere ao respeito pelas obras audiovisuais e pelos seus coautores.

No que respeita ao CDADC, as regras relativas às obras audiovisuais encontram-se previstas no capítulo III, secção IV, mais especificamente entre os artigos 124.º a 140.º, e no artigo 82 do CDADC. A epígrafe da secção IV é bastante reveladora relativamente ao tratamento dado às obras audiovisuais. Ao contrário dos demais diplomas, que referem paralelamente as obras cinematográficas e as obras audiovisuais, embora com os problemas que tal distinção comporta, aqui só se referem as obras cinematográficas. As obras audiovisuais, não são apenas e só as obras cinematográficas. A única norma desta secção que permitirá, ainda que de forma residual, enquadrar as demais obras audiovisuais, será o artigo 140.º, que prevê a aplicação das regras desta

secção às demais obras produzidas por um processo análogo à cinematografia. Aquilo a que assistimos é grave. Não se concebe que o diploma mais importante a nível nacional, no que respeita ao direito de autor, crie um “egocentrismo” inexplicável em torno das obras cinematográficas, devendo as demais obras audiovisuais gravitar em torno desta. Além do mais, as normas previstas nesta secção do CDADC preocupam-se mais com as relações estabelecidas entre os coautores e os produtores e respetivos aspetos contratuais, ignorando os demais aspetos das obras audiovisuais. As únicas normas que preveem a salvaguarda dos direitos dos coautores sobre a obra são o artigo 125.º, que obriga à autorização dos coautores da obra para autorizar a produção, distribuição e exibição da obra, o artigo 126.º n. 3, relativamente à defesa dos direitos dos coautores, o artigo 131.⁸³¹ que determina as modalidades do pagamento de retribuição aos coautores e o artigo 134.º que obriga à identificação da obra e do autor.

A secção V e VI do capítulo III do CDADC também se aplicarão às obras audiovisuais, no que respeita à fixação e radiodifusão das obras audiovisuais. Esta estruturação legal, no que respeita às obras audiovisuais, parece-nos inadmissível, num diploma com a envergadura do CDADC. Existe uma preocupação exagerada com o conteúdo patrimonial dos direitos de autor quando comparado com os direitos não patrimoniais, sendo que estes deveriam ter proteção prioritária do CDADC, dada a sua natureza inalienável, irrenunciável e intransmissível. A raiz de proteção dos direitos de autor é a propriedade intelectual e não os interesses económicos que se encontram em torno destes direitos imateriais “morais”.

Não se concebe também que o CDADC não preveja uma única definição do que poderão ser consideradas como obras audiovisuais. Isto porque, não se admite estabelecer um conjunto de regras para algo que não está definido legalmente. Falta, por isso mesmo, no CDADC um conjunto de definições básicas que possam satisfazer os interesses de proteção das obras audiovisuais. Contudo, a sua criação implicará uma remodelação profunda do CDADC nestas matérias.

⁸³¹ O estabelecimento da retribuição pela exibição da obra prevista neste artigo, deriva da Lei 7/71, de 7 de dezembro, Secção II, da base XLVIII à base XLIX, que preveem a obrigatoriedade de pagamento de uma taxa pela sua distribuição e exibição cinematográfica e televisiva.

Por sua vez, o artigo 82.º do CDADC, também estabelece a obrigatoriedade do pagamento de uma compensação aos coautores pela reprodução ou gravação das suas obras, derivada da venda de equipamentos que permitam a fixação e reprodução de obras, e seus suportes, compensação essa que aparece regulamentada pela Lei 26/2015, de 14 de abril, que fixa os montantes das remunerações, as situações em que existem isenções de pagamento e o regime de contraordenações aplicável para no caso de não pagamento das compensações devidas e o destino de tais contraordenações. Além disso, prevê esta lei, no seu artigo 5.º, que a cobrança e gestão destas quantias deverá obrigatoriamente ser feita por uma entidade de gestão coletiva que deverá cumprir os requisitos ali previstos. Estas entidades de gestão coletiva tem o seu regime jurídico previsto também na Lei 26/2015, de 14 de abril, que prevê as condições e regras de funcionamento destas entidades. Prevê-se ainda nesta lei, de forma um tanto ou quanto duvidosa, pelo fato de estas entidades serem entidades sem fins lucrativos, a retenção ou o “confisco”, por parte destas entidades, de uma parte considerável dos valores devidos aos coautores, fundando-se esta retenção em necessidades de gestão e manutenção próprias e na prossecução de atividades sociais e culturais. A situação torna-se mais grave nos casos, como o previsto no artigo 5.º da Lei 62/98, nos quais os coautores não têm escolha e são obrigados a ter uma gestão coletiva de direitos por força da lei⁸³². Claro está que estas entidades de gestão coletiva se encontram subordinadas à tutela da IGAC, que tem as suas funções definidas no Decreto Regulamentar n.º 81/2007, de 30 de julho. Contudo para que essas funções possam ser exercidas, o Estado estabelece na Portaria n.º 354/2006, de 11 de abril, um conjunto de taxas, cujo pagamento deverá ser realizado, na maioria das vezes, pelos coautores da obra. Ou seja, o Estado imputa aos coautores os custos de fiscalização que aparecem previstos no Anexo III da portaria sob a epígrafe “Serviços”, quando esse custo deveria ser suportado integralmente pelo Estado. Parece-nos que os valores cobrados pelos registos de obras audiovisuais e pela obrigatoriedade de classificação das mesmas pela IGAC, pagas pelos coautores das obras,

⁸³² Nestes casos, entendemos que deverá ser obrigatória a aplicação do regime das cláusulas contratuais gerais, previsto no Decreto-Lei 446/85, de 25 de outubro, na sua redação atualizada, às relações contratuais estabelecidas entre os coautores e as entidades de gestão coletiva.

deveriam ser suficientes para que fosse desnecessário qualquer outro pagamento pelos coautores, de modo a que estes pudessem ver cumprida a tutela inspetiva da IGAC.

Além dos diplomas supra, referidos, é ainda feita uma referência aos direitos de autor no artigo 1303.º do Código Civil. Este artigo, no seu n.º 2, prevê de forma subsidiária, a aplicação analógica das regras do Código Civil aos direitos de autor, quando as mesmas se harmonizem com a natureza daqueles direitos e não contrariem o seu regime específico. Esta possibilidade de aplicação analógica das regras do código civil aos direitos de autor deriva da *“natureza jurídica dos direitos de autor”*. Como exemplarmente referem Pires de Lima e Antunes Varela⁸³³ a propósito do Direito de Autor, *“A lei considera-o como um direito de propriedade, mas um direito de propriedade que foge, no tocante ao seu objecto, aos princípios gerais que dominam este direito (cfr. art.1302.º), e que, por esta razão, ao lado de outros, foi afastado do regime da propriedade contido no Código Civil, o qual lhe é aplicável apenas subsidiariamente. São muitas, de facto, as disposições relativas à propriedade, que não são aplicáveis à propriedade intelectual, ou que o são com certas adaptações.”*. É exatamente na senda da aplicação das regras da propriedade previstas no código civil à propriedade intelectual, com as necessárias adaptações que se estabelece esta possibilidade de aplicação analógica do código civil. No entanto, essa aplicação não está intrinsecamente ligada à exploração económica das obras. Dentro das características comuns existentes entre a propriedade corpórea e a propriedade intelectual, temos o direito de exclusivo sobre os bens materiais ou imateriais que pertencem aos seus proprietários ou coautores, respetivamente, o direito de fruir e utilizar livremente o bem material objeto da propriedade, material ou a obra objeto de propriedade intelectual e a faculdade de escolher livremente os modos de utilização ou exploração do bem material ou da obra intelectual. Estes são pontos comuns entre a propriedade corpórea e a propriedade incorpórea, que poderão e deverão levar à aplicação analógica das regras do código civil, no que respeita aos direitos de autor, quando tal for necessário em virtude de qualquer lacuna ou omissão legal.

⁸³³Vide *Código Civil Anotado*, Volume III, 2.ª Edição revista e atualizada, Coimbra Editora, 1987, cit.pp.86.

Por tudo quanto foi, aqui supra exposto, urge a criação de um diploma legal, ou da introdução no CDADC de uma secção que estabeleça um regime jurídico sólido e que confira uma proteção adequada às necessidades específicas das obras audiovisuais. Um regime unificado que sirva os interesses das obras em si mesmas, dos seus coautores e de todos aqueles que com elas se relacionem é o mínimo que se exige à nossa legislação, dada a importância que este tipo de obras assume no dia a dia dos cidadãos, em termos sociais e culturais, da economia, dado os elevados valores que estas obras movimentam e da justiça, que diariamente é confrontada com a resolução de litígios que envolvem obras audiovisuais.

Permanecemos numa incógnita relativamente aquela que segundo a lei vigente poderá ser considerada como a definição de uma obra audiovisual. A imprecisão legislativa em que nos vemos imbuídos nesta questão, leva a que se confundam obras audiovisuais, com técnicas audiovisuais e com programas que, apesar de se socorrerem deste tipo de técnicas para a sua realização, nada têm a ver com as obras audiovisuais, nem poderão ser considerados como tal, dado que a matriz da sua tutela nada tem a ver com os direitos de autor. Verificamos ainda que a existência de diplomas difusos nesta matéria faz com que se misturem questões essenciais de proteção das obras, com aspetos que lhes são meramente acessórios.

3. As restrições aos direitos de autor das obras audiovisuais

Os direitos de autor das obras audiovisuais só existirão na medida exata em que haja limites e restrições a esses mesmos direitos, de modo a que estes não colidam, nem violem, por qualquer forma, os direitos de terceiros.

Esta colisão ou violação de direitos de terceiros, tanto poderá ser de direitos de autor, de direitos de livre utilização por parte da sociedade em geral, como também de direitos económicos, que terceiros possam retirar da existência de uma determinada obra, mediante aquilo que tiverem acordado especificamente com os seus coautores, ou até mesmo pela violação unilateral dos direitos dos titulares legítimos da obra. Os limites aos direitos dos coautores pretendem criar a existência de um equilíbrio entre os interesses dos coautores com os interesses sociais, de modo a que se possa encorajar e incentivar outros

coautores a criarem novas obras audiovisuais⁸³⁴. Estes limites ou restrições poderão ser considerados como limites naturais aos direitos de autor, na medida em que derivam da sua natureza e nos demonstram onde se situa o termo desses direitos. Como referem Carlos Rogel Vide e Eduardo Serrano Gómez⁸³⁵, estes limites possibilitam “...o equilíbrio querido entre os criadores e os destinatários das obras de espírito...”. Os limites e restrições impostas legalmente deverão sempre ser encarados, como uma exceção, à exclusividade que os coautores possuem sobre os seus direitos de autor sobre a obra. Por isso mesmo, na sua interpretação e aferição da sua existência, além de todos os elementos que possam ser úteis na situação em concreto, essa exceção que permitirá criar limites à exclusividade dos direitos dos coautores, deverá ser interpretada de acordo com a regra dos três passos (*three step test*), regra essa que, como já referimos anteriormente, estabelece os limites e exceções à aplicação de direitos de propriedade intelectual. O primeiro passo estabelece limites que apareçam previstos na lei, o segundo que a reprodução feita de uma determinada obra não prejudique a sua normal exploração e o terceiro que não cause prejuízos injustificados aos legítimos interesses dos seus autores⁸³⁶.

Os únicos limites legais atualmente existentes no nosso ordenamento jurídico para a tutela das obras audiovisuais, aparecem plasmados no CDADC, mais concretamente: o artigo 15.º que estabelece os limites de utilização da obra aos fins previstos pela mesma pelos seus coautores; o artigo 42.º, que estabelece limites à transmissão ou oneração de direitos, proibindo terminantemente toda e qualquer forma de transmissão ou oneração do conteúdo moral dos direitos de autor; o artigo 75.º, que prevê os casos em que se pode fazer a utilização livre das obras, desde que tal não afete a exploração normal da obra, nem cause prejuízo injustificado aos seus coautores, nos termos do n.º4 do mesmo artigo; e o artigo 152.º que estabelece os limites

⁸³⁴ Neste sentido *vide* RICARDO ANTEQUERA PARRILLI in *Los Limites del Derecho Subjetivo y del Derecho de Autor*, in *Los Limites del Derecho de Autor*, Reus, Madrid, 2006, pp.7-82.

⁸³⁵ Cfr. CARLOS ROGEL VIDE e EDUARDO SERRANO GOMÉZ in *Manual de Derecho de Autor*, Reus, Madrid, 2008, cit. pp. 55.

⁸³⁶ Cfr. ALBERTO BERCOVITZ in *Limites al Derecho de Autor in Proteccion y Límites del Derecho de Autor de los Creadores Visuales, Seminario Diego Rivera e Ignacio Zuloaga de Derechos de Autor de los Creadores*, coord. ANTONIO DELGADO PORRAS, Trama Editorial, Madrid,2006, pp. 19- 270.

existentes para a teledifusão, bem como os artigos 7.º e 8.º e os 76.º a 82.º do CDADC.

As utilizações livres das obras que se aplicam às obras audiovisuais são aquelas que aparecem previstas nas alíneas m), p) e r) do n.º 2 do artigo 75.º. Além destas, deverá interpretar-se o n.º 1 do referido artigo como referindo-se à possibilidade de uso pessoal da obra, ou estritamente doméstico. Neste âmbito, podemos falar de “uso privado”. Assim devemos entender que a utilização livre só é permitida para o uso privado ou pessoal da obra, que não prejudique a exploração normal das obras por parte dos seus coautores da obra audiovisual, dado que com as novas tecnologias, o “uso privado” tornou-se ele próprio, num modo de exploração da obra, como tal ele não poderá ser aceite como um limite legalmente “legitimado” aos direitos de autor. Contudo não podemos cair em exageros restritivos relativamente a situações que poderão ser consideradas como dentro da esfera do “uso privado”. Estas utilizações deverão ser interpretadas de acordo com o *ius usus innocui*, devendo verificar-se, caso a caso, se a utilização da obra é ou não inofensiva, isto é, se não produz nenhum dano na esfera jurídica dos coautores da obra, respeitando os limites impostos aos direitos de autor pelo n.º 4 do artigo 75.º do CDADC que espelha o compromisso assumido no âmbito da convenção de Berna, ao determinar que “*Os modos de exercício das utilizações previstas nos números anteriores não devem atingir a exploração normal da obra, nem causar prejuízo injustificado dos interesses legítimos do autor.*”.

Assim sendo podemos apreender que existem três categorias de restrições aos direitos de autor: as restrições sociais, que derivam da necessidade de existirem situações de livre utilização dos bens culturais, também apelidadas de “bons costumes”⁸³⁷, nas quais se permitem utilizações a obra para uso privado, de acordo com o previsto no artigo 75.º do CDADC; restrições autorais, impostas pelos direitos de autor, na medida em que os direitos de uma obra existem e são protegidos até ao limite da proteção conferida a outras obras de propriedade intelectual, sendo que dentro destas estão as

⁸³⁷ Vide artigo 10.º da Convenção de Berna, aprovada pelo Decreto n.º 73/78, de 26 de julho. Os países da América Latina denominam esta utilização de acordo com os “bons costumes” como “*usos honrados*”, sendo que o sistema anglo- americano do copyright chama-lhes *fair use* sendo certo que o sistema anglo- americano permite uma interpretação muito mais alargada do conceito, do que aquele que é permitido pelos países de tradição continental.

denominadas “licenças legais” nas quais o legislador prevê que, para certas utilizações, não seja necessária a autorização ou proibição dos coautores, dado que essa utilização está legalmente legitimada, podendo implicar ou não o pagamento de uma remuneração pela utilização que é feita da obra. Dentro destas licenças legais poderemos distinguir as de carácter absoluto e que terão que ser gratuitas, serão assim, aquelas que entendemos que farão parte da “utilização livre” e as de carácter restrito, em que se permite a utilização da obra a um terceiro, ainda que não autorizado pelos coautores da obra, impondo-lhe como contrapartida o pagamento de um valor patrimonial aos coautores da obra por essa utilização⁸³⁸.

Nos casos em que exista necessidade de pagamento de uma remuneração, esse pagamento é feito ou às sociedades de gestão coletiva de acordo com o previsto na lei⁸³⁹, ou às autoridades competentes; existem também as restrições contratuais, nas quais se incluem os “direitos de remuneração”, nas quais os coautores das obras “negoceiam” a cessão de uma parte do conteúdo patrimonial dos seus direitos com terceiros, impondo-lhes assim limites voluntários, que se presume serem remunerados, dado a necessidade de autorização e negociação para que os mesmos possam ser realizados⁸⁴⁰.

De um modo geral, os legisladores, por todo o mundo, e de acordo com o previsto nas convenções internacionais⁸⁴¹, estabelecem restrições aos direitos de autor, que assumem formas próprias, de ordenamento para ordenamento.

Os limites ou restrições, impostos aos direitos dos coautores das obras audiovisuais, poderão entrar em rota de colisão com os direitos dos mesmos, no caso de estes pretenderem exercer a sua faculdade de retirada da obra. Aqui poderemos ter um grave problema, que nos leva a colocar a seguinte questão: será que as restrições aos direitos de autor se sobrepõem ao direito

⁸³⁸ Neste sentido, vide ALBERTO BERCOVITZ in *Limites al Derecho de Autor in Proteccion y Límites del Derecho de Autor de los Creadores Visuales, Seminario Diego Rivera e Ignacio Zuloaga de Derechos de Autor de los Creadores*, coord. ANTONIO DELGADO PORRAS, Trama Editorial, Madrid, 2006, pp. 19- 270.

⁸³⁹ Cfr. VICTOR VASQUEZ LÓPEZ in “Perspectivas de Futuro en Torno a Los Límites del Derecho de Autor. Las Tendencias internacionales y la posición de la OMPI”, in *Los Limites del Derecho de Autor*, Reus, Madrid, 2006, pp.295-308.

⁸⁴⁰ Cfr. CARLOS ROGEL VIDE in *Estudios Completos de Propiedad Intelectual, Volume III*, Reus, Madrid, 2009, cap.VI.

⁸⁴¹ Nomeadamente o n.º 2 do artigo 9.º da Convenção de Berna, aprovada pelo Decreto n.º73/78, de 26 de julho que determina que “Fica reservada às legislações dos países da união a faculdade de permitir a reprodução das referidas obras, em certos casos especiais, desde que tal reprodução não prejudique a exploração normal da obra nem cause um prejuízo injusto aos legítimos interesses do autor” e o artigo 10.º do Tratado da OMPI que de certo modo “regulamenta” o artigo 9.º n.º2 da Convenção de Berna.

que os coautores têm de retirar a sua obra do mercado? Entendemos que esta questão terá obrigatoriamente que ter uma resposta negativa. A faculdade de retirada da obra faz parte da esfera moral dos direitos dos coautores da obra e, dado o seu carácter absoluto, deverá ser respeitada até pelas restrições impostas legalmente. Parece que a partir do momento em que a obra é retirada, estará vedada toda e qualquer utilização posterior da mesma. Contudo, dificilmente se controlará a utilização de reproduções da obra realizadas anteriormente à retirada da mesma, mas entendemos que esta decisão dos coautores de retirarem do mercado a sua obra, deverá ser, o mais possível respeitada⁸⁴².

Todas as restrições aos direitos de autor, enquanto situações excepcionais que são, deverão ser expressamente determinadas por lei, não se devendo admitir interpretações extensivas da lei, dado o carácter limitado que deverá caracterizar as referidas restrições⁸⁴³. As restrições impostas aos direitos de autor deverão ser apenas aquelas que garantam uma fruição cultural mínima da obra audiovisual à sociedade, bem como aquelas restrições que estabeleçam limites recíprocos para direitos de autor idênticos, de modo a que se protejam de igual modo obras audiovisuais semelhantes e aquelas que garantam os direitos de todos aqueles que contactam licitamente com a obra, ainda que não sejam os seus coautores. Entre as restrições gerais e comuns aos direitos de autor sobre a obra audiovisual, estão a temporalidade e a territorialidade. A temporalidade dos direitos de autor aparece espelhada, como já referimos, no artigo 34.º do CDADC, e surge na sequência de um raciocínio lógico, de que a obra audiovisual foi criada num determinado contexto social e cultural. Assim a criação dos coautores é inspirada naquilo que os rodeia, devendo por isso mesmo, a obra que resulta dessa inspiração, retornar à sua origem, após os coautores da obra e os seus sucessores a terem explorado, convenientemente, acontecendo esse regresso à origem quando as obras caem no domínio

⁸⁴² Vide MABEL GOLDSTEIN in *Protección Jurídica de la Creatividad*, Cefyl, Buenos Aires, 1995, pp. 105-123.

⁸⁴³ Neste sentido ALBERTO BERCOVITZ in *Limites al Derecho de Autor* in *Proteccion y Límites del Derecho de Autor de los Creadores Visuales*, Seminario Diego Rivera e Ignacio Zuloaga de Derechos de Autor de los Creadores, coord. ANTONIO DELGADO PORRAS, Trama Editorial, Madrid, 2006, pp. 19-270.

público⁸⁴⁴. No que respeita à territorialidade, não existem normas específicas para aplicar às obras audiovisuais, aplicando-se-lhes as regras comuns a todo o tipo de obras de propriedade intelectual, regime, esse, previsto nos artigos 63.º a 66.º do CDADC⁸⁴⁵.

Apesar de os ordenamentos jurídicos aceitarem pacificamente, as restrições feitas aos direitos de autor das obras audiovisuais, todos se debatem com a necessidade de adequar essas restrições ao mundo virtual, sem que tal cause prejuízos avultados aos coautores das obras. No entanto, a velocidade com que os ficheiros que contêm obras audiovisuais são disponibilizados na *internet* para um número indefinido de utilizadores é assustadora. Em sites de partilha deste tipo de obras, os utilizadores anfitriões, enviam o ficheiro a um ou vários utilizadores anónimos, pelo que esse ato constitui uma distribuição ilegal de obras audiovisuais. Os utilizadores deste tipo de serviço nunca poderão invocar o uso privado da obra. Em condições normais, esses utilizadores anónimos teriam que comprar ou alugar um suporte, no qual estaria inserida a obra audiovisual, de acordo com aqueles que seriam os modos tradicionais de distribuição⁸⁴⁶. Pelo que é extremamente difícil permitir restrições aos direitos de autor, no âmbito do mundo virtual, na medida em que dificilmente se controlam as utilizações abusivas sobre a obra, contrariamente ao que acontece através dos modos de distribuição e de utilização tradicionais das obras⁸⁴⁷. Principalmente nos casos em que a obra audiovisual foi abusivamente colocada na rede, já que quando os coautores da obra, autorizam tal colocação, os mesmos devem estar conscientes e precaver-se em termos remuneratórios e tecnológicos (*pay per view*), para a magnitude que alcançará a utilização da sua obra na rede⁸⁴⁸.

Este é um problema que atenta gravemente contra os direitos dos coautores das obras audiovisuais, mas malgradadamente, é um problema sem fim ou

⁸⁴⁴ Cfr. CARLOS ROGEL VIDE in *Estudios Completos de Propiedad Intelectual, Volume III*, Reus, Madrid, 2009, cap. VI.

⁸⁴⁵ Neste sentido ALEXANDRE DIAS PEREIRA in *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital*, Coimbra Editora, Coimbra 2001, pp.375-380.

⁸⁴⁶ Vide MARIA VICTORIA MAYOR DEL HOYO in *El Derecho de Autor sobre las Obras Cinematográficas en el Derecho Español*, Madrid, Colex, 2002, pp.215-222.

⁸⁴⁷ Cfr. RICARDO ANTEQUERA PARILLI in *Los Límites del Derecho Subjetivo y del Derecho de Autor*, in *Los Límites del Derecho de Autor*, Reus, Madrid, 2006, pp.7-82.

⁸⁴⁸ Neste sentido, vide JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO in *Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação*, Almedina, 2001, “capítulo 12 e 13”.

soluções à vista, dado o caos abusivo em que se tornou a disponibilização de obras *online*. O único modo de tentar resolver esta questão passaria por criar novos limites exclusivamente adequados à utilização virtual/digital da obra, ficando as demais restrições já existentes vinculadas aos modos de utilização e distribuição ditos tradicionais ou analógicos⁸⁴⁹. Porém, deverá ter-se em conta que os avanços tecnológicos estão sempre na vanguarda, no que toca a iludir dispositivos de segurança ou de proteção de conteúdos que se possam criar com vista a salvaguardar os direitos dos coautores das obras audiovisuais⁸⁵⁰.

Não obstante as nações sensibilizadas para as questões dos direitos de autor e a Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI), assumirem compromissos de criar mecanismos jurídicos capazes de proteger as obras no âmbito digital⁸⁵¹, a sua realização e implementação práticas, é muito complicada⁸⁵².

Aquilo a que hoje em dia assistimos, é nada mais, nada menos, do que a uma necessária criação de limites aos limites dos direitos de autor. A obrigatoriedade de as obras audiovisuais novas fazerem referência às obras preexistentes, e aos seus autores, quando a obra audiovisual nova se inspira nesta, é um exemplo destes limites aos limites. O mesmo, poderemos dizer da necessidade de concretizar no âmbito das utilizações livres da obra, o que é que poderá ser considerado como uso privado, impedindo e proibindo-se qualquer utilização que prejudique a normal exploração da obra audiovisual e os direitos dos seus coautores, a imposição do pagamento de uma remuneração nos casos das licenças legais de carácter restrito, bem como a caducidade do direito de exclusivo no silêncio das partes⁸⁵³. No fundo, como o desenvolvimento tecnológico trouxe novas formas de utilização das obras, que permitem que os limites aos direitos de autor, possam extrapolar aquilo que é permitido e desejável, prejudicando gravemente com isso os direitos dos

⁸⁴⁹ Cfr. TITO RENDAS in “Lex Specialis(sima): Videogames and Technological Protection Measures in EU Copyright Law”, Junho 2014 disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2456273, consultado em 4 de Julho de 2017.

⁸⁵⁰ Neste sentido RICARDO ANTEQUERA PARILLI in *Los Limites del Derecho Subjetivo y del Derecho de Autor*, in *Los Limites del Derecho de Autor*, Reus, Madrid, 2006, pp.7-82.

⁸⁵¹ Vide artigo 12.º do Tratado OMPI sobre direitos de autor (WCT) Genebra, 20 de dezembro de 1996.

⁸⁵² Cfr. VICTOR VASQUEZ LÓPEZ in “Perspectivas de Futuro en Torno a Los Límites del Derecho de Autor. Las Tendencias internacionales y la posición de la OMPI”, in *Los Limites del Derecho de Autor*, Reus, Madrid, 2006, pp.295-308.

⁸⁵³ Vide artigo 128.º do CDADC

coautores das obras, verificamos que os legisladores de todo o mundo, preocupam-se agora em impor limites aos limites criados, sob pena de se desvirtuar as razões que levaram à sua implementação. A União Europeia, revela preocupações com esta questão desde 2001, ano no qual surgiu a Diretiva Comunitária 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001⁸⁵⁴. Esta diretiva começou por impor aos estados membros, no seu artigo 2.º al. a), que o direito exclusivo de permitir ou proibir reproduções, por qualquer forma, é um direito exclusivo dos coautores, bem como obrigou à implementação de medidas de carácter tecnológico, nos termos do artigo 6.º para proteger as obras de cariz intelectual. Porém, o seu artigo 5.º, do qual o artigo 75.º n. 1 do CDADC revela muitas influências, deita por terra, todas as restrições às limitações até então preconizadas, pelo que, parece que a sua redação deveria ser menos ampla e permissiva, de modo a que no mundo digital se pudesse fazer uma utilização das obras audiovisuais não tão atentatória dos direitos dos seus coautores. Além disso os requisitos previstos no artigo 76.º do CDADC são muito difíceis de pôr em prática, pelo que na maioria das vezes não saem do papel.

Restam por isso as medidas de proteção tecnológica que implicam a criminalização de *downloads* não autorizados e as iniciativas para cortar o acesso à internet que aparecem previstas na Lei HADOPI em França e na Lei SINDE em Espanha⁸⁵⁵. Essas medidas criam um paradoxo em que os utilizadores ficam prejudicados com as medidas tecnológicas e os sistemas de informação e gestão de dados, não tendo acesso ao que teriam sem essas medidas. No entanto esse é o preço a pagar pela proteção dos direitos de autor, daqueles, cujo trabalho artístico é muitas vezes aproveitado por infratores.

⁸⁵⁴ Esta diretiva também é apelidada de Diretiva Sociedade da Informação, relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade de informação.

⁸⁵⁵MARIA VICTÓRIA ROCHA in “Dispositivos Tecnológicos de Protecção, informações para a gestão electrónica de direitos e utilizações livres no Direito Português: um desequilíbrio paradoxal em desfavor dos utilizadores”, *ADI 33 (2012-2013)*, pp.405-421.

4. Noção jurídica da obra audiovisual

Ao pensarmos na natureza jurídica da obra audiovisual naquilo que é o reduto da sua essência, verificamos que urge definir de forma abrangente o conceito de obra audiovisual.

Dada a necessidade premente de um conceito de obra audiovisual no nosso ordenamento jurídico, pela clara omissão quanto a um conceito amplo e preciso deste tipo de obras, e sem qualquer pretensão de nos substituímos ao legislador, entendemos ser oportuno neste momento do nosso trabalho, propormo-nos definir a obra audiovisual, atendendo aqueles que poderão ser considerados como os seus elementos mais essenciais.

Começamos por tentar perceber qual a importância da existência desta definição. A Propriedade Intelectual tem uma variedade de vertentes, comportando obras de muitos quadrantes, sendo que as obras audiovisuais são o *ex libris* da vertente sócio - cultural. A importância da obra audiovisual materializa-se, desde logo, se atendermos ao seu significado teleológico abstrato. De um modo muito geral, podemos considerar que, na sua essência, as obras audiovisuais são o resultado intangível de uma construção espiritual e ideológica de um conjunto de pessoas, que pode ser percebido de forma inteligível por terceiros e que é suscetível de gerar por si só, direitos e deveres. As obras audiovisuais são o reflexo de uma criação pessoal que exprime as marcas de personalidade dos seus coautores. Estas obras são a encarnação da criatividade dos sujeitos singulares que as trazem do plano ideológico para a vida.

Alguns autores encontram utilidade em estabelecer dois tipos de conceito de obra audiovisual: um conceito material e um conceito jurídico⁸⁵⁶. Não partilhamos desta posição, por entendermos que a existência de um conceito único servirá melhor os interesses das obras e dos seus coautores, na medida em que não permite que se levantem dúvidas e questões quanto à sua tutela. A existência de dois conceitos permitiria uma discriminação entre as obras audiovisuais e permitiria que umas fossem abrangidas pelo conceito material e outras pelo conceito legal, o que constitui um raciocínio inadmissível, já que

⁸⁵⁶ Vide CONCEPCIÓN SAIZ GARCIA in *Obras Audiovisuales y Derechos de Autor*, Aranzadi, Navarra, 2002, pp.103-105.

todas as obras que possam ser consideradas como audiovisuais são, indistintamente, merecedoras do mesmo tipo de proteção.

Na origem do conceito de obra audiovisual esteve uma recomendação da UNESCO, de 1980, a propósito da preservação das memórias do mundo, da qual surgiram dois conceitos distintos: o conceito de “*gravações visuais*” e de “*gravações sonoras*”. Assim sendo, o conceito de “*gravações visuais*” aparecia descrito como sendo “*gravações visuais (com ou sem banda de som [soundtrack]) independente [da sua base física] do seu suporte e processo de gravação usado, como filmes, [filmstrips] diafilme, microfilmes, diapositivos, fitas magnéticas, cinescópios [kinescopes], videogramas [videograms], videotapes - fitas de vídeo (videotape, videodiscos), discos ópticos legíveis por laser (a) planeados para recepção pública quer através de televisão ou por meio de projecção em écrans ou por quaisquer outros meios (b) destinados a ser postos à disposição do público*” e gravações sonoras como sendo “*gravações sonoras independente [da sua base física] do seu suporte e processo de gravação usado, como filmes, [filmstrips] diafilme, microfilmes, diapositivos, fitas magnéticas, cinescópios [kinescopes], videogramas [videograms], videotapes - fitas de vídeo (videotape, videodiscos), discos ópticos legíveis por laser (a) planeados para recepção pública quer através de televisão ou por meio de projecção em écrans ou por quaisquer outros meios (b) destinados a ser postos à disposição do público*”. Com ambas as definições, pretendia-se abranger todos os materiais culturais assim fixados e abranger um número máximo de formas e formatos. Mais tarde a “World Intellectual Property Organization” (WIPO) apresentou uma definição simples, mas bastante assertiva de obra audiovisual, considerando-a como “*uma obra que apela ao mesmo tempo ao ouvido e à visão e consiste numa série de imagens relacionadas e sons acompanhantes, registada em material apropriado*”⁸⁵⁷. Depois de deambularmos pelo fio condutor que originou o conceito de obra audiovisual e sobre as suas atuais e reais necessidades, tentamos a partir de diferentes conceitos coligir todos os dados relevantes para a criação de um conceito que sirva os interesses atuais do nosso país nesta matéria.

⁸⁵⁷Vide Glossário da WIPO - World Intellectual Property Organization, disponível em <http://www.wipo.int/pct/pt/texts/glossary.html>.

Na busca do nosso conceito de obra audiovisual, começamos por aferir da existência de definições legais de obra audiovisual noutros ordenamentos. Verificamos, porém, que muito poucos ordenamentos apresentam uma definição de obra audiovisual. A maior parte das legislações tem uma visão enviesada das obras audiovisuais, devido ao fato de estas aparecerem comumente associadas apenas e só às obras cinematográficas, como também acontece no nosso país. Países como a Alemanha, a Bélgica e a Itália, não apresentam qualquer definição de obra audiovisual. Entre os países que apresentam uma definição legal deste tipo de obras estão Espanha, França e Brasil⁸⁵⁸. A Lei espanhola considera como obras audiovisuais “*As criações expressas mediante uma série de imagens associadas, com ou sem sonorização incorporada, que estejam destinadas essencialmente em ser mostradas através de meios de projeção ou por qualquer outro meio de comunicação pública da imagem e do som, com independência da natureza dos suportes materiais das ditas obras*”. Apesar de esta ser uma boa definição base de obras audiovisuais, entendemos que a mesma é uma definição incompleta e que enferma de alguns problemas por não existir qualquer referência aos seus coautores. Ao referir-se simplesmente a necessidade de existirem imagens associadas, com ou sem sonorização incorporada, poderá levantar algumas dúvidas no espírito do intérprete. Desde logo porque se ignora o movimento ou a aparência de movimento das imagens. Além disso, admitir que uma obra audiovisual não seja sonorizada, vai contra a essência do conceito, porque ainda que existam sons residuais, eles terão sempre que existir, numa obra que se possa considerar como audiovisual. A referência no conceito sobre o destino da obra ter por objeto o “ser mostrada”, reduz a finalidade da obra à necessidade da sua comunicação, o que não nos parece linear.

No ordenamento jurídico francês, a definição de obra audiovisual, surge um pouco por “acidente”. A definição apresentada surge enquadrada no artigo que define quais as obras que merecem a tutela dos direitos de autor, sendo que nessa linha justificativa se indicam as “*obras cinematográficas e outras obras que consistam em seqüências de imagens animadas, sonorizadas ou não*”.

⁸⁵⁸ Cfr. respetivamente artigo 86.º TRLPI, artigo L112-2 6.º do Code Propriété Intellectuelle e artigo 5.º VIII, i, da Lei Brasileira n.º 9.610/1998.

denominadas também como obras audiovisuais". Este conceito "acidental" que surge no Code de Propriété Intellectuelle sucumbe também ele do mal comum à generalidade dos países do sistema continental de colocar a par o conceito amplo de obra audiovisual com o seu tipo obra cinematográfica. Além disso, considerar como obrigatório o elemento "sequências de imagens animadas" restringe o conceito de forma inaceitável. Uma obra audiovisual não tem necessariamente que ter imagens animadas. A animação poderá ou não existir, na medida em que esta é na maioria das vezes possibilitada pelo recurso a meios tecnológicos que possibilitam a sua inserção, e que não são usados em todas as obras audiovisuais. Tornar como obrigatório um elemento facultativo, parece-nos que inquina o conceito. A definição francesa padece ainda do mesmo problema que o conceito espanhol no que respeita à sonorização. Isto porque, também ele aceita que uma obra audiovisual possa de todo, não ser sonorizada.

Relativamente ao ordenamento jurídico brasileiro, este define a obra audiovisual *"...como sendo aquela que resulta da fixação de imagens com ou sem som, que tenham a finalidade de criar, por meio de sua reprodução, a impressão de movimento, independentemente dos processos de sua captação, do suporte usado inicial ou posteriormente para fixá-las, bem como os meios utilizados para sua veiculação."* A definição brasileira, apesar de incorrer no mesmo erro que as legislações espanhola e francesa, no que respeita ao aspeto sonoro, admitindo que a obra audiovisual possa não ter som, fato com o qual, como já referimos, não podemos concordar, é uma definição muito atual e com uma relevância jurídico prática muito grande. Não obstante esta definição ignorar também o papel dos coautores, reconhecemos-lhe um grande mérito. Isto porque a definição apresentada pelo legislador brasileiro, não obriga o aspeto visual da obra a seguir determinadas condutas, dizendo-se apenas que a reprodução da obra deverá dar a impressão de movimento, conferindo uma liberdade e amplitude totais no que respeita aos meios de reprodução, captação, fixação e veiculação da obra audiovisual.

Claro está que os conceitos de obra audiovisual são sempre passíveis de algumas mutações, devido à constante evolução tecnológica que obriga este conceito a muitas metamorfoses. Além disso, será a experiência e as

dificuldades práticas que os conceitos levantam que levarão os legisladores a fazerem mais e melhor, de acordo com um processo evolutivo construtivo.

A definição por nós, agora proposta, tem como objetivo abarcar, todas as manifestações conhecidas e futuras, das obras que poderão ser chamadas de obras audiovisuais. Pensamos que a existência de um conceito elaborado tendo por base estes moldes, poderá constituir uma doutrina útil de modo a que se possa estabelecer em concreto o que é uma obra audiovisual, fazendo dissipar eventuais dúvidas que estejam em torno do conceito. Tal clarificação permitirá posteriormente pensar no seu regime jurídico de um modo mais empírico, construindo-se um modelo de tutela que tenha relevância prática nas questões jurídicas ou contratuais que se levantem em torno deste tipo de obras.

De acordo com o nosso entendimento atual, a obra audiovisual **é a obra intelectual realizada por um conjunto de pessoas físicas, os coautores, ou por um autor singular, que de modo original, se socorrem de um conjunto de meios e técnicas diversificadas, de modo a obter um enredo real ou ficcional criativo, com vista ao entretenimento, que se irá materializar num dos seus tipos ou subtipos, e que visam estimular os sentidos e/ou os sentimentos dos seus espetadores, expressas mediante um conjunto de imagens associadas em movimento, ou que sugiram movimento, acompanhadas de sons, sejam estes ou não diálogos, imagens essas, que poderão, ou não, ser dotadas de animação, sendo passíveis de ser fixadas em qualquer suporte analógico ou digital, que permita a sua projeção/reprodução por qualquer aparelho ou meio adequado a esse fim.** Passemos a explicar os elementos que compõem o nosso conceito e a essencialidade dos mesmos para a definição.

Começemos pela referência que efetuamos ao fato de as obras audiovisuais serem realizadas por um conjunto de pessoas físicas ou por uma pessoa singular. Esta menção é importante pelo simples fato de as obras audiovisuais não poderem ser realizadas por pessoas coletivas, desde logo porque estas são desprovidas de intelecto. A intelectualidade, característica própria dos seres humanos, é o berço das obras audiovisuais, na medida em que estas têm a sua origem material na razão humana. Normalmente, é necessário que uma pluralidade de pessoas, ou seja, vários coautores, realizem esse trabalho, dada

a criação da obra e a sua materialização, serem um projeto complexo. Regra geral, esse trabalho não é realizado por uma única pessoa singular, mas existem situações excepcionais, em que uma única pessoa consegue, sem o auxílio de ninguém, realizar sozinha todo o trabalho envolvido na criação e realização de uma obra desta natureza. Claro está que a obra audiovisual que resulta do trabalho desse *self made man*, será uma obra que revestirá características simples, e não dotadas de grande complexidade. Embora seja raro uma única pessoa criar e realizar uma obra audiovisual, tal é possível, conforme já referimos anteriormente, daí entendermos ser verosímil essa consideração no âmbito da nossa definição.

No que respeita à referência de originalidade, apesar de já termos referido que esta poderá variar consoante estejamos perante obras originárias ou derivadas, esta deverá existir tanto na conceção da obra audiovisual, como na sua execução, não obstante esta originalidade poder ser considerada como uma originalidade de “*geometria variável*”⁸⁵⁹. Esta geometria variável advém do fato de não ser necessária uma novidade total na concretização do processo criativo. Até mesmo porque existem obras que se baseiam em obras preexistentes, sejam estas ou não audiovisuais, o que poderá tornar esta originalidade numa novidade relativa. Se uma obra não é original, poderemos incorrer numa violação de direitos de autor que se materializa no plágio⁸⁶⁰, o que torna importante a sua inclusão no nosso conceito.

Quanto ao fato de estabelecermos a necessidade de os coautores se socorrerem de um conjunto de meios e técnicas diversificadas, aqui pretendemos que esta referência genérica, permita que não se retire a qualificação como obra audiovisual, a uma obra pelo simples fato de esta não reunir os meios e técnicas comumente utilizadas na realização da maioria das obras audiovisuais. Além do mais, este conceito indeterminado e abstrato permitirá adaptar-se à evolução tecnológica que possa vir a realizar-se no futuro, o que dá a este conceito uma intemporalidade, que lhe permite adaptar-se também às novas tecnologias, sem que se torne obsoleto. Nesta previsão

⁸⁵⁹ Neste sentido, VITTORIO M. DE SANCTIS in *La protezione delle opere dell'ingegno*, Giuffrè Editore, Milano, 2004. pp. 241-395 e MARIA VICTÓRIA ROCHA in “Contributos para a delimitação da originalidade como requisito de protecção da obra pelo direito de autor” in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor António Castanheira Neves*, Coimbra Editora, Volume II, 2008, p. 733-792.

⁸⁶⁰ Vide JULIO GUERRERO ZAPLANA, “Los delitos contra la propiedad intelectual” in *Protección de la obra audiovisual*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pp.17-48.

de recurso dos coautores a um conjunto de meios e técnicas diversificadas, queremos aqui também incluir o importante trabalho realizado pelos técnicos audiovisuais, sem o qual a obra nunca se materializaria.

A necessidade de existir, um enredo real ou ficcional criativo na obra audiovisual, deriva do fato de muitas obras recorrerem a elementos reais que lhes servem de base, sem que toda a história que é contada derive exclusivamente de um trabalho ficcional que implica uma imaginação profícua. O enredo será assim a “história” ou o “ambiente” que os coautores pretendem que seja percebido no resultado final da obra.

Mais importante do que a consideração se o enredo poderá ser real ou ficcional, será a necessidade de este, independentemente da sua origem, ser criativo. Como já referimos anteriormente, a criatividade ou originalidade advém de um conjunto de “valores secretos” que através da inspiração dada por diversas fontes aos coautores da obra, lhes permitem transformar valores abstratos que se irão materializar numa base original (o enredo), que posteriormente irá permitir que a obra se materialize numa forma perceptível para os sentidos. Daí a importância da criatividade para a concretização de um enredo original.

Ao referirmos que a obra audiovisual tem em vista o entretenimento, pretendemos determinar, que esta é a finalidade e objetivo principal, que a obra audiovisual pretende atingir. Ao referirmos que a finalidade da obra é o entretenimento, estamos automaticamente a assumir a necessidade de a mesma chegar até ao seu público. Ao contrário do que entendem alguns autores, a obra audiovisual não tem como finalidade “ser mostrada” ao público, nem tão pouco informar o público. O fato de a obra audiovisual ser “exibida” ou “mostrada” perante o seu público, é uma consequência da sua finalidade que é o entretenimento de todos aqueles que a veem⁸⁶¹. Assim sendo, a exibição da obra é o modo pelo qual se concretiza a sua finalidade, e não a sua finalidade em si mesmo. O entretenimento, enquanto finalidade da obra audiovisual, permite abarcar todo o tipo de obras audiovisuais típicas e atípicas que hoje conhecemos, nomeadamente, as obras multimédia, cujo *user interface* será

⁸⁶¹ Não obstante a nossa posição, alguns autores defendem que a finalidade da obra audiovisual é apenas e só ser mostrada. Neste sentido CONCEPCIÓN SAIZ GARCIA in *Obras Audiovisuales y Derechos de Autor*, Aranzadi, Navarra, 2002, pp.48-65. A posição adotada pela autora tem como fundamento a definição apresentada na lei Espanhola, mais concretamente no artigo 86 TRLPI.

passível de proteção enquanto obra audiovisual. Além disso, permitirá distinguir as obras audiovisuais, dos programas informativos, nomeadamente dos programas televisivos de informação, que consideramos não enquadráveis no conceito de obra audiovisual, nomeadamente não encaixáveis, no seu tipo, obras televisivas, pelos motivos que anteriormente referimos.

Relativamente à referência por nós realizada de que a obra audiovisual terá que materializar-se num dos seus tipos ou subtipos, e que visam estimular os sentidos e/ou os sentimentos dos seus espetadores, este é um elemento que remete para a necessidade de exteriorização da obra numa das suas manifestações, sejam estas conhecidas ou não na atualidade. A referência ao estímulo dos sentidos e/ou sentimentos dos seus espetadores, significa que a materialização da obra deverá ter um significado, perceptível para o seu público, enquanto produto final, ou seja, enquanto obra exteriorizada e materializada.

A obrigatoriedade da obra audiovisual ser expressa mediante um conjunto de imagens associadas em movimento, ou que sugiram movimento, acompanhadas de sons, sejam estes ou não diálogos, deriva, desde logo, da sua natureza jurídica, ou seja da necessidade de conjugação e da fusão do elemento “audio” com o elemento “visual” que necessariamente compõem a obra. No que respeita ao elemento “visual”, é imperativo para a existência de uma obra, que exista um conjunto de imagens, já que uma única imagem, não poder abarcar todo o aspeto visual de uma obra audiovisual. No que respeita ao movimento das referidas imagens, este é um elemento que transmite uma sensação de ação e de evolução do enredo da obra, pelo que se não existir movimento, deverá pelo menos existir sugestão do mesmo, de modo a que as imagens permitam a concretização de um enredo contínuo⁸⁶². A necessidade de as imagens serem acompanhadas de sons, sejam estes ou não diálogos, deriva do fato de todas as obras desta natureza terem uma parte sonora associada, ainda que se trate de obras mudas, que deste modo, também poderão ser enquadradas, como obras audiovisuais. Nem que sejam sons residuais, todas as obras audiovisuais, não poderão existir sem som, qualquer

⁸⁶² A referência feita no nosso conceito de obra audiovisual ao conjunto de imagens associadas em movimento ou que sugiram movimento, tem uma influência marcadamente francesa, já que o legislador, e a doutrina francesa, dão extrema importância ao referido elemento, que consideram ser a base essencial deste tipo de obras.

que ele seja. Além disso, regra geral, exige-se a existência de uma sincronização entre os elementos “visual” e “sonoro”.

A referência ao fato de as imagens poderem ou não ser dotadas de animação, permite-nos chamar para o conceito de obra audiovisual, alguns dos seus tipos, que poderiam estar na linha de fronteira da consideração, como sendo audiovisuais, como é o caso das obras audiovisuais informatizadas, dos jogos 3D e dos desenhos animados, que denominamos de obras audiovisuais atípicas, mas que pelas suas características, entram no conceito de obra audiovisual com toda a legitimidade. Ao mesmo tempo esta liberdade concedida ao fato de as imagens poderem ou não ser animadas, permite não obrigar qualquer obra audiovisual a ser dotada de características, que os seus coautores poderão não crer associar-lhes, apesar de, não obstante, essa opção, elas devam continuar a ser consideradas como obras audiovisuais.

A consideração de que a obra audiovisual poderá ser passível de ser fixada em qualquer suporte analógico ou digital, não restringe o tipo de suporte em que esta se vai fixar. Isto significa que o suporte no qual este tipo de obras se vai fixar, poderá ser indistintamente um suporte material ou imaterial. Esta conceção permitirá proteger também enquanto obras audiovisuais ou como suas reproduções, obras fixadas em suportes virtuais. Tal abertura concetual permitirá não só a fixação da obra num suporte atualmente conhecido, ou noutra que eventualmente possa vir a ser inventado. Uma coisa é certa, independentemente do suporte escolhido para a fixação da obra, este deverá permitir que a obra seja projetada ou reproduzida por qualquer aparelho adequado a esse fim, independentemente da sua natureza atual ou futura. Deverá assim ser possível que a obra audiovisual seja passível de ser projetada num ecrã de cinema, de televisão, de um computador, *tablet* ou numa qualquer superfície plana adequada para o efeito⁸⁶³.

⁸⁶³ Esta nossa referência tem uma influência marcada pela doutrina britânica que considera como elemento essencial da obra audiovisual o *screen display*. Concordamos que a exibição em ecrã é um elemento muito importante deste tipo de obras. No entanto fazemos uma interpretação extensiva deste *screen display*, considerando também que a obra audiovisual poderá ainda ser exibida numa qualquer superfície plana, além dos ecrãs de um qualquer dispositivo. Isto porque não raras vezes as obras audiovisuais poderão ser projetadas numa parede, com recurso a um computador e a um videoprojetor, no qual o ecrã é aquela superfície plana onde a obra é projetada.

Independentemente das definições que se possam atribuir à obra audiovisual, é inegável que esta deverá ser considerada como uma “obra de arte global” (*Gesamtkunstwerk*)⁸⁶⁴.

Se atendermos ao significado etimológico da palavra autor, verificamos que autor que deriva do latim *auctor*, -oris significa de um modo geral, aquele que cria ou produz (apenas por faculdade própria), a pessoa que escreve uma determinada obra, o artista que faz um trabalho, aquele que inventa ou é causa primeira de uma coisa⁸⁶⁵. A primeira referência feita na nossa sociedade ao autor, enquanto sujeito criativo, derivou da necessidade de atribuir a origem de um determinado trabalho intelectual que levou à criação de um texto em concreto, a uma determinada pessoa.

De fato, os coautores da obra audiovisual, são aqueles que realizam um trabalho intelectual com vista a fundir-se na obra final. Estes começam por produzir um trabalho intelectual tendo em vista uma determinada intenção, que irá ser expressa através de uma múltipla atividade autográfica na qual estes sujeitos inserem uma perspectiva imbuída de traços únicos da sua personalidade, emprestando-lhe para isso a sua linguagem, de modo a que esse trabalho possa ser executado. O autor é assim a pessoa física que é anterior e exterior à obra, e o sujeito na qual reside a essência original desta. Os coautores encontram-se num papel de supremacia hierárquica, que deixará de existir assim que os seus contributos, se mesclam com os demais e a obra é trazida à vida. Ser coautor da obra audiovisual, coloca o seu sujeito num plano transcendental, no qual este através de um processo de interiorização, dará um aspeto humano à obra. Esse aspeto humano, deriva da capacidade do coautor conceber a obra, utilizando para tal conceção, mecanismos próprios de escolha e seleção, que lhe permitirá criar uma narrativa dotada de uma total autonomia imaginativa. Os motivos em que se funda cada coautor, para a realização do seu trabalho, e os seus meios próprios de enredar o seu trabalho criando efeitos de originalidade e inovação, vão espelhar e materializar-se, num produto final fruto de uma consciência difusa formada por um conjunto de

⁸⁶⁴Cfr. WINFRIED BULLINGER in *Beck'sche Formularsammlung zum gewerblichen Rechtsschutz mit Urheberrecht*, C. H. Beck, Berlin, 2009.

⁸⁶⁵Vide Dicionário de língua Portuguesa Priberam, disponível em <http://www.priberam.pt/dlpo/autor>.

peessoas que se reuniram para a criação de uma determinada obra audiovisual que será propriedade intelectual de todos eles.⁸⁶⁶

Falar em autoria das obras audiovisuais é, necessariamente, e na maioria dos casos, falar no plural. Não obstante as concepções da obra audiovisual como obra coletiva, e com as quais estamos em total desacordo, a autoria da obra audiovisual é obrigatoriamente partilhada por um conjunto de pessoas, ou seja, os coautores da obra, dada a sua natureza jurídica, fazer delas obras em colaboração. Além do fato de só poderem ser considerados como coautores as pessoas físicas que desenvolvem uma atividade intelectual criativa relevante que contribua para a criação intelectual original da obra final.

No entanto, convém salientarmos, que os coautores de uma determinada obra audiovisual (se atendermos à medida da sua autoria real), têm direitos com amplitudes diferentes, consoante a importância criativa do seu contributo para o resultado final. Contudo, esmiuçar tais amplitudes de direitos, seria passível de criar um tal grau de litigância entre os coautores da obra, que dificilmente se realizariam obras novas. Ademais, estabelecer tal diferenciação entre contributos, levaria a que fosse extremamente complexo fazer uma distribuição de direitos de autor, consoante a utilização a dar à obra por terceiros. Assim sendo, por imperativos de funcionalidade prática, fcciona-se a igualdade de todos os contributos, não obstante, se reconheça que na realidade, os contributos individuais de cada um para a criação do todo ontológico que é a obra audiovisual, são manifestamente diferentes. Porém essa ficção de igualdade entre todos os contributos é feita sem que existam grandes choques doutrinários. Tal pacificidade deriva do fato de, na maioria das vezes, os contributos, embora diferentes, não serem utilizados individualmente, dependendo necessariamente dos demais para que possam existir enquanto obra. Além disso a legislação prevê a possibilidade de exploração em separado dos contributos que se possam autonomizar enquanto obra⁸⁶⁷, o que permite equilibrar o sentido de justiça para todos os coautores. Existe, porém, um conjunto de sujeitos dos quais não nos podemos esquecer que são os titulares de direitos de autor.

⁸⁶⁶ Neste sentido JOSÉ FRANCISCO SERAFIM in *Autor e Autoria no Cinema e na Televisão*, Editora da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2009.

⁸⁶⁷ Vide artigo 135.º do CDADC.

Ser titular de direitos de autor não significa obrigatoriamente ser coautor da obra audiovisual. Desde logo, porque, à morte dos coautores de uma determinada contribuição específica, que é parte integrante da obra audiovisual, os titulares de direitos de autor sobre as mesmas são os seus sucessores legais que, apesar de não serem os criadores da obra, serão titulares de direitos sobre as mesmas⁸⁶⁸. Outro caso de titularidade de direitos sobre a obra audiovisual, sem que esta signifique que esse sujeito é coautor da obra, é o caso dos cessionários da parte patrimonial dos direitos de autor. No caso de os coautores da obra cederem temporariamente a exploração económica a terceiros devido a uma relação contratual com estes estabelecida, estes poderão temporariamente, ser titulares de direitos de autor sobre a obra, assim como o será o Estado, a partir do momento em que a obra caia no domínio público. No entanto estes titulares de direitos não poderão esquecer que deverão cumprir a missão de preservar a integridade da obra, devendo sempre velar pelo reconhecimento da paternidade da mesma, dado que estes conteúdos morais são intemporais para os coautores da obra.

Existe uma necessidade generalizada de criar um conceito amplo de coautor da obra audiovisual, que estabeleça os requisitos básicos dessa condição. Deverá também, fazer-se uma referência específica a quem poderão ser os titulares de direitos de autor, nos casos em que estes não sejam coautores da obra e qual a extensão dos seus poderes.

A coautoria implica uma cumplicidade não só no processo de criação das obras audiovisuais, como também na gestão dos seus direitos. No fundo a fusão dos contributos individuais de cada coautor, vai criar um vínculo eterno entre todos os coautores da obra que ficarão indissociavelmente ligados a esta. Deverá por isso mesmo, existir uma sincronização de direitos e deveres, comuns a todos os sujeitos que poderão ser considerados como coautores da obra. Esses direitos e deveres deverão respeitar o princípio da comunhão de interesses, no qual as decisões sobre todas as questões que envolvam a obra deverão ser tomadas de comum acordo.

A coautoria da obra audiovisual deverá ser necessariamente considerada como uma autoria real, na medida em que a mesma resulta, da materialidade fática

⁸⁶⁸ Pelo menos até 70 anos após o falecimento do último dos coautores, prazo findo o qual a obra cai no domínio público.

da concretização da obra. Nunca a coautoria da obra audiovisual poderia ser considerada como uma coautoria convencional, ou seja, dependente da vontade das partes. Isto porque isso, vedaria a geração espontânea de direitos que advém do ato de criação da obra para aqueles que de fato, são os seus coautores. Alguns autores defendem que a coautoria deveria ser ficcionada na pessoa do produtor, atribuindo-lhe assim um caráter convencional⁸⁶⁹. Entendemos que a natureza jurídica dos direitos de autor é contra essa ficção legal que permitiria uma coautoria convencional. Ninguém se poderá substituir aos criadores que de fato deram origem à obra, e que estes sim são os titulares originários dos direitos de autor. A relação que o produtor estabelecerá com a obra, se os coautores assim o entenderem, é uma relação contratual de cessão do conteúdo patrimonial dos direitos de autor e nada mais do que isso. Isto porque os direitos de autor, deverão ser considerados como direitos de propriedade, não obstante essa propriedade revestir características especiais dado que versa sobre uma propriedade imaterial, só os seus proprietários, ou seja, os coautores, da obra é que poderão fruir e dispor da mesma de modo exclusivo, embora com algumas limitações. O enquadramento dos direitos de autor como direitos de propriedade permite-lhes “em certa medida” serem negociáveis. Referimos “em certa medida”, porque existe uma parte indisponível dos direitos de autor, nomeadamente a sua vertente moral que não é passível de qualquer negociação. Ademais, mesmo relativamente ao conteúdo patrimonial do direito, também este terá algumas limitações, já que não poderá existir uma verdadeira transmissão dos mesmos, mas apenas uma cessão ou oneração deste conteúdo tanto na esfera da propriedade intelectual como na esfera da propriedade industrial.

⁸⁶⁹ Os defensores desta teoria serão todos aqueles que entendem que a obra audiovisual é uma obra coletiva, posição com a qual não nos identificamos.

Conclusões

As conclusões que apuramos no nosso estudo tem o seu reflexo em diferentes dimensões, no que toca às obras audiovisuais.

A primeira conclusão deriva da necessidade de tratar as obras audiovisuais enquanto obras autónomas dotadas de uma natureza própria e não como o apêndice das obras cinematográficas ou como o “parente pobre” das obras multimédia. A necessidade de desvinculação da obra audiovisual das obras cinematográficas impõe-se pela maior dimensão que assume. O encarceramento do conceito de obra audiovisual a definições altamente restritivas deve-se ao fato de se atenderem apenas e só a elementos estruturais, quando se pretende fazer a sua qualificação e caracterização, em vez de se atender ao seu conteúdo real. Agregada a esta visão estrutural, do conceito de obra audiovisual, verificamos que a generalidade dos legisladores internacionais⁸⁷⁰, atende ao fator histórico de a primeira manifestação de obra audiovisual, ter sido a obra cinematográfica, continuando por isso a confundir o todo com a parte, ao continuar a dar uma supremacia concetual à obra cinematográfica, que nada mais é do que uma das manifestações de obra audiovisual, na atualidade. Estranho é o fato de existir uma cegueira quase que generalizada, acerca da real importância das obras audiovisuais nas sociedades modernas atuais. No fundo, estes tipos de obras fazem parte, de um tal modo intenso, das nossas vidas, que elas são encaradas como um dado adquirido, ao qual não se atribui grande importância jurídica, sob o ponto de vista dos direitos de autor. Referimo-nos, em concreto, aos direitos de autor, por causa da preocupação que quase todos os ordenamentos jurídicos à escala global têm com a tutela referente à exploração económica deste tipo de obras, que movem milhares de milhões de euros. Ou seja, exacerba-se a tutela económica das obras audiovisuais e ignora-se quase que por completo a sua tutela no que se refere aos direitos de autor, com consequências graves para a esfera jurídica daqueles que poderão ser considerados como os seus coautores.

Por vezes respeita-se mais as marcas que derivam das obras audiovisuais em sede de propriedade industrial, do que a obra em si mesma.

⁸⁷⁰ Com exceção feita aos regimes jurídicos Espanhol e Brasileiro, muito mais visionários e desprendidos de protótipos preconcebidos do conceito de obra audiovisual.

É urgente, por isso mesmo, alterar os pressupostos de tutela das obras audiovisuais, devendo redimensionar-se a classificação dogmática existente, para que existia uma tutela mais eficaz de todos os quadrantes em que se move este tipo de obras. Contudo, parece que esse redimensionamento só poderá operar se a doutrina existente nos vários países, que trata estas questões, consiga de forma convincente influenciar o legislador, apresentando-lhe argumentos válidos, para que as alterações dos pressupostos de tutela sobre as obras audiovisuais possam ser realmente percebidas e concretizadas. Parece assim imperioso que no nosso ordenamento jurídico, deverá proceder-se a uma reestruturação do regime jurídico da obra audiovisual que poderá ser feita: i) pela alteração da Secção IV do CDADC, artigos 124.º a 140.º, com epígrafe “*Das obras cinematográficas*”, visto que esta secção só se preocupa com interesses economicistas relacionados com as obras desta natureza, além de impropriamente lhes chamar obras cinematográficas; ou ii) pela criação de um diploma legal de raiz no qual se estipulasse o regime jurídico essencial das obras audiovisuais no qual se identificassem claramente todos os aspetos relevantes para a proteção deste tipo de obras e dos seus coautores.

Dentro desses aspetos, teria obrigatoriamente que se estabelecer: um conceito abrangente de obra audiovisual; os elementos essenciais que compõem estas obras; a classificação da obra como sendo uma obra feita em colaboração; a criação de um conceito amplo de coautores da obra e sua distinção dos técnicos; os prazos de proteção dos direitos de autor tendo em conta todos aqueles que poderão ser considerados como coautores da obra; a indicação dos tipos conhecidos de obras audiovisuais e suas respectivas definições; a distinção entre obra audiovisual original e derivada; a proteção do título da obra; as regras e condições para a modificação, transformação, ampliação, abreviatura e adaptação; as regras para a realização de pantomimas de obras audiovisuais preexistentes; a identificação do conteúdo dos direitos de autor; os contratos celebrados entre os coautores e terceiros e suas condicionantes; os meios de retransmissão da obra. Vejamos em detalhe, cada um destes aspetos, de suma importância, em qualquer regime legal que pretenda dar uma proteção minimamente eficaz às obras audiovisuais.

No que respeita ao conceito amplo de obra audiovisual, este teria sempre que ter por base determinadas premissas básicas, que indicamos no conceito de obra que propomos no nosso trabalho:

O conceito de obra audiovisual deve ter em conta que poderá ser assim considerada, toda a obra intelectual realizada por um conjunto de pessoas físicas, os coautores, ou por um autor singular, que de modo original, se socorrem de um conjunto de meios e técnicas diversificadas, de modo a obter um enredo real ou ficcional criativo, com vista ao entretenimento, que se irá materializar num dos seus tipos ou subtipos, e que visam estimular os sentidos e/ou os sentimentos dos seus espetadores expressas mediante um conjunto de imagens associadas em movimento, ou que sugiram movimento, acompanhadas de sons, sejam estes ou não diálogos, imagens essas, que poderão, ou não, ser dotadas de animação, sendo passíveis de ser fixadas em qualquer suporte analógico ou digital, que permita a sua projeção/reprodução por qualquer aparelho ou meio adequado a esse fim.

Além do estabelecimento do conceito de obra audiovisual, será necessário identificar especificamente os seus elementos essenciais de modo a poder determinar qual o seu objeto. Desses elementos terão obrigatoriamente que fazer parte: i) a existência de imagens associadas em movimento ou que sugiram movimento; ii) a existência de sons ligados e sincronizados com essas imagens; iii) a possibilidade de as imagens serem fixadas em qualquer suporte; iv) a obrigatoriedade dessas imagens e sons serem expressas para que possam ser projetadas ou reproduzidas por qualquer meio; v) a existência de criatividade ou de originalidade.

A criatividade/originalidade materializa-se na atividade intelectual livre, descomprometida e individual de cada sujeito, desenvolvida para a obtenção da obra final, na qual se tem por objetivo “produzir algo do nada”. Essa produção ocorre, tendo como ponto de partida o conjunto de “valores secretos” dos coautores que através da sua produção cognoscível, e que reflete a sua subjetividade, vão utilizar o seu conhecimento (que obtiveram de um conjunto de sensações transitórias e concretas, fruto da sua experiência), na realização de uma determinada obra. A criatividade/originalidade reside na concretização dessa atividade intelectual criativa. A criatividade/originalidade das obras audiovisuais poderá ter uma geometria variável, na medida em que desde que

a obra se distinga daquilo que é banal, poderá ser protegida pelos direitos de autor, pelo que a sua amplitude estará confinada à discricionariedade dos seus coautores. Deverá, pois, também distinguir-se neste âmbito o que poderá ser considerado como criatividade/originalidade absoluta e relativa. Assim sendo entender-se-á como criatividade/originalidade absoluta aquela em que a criatividade que foi utilizada para concretizar uma determinada obra audiovisual vai manifestar-se como uma novidade total, sendo verdadeiramente autêntica. No que respeita à criatividade/originalidade relativa, esta deverá ser entendida como aquela em que o processo criativo dos coautores, para a alcançar, se baseou numa qualquer obra preexistente, independentemente do seu género, na qual existirá uma inovação ou novidade parcial, dado que se baseia numa obra preexistente.

Este regime jurídico de raiz deveria ainda identificar concretamente a obra audiovisual, como obra feita em colaboração, nos termos do artigo 17.º do CDADC, na medida em que a obra audiovisual é composta por uma pluralidade de contribuições realizadas pelos seus coautores. Entendemos que a obra audiovisual deverá ser considerada como sendo uma obra em colaboração e não uma obra coletiva por várias ordens de razões. Em primeiro lugar porque a autoria da obra audiovisual não pode, regra geral, ser entregue apenas a uma pessoa. Além disso, na obra coletiva a lei fala em pessoa singular ou coletiva, sendo certo que uma pessoa coletiva não poderá ser considerada como titular de direitos de conteúdo moral, próprios dos autores, na medida em que não é dotada de razão e pensamento criativo. Ademais, na obra feita em colaboração, os coautores aparecem necessariamente todos numa posição de igualdade e se assim não for tal desigualdade deverá ser reduzida a escrito nos termos do n.º 2 do artigo 17.º do CDADC. Dado ainda que os direitos de conteúdo moral dos coautores são irrenunciáveis, inalienáveis e intransmissíveis, não nos parece que a ficção legal de autoria, com o produtor que representará os coautores através de um mandato, seja uma solução aceitável. Aliás, atribuir direitos de autor a um sujeito através de uma ficção legal, no âmbito de uma obra que é fruto da atomização dos contributos de um conjunto de pessoas, é inaceitável na medida em que a propriedade intelectual não se ficciona. Os coautores da obra pelo trabalho artístico e criativo que desenvolvem têm que ser reconhecidos. Ao contrário do produtor da obra, que

em Portugal é o empresário financiador da mesma. Se o produtor fosse o realizador, e como tal coautor da obra, aí poderíamos equacionar a possibilidade de as obras audiovisuais serem obras coletivas, embora, isso colocasse este coautor numa posição de supremacia em face dos demais, mas na nossa realidade nacional, o produtor nunca é o realizador da obra. Se as obras audiovisuais fossem consideradas obras coletivas, isso influenciaria negativamente a duração dos direitos dos coautores, visto que o artigo 34.º do CDADC em parte alguma refere a figura do produtor. Além do mais, o artigo 19.º n.º 1 refere que os direitos de autor são atribuídos à pessoa em nome de quem a obra tenha sido divulgada, sendo certo que não é obrigatório que a obra audiovisual seja divulgada para poder ser protegida. Se aceitássemos que a obra audiovisual fosse uma obra coletiva, teríamos um problema adicional. Se numa determinada obra não existisse produtor, quem é que seria o titular dos direitos de autor sobre aquela obra? A ausência de resposta a esta questão é mais uma das razões pelas quais a obra audiovisual deverá ser considerada como sendo uma obra em colaboração. A obra audiovisual é uma obra em colaboração, desde logo porque são os contributos individuais de cada um que criam o todo único da obra, sendo que ao atendermos à letra do artigo 17.º do CDADC, os direitos de autor sobre a obra, pertencem na sua unidade, a todos aqueles que colaboraram enquanto seus coautores, para a sua realização, que partilham de uma compropriedade sobre a obra. A atribuição de direitos de autor permitida pelo regime da obra em colaboração é também mais justa e transparente na atribuição dos direitos de autor a cada um dos coautores da obra audiovisual, na medida em que essa atribuição é realizada de acordo com o legalmente estabelecido. Por sua vez o regime jurídico das obras coletivas faria depender a atribuição dos direitos de autor sobre a obra audiovisual, do acordo das partes, dependendo assim do princípio da liberdade contratual e daquilo que fosse acordado entre produtor e coautores, o que vai contra a raiz legal de atribuição de direitos de autor. Esta consideração da obra audiovisual, como obra em colaboração, permite assim, garantir uma maior proteção e tutela dos direitos dos coautores da obra.

No que respeita à criação de um conceito amplo de coautor da obra audiovisual, esta parece-nos uma questão de suma importância para que a atribuição dos direitos de autor sobre a obra, seja feita para aqueles que de

fato devam ser considerados como os coautores da mesma. A importância desta questão, deve-se ao fato de os direitos de autor deverem ser considerados como direitos de índole intelectual e pessoal, na medida em que eles são uma consequência direta da capacidade e criatividade mental dos seus autores, na medida em que a sua criação original, deriva da utilização e manutenção da capacidade intelectual própria de um sujeito⁸⁷¹, que no caso das obras audiovisuais se vai coligar com outras criações e formar a obra em si mesma. Assim revela-se muito importante identificar e definir claramente quem poderão ser os coautores da obra audiovisual. No entanto, tal identificação e definição não poderá ser restrita, na medida em que cada vez mais os avanços tecnológicos, nos permitirão ter novos sujeitos a serem merecedores de serem considerados como coautores além daqueles que atualmente serão os mais conhecidos e unanimemente aceites pelas legislações e pela doutrina, como sendo merecedores da atribuição de tal qualidade. Assim sendo, deveria determinar-se que poderão ser considerados nomeadamente como coautores o realizador, o autor do argumento ou da adaptação, o autor dos diálogos e o autor das músicas ou banda sonora da obra. Além destes coautores, que deveriam surgir numa lista meramente exemplificativa, deveria referir-se que podem também ser considerados como coautores, todas as pessoas físicas que desenvolvam uma atividade intelectual criativa relevante, que contribua para a criação intelectual original da obra. Nesta definição, deveria ainda indicar-se quem será considerado como técnico da obra audiovisual, devendo definir-se como tal todos os sujeitos que auxiliem os coautores da obra a realizarem empiricamente a mesma, estando dependentes das ordens, instruções e direções que lhes sejam dadas pelos coautores, sem que possam dar à obra audiovisual um cunho de pessoalidade independente, sendo por isso retribuídos. Tal definição e distinção permitirão clarificar e atribuir de forma pacífica *ab initio* os direitos de autor sobre a obra audiovisual, àqueles que verdadeiramente deverão ser considerados como os criadores da obra, merecedores de tal qualificação. Neste âmbito deveria ainda referir-se que poderão ser titulares de direitos de autor, os sucessores legais dos coautores,

⁸⁷¹ Os direitos de autor não podem ser considerados em si mesmo como direitos de personalidade na medida em que nem todas as pessoas são autoras, pelo que tal condição não é essencial à existência das pessoas físicas, ao contrário do que acontece com os direitos de personalidade em si mesmos.

assim como os cessionários titulares de direitos que lhes foram atribuídos pela cessão especial do conteúdo patrimonial dos seus direitos de autor, que os coautores permitem a terceiros pela via negocial.

Após a definição de um conceito de coautores nestes moldes, o prazo de proteção dos direitos de autor previsto atualmente no artigo 34.º do CDADC, teria que obrigatoriamente ser 70 anos após a morte daqueles que possam ser considerados como coautores da obra, não se indicando quem poderão ser esses sujeitos, na medida em que a sua determinação deverá ser feita caso a caso, consoante o critério geral estabelecido, de quem poderá ser considerado como coautor da obra audiovisual em concreto.

Em alternativa a este prazo de proteção, dado o crescente número de obras órfãs, os coautores das obras audiovisuais, a fim de evitar que a sua obra pudesse num futuro distante transformar-se numa obra na qual não se conhecem ou em que não são localizáveis algum ou vários dos seus coautores, poderiam optar por fazer uma inscrição inicial dos direitos de autor que deveria ser renovada periodicamente pelos titulares dos direitos, o que em teoria poderia ser perpétuo. Porém, essa inscrição e renovação dos direitos obrigaria os seus titulares a uma exploração efetiva da obra, cuja renovação de direitos implicaria o pagamento de uma taxa que aumentaria progressivamente ao longo dos anos. Assim só as obras efetivamente exploradas pelos titulares de direitos permaneceriam na exclusividade dos direitos de autor, passando todas as demais para o domínio público, adotando-se assim de forma opcional a *teoria Landes e Posner* no nosso ordenamento jurídico.

A reestruturação legal da obra audiovisual nunca ficaria completa, sem que se determinassem quais aqueles que poderão ser considerados como os tipos conhecidos de obras audiovisuais e suas respetivas definições. Assim sendo deveria determinar-se que dentro das obras audiovisuais poderão identificar-se: as obras cinematográficas, as obras televisivas, as obras videográficas, as obras multimédia protegidas enquanto manifestação de obra audiovisual, as obras audiovisuais informatizadas, os videoclips e os desenhos animados. Devendo ainda fazer-se uma especial referência às obras incompletas ou às obras amadoras, independentemente do tipo de obra audiovisual que estas possam integrar.

Dentro das obras cinematográficas, que deverão ser definidas como aquela que aparece fixada numa matriz material ou imaterial, que é realizada e pensada para ser exibida em ecrãs de cinema, na qual os argumentistas elaboram o guião e a narrativa do enredo que pretendem criar, baseando-se para isso numa ideia dotada de originalidade absoluta ou relativa. O realizador tendo como suporte o argumento e os diálogos, coordena as cenas durante as filmagens, desdobrando-as em planos de modo a que conjuntamente com o diretor fotográfico, possam trabalhar o movimento das câmaras e as suas sequências lógicas. Após o trabalho realizado durante as filmagens, será adicionado ao material daí obtido, a banda sonora escolhida ou criada para o efeito, existindo casos em que a banda sonora poderá ser incorporada em simultâneo com o trabalho realizado durante as filmagens, que poderão inclusivamente servir de mote para a criação de um determinado enredo narrativo. Dentro do tipo obras cinematográficas deveremos distinguir os subtipos: documentário cinematográfico de criação, obras cinematográficas de animação, curtas metragens, longas metragens e os filmes musicais. Os documentários cinematográficos deveriam ser definidos como a obra cinematográfica que contenha a análise original de qualquer aspeto da realidade, à qual se poderá ou não acrescentar alguma fantasia, e não possua carácter predominantemente noticioso, didático ou publicitário, e cujo objetivo além do entretenimento, seja a comunicação de um fato histórico, cultural ou natural. Já a obra cinematográfica de animação deveria ser definida como a obra cinematográfica, composta maioritariamente por segmentos animados de imagem a imagem, nas quais as personagens do enredo são desenhos criados para serem dotados de animação, na sua maioria, desenhos infantis, que têm como objetivo, cativar um público maioritariamente infantil. No que respeita à curta metragem esta deveria ser definida como a obra cinematográfica que tenha uma duração inferior a sessenta minutos e cujo argumento esteja de acordo com a sua duração, e a longa metragem como a obra cinematográfica que tenha uma duração superior a sessenta minutos e cujo argumento esteja de acordo com a sua duração. Relativamente aos filmes musicais estes deveriam ser definidos como a obra cinematográfica que tem como base de inspiração uma obra fonográfica, ou uma banda musical de renome que irá condicionar a criação do enredo narrativo bem como a criação das próprias

personagens que estão intimamente ligadas com as letras das obras fonográficas.

Quanto às obras televisivas, estas deverão ser definidas como as obras dotadas de criatividade substantiva que resultam do trabalho intelectual de carácter científico ou artístico, dos seus coautores, cujo processo de elaboração é semelhante ao das obras cinematográficas, no qual se retratam na maior parte das vezes situações do quotidiano comum, vivenciadas pelo seu público, podendo ser obras unitárias ou plurais, devendo fixadas previamente num suporte físico para serem difundidas por cabo, satélite ou fibra de modo a serem exibidas num ecrã de televisão. Além disso, deverão distinguir-se as obras televisivas dos programas de televisão na medida em que estes programas de índole noticiosa/informativa, *reality shows*, *talk shows*, concursos, programas desportivos, políticos, de debate e publicitária não podem ser considerados obras audiovisuais porque os mesmos são “formatos pré-determinados, aos quais falta uma criatividade substantiva⁸⁷² e originalidade que lhes permita serem tratados como obras televisivas protegidas plenamente pelo regime das obras audiovisuais, sendo a sua tutela tratada na sua essência pelo direito comercial, na medida em que estes visam atingir metas económicas e comerciais que se medem por “*shares*” e audiências. Dentro das obras televisivas temos os seus subtipos, documentário criativo para televisão, séries de televisão, telefilmes, obras televisivas de animação e telenovelas. No que respeita à definição do subtipo de obras televisivas, o documentário televisivo, deveria adotar-se a definição prevista na alínea f) do artigo 2.º do DL 25/2018 que prevê que deverá ser assim considerada “*a obra audiovisual que contenha uma análise original sobre qualquer aspeto da realidade, envolvendo um trabalho criativo e assumindo um ponto de vista de(os) autor(es)*”⁸⁷³ não se confundindo com programas noticiosos ou de reportagem”. Quanto à definição de séries de televisão, poderemos ter também como ponto de partida a definição prevista na alínea t) do mesmo artigo 2.º do DL 25/2018, retirando-lhe, contudo, a referência a alguns elementos supérfluos. Assim sendo poderemos considerar as séries de televisão como obras constituídas por um conjunto de episódios de ficção ou

⁸⁷² Sendo que a criatividade aqui existente é meramente técnica.

⁸⁷³ Parêntesis nosso.

documentário, com título genérico comum, destinados a ser difundidos de forma sucessiva e contínua, podendo cada episódio corresponder a uma unidade narrativa ou remeter para a sua continuação no episódio seguinte.

O telefilme deveria ser definido como a obra unitária de ficção, independentemente da sua duração, destinada a ter uma primeira exploração em televisão.

No que respeita ao subtipo obra televisiva de animação, este poderá ser uma obra unitária ou plural. Assim sendo quando assume a forma de obra televisiva de animação unitária, esta deverá ser definida como uma micro curta metragem com personagens feitas a partir de desenhos animados de duração normalmente inferior a dez minutos, que narram uma história ou fábula infantil isolada e cujo enredo não possui, nem permite outros desenvolvimentos. No seu enredo tem geralmente uma lição de vida ou de moral a ele associado, com o intuito de transmitir valores morais e sentimentos aos seus espetadores que na sua maioria são crianças. As obras televisivas de animação plurais são aquelas que contam uma ou várias histórias de um conjunto de personagens criadas por desenhos animados que se dividem em vários episódios de curta duração e que são exibidos individualmente. O subtipo de obra televisiva telenovela deverá ser definido como uma história de ficção desenvolvida para apresentação na televisão, dividindo-se em capítulos nos quais o seguinte é sempre continuação do anterior, sendo que o sentido geral da trama se encontra pré-definido, mas o seu desenlace não.

Relativamente à obra videográfica esta deverá ser definida como a obra audiovisual criada para ser difundida pela primeira vez em vídeo ou *dvd*. Aqui deveria ainda distinguir-se a obra videográfica, do mero videograma, na medida em que este é uma mera cópia ou registo de uma obra audiovisual de outro tipo ou subtipo, que não o videográfico.

No que concerne às obras multimédia que deverão ser protegidas também como manifestações de obras audiovisuais, devemos prever que nem todas as obras multimédia, revestirão estas características. As obras multimédia que terão proteção enquanto obra audiovisual, serão aquelas que se demonstrem tecnologicamente tão avançadas, que utilizando sistemas de inteligência artificial adaptáveis, possuem um enredo e um argumento, concretizados por imagens geradas por um computador e banda sonora, que permitem a

interpretação/execução das suas personagens por intérpretes reais, sendo que o *user interface* que chega até ao público deverá ser protegido enquanto obra audiovisual, sem prejuízo da proteção que lhe é conferida pelas obras multimédia, no que respeita à obra materialmente considerada.

No que toca às obras audiovisuais informatizadas, deverão ser assim consideradas aquelas que tem por base obras informáticas que lançam mão de obras audiovisuais já existentes ou de partes de um conjunto de imagens em movimento com ou sem acompanhamento de banda sonora nos quais se pretende obter um enredo documental ou ficcional semelhante ao das obras cinematográficas, incorporando esses elementos na sua estrutura, de tal forma que as obras informáticas passam a ser relativizadas, na medida em que só a obra audiovisual é que se destaca.

Já os *videoclips* deveriam ser definidos como os filmes originais de curta duração, compostos por um enredo representado por um conjunto de intérpretes reais ou ficcionais, que tem como objetivo primordial, impulsionar uma determinada banda musical ou música, de forma criativa, sem que o mesmo tenha carácter publicitário.

Da reestruturação legal das obras audiovisuais, deveria ainda existir uma breve referência às obras amadoras e às obras incompletas, determinando-se que as obras amadoras só poderão ter, a título de proteção pelos direitos de autor, se reunirem os requisitos suficientes para merecerem proteção, e no caso das obras incompletas, que se protegerão os contributos individuais de cada coautor, quando e se, estes contributos se consigam autonomizar da obra inacabada.

Dentro deste regime legal que consideramos necessário existir, deveria ainda distinguir-se as obras audiovisuais originais das obras audiovisuais derivadas.

A obra audiovisual original deverá assim ser considerada como aquela que surge *ex novo* e se reveste de características únicas e distintas que lhes permite diferenciarem-se das demais. É uma obra de originalidade absoluta que será composta por um enredo, um argumento, cenários reais ou ficcionais e personagens, banda sonora e eventualmente músicas, criadas de origem para aquela obra em concreto. Por sua vez a obra derivada deverá ser definida como uma obra não totalmente diferente daquela que está na sua origem e que lhe serve de inspiração, mas que surge de um processo criativo que se

materializa numa originalidade relativa, desde que os coautores da obra preexistente autorizem a sua realização.

No que respeita ao título das obras audiovisuais, a proteção que lhes deverá ser dada num novo regime legal de proteção das obras audiovisuais, deverá protegê-lo enquanto meio de identificação e distinção de uma determinada obra e não como obra em si mesmo, na medida em que este constitui um acessório da obra e que a particulariza em face das demais. Essa proteção deverá ser através de um direito conexo. Assim deverá prever-se que o título da obra audiovisual deverá ser original ao ponto de não se confundir com outra obra do mesmo género. Deverá ainda manter-se também para as obras audiovisuais em concreto, o disposto de um modo geral no artigo 4.º n.º 2 do CDADC que considera não serem alvo de proteção títulos genéricos ou usuais em determinados objetos ou géneros de obra, bem como títulos constituídos por nomes de personagens históricas, dramáticas, literárias, mitológicas e de personalidades vivas.

A reestruturação legal do regime jurídico que protege as obras audiovisuais não poderá deixar de estabelecer também, as regras e condições para a modificação, transformação, ampliação, abreviatura e adaptação. Olhemos em concreto para cada uma destas questões e para a importância da consideração das mesmas.

No que respeita à modificação da obra, esta implica a alteração de elementos estruturais da obra audiovisual como a passagem de uma obra a preto e branco para uma obra colorida, a adaptações de formatos, nas quais se modificam por exemplo obras cinematográficas para que possam ser exibidas em formato de obras televisivas através de processos apelidados de *letterboxing* e *panscanning*, a inserção de músicas ou diálogos escritos em obras mudas, a dobragem das falas dos atores de determinada obra audiovisual, a inserção e sobreposição de logótipos sobre a obra e a colocação de notas de rodapé em movimento. Todas estas modificações da obra audiovisual só poderão ser feitas com o consentimento dos seus coautores, sob pena de se afetar a integridade da obra, devendo estar proibidas toda e qualquer modificação feita à revelia dos coautores da obra.

Considerar-se-á como transformação da obra audiovisual aquilo a que comumente apelidamos como sendo um *remake*. À primeira vista, a obra

transformada poderia parecer ser uma obra adaptada, mas como não existe mudança de gênero ou de modo de transmissão essa possibilidade fica excluída. Os *remakes* deverão ser autorizados pelos coautores da obra inicial, surgindo da necessidade de reinventar e reinterpretar uma obra audiovisual antiga de sucesso, para que a mesma se possa atualizar, ou então para contextualizar uma obra audiovisual estrangeira na cultura de um determinado país.

A ampliação da obra audiovisual realiza-se pela adição de novas imagens à obra original ou através de um abrandamento do ritmo da obra original. Tal adição deverá depender do consentimento expresso de todos os coautores da obra, com exceção dos casos de restauro de obras danificadas. No entanto ainda que os coautores deem o seu consentimento a introdução de publicidade subliminar por qualquer forma na obra audiovisual deverá ser considerada como proibida.

A abreviação de uma determinada obra audiovisual implica a supressão de imagens ou legendas ou a aceleração do ritmo da obra audiovisual original, pelo que a decisão de abreviar uma obra através da realização de cortes nas mesmas ou da aceleração do ritmo da obra só poderá também ser feita com o consentimento expresso de todos os coautores da obra, com a indicação fundamentada dos motivos que levam a tal abreviação, com exceção dos casos de restauro de obras danificadas.

A adaptação é um processo que pressupõe a mudança de gênero ou uma alteração de uma qualquer obra preexistente que lhe serve de base. A adaptação consiste em extrair elementos essenciais de uma obra original absoluta para lhes dar uma nova forma, dando-se aos coautores da obra nova, uma certa discricionariedade na realização da adaptação, mas deverá existir sempre uma lealdade à obra original no que respeita aos seus elementos mais essenciais. Ademais, deverá ainda prever-se que, se a obra adaptada for objeto de uma nova adaptação, deverá existir para a sua realização, não só a autorização dos coautores desta, como também dos coautores da obra original absoluta, sob pena de esta ser irregular, e constituir uma violação dos direitos de autor de ambas as obras.

No que se refere às pantomimas de obras audiovisuais preexistentes, a reestruturação legal das obras audiovisuais, deveria determinar que, em

princípio, não será necessária a autorização dos coautores da obra parodiada para a pantomima se realizar, se esta assumir a forma de um “*sketch*”. Contudo, se esta assumir em si mesma a forma de obra audiovisual no seu formato e duração, pressupõe-se que a pantomima, assume-se, como uma obra transformada e como tal só poderá realizar-se com a autorização dos coautores da obra parodiada e mediante o pagamento de uma remuneração.

A criação de um diploma legal inovador no que respeita ao regime jurídico das obras audiovisuais deveria necessariamente fazer menção expressa ao conteúdo dos direitos de autor determinando que farão parte do conteúdo moral dos direitos de autor a paternidade e a integridade, e as faculdades de divulgação, modificação, de comunicação pública e de retirada da obra. Devendo referir-se expressamente que o conteúdo moral dos direitos de autor é inalienável, irrenunciável e intransmissível, na medida em que todos estes aspetos caracterizam a relação existente entre os coautores e a sua obra.

A paternidade e a integridade, mais do que características intemporais do conteúdo moral dos direitos de autor, deverão ser alvo de uma tutela mais detalhada. Isto porque, no que respeita à paternidade, deveria mencionar-se que esta característica própria do conteúdo moral dos direitos de autor, poderá manifestar-se em sentido positivo, quando os coautores da obra pretendem ver o seu nome associado a obra, ou em sentido negativo, se pretendem que a sua contribuição seja anónima ou associada a um pseudónimo que proteja a sua verdadeira identidade. Quanto à integridade, deverá referir-se que pelo simples fato de os coautores autorizarem a modificação da obra, tal não afetará a sua integridade, nem implicará a renúncia à mesma. Sendo certo que nas obras inacabadas a proteção conferida pela integridade, operará em relação a cada um dos contributos individuais, dado que a obra não se encontra finalizada. Devendo ainda referir-se que apesar de a integridade da obra, fazer parte do conteúdo moral dos direitos de autor, a sua violação, poderá alterar o valor de mercado da obra audiovisual, e com isso trazer consequências que afetem também o conteúdo patrimonial dos direitos de autor. No que respeita à divulgação da obra audiovisual, esta só poderá ser feita, quando os coautores de forma exclusiva, determinarem qual deverá ser a versão definitiva da obra. A divulgação da obra poderá ser feita por terceiros, se os coautores derem o seu consentimento expresso nesse sentido. A decisão de não divulgação

representa o exercício legítimo da faculdade do direito ao inédito dos coautores da obra. Relativamente à modificação, deverá mencionar-se que os coautores deverão consentir na generalidade das modificações da obra.

Relativamente à retirada da obra, deverá reportar-se, neste novo regime jurídico, que os coautores poderão a todo o tempo retirar a obra de circulação ou fazer cessar a sua utilização, independentemente dos motivos que levam os coautores a tomar tal decisão, desde que estes indemnizem todos aqueles que forem prejudicados com a retirada da obra.

No que respeita ao conteúdo patrimonial dos direitos de autor, é obrigatório o consentimento expresso dos coautores da obra para a realização das modificações ditas como relevantes. Com exceção daquelas que sejam consideradas como irrelevantes como é o caso da mudança do tipo ou tamanho de letra da legendagem que permitam um ajustamento ao meio pelo qual as obras irão ser comunicadas. Nestes casos não nos parece que seja obrigatória a autorização dos coautores da obra, bastando que os mesmos sejam informados de tais alterações de pouco relevo. Deverá ainda incluir-se nas regras relativas às modificações da obra as regras previstas no CDADC relativas à divulgação *ne varietur* da obra, cuja modificação não permite a divulgação ou reprodução das versões anteriores da obra, por parte dos sucessores legais dos coautores, ou de terceiros com os quais se estabeleçam relações contratuais.

A comunicação pública deverá fazer parte do conteúdo patrimonial dos direitos de autor na medida em que as formas nas quais se irão materializar, deverão ser protegidas pelos direitos patrimoniais pertencentes aos coautores da obra.

Do conteúdo patrimonial dos direitos de autor deverão também fazer parte as relações principais de exploração da obra, que implicam relações de produção, reprodução e distribuição da obra que se estabelecem entre os coautores e terceiros, bem como as modalidades de comunicação pública da obra. Não poderemos nesta sede deixar de fora a eventual relação paralela, dos coautores, com hipotéticos licenciados autorizados a utilizar ao nível do *merchandising*, o título da obra ou algumas das suas personagens como marcas, que se incorporarão noutros objetos dos licenciados, que obtêm essa autorização a título de cessão temporária de exploração, que lhes é concedida pelos coautores (licenciantes) através da celebração de contratos de

merchandising, tutelados pela propriedade industrial, cujo objeto gerador da marca, regra geral, o título ou algumas personagens da obra, são de raiz, elementos tutelados pelos direitos de autor.

Aqui deverá também referir-se que o conteúdo patrimonial dos direitos de autor espelha a relação externa de exploração económica principal e paralela entre a obra, os diferentes agentes económicos e o público em geral, na medida permitida pela elasticidade dos direitos de autor.

O conteúdo patrimonial dos direitos de autor poderá ser negociado pelos coautores da obra com terceiros, pela via de celebração de contratos, cuja estrutura legal deverá também fazer parte de um diploma que regule a tutela da obra audiovisual. Dentro destas relações contratuais, teremos obrigatoriamente que ter contratos de produção audiovisual, contratos de produção e distribuição audiovisual, contratos de distribuição seletiva da obra audiovisual, e contratos de *merchandising* que deverão incidir sobre alguns elementos da obra.

No contrato de produção audiovisual, deveria prever-se, que seria obrigatório fazerem parte do mesmo, os seguintes elementos: a autorização dos coautores para o produtor fixar pela primeira vez a obra audiovisual; os termos da exploração económica que será feita de acordo com o modo de exibição da obra; obrigatoriedade de respeito pela paternidade e integridade da obra; autorização obrigatória dos coautores no sentido de autorizarem ou não a associação do produtor com outros coprodutores; autorização ou não no que respeita às transformações da obra; a retribuição devida pelo produtor aos coautores na qual deverá referir-se os valores a pagar a cada um deles, os modos, o tempo e o lugar onde os respetivos pagamentos deveriam ser realizados e os casos em que existirá lugar ao pagamento de uma compensação suplementar nos termos do artigo 49.º do CDADC, bem como o prazo para a sua reclamação. Relativamente à distribuição e reprodução da obra, deveriam determinar-se especificamente quais os modos e formas de distribuição e reprodução autorizados, bem como os valores devidos aos coautores pela permissão da realização de tais atos de exploração económica.

O contrato de produção da obra audiovisual é um contrato de cessão especial que deverá ser tratado nos termos descritos. O contrato de produção e de distribuição audiovisual deverá ser descrito como um contrato misto que reúne características de um contrato de “cessão especial” e de um contrato de

distribuição comercial. Este contrato além de conter os elementos obrigatórios para o contrato de produção audiovisual, deverá também estabelecer-se quais os meios e formas que o produtor poderá utilizar para fazer chegar a obra audiovisual ao público em geral e as respetivas contrapartidas financeiras a que o produtor se obriga perante os coautores.

O contrato de distribuição seletiva da obra audiovisual poderá realizar-se entre os coautores e distribuidor diretamente, ou entre o produtor e o distribuidor quando os coautores derem, no contrato de produção, essa possibilidade ao produtor de fazer essa distribuição por um terceiro. A obra audiovisual, dadas as suas características próprias, deverá ser considerada como um “produto de alta técnica” que não está ao alcance de qualquer distribuidor. Devendo ainda prever-se que estes contratos não exigirão qualquer relação de exclusividade.

Dada a importância que o produtor adquire no âmbito do conteúdo patrimonial dos direitos de autor, este deverá ser definido como o investidor da obra audiovisual, numa nova reestruturação legislativa que preveja a tutela das obras audiovisuais. O produtor como não poderá ser titular originário de qualquer direito de autor, na medida em que não contribuí para a obra com um trabalho intelectual criativo, contribuindo apenas com o financiamento necessário que possibilita a fixação da obra em si mesma, entendemos que deverá prever-se num novo diploma legal, nesta matéria, que o produtor apenas poderá ser titular de um direito conexo sobre a obra, pela interpretação do n.º 3 do artigo 176.º do CDADC, que será a contrapartida de o investimento que realiza, permitir que a obra audiovisual se fixe pela primeira vez. Deveria ainda prever-se uma norma que regulasse que nos casos em que a iniciativa da realização da obra coubesse ao produtor, através de uma produção própria, a relação entre os produtores e os coautores da obra assumiria os contornos de uma relação de trabalho ou de uma prestação de serviços, na qual produtor em princípio, só poderia assumir para si a parte patrimonial dos direitos de autor. Deveria ainda ressaltar-se o caso de o produtor assumir a totalidade dos direitos de autor sobre a obra nos casos excecionais em que este realiza todo o trabalho intelectual, dando ordens e instruções tão detalhadas aos coautores que estes se tornem os meros executores deste trabalho intelectual.

Também no contrato de *merchandising* associado à obra audiovisual o qual se manifesta de forma direta tanto sob forma de *corporate merchandising* (através do qual a marca reproduz sinais distintivos da obra) como de *character merchandising* (no qual as personagens da obra passam a ser elas próprias uma marca derivada da obra). Isto porque com frequência as marcas são constituídas pelos títulos das obras e pelas suas personagens. Já o *personality merchandising* tem por sua vez, uma ligação indireta às obras audiovisuais, na medida em que este tipo de *merchandising* é muitas vezes realizado com intérpretes deste tipo de obras, o que faz com que a sua ligação às obras em si mesma seja “acessória” por esta via. Apesar da exploração da obra audiovisual através do *merchandising* ser uma exploração secundária da obra, já que a sua exploração normal ocorre enquanto divulgação e difusão da obra de entretenimento, em si mesma, esta exploração secundária não poderá ser descurada dados os valores económicos a ela associada, que muitas vezes superam as receitas da divulgação e da bilheteira das próprias obras, daí ser necessário regular este tipo de contrato no âmbito das obras audiovisuais.

Independentemente do tipo de *merchandising* associado à obra audiovisual, todas as previsões importantes para ambas as partes, deverão estar acauteladas e devidamente expressas, no contrato. Dessas previsões essenciais, que deveriam fazer parte das previsões legais associadas a este tipo de obras, deveriam obrigatoriamente constar: a definição concreta das modalidades de utilização dos elementos da obra que compõem a marca objeto de *merchandising* e eventuais marcas adicionais; o dever de o licenciado utilizar a marca, bem como de colaborar no cumprimento do contrato; a sua duração, contrapartidas financeiras e possibilidades de renovação ou não renovação do contrato; o seu termo; forma de notificação das partes; contrapartidas financeiras que o licenciado deverá pagar ao licenciante, royalties e modalidades do seu cumprimento; formas de controlo da qualidade dos produtos, modos de controlo das vendas, gestão de stocks e pós termo do contrato; proibição do licenciado ceder a marca a terceiros; valor da indemnização a pagar pelo licenciante ao licenciado no caso de o licenciante exercer o seu direito de retirada da obra; causas de caducidade do contrato; consequências para o uso indevido da marca por parte do licenciado; modos de atuação de ambas as partes em relação à violação dos direitos de marca

cometidos por terceiros e consequências em caso de insolvência ou mudança de gestão do licenciado. Deverá também ter-se em conta que apesar de os coautores da obra (licenciantes) terem a obrigação de manter as marcas derivadas das obras audiovisuais (normalmente o seu título ou as suas personagens) de modo a garantir o seu uso pelos licenciados durante o período em que lhes é dada a licença de utilização, em virtude do contrato celebrado, deverá salvaguardar-se que o direito moral de retirada da obra pertencente aos coautores deverá prevalecer sobre o contrato de *merchandising* e sobre essa obrigação de manutenção da marca, ainda que isso obrigue os coautores (licenciantes) a indemnizar os licenciados pelo prejuízo que esse direito lhes cause.

Todos estes quatro tipos contratuais por nós propostos, revestem uma forma especial de cessão de direitos, denominada de “licença de uso”. Esta é assim uma nova forma de cessão do exercício temporário do conteúdo patrimonial dos direitos de autor, que se vão restringir durante esse exercício, e que voltarão a expandir-se e a adquirir a mesma amplitude total na esfera jurídica dos coautores da obra audiovisual, assim que terminar essa licença de uso concedida ao produtor, distribuidor ou a um terceiro com o qual se estabeleça alguma destas relações contratuais.

Deverá também prever-se que a transmissão total e definitiva do conteúdo patrimonial dos direitos de autor só deverá ser possível, *mortis causa*, para os sucessores legais dos coautores da obra. O conteúdo dessa transmissão dá aos sucessores legais dos coautores a obrigação de atuarem no sentido de respeitarem e fazerem respeitar as faculdades morais que os coautores falecidos detinham, que por essa responsabilidade que lhes é atribuída, poderão usufruir dos dividendos económicos que advém da exploração económica da obra.

Relativamente aos meios de retransmissão da obra audiovisual, a reestruturação legal da obra audiovisual deveria fazer uma menção a esses meios e às condições necessárias para a realização da comunicação pública. Assim sendo esse novo diploma legal, deveria estabelecer que os coautores de uma qualquer obra audiovisual, terão que autorizar a retransmissão da obra e cada um dos meios de retransmissão por eles escolhidos, separadamente. Dentro desses meios estarão a projeção cinematográfica em salas de cinema,

o broadcasting por teledifusão realizada por fio, cabo, fibra ótica ou outro procedimento idêntico, o *webcasting*, e outros meios que possam futuramente surgir em virtude das inovações tecnológicas que possam ser desenvolvidas.

Além de defendermos esta necessidade de uma reestruturação legal profunda no âmbito das obras audiovisuais, que entendemos que deveria basear-se nas premissas por nós aqui apresentadas, existem outras questões que devemos abordar em sede de conclusões, por nos parecerem importantes no que à obra audiovisual se refere.

Começemos pela incorporação na obra audiovisual de obras fonográficas. Esta questão obriga-nos a algumas reflexões de relevo. Tanto nos casos em que estamos perante obras fonográficas, especialmente criadas para serem inseridas numa determinada obra audiovisual, ou perante obras fonográficas preexistentes à obra audiovisual e que posteriormente irão ser inseridas nesta, certo é que, a sua “fusão” com a obra audiovisual, lhe irá trazer consequências irreversíveis. Isto porque em ambos os casos, a obra fonográfica vai ganhar uma nova dimensão, na medida em que mais do que ouvida, ela vai também passar a ser projetada visualmente, o que lhe trará necessariamente consequências legais. Embora na obra fonográfica especialmente criada para ser incorporada na obra audiovisual, o tratamento jurídico de tal incorporação, seja mais pacífico, nos casos de obras fonográficas preexistentes, existem grandes dificuldades práticas criadas em termos de tutela. Entendemos que nestes casos, em que a obra fonográfica preexiste, e posteriormente vai ser associada a uma obra audiovisual, ela deverá ser alvo de um tratamento especial, na medida em que entendemos que esta deverá ser alvo de uma dupla proteção. Desta feita, estas obras deverão desde o início ser tratadas como obras fonográficas autónomas e independentes, e como parte integrante da obra audiovisual. Assim sendo, os autores deste tipo de obras fonográficas poderão ser tratados como coautores das obras audiovisuais em que se incorporam e como autores independentes das obras fonográficas. Neste caso a obra audiovisual é que se “adapta” à obra fonográfica e não o inverso. Esta posição justifica-se, na medida em que, não são raros os casos em que uma obra fonográfica independente e de sucesso, após ser incorporada numa obra audiovisual, passa a ser entendida como uma nova obra inevitavelmente associada àquela obra audiovisual, da qual nunca mais se poderá desprender.

Isto porque, enquanto a obra fonográfica foi apreendida e percebida pelo seu público, apenas como obra fonográfica, ela transmite um conjunto de sensações, percepções e sentimentos que podem ser radicalmente alterados, e quando são incorporadas na obra audiovisual, passam a transmitir sentimentos, sensações e percepções opostas ou diferentes das inicialmente conseguidas. Por isso mesmo, referimos que a projeção visual da obra fonográfica também ter que ser protegida. Entendemos que tal tratamento jurídico tem acolhimento legal no artigo 144.º do CDADC. Isto porque este artigo prevê a nova fixação comercial da obra fonográfica, desde que autorizada pelos seus coautores, não especificando, a que tipo de fixação é que se refere. Através desta abertura legal, constante do n.º 1 do artigo 144.º do CDADC, podemos justificar a nossa posição. Entendemos, pois, que a proteção conferida aos autores da obra fonográfica preexistente no âmbito da obra audiovisual, a título de direitos conexos⁸⁷⁴, é insuficiente e não assegura a proteção adequada a este tipo de obras, que engrandecem a obra audiovisual na qual se incorporam. A grandeza e importância extrema que as obras fonográficas possibilitam às obras audiovisuais, consegue vislumbrar-se nos casos em que exista dessincronização entre a obra fonográfica e a obra audiovisual. Aqui existirá um grave atentado aos direitos de autor dos coautores da obra audiovisual e da obra fonográfica nela inserida. Ademais, para que estes tipos de obras fonográficas possam ser incorporados, nas obras audiovisuais é necessário que se façam “arranjos” da obra fonográfica criada anterior e independentemente da obra audiovisual, bem como a sua sincronização com a obra audiovisual, para que esta possa ser devidamente utilizada. Sendo certo que, os autores deste tipo de obras fonográficas participam e determinam qual a forma que esse “arranjo” e essa sincronização deverão ter, para que a obra fonográfica independente se possa legitimamente incorporar de forma harmoniosa, na obra audiovisual posterior, tendo em conta as demais contribuições criativas dos outros coautores da obra audiovisual, dado que o produto final resulta do esforço criativo conjunto entre todos. Esse “arranjo” musical e sua sincronização, não é apenas um elemento técnico que pertence à obra, na medida em que, este trabalho criativo realizado para fundir

⁸⁷⁴ Cfr. Artigo 176.º n.º 2 do CDADC.

a obra musical com a obra audiovisual final é de extrema importância. Pelo que, os autores da obra fonográfica preexistente, deverão também ser considerados como coautores da obra audiovisual final. Outro dos casos que nos permitirá reforçar a nossa posição, prende-se com os casos em que a obra audiovisual tenha sido musicalizada, ou seja quando numa obra muda foi posteriormente incorporada uma obra fonográfica. Nestes casos a obra audiovisual “nova” é uma obra derivada, sendo certo que aqui os autores da obra fonográfica terão que ser considerados como coautores da nova obra audiovisual derivada. Entendemos ainda que os autores das obras fonográficas preexistentes, ou especialmente criadas para serem incorporadas em obras audiovisuais, têm igualmente que autorizar por escrito, qualquer transformação que seja feita à obra audiovisual, nos termos do artigo 129.º do CDADC, principalmente se essa alteração disser respeito à retirada da banda sonora ou de alguma música inserida inicialmente na obra audiovisual. Os autores das obras fonográficas deverão também ser considerados como coautores das obras audiovisuais na medida em que a incorporação de uma obra fonográfica na obra audiovisual deverá ser considerada como uma “adaptação audiovisual”. Esta “adaptação” dotada de características específicas, na medida em que os autores da obra fonográfica original que vai ser objeto de “adaptação” para obra audiovisual, irão participar também na elaboração e serão também considerados como coautores desta nova obra de outro género, no caso, audiovisual.

Outro dos aspetos que assume grande importância no âmbito das obras audiovisuais prende-se com a integridade das obras audiovisuais. Aquilo que verificamos é que, muitas vezes, quando a obra é manipulada com a finalidade de posteriormente, ser difundida, tais manipulações afetam gravemente a estrutura da obra e a sua integridade. Neste âmbito, existe necessidade de distinguir o que é que pode ser considerado como uma verdadeira alteração ou modificação atentatória do direito de integridade da obra audiovisual, daquilo que deverá ser entendido como uma “adaptação técnica” que em nada interfere com a essência da obra e consequentemente não belisca sequer a sua integridade. No entanto as modificações ou alterações da obra que irão afetar o direito de integridade da mesma serão aquelas que forem feitas à revelia da vontade dos coautores, constituindo assim, um abuso de direito. Contudo, se

os coautores consentirem nessas modificações ou alterações, ou decidirem eles próprios livremente, realizá-las, estes poderão fazê-las tendo em conta os compromissos assumidos com terceiros, em relação à versão original da obra.

Relativamente à atribuição de direitos gerados pela obra audiovisual, existem três formas de atribuição dos mesmos: a atribuição presuntiva, na qual o legislador, no que respeita a um conjunto de casos omissos, entende que se presume a atribuição desses direitos é feita a um conjunto de sujeitos que o legislador entende ter legitimidade para que os mesmos lhes sejam atribuídos; a atribuição ex lege que resulta diretamente da lei e a aquisição derivada que implica a existência da obra como um todo ontológico, que se obtém a partir da reunião de um conjunto de contributos individuais, para que posteriormente, esses direitos possam ser atribuídos, mesmo aqueles que depois se possam autonomizar da obra audiovisual.

Todavia os direitos de autor sobre as obras audiovisuais estão sujeitos a limites naturais, na medida em que estes lhes poderão ser impostos por outros direitos de autor, pela livre utilização que é permitida dentro de certos parâmetros à sociedade em geral e impostos por direitos económicos que terceiros possam retirar da obra mediante o que tiverem acordado livremente com os coautores da obra. No entanto, estes limites deverão sempre ser encarados como uma exceção à regra da exclusividade que os coautores possuem sobre os seus direitos de autor sobre a obra, e não o inverso. Convém ainda salientar, que os limites impostos pelos direitos de autor em si mesmos, advêm das denominadas licenças legais, nas quais o legislador prevê que para certas utilizações, não seja necessária a autorização ou proibição dos coautores, dado que essa utilização está legalmente legitimada, podendo implicar ou não o pagamento de uma remuneração pela utilização que é feita da obra.

No que respeita à utilização livre da obra, esta apenas será permitida a qualquer pessoa, desde que a mesma seja feita num contexto de utilização pessoal da obra, ou seja, desde que a utilização da obra seja realizada pela pessoa individualmente, naquilo que é o seio da sua vida social, pessoal ou familiar e não num contexto de utilização privada, na qual uma determinada pessoa utiliza a obra para fins comuns a um determinado grupo de pessoas, não legitimado legalmente.

No que toca às obras audiovisuais órfãs, a legislação nacional deveria também prever que poderiam ser consideradas obras órfãs, todas as obras audiovisuais independentemente da sua origem, já que atualmente só se prevê como obras órfãs apenas as que sejam produzidas por organismos de radiodifusão de serviço público. Além do mais a pesquisa diligente e de boa fé dos seus coautores deveria poder ser feita não só pelas entidades públicas e pelas bibliotecas, mas também pelas entidades de gestão coletiva ou por qualquer interessado na sua utilização com supervisão das entidades de gestão. Essa busca deveria ser realizada de forma abrangente e cuidada, e no caso concreto das obras audiovisuais deveria ser feita pelo menos no registo do IGAC, nos registos da Cinemateca-Portuguesa, Museu do Cinema I.P. designadamente o arquivo nacional de imagens em movimento e do Centro Português de Fotografia, em depósito legal, nas associações de produtores no respetivo país consoante a sua eventual origem, nas bases de dados das instituições responsáveis pelo património cinematográfico e sonoro das bibliotecas nacionais nas bases de dados com as normas e identificadores relevantes, nomeadamente a norma ISAN (International Standard Audiovisual Number), para o material audiovisual; nas bases de dados das sociedades de gestão coletiva de direitos relevantes, em especial no que diz respeito a autores, artistas, intérpretes ou executantes...e produtores de material audiovisual; nas fichas técnicas e outras informações constantes da embalagem das obras e nas bases de dados de outras associações relevantes que representem uma categoria específica de titulares de direitos de acordo com o previsto na diretiva 2012/28/EU.

Relativamente aos limites derivados da negociação dos coautores da obra com terceiros na qual permitem a exploração de uma parte ou da totalidade do conteúdo patrimonial dos direitos de autor, os mesmos dependem do princípio da liberdade contratual, sendo certo que deverão estar de acordo com a natureza jurídica deste tipo de direitos, enquanto direitos de propriedade intelectual.

Com relação à gestão dos direitos de autor das obras audiovisuais, esta apesar de estar na maioria dos casos⁸⁷⁵, na livre disponibilidade dos coautores, certo é

⁸⁷⁵ Com exceção feita para as licenças legais obrigatórias.

que estes, ou porque estão demasiado imbuídos nas suas criações, para terem tempo para se preocuparem com a gestão dos seus direitos, além de que na maioria das vezes, porque os coautores não possuem os meios adequados para realizarem uma proteção efetiva dos seus direitos em todas as suas vertentes, ou então porque nem sempre, os coautores sozinhos, conseguem saber que existiu um atentado ou uma violação aos seus direitos sobre a obra. Associada a estes fatores, as novas técnicas de reprodução e difusão das obras audiovisuais, faz com que os coautores, encontrem como única alternativa viável para realizarem convenientemente essa gestão, a entrega dessa tarefa, a entidades de gestão coletiva de direitos. No entanto, a gestão coletiva dos direitos de autor é uma atividade que implica que se conciliem múltiplos interesses, o que faz com que as entidades de gestão não consigam responder como seria desejável, a todas as suas solicitações no que toca à defesa dos interesses dos coautores da obra audiovisual ou dos titulares de direitos sobre esta e da própria obra em si mesma.

A par com o trabalho realizado pelas entidades de gestão coletiva para prevenir e evitar violações de direitos de autor sobre estas obras, surgem outros meios que pretendem salvaguardar os direitos de autor sobre as obras audiovisuais. Entre as principais formas de luta contra a violação dos direitos de propriedade intelectual sobre as obras audiovisuais estão: a tutela penal, a tutela civil, que se revela a mais eficaz, e a tutela tecnológica que pretende realizar uma difícil proteção preventiva das obras. A tutela civil revela-se a mais eficaz, no combate à violação dos direitos de autor sobre a obra audiovisual, na medida em que, poderão ser aferidos danos distintos: um que se prende com a fruição da obra em si mesmo, que lhe é vedada pelo infrator, que será alvo de ressarcimento monetário sobre a forma de indemnização pelos prejuízos sofridos e pelo lucro cessante, e outro que se refere à lesão do poder de se utilizar a obra abusivamente, irá fazer com que o monopólio sobre a obra seja restituído ao titular dos direitos de autor sobre a mesma, a título restitutivo. No fundo, mais do que ressarcir os coautores da obra audiovisual pelos danos sofridos pela utilização abusiva, é necessário também restituir-lhe o monopólio dos direitos que estes detêm sobre a sua obra. Assim sendo, o dano produzido na esfera jurídica dos coautores da obra, não implica só uma diminuição do seu património, que pressupõe a existência de uma tutela real, mas também uma

lesão de um interesse que estes têm sobre a obra e de direitos derivados da sua personalidade não quantificáveis em termos materiais, que por sua vez pressupõe a existência de uma tutela pessoal. Em sede de violação de direitos de autor é necessário termos ainda em conta que, os direitos de autor sobre as obras audiovisuais deverão ser considerados um “*direito negativo*”, na medida em que, implicam a abstenção de um comportamento por parte dos infratores dos mesmos, dada a exclusividade deste tipo de direitos, próprios apenas dos seus coautores. Poderemos identificar neste âmbito dois tipos de infratores, os infratores primários, ou seja, aqueles que praticam o ato da infração e os infratores secundários devendo ser assim considerados aqueles que “permitem” ou facilitam a concretização do ato que constitui a infração. Travar os infratores dos direitos de autor sobre as obras audiovisuais, será sempre um tanto ou quanto utópico, na medida em que apesar de todas as medidas que se adotem ou se possam propor em sede de direitos de autor sobre as obras audiovisuais, com o surgimento da realidade virtual potenciada pela internet, é muito difícil identificar os infratores, o que lhes continuará a dar uma injusta impunidade, sem fim à vista.

No que concerne à natureza das obras audiovisuais, não obstante este tipo de obras, serem obras intelectuais e como tal, imateriais e insuscetíveis de apropriação, para que as mesmas sejam protegidas pelos direitos de autor, elas terão necessariamente que se encontrar fixadas. Porém uma obra audiovisual existirá, independentemente de estar registada num suporte analógico, magnético ou digital. Isto porque o seu suporte é composto por um conjunto de sinalagmas desprovidos de sentido, se não lhes for dada uma interpretação humana. É assim irrelevante o suporte em que esteja inserida a obra. Apenas se exige, que a obra audiovisual para ser protegida, seja expressa de modo a que se demonstre e se exteriorize a atividade criativa nela envolvida. No fundo exige-se apenas que a obra se materialize de forma corpórea ou não corpórea, para que a mesma se possa tornar extrínseca ao espírito conjunto dos seus coautores.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV.**, *Contratos de direitos de autor e de direito industrial* (Organizadores: Carlos Ferreira de Almeida/Luís Couto Gonçalves/Cláudia Trabuço), Almedina, 2011, ISBN 978 97 240 4678 5;
- ABRÃO**, Eliane Y. coord. – *Propriedade imaterial: Direitos autorais, propriedade industrial e bens de personalidade*, Editora Senac, São Paulo, 2006, ISBN 85-7359-513-2;
- ADAMS**, John – *Merchandising Intellectual Property*, Butterwoths, London, 1987, p.3-29, p.53-104;
- AISGE**, Artistas Intérpretes Entidad de Gestión – *Los Derechos Intelectuales del Artista del Medio Audiovisual*, Dynkinson, Madrid, 2000;
- ÁGUILA**, Maria del Pilar – *El derecho moral del autor – Con especial referencia a su configuración y ejercicio tras la muerte del autor*, Editorial Comares, Granada, 1998, ISBN 84-8151-657-0;
- AGOLIA**, P. – “Spunti sulla protezione del videogramma e dell’opera audiovisiva”, in *Rivista di Diritto di Autore*, Roma, 1989, p.17;
- AKESTER**, Patrícia – *O direito de autor e os desafios da tecnologia digital*, Principia, Cascais, 2004, ISBN 972-8818-22-X;
- ALCANTARILLA HIDALGO**, F. J.- *Régimen jurídico de la cinematografía*, Comares, Granada, 2001;
- ALEGRE**, José Manuel Tourné - “Consecuencias de la piratería” in *Protección de la obra audiovisual*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, p.238-267.
- ALONSO PALMA**, Angel Luís – *Propiedad Intelectual y Derecho Audiovisual*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2006, ISBN 84-454-1345-7;

-**AMAT**, Llari - “El control del autor sobre el destino de su obra”, *RCDI*, 1989, p.1941 e ss;

-**AMMENDOLA**, Maurizio – “Product Placement e direttiva sull’esercizio delle attività televisive”, *Annali italiani del diritto d’autore, della cultura e dello spettacolo, AIDA, XVII – 2008*, Giuffrè Editore, Milano, 2008, p.233-256;

-**AMODEO**, Daniela – “I Criteri per la tutela del titolo dell’opera dell’ingegno”, *Rivista Trimestrale Della Società Italiana Degli Autori Ed Editori, Anno LXXVIII, Aprile- Giugno 2007, n.º2*, Giuffrè Editore, Milano, 2007, p.155-172;

-**ANNIBALE**, Silverio – “Gli Accordi Bilaterali-Internazionali sulla Cooperazione Cinematografica Conclusi Dall’Italia”, *Rivista Trimestrale Della Società Italiana Degli Autori ed Editori, Anno LXX, Gennaio-Marzo, n.º 1*, Milano, 1999, p.221-235;

-**ARAGON**, Emilia – “Contenido del Derecho de Autor. El Autor, la Obra, Limitaciones y Excepciones”, *Oficina Española de Patentes y Marcas*, Madrid, 2005, p. 5 ss;

-**ANTEQUERA PARILLI**, Ricardo - *El nuevo régimen del derecho de autor en Venezuela y su correspondencia con la legislación, la jurisprudencia y la doctrina comparada*, Autoralex, 1994;

-**ANTEQUERA PARILLI**, Ricardo – *Manual para la enseñanza virtual del Derecho de Autor y los Derechos Conexos*, Editora Corripio, C. por A., Caracas, 1.ª Edición, Tomo I, 2001, p. 85-272, ISBN 99934-816-1-0;

-**ANTEQUERA PARILLI**, Ricardo – “Los Limites del Derecho Subjetivo y del Derecho de Autor”, in *Los Limites del Derecho de Autor*, Reus, Madrid, 2006, p.7-82, ISBN -10:84-290-1454-3;

-ANTEQUERA PARILLI, Ricardo – *Estudios de derecho de autor y derechos afines*, Reus, Madrid, 2007, ISBN 978-84-29014-58-7;

-BADIA CAMINAL, Francesc de Paula et. al – *Protección de la Obra Audiovisual*, Consejo General Del Poder Judicial, Madrid, 2007, ISBN:978-84-96809-52-9, Depósito Legal: M. 51.623 – 2007;

-BAINBRIDGE, David – *Intellectual Property*, Seventh Edition, Pearson Longman, Essex, 2009, p. 83-136, ISBN978-1-4058-5920-2;

-BARBERÁN MOLINA, Pascual – *Manual práctico de propiedad intelectual*, Editorial Tecnos, Madrid, 2010, ISBN: 978-84-309-5070-6;

-BARBERÁN MOLINA, Pascual – “Temas de actualidad en derechos de autor”, *ACTA – Asociación de Autores Científico-Técnicos y Académicos*, Madrid, 2011, p.8-23;

-BARCAROLI, Martina – “Problemi di Diritto Comparato di Autore Nell’Opera Multimediale”, *Rivista Trimestrale Della Società Italiana Degli Autori ed Editori*, Anno LXX, Gennaio-Marzo, n.º 2, Milano, 1999, p.181-219;

-BARRELET, Denis & EGLOFF, Willi – *Le Nouveau droit d’auteur, Commentaire de la loi fédérale sur le droit d’auteur et les droits voisins*, Stampfli, Berne, 2008, Isbn 978-3-7272-9564-5;

-BATTISTI, Michèle – *Des clics et des droits: le droit appliqué à l’image*, ADBS Editions, Paris, 2009;

-BECKMAN, S. – “Conditions for creative artists in Europe”, *Visby-Report from the EU Presidency Seminar in Visby*, Sweden, 2001;

-BELLANI, Valeria – “Le leggi sul diritto di autore”, *Il diritto di autori*, Anno LXXVIII, Luglio-Settembre 2007, supplemento al. n. 3, Giuffrè Editore, Milano, 2007, p.16-21;

-**BELLO JANEIRO**, Domingo – “La Ley del Cine. Títulos Competenciales, Panorámica General, Antecedentes, Tensiones que Suscita e Incardinación en el Sistema”, in *La Ley del Cine y el Derecho de Autor*, Reus, Madrid, 2008, p.7-20, ISBN 978-84-290-1505-8;

-**BENABOU**, Valérie – Laure – *Droits d'auteur, droits voisins et droit communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 1999;

- **BERCOVITZ**, Alberto – “Limites al Derecho de Autor” in *Proteccion y Límites del Derecho de Autor de los Creadores Visuales, Seminario Diego Rivera e Ignacio Zuloaga de Derechos de Autor de los Creadores*, coord. Antonio Delgado Porras, Trama Editorial, Madrid, 2006, p. 19- 270,

-**BERCOVITZ RODRIGUEZ – CANO**, Rodrigo – “La titularité des droits de propriété intellectuelle relatifs aux œuvres audiovisuelles : le plan législatif”, in *Congrès du Premier siècle du cinéma, Les œuvres audiovisuelles et la propriété littéraire et artistique*, ALAI, Paris, UNESCO, 1995, p.17-24 ;

-**BERCOVITZ RODRIGUEZ – CANO**, Rodrigo – *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 3.^a Edição, 2006, ISBN 84 – 8456 – 679 – X ;

- **BERCOVITZ RODRIGUEZ – CANO**, Rodrigo & Marín López, Juan José – “El limite de copia privada y las redes de intercambio peer to peer” in *Protección de la obra audiovisual*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, p.149-235.

-**BERLAND-BASNIER**, Stéphanie – “Loi Hadopi: première étape pour un combat juste”, *Gazette du Palais n.º 137-139, 17-19 mai 2009*, p.11-19;

-**BERTANI**, M. – “Videoclip, opere audiovisive e diritto d'autore”, in *AIDA*, Milano, 2002, p. 362 ss;

-BERTRAND, André – *Droits d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2ème Edition, 1999, ISBN 2-247-02422-X;

-BIANCHI, Alessandro – “Gli arbitrati e gli arbitraggi previsti dalla legge in tema di invenzioni ed opere dell'ingegno”, *Rivista di diritto industriale*, 1998, fasc.3, Milano, 1998, p. 90 ss;

-BITAN, Hubert – *Droit des créations immatérielles*, Lamy, 2010, ISBN 978-2-7212-1267-2;

-BOSSIS, G. & **ROMI**, R. – “Droit du cinéma”, *Coll. Systèmes, L.G.D.J.*, Paris, 2004;

-BULLINGER, Winfried et al. – *Beck'sche Formularsammlung zum gewerblichen Rechtsschutz mit Urheberrecht*, C. H. Beck, Berlin, 2009, ISBN 978-3-406-56877-0;

-BUTLER, Richards – *Copyright, Designs and Patents: The New Law*, Longman, London, 1989, ISBN 0 85121 565 3;

-CASAS, Armando – “Conservación y legislación Cuadernos de Estudios Cinematograficos Núm. 11”, Universidad Autónoma de México, Centro Universitario de Estudios Cinematograficos, México, 2007, ISBN: 970-32-1897-0;

-CASAS VALLÈS, Ramón et al. – “La comunicación pública en el entorno digital: el derecho de puesta a disposición” in *La Obra Audiovisual en la Reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*, Aranzadi, Navarra, 2008, p.59-120, ISBN 978-84-8355-681-8;

-CARDARELLI, F. – “Opere collettive, tutela del diritto d'autore, accesso all'informazione e dalle tecnologie dell'informazione: problemi giuridici Della multimedialità”, *Diritto Informazione e informatica*, n.º 1, Milano, 2000, p. 9 ss;

-**CARON**, Christophe – “La transmisión d’oeuvres et d’interprétations vers et à partir d’un satellite ou vers un organisme de radiodifusión par câble relève-telle des monopoles”, *Communication Commerce Electronique n.º 10, octobre 2009*, p.7-11;

-**CARON**, Christophe – “Commentaires; Propriété intellectuelle”, *Communication Commerce Electronique n.º 10, octobre 2009*, p.19-25;

-**CARVALHO**, Maria Miguel – *Merchandising de Marcas*, Almedina, 2003;

-**CHIJANE**, Diego – *Derecho de Marcas Contratación Marcaria*, Editorial B de F Ltda, Motevideo – Buenos Aires, 2011;

-**CHIMIENTI**, Laura – “É reato non vidimare gli audiovisivi?”, *Rivista di Diritto Industriale*, 1998, fasc.6, pt.2, Milano, 1998, p.389-392;

-**CHIMIENTI**, Laura – *Lineamenti del nuovo diritto di autore*, Settima Edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2006;

-**CHIMIENTI**, Laura – “I videogiochi sono opera dell’ingegno tutelata dalla legge sul diritto d’autore”, in *Il Diritto industriale*, Milano, 2000, fasc.1, p. 29 ss;

-**CHIMIENTI**, Laura – “In tema di cessione di diritti di sfruttamento di opere cinematografiche”, in *Il Diritto di Autore*, fasc. 1, Roma, 2001;

-**CIPOLLA**, Pierluigi – “Sulla persistente rilevanza penale dell’acquisto di supporti audiovisivi o di altro genere contenenti opere dell’ingegno”, *Revista Mensile di Giurisprudenza di Merito*, Vol. XXXVII-Ottobre 10, 2005, Milano, 2005, p. 2722- 2737, ISSN 0436-0230;

-**COLOMBET**, Claude – *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, Dalloz, 9ème Edition, 1999, ISBN 2-247-03318-0;

-COLSTON, Catherine – *Principles of Intellectual Property Law*, Cavendish Publishing Limited, London, 1999, p.177-215, ISBN 1 85941 465 6;

-CONDE-PUMPIDO, Tourón - “Los derechos especiales en la ley de propiedad intelectual: el derecho de participación de los artistas en la reventa de sus obras y la remuneración compensatoria por copia privada, en *Propiedad Intelectual: Aspectos civiles y penales*”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1995, p.63 e ss;

-CONLEY, Lucas - *Dom – Desorden obsesivo por las marcas*, Ediciones Península, Barcelona, 2010.

-CONTALDO, Alfonso – “L`Evoluzione Normativa Della TV Digitale Ed Il Superamento Del Limite Delle Frequenze”, *Rivista Trimestrale Della Società Italiana Degli Autori Ed Editori*, Anno LXX, Gennaio-Marzo 1999, n.º 1, Giuffrè Editore, Milano, 1999, p.44 - 58;

-CORDERO SAAVEDRA, L. - “Derecho a la propia imagen y contrato de trabajo”, *REDT n.º 101*, Madrid, 2000;

-COUTO GONÇALVES, Luís M. – *Função distintiva da Marca*, Almedina, Coimbra, 1999;

-COUTO GONÇALVES, Luís M. - *Manual de Direito Industrial – Propriedade industrial e concorrência desleal*, Almedina, Coimbra, 2015, 6ª Edição Revista e Atualizada;

-CRIVELLI, Ivana Có Galdino – *Direitos Autorais na Obra Cinematográfica*, Editora Letras Jurídicas, São Paulo, 2007;

-CROELLA, C. – “Internet e tutela del diritto d`autore. La proprietà intellettuale nell`era di Internet”, *Informatica Giuridica e Diritto dell`informatica*, Bologna, 1997;

-CUNEGATI, Beatrice – “Questioni di diritto di autore”, *Giornale della Libreria*, n.º 6, Milano, 2009, p.38 ss;

-DANILUNAS, Marija – “Compensation for Infringement of Intellectual Property Rights Under English Law”, in *Scritti di Diritto Industrial Atti del Convegno Organizzato dalla Società Italiana per lo Studio Della Proprietà intellettuale (SISPI) Castel Gandolfo, 20-22 Marzo 2003*, Giuffrè Editore, Milano, 2004, p. 14-37;

-DANNEBERG, Ross A. et al. – *Computer Games and Virtual Worlds: A New Frontier in Intellectual Property Law*, 1st Edition, ABA Books, Chicago, Illinois, 2010, ISBN-13:978-1-60442-750-9;

-DAYAN, Armand et al. – *Que sais-je? Le merchandising*, 2.º Edition, Presses Universitaires de France, Paris, 1993;

-DE ANGELIS, Deborah – *La tutela giuridica delle opere musicali digitali*, Giuffrè Editore, Milano, 2005;

-D’ANNIBALE, Maria – “La Classificazione delle opere multimediali nella legge sul diritto d’autore”, *Rivista Trimestrale Della Società Italiana Degli Autori Ed Editori*, Anno LXXVIII, Luglio – Settembre, 2007, n. 03, Giuffrè Editore, Milano, 2007, p. 368-408;

-DEBBASCH, Charles – *Droit de l’audiovisuel*, 3.ª Edição, Dalloz, Paris, 1993;

-DELGADO PORRAS, Antonio – *Derecho de Autor y Derechos Afines al de Autor*, Tomo II, Instituto de Derecho de Autor, Madrid, 2007, ISBN 84-9360-872-9;

-DELGADO PORRAS, Antonio et. Al. – “Protección y Límites del Derecho de Autor de los Creadores Visuales”, *Seminario Diego Rivera e Ignacio Zuloaga de Derechos de Autor de los Creadores*, Trama Editorial, Madrid, 2006, p. 19- 270, ISBN: 84-89239-61-4;

-DELIYANNI, Elsa – “Le Droit de Représentation Des Auteurs Face à la Télévision Transfrontalière par Satellite et par Cable”, *Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, E.J.A., Paris*, 1993, ISBN : 2.275.00513.7, ISSN : 0520-0261 ;

-DELMOLY, Jacques – “Les Droits D’Auteur dans L’Audiovisuel et le Droit Européen de la Concurrence”, in *Les Journees du Droit D’Auteur – Actes du Colloque tenu a l’Université Libré de Bruxelles les 11 et 12 Decembre 1987*, Bruylant, S.A., Bruxelles, 1989, p.109-115, ISBN 2-8027-0461-3 ;

-DREYER, Gunda, KOTTHOFF, Jost & MECKEL, Astrid – *Urheberrecht: Urheberrechtsgesetz, Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, Kunsturhebergesetz*, Huthig Jehle Rehm, Heidelberg, 2008, ISBN 978-3-8114-3519-3;

-DE SANCTIS, Vittorio M. – “Diritti degli autori e diritti del produttore di opere audiovisive”, in *il Diritto di Autore, fasc. 1*, Roma, 2001, p. 91 ss ;

-DE SANCTIS, Vittorio M. – *La protezione delle opere dell’ingegno*, Giuffrè Editore, Milano, 2004 ;

-DE SANCTIS, Vittorio M. & FABIANI, Mario – “I Contratti di Diritto di Autore”, *Volume XXXI, t.1*, Giuffrè Editore, Milano, 2000 ;

-DE SANCTIS, Vittorio M. & FABIANI, Mario – *I Contratti di Diritto di Autore*, seconda edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2007 ;

-DE SANCTIS, Vittorio M. – *I soggetti del diritto d’autore*, Seconda edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2005, ISBN 88-14-11501-X;

-DÍAZ ALABART, Silvia & ESPÍN CÁNOVAS, Diego– *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Universidad Murcia Secretariado de Publicaciones, Murcia, 1989, p.193-214 e 233-256; ISBN 84-7684-216-3;

-DI COCCO, Claudio – *L'Opera Multimediale, Qualificazione giuridica e regime di tutela*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2005 ;

-DI FABIO, Paolo – “Il contratto di agenzia pubblicitaria nella evoluzione dell'attività di comunicazione”, *Rivista Giuridica Trimestrale Della Società Italiana degli Autore e Editore*, 69, (4), 1998, p.476-493 ;

-DI FABIO, Paolo – “La nuova normativa sul diritto d'autore e la riproduzione per uso personale dell'opera dell'ingegno”, in *Giustizia Civile n.10*, 2003, p.413-413 ;

-DI GIACOMO, Vittorio – “Audiovisivi e Diritto d'Autore”, *Rivista Bimensale di Giurisprudenza dei Giudici di Merito*, Anno XXVIII-1996, Giuffrè Editore, Milano, 1996, p.804-809 ;

-DILLENZ, Walter et. al. – *Praxiskommentar Zum Urheberrecht: Österreichisches Urheberrechtsgesetz und Verwertungsgesellschaftenrecht*, Springer - Verlag, Wien, 2004 ;

-DOMÉNECH, Jorge Ortega – “Creación Humana y Autoría Intelectual : Diálogos en torno a su Fundamentación Jurídica”, in *Sujetos del Derecho de Autor*, coord. César Iglesias Rebollo, Reus, Madrid, 2007, p.1-30, ISBN : 978-84-290-1472-3 ;

-DORR, Dieter & **SCHWARTMANN**, Rolf – *Medienrecht*, Huthig Jehle Rehm, Berlin, 2008, ISBN 978-3-8114-3825-5 ;

-EBOLI, João Carlos de Camargo – *Pequeno Mosaico de Direito Autoral*, Irmãos Vitale Editora, Rio de Janeiro, 2005, ISBN 85-7407-213-3 ;

-EDELMAN, Bernard – *Droit d'auteur, droits voisins, droit d'auteur et marché*, Dalloz, Paris, 1993;

-EDISSONOV, Emil Stoyanov – “Merchandising de personajes audiovisuales de ficción: hacer negocios de los Jedi, Bart Simpson y Pocoyó”, *Master IP&IT ESADE*, Barcelona, 2010-2011;

-EMILE-ZOLA-PLACE, Emmanuel & **LAUVAUX**, Eric – “Le prescription des créances de redevances dans les secteurs de l’Edition et de la production depuis la loi du 17 juin 2008”, *Communication Commerce Electronique n.º 10*, octubre 2009, p.14-18;

-ENCABO VERA, M. A. – *La obra multimedia en nuevas tecnologías y propiedad intelectual*, Colección de Propiedad Intelectual, Madrid, Reus, 1999;

-ENCABO VERA, M. A. – *La obra fonográfica: realidad o pretexto - Colección de Propiedad Intelectual, Anuario de Propiedad Intelectual 2007*, Madrid, Reus, 2008;

-ENSTHALER, Jurgen – *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, Springer, Berlin, 2009, ISBN 978-3-540-89997-6;

-ERCOLANI, Stefania – *Il diritto d’autore e i diritti connessi, la legge n. 633/1941 dopo l’attuazione Della direttiva n.2001/29/CE*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2004, ISBN 88-348-3536-0;

-ERCOLANI, Stefania – “L’Equo Compenso degli autori delle opere audiovisive”, *Rivista Trimestrale Della Società Italiana Degli Autori ed Editori, Anno LXXVIII, Gennaio – Marzo, 2007, n.º 1*, Milano, 2007, p.65-79;

-ERCOLANI, Stefania – “Una Sommessa Riflessione sul diritto d’autore all’epoca Della convergenza (Prima parte)”, *Rivista Trimestrale Della Società Italiana Degli Autori ed Editori, Anno LXXVIII, Ottobre – Dicembre, 2007, n.º 4*, Milano, 2007, p.525-548;

-ERCOLANI, Stefania – “Una Sommessa Riflessione sul diritto d’autore all’epoca Della convergenza (Seconda parte)”, *Rivista Trimestrale Della Società*

Italiana Degli Autori ed Editori, Anno LXXIX, Gennaio - Marzo, 2008, n.º 1, Milano, 2008, p.1-20;

-**ERDOZAIN LÓPEZ**, José Carlos – *Las Retransmisiones por Cable y el Concepto de Público en el Derecho de Autor*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1997, p.217-341, ISBN 84-8193-539-5;

-**ERDOZAIN LÓPEZ**, José Carlos – *Derechos de autor y propiedad intelectual en Internet*, Editorial Tecnos, Madrid, 2002, ISBN 84-309-3817-6;

- **ESPÍN ALBA**, Isabel – “La Parodia de Obras Divulgada”, in *Los Limites del Derecho de Autor*, Reus, Madrid, 2006, p.275-294, ISBN -10:84-290-1454-3;

- **ESPÍN ALBA**, Isabel – “Las Obras Audiovisuales. Clases, Nacionalidad y Calificación de las Mismas en la Ley del Cine” in *La Ley del Cine y el Derecho de Autor*, Reus, Madrid, 2008, p.21-51, ISBN 978-84-290-1505-8;

- **ESPÍN ALBA**, Isabel – *Obras huérfanas y derecho de Autor*, Aranzadi, Navarra, 2014;

-**EVANGELIO LLORCA**, Raquel – *El Encargo de Obra Intelectual*, Dykinson, Madrid, 2006, ISBN-13:978-84-9772-904-8;

-**EWALD HORSTER**, Heinrich – *A parte peral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, 1992;

-**FABIANI**, Mário – “Disciplina giuridica internazionale dell’opera cinematografica o audiovisiva e sostituzione della colonna musicale”, in *Il Diritto di Autore, fasc. 1*, Roma, 2001, p. 53-62;

-**FABIANI**, Mário – “Il Diritto di Autore”, *Rivista Trimestrale Della Società Italiana Degli Autori ed Editori, Nuova Serie Anno LXXX, Aprile – Giugno, 2009, n.º 2*, Milano, 2009, p.315-355;

-FABIANI, Mário – “La Sfida della Proprietà Intellettuale nell’era digitale, Accesso alle informazioni vs. Controllo della conoscenza”, *Rivista Trimestrale Della Società Italiana Degli Autori ed Editori, Anno LXXX, Luglio – Settembre, 2009, n.º 3*, Milano, 2009, p.500-504;

-FERNANDEZ-ALBOR BALTAR, A. – *La obra cinematográfica reproducida en cintas de video*, Marcial Pons, Madrid, 1995,

-FERNANDEZ-ALBOR BALTAR, A. – *El derecho de remuneración de los artistas por actos de comunicación pública*, Adida, 1999;

-FERNANDEZ-ARIAS SHELLY, Carlos – *Derecho sustantivo de autor en las legislaciones de Espana e Iberoamérica*, Colegios Notariales de Espana, 2003;

-FERNANDEZ GONZÁLEZ, María Begoña – “El uso de redes P2P: Una práctica imposible de controlar” in *Los Derechos de Propiedad Intelectual en la Obra Audiovisual*, coord. Xavier O’Callaghan, Dykinson, Madrid, 2011, pp.311-321, ISBN978-84-9982-102-3;

-FERRÁNDIZ GABRIEL, José Ramón – *Jurisprudencia sobre Propiedad Industrial Publicidad y Derecho de la Competencia*, La Ley, Madrid, 2007, ISBN: 978-84-9725-795-4;

-FINK, Udo, COLE, Mark D. & KEBER, Tobias – *Europaisches und Internationales Medienrecht*, C.F. Muller, Berlin, 2008, pag.87 ss, ISBN 978-3-8114-4064-7;

-FLORIDIA, Giorgio – “Proprietà Intellettuale, Illecito Concorrenziale e Risarcimento”, in *Scritti di Diritto Industrial Atti del Convegno Organizzato dalla Società Italiana per lo Studio Della Proprietà intellettuale (SISPI) Castel Gandolfo, 20-22 Marzo 2003*, Giuffrè Editore, Milano, 2004, p.149-162;

-FORNER, Julie & KOLOTOUROU, Krystallenia – “Le Contrat de Production Audiovisuelle”, *Recherche Propriété Intellectuelle* – Université de Nantes, Nantes, 2007;

-FRAGOLA, A.- “Opere cinematografiche ed audiovisive in Italia e Francia: cenni di comparazione”, *Il Diritto di Autore n.º 3*, Roma, 1986, p. 245 – 252;

-FRAGOLA, A.- “Aspetti giuridici dell’audiovisivo”, in *Il Diritto di Autore n.º 3*, Roma, 1989, p.381-389;

-FRAGOLA, A.- “Aspetti giuridici dell’audiovisivo”, in *Il Diritto di Autore n.º 3*, Roma, 1994, p.378-383;

-FRAGOLA, A.- “Nuovi diritti d’autore e connessi dell’audiovisivo”, *Quaderno Istituto Giuridico dello Spettacolo e dell’informazione*, Roma, 1995;

-FRAGOLA, A.- “Aspetti giuridici dell’audiovisivo”, in *Il Diritto di Autore n.º 2*, Roma, 2001, p.155 -162;

-FRAGOLA, A.- “La figura del produttore audiovisivo e indipendente”, in *Il Diritto di Autore n.º 3*, Roma, 2002, p. 217-226;

-FRANCESCHELLI, R. – “Posizioni soggettive rilevanti nell’ambito dell’opera cinematografica”, *Rivista di diritto di industriale*, 1960, fasc. 1, Milano, p. 156 – 164;

-FRANCESCHELLI, Vincenzo – *La convergenza nelle telecomunicazione e il diritto di autore nella società dell’informazione*, Giuffrè Editore, Milano, 2009 ;

-FRANÇON, A. – “Le contrat de production audiovisuelle- Droit d’auteur et droits, la loi du 3 juillet”, *Colloque IRPI, Litec*, Paris, 1986 ;

-FRANÇON, A. – *Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle*, Les cours de droit, Litec, Paris, 1999 ;

-FRANQUET SUGRAÑES, M. Teresa – *El Contrato de Personality Merchandising*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005;

-FRASSI, Paola A. E. – “Commento a decreto legislativo 9 gennaio 2008 n.9”, *Rivista di diritto di industriale*, 2008, fasc. 4-5, pt.3, Milano, p.25-28;

-FREZZA, Gino – *L'arca futura: Archivi mediali, digitali, audiovisivi, web*, Meltemi Editore, Roma, 2008, ISBN 978-88-8353-630-4;

-GAGET, Timothée – “Absence de complicité des annonceurs présents sur les sites de peer-to-peer”, *Legipresse n. 265, Octobre 2009*, p.206-209;

-GÁLVEZ, Rosa María de Couto – *La Contratación en la Creación Visual*, Trama, Madrid, 2008, ISBN: 978-84-89239-92-0;

-GANGAROSSA, Lorenzo – *Guida alla Tutela dell'opera cinematografica*, Nilberg Edizioni, Milano, 2005, ISBN 88 901114 8 8;

-GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, Ignacio – “Fair use, ius usus inocui y otras limitaciones Atípicas en los Derechos de Marcas y Propiedad Intelectual” in *XXVIII Jornadas de estudio sobre Propiedad Industrial e Intelectual, AIPPI (Asociación Internacional para la Protección de la Propiedad Industrial e Intelectual), Madrid, 7y8 de febrero de 2013*, p.49-65;

-GAUTIER, P.Y. – *Propriété littéraire et artistique, Droit fundamental*, PUF, 5ème Edition, Paris, 2004;

-GAVALDA, C. – *Droit de l'audiovisuel: cinéma, télévision, vidéo et multimédia*, Lamy, Paris, 3ème éd.,1995;

-GAVALDA, C. & BOLZARD, M. – *Droit de l'audiovisivuel*, Lamy, Paris,1998;

-**GERCKE**, Marco & **BRUNST**, Phillip W. – *Praxishandbuch Internetstrafrecht*, W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart, 2009, ISBN 978-3-17-019138-9;

-**GERVAIS**, Daniel J. – *Intellectual Property and Human Rights*, Wolters Kluwer Law & Business, Netherlands, 2008, p.3-23, ISBN 978-90-411-2653-5;

-**GOLDSTEIN**, Mabel – *Derecho de Autor*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1995, p. 67-123, I.S.B.N. 950-9714-72-0;

-**GOLDSTEIN**, Mabel – *Protección Jurídica de la Creatividad*, Cefyl, Buenos Aires, 1995;

-**GONZALEZ GOZALO**, Alfonso – *La Obra Audiovisual: Concepto, Autoria y Derechos Morales*, Universidad Autonoma de Madrid, Madrid, 2000;

-**GONZALES**, Guadamuz, **RIOS**, Andrés & **RUIZ**, Wilson Rafael – “Analyse de l'accord entre Google et les éditeurs”, *Magazine de L'OMPI n. 04*, août 2009, p.8-10;

-**GOTZEN**, Frank – “Conclusions Faut- Il Légiférer en Matière de Droits Voisins?” in *Les Journees du Droit D'Auteur – Actes du Colloque tenu a l'Université Libré de Bruxelles les 11 et 12 Decembre 1987*, Bruylant, S.A., Bruxelles, 1989, p.73-79, ISBN 2-8027-0461-3;

-**GRECO**, P. & **VERCELLONE**, P. – “I diritti sulle opere dell'ingegno”, in *Trattato di Diritto Civile Italiano, vol. N.º 11, 3*, Torino, 1974;

-**GROUNAU**, Nico – *Europaisches Urheberrecht, Weiter Harmonisierungsbedarf oder ein einheitliches Europaisches Urheberrechtsgesetz*, Diplomica Verlag, Hamburg, 2010, ISBN 978-3-8366-8985-4;

-**GUEIROS JR.**, Nehemias – *O direito autoral no show business; tudo o que você precisa saber*, Gryphus, 1999;

-GUILLET, N. – “La Police du cinéma: de la protection des mineurs au rejet de l'ordre moral”, in *Revue de l'actualité juridique française, rajf.org*, 2003;

-HASSLER, T. – “Dossier spécial: jeu vidéo et multimédia (Note sous Cass.1re civ., 25/06/2009)”, *Revue Lamy Droit de l'immatériel n.º 52, août – septembre 2009*, p.87-103;

-HAULER, T. & NEDELEC, Y-H – *Guide pratique des contrats de l'audiovisuel*, Litec, Paris, 1992;

-HOMANN, Hans-Jurgen – *Praxis – handbuch Filmrecht: Ein Leitfaden für Film - Fernseh – und Medienschaffende*, Springer, Berlin, 2009, ISBN: 978-3-540-48378-6;

-IAI, Ivano – “Commercio di opere audiovisive in violazione della legge sul diritto d'autore”, in *Diritto Penale e processo, fasc. 5, 2000*, p.603-606;

-JACOB, Robin; ALEXANDER, Daniel & LANE, Lindsay – *A Guidebook to Intellectual Property – Patents, Trade Marks, Copyright and Designs*, Thomson Sweet & Maxwell, London, 2004;

-J. HOWELL, Dorothy – *Intellectual Properties and the Protection of Fictional Characters: Copyright, Trademark or unfair competition?*, Questia, 2000;

-JOURET, Jean – Claude – *Tintin et le Merchandising Une Gestion Strategique des Droits Derives*, Editions du Cercle de la Librairie, Paris, 1991;

-JULIA, Guilherm – “La protection du secret du magicien par la chorégraphie de l'invisible”, *Gazette du Palais n.º 205-206, 24-25 Juillet, 2009*, p.3-10;

-KAMINA, Pascal – *Film Copyright in the European Union*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, ISBN 052177053 X hardback;

-KEREVER, André – “Le Droit D’Auteur et L’Oeuvre Audiovisuelle en France” in “Les Journées du Droit D’Auteur” in *Actes du Colloque tenu a l’Université Libré de Bruxelles les 11 et 12 Decembre 1987*, Bruylant, S.A., Bruxelles, 1989, p.97-107, ISBN 2-8027-0461-3;

-KIEFER, Marie Luise – *Medienökonomik: Einführung in eine ökonomische Theorie der Medien*, Oldenbourg, München, 2005, ISBN 3-486-57821-9;

-KREILE, J. – *Aktuelle Probleme der Vertragsgestaltung bei der Produktion von Filmen und Fernsehfilmen – Auftragsproduktion*, ZUM, 1991;

-KREILE, Reinhold – *Recht und Praxis der GEMA: Handbuch und Kommentar*, De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags – GmbH, D-10785, Berlin, 2008, p.435 ss, ISBN 978-3-89949-460-0;

-KUNSCH, Margarida Krohling – “Comunicación Audiovisual: Investigación e Formación Universitarias II Colóquio Brasil- Estado Español de Ciências da Comunicação”, Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, ISBN 84-8121-761-1;

-LA ROSA, Alfio Cesare – *Il rapporto di lavoro nello spettacolo*, Giuffrè Editore, 5.^a edizione, Milano, 1998;

-LAX, Pierluigi – “Il Regolamento CE 11 Luglio 2007, N. 864 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali”, *Rivista Trimestrale Della Società Italiana Degli Autori ed Editori*, Anno LXXX, Luglio – Settembre, 2009, n.º 3, Milano, 2009, p.509-516;

-LAX, Pierluigi – “Utilizzazione home video di programmi tv e diritti del produttore e degli artisti interpreti”, in *Il Diritto di Autore*, fasc. 3. 2009, p. 511-516;

-LÁZARO SÁNCHEZ, E. J. – *La obra audiovisual: titularidad en su explotación videográfica*, La Ley, 1992;

-**LEMA DEVESA**, Carlos – “La disciplina della sponsorizzazione televisiva nella direttiva 2007/65/CE”, *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo, AIDA, XVII – 2008*, Giuffrè Editore, Milano, 2008, p.219-232;

-**LINANT DE BELLEFONDS**, Xavier & **CARON**, Christophe – *Droits d'auteur et droits voisins: propriété littéraire et artistique*, Delmas, 2ème Edition refondue, Paris, 1997, ISBN 2-247-025-02517-X;

-**LONGHINI**, S. – “Diritti d'autore e format televisivi: prospettive e attualità”, *IDA*, 1998, p.425 e ss.;

-**LOEWENHEIM**, Ulrich & **BECKER**, Bernhard V. – *Handbuch des Urheberrechts*, C. H. Beck, Berlin, 2003;

- **LOEWENHEIM**, Ulrich – *Urheberrecht*, C.H. Beck, Berlin, 2010, ISBN 978-3-406-59033-7;

-**LUCAS**, A. & **LUCAS**, H. J.- *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 3ème edition, Paris, 2006;

-**LUCIANI**, Cristiana – “La Duplicazione Abusiva dei Supporti Audiovisivi e Mutimediali: Profili Penali”, *Rivista Trimestrale Della Società Italiana Degli Autori ed Editori, Anno LXX, Gennaio-Marzo, n.º 2*, Milano, 1999, p. 415-436;

-**LUTJE**, S. – *Die Rechte der Mitwirkenden am Filmwerk*, Nomos, Baden – Baden, 1997;

-**LUTZ**, Peter – *Grundriss des Urheberrechts*, Huthig Jehle Rehm, Hamburg, 2009, ISBN 978-3-8114-3312-0;

-**MACEDO VITORINO**, António – *A Eficácia dos Contratos de Direito de Autor*, Almedina, 1995;

-MACHADO, António Carlos Mota – “Direitos Autorais e obras órfãs” *disponível em* www.conteudojuridico.com.br/artigo_direitos-autorais-e-as-obras-orfas.51101.html, consultado em 3 de fevereiro de 2017;

-MAGNI, Ilaria – *Merchandising e Sponsorizzazione Nuovi Contratti per lo Sfruttamento e la Promozione dell'immagine*, CEDAM, Padova, 2002;

-MAGRO SERVET, Vicente – *Tratado Práctico de Propiedad Intelectual*, El Derecho, Alicante, 2010, ISBN 978-84-15145-27-1;

-MANNINO, F. – *El diritto di remake*, IDA, 1999;

-MARANDOLA, Marco – *Manuale di Diritto d'Autore*, DEC Milano, Milano, 2004;

-MARI, Gaia – “Improvvisazioni d'autore”, *Rivista Trimestrale Della Società Italiana Degli Autori ed Editori*, Anno LXXVIII, Ottobre – Dicembre, 2007, n.º 4, Milano, 2007, p.549-559;

-MARI, Gaia – “Brevi Cenni in Tema di Web Radio, Broadcasting e Webcasting”, *Rivista Trimestrale Della Società Italiana Degli Autori Ed Editori*, Nuova serie, Anno LXXX, Ottobre-Dicembre 2009 n.º 4, Milano, 2009, p. 547-556;

-MARTÍN VILLAREJO, Abel – “Ámbito laboral e intelectual del actor. Transmisión y autorización de derechos intelectuales: las presunciones legales y las cláusulas contractuales”, *Jornadas sobre Propiedad Intelectual de AISGE*, Madrid, 1995;

-MARTÍN VILLAREJO, Abel, coord. – *Anuário de Propiedad Intelectual*, Réus, Madrid, 2006, ISBN 84-290-1449-7;

-MARTÍN VILLAREJO, Abel – “El ámbito de Aplicación de la Ley como Limite de los Derechos de Propiedad Intelectual”, in *Los Limites del Derecho de Autor*, Reus, Madrid, 2006, p.309-364, ISBN -10:84-290-1454-3;

-MASTROIANNI, Roberto – “Territorialità e Paese d’origine nelle direttive sui servizi di media audiovisivi e sulle pratiche commerciali sleali”, *Annali italiani del diritto d’autore, della cultura e dello spettacolo, AIDA, XVII – 2008*, Giuffrè Editore, Milano, 2008, p.3-32;

-MAYOR DEL HOYO, Maria Victoria – *El Derecho de Autor sobre las Obras Cinematograficas en el Derecho Español*, Madrid, Colex, 2002, ISBN:84-7879-720-3;

-MARTIN MUÑOZ, Alberto J. – *El Merchandising, Contrato de Reclamo Mercantil*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1999;

-MEGALE, Fabrizio – *Diritto d’autore del traduttore*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2004;

-MELI, Vincenzo – “La clausole generali relative alla pubblicità”, *Annali italiani del diritto d’autore, della cultura e dello spettacolo, AIDA, XVII – 2008*, Giuffrè Editore, Milano, 2008, p.257-273;

-MENDOZA DIAZ, Juan – “Notas Cubanas a Las Obras Húerfanas” in *Colección de Propiedad Intelectual*, Reus, Madrid, 2014, p.113-121, ISBN 978-84-290-1817-2;

-MENOZZI, Luciano – “Considerazioni Sul Nuovo Pubblico Registro Per La Cinematografia”, *Rivista Trimestrale Della Società Italiana Degli Autori ed Editori, Anno LXX, Gennaio-Marzo, n. 02*, Milano, 1999, p.263-272;

-MENOZZI, Luciano – “Opere cinematografiche in cerca d’autore”, *Rivista Trimestrale Della Società Italiana Degli Autori ed Editori, Anno LXXIX, Gennaio - Marzo, 2008, n. 01*, Milano, 2008, p.26-33;

-MERGES, Robert P. – *Battle of lateralisms: intellectual property and trade*, Globalization and Intellectual Property, Ashgate Publishing Company, London, 2006 ;

-MICCICHÉ, Andrea – *Legislazione dello spettacolo – Cinema, Musica, Teatro*, Editore Artemide, Srl., Roma, 2006;

-MISERACHS SALA, Pau – *Estudios sobre la propiedad intelectual y sociedad de la información entre la ley y la utopia*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2014, p.71-84;

-MONTAGNANI, Maria Lillà – “A new interface between copyright law and technology: how user-generated content will shape the future of online Distribution”, *Cardozo Arts and Entertainment Law Journal*, vol. 26, n.º 3, New York, 2009, p.719-773;

-MONTELEONE, Paolo – “La Direttiva Servizi di Media Audiovisivi (DSMA)”, in *Il Diritto industriale*, Milano, 2009, fasc.6, p.563-577;

-MONTELS, Benjamin – “Pratique des contrats audiovisuels”, *Communication Commerce Electronique*, Juillet-Août, 2003, p. 13 ss;

-MONTELS, Benjamin – “Un an de droit de l’audiovisuel”, *Communication Commerce Electronique*, Mai, 2006, p.15 ss;

-MONTELS, Benjamin – *Contrats de l’audiovisuel*, LexisNexis, S.A., Paris, 2007, p.1-262, ISBN 978-2-7110-0670-0;

-MORAES, Walter. – “Artistas, Intérpretes e Executantes”, *São Paulo, Revista dos Tribunais*, 1976;

-MORAIS, Maria Miguel Rocha – *Merchandising de Marcas (A comercialização do valor sugestivo das marcas)*, Almedina, Braga, 2003;

-MOTA PINTO, Carlos Alberto da – *Teoria geral do Direito Civil*, Coimbra, 3.^a edição, Coimbra Editora, 1996, p.555-571;

-MULLER, Barbara K. & **OERTLI**, Reinhard – *Urheberrechtsgesetz*, Stampfli, Berne, 2006, ISBN 3-7272-2528-9;

-MULERO SAN JOSÉ, Cayetana – “Las medidas de fomento en la ley del cine” in *La Ley del Cine y el Derecho de Autor*, Reus, Madrid, 2008, p.121-151, ISBN 978-84-290-1505-8;

-MUNTAÑOLA, Mário Sol – *El Régimen Jurídico de la Parodia*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2005, p.43-139, p.220-255, ISBN: 84-9768-206-8;

-MUNTAÑOLA, Mário Sol – “La parodia y sus fronteras” in *Los Derechos de Propiedad Intelectual en la Obra Audiovisual*, coord. Xavier O’Callaghan, Dykinson, Madrid, 2011, pp.447-457, ISBN978-84-9982-102-3;

-MUSSO, Alberto – “Il rispetto dei diritti d’autore e connessi nell’attuazione italiana della direttiva n. 2007/65/CE sui servizi di media audiovisivi”, *Il diritto dell’informazione e dell’informática*, fasc. 2. 2010, p. 215-242;

-NAVAS NAVARRO, Susana – *Contrato de Merchandising y Propiedad Intelectual*, Colección de Propiedad Intelectual, Reus, Madrid, 2001, ISBN 84-290-1371-7;

-NAVAS NAVARRO, Susana – *Créditos y Deudas de Los Autores: Especial Referencia a la Ley 22/2003 de 9 de Julio, Concursal*, Reus, Madrid, 2005, ISBN 84-290-1430-6;

-NAVAS NAVARRO, Susana – “La Obra Audiovisual Derivada”, in *Anuario de Propiedad Intelectual*, Reus, Madrid, 2003, p. 277 ss;

-NAVARRO MENDIZÁBAL, Iñigo – “Autores Ausentes y Obras Huérfanas” in *Estados Civiles y Derechos de Autor – Colección de Propiedad Intelectual*, Reus, Madrid, 2015, p.135-168;

-NIKOLTCHEV, Susanne – *Digitalisierung und Online-Verwertung der Rundfunkarchive*, IRIS Spezial, Strassburg, 2010, ISBN 978-92-871-6998-3;

-NIVARRA, Luca – “I diritti esclusivi di trasmissione di eventi”, *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo, AIDA, XVII – 2008*, Giuffrè Editore, Milano, 2008, p.33-45;

-NOSETE, José Almagro - “Aspectos procesales del intercambio de ficheros en redes P2P” in *Los Derechos de Propiedad Intelectual en la Obra Audiovisual*, coord. Xavier O`Callaghan, Dykinson, Madrid, 2011, pp.289-299, ISBN978-84-9982-102-3;

-OHLGART, Dietrich C.- “Damage Claims Arising out infringement of intellectual property Rights and unfair competition in Germany”, in *Scritti di Diritto Industrial Atti del Convegno Organizzato dalla Società Italiana per lo Studio Della Proprietà intellettuale (SISPI) Castel Gandolfo, 20-22 Marzo 2003*, Giuffrè Editore, Milano, 2004, p.7-13;

-OLIVEIRA ASCENSÃO, José – *Direitos de autor e direitos conexos*, Coimbra Editora, 1992;

-OLIVEIRA ASCENSÃO, José; CORDEIRO, Pedro – *Código de Direitos de Autor*, 3.ª Edição, Almedina, 2004;

-OLIVEIRA ASCENSÃO, José – *Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação*, Almedina, 2001, “capítulo 12 e 13”;

-OLIVEIRA ASCENSÃO, José – “Propriedade Intelectual e Internet”, texto correspondente à Conferência pronunciada *na II Ciberética, Florianópolis, em 14 de novembro de 2003*, p.1-25;

-OLIVEIRA ASCENSÃO, José – “Representatividade e legitimidade das Entidades de Gestão Colectiva de Direitos Autorais”, in *Estudos de Homenagem ao Professor Doutor José Lebre de Freitas*, Volume I, Coimbra Editora, 2013, p.293-326;

-OLIVEIRA SERRANO, José Luís – “La Persecución de los delitos contra la propiedad intelectual cometidos mediante internet” in *Protección de la obra audiovisual*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, p.121-146;

-OROBIA, Maria Mateo – *Derecho de remuneración de autor para la explotación en línea de obras audiovisuales y el sistema español como la mejor alternativa*, Colección Premio Antonio Delgado del Instituto de Derecho de Autor, Comares, Granada, 2015 ;

-ORTEGA, Jorge – “Películas de Animación 3D y Propiedad Intelectual, Premio ASEDA 2010” in *Cuestiones Actuales de Propiedad Intelectual - Colección de Propiedad Intelectual*, Reus, Madrid, 2010, p.9-27;

-PASCHKE, Marian – *Paschke Medienrecht*, Springer, Hamburg, 2009, e-ISBN 978-3-540-49088-3;

-PARANAGUÀ, Pedro & **BRANCO**, Sérgio – *Direitos Autorais*, FGV Jurídica, Rio de Janeiro, 2009, ISBN 978-85-225-0743-6;

-PARDO, Maria Asunción Esteve – “El abuso de derecho, el fraude de ley y la contratación de derechos de autor de los creadores visuales” in *Protección y Límites del Derecho de Autor de los Creadores Visuales*, Seminario Diego Rivera e Ignacio Zuloaga de Derechos de Autor de los Creadores, coord. Antonio Delgado Porrás, Trama Editorial, Madrid, 2006, p. 19- 270;

-PEARSON, Hilary & **MILLER**, Clifford – *Commercial Exploitation of Intellectual Property*, Blackstone Press Limited, London, 1990, p.96-177, ISBN 1 85431 044 5;

-**PEIFER**, Karl-Nikolaus – *Werkvermittlung und Rechtemanagement im Zeitalter von Google und You Tube – Urheberrechtliche Losungen fur die audiovisuelle Medienwelt*, C.H. Beck, Koln, 2010, ISBN 978-3-406-61475-0;

-**PEREIRA**, Alexandre Dias – “Merchandising e Propriedade Intelectual: sobre a exploração mercantil de personagens protegidas pelo Direito de Autor” in *Revista de Propriedade Industrial n. ° 20*, Coimbra, 1999/2000, pp.11-15.

-**PEREIRA**, Alexandre Dias – *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital*, Coimbra Editora, Coimbra 2001, ISBN 972-32-1003-7;

-**PEREZ DE CASTRO**, Nazareth – *Las Obras Audiovisuales. Panorámica Jurídica*, Reus, Madrid, 2001, ISBN:84-290-1367-9;

- **PEREZ DE CASTRO**, Nazareth – “El derecho de acceso a la cultura es un limite?” in *Los Derechos de Propiedad Intelectual en la Obra Audiovisual*, coord. Xavier O`Callaghan, Dykinson, Madrid, 2011, pp.353-363, ISBN978-84-9982-102-3;

-**PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO**, Cármen et al. – “La Obra Audiovisual en la Reforma de la Ley de Propiedad Intelectual”, in *La Obra Audiovisual en la Reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*, Aranzadi, Navarra, 2008, p.13-57 e p.165-216, ISBN 978-84-8355-681-8;

-**PHILLIPS**, Jeremy & **FIRTH**, Alison – *Introduction to Intellectual Property Law*, Fourth Edition Butterworths, London, 2001, p.137-193, 257-267, 407-423, ISBN 0-406-99757-8;

-**PINELLI**, Cesare – “I brevi estratti di cronaca”, in *Il Diritto dell`informazione e dell`informatica, fasc.1*, 2010, p.45-51;

-**PINTO DUARTE**, Rui – *Tipicidade e atipicidade dos contratos*, Almedina, 2000;

-PINTO MONTEIRO, António – *Contrato de Distribuição Comercial*, Almedina, Coimbra, 2002;

-PIREDDA, Maria Francesca – “Il cinema tra opera d’arte e strumento di riproduzione meccanica: il dibattito sul diritto d’autore”, *Rivista di media, spettacolo e studi culturali*, Anno XXVI Nuova serie, n.º 1 Gennaio-Aprile 2004, *Pubblicazioni dell’ Università Cattolica del Sacro Cuore*, Milano, 2004, p.32-38;

-PIRES DE LIMA & ANTUNES VARELA – *Código Civil Anotado*, Volume III, 2.ª Edição revista e actualizada, Coimbra Editora, 1987;

-PLAIA, Armando – *Proprietà intellettuale e risarcimento del danno*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2005, p.29-129, ISBN 88-348-5540-X;

-PLANAS I SILVA, Carlota – “Le plagiat, les pseudo. plagiats, les hommages dans la production cinématographique au regard de la jurisprudence espagnole”, *Gazette du Palais n.º 137-139*, 17-19 mai 2009, p.24-25;

-PLATA LÓPEZ, Luís Carlos – *Responsabilidad Civil por Infracciones al Derecho de Autor*, Ediciones UniNorte, Bogotá, Colômbia, 2010, ISBN 978-958-741-058-7;

-POJAGHI, Alberto – “Il Diritto d’Autore e I Diritti Connessi al Suo Esercizio Nella Recente Evoluzione Normativa”, *Rivista Trimestrale Della Società Italiana Degli Autori ed Editori*, Anno LXX, Gennaio-Marzo, n.º 1, Milano, 1999, p.237-261;

-POLLAUD DULIAN, F. – *Droit de l’audiovisuel*, Lamy, 3ème Edition, Paris, 1995;

-POLI, Leonardo Macedo – *Direito Autoral: Parte Geral*, Del Rey Editora, Belo Horizonte, 2008, ISBN 978-85-7308-974-5;

-**PONTES**, Débora Fajardo – “Merchandising – entretenimento e consumo de mãos dadas para fazer sua cabeça”, Universidade Federal de Juíz de Fora/MG, p.1-16 disponível em <http://www.ufrgs.br/alcar/encontros-nacionais-1/9o-encontro-2013/artigos/gt-historia-da-midia-audiovisual-e-visual/titulo-merchandising-2013-entretenimento-e-consumo-de-maos-dadas-para-fazer-sua-cabeca> consultado em 27/10/2016;

-**PRATS**, Lorenzo coord. – “Estúdios en Homenaje a la Professora Teresa Puente, Vol.II”, *Servei de Publicacions de la Universitat de València, València*, 1996, p.469-480, ISBN :84-370-2877-9;

-**PRESCOTT**, Peter & **VITORIA**, Mary – *The Modern Law of Copyright and Designs*, Third Edition, Butterworths, London, Edinburgh, Dublin, 2000;

-**PRIGIONI**, Giulio – “Creatività Innovazione e Proprietà Intellettuale, ricchezza immateriale e relazioni internazionali”, *Pubblicazione della Presidenza del Consiglio dei Ministri*, Roma, 2005, p.127-152;

-**RAMOS**, Leonor – “El Procedimiento del Registro (II). La Actividad del Registrador. Calificación. Inscripción. Anotación Preventiva. Impugnación”, in *El Registro de la Propiedad Intelectual*, coord. **GÓMEZ**, Eduardo Serrano, Editorial Reus, S.A., Madrid, 2008, p.131-158, ISBN 978-84-290-1490-7;

-**REBELLO**, Luiz Francisco – *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, Anotado*, Âncora Editora, 3.^a Edição, Lisboa, 2002;

-**REBOLLO**, César Iglesias – *Bibliografía Española sobre Propiedad Intelectual 1987-2000*, Réus, Madrid, 2002, ISBN 84-290-1378-4;

-**REBOLLO**, César Iglesias – “Producción, Distribución y Exhibición. En Torno a la Cuota de Pantalla” in *La Ley del Cine y el Derecho de Autor*, Reus, Madrid, 2008, p.79-119, ISBN 978-84-290-1505-8;

-**REHBINDER**, Manfred – *Schweizerisches Urheberrecht*, Stampfli edition, Bern, 2000, ISBN 3-7272-0923-2;

-**REINBERG**, Consuelo – “Les tweets et le droit d’auteur”, *Magazine de L’OMPI* n.º 4, août 2009, p.11-12;

-**RENAULT**, Charles-Edouard & **GUINOT-DELERY**, Julien – “Droit du cinema. Sommaires de jurisprudence”, *Gazette du Palais* n.º 137-139, 17-19 mai, 2009, p.37-47;

-**RENDAS**, Tito - “Lex Specialis(sima): Videogames and Technological Protection Measures in EU Copyright Law”, Junho 2014 disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2456273, consultado em 4 de Julho de 2017;

-**ROCHA**, Daniel – *Direito de Autor*, Irmãos Vitale Editores, Rio de Janeiro, 2005, ISBN 85-7407-113-7;

-**ROCHA**, Maria Victória – “Multimédia e Direitos de Autor: alguns problemas”, *Ciberjus, Revista Jurídica*, 1996;

-**ROCHA**, Maria Victória – “A titularidade das criações intelectuais no âmbito da relação de trabalho”, Coimbra Editora, 2007 in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais – Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Volume II

-**ROCHA**, Maria Victória – “A originalidade como requisito de protecção do Direito de Autor - Algumas reflexões”, *Verbo Jurídico*, Porto, 2003;

-**ROCHA**, Maria Victória – “Contributos para a delimitação da originalidade como requisito de protecção da obra pelo direito de autor” in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor António Castanheira Neves*, Coimbra Editora, Volume II, 2008, p. 733-792;

-ROCHA, Maria Victoria in “Dispositivos Tecnológicos de Protecção, informações para a gestão electrónica de direitos e utilizações livres no Direito Português: um desequilíbrio paradoxal em desfavor dos utilizadores”, *ADI 33 (2012-2013)*, pp.405-421;

-RODRIGUEZ PARDO, Julián – *El Derecho de Autor en la Obra Multimedia*, Dykinson, 2003;

-RODRIGUEZ TAPIA, J.M. - *La cesión en exclusiva de derechos de autor*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992;

-RODRIGUEZ TAPIA, J.M. – *Comentario a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, 2007.

-RODRÍGUEZ SPINELLI, Francesca Antonella – “Consideraciones en torno a la Autoría y Titularidad en las Obras Anónimas y Seudónimas”, in *Sujetos del Derecho de Autor*, coord. César Iglesias Rebollo, Reus, Madrid, 2007, p.31-41, ISBN: 978-84-290-1472-3;

-ROGEL VIDE, Carlos coord. – *Creaciones Audiovisuales y Propiedad Intelectual – Cuestiones Puntuales*, Reus, Madrid, 2001;

-ROGEL VIDE, Carlos coord. – *Anuário de Propiedad Intelectual*, Reus, Madrid, 2002, ISBN 84-290-1389-X;

-ROGEL VIDE, Carlos – *Estudios Completos de Propiedad Intelectual, Volume I*, Reus, Madrid, 2003, p. 185- 223, p.373-425, ISBN 84-290-1381-4;

-ROGEL VIDE, Carlos – *Estudios Completos de Propiedad Intelectual, Volume II*, Reus, Madrid, 2006, ISBN 84-290-1445-4;

-ROGEL VIDE, Carlos – *Estudios Completos de Propiedad Intelectual, Volume III*, Reus, Madrid, 2009, ISBN 978-84-290-1542-3;

-ROGEL VIDE, Carlos – *El Derecho de Autor de los Directores de Fotografía*, Reus, Madrid, 2006, p. 1-69, ISBN 84-290-1441-1;

-ROGEL VIDE, Carlos coord. – *Anuario de Propiedad Intelectual 2007*, Reus, Madrid, 2008, p. 437-452, ISBN 978-84-290-1521-8;

-ROGEL VIDE, Carlos & **SERRANO GÓMEZ**, Eduardo – *Manual de Derecho de Autor*, Reus, Madrid, 2008, ISBN 978-84-290-1500-3;

-ROMÁN PÉREZ, Raquel de – “Una visión particular sobre la Obra Colectiva y la difícil cuestión de los “Derechos Morales” de la persona jurídica” in *Sujetos del Derecho de Autor*, coord. César Iglesias Rebollo, Reus, Madrid, 2007, p.43-71, ISBN: 978-84-290-1472-3;

-RUIZ CUESTA FERNÁNDEZ, Sol – *El Contrato Laboral del Artista*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, ISBN 978-84-8456-907-7;

-SADEK, José Roberto – *Telenovela: um olhar do cinema*, Summus, São Paulo, 2008.

-SAIZ GARCIA, Concepción – *Obras Audiovisuales y Derechos de Autor*, Aranzadi, Navarra, 2002, ISBN 84-8410-718-3;

-SÁ E MELLO, Alberto – *Contrato de Direito de Autor. A autonomia contratual na formação do direito de autor*, Almedina, Coimbra, março 2008, p.181-201, p.209-244, p.410-462, ISBN 978-972-40-3420-1;

-SERRANO FERNÁNDEZ, Maria – “Propiedad Intelectual en el siglo XXI: Nuevos Continentes y su incidencia en el Derecho de Autor” in *Colección de Propiedad Intelectual*, Reus, Madrid, 2014, p.143-169, ISBN 978-84-290-1766-3;

-SERRANO GÓMEZ, Eduardo – “Los Autores. Los Creadores. Otros Intervinientes” in *La Ley del Cine y el Derecho de Autor*, Reus, Madrid, 2008, p.53-78, ISBN 978-84-290-1505-8;

-SALOKANNEL, Marjut – *Ownership of Rights in Audiovisual Productions: A Comparative Study*, Kluwer Law International, Netherlands, 1997, ISBN 90-411-0415-1;

-SÁNCHEZ ARISTI, R. – *La propiedad intelectual de las obras musicales*, Comares, Granada, 1999 ;

-SÁNCHEZ LÓPEZ, Cristina – *La Transformación de la Obra Intelectual*, Dykinson, Madrid, 2008, p.33-116, ISBN: 978-84-9849-175-3;

-SÁNCHEZ RAGEL, Luis Felipe – *El Contrato de Representación Teatral*, Reus, Madrid, 2003, ISBN: 84-290-1385-7;

-SARTI, Davide – “Gestione individuale e collettiva dei diritti su eventi sportivi”, *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo, AIDA, XVII – 2008*, Giuffrè Editore, Milano, 2008, p.118-153;

-SASTRE, Ignacio – *Repercusión de las nuevastecnologías sobre la Creación, Producción y Explotación de las Interpretaciones Audiovisuales*, Reus, Madrid, p.57 ss;

-SANSEVERINO, G. – “I videogiochi per la “Playstation Sony” sono programmi per elaboratore?”, in *Rivista di diritto di industriale, 2002, fasc. 1*, Milano, p. 60 ss.;

-SELL, Susan K. – *Industry strategies for intellectual property and trade: the quest for trips, and post-trips strategies*, Globalization and Intellectual Property, Ashgate Publishing Company, London, 2006;

-SERAFIM, José Francisco – *Autor e Autoria no Cinema e na Televisão*, Editora da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2009, ISBN 978-85-232-0642-0;

-SERRANO, García – “Menores e incapaces artistas e intérpretes”, en *Obras Audiovisuales y Propiedad Intelectual*, coord. por ROGEL Vide, Reus, Madrid, 2001;

-SIMONART, Valérie – “Le Coloriage des Films. – Droit Américain et Droit Continental”, in *Les Journees du Droit D`Auteur – Actes du Colloque tenu a l`Université Libré de Bruxelles les 11 et 12 Decembre 1987*, Bruylant, S.A., Bruxelles, 1989, p.341-365, ISBN 2-8027-0461-3;

-SIRINELLI, Pierre – *Le droit moral de l`auteur et le droit commun des contrats*, Thèse, Paris, 1985;

-SIRINELLI, Pierre – “Chronique de Jurisprudence”, *Revue internationale du droit d`auteur n. °221, juillet 2009*, p.305-413;

-SMIERS, Joost & **VAN SCHIJNDEL**, Marieke – *Imagine no Copyright*, Gedisa, S.A., Barcelona, 2008, p.183-226, ISBN: 978-84-9784-270-9;

-SPINDLER, Gerald & **SCHUSTER**, Fabian – *Recht der elektronischen Medien Kommentar*, C. H. Beck, Berlin, 2008;

-STAMATOUDI, Irini A. – *Copyright and multimedia products: a comparative analysis*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, ISBN 0521808197 (HB);

-STRAUS, Joseph – “Current Issues in Intellectual Property, Copyright of Universities – Character Merchandising – GATT TRIP`S” in *Proceedings of the Annual Conference of The International Association for the Advancement of Teaching and Research in Intelletual Property, ATRIP, Ljubljana, July 11-13, 1994*, Eslovenia, Slovenian Intellectual Property Office, 1995, p.84-113;

-SUÁREZ LOZANO, J.A. - *El Régimen Legal de la Coproducción Audiovisual*, Laxes, Madrid, 2000;

-SUÁREZ LOZANO, José António - “El dominio público en la propiedad intelectual” in *Los Derechos de Propiedad Intelectual en la Obra Audiovisual*, coord. Xavier O`Callaghan, Dykinson, Madrid, 2011, pp.123-129., ISBN 978-84-9982-102-3;

-SVARIATI, Elvira – “In tema di acquisto o noleggio di supporti audiovisivi abusivamente riprodotti”, in *Cassazione Penale, fasc. 3, 2006*, p.1055-1056;

-TESTA, P. – “Pubblicità, diritto d`autore, diritto all`immagine: una ricerca sul material contrattuale”, *Annuali del Diritto d`Autore della Cultura e dello Spettacolo, AIDA, I, 95, 1992*;

-TREPPOZ, Edouard – “Les limites de la qualification distributive du jeu vidéo (Note sous Cass.1re civ., 25/06/2009)”, *La Semaine Juridique Edition Generale n.º42, 12 Octobre 2009*, p.16-19;

-TRIANA LÓPEZ, Beatriz – “Los Titulares Derivados por via Mortis Causa como Sujetos del Derecho de Autor. Dificultades Prácticas para la Adquisición y el Ejercicio de du Derecho” in *Sujetos del Derecho de Autor*, coord. César Iglesias Rebollo, Reus, Madrid, 2007, p.73-97, ISBN: 978-84-290-1472-3;

-VALDES ALONSO, Alberto – *Propiedad Intelectual y Relación de Trabajo. La Transmisión de los Derechos de Propiedad Intelectual a través del Contrato de Trabajo. Artistas, Programadores Informáticos y Producción Audiovisual*, Civitas, Madrid, 2001;

-VALDES ALONSO, Alberto - *Contratación y cesión de derechos de propiedad intelectual e imagen de autores y artistas en las obras y grabaciones audiovisuales - La Obra Audiovisual en la Reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*, Aranzadi, Navarra, 2008;

-**VALDÉS DÍAZ**, Caridad del Carmen – “Obras inéditas, anónimas, seudónimas, póstumas y huérfanas” in *Colección de Propiedad Intelectual*, Reus, Madrid, 2014, p.43-63, ISBN 978-84-290-1817-2;

-**VÁZQUEZ LÓPEZ**, Víctor – “Perspectivas de Futuro en Torno a Los Límites del Derecho de Autor. Las Tendencias internacionales y la posición de la OMPI”, in *Los Limites del Derecho de Autor*, Reus, Madrid, 2006, p.295-308, ISBN -10:84-290-1454-3;

-**VELARDOCCHIO**, Dominique – “Chronique: Droit de la propriété intellectuelle. Août 2008 – Juillet 2009: le droit d’auteur au coeur de l’actualité!”, *Droit et Patrimoine n. °185, octobre 2009*, p.102-119;

-**VIEIRA**, José Alberto – *A protecção dos programas de computador pelo direito de autor*, Lex, 2005;

-**VINUELA NORVETO**, M. – “Las nuevas tecnologías: un reto para la industria audiovisual”, <http://www.ecija.com>, *Boletín mayo 2001*;

-**VITUG**, José C. – *Civil Law Volume II, Property, Ownership, and it’s modifications*, Rex Printing Company, Philippine, 2006, ISBN 978-971-23-4554-8;

-**VIVANT**, Michel – *Le droit des auteurs de l’information et du multimedia: un Nouveau défi*, Bruylant, Bruxelles, 1997;

-**VIVANT**, Michel & **BRUGUIÈRE**, Jean Michel – *Droit d’auteur*, Dalloz, 1.^a edição, Paris, 2009, p.228-281, p.536-560, ISBN 978-2-247-07098-5;

-**WALTER**, M. & **LEWINSKI**, Silke Von – *Europaisches Urheberrecht Kommentar*, Springer Verlag, Vienna, 2001, ISBN 3-211-83164-9;

-**WANDTKE**, Artur-Axel – *Urheberrecht*, Walter de Gruyter, Berlin, 2009, ISBN 978-3-89949-565-2;

-**WYVER**, J. – *The moving image: an international history of film, television and video*, WileyBlackwell, London, 1989;

-**XAVIER**, António – *As leis dos Espectáculos e Direitos Autorais do Teatro à Internet*, 1.ª Edição, Almedina, 2002, ISBN 972-40-1837-7;

-**ZAPLANA**, Julio Guerrero - “Los delitos contra la propiedad intelectual” in *Protección de la obra audiovisual*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, p.17-48.

SÍTIOS DA INTERNET CONSULTADOS:

-**Autoridade para as Condições de Trabalho**, (30 de julho 2007), disponível em <http://www.act.gov.pt/> , consultado em 30 de julho de 2008;

-**Animation World Magazine**, (10 de setembro de 2001), Articles, “Behind the scenes on Final Fantasy : The Spirits Within”, John Edgar Park, disponível em http://mag.awn.com/index.php?article_no=526, consultado em 30 de junho de 2008;

-**Associação Portuguesa de Direito Intelectual**, (23 de julho de 2003), Biblioteca Digital, “Contributos para delimitação da «originalidade» como requisito de protecção da obra pelo Direito de autor”, Professora Doutora Maria Victória Rocha, disponível em <http://www.apdi.pt>, consultado em 28 de maio de 2008;

-**Associação para a Promoção do Cinema Português**, (22 de março de 2001), Base de Dados, “*Filme Branca de Neve*”, disponível em <http://www.amordeperdição.pt>, consultado em 03 de maio de 2008;

-**Confederação Nacional de Acção Sobre o Trabalho Infantil**, (25 de fevereiro de 2008), “A CNASTI e o Trabalho Infantil Artístico”, notícias, disponível a partir de <http://www.cnasti.pt/> , consultado em 30 de julho de 2008;

-**Erico Borgo**, (30 de Novembro de 2000), Notícias» Todas» Final Fantasy – o filme de 30.11.2000, disponível a partir de <http://www.omelete.com.br/cine/>, consultado em 21 de junho de 2008;

-**Instituto do Cinema e do Audiovisual**, I.P. (29 de março de 2007), Atribuições, disponível em <http://www.ica-ip.pt/> , consultado em 30 de junho de 2008;

-**Júlio Wink**, (7 de agosto de 2003), “*Kidleitura*”, disponível em <http://www.kidleitura.com>, consultado em 7 de dezembro de 2007;

-**R. CEJ, Brasília**, (Maio 2008), *Revista n. 21*, Artigo 6, “O Direito de Autor e as Obras Audiovisuais”, Marcos Alberto Sant`anna Bitelli, disponível em http://www.cjf.jus.br/revista/numero_21/artigo6.pdf, consultado em 2 de janeiro de 2008;

- **World Intellectual Property Organization, STONE**, Reuben - “Copyright protection for titles, character names and catch – frases in the film and television industry”, 1996, *Vol.7 No 5 p.178-187* disponível em <http://www.wipo.int/portal/en/index.html> consultado em 23 de janeiro de 2017;

-**World Intellectual Property Organization**, (20 maio, 2008), *Conferences, Meetings and Seminars, Tercer Seminario Regional sobre Propiedad Intellectual para Jueces y Fiscales de América Latina*, “Contenido del Derecho de Autor. El Autor, la Obra, Limitaciones y Excepciones”, Emilia Aragón, disponível em http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=34339, consultado em 23 de maio de 2008;

--**World Intellectual Property Organization**, Glossário, disponível em <http://www.wipo.int/pct/pt/texts/glossary.html>, consultado em 10 de janeiro de 2014;

- **APEPI Associação Portuguesa para o Estudo da Propriedade Intelectual- Grupo Português da ALAI- Association Littéraire et Artistique Internationale**, “Gestão de Direito de Autor e dos Direitos Conexos no Mercado Interno – A propósito da Comunicação da Comissão Europeia de 16 de Abril”, p. 1-32, disponível em http://ec.europa.eu/international_market/copyright/docs/manageme...Sociedad e Portuguesa de Autores, consultado em 1 de fevereiro de 2014;

- **SPA Sociedade Portuguesa de Autores** disponível em <http://www.spautores.pt/>, consultado em 1 de fevereiro de 2014;

-**GDA Gestão dos Direitos dos Artistas** disponível em <http://www.gda.pt/>, consultado em 1 de fevereiro de 2014;

-**ASSOFT Associação de Software** disponível em <http://www.assoft.org/pt/>, consultado em 1 de fevereiro de 2014;

- **IGAC Inspeção Geral das Actividade Culturais** disponível em <http://www.igac.pt/>, consultado em 1 de fevereiro de 2014.

-**PRIBERAM** Dicionário de língua portuguesa Priberam, disponível em <http://www.priberam.pt/dlpo/autor>, consultado em 15 de fevereiro de 2014.

LEGISLAÇÃO:

- Constituição da República Portuguesa
- Código Civil Português
- Código de Processo Civil
- Código do Trabalho

- Convenção de Roma para a protecção dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores de fonogramas e dos organismos de radiodifusão de 26 de outubro de 1961
- Lei de bases n.º 7/71 de 7 de dezembro
- Convenção de Berna aprovada pelo Decreto n.º 73/78 de 26 de julho
- Convenção Universal sobre Direito de Autor aprovada pelo Decreto n.º 140-A/79 de 26 de dezembro
- Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos aprovado pelo Decreto – lei 63/85 de 14 de março
- Código da Propriedade Industrial aprovado pelo Decreto-lei 36/2003 de 5 de março alterado pela Lei 46/2011 de 24 de junho
- Decreto – Lei n.º 39/88 de 6 de fevereiro
- Copyright Design and Patents Act 15th november 1988
- Directiva 89/552/CEE do Conselho de 3 de outubro de 1989
- Código da Publicidade aprovado pelo DL 330/90 de 23 de outubro
- Directiva 93/83/CEE de 27 de setembro de 1993 do Conselho
- Directiva 93/98/CEE de 29 de outubro de 1993 do Conselho
- Directiva 94/33/CE do Conselho, de 22 de junho de 1994
- Lei Belga de Direitos de Autor e Direitos Conexos de 30 de junho de 1994
- Decreto – Lei n.º 252/94 de 20 de outubro
- Lei de Direitos de Autor Alemã de 9 de setembro 1965 (BGB1.IS1273) alterada pela lei 23 de junho 1995 (BGB1.IS.842)
- Convenção Europeia sobre Coprodução Cinematográfica aprovada pelo Decreto n.º 21/96 de 23 de julho
- Legge n.º 122 di 30 aprile 1998 pubblicato dalla G.U. n.º 119 del 1999
- Tratado OMPI sobre direitos de autor (WCT) Genebra, 20 de dezembro de 1996
- Convenção OMPI sobre interpretações ou execuções e fonogramas de dezembro de 1996
- Decreto-lei 333/97 de 27 de novembro
- Lei 62/98 de 1 de setembro
- Despacho da Presidência do Conselho de Ministros n.º 5564/99 de 18 de março (DR – 2.ª Série)

- Convenção Internacional para a protecção dos artistas intérpretes ou executantes dos produtores de fonogramas e dos organismos de radiodifusão aprovada pela Resolução n. °61/99 de 22 de julho
- Directiva n.º 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 22 de maio de 2001
- Lei 83/2001 de 3 de agosto
- Ley 15/2001 de 9 de julio
- Diário da Republica I Série B – N.º 68 - 20 de março de 2004, Resolução do Conselho de Ministros n. °37/2004 de 20 de março
- Directiva n.º 2004/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 29 de abril de 2004
- Decreto-lei n. °121/2004 de 21 de maio
- Lei 35/2004 de 29 de julho
- Lei 42/2004 de 18 de agosto
- Lei 49/2004 de 24 de agosto
- Lei 50/2004 de 24 de agosto
- Portaria n. °354/2006 de 11 de abril
- Diário da República, II Série – N.º 167 - 30 de agosto de 2006, Despacho do Gabinete do Primeiro Ministro n. °17584/2006 de 28 de julho
- Directiva 2006/115/CE de 12 de dezembro do Parlamento Europeu e do Conselho
- Lei 27/2007 de 30 de julho
- Decreto Regulamentar n. °81/2007 de 30 de julho
- Diário da República, II Série – N.º 161 – 22 de agosto de 2007 Anúncio n.º 5625/2007
- Directiva 2007/65/CE de 11 de dezembro do Parlamento Europeu e do Conselho
- Ley 55/2007 de 28 de diciembre (ley del cine)
- Lei 4/2008 de 7 de fevereiro
- Lei 16/2008 de 1 de abril
- Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI)
- Ley General de Publicidad, Ley 34/1988, de 11 noviembre, modificada por la ley 39/2002 de 28 de octubre

- Legge 18 febbraio 2009, n.9
- Décret n.º 2009-1309 du 26 octobre 2009 portant modification des articles R. 321-6-1 et R.321-8 du Code de la propriété intellectuelle – Journal Officiel de la République Française, 29 octobre 2009, 1p.
- Décret n.º 2009-1204 du 9 octobre 2009 relatif à la spécialisation des juridictions en matière de propriété intellectuelle – Journal Officiel de la République Française, 11 octobre 2009, 1p.
- Décret n.º2009-1205 du 9 octobre 2009 fixant le siège et le ressort des juridictions en matière de propriété intellectuelle - Journal Officiel de la République Française, 11 octobre 2009, 3p.
- Livro verde “O Direito de Autor na Economia do Conhecimento”, C.O.M. (2008) 466 final, Bruxelas, 16 de julho de 2008.
- Livro verde da Comissão Europeia, Bruxelas, 13/07/2011, Comissão (2011) 427 final.
- Copyright Law of The United States of America and related laws contained in title 17 of the united states code, December 2011, Circular 92
- Lei 55/2012 de 6 de setembro
- Code de la propriété intellectuelle 18 août 2013
- Decreto – lei 124/2013 de 30 de agosto
- Decreto – lei 25/2018 de 24 de abril

Acórdãos Consultados:

- App. Roma 16.10.89, RDI, 1989, II, 309.
- Cour d'appel de Paris, 16 mai, 1994, Ramdam (JCP G 1995 II,22375, note crit. X. Linant de Bellefonds; RTD com1995, p. 124, obs. A Françon).
- Corte Suprema di Cassazione – 1 Sez. Civ. – 21 maggio 1998, n.º 5072 – Pres. Cantillo – Est. Morelli – P.M. Nardi (concl. Diff.) – Spes (Avv. Selli) c. Titanus S.p.a. (Avv. Lezzerni).
- Corte Suprema di Cassazione – III Sez. Civ. – 9 giugno 1998, n.º5658 – Pres. Duva – Est. Segreto – P.M. Iannelli – G.S. c. RAI S.p.a.

- Corte Suprema di Cassazione – 1 Sez. Civ. – 23 giugno 1998, n. °6239 – Pres. Rocchi – Est. Berruti – P.M. Buonajuto (concl. conf.) – Ortolani (Avv. Spada) c. CAM S.r.l. (Avv. - ti Attolico, Giacobbe).

-Tribunal di Trento – 1 Sez. – 12 settembre 1996 – Pres. Paolucci – Est. Fermarelli – OP Im S.r.l. (Avv.ti Porta, Devigli) c. SIAE (Avv.ti M.G. Deledda, Todesca)

e

-Tribunale di Sanremo – 10 ottobre 1997 – G.I. Bogliolo – Sanremo Tv S.r.l. (Avv.ti Porta, Allione) c. SIAE (Avv.ti Deledda, Antonetti)

disponíveis na Revista Trimestrale Della Società Italiana Degli Autori Ed Editori, Anno LXX, Gennaio-Marzo 1999, n. °1, Giuffrè Editore, Milano, 1999, p. 96-121.

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça Processo de Revista n.º592/99 de 07/07/1999, 1.ª Secção, Fernando Magalhães (Relator) e Tomé de Carvalho Silva Paixão disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/jurel/stj_busca_processo.php?buscaprocesso=&seccao=.%AA%20SEC%C7%C3O&ficha=2301&pagina=&exacta, consultado em 31/10/2016

- *Ludlow Music Inc v Robbie Williams*, 14th february 2002, Royal Courts of Justice Strand, London

-Tribunale di Torino – 24 aprile 2008 – Pres. Barbuto – Est. Vitro – L.E. (Avv. G. Iacovoni, D. Rulli, M. Bumma) c. F.A. spa. (Avv. M. Tavella, M. Togliatto) e altro.

- Tribunale di Roma – Sezione specializzata in proprietà intellettuale – 29 settembre 2008- Pres. T. Marvasi – Est. A. Izzo – AGP. (Avv. S. Tonazzi) c. V.-C. (Avv.B. Delaa Ragione e M. Garofano) e altri.

-Tribunale di Milano – Sez. Specializzata in proprietà intellettuale – Ordinanza-
16 luglio 2009 – G.D.C. de Sapia – Emi M. Srl. (Avv. D. Capra, M.C. Capra, E.
Cappellini e E. Massa Saluzzo) c. P. Sl. Srl. (Avv.D Buongiorno) e altro

e

-Tribunale di Milano – Sezione specializzata in proprietà intellettuale – 8 luglio
2009 – Pres. C. De Sapia – Est. S. Rosa – Ed. C. Srl. (Avv. Quiriconi) c. R. L.
Spa (Avv.M. Zorzoli Volpi e A. Micciché)

disponíveis na Revista Trimestrale Della Società Italiana Degli Autori Ed Editori,
Nuova serie, Anno LXXX, ottobre-dicembre 2009 n. °4, Milano, 2009, p.629-
635.

-Corte Suprema di Cassazione – Sez. Lavoro – 4 giugno 2008 – Prés. F. Miani
Canevari – Est. P. Picone – PG. M. Fedeli (concl. conf.) – Enpals (Avv. A.
Pandolci) c. Soc. T. (Avv. G. Attolico e P.G. Quiriconi).

-Corte di Appello di Roma – 5 maggio 2008 e 27 gennaio 2000 – Prés. O.
Durante – Est. G. Sabeone – E.M.P. (Avv. L. Attolico e G. Quiriconi) c. RAI
(Avv. R. Geremia).

-Corte di Appello di Torino – 25 settembre 2008 – Prés. V. Vitro – Est. N.
Fuiano – MBG, F.G.R. e A. C. (Avv. L. Guerci, A. Pojaghi e M. Ricolfi) c. T.R.T.

- Pretore Roma 20.1.70, DA, 1970,80.

-Pretore Roma 22.6.89, D.A, 1990, 422.

-Tribunale di Roma – Sezione specializzata in matéria di proprietà intellettuale
– 2008 – Prés. T. Marvasi – Est. A. Izzo – SIAE (Avv. P. Nava) c. D. Srl. (Avv.
P. Fiecchi, M. Carta, S. Piseddu).

- Tribunale di Milano – I. Sezione civile – n.10096/08 – 6 agosto 2008 – G.U. A.
Ricciardi – A.A. Ed. Musicali (Avv. Ângelo ed Elena Montalto, Avv. A.M.
Carrara), U.M. It. (Avv. G. Quiriconi) e altri.

-Tribunale di Roma – Sezione specializzata in proprietà industriale e intellettuale – 29 settembre 2008 – Prés. T. Marvasi – Est. A. Izzo – AGP. (Avv. S.Tonazzi) c. V.-C. (Avv.B. Della Ragione e M. Garofano) e altri.

-Corte di Giustizia dell'Unione Europea – 11 dicembre 2008 – Sez. IV – procedimento C-52/07 – Kanal 5 Ltd e TV4 AB (Avv. M. Johansson) c. STIM upa (Avv. Calissendorff, Johansson, Arbrandt, Cederlund e Jonson).

disponíveis na Revista Trimestrale Della Società Italiana Degli Autori Ed Editori, Anno LXXX, aprile-giugno, 2009, n.º 2, Giuffrè Editore, Milano, 2009, p. 315-356.

-Cass., 1.º Dicembre 1999, n.13398 disponível in Il Diritto di Autore, fasc. 3, Roma, 2000, p.374 ss;

-Trib. Roma 28 Marzo, in Il Diritto di Autore, fasc. 4, Roma, 2003, p.431 ss;

-Trb. De Cassation, 7 Mars 1986 – La semaine Juridique 19860, II, No. 20631, note J.M. Mousseron, B. Teyssié e M. Vivant, RIDA, 1986,129, p.132-134.

- Trib. Première instance de Nanterre du 26 novembre 1997 – Gazette du Palais 19-21 avril, 1998, p. 220

-Acórdão do Tribunal Constitucional n. º263/97, de 19 de março de 1997, publicado no Diário da República, II Série de 1.07.1997, p.7567-7570.

-Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26.06.2003, referente ao processo n. º03B3898.

-Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23.09.2004, referente ao processo n. º05A945.

-Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 15.11.2004, referente ao processo n. °1204/04-2.

-Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça Processo de 11.10.2005 referente ao processo n. °05A2089

-Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 17.04.2007, referente ao processo n. °1648/2007-7.

-Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 17.05.2007, referente ao processo n. °3416/2007-6.

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 08.05.2007, referente ao processo n. °2047/2006-7.

-Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 31.05.2007, referente ao processo n. °3845/2007-6.

-Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27.09.2007, referente ao processo n. °07B2528.

-Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 07.02.2008, referente ao processo n. °10779/2007-6.

-Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 03. 06.2008, referente ao processo n. °0821868

e

-Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 01.07.2008, referente ao processo n. °08A1920, disponíveis a partir de: <http://www.dgsi.pt/>

-Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 02.12.209, referente ao processo n.°42/05.0FBPVZ.P1, disponível a partir de: <http://www.dgsi.pt/>

-Acórdão Uniformizador de Jurisprudência de 6 de dezembro de 2013.

- Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de 21.10.2003, Belgische Staat contra Van Calster, Cleeren e Openbaar Slachthuis, publicado no Jornal Oficial da União Europeia de 13.12.2003.

-Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de 07.12.2006, Sociedad General de Autores y Editores de España contra Rafael Hoteles, S.A.

ANEXOS