
IRRESPONSABILIDADE DAS SOCIEDADES PROMOTORAS DE ESPECTÁCULOS PELO PAGAMENTO DE DIREITOS DE AUTOR*

AFONSO MANUEL PESSOA DOS SANTOS
JUIZ DESEMBARGADOR
TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

The Portuguese Authors Society sustains that author rights are owed by the promoters societies, relatively to the musical works, or literary-musical, interpreted in shows that these organise, which, all in all, lacks of foundation, facing the Portuguese legal system.

A Sociedade Portuguesa de Autores, na qualidade de ente de gestão colectiva de direitos patrimoniais de autor, vem defendendo que as sociedades promotoras devem pagar aqueles direitos, relativamente às obras musicais, ou literário-musicais, interpretadas em espectáculos que estas organizam, mesmo nos casos em que os artistas intérpretes sejam simultaneamente autores das obras.

Todavia, cremos que, à construção jurídica que suporta esta pretensão, é oponível uma dificuldade inultrapassável, consubstanciada na ausência de fundamento adentro da legislação portuguesa de direitos de autor, que nos propomos demonstrar.

1.

O direito de autor integra o direito privado civil, ocupando-se “dum sector da actividade normal dos particulares, centrado na criação literária e artística” (Ascensão, 1992:30) e tendo por objecto a tutela das obras em que a criação se exterioriza (Ascensão 1990:82 e Vitorino, 1995:251).

Entre nós, e na esteira das legislações continentais, analisa-se num instrumento legal de estrutura dualista, que engloba o direito patrimonial e o direito pessoal – cf. artigo 9º, nº 1, do Código de Direitos de Autor e Direitos Conexos [diploma a que se reportam as restantes disposições citadas sem menção de origem e que doravante designaremos abreviadamente por CDADC¹], - decompondo-se o direito patrimonial de autor num complexo de facultades, que têm por escopo a utilização económica exclusiva da obra (Ascensão 1992:650-651) – artigo 9º, nº 2 -

* Este artigo, seguiu de perto o acordão da Relação de Lisboa de 26/3/98.

¹ Este Código foi aprovado pelo Decreto-Lei nº 63/85, de 14 de Março e alterado pelas Leis nºs 45/65, de 17 de Setembro e 114/91, de 3 de Setembro.

ao passo que o direito pessoal de autor é integrado por um leque de faculdades referentes à paternidade da obra e à sua integridade – artigo 9º, nº 3.

414

No entanto, como em sede de direito de autor, a criatividade só ganha relevo quando plasmada na obra, o CDADC começa por explicitar que se consideram obras “as criações intelectuais do domínio literário, científico e artístico, por qualquer modo exteriorizadas, que como tais são protegidas nos termos deste Código, incluindo-se nesta protecção os direitos dos respectivos autores” – artigo 1º, nº 1.²

E sendo a obra, em primeiro e último termo, uma criação do espírito, hão-de ser-lhe assinaláveis características de criatividade ou originalidade (o que permite distingui-la das simples descrições, narrações, relatos, notícias, etc) e bem assim de individualidade ou personalidade, pois a criatividade é, ainda e sempre, personalizada, ainda que este requisito se haja de entender referenciado a uma exigência mínima de simples espaço em branco (Ascensão, 1992:88-89).

Estruturalmente, no quadro legal vigente do direito de autor, podem apontar-se três campos, constituídos pelos direitos patrimonial e pessoal, e pelas faculdades de remuneração, que interessam simultaneamente o direito pessoal e o direito patrimonial.

Sob este prisma, o direito patrimonial é um direito unitário, atribuído como universalidade e composto por um conjunto de faculdades tendentes a concretizar o exclusivo de utilização económica.

Já o direito pessoal, muito embora seja igualmente unitário, contém um leque de faculdades atinentes ao criador da obra e emergentes da criação.³

No que concerne à natureza jurídica do direito de autor, diremos que “os poderes conferidos ao autor e que aparentemente recaem sobre a obra, poderes de usar, reproduzir e transformar, na realidade não são diversos dos poderes de qualquer um, com a única diferença de que os outros sujeitos não os podem utilizar para efeitos de exploração económica. (...) A norma proíbe a todos, com excepção do autor as utilizações que estejam

2 Criticando a formulação legal, precisa José de Oliveira Ascensão que as obras são só de duas categorias: literárias e artísticas. Podendo, contudo, ter origem nos domínios literário, científico ou artístico – obra citada, página 71.

3 Para maior desenvolvimento veja-se José de Oliveira Ascensão, obra citada, páginas 647-665. Em sentido diverso cf. José Alberto Coelho Vieira, *A Estrutura do Direito de Autor no Ordenamento Jurídico Português*, AAFDL, 1992.

ligadas a formas de exploração económica da obra” (Ascensão 1992:680-681). Mais especificamente, o direito patrimonial de autor é um direito absoluto e exclusivo, cujo objecto imediato, ou conteúdo, são as actividades reservadas, constituindo a obra literária ou artística o objecto mediato do exclusivo de exploração económica (Ascensão, 1992:680-684), enquanto o direito pessoal tem por objecto “certas formas de divulgação da obra modificada” (Ascensão, 1992:470).

Em suma, o direito de autor pode “ser nuclearmente caracterizado como um exclusivo temporário de exploração económica da obra” (Ascensão 1992:686).

1.1.

Por outro lado, importa ainda referir que são igualmente tutelados pela nossa lei, os direitos conexos, ou seja os direitos dos artistas intérpretes, dos produtores de fonogramas e videogramas e dos organismos de radiodifusão – artigo 176º, nº 1 - que muito embora pressuponham, normalmente, a utilização de uma obra literária ou artística, não afectam a protecção dos autores sobre a obra utilizada – artigo 177º.

Assinala-se a estes direitos conexos uma estrutura unitária (Ascensão, 1992:665-666), e podem ser caracterizados “como um exclusivo de utilização de uma prestação, no que respeita às faculdades típicas” (Ascensão 1992: 687).

2.

Tecidos estes breves considerandos, e entrando na análise do problema que nos propomos dilucidar, diremos ser de toda a evidência que são inconfundíveis, na economia do CDADC, os direitos do autor da obra, protegidos no âmbito do direito de autor, e os direitos do artista intérprete, dado que a interpretação é uma prestação artística tutelada no âmbito dos direitos conexos, enquanto “exteriorização captável visual ou auditivamente” (Ascensão 1992:357).

Como corolário lógico do exposto pode afirmar-se que, se coincidirem numa mesma pessoa as duas qualidades, beneficia o seu titular da protecção legal em qualquer destes dois níveis.

Por outro lado é igualmente inquestionável, face ao preceituado na alínea a) do artigo 40º, que o autor pode autorizar a utilização da sua obra, explicitando-se no nº 1 do artigo 41º, que esta autorização, a conceder a terceiros, pode ter por objecto a utilização ou exploração da obra por

qualquer processo, nomeadamente através da execução, no âmbito da qual ganha foros de direito exclusivo do autor, de harmonia com o disposto no artigo 68º, nº 2, al. b).

416

O que nos não parece líquido é que seja a sociedade promotora a fazer a utilização ou exploração da obra, pois correspondendo a utilização da obra ao seu uso e a exploração à sua fruição económica, independentemente da forma que esta revista, não se nos afigura que tal lhe seja imputável.

3.

E do exposto resulta que, na nossa perspectiva, o cerne da questão, considerando o corte dinâmico desta operação jurídica, consiste em determinar quem é o sujeito passivo da obrigação de obtenção de autorização, é dizer, quem deverá obter a autorização dos autores para serem interpretadas as obras musicais num espectáculo musical.

Somente depois de solucionado este problema poderá interessar apurar da existência, ou inexistência, de autorização.

Porém, sabendo-se que a obrigação de obter a autorização está cometida por lei a um terceiro, por referência à utilização ou exploração da obra, importa, preliminarmente, precisar o conceito de terceiro, para este efeito específico.

3.1.

Já se sustentou que terceiros em matéria de registo de direito de autor são apenas os que tenham adquirido do mesmo autor, total ou parcialmente, direitos incompatíveis sobre o mesmo bem ou interesse,⁴ mas não será, seguramente, este o conceito de terceiro, na economia dos artigos 40º e 41º.

Neste domínio específico, entendemos que só podem ser considerados terceiros as pessoas jurídicas imediatamente interessadas, isto é, terceiros para efeitos de utilização e exploração de obra alheia são os directamente afectados pelos efeitos do acto jurídico, e já não os só mediamente interessados, ou seja, aqueles que unicamente são atingidos pelo dito acto jurídico de modo indirecto, ou eventual (Mendes 1979:629 e Fernandes 1996:88).

4 Cf. acórdão da Relação de Lisboa de 17/11/1983, in *Colectânea de Jurisprudência*, ano 1983, tomo 5, página 115.

90

E assim sendo, relativamente à operação jurídica constituída com a criação da obra [que mais não é do que do que um simples acto jurídico (Sousa 1995:431-432)], e nesta objectivada, apenas deverá ser qualificado como terceiro, a pessoa que, não sendo autor, utilize ou explore a obra musical, mas de modo directo.

Em suma, terceiros são as pessoas, que não sendo autores, exploram ou utilizam, directamente, a obra.

Sublinhe-se que, a acolher-se entendimento diverso do apontado, qualquer pessoa que retirasse benefícios da execução da obra, seria obrigada a obter autorização do autor, por a estar a explorar economicamente, como aconteceria, por exemplo, com os técnicos de som e de luz, que hajam sido contratados para o espectáculo.

3.2.

Ultrapassada esta dificuldade, diga-se ser pacífico que, por regra, as sociedades promotoras celebram com os artistas intérpretes, contratos de execução ou prestação artística, assumindo estes a obrigação de interpretarem, *in casu*, obras musicais num determinado espectáculo, contra o pagamento de uma quantia previamente estipulada.

Assim, destes contratos, emergem, como obrigações principais, para o intérprete, a de efectuar a prestação artística acordada, e para a sociedade promotora, a de entregar àquele a retribuição ajustada.

Ora, a prestação artística, é dizer, a prestação do artista no âmbito deste contrato, consiste na interpretação de obras musicais, que daquela fazem parte integrante, e destarte, podemos afirmar que não há interpretação sem obra, donde resulta que a obra há-de ser considerada, não só pressuposto da interpretação, como também parte integrante, e indissociável, desta.

Assim, é o intérprete que utiliza a obra, na medida em que a executa, e é ele, igualmente, que a explora economicamente, enquanto cobra uma determinada quantia pela sua interpretação, na qual a obra, como vimos, se insere.

Consequentemente, o artista para poder cumprir o contrato tem que reunir todas as condições para interpretar a obra, e logo, é a ele, e unicamente a ele, que incumbe cumprir todos e quaisquer preceitos legais para poder satisfazer aquela prestação, a que se encontra adstrito.

Por outro lado, a sociedade promotora através daqueles contratos de prestação artística adquire somente direito à aludida interpretação das obras musicais, donde se conclui que é a prestação do artista, que contratou para interpretar as referidas obras musicais, que usa, e que é também o que ela frui ou explora economicamente, através dos réditos que retira da venda de bilhetes para o espectáculo.

Quem usa a obra?

Obviamente, quem a interpreta.

Quem a explora?

Quem directamente recebe proventos daquela utilização.

Tudo vale por dizer que é o artista intérprete que utiliza a obra, já que a executa, e é também ele que a explora, porquanto recebe a contrapartida económica da sua prestação artística – interpretação -, na qual a obra está inserida e de que é elemento indissociável.

Em síntese pode dizer-se que, nos termos e para os efeitos do artigos 40º e 41º citados, e no contexto de contratos de prestação artística, quem carece de obter autorização para usar obra alheia é o intérprete.⁵

3.3.

E a solução a que chegámos fica substancialmente reforçada se tivermos em consideração o fundamento do direito de autor, isto é, a protecção da criatividade (Ascensão 1992:89-90), através do binómio consistente na exploração económica exclusiva da obra pelo autor conjugada com a estimulação da sua criatividade no interesse do público em geral, e que o direito de autor é um direito absoluto e exclusivo, cujo objecto imediato, ou conteúdo, são as actividades reservadas, constituindo a obra literária ou artística o objecto mediato do exclusivo de exploração económica (Ascensão 1992:682-683), sem olvidar que os normativos correspondentes devem ser interpretados, e aplicados, de molde a que não se tornem meios de opressão e de extorsão.⁶

Sucedem que, quem põe em crise a obra e a actividade reservada de utilização e posterga a criatividade do autor exteriorizada naquela obra é a pessoa que a interpreta - o artista intérprete -, na medida em que da mesma faz uma utilização directa e imediata.

5 Em sentido oposto se decidiu, implicitamente, nos acórdãos da Relação de Lisboa de 22/4/1997 e de 18/12/1997, aquele publicado na *Colectânea de Jurisprudência*, ano 1997, tomo 2, página 115, e este, proferido no recurso de apelação nº 2181/97, ainda inédito.

6 Como lapidarmente já se salientava na sentença de Lord Lindley, proferida em 1894, no caso *Hanfstaengl versus Empire Palace*, *Hanfstaengl versus Newnes*, citada na Internet, no endereço <http://www.mccarthy.ca/home/mccarthy/web/docs/mt-frobj.html>.

Destarte, na falta de dispositivo legal que imponha tal obrigação a outra pessoa, deverá ser o intérprete a obter a autorização para executar a obra do autor, e não o promotor, a quem apenas se pode assinalar uma utilização indirecta através daquele, pois só utiliza a interpretação do artista que contrata.

4.

Contra o que acabamos de concluir têm-se esgrimido normas do CDADC, que se diz obrigarem o promotor a obter aquela autorização.

4.1.

E a primeira a que se faz apelo é a contida no artigo 109º, nº 1, onde se preceitua que “pelo contrato de representação o autor autoriza um empresário a promover a representação da obra, obrigando-se este a fazê-la representar nas condições acordadas”.⁷

No entanto, de harmonia com o disposto no nº 2, do artigo 121º, a aplicabilidade subsidiária deste preceito ao contrato de prestação artística é condicionada à compatibilidade “com a natureza da obra e da exibição”.

Ora, afigura-se-nos que a natureza da exibição obstaculariza à aplicação do citado artigo 109º, nº 1, ao contrato para execução de obras literário-musicais, pois, enquanto no contrato de representação a exibição resulta de uma relação directa estabelecida entre o autor da obra e o empresário, e simultaneamente é condicionada pelos termos daquele acordo, atentas as obrigações constantes dos nºs 2 e 3 do artigo 115º, tal não se verifica no contrato de prestação artística, no qual a relação jurídica é estabelecida entre o intérprete e o promotor, sem qualquer intervenção do autor da obra, que por tal motivo não tem qualquer controlo sobre o concertado entre as partes.⁸

Porém, ainda que assim se não entendesse, não se poderia aplicar a um específico contrato de execução de obras literário-musicais – prestação artística -, um normativo que define concretamente um outro tipo contratual distinto daquele, e que tem por escopo a regulamentação de realidade diversa, como já referimos. Isto é, tratando-se de contratos absolutamente distintos, o dispositivo que expressamente define o contrato de representação (artigo 109º, nº 1) é inaplicável ao de prestação artística.

7 Cf. o citado acórdão da Relação de Lisboa de 22/4/1997.

8 Sobre estes tipos contratuais vejam-se Vitorio De Sanctis, *Contratto di Edizione e Contratti di Rappresentazione e di Esecuzione*, Milano 1984, páginas 172-176 e Claudio Varrone, *Manuale del Diritto d'Autore*, Napoli, 1991, páginas 372-377.

4.2.

Tem ainda sido chamado à colação o estatuído no nº 3, do artigo 122º, como sustentáculo legal para fazer impender sobre o promotor a obrigação de obter autorização do autor.

420

Preceitua tal normativo que “na falta de afixação do programa ou da sua comunicação, nos termos do número anterior, compete à entidade que promove ou organiza a execução ou a recitação, quando demandada, fazer a prova de que obteve autorização dos autores das obras executadas ou recitadas”.⁹

Contudo, fazer emergir de uma norma atinente ao ónus de prova (Cordeiro, 1992:23) obrigações para o promotor, é transformar uma norma de direito probatório material em fonte de obrigações, sem que lhe seja assinalável tal conteúdo e alcance.

O mais que esta norma pode significar é que não existe autorização se o promotor não provar que a possui, mas não que ao promotor incumbia obtê-la, pois o ónus de prova significa tão só, contra quem se decide quando nada se prova, pelo que a única ilação extrapolável daquela falta de prova é ter-se por demonstrado que o promotor não tinha autorização do autor - artigo 342º, nº 2, do Código Civil.¹⁰

Mas o que é que o obrigava a tê-la?

Rigorosamente nada.

Logo, não será possível responsabilizar o promotor pela falta de autorização do autor, por recurso a uma norma de direito probatório material que faz impender sobre ele o ónus de prova da autorização.

Pelo exposto, como o promotor não tem qualquer obrigação de obter autorização do autor, que apenas é devida pelo executante da obra, estamos perante uma disposição sem conteúdo, enquanto fonte de obrigações.

9 Dispositivo introduzido pela Lei nº 114/91, de 3 de Setembro.

10 Significa o ónus de prova, em primeira e última linha, contra quem se decide quando nada se prova, conforme os acordão das Relações do Porto de 17/5/1993 e de Lisboa de 7/7/1994, in *Colectânea de Jurisprudência*, 1993 e 1994, tomos 3 e 4, páginas 204 e 82, respectivamente, e do Supremo Tribunal de Justiça de 3/4/1991, in *Boletim do Ministério da Justiça* nº 406, página 644, Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, volume I, 3ª edição, página 304 e Vaz Serra, “Provas”, in *Boletim do Ministério da Justiça* nº 110, páginas 116 e 117.

4.3.

E nem se diga que conduz a solução diversa o facto de a realização de espectáculos públicos em que são executadas obras musicais, estar condicionada à obtenção de visto prévio da Direcção-Geral dos Espectáculos, de harmonia com o preceituado no artigo 36º do Decreto-Lei nº 42.661, de 20 de Novembro de 1959,¹¹ e de o artigo 111º do CDADC (aplicável à execução de obras musicais por força do disposto no nº 1 do artigo 121º, do mesmo diploma)¹² determinar que “sempre que uma representação de obra não caída no domínio público dependa de licença ou de autorização administrativa, será necessário, para a obter, a exibição perante a autoridade competente de documento comprovativo de que o autor consentiu na representação”.

Com efeito a obrigação de obtenção de autorização do autor e a sua exibição perante a autoridade administrativa competente, para então conceder o visto, e actualmente a licença de representação, são realidades distintas e de natureza jurídica diversa, sendo uma atinente ao direito privado e a outra ao direito administrativo (Lourenço 1989:35-48). De todo o modo, a obrigatoriedade de exibição da autorização, não gera, para quem tem de a patentear, a obrigação de a obter.

Terminando, podemos precisar que compulsado todo o CDADC não se vislumbra qualquer dispositivo que faça impender sobre o promotor a obrigação de obter a autorização a que aludem os artigos 40º e 41º.

5.

Em conclusão: não incumbindo à sociedade promotora a obrigação de obter autorização dos autores para poderem ser interpretadas as suas obras musicais, ou literário-musicais, num espectáculo (nos termos e para os efeitos dos citados artigos 40º e 41º), não são devidos por aquela

11 Dispunha que “Os espectáculos ou divertimentos públicos não podem ser anunciados ou realizados, mesmo que não haja qualquer das formas de pagamento previstas no corpo do artigo antecedente, sem visto prévio da Inspeção dos Espectáculos ou suas delegações (...)”, acrescentando-se no § 1º que “Tratando-se de representação, execução ou recitação de obras literárias, musicais ou literário musicais, do documento apresentado ao visto deve constar igualmente, sempre que possível, a designação das obras e os nomes dos seus autores (...). Este dispositivo legal, que era aplicável na data em que os factos em apreciação ocorreram, foi entretanto revogado pelo artigo 51º, alínea c), do Decreto-Lei nº 315/95, de 28 de Novembro, o qual, com o confessado propósito de assegurar os direitos de autor e conexos, estatui no artigo 26º, nº 1: “Os espectáculos de natureza artística só podem ser anunciados ou realizados após a emissão pela DGESP de licença de representação”..

12 Onde se dispõe: “A recitação de uma obra literária e a execução por instrumentos ou por instrumentos e cantores de obra musical ou literário-musical são equiparadas à representação definida no artigo 107º”.

sociedade quaisquer direitos de autor concernentes à utilização, ou exploração, das obras executadas.

422

BIBLIOGRAFIA

- ABREU, Jorge de "Utilização não autorizada de obras intelectuais", in *Direito de Autor: Gestão e Prática Judiciária*. Lisboa: 1989, pp.93-104.
- ANDRÉ, Bernard *Le droit d'auteur et le droit voisins*. Paris: 1991.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil – Direito de Autor e Direitos Conexos*. Coimbra: 1992.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. "A Protecção Jurídica dos Programas de Computador", in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 50 (1990), p. 82.
- COLOMBET, Claude *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*. 8ª ed., Paris: 1996.
- CORDEIRO, Pedro A Lei nº 114/91 de 3 de Setembro *Comentário às Alterações ao Código dos Direitos de Autor e dos Direitos Conexos*. Lisboa: AAFDL, 1992.
- FERNANDES, Luís A. Carvalho *Teoria Geral do Direito Civil*. vol. II. Lisboa: Lex 1996.
- LIMA, Fernando Andrade Pires de e João de Matos Antunes VARELA. *Código Civil Anotado*. vol. I, 3ª ed., Coimbra: 1982.
- LOURENÇO, João "Protecção Administrativa do Direito de Autor", in *Direito de Autor: Gestão e Prática Judiciária*. Lisboa: 1989, pp. 35-48.
- MENDES, João de Castro *Direito Civil – Teoria Geral*. volume II, Lisboa: 1979.
- ORTIZ, G. B. "Derechos de los artistas y autonomia privada", in *Num Novo Mundo do Direito de Autor*, volume I. Lisboa: 1994.
- PEREIRA, António Maria "Legislação Nacional e Internacional sobre Direito de Autor", in *Direito de Autor: Gestão e Prática Judiciária*. Lisboa: 1989, pp. 19-34.
- REBELLO, Luiz Francisco "Gestão colectiva do Direito de Autor", in *Direito de Autor: Gestão e Prática Judiciária*. Lisboa: 1989, pp. 59-74.
- REBELLO, Luiz Francisco *Código dos Direitos de autor e Direitos Conexos Anotado*. Lisboa: 1985.
- SANCTIS, Vitorio De *Contratto di Edizione. Contratti di Reppresentazione e di Esecuzione*. Milano: 1984.
- SERRA, Vaz "Provas", in *Boletim do Ministério da Justiça*. nº 110, pp. 116-117.
- SOARES, Fernando Luso "A legitimidade processual na defesa do Direito de Autor", in *Direito de Autor: Gestão e Prática Judiciária*. Lisboa: 1989, pp. 75-92.
- SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de *O Direito Geral da Personalidade*. Coimbra: 1995.
- VARRONE, Claudio *Manuale del Diritto d'Autore*. Napoli: 1991.
- VIEIRA, José Alberto Coelho *A Estrutura do Direito de Autor no Ordenamento Jurídico Português*. Lisboa: AAFDL 1992.
- VITORINO, António de Macedo *A Eficácia dos Contratos de Direito de Autor*. Coimbra: 1995.