CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL ELEANOR SHARPSTON apresentadas em 4 de Abril de 2006 [1]

1. Nestas duas acções intentadas pela Comissão das Comunidades Europeias contra a República Portuguesa nos termos do artigo 226.º CE, a Comissão pretende obter a declaração [2] de que Portugal não transpôs correctamente para o direito interno os artigos 2.º, 4.º e 5.º (lidos em conjugação com o artigo 1.º) da Directiva 92/100/CEE do Conselho, de 19 de Novembro de 1992, relativa ao direito de aluguer, ao direito de comodato e a certos direitos conexos aos direitos de autor em matéria de propriedade intelectual (a seguir «directiva») [3].

Directiva

2. A directiva foi adoptada com base, *inter alia*, no artigo 95.º CE. Visa eliminar diferenças a nível da protecção jurídica, dispensada nos Estados-Membros no que diz respeito às obras protegidas por direitos de autor e realizações protegidas por direitos conexos [4], no que se refere ao aluguer e ao comodato [5]. A directiva pretende limitar-se a estabelecer que os Estados-Membros devem prever direitos em relação ao aluguer e ao comodato para certos grupos de titulares de direitos e, além disso, devem prever os direitos de fixação [6], de reprodução, de distribuição, de radiodifusão e de comunicação ao público para certos grupos de titulares no domínio da protecção dos direitos conexos [7]. O capítulo I da directiva, que se aplica à presente acção, estabelece os direitos de aluguer e de comodato em conformidade com o primeiro destes objectivos.

1 — Língua original: inglês.

2 — No processo C-53/05, alega-se a violação do artigo 5.º em conjugação com o artigo 1.º; no processo C-61/05, alega-se a violação dos artigos 2.º e 4.º

3 — JO L 346, p. 61.

4 — No contexto do direito comunitário, os direitos de autor («droit d'auteur») incluem os direitos exclusivos concedidos aos autores, compositores, artistas, etc. ao passo que os direitos conexos («droits voisins») abrangem os direitos análogos concedidos aos artistas intérpretes e executantes (músicos, actores, etc.) e empresários (editores, produtores de filmes, etc.). No entanto e por razões de concisão, utilizarei simplesmente a expressão «direitos de autor» em vez da mais pesada utilizada pela directiva, ou seja, «obras protegidas por direitos de autor e realizações protegidas por direitos conexos», uma vez que no presente processo não existem motivos para proceder a esta distinção.

5 — Primeiro considerando.

6 — Este termo pouco apropriado, infelizmente um *leitmotiv* em toda a legislação comunitária de harmonização de direitos de autor (e também em convenções internacionais), significa apenas gravação.

7 — Décimo primeiro considerando.

3. O preâmbulo da directiva contém os seguintes considerandos:

[Considerando]

«[1] que existem diferenças a nível da protecção legal, dispensada pela legislação e práticas dos Estados-Membros no que diz respeito às obras protegidas por direitos de autor e realizações protegidas por direitos conexos, no que se refere ao aluguer e ao comodato e que tais diferenças constituem uma fonte de obstáculos ao comércio e provocam distorções da concorrência que obstam à realização e ao correcto funcionamento do mercado interno;

[2] que tais diferenças de protecção legal podem vir a aumentar à medida que os Estados-Membros adoptarem legislação nova e divergente ou à medida que a interpretação de tal legislação pela jurisprudência nacional se desenvolv[a] em sentidos divergentes;

[3] que é necessário eliminar essas diferenças de acordo com o objectivo definido no artigo 8.º-A do Tratado de criação de um espaço sem fronteiras internas, a fim de, deste modo e nos termos da alínea f) do artigo 3.º do Tratado, garantir que a concorrência não seja falseada no mercado comum;

[4] que o aluguer e o comodato de obras protegidas por direitos de autor e realizações protegidas por direitos conexos desempenham um papel de importância crescente, em especial para os autores, artistas e produtores de fonogramas e filmes [...];

[...]

[7] que o trabalho criativo e artístico dos autores e dos artistas intérpretes e executantes exige uma remuneração adequada na perspectiva da continuação desse trabalho criativo e artístico; que os investimentos exigidos em especial para a produção de fonogramas e filmes são especialmente elevados e arriscados; que o pagamento dessa remuneração e a recuperação desse investimento só podem ser assegurados efectivamente através de uma protecção legal adequada dos titulares envolvidos;

[...]

[15] que é necessário introduzir um regime que garanta que os autores e os artistas intérpretes ou executantes obterão uma remuneração equitativa inalienável [...];

[...]

[17] que essa remuneração equitativa deverá ter em conta a importância da contribuição para o fonograma ou filme dos autores e dos artistas intérpretes ou executantes em causa;

[18] que é igualmente necessário proteger, pelo menos, os direitos dos autores no que se refere ao aluguer ao público mediante a criação de um regime específico [...]».

4. O artigo 1.°, n.° 1, dispõe que os Estados-Membros deverão prever o direito de autorizar ou proibir o aluguer e o comodato de originais e cópias de obras protegidas por direitos de autor.

5. O artigo 1.°, n.° 2, define «aluguer» como «a colocação à disposição para utilização, durante um período de tempo limitado e com benefícios comerciais directos ou indirectos». O artigo 1.°, n.° 3, define «comodato» como a «colocação à disposição para utilização, durante um período de tempo limitado, sem benefícios económicos ou comerciais, directos ou indirectos, se for efectuada através de estabelecimentos acessíveis ao público».

6. O artigo 2.°, n.° 1, dispõe:

«O direito exclusivo de permitir ou proibir o aluguer e o comodato pertence:

— ao autor, no que respeita ao original e às cópias da sua obra,

— ao artista intérprete ou executante, no que respeita às fixações da sua prestação,

— ao produtor de fonogramas, no que respeita aos seus fonogramas, e

— ao produtor das primeiras fixações de um filme, no que se refere ao original e às cópias desse filme. Para efeitos da presente directiva, o termo 'filme' designa a obra cinematográfica, obra audiovisual ou sequência de imagens animadas, acompanhada ou não de som.»

7. O artigo 2.º, n.º 2, dispõe que o realizador principal de uma obra cinematográfica ou audiovisual será considerado seu autor ou um dos seus autores.

8. O artigo 2.º, n.º 4, dispõe que os direitos referidos no artigo 2.º, n.º 1, podem ser transmitidos, cedidos ou objecto de licença contratual.

9. O artigo 4.º dispõe, na parte aplicável ao presente processo:

«1. Sempre que um autor ou artista intérprete ou executante transmita ou ceda o seu direito de aluguer relativo a um fonograma ou ao original ou cópia de um filme a um produtor de fonogramas ou filmes, [...] conservará o direito de auferir uma remuneração equitativa pelo aluguer.

2. O direito a auferir uma remuneração equitativa a título do aluguer não pode ser objecto de renúncia por parte dos autores ou dos artistas intérpretes ou executantes.

[...]

4. Os Estados-Membros poderão determinar [...] a quem essa remuneração pode ser reclamada ou cobrada.»

10. O artigo 5.º estabelece, na parte aplicável ao presente processo:

«1. Os Estados-Membros poderão derrogar o direito exclusivo previsto para os comodatos públicos no artigo 1.º, desde que pelo menos os autores aufiram remuneração por conta de tais comodatos. Os Estados-Membros poderão determinar livremente tal remuneração tendo em conta os seus objectivos de promoção da cultura.

[...]

3. Os Estados-Membros poderão isentar determinadas categorias de estabelecimentos do pagamento da remuneração referida [no n.º 1].»

11. O artigo 15.º, n.º 1, da directiva dispõe que os Estados-Membros darão cumprimento à presente directiva antes de 1 de Julho de 1994.

Legislação nacional relevante

12. A República Portuguesa transpôs a directiva através do Decreto-Lei n.º 332/97 de 27 de Novembro.

13. O artigo 5.º do referido decreto-lei dispõe:

«1. Sempre que o autor transmita ou ceda o direito de aluguer relativo a um fonograma, videograma ou ao original ou cópia de um filme a um produtor de fonogramas ou de filmes, é-lhe reconhecido um direito irrenunciável a remuneração equitativa pelo aluguer.

2. Para efeitos do disposto no número anterior, o produtor é responsável pelo pagamento da remuneração, a qual, na falta de acordo, será fixada por via arbitral, nos termos da lei.»

14. O artigo 6.º, n.º 1, dispõe que o autor tem direito a remuneração no caso do comodato público do original ou de cópias da obra.

15. O artigo 6.º, n.º 3, dispõe:

«O disposto neste artigo não se aplica às bibliotecas públicas, escolares, universitárias, museus, arquivos públicos, fundações públicas e instituições privadas sem fins lucrativos.»

16. O artigo 7.º, n.º 1, confere direitos de aluguer e comodato:

«— [...] ao artista intérprete ou executante, no que respeita à fixação da sua prestação,

— [...] ao produtor de fonogramas ou videogramas, no que respeita aos seus fonogramas e videogramas, e

— [...] ao produtor das primeiras fixações de um filme, no que respeita ao original e às cópias desse filme».

17. O artigo 7.°, n.° 4, define «filme» como «a obra cinematográfica, a obra audiovisual e toda e qualquer sequência de imagens animadas, acompanhadas ou não de sons».

Processo C-61/05: alegada violação do artigo 2.°

18. A Comissão alega que o artigo 7.° do Decreto-Lei n.° 332/97 tem por efeito que o produtor das primeiras fixações de um filme não pode necessariamente permitir ou proibir o aluguer das cópias do seu filme, incluindo as fixações em videograma ou DVD; daqui resulta que não tem o direito exclusivo do aluguer ou do comodato tal como estabelece o artigo 2.°, n.° 1, da directiva [8].

19. A República Portuguesa alega que a lista do artigo 2.°, n.° 1, não é exaustiva e que a definição vaga do termo «filme» desta disposição pode ter por efeito que o produtor da primeira fixação de um filme possa ser o próprio produtor das cópias do filme e possa também ceder direitos sobre o original e as cópias, ou só sobre as cópias, a outra pessoa — o produtor do videograma. A legislação portuguesa trata da mesma forma os produtores de videogramas e os produtores de fonogramas.

20. Na minha opinião, a acção da Comissão é procedente na medida em que alega a violação do artigo 2.° da directiva.

21. Em primeiro lugar, embora aceite que a lista do artigo 2.°, n.° 1, da directiva não tem de ser necessariamente exaustiva, tal não implica que um Estado-Membro possa acrescentar-lhe uma nova categoria de titulares de direitos. Como o Tribunal de Justiça decidiu no acórdão Warner Brothers [9], a faculdade de proibir alugueres de videogramas num Estado-Membro é pois susceptível de influenciar o comércio de videogramas num Estado-Membro e, portanto, de afectar indirectamente as trocas intracomunitárias desses produtos. O objectivo da directiva, tal como resulta claramente do seu preâmbulo, é eliminar diferenças a nível da protecção jurídica no que diz respeito às obras protegidas por direitos de autor, no que se refere ao aluguer e ao comodato, com vista a reduzir os obstáculos ao comércio e as distorções da concorrência. Este objectivo não se alcançará, manifestamente, se os

8 — A Comissão refere também as definições de «videograma» e de «produtor de videograma» do artigo 176.°, n.° 3, do Código Português do Direito de Autor e dos Direitos Conexos. No entanto, parece-me que esta disposição não é relevante para a presente análise. Por conseguinte, não tenciono tê-la em conta.

9 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Maio de 1988, Warner Brothers e o./Christiansen (158/86, Colect., p. 2605, n.° 10).

diferentes Estados-Membros puderem conceder livremente o direito de controlo do aluguer de videogramas a diferentes categorias de pessoas.

22. Esta interpretação é, além disso, coerente com os *travaux préparatoires*. A exposição de motivos da primeira proposta de directiva [10] estabelece que enquanto o artigo 2.°, n.° 1 (que saiu praticamente incólume do processo legislativo), «abrange todos os principais grupos de titulares de direitos cujas obras e realizações protegidas são objecto de aluguer e de comodato», a sua redacção «não impede os Estados-Membros de alargarem o direito de aluguer e de comodato a outros grupos de titulares de direitos conexos como os titulares de um direito sobre simples fotografias» [11]. No entanto, a Comissão acrescentou que, uma vez que «as situações em causa são de menor importância no plano económico no que respeita ao aluguer e ao comodato, não põem em causa os efeitos da harmonização» [12]. Isto claramente não ocorre no que respeita ao aluguer de videogramas. A exposição de motivos precisa também [13] no que respeita ao artigo 2.°, n.° 1, que «através da [limitação às 'primeiras fixações'] os produtores de simples cópias de filmes serão excluídos da protecção; isto aplica-se, por exemplo, a cópias de filmes de cinema adaptadas para distribuição vídeo».

23. Em segundo lugar, o artigo 2.°, n.° 1, atribui de forma expressa um direito exclusivo de controlo do aluguer ao produtor das primeiras fixações de um filme no que respeita ao original e às cópias do seu filme. Se, além disso, também se atribuir ao produtor de um videograma desse filme um direito de controlo do aluguer desse videograma, o direito do produtor do filme não é, manifestamente, exclusivo.

24. Em terceiro lugar, o direito que a República Portuguesa concede aos produtores de videogramas não acrescenta «apenas» uma nova categoria de titulares de direitos à lista do artigo 2.°, n.° 1, da directiva. Mais exactamente, os direitos concedidos contrariam e efectivamente debilitam os direitos exclusivos específicos objecto do artigo 2.°, n.° 1.

25. Em quarto lugar, resulta do preâmbulo (em que, assinale-se, os produtores de videogramas, ao contrário dos autores, artis-

10 — Proposta de directiva do Conselho relativa ao direito de locação, ao direito de empréstimo e a certos direitos conexos aos direitos de autor, de 24 de Janeiro de 1991 [COM(90) 586 final].

11 — N.^{os} 2.1.3 e 2.1.4.

12 — N.° 2.1.4. Reinbothe, J., e von Lewinski, S., na sua obra *The EC Directive on Rental and Lending Rights and on Piracy* (1993), sugerem que, em princípio, a lista do artigo 2.°, n.° 1, é exaustiva, mas referem que «parece que a Comissão e os Estados-Membros partilhavam a ideia de que a directiva não tinha por objectivo, no que respeita aos sistemas de comodato público existentes, extinguir os direitos existentes de determinados grupos de titulares, designadamente porque os negócios em questão tinham pouca importância económica. Por conseguinte, os direitos conexos existentes dos fotógrafos, dos redactores científicos e dos editores no que respeita ao comodato podem ser mantidos» (p. 50).

13 — No n.° 2.1.2.2.V. também Reinbothe e von Lewinski, *op. cit.* na nota 12, pp. 48 a 50.

tas intérpretes ou executantes, produtores de fonogramas e de filmes, brilham pela sua ausência [14]) que a razão pela qual se protegem os direitos de aluguer dos produtores de fonogramas e de filmes é garantir a recuperação do extremamente elevado e aleatório investimento exigido [15]. Não se sugere que sejam necessários «investimentos extremamente elevados e aleatórios» para produzir videogramas.

26. Pelo contrário, o Tribunal de Justiça reconheceu a «extrema facilidade de reprodução dos suportes de som» [16]. Embora esta afirmação tenha sido proferida no contexto do registo de som, é igualmente válida para o registo vídeo.

14 — Também não constam do artigo 14.º do Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio, que consta do anexo 1 C do Acordo que Institui a Organização Mundial do Comércio, celebrado em nome da Comunidade Europeia e em relação às matérias da sua competência, pela Decisão 94/800/CE do Conselho, de 22 de Dezembro de 1994, relativa à celebração, em nome da Comunidade Europeia e em relação às matérias da sua competência, dos acordos resultantes das negociações multilaterais do Uruguay Round (1986/1994) (JO L 336, p. 1) («Acordo ADPIC») [artigo intitulado «Protecção dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores de fonogramas (registos de som) e dos organismos de radiodifusão»], nem da Directiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação (JO L 167, p. 10), que obriga os Estados-Membros a prever o direito exclusivo de autorização ou proibição de reproduções para cinco categorias de titulares de direitos — as quatro primeiras reflectem a lista do artigo 2.º, n.º 1, da Directiva 92/100 e a quinta diz respeito aos organismos de radiodifusão.

15 — V. também acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de Abril de 1998, Metronome Musik, C-200/96, Colect., p. I-1953, em especial, n.ºs 24 e 25.

16 — Acórdão Metronome Musik, já referido na nota 15, n.º 24.

27. Por conseguinte, concluo que a República Portuguesa não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 2.º da directiva.

Processo C-61/05: alegada violação do artigo 4.º

28. A Comissão alega que, uma vez que o artigo 7.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 332/97 inclui o videograma na definição de «filme», o produtor de videogramas também pode ser abrangido pela definição de produtor de filmes para efeitos do artigo 5.º, n.º 2, do decreto-lei. Por conseguinte, existem duas pessoas que são abrangidas por esta definição e que podem, portanto, ser responsáveis pelo pagamento da remuneração devida pelo aluguer. Isto gera uma confusão que impede os artistas intérpretes ou executantes portugueses de receberem a remuneração a que têm direito, uma vez que não sabem qual é o «produtor» que tem de lhes pagar. Em contrapartida, a directiva é clara: só o produtor das primeiras fixações de um filme é que é obrigado a esse pagamento.

29. O Governo português responde que, em princípio e na falta de prova em contrário, o produtor da primeira fixação de um filme é que é o responsável pelo pagamento da remuneração. Na sua opinião, qualquer ambiguidade que possa existir resulta não apenas da legislação portuguesa mas também da própria directiva. A definição de «filme»

constante do artigo 2.°, n.° 1, parece abranger tanto a obra cinematográfica (e atribuir direitos ao produtor da primeira fixação) como a obra fixada em videograma (e conferir direitos ao produtor deste videograma).

30. Já expliquei por que não considero que o artigo 2.°, n.° 1, possa ser interpretado no sentido de permitir que os Estados-Membros acrescentem os produtores de videogramas às categorias de titulares de direitos nele enumeradas.

31. O artigo 4.° foi inserido para assegurar que os autores [por exemplo, o realizador de um filme (v. artigo 2.°, n.° 2, da directiva), o autor de um romance em que o filme se baseia ou o compositor da música] e os artistas intérpretes ou executantes beneficiam dos direitos de aluguer que lhes são conferidos pela directiva. Sem uma disposição expressa neste sentido, tal não ocorreria muitas vezes, dado que os autores e artistas intérpretes ou executantes cedem com frequência os seus direitos ao produtor do filme ou do fonograma; o artigo 2.°, n.° 4, da directiva reconhece-o efectivamente. Se não existisse uma remuneração como contrapartida desta cessão, os direitos de aluguer seriam inúteis. Uma vez que os autores e os artistas intérpretes ou executantes têm geralmente menor poder de negociação contratual do que os produtores de filmes e de fonogramas, nem sempre recebem uma remuneração equitativapela cessão dos seus direitos. O artigo 4.° pretende assegurar que a recebam [17]. Resulta claramente da sua redacção que este artigo foi concebido para os casos em que o cessionário dos direitos de aluguer relativamente a um original ou a uma cópia de um filme é o produtor do filme.

32. O Governo português aceita que a sua legislação de transposição é ambígua. Embora o artigo 4.°, n.° 4, permita que os Estados-Membros decidam quem é responsável pelo pagamento da remuneração, o princípio da segurança jurídica obriga a que esteja claramente definido quem é o responsável por tal pagamento. Na minha opinião, a legislação que transpõe a directiva não é suficientemente precisa. Por conseguinte, considero que a República Portuguesa não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 4.° da directiva.

Processo C-53/05: alegada violação do artigo 5.°

33. A Comissão alega que o artigo 5.°, n.° 3, da directiva permite que os Estados-Membros isentem «determinadas categorias» de estabelecimentos do pagamento da remuneração normalmente garantida pelo artigo 5.°, n.° 1, em derrogação dos direitos exclusivos de comodato conferidos pelo artigo 1.° No

17 — Exposição de motivos da proposta de directiva, já referida na nota 10, n.° 3.1.1.

entanto, o artigo 6.°, n.° 3, do Decreto-Lei n.° 332/97 isenta todas as bibliotecas públicas, escolares, universitárias, museus, arquivos públicos, fundações públicas e instituições privadas sem fins lucrativos. Por conseguinte, a derrogação abrange todos os serviços administrativos centrais do Estado, os organismos da Administração indirecta do Estado, como os institutos públicos e as associações públicas, todos os serviços e organismos da Administração Local, todas as pessoas colectivas de direito privado que desempenhem funções de natureza pública e até mesmo escolas e universidades privadas e instituições privadas sem fins lucrativos. Esta lista inclui todos os estabelecimentos que emprestam a título gratuito, portanto, todos os organismos que praticam o «comodato» nos termos do artigo 1.°, n.° 3. Uma isenção que isenta todos não é uma isenção, mas a anulação da obrigação subjacente. Da transposição do artigo 5.° da directiva efectuada pela República Portuguesa resulta que nenhum estabelecimento que pratique o comodato público está obrigado ao pagamento da remuneração prevista no artigo 5.°, n.° 1. Isto viola o direito de comodato exclusivo e a protecção que lhe confere a directiva.

34. Considero que a acção da Comissão no processo C-53/05 é procedente. Na minha opinião, resulta claramente dos objectivos da directiva bem como da sistemática e da redacção do artigo 5.°, n.° 3, que um Estado-Membro não pode isentar, na prática, todas as categorias de estabelecimentos referidas nesta disposição.

35. Um dos principais objectivos da directiva é garantir uma remuneração adequada do trabalho criativo e artístico dos autores [18]. Em conformidade com este objectivo, o artigo 5.°, n.° 1, exige que os autores sejam remunerados pelo comodato das suas obras mesmo quando um Estado-Membro estabeleceu uma excepção ao direito exclusivo desses autores de autorizarem ou proibirem tal comodato. Por conseguinte, embora o artigo 5.°, n.° 1, apareça formulado como uma derrogação, esta disposição é, de facto, a exigência principal de toda a directiva, ou seja, que os autores sejam remunerados, de acordo com os artigos 1.° e 2.° da directiva.

36. O artigo 5.°, n.° 3, estabelece uma verdadeira derrogação a essa exigência de remuneração, permitindo que os Estados-Membros isentem «determinadas categorias de estabelecimentos» do pagamento da remuneração. Como tal, deve ser objecto de uma interpretação restritiva. A redacção do artigo 5.°, n.° 3, sugere fortemente que apenas um número limitado de categorias de estabelecimentos [19] potencialmente res-

18 — V. o sétimo considerando do preâmbulo, acima transcrito no n.° 3.

19 — Parece que o artigo 5.°, n.° 3, foi incluído para responder ao desejo de dois Estados-Membros que pretendiam conservar a faculdade de isentar as bibliotecas dos estabelecimentos de ensino e as bibliotecas públicas da obrigação de pagamento do direito de comodato público: v. Reinbothe e von Lewinski, *op. cit.* na nota 12, p. 82.

ponsáveis pelo pagamento da remuneração, nos termos do artigo 5.°, n.° 1, pode ser isento de tal pagamento. Tal é também o caso, pelo menos, no que respeita às versões neerlandesa, francesa, alemã, italiana, portuguesa e espanhola da directiva [20].

37. É verdade que esta posição não é inequívoca, uma vez que «determinadas» tanto pode querer dizer «algumas mas não todas» como «claramente definidas». Uma disposição legal que autoriza os Estados-Membros a adoptar medidas especiais «para evitar 'determinadas' fraudes ou evasões fiscais» dificilmente pode significar que os Estados-Membros não podem procurar evitar todo o tipo de evasão fiscal [21].

38. No entanto, o Tribunal de Justiça já precisou que interpreta o artigo 5.°, n.° 3, de forma restritiva, quando decidiu que, «se as circunstâncias prevalecentes no Estado-Membro em questão não permitem efectuar uma distinção válida entre as categorias de estabelecimentos, há que impor a todos os estabelecimentos em causa a obrigação de pagar a remuneração em questão» [22].

39. Concordo com a Comissão quando afirma que uma isenção de um pagamento que isenta todos os que de outra forma estariam a ele sujeitos não é uma isenção, mas a anulação da obrigação subjacente. No presente processo, o Governo português não procura negar que o objectivo da sua isenção coincide efectivamente com as categorias de estabelecimentos que de outra forma estariam sujeitos ao pagamento da remuneração. Em contrapartida, alega uma série de argumentos que, na sua opinião, validam a sua escolha legislativa.

40. O Governo português alega em primeiro lugar que, na data de publicação da directiva, a maioria dos Estados, a nível mundial, ainda não tinham regulado o comodato nem estavam obrigados a fazê-lo pelos vários Tratados aplicáveis [23]. O Livro Verde da Comissão de 1988 [24] não pretendeu regular o comodato público.

41. Não é claro o que o Governo português pretende. O artigo 5.°, n.° 1, derroga o direito

20 — Respectivamente, «bepaalde categorieën», «certaines catégories», «bestimmte Kategorien», «alcune categorie», «determinadas categorias» e «determinadas categorias».

21 — V. n.° 17 das conclusões do advogado-geral F. G. Jacobs no processo que deu origem ao acórdão de 26 de Outubro de 1995, Italittica (C-144/94, Colect., p. I-3653).

22 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de Outubro de 2003, Comissão/Bélgica (C-433/02, Colect., p. I-12191, n.° 20).

23 — Convenção de Berna para a Protecção das Obras Literárias e Artísticas de 9 de Setembro de 1886; 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; Tratados da Organização Mundial da Propriedade Intelectual sobre Prestações e Fonogramas e sobre os Direitos de Autor, ambos de 20 de Dezembro de 1996, e acordo ADPIC, referido na nota 14.

24 — Livro Verde sobre os direitos de autor e o desafio da tecnologia; aspectos dos direitos de autor que requerem acção imediata [COM(88) 172 final].

exclusivo de permitir ou proibir o comodato, conferido aos autores pelo artigo 2.°, n.° 1. Este direito exclusivo remonta à primeira proposta de directiva da Comissão [25]. Com efeito, o Livro Verde de 1998 refere que «foi sugerido que a questão do empréstimo ou da locação de livros e do eventual direito do autor receber uma remuneração por essa utilização da sua obra seria um assunto que exigiria uma solução a nível comunitário» [26], mesmo que a Comissão tenha de facto decidido que não se justifica neste momento uma acção comunitária. [27] A ideia de legislar para instituir um direito de comodato público emergiu de novo em 1989 numa comunicação da Comissão [28]. Embora nessa fase a Comissão não tenha considerado que a harmonização das legislações estava justificada, declarou que «o problema do direito de comodato está destinado a tornar-se cada vez mais uma matéria sensível» e que iria acompanhar atentamente os desenvolvimentos na matéria e, sendo caso disso, apresentar propostas concretas.

42. Em consequência, parece que, embora não existisse nessa época regulamentação comunitária (ou internacional [29]), em vigor ou planificada, sobre esta questão, era do conhecimento público desde 1988 que tal regulamentação viria a ser adoptada no futuro. Logo, a disposição relativa a um direito exclusivo de comodato a favor dos autores, prevista na primeira proposta de directiva da Comissão, dificilmente era inesperada, como o Governo português parece sugerir.

43. Em segundo lugar, o Governo português alega que é pouco provável que o comodato público tenha suficiente importância económica para merecer um tratamento legislativo específico a nível comunitário: a dimensão do mercado é fundamentalmente nacional e economicamente insignificante. Por razões culturais e económicas, esta área devia permanecer na esfera de competência dos Estados-Membros.

44. Na medida em que tais argumentos constituem uma alegação de que a directiva ou o seu artigo 5.° foi adoptado com uma base jurídica incorrecta ou em violação do princípio da subsidiariedade, essa alegação não pode obviamente ser acolhida [30].

25 — Já referida na nota 10.

26 — N.° 4.4.4. Parece que tais sugestões datam de 1977 («Community action in the cultural sector», *Boletim das Comunidades Europeias*, n.° 26, suplemento 6/77) e de 1978 (Dietz, A.: *Copyright Law in the European Community*, n.° 233): v. nota 19 do capítulo 4 do Livro Verde, referido na nota 24, *supra*.

27 — N.° 4.4.10.

28 — «O livro e a leitura: desafios culturais da Europa», de 3 de Agosto de 1989 [COM(89) 258 final, n.° I.B.3].

29 — Embora em Janeiro de 1991 a Organização Mundial da Propriedade Intelectual tenha aparentemente incluído um direito de aluguer exclusivo e um direito opcional de locação pública no seu projecto de cláusulas-modelo em matéria de direitos de autor então em discussão: v. a exposição de motivos da proposta de directiva, já referida na nota 10.

30 — V. artigo 230.°, quinto parágrafo, CE.

45. Em todo o caso, entendo que o Governo português não fundamentou os seus argumentos.

Por conseguinte, se só se regulasse o aluguer e não o comodato, correr-se-ia o risco de esta legislação [*sic*] perder o seu sentido uma vez que, na prática, a locação seria substituída pelo comodato. Além disso, uma vez que a actividade das bibliotecas públicas possui, pela sua própria natureza, uma dimensão mais cultural do que os estabelecimentos comerciais de aluguer, o facto de se regular apenas o direito de aluguer significaria ignorar de forma injustificável a situação económica de quem cria bens de especial valor cultural e ignorar, na generalidade, a situação de tais serviços neste campo. Por conseguinte, não se pode regular o direito de aluguer de forma global sem regular também o direito de comodato.

46. Nos *travaux préparatoires*, a Comissão deu a seguinte explicação no que respeita à necessidade económica de regulamentar o comodato público [31]:

«Na medida em que a área de actividades dos estabelecimentos de aluguer e das bibliotecas públicas é semelhante, estes estabelecimentos concorrem entre si. Dadas as tarifas mais reduzidas dos empréstimos, as bibliotecas públicas deveriam ser, em geral, muito mais atractivas. De facto, o desenvolvimento do sistema de bibliotecas públicas no início deste século resultou na eliminação da maioria dos estabelecimentos comerciais de aluguer de livros que existiam nessa época. Uma vez que as bibliotecas públicas emprestam não apenas livros, mas também e cada vez mais outros suportes, em especial fonogramas e videogramas, que estavam disponíveis, até agora, em estabelecimentos de aluguer, não se pode excluir que a evolução destes novos suportes seja a mesma dos livros.

Além disso, o facto de o direito de comodato público apenas existir presentemente em quatro Estados-Membros gera distorções na concorrência entre os autores e os titulares de direitos conexos dos diferentes Estados-Membros. Estes devem poder basear as suas actividades e serviços em condições uniformes em toda a Comunidade. Além disso, em princípio, têm de ser criadas condições económicas e sociais semelhantes para os autores e titulares de direitos conexos. Não se pode aceitar que, no âmbito do mercado interno, os autores e os titulares de direitos conexos recebam uma remuneração correspondente à utilização das suas obras e realizações numa parte do mercado, por

31 — Exposição de motivos da primeira proposta de directiva, já referida na nota 10.

exemplo num Estado-Membro, e que disponham assim de certos meios económicos que lhes permitem continuar a criar e que não ocorra o mesmo noutras partes desse mercado interno» [32].

47. A meu ver, esta explicação esclarece lúcida e convincentemente por que razão a falta de regulamentação do direito de comodato público e do direito de aluguer afectaria o mercado interno. Nada nas alegações do Governo português permite pôr em causa esta explicação.

48. Em terceiro lugar, o Governo português alega que a exigência do pagamento de uma remuneração pelo comodato público é inadequada. Os titulares do direito em causa já obtiveram uma remuneração adequada pelos seus direitos de reprodução e de distribuição.

49. No entanto, essa alegação baseia-se numa ideia errada da natureza e objectivo do direito de comodato público. Embora seja verdade que os autores já recebem dinheiro pelos seus direitos de reprodução e distribuição, essa receita não corresponde aos livros emprestados, mas sim aos vendidos [33]. É obviamente verdade que nem todo aquele que pede livros emprestados a uma biblioteca pública (ou os consulta *in situ*) acabaria por comprar cada livro emprestado se não existisse esse serviço; existe, no entanto, uma tendência geral neste sentido [34]. Em todo o caso, a directiva representa uma clara decisão política de atribuir tanto um direito exclusivo de comodato como o direito a uma remuneração mesmo quando um Estado-Membro tenha estabelecido uma derrogação a tal direito.

50. Por último, o Governo português alega que o artigo 5.º foi objecto de discussões particularmente intensas entre a Comissão e os Estados-Membros; o texto adoptado — especialmente o do artigo 5.º, n.º 3 — resultou de um compromisso: de carácter aberto, impreciso e ambíguo.

51. A redacção final do artigo 5.º reflecte efectivamente, como o Governo português afirma, as divisões entre os Estados-Membros nesta matéria [35]. No entanto, isto não quer necessariamente dizer que seja vaga e

32 — N.º 44.

33 — Dou o exemplo dos livros, mas obviamente o direito de comodato público pode também aplicar-se aos fonogramas e aos videogramas que são o registo de representações ou de cópias de filmes ou de outras obras audiovisuais (mesmo se os videogramas são mais frequentemente alugados do que emprestados).

34 — V., por analogia, o n.º 44 da exposição de motivos da primeira proposta de directiva, já referida na nota 10 e transcrita no n.º 45, *supra*. V. também o Relatório da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social sobre o direito de comodato público na União Europeia, de 12 de Setembro de 2002 [COM(2002) 502 final, n.º 2].

35 — V. Reinbothe e von Lewinski, *op. cit.* na nota 12, pp. 77 a 82.

imprecisa. O artigo 5.º confere, na verdade, aos Estados-Membros uma certa margem de discricionariedade em várias matérias — quanto à aplicação ou não da derrogação, quanto a saber, se for caso disso, quais os livros, fonogramas e/ou filmes que devem ser abrangidos, quanto à determinação da remuneração, quanto a saber quem paga a remuneração (por exemplo, o Estado, a biblioteca, etc., em causa ou outra entidade), quanto a saber quem administra a cobrança e o pagamento da remuneração (por exemplo, sociedades de gestão colectiva de direitos de autor) e quanto à isenção de determinadas categorias de estabelecimentos do pagamento da remuneração e, neste caso, que categorias —, mas trata-se de questões diferentes.

52. Sou de opinião que muitas, senão todas, as questões subjacentes suscitadas pelo Governo português em sua defesa se enquadram, na realidade, precisamente no âmbito das matérias que o artigo 5.º deixa *efectivamente* à discricionariedade dos Estados-Membros, devendo como tal ser analisadas. No entanto, esta margem de discricionariedade não vai ao ponto de permitir a adopção de disposições que isentem todos os estabelecimentos em causa do pagamento de remunerações pelo comodato público. Tal como foi acima exposto [36], o significado do artigo 5.º, em especial, do artigo 5.º, n.º 3, parece-me claro.

36 — V. n.ºs 34 a 38, *supra*.

53. Por conseguinte, sou de opinião que a República Portuguesa não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 5.º, conjugado com o artigo 1.º, da directiva.

Comentário final

54. Gostaria de concluir com um comentário sobre o estilo das observações escritas da Comissão em ambos os processos. Na sua réplica, em cada processo, a Comissão utiliza linguagem que considero manifestamente inadequada para uma instituição que se dirige ao Tribunal de Justiça e, efectivamente, a um Estado-Membro. No processo C-53/05, a Comissão afirma que a República Portuguesa não soube ler a directiva e acusa-a de um acto de pirataria por expropriar os autores e por confiscar os seus direitos de propriedade intelectual. No processo C-61/05, a Comissão acusa a República Portuguesa de descaramento, de «a querer enganar» e pergunta se a República Portuguesa sabe ler. Em ambos os documentos utiliza, em geral, um tom sarcástico e irónico. Independentemente da procedência ou não da acção, considero que esta linguagem e tom são inaceitáveis.

Conclusão

55. Tendo em conta o exposto proponho ao Tribunal de Justiça que:

— no processo C-53/05, declare que a República Portuguesa não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 5.°, conjugado com o artigo 1.°, da Directiva 92/100/CEE do Conselho, de 19 de Novembro de 1992, relativa ao direito de aluguer, ao direito de comodato e a certos direitos conexos aos direitos de autor em matéria de propriedade intelectual;

— no processo C-61/05, declare que a República Portuguesa não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 2.° e 4.° da Directiva 92/100;

— condene a República Portuguesa nas despesas em ambos os processos.