



A interpretação (des)conforme ao direito da União Europeia patente no acórdão uniformizador de jurisprudência n.º15/2013 do Supremo Tribunal de Justiça português

Carla Machado*

RESUMO: Este artigo visa, num primeiro momento, abordar a interpretação que tem sido efetuada pelos Tribunais portugueses relativamente ao conceito de “comunicação de obra ao público” insito no artigo 3.º, n.º 1 da Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001, devidamente transposta para o ordenamento jurídico português através da Lei n.º 50/2006, de 24 de agosto, e que culminou com a feitura do Acórdão Uniformizador de Jurisprudência n.º 15/2013. Constatado o teor deste e analisada a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, no que concerne à interpretação daquele conceito, concluímos pela desconformidade do citado acórdão uniformizador de jurisprudência com o direito da União Europeia. Por conseguinte, elencamos, por um lado, as consequências inerentes à manutenção da interpretação que tem vindo a ser perpetrada pelos órgãos jurisdicionais portugueses e, por outro, apontamos soluções para a resolução de casos semelhantes com apelo ao princípio da interpretação conforme.

PALAVRAS-CHAVE: Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001 - acórdão uniformizador de jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça Português n.º 15/2013 - comunicação de obra ao público - princípio da interpretação conforme do direito nacional com o direito da União Europeia.

*Juíz de Direito e aluna do Mestrado em Direito da União Europeia, Universidade do Minho, Portugal.

1. O acórdão uniformizador de jurisprudência n.º 15/2013¹

A discussão de saber se a distribuição do som efetuado por colunas que o ampliam – mas não fazem parte integrante do televisor ou radiofonia – extravasa a mera receção, passando a configurar uma nova transmissão do programa, foi objeto de uma vasta discordância jurisprudencial a nível nacional.

Para uns, integrava a prática do crime de usurpação, previsto e punido pelos artigos 195.º, n.º 1 e 197.º, n.º 1, ambos do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (doravante designado apenas por CDADC) o fato de o responsável por estabelecimento comercial ampliar, através de colunas autónomas, o som radiodifundido através dum aparelho de televisão, sem que os autores das músicas assim divulgadas ao diverso público tenham dado a sua autorização, por si ou por quem os represente.

Entendia-se, pois, que o agente, ao ligar ao televisor as colunas de som, não se limitava a fazer uma mera receção de um programa televisivo em público, encontrando-se igualmente a difundir sinais, sons e imagens, pelo que se concluída pela necessidade de autorização dos respetivos autores das obras assim difundidas.²

Para outros, a referida conduta não configurava a prática do crime de usurpação, distinguindo entre receção transmissão e receção ampliação, considerando-se que apenas a primeira carecia de autorização, por assumir as vestes de uma nova comunicação-transmissão de obra ao público.³

O acórdão uniformizador de jurisprudência n.º 15/2013 (doravante AUJ) do Supremo Tribunal de Justiça português (a partir de agora STJ) pôs *terminus* à referida querela ao firmar jurisprudência no sentido de “*a aplicação, a um televisor de aparelhos de ampliação do som, difundido por canal de televisão, em estabelecimento comercial, não configura uma nova utilização da obra transmitida, pelo que não carece de autorização do autor da mesma, não integrando consequentemente essa prática o crime de usurpação, p. e p. pelos arts. 149.º, 195.º e 197.º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos.*”

O STJ sustentou a sua posição convocando alguma doutrina e jurisprudência que considerou relevante nesta matéria, além do Parecer n.º 4/92 do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República⁴ e, ainda, analisando os normativos legais aplicáveis.⁵

No essencial, procedeu à distinção entre receção e comunicação.

Assim,

a receção consiste na captação pelos equipamentos adequados dos sinais e sons e imagens difundidos pelo transmissor. [...] É o *terminus* do processo de transmissão e só ela o justifica: transmite-se (radiodifunde-se) para o recetor. Esta utilização das obras pelo recetor confere naturalmente aos

¹ Publicado em Diário da República, 1.ª série, n.º 243, de 16 de dezembro de 2013, 6821-6828.

² *Vide* os arestos do Tribunal da Relação do Porto de 8 de março de 1995 (proc. n.º 9311103), do Tribunal da Relação de Lisboa de 17 de fevereiro de 2002 (proc. n.º 85665) e de 15 de maio de 2007 (proc. n.º 72/2007-5), e do Tribunal da Relação de Guimarães de 2 de julho de 2007 (proc. n.º 974/07.2).

³ Neste sentido cfr., entre outros, os acórdãos do Tribunal da Relação de Guimarães de 4 de abril de 2011 (proc. n.º 1130/07.3TABRG.G1), do Tribunal da Relação de Lisboa de 22 de março de 2011 (proc. n.º 147/04.4SXLSBL1, 5.ª) e do Tribunal da Relação do Porto de 19 de setembro de 2012 (proc. n.º 131/11.GEGDM.P1).

⁴ Votado em 28 de maio de 1992 e homologado em 27 de julho de 1992.

⁵ Entre outros os artigos 42.º, n.ºs 1 e 2 da Constituição da República Portuguesa, 67.º, 68.º, 149.º, 155.º, 195.º e 197.º do CDADC.

autores o direito de utilizarem (e o consequente direito à remuneração por essa utilização) nos termos do n.º 1 do artigo 149.º. Mas, uma vez autorizada, a receção é livre, ou seja, o recetor pode organiza-la como bem entender. Ponto é que se mantenha no âmbito da receção. É necessário, pois, distinguir entre a mera receção (captação de sinais) e a reutilização da obra prevista no n.º 2 do artigo 149.º. Este preceito tem de reportar-se a situações em que a transmissão acrescenta, modifica ou inova, constituindo assim uma nova utilização da obra. Esta nova utilização passa necessariamente por uma qualquer modificação por meios técnicos na forma de receção, em ordem a aproveitá-la para produzir um efeito visual ou sonoro espetacular, para criar uma encenação que a mera receção do programa radiodifundido não provocaria.⁶

Será o caso, citado no acórdão e defendido por Oliveira Ascensão⁷, dos espetáculos, organizados em estabelecimentos públicos publicitados, haja ou não pagamento de entrada, *“tudo com vista à captação de uma audiência alargada do que aquela que normalmente ocorreria no estabelecimento.”*⁸

Fazendo referência ao C-162/10 do Tribunal de Justiça da União Europeia⁹ (doravante TJUE) diz o Supremo Tribunal de Justiça que *“aceitar-se-á a mesma solução quando se tratar de uma receção multiplicada, como acontece nos estabelecimentos hoteleiros, em que a receção é distribuída nos quartos e salas comuns, o que se traduz, para além da amplificação exponencial do sinal radiodifundido, num serviço extra prestado pelo hotel aos hóspedes, suscetível de atrair clientela, e por consequência lucros, pelo que se pode considerar uma reutilização da obra, sendo por ela devida uma remuneração.”*¹⁰

Pese embora com plena consciência da posição contrária perfilhada pelo TJUE,¹¹ pode ainda ler-se no citado AUJ que *“já não será o caso da mera receção em cafés ou bares abertos à generalidade das pessoas, sem obrigação de pagamento de entrada, estabelecimentos que representam tradicionalmente lugares de convivência ou reunião, sobretudo nos meios pequenos, mas não só deles, nos quais a captação de programas televisivos pode funcionar ocasionalmente como chamariz especial, mas normalmente apenas serve a clientela habitual, para a qual não constitui nenhum atrativo.”*

Consequentemente, à mera receção ainda que alterada por quaisquer equipamentos – nomeadamente colunas de som que podem não integrar originariamente o aparelho, mas desde que limitados à função de aperfeiçoar/melhorar, integrável, pois, no plano da receção radiodifusão –, não é aplicável o n.º 2 do artigo 149.º do CDADC, sob pena da utilização de uma mesma obra implicar uma dupla cobrança de direitos.¹²

⁶ Vide, A.U.J n.º 15/2013, in Diário da República, 1.ª série, n.º 243, de 16 de dezembro de 2013, pág. 6827.

⁷ In *Direito de Autor e Direitos Conexos*, 2008, 311 and 312.

⁸ Vide, A.U.J n.º 15/2013, in Diário da República, 1.ª série, n.º 243, de 16 de dezembro de 2013, pág. 6827.

⁹ Cfr. acórdão *Phonographic Performance*, de 15 de março de 2010, proc. C-162/10.

¹⁰ *Idem ibidem*.

¹¹ Mais concretamente na nota de rodapé 7 faz-se expressa referência aos acórdãos C-403/08 e 429/08, ambos de 4 de outubro de 2011.

¹² Em complemento e na aceção da propriedade intelectual como direito fundamental vide Luís Couto Gonçalves, in *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, Alessandra Silveira e Mariana Canotilho (eds), Coimbra, Almedina, 2013, 221 e ss.

2. A diretiva dos direitos de autor e direitos conexos

A Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001 (relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade de informação), foi transposta para o ordenamento jurídico português, como se impunha, através da Lei n.º 50/2004, de 24 de agosto, introduzindo, por conseguinte, alterações ao Decreto-lei n.º 63/85, de 14 de maio.¹³

Pode ler-se nos seus considerandos que a mesma se baseia em princípios e normas já estabelecidas pelas diretivas em vigor, no domínio da propriedade intelectual, dando execução a algumas das obrigações decorrentes do direito internacional,¹⁴ desenvolvendo-as e integrando-as na perspetiva da sociedade de informação.

Uma das finalidades subjacentes à adoção da diretiva em análise foi a maior harmonização dos direitos de autor aplicáveis à comunicação de obras ao público. Estes deverão, pois, ser entendidos em sentido lato, o mesmo sucedendo com todas as comunicações ao público não presente no local de onde provêm as comunicações, por forma a abranger, ainda, qualquer transmissão ou retransmissão de uma obra ao público, por fio ou sem fio, incluindo a radiodifusão.

Sem prejuízo, relembre-se que esta diretiva impõe, por um lado, que a referida harmonização se baseie num elevado nível de proteção – uma vez que se considera que os direitos de autor e direitos conexos são fundamentais para a criação intelectual – e, por outro, a atribuição aos autores, intérpretes e/ou executantes de uma remuneração adequada pela utilização do seu trabalho, a fim de poderem prosseguir o seu trabalho criativo e artístico.

Acresce que deve ser salvaguardado um justo equilíbrio de direitos e interesses entre as diferentes categorias de titulares de direitos, bem como entre as diferentes categorias de titulares de direitos e utilizadores de material protegido.

No mais, o direito exclusivo de reprodução deve estar sujeito a uma exceção para permitir certos atos de reprodução temporária, que são reproduções transitórias ou pontuais, constituindo parte integrante e essencial de um processo tecnológico efetuado com o único objetivo de possibilitar, quer uma transmissão eficaz numa rede entre terceiros por parte de um intermediário, quer a utilização legítima de uma obra ou de outros materiais protegidos. Os atos de reprodução em questão não deverão ter, em si, qualquer valor económico. Desde que satisfeitas essas condições, tal exceção abrange igualmente os atos que possibilitam a navegação (*browsing*) e os atos de armazenagem temporária (*caching*), incluindo os que permitem o funcionamento eficaz dos sistemas de transmissão, desde que o intermediário não altere o conteúdo da transmissão e não interfira com o legítimo emprego da tecnologia, tal como generalizadamente reconhecido e praticado pela indústria, para obter dados sobre

¹³ No âmbito do direito internacional urge lembrar que a Comunidade Europeia aprovou, através da Decisão 94/800/CE do Conselho, de 22 de dezembro de 1994, o Acordo sobre os aspetos dos direitos de propriedade intelectual relacionados com o Comércio, que constitui o Anexo 1 C do Acordo que institui a Organização Mundial do Comércio (OMC), assinado em Marraquexe, em 15 de abril de 1994 (comumente denominado de Acordo TRIPS). Por seu turno a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) adotou em Genebra, em 20 de dezembro de 1996, o Tratado da OMPI sobre Prestações e Fonogramas e o Tratado da OMPI sobre o Direito de Autor, os quais foram aprovados pela Comunidade Europeia pela Decisão 2000/278/CE do Conselho, de 16 de março de 2000.

¹⁴ Nomeadamente a Diretiva 92/100/CEE do Conselho, de 19 de novembro de 1999, relativa ao direito de aluguer, ao contrato de comodato e a certos direitos conexos aos direitos de autor em matéria de propriedade intelectual.

a utilização da informação. Por fim, atente-se ao facto de uma utilização dever ser considerada legítima se tiver sido autorizada pelo titular de direitos e não estiver limitada por lei.

No que ora releva, o artigo 3.º, n.º 1 da referida diretiva, com a epígrafe “Direito de comunicação de obras ao público”, incluindo o direito de colocar à sua disposição outro material, dispõe que “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.”

Com interesse direto para o caso em apreço e, pese embora numa redação anterior à transposição da diretiva, urge atentar ao disposto no n.º 2 do artigo 149.º do CDADC, o qual prescreve que depende de autorização a comunicação da obra em qualquer lugar público, por qualquer meio que sirva para difundir sinais, sons ou imagens. Por seu turno, dispõe o artigo 155.º do mesmo diploma legal que “é devida igualmente remuneração ao autor pela comunicação pública da obra radiodifundida, por altifalante ou por qualquer outro instrumento análogo transmissor de sinais, de sons ou de imagens.”

Por fim, os artigos 195.º e 197.º punem, como crime de usurpação, quem, sem autorização do autor ou do artista, do produtor de fonograma e videograma ou do organismo de radiodifusão, utilizar uma obra ou prestação por qualquer das formas previstas no CDADC.

3. A jurisprudência do TJUE

Chegados aqui é mister atentar à jurisprudência do TJUE.

No acórdão de 4 de outubro de 2011, o TJUE pronunciou-se afirmando que “o conceito de “comunicação ao público”, na aceção do artigo 3.º, n.º 1 da Diretiva 2001/29, deve ser interpretado no sentido de que abrange a transmissão de obras radiodifundidas através de um ecrã de televisão e de altifalantes aos clientes que se encontrem presentes num pub.”^{15 16}

In *casu*, a matéria de facto prendia-se com a concessão dos direitos de difusão televisiva para transmissão em direto da *Premier League*, administrada pela FAPL, a qual procede a tal concessão atendendo à base territorial e por períodos de três anos.

A fim de proteger a exclusividade territorial, cada um dos contraentes se compromete a impedir que o público receba as suas emissões fora da zona para a qual é titular de licença. Isto implica, por um lado, que as emissões são codificadas com toda a segurança por forma a impossibilitar a sua captação sob uma forma não codificada e, por outro, os organismos de difusão estão proibidos de fornecer dispositivos de descodificação que permitam descodificar as suas emissões com vista a uma utilização fora do território para o qual são detentores da licença.

À data, o titular destes direitos, no Reino Unido, era a *BSkyB Ltd*. Por conseguinte, quem pretendesse difundir estes jogos naquele país tinha que fazer uma assinatura comercial junto da mencionada sociedade.

Sucedo, porém, que alguns estabelecimentos começaram a utilizar dispositivos de descodificação estrangeiros para aceder aos jogos da *Premier League*, os quais foram fabricados e comercializados com a autorização do prestador de serviços para a respetiva difusão na Grécia, mas utilizados de forma não autorizada (porque

¹⁵ Cfr. acórdão *Football Association Premier League*, de 4 de outubro de 2011, processos apensos C-403/08 e C-429/08.

¹⁶ Cfr. considerando n.º 207.

fora do espaço territorial para que haviam sido comercializados e concedidos). Por este motivo, a *FAPL* considerou que estas atividades eram prejudiciais para os seus interesses, por afetarem a exclusividade dos direitos concedidos sob licença a um determinado território e, conseqüentemente, o seu valor.

Para alcançar a conclusão *supra* mencionada, o TJUE lembrou que uma vez que a Diretiva 2001/29/CE não precisa o conceito de comunicação ao público, o seu sentido deve ser determinado face aos objetivos prosseguidos pela diretiva (que elencámos anteriormente) e face ao contexto em que a disposição interpretada se insere (acórdão *SGAE*).

Mais concretamente, defendeu que o artigo 3.º da diretiva dos direitos de autor deve ser interpretado considerando: *i)* a instituição de um nível de proteção mais elevado dos direitos de autor conjugada com o direito a uma remuneração adequada pela utilização do seu trabalho, donde terá que resultar um conceito de comunicação ao público em sentido amplo; *ii)* que a diretiva dos direitos de autor se baseia nos princípios e regras já estabelecidas pelas diretivas em vigor no domínio da propriedade intelectual, como a Diretiva 92/100,¹⁷ ¹⁸ pelo que tendo em conta o princípio da unidade da ordem jurídica da União e a sua coerência os conceitos utilizados em todas estas diretivas devem ter o mesmo significado, a menos que o legislador da União tenha manifestado, num contexto legislativo preciso, uma vontade diferente;¹⁹ *iii)* o direito internacional, tendo especialmente em conta a Convenção de Berna²⁰ e o Tratado sobre os direitos de autor.²¹

O TJUE, sem descurar o facto de os clientes se encontrarem no interior da zona coberta pela emissão, teve como certo que o acesso, por parte daqueles, à transmissão radiodifundida de obras protegidas, através de um ecrã de televisão e de altifalantes, apenas foi possível por força da intervenção e permissão deliberada do proprietário do *pub*.

Partindo deste pressuposto – da efetiva comunicação na transmissão deliberada de obras radiodifundidas – o TJUE avançou com três critérios a preencher casuisticamente pelo aplicador do direito, a fim de determinar o que se deve entender por “*comunicação ao público*”:

i) aferir se a obra radiodifundida é transmitida a um público novo, isto é, “*um*

¹⁷ Resulta do artigo 8.º, n.º 3 da diretiva dos direitos conexos que no conceito de comunicação ao público se inclui a operação de tornar os sons ou representações de sons fixados num fonograma audíveis para o público, englobando a radiodifusão ou qualquer comunicação ao público.

¹⁸ Cfr. acórdão *Infopaq International*, de 16 de julho de 2009, Processo C-5/08.

¹⁹ Como o legislador da União não exprimiu uma vontade diferente relativamente à interpretação de “comunicação ao público” na diretiva de direitos de autor, mormente no seu artigo 3.º, deve entender-se, como diz o TJUE no acórdão em análise, que o referido conceito visa “*toda e qualquer transmissão de obras protegidas, independentemente do meio ou procedimento técnico utilizado.*” Acresce que, seguindo esta interpretação o TJUE, no acórdão *SGAE*, de 7 de dezembro de 2006, proc. C 306/05, declarou que um proprietário de um estabelecimento hoteleiro realiza um ato de comunicação ao permitir que os seus clientes acedam a obras radiodifundidas através de aparelhos de televisão, distribuindo nos quartos de hotel, com pleno conhecimento de causa, o sinal recebido e que contém as obras protegidas. Isto porque “*essa intervenção não constituiu um simples meio técnico para garantir ou melhorar a recepção da emissão de origem na sua zona de cobertura, mas um ato sem o qual os clientes não poderiam desfrutar das obras difundidas, embora se encontrem no interior da respetiva zona de cobertura.*”

²⁰ O artigo 11.º bis, primeiro parágrafo, *iii)* da Convenção de Berna, refere que o conceito de comunicação ao público engloba uma comunicação por altifalante ou por qualquer outro instrumento transmissor de sinais, sons ou imagens, abrangendo um meio de comunicação como a afixação as obras num ecrã.

²¹ Cfr. considerandos n.ºs 185 a 189.

*público que não foi considerado pelos autores das obras protegidas quando autorizaram a sua utilização pela comunicação ao público original.*²² Aqui urge salientar que “ao autorizar a radiodifusão das suas obras, os autores, em princípio só tomam em consideração os detentores de aparelhos de televisão que, individualmente ou na sua esfera privada ou familiar, recebem o sinal e vêem as emissões. Ora, a partir do momento em que a transmissão de uma obra radiodifundida se faz num lugar acessível ao público e se destina a um público suplementar, ao qual o detentor do aparelho de televisão permite a escuta ou visualização da obra, tal intervenção deliberada deve ser considerada como um ato pelo qual a obra em questão é comunicada a um público novo”;

ii) averiguar se a obra radiodifundida está a ser transmitida a “um público não presente no local de onde provém as comunicações.”²³ Deve, pois entender-se que o conceito de comunicação ao público não abrange “as representações ou execuções diretas,” ou seja, a interpretação de obras perante um público que se encontra em contacto físico e direto com o autor ou executante dessas obras;²⁴

iii) concluir pelo carácter lucrativo da comunicação, o qual se repercute quer na frequência do estabelecimento, quer nos seus resultados económicos.²⁵

Voltando ao processo principal, o TJUE conclui que os requisitos elencados se encontravam preenchidos. Na verdade, considerou que o público presente no *pub* era suplementar pois não foi tido em consideração pelos autores aquando da autorização da radiodifusão das suas obras. Por outro lado, o elemento de contacto físico e direto estaria inevitavelmente excluído no caso de transmissão num *pub* através de um ecrã de televisão e altifalantes a um público que não se encontra no local de origem de comunicação. E, por fim, não se podia olvidar que o proprietário procedeu à transmissão de obras radiodifundidas com um fim lucrativo, assim como, que essa transmissão foi suscetível de atrair clientes interessados pelas obras transmitidas.

Já no acórdão do TJUE de 15 de março de 2012 (proc. C-135/10) entendeu-se que:

O conceito de comunicação ao público constante da Diretiva 92/100/CEE do Conselho, de 19 de Novembro de 1992, relativa ao direito de aluguer, ao direito de comodato e a certos direitos conexo ao direito de autor em matéria de propriedade intelectual, e da Diretiva 2001/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, deve ser interpretado à luz dos conceitos equivalentes constantes da mesma Convenção, do referido acordo e do tratado supramencionado e de modo a que continue a ser compatível com estes últimos, tendo também em conta o contexto em que esses conceitos se inserem e a finalidade prosseguida pelas disposições convencionais relevantes em matéria de propriedade intelectual.

²² Vide ainda o já citado acórdão *SGAE* e o despacho *Ergon*, de 8 de março de 2010, proc. C 136/09.

²³ Na aceção do vigésimo terceiro considerando da diretiva dos direitos de autor.

²⁴ Cfr. artigo 11.º, primeiro parágrafo, da Convenção de Berna e Guia dessa mesma Convenção que, pese embora constitua apenas um documento interpretativo e, como tal, sem força vinculativa, contribui para a interpretação dessa Convenção, como se salientou no acórdão. *SGAE*.

²⁵ Cfr. considerandos n.ºs 198 a 205.

O conceito de comunicação ao público, na aceção do artigo 8.º, n.º 2 da Diretiva 92/100, deve ser interpretado no sentido de que não cobre a difusão gratuita de fonogramas num consultório de dentista como o em causa no processo principal, no âmbito do exercício de uma profissão liberal, em benefício da clientela, que dela frui independentemente da sua vontade. Por conseguinte, essa difusão não dá direito ao recebimento de uma remuneração para os produtores de fonogramas.²⁶

Lê-se na exposição dos factos que em Itália e fora do território italiano, a SCF desenvolve a atividade de “collecting” enquanto mandatária para a gestão, cobrança e a distribuição dos direitos dos produtores de fonogramas e seus associados.

No exercício dessa atividade, encetou negociações com a Associação de Dentistas Italianos com vista à celebração de um acordo coletivo sobre a fixação do montante de remuneração equitativa para qualquer comunicação ao público, incluindo a efetuada nos consultórios dos profissionais liberais, as quais, no entanto, fracassaram.

Por essa razão, a SCF (Società Consortile Fonografici) propôs uma ação contra M. del Corso peticionando a declaração de que este difundia como música ambiente, no seu consultório, fonogramas protegidos, pelo que essa difusão – “comunicação ao público” – teria necessariamente que implicar o pagamento de uma remuneração equitativa.

No que concerne ao conceito de utilizador, o TJUE lembrou que já havia decidido que o operador de um estabelecimento hoteleiro e de um café-restaurante efetuam um ato de comunicação ao público na aceção do artigo 3.º, n.º 1 da Diretiva 2001/29/CE ao intervirem, com pleno conhecimento das consequências dos seus comportamentos, para darem aos seus clientes acesso a uma emissão radiodifundida que contém a obra protegida, uma vez que, sem essa intervenção, e não obstante os clientes se encontrassem fisicamente no interior da zona de cobertura da referida emissão, não poderiam, em princípio, desfrutar da obra difundida.

Relativamente ao conceito de público afirma que este *“visa, por um lado, um número indeterminado de destinatários potenciais e implica, por outro lado, um número de pessoas bastante importante.”*^{27 28}

Volvendo ao caso concreto, o TJUE não teve dúvidas em afirmar que os clientes apenas desfrutaram dos fonogramas por força da intervenção deliberada do dentista.

Mais referiu que os clientes do dentista formam um conjunto determinado de destinatários potenciais, cuja composição está estabilizada, uma vez que as pessoas em geral não têm acesso aos tratamentos desse dentista em particular.

Por outro lado, entendeu-se que o número de pessoas que frequenta simultaneamente aquele consultório dentário é insignificante. *“Além disso, embora os clientes se sucedam, não é menos verdade que esses clientes, que estão presentes um de cada vez, regra*

²⁶ Cfr. dispositivo do referido acórdão.

²⁷ Cfr. acórdão *Mediakabel*, de 2 de junho de 2005, proc. C-89/04 e acórdão *Lagardère Active Broadcast*, de 14 de julho de 2005, proc. C-192/04.

²⁸ O “*carácter indeterminado de público*” equivale, de acordo com a definição de transmissão pública constante do Glossário da OMPI, a tornar “*uma obra [...] perceptível, de modo adequado, às pessoas em geral, por oposição a pessoas específicas pertencentes a um grupo privado.*” Já um “*número de pessoas bastante importante*” visa um certo limiar de minimis excluindo, portanto, deste conceito um conjunto pequeno de pessoas ou até mesmo insignificante. Para a determinação deste número deve atender-se ao número de pessoas que têm acesso à mesma obra e quantas delas têm sucessivamente acesso à mesma.

*geral não são destinatários dos mesmos fonogramas, nomeadamente dos radiodifundidos.*²⁹

Por fim, não há uma relação causa-efeito entre a difusão das obras e o aumento de clientela, pelo que aquela é insuscetível de ter repercussões nos rendimentos do dentista.

Com maior premência para a solução que pretendemos avançar é, indubitavelmente, o despacho³⁰ do Tribunal de Justiça de 14 de julho de 2015, decorrente de um reenvio prejudicial por parte do Tribunal da Relação de Coimbra, onde se questionou se “*o conceito de comunicação de obra ao público previsto no artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29/CE deve interpretar-se como abrangendo a transmissão de obras radiodifundidas, em estabelecimentos comerciais como bares, cafés, restaurantes, ou outros com características semelhantes, através de aparelhos televisores recetores e cuja difusão é ampliada por colunas e/ou amplificadores, configurando nessa medida, uma nova utilização de obras protegida pelo direito de autor?*”^{31 32}

Se é verdade que não resulta da jurisprudência do TJUE que a utilização de um meio técnico para garantir ou melhorar a transmissão de origem na zona de cobertura se subsuma ao conceito de comunicação estabelecido no artigo 3.º, n.º 1 da Diretiva 2001/29/CE, não se pode descurar o facto de

a utilização de colunas e/ou amplificadores a fim de aumentar a difusão do som [...] não constitui[r] um simples meio técnico para garantir ou melhorar a transmissão de origem na zona de cobertura, uma vez que a referida intervenção constitui um ato sem o qual os clientes do estabelecimento em causa não podem, em princípio, usufruir das obras difundidas, apesar de se encontrarem no interior da referida zona (v., neste sentido, acórdão *SGAE*, C 306/05, EU:C:2006:764, n.º 42).³³

No demais sempre se diga que “*à semelhança dos clientes de um hotel, os clientes de um café restaurante sucedem se rapidamente e representam geralmente um número de pessoas bastante importante, pelo que devem ser considerados como público, atendendo ao objetivo principal da Diretiva 2001/29, recordado no n.º 12 do presente despacho (v., neste sentido, acórdão *SGAE*, C 306/05, EU:C:2006:764, n.º 38).*”³⁴ E esse público é novo, isto é, um público suplementar que não foi tido em consideração pelos autores aquando da autorização da radiodifusão das suas obras.

Dúvidas inexistem, igualmente, no que concerne à inexistência de contacto físico e direto, na medida em que o público que se encontra presente no local em que é feita a transmissão não está presente no local de onde provém a comunicação.

²⁹ Cfr. considerando n.º 96.

³⁰ Nos termos do disposto no artigo 99.º do Regulamento de Processo do TJUE, em caso de resposta claramente deduzível da sua jurisprudência, o TJUE pode decidir através de despacho fundamentado.

³¹ Pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Tribunal da Relação de Coimbra (Portugal) em 30 de março de 2015, proc. C-151/15, 2015/C 205/229, publicado no Jornal Oficial da União Europeia de 22 de junho de 2015.

³² Não obstante tendamos a considerar que por força da doutrina do ato claro (o que até resulta reforçado pelo facto da questão ter sido decidida por *mero* despacho) os tribunais nacionais estavam em condições resolver a questão em conformidade com o direito da União de *per se*, congratulamos a posição tomada pelo Tribunal da Relação de Coimbra ao proceder ao reenvio prejudicial, contrariando assim a posição maioritária da jurisprudência que tem seguido, sem mais, o AUJ n.º 15/2013.

³³ Cfr. considerando n.º 17.

³⁴ Cfr. considerando n.º 20.

Por fim, e relativamente ao “carácter lucrativo da comunicação ao público” firmou o Tribunal de Justiça que “*essa transmissão é suscetível de atrair clientes interessados pelas obras assim transmitidas e em que a referida transmissão se repercute, consequentemente, na frequência do estabelecimento e, in fine, nos seus resultados económicos, essa transmissão constitui uma comunicação ao público com carácter lucrativo.*”³⁵

Termina, assim, o Tribunal de Justiça pronunciando-se no sentido de

o conceito de «comunicação ao público» na aceção do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade de informação, deve ser interpretado no sentido de que abrange a transmissão, através de um aparelho de rádio ligado a colunas e/ou amplificadores, pelas pessoas que exploram um café restaurante, de obras musicais e de obras musicas literárias difundidas por uma estação emissora de rádio aos clientes que se encontrem presentes nesse estabelecimento.³⁶

4. A desconformidade do AUJ. Consequências e possíveis soluções

Cotejando os argumentos aduzidos pelo TJUE nas várias decisões enunciadas, temos como certo que, ao contrário do que se afirma no AUJ n.º 15/2013, se a receção em lugar público implicar a utilização de meios técnicos – como são as colunas, altifalantes ou instrumentos análogos –, existe uma retransmissão e não apenas e só uma receção ampliação, a qual, desde que preenchidos determinados critérios, justifica uma nova remuneração, tal como preceituado nos artigos 155.º e 149.º, n.º 2 do CDADC, sem prejuízo da eventual responsabilidade penal pela conjugação do disposto nos artigos 195.º e 197.º do mesmo diploma legal.

Assim sendo, e enquanto o STJ não alterar a jurisprudência fixada, cumpre ao juiz nacional optar pela inaplicabilidade do AUJ n.º 15/2013. Senão vejamos.

Com a integração do Estado Português na ordem jurídica [da União] europeia³⁷ assistimos a um fenómeno, até então, completamente desconhecido: a convivência, concomitante, entre duas ordens jurídicas distintas e, por conseguinte, entre os tribunais organicamente europeus (donde destacamos o Tribunal de Justiça, pela sua inquestionável relevância, no que ao reenvio prejudicial diz respeito) e os tribunais funcionalmente europeus (os tribunais nacionais dos Estados-Membros).

³⁵ Cfr. considerando n.º 27.

³⁶ Cfr. despacho do Tribunal de Justiça (Terceira Secção), *Sociedade Portuguesa de Autores CRL*, de 14 de julho de 2015, proc. C-151/15, 2015/C 320/20, *idem*.

³⁷ No acórdão *Faminio Costa contra Enel*, de 15 de julho de 1964, proc. 6-64 o Tribunal de Justiça firmou jurisprudência no sentido de os tratados constitutivos terem criado um ordenamento jurídico, o qual deverá ser respeitado por todas as autoridades nacionais “*através da instituição de uma Comunidade sem limite de duração, dotada de órgãos próprios, de personalidade e capacidade jurídica, de capacidade de representação no plano internacional, e de poderes efetivos provenientes da limitação de competência ou da transferência de atribuições dos Estados à Comunidade, estes limitaram, ainda que em campos circunscritos, os seus poderes soberanos e criaram um complexo de direito vinculativo para os seus cidadãos e para os próprios.*” Mais recentemente, no acórdão *Segui*, de 27 de fevereiro de 2007, proc. C-355/04P, o TJUE voltou a afirmar o princípio da União de direito, alargando as suas competências prejudiciais o domínio do 3.º pilar (o qual, à data, já só se cingia à cooperação policial e judiciária em matéria penal), por forma a assegurar uma tutela de jurisdição efetiva própria.

Na ordem jurídica interna, os acórdãos uniformizadores de jurisprudência constituem fonte de direito mediata, sendo certo que, nos termos do artigo 445.º, n.º 3 do Código de Processo Penal, não constituem jurisprudência obrigatória para os tribunais judiciais, sendo lícito ao juiz fundamentar as divergências relativas à jurisprudência fixada.

Pelo contrário, as decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia constituem fonte de direito imediata, permitindo a uniformidade e a harmonização na aplicação do direito da União no território dos Estados-Membros.

Assim, para além da consagração expressa de alguns dos princípios estruturantes da ordem jurídica europeia previstos no artigo 2.º do Tratado da União Europeia (TUE),³⁸ além de alguns dos princípios gerais do direito da União Europeia,³⁹ é mister atentar ao papel da jurisprudência principialista do TJUE,⁴⁰ que gozando ainda de precedente vinculativo, assume particular relevância na fixação e subsequente densificação dos princípios que subjazem a esta ordem jurídica.

Ora, resulta do artigo 4.º do TUE [o princípio da lealdade europeia (ou cooperação leal)]⁴¹ que a União e os Estados Membros respeitam-se e assistem-se mutuamente no cumprimento das missões decorrentes dos Tratados, incumbindo aos Estados Membros adotar medidas que permitam a execução das obrigações decorrentes dos Tratados ou resultantes dos atos das instituições da União e, ainda, facilitar à União o cumprimento da sua missão, abstenendo-se, por conseguinte, de qualquer medida suscetível de pôr em perigo a realização daqueles objetivos.⁴²

A partir do princípio da lealdade europeia o TJUE decompôs uma série de outros princípios com vista a assegurar os objetivos desta União de direito, baseada em critérios de reciprocidade e a igualdade dos seus cidadãos, donde destacamos o princípio do primado, o princípio da interpretação conforme e o princípio da responsabilidade do Estado-juiz por violação das obrigações europeias.

O *princípio do primado* impõe a prevalência do direito da União sobre o direito nacional que lhe seja desconforme, tendo subjacente a aplicação preferencial de umas normas, igualmente e *prima facie* válidas, mas emanadas de uma fonte distinta.

Encontra-se internamente plasmado na conjugação dos artigos 7.º, n.º 6 e 8.º, n.º 4 da Constituição da República Portuguesa, e dirige-se, como não podia deixar de se antever, quer à administração pública, quer ao juiz nacional mas, principalmente, a este último, a quem incumbe fiscalizar e zelar pela aplicação do direito da União e a sua efetiva tutela jurisdicional.

Ainda assim, o juiz apenas deve socorrer-se do princípio do primado, afastando

³⁸ Nas palavras de Alessandra Silveira, estes serão os princípios “*que correspondem aos fundamentos da cultura jurídica europeia – Estado de direito, democracia, direitos fundamentais,*” in *Princípios de Direito da União Europeia. Doutrina e Jurisprudência*, 2.ª edição atualizada e ampliada, Quid Juris, p. 11.

³⁹ Ainda Alessandra Silveira, *cit.*, serão os “*princípios que estão direta ou indiretamente inscritos nos tratados constitutivos, constituem uma referência normativa pressuposta pela própria ideia de União de Direito, e informam materialmente os atos do poder público europeu.*”

⁴⁰ Sobre o tema cfr. Jan Komárek, Federal elements in the “Community judicial system: building coherence in the Community legal order”, in *Common Market Law Review*, n.º 42, 2005.

⁴¹ Sobre a densificação do princípio da lealdade europeia por parte do TJUE *vide* Jonh Temple-Lang, “Community constitutional law: Article 5 EEC Treaty”, in *Common Market Law Review*, vol. 27, n.º 4, 1990.

⁴² Com relevância para o caso de que nos ocupamos, urge lembrar que no acórdão *Factortame*, de 19 de junho de 1990, proc. C-213/89, o TJUE afirmou inclusivamente que, por força do princípio da lealdade europeia, os órgãos jurisdicionais devem assegurar a tutela jurisdicional efetiva dos direitos que decorrem da ordem jurídica da União donde decorre, pois, a obrigação de o juiz afastar uma norma de direito nacional a fim de assegurar a aplicação do direito da União.

uma norma de direito nacional incompatível com o direito da União, se a interpretação da norma nacional à luz daquele não for suficiente para salvaguardar um direito que a ordem jurídica europeia confere ao particular. Por conseguinte, o *princípio da interpretação conforme* com o direito da União, que decorre da interpretação que o TJUE efetua das disposições conjugadas dos artigos 4.º, n.º 3 do TUE e 288.º, n.º 3 do TFUE, impõe que o intérprete ou aplicador do direito nacional atribua às disposições nacionais um sentido conforme ou compatível com as disposições do direito da União.

E quanto ao sentido e alcance deste princípio, no acórdão *Von Colson*⁴³ o TJUE entendeu que a obrigação de interpretação da norma nacional que transpõe uma diretiva, em conformidade com o texto e objetivo daquela, obriga o juiz nacional a dar prioridade ao método – de entre os métodos de interpretação permitidos pela ordem jurídica interna – que lhe permita atribuir à disposição nacional em causa uma interpretação compatível com a diretiva. A interpretação assim efetuada apenas terá como limites os princípios gerais da segurança jurídica e da não retroatividade.

Da mesma forma, no acórdão *Kolpinghuis*⁴⁴ o TJUE defendeu que a interpretação conforme não podia dar origem a uma responsabilidade penal que não tivesse sido instituída por uma lei interna adotada para executar a diretiva. Por outro lado, e pese embora no âmbito de disposições à data do terceiro pilar, decidiu-se no acórdão *Maria Pupino*⁴⁵ que o princípio da interpretação conforme não podia servir para conduzir ou agravar a responsabilidade penal de quem viola uma decisão-quadro nem tão pouco servir de fundamento para uma interpretação *contra legem* do direito nacional.

Mas o TJUE vai ainda mais longe no que concerne ao alcance deste princípio, defendendo, inclusivamente, no acórdão *Marleasing*⁴⁶ que esta obrigação existe não só relativamente às disposições nacionais que visam dar cumprimento à diretiva, mas relativamente a todo o direito nacional.⁴⁷

De realçar, ainda, a jurisprudência firmada no acórdão *Marks & Spencer*⁴⁸ no sentido de os particulares terem direito de invocar as disposições de uma diretiva contra o Estado Membro em todos os casos em que a sua plena aplicação não esteja efetivamente garantida, ou seja, não apenas em casos de falta de transposição ou transposição incorreta, mas também no caso em que as medidas nacionais de transposição não sejam aplicadas de forma a atingir o resultado por ela prosseguido.

Em consequência, é de difícil compreensão a posição perfilhada pelo STJ aquando da feitura do AUJ n.º 15/2013. Sem entrarmos na bondade dos argumentos aduzidos relativamente ao facto de a utilização de colunas configurar ou não um ato de receção transmissão ou de receção ampliação, não podemos deixar de constatar que o STJ, quanto toma posição nesta matéria, o faz com pleno conhecimento da jurisprudência do TJUE e ao arrepio da mesma, chegando inclusivamente a citar em nota de rodapé a jurisprudência do TJUE em sentido oposto à posição por si perfilhada.

Impondo-se ao juiz que interprete a norma de direito nacional à luz do direito da União Europeia – e se tal interpretação não for suficiente para salvaguardar um direito que a ordem jurídica europeia confere ao particular, determina-se a obrigação

⁴³ Cfr. acórdão *Von Colson*, de 10 de abril de 1984, proc. 14/83.

⁴⁴ Cfr. acórdão *Kolpinghuis*, de 8 de outubro de 1987, proc. 80/86.

⁴⁵ Cfr. acórdão *Maria Pupino*, de 16 de junho de 2005, proc. C-105/03.

⁴⁶ Cfr. acórdão *Marleasing*, de 13 de novembro de 1990, proc. C-106/89.

⁴⁷ Este salto qualitativo surge como decorrência do princípio da cooperação leal e será válido, conforme consta do considerando n.º 9 das conclusões do Advogado-geral *Van Gerven*, mesmo que as referidas disposições tenham sido adotadas anteriormente, isto é, não para dar cumprimento à diretiva

⁴⁸ Cfr. acórdão *Marks & Spencer*, de 11 de julho de 2002, proc. C-62/00.

de desaplicação da norma nacional –, por maioria de razão podemos concluir que o juiz nacional, quando confrontado com uma situação como a retratada no acórdão uniformizador, deve interpretar a “*comunicação da obra ao público*” prevista quer no n.º 2 do artigo 149.º quer no artigo 155.º, ambos do CDADC, nos termos em que tal foi interpretado pelo TJUE nas várias decisões que enunciámos, o que implica, necessariamente, a não aplicação do AUJ (o qual não é sequer, no âmbito nacional, fonte de direito imediata).

Mais concretamente, e na esteira das decisões do TJUE que enunciámos, propugnamos que o juiz nacional deve socorrer-se dos seguintes critérios:

i) Utilizador: aquele que intervém, com pleno conhecimento das consequências do seu comportamento, para dar acesso aos seus clientes de uma emissão que contém obra protegida, encontrem-se estes clientes ou não no interior da zona de emissão, sendo certo que apenas têm acesso à transmissão por força da intervenção deliberada do proprietário do estabelecimento;

ii) Público:

- número indeterminado de destinatários potenciais – a obra é perceptível de modo adequado às pessoas em geral, por oposição de pessoas específicas pertencentes a um grupo privado;
- número de pessoas significativo (por contraposição a um eventual número insignificante) que têm acesso à mesma obra e quantas delas têm sucessivamente acesso à mesma;
- a obra é transmitida a um público novo, isto é, um público suplementar/não considerado pela autorização para comunicação como público original;
- a obra é transmitida a um público não presente no local donde provêm as comunicações;

iii) Carácter lucrativo: o proprietário procede à transmissão das obras com um fim lucrativo; existindo uma relação causa efeito entre a difusão das obras e o aumento da clientela.

Preenchidos estes critérios e os demais elementos do tipo objetivo e subjetivo do crime de usurpação, impõe-se a prolação de um despacho de acusação/pronúncia, não se vislumbrando que a interpretação conforme atente contra a segurança jurídica ou o agravamento da responsabilidade proibidas pela jurisprudência do TJUE⁴⁹ e pelo direito nacional, pese embora, em casos muito excepcionais, se possa admitir a existência de erro sobre a ilicitude.⁵⁰

⁴⁹ A título meramente exemplificativo no acórdão *Kolpinghuis* – sendo certo que a diretiva em análise no caso concreto ainda não havia sido transposta para o ordenamento jurídico italiano – o TJUE decidiu que “a obrigação de o juiz nacional ter em conta o conteúdo da diretiva ao interpretar as normas pertinentes do seu direito nacional é limitada pelos princípios gerais de direito que fazem parte do direito comunitário e designadamente os da segurança jurídica e da não retroatividade (...) [pelo que] uma diretiva não pode ter como efeito por si própria e independentemente de uma lei interna adoptada por um Estado-Membro para a sua aplicação determinar ou agravar a responsabilidade penal de quem quer que aja em violação das suas disposições” (sublinhado nosso).

⁵⁰ O artigo 29.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa reza que “ninguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de Lei anterior que declara punível a ação ou omissão, nem sofrer medida de segurança cujos pressupostos não estejam fixados em Lei anterior.” Consagra-se aqui o conhecido princípio da legalidade

Caso assim não suceda, e o juiz nacional decida seguir cegamente o AUJ n.º 15/2013 – como sucedeu, por exemplo, no aresto do Tribunal da Relação de Coimbra, datado de 14.10.2015 –,⁵¹ então entra em cena o princípio da responsabilidade do Estado por violação do direito da União, que tem como objetivo a salvaguarda dos direitos dos particulares, mais concretamente, o direito a uma remuneração pela transmissão pública das obras, decorrente das obrigações que a ordem jurídica europeia impõe aos seus Estados-Membros.

Debrucemo-nos, mais uma vez, na jurisprudência do TJUE. No acórdão *Köbler*⁵² concluiu-se, de forma inequívoca, pela admissibilidade da responsabilidade do Estado-Membro pelo exercício das funções jurisdicionais que importem a violação do direito da União. Na verdade,

o princípio segundo o qual os Estados-Membros são obrigados a ressarcir os danos causados aos particulares pelas violações do Direito Comunitário que lhes sejam imputáveis é igualmente aplicável quando a violação em causa resulte de uma decisão de um órgão jurisdicional que decida em última instância. Com efeito, este princípio, inerente ao sistema do Tratado, é válido para qualquer violação do Direito Comunitário por um Estado-Membro, independentemente da entidade do Estado-Membro cuja ação ou omissão está na origem do incumprimento.⁵³

Mais considerou o TJUE que o princípio da responsabilidade do Estado-Membro por violação do direito da União Europeia – explicitamente reconhecido no acórdão *Francovich* –⁵⁴ mais concretamente, por atos ou omissões de um órgão jurisdicional nacional que decide em última instância, “*não põe em causa a autoridade do caso definitivamente julgado.*”⁵⁵ E isto assim sucede porque “*um processo destinado a responsabilizar o Estado não tem o mesmo objeto e não envolve necessariamente as mesmas partes que o processo que deu origem à decisão que adquiriu a autoridade de caso definitivamente julgado. Com efeito, o demandante numa ação de indemnização contra o Estado obtém, em caso de êxito, a condenação deste no ressarcimento do dano sofrido, sem que seja posta em causa a autoridade do caso definitivamente julgado da decisão judicial que causou o dano.*”⁵⁶

Quanto aos critérios da responsabilidade do Estado há que atentar ao que resultou do acórdão *Brasserie du Pêcheur*.⁵⁷ Em consequência, o Estado-Membro é obrigado a

em direito penal, também proclamado no artigo 1.º, n.º 1, do Código Penal. Não sendo esta a sede para o necessário aprofundamento deste princípio fundamental de Estado de Direito, diremos que a sua primeira função é garantística, pois visa atentar contra exercícios ilegítimos e abusivos do *ius puniendi* estadual. Continua, pois, a postular-se que só a incriminação e a punição que se submetam simultaneamente às exigências de fundamento e critério e aos limites jurídicos impostos pelo princípio em análise se poderão afirmar como político-criminalmente legítimas e, por consequência, preservadoras da segurança jurídica. In *casu*, o princípio da legalidade foi integralmente cumprido. O que existiu foi uma interpretação por parte do Supremo Tribunal de Justiça que decidiu considerar determinada conduta como atípica. Esta circunstância *de per se* parece-nos insuficiente para considerar *ab initio* violado o princípio da segurança jurídica com a prolação de um despacho de acusação/pronúncia.

⁵¹ Processo n.º 35/12.OPFVIS.C1.

⁵² Cfr. acórdão *Köbler*, de 30 de setembro de 2003, proc. C-224/01.

⁵³ Cfr. considerandos n.ºs 1 e 2.

⁵⁴ Cfr. acórdão *Francovich*, de 19 de novembro de 1991, processos apensos C-6/90 e C-9/90.

⁵⁵ Cfr. considerando n.º 39.

⁵⁶ Cfr. considerando n.º 39.

⁵⁷ Cfr. acórdão *Brasserie du Pêcheur*, de 5 de março de 1996, processos apensos C-46/93 e C-48/93.

ressarcir os prejuízos causados ao particular em decorrência do incumprimento do direito da União desde que: *i)* a norma jurídica violada confira direitos aos particulares, *ii)* a violação seja suficientemente caracterizada e *iii)* exista um nexo de causalidade entre a violação da obrigação que incumbe ao Estado e o dano sofrido pelo particular⁵⁸.

Saliente-se que a violação manifesta do direito da União Europeia por parte do juiz nacional surge quer nos casos de ausência de reenvio prejudicial obrigatório⁵⁹ ⁶⁰, quer nos casos em que a decisão é tomada violando manifestamente a jurisprudência do Tribunal de Justiça na matéria. Por seu turno, e como argumenta o Advogado Geral P. Léger no considerando n.º 148 das suas Conclusões – ainda no âmbito do processo *Köbler* –, “o nexo de causalidade pressupõe que o particular demonstre que a falta de reenvio lhe causou necessariamente um prejuízo, real e certo, e não hipotético, que não se teria verificado se o tribunal supremo tivesse decidido colocar uma questão prejudicial.” De realçar que resulta também evidente da jurisprudência firmada pelo TJUE não ser lícito limitar a responsabilidade do Estado às situações de dolo ou culpa grave do juiz.⁶¹

Tomemos como exemplo o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, datado de 14.10.2015, o qual surgiu na decorrência do recurso interposto pela assistente do despacho de não pronúncia, que confirmou os fundamentos que estiveram na génese do arquivamento dos autos por parte do Ministério Público.⁶²

Propugnou-se pela pronúncia do arguido pela prática de um crime de usurpação porquanto aquele promoveu, no seu estabelecimento comercial, “a execução pública de obras intelectuais protegidas pelos direitos de autor, utilizando para tal um equipamento de som, ligado a três colunas, de som”⁶³ através das quais o som era propagado.

Para tal alegou a assistente que a decisão recorrida efetuou uma interpretação incorreta do conceito de comunicação de obra ao público constante do direito da União Europeia, e em particular, da Diretiva 2001/29/CE. Sugeriu, ainda ao Tribunal que colocasse as seguintes questões prejudiciais ao TJUE:

- i) O conceito de comunicação de obra ao público previsto no artigo 3.º, n.º 1 da Diretiva 2001/29/CE deve interpretar-se como abrangendo a transmissão de obras radiodifundidas, em estabelecimentos comerciais como bares, a cafés, restaurantes ou outros com características semelhantes, através de

⁵⁸ Critérios assim enunciados por Alessandra Silveira, *cit.*, pág. 186, a qual ainda refere que o TJUE admite que “a exigência de que a norma confira direitos aos particulares não implica necessariamente que a norma seja provida de efeito directo – muito menos de aplicabilidade directa.”

⁵⁹ Ou seja, quando estamos perante o Tribunal da ordem jurídica interna cuja decisão é insuscetível de recurso.

⁶⁰ Urge ainda atentar ao acórdão *Cilfit*, de 6 de outubro de 1982, proc. 283/81, onde o TJUE adotou o seguinte entendimento: “o órgão jurisdicional obrigado a submeter a questão prejudicial fica dispensado deste encargo se estiver diante de: 1) uma disposição cujo sentido seja tão claro e evidente que não deixa lugar a qualquer dúvida razoável sobre a solução da questão de direito em causa e a correta aplicação do Direito da União, ou diante de 2) um pronunciamento firme ou jurisprudência consolidada do TJUE,” isto é, se a questão de direito em causa já tiver sido resolvida pelo TJUE, o precedente vinculativo funciona mesmo que não se esteja diante de uma situação factualmente idêntica (cfr. Alessandra Silveira, *cit.*, p. 192). Certo é, ainda, que caso o juiz pretenda eximir-se da obrigação de reenvio, valendo-se da jurisprudência mencionada *supra*, deve fundamentar a sua pretensão demonstrando que *i)* a posição adotada resulta de uma jurisprudência assente do TJUE ou *ii)* não se verifica qualquer dúvida razoável que imponha a feitura de reenvio prejudicial – caso contrário incorre em responsabilidade.

⁶¹ Cfr. acórdão *Tragbetti del Mediterraneo*, de 13 de junho de 2006, proc. C-173/03.

⁶² Ao contrário do que sucedeu com a posição assumida por este mesmo Tribunal no âmbito do reenvio prejudicial que originou o proc. C-151/15 *supra* mencionado.

⁶³ Vide acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, datado de 14 de outubro de 2015.

aparelhos televisores recetores e cuja difusão é ampliada por colunas e/ou amplificadores, configurando, nessa medida, uma nova utilização de obras protegidas pelo direito de autor?, ii) a utilização de colunas e/ou amplificadores, ou seja, de meios técnicos distintos do aparelho televisivo recetor para ampliar a receção de som influencia a resposta à questão anterior?⁶⁴

Sem vislumbrar qualquer necessidade na realização de reenvio prejudicial – sendo, aliás, completamente omissa nesse ponto – e, pese embora admita que a posição adotada seja, eventualmente, minoritária no espaço europeu, o Tribunal da Relação de Coimbra estribou-se, no essencial, na jurisprudência firmada pelo AUJ n.º 15/2013.

Ora, para além de decidir contra a jurisprudência do Tribunal de Justiça nesta matéria, o Tribunal da Relação de Coimbra, pese embora a tal exortado pela própria assistente, não procedeu ao reenvio prejudicial, não obstante ser a última instância a decidir, nem tão pouco fundamentou a sua pretensão de não reenviar, demonstrando que i) a posição adotada resulta da jurisprudência assente do TJUE – até porque a mesma é, salvo melhor opinião, inexistente, ou ii) não se verifica qualquer dúvida razoável que imponha a feitura de reenvio prejudicial.

Dúvidas inexistem, quanto a nós, que a norma violada confere direitos aos particulares – como já se fez alusão, o direito a uma remuneração pela transmissão pública das obras. Ademais, existe um nexo de causalidade entre a violação da obrigação que incumbe ao Estado e o dano sofrido pelo particular, isto é, a decisão contrária ao direito da União causou, necessariamente, à assistente um prejuízo, real e certo – equivalente à remuneração devida – e não hipotético, que não se teria verificado se o tribunal tivesse decidido em consonância com a jurisprudência do TJUE.

Para além da responsabilidade do Estado-juiz por violação do direito da União Europeia não é despidendo alertar para a possibilidade de, em casos de prática reiterada, ser possível à Comissão desencadear uma ação de incumprimento, prevista no artigo 258.º do TJUE, contra o Estado-Membro incumpridor.

Em suma, caso o juiz nacional se depare com a distribuição do som efetuada por colunas que o ampliam, mas que não fazem parte integrante do televisor ou radiofonia, deve, num primeiro momento, verificar se se encontram preenchidos os critérios que elencámos *supra* e que decorrem dos acórdãos do TJUE C-403/08, C-429/08, ambos de 04.10.2011 e C-135/10 de 15.03.2012.

Em caso afirmativo, deve o juiz nacional, como tribunal funcionalmente europeu e tal como lhe impõe o princípio da interpretação conforme, desaplicar o AUJ n.º 15/2013, donde decorre o direito a uma nova remuneração, nos termos do plasmado nos artigos 155.º e 149.º, n.º 2 do CDADC, sem prejuízo da eventual responsabilidade penal pela conjugação do disposto nos artigos 195.º e 197.º do mesmo diploma legal.

Caso os tribunais portugueses persistam no acolhimento do referido AUJ, mesmo nos casos em que se preencham todos os critérios elencados pelo TJUE como reveladores do conceito de comunicação de obra ao público, deverão estar cientes, por um lado, da possibilidade de condenação do Estado Português por verificação dos pressupostos atinentes à responsabilidade do Estado-juiz por violação do direito da União Europeia e, por outro, do desencadear de uma ação de incumprimento por parte da Comissão Europeia.

⁶⁴ *Idem.*