

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO

PALÁCIO DA JUSTIÇA - CAMPO MÁRTIRES DA PÁTRIA - 4099-012 PORTO - TELEF. 222 008 531 - FAX 222 000 715

Email:correio@porto.tr.mj.pt

Uthman

193

Processo 6702/08-2

ACORDAM NO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO

1.

Audiogeste – Associação Para a Gestão e Distribuição de Direitos e GDA – Cooperativa de Gestão dos Direitos dos Artistas e Executantes, CRL, instauraram contra [REDACTED] acção declarativa, de condenação, com processo ordinário.

Pedindo a condenação desta, além do mais:

- no pagamento da remuneração de acordo com a tabela tarifária das autoras em vigor por contrapartida do respectivo licenciamento da Passamusica e que actualmente se cifra em €11.980,96 (incluindo juros já vencidos), acrescido de juros de mora vincendos à taxa legal sucessivamente em vigor, desde 29 de Novembro de 2007;
- no pagamento às autoras da quantia de €5.000, a título de indemnização arbitrada pelos danos não patrimoniais causados pela sua conduta omissiva;
- no pagamento da quantia diária de €30, a título de sanção pecuniária compulsória pelo atraso na prática do facto positivo da ré.

Citada a ré não contestou pelo que foram dados como provados os factos articulados na petição inicial.

2.

Seguidamente foi proferida **sentença** que julgou a acção improcedente a absolveu a ré do pedido.

3. Inconformadas **apelaram as autoras**.

Rematando as suas alegações com as seguintes **conclusões**:

1.O presente recurso foi interposto pelas Autoras Audiogest – Associação Para a Gestão e Distribuição de Direitos e GDA – Cooperativa de Gestão dos Direitos dos Artistas, Intérpretes e Executantes, CRAL, ora Apelantes, da douta sentença, proferida em 12 de Maio de 2008, que julgou a acção acima identificada totalmente improcedente, tendo, em consequência, absolvido a Ré [REDACTED] dos pedidos deduzidos na acção.

2.O recurso merece – com o devido respeito – inteiro provimento, pois que a decisão do Mmo a quo, aqui posta em crise, não foi, na perspectiva das Apelantes, e com o devido respeito, a mais acertada.

3.Desde logo, porque a decisão do Mmo. Juiz a quo, contida na douta sentença recorrida, teve (na óptica das Apelantes) por base um errada configuração dos factos e, consequentemente, da causa de pedir que suporta o pedido deduzido nos autos a título de indemnização por danos patrimoniais;

4.Pois, contrariamente ao que é sustentado na douta sentença recorrida, aquele pedido das Autoras não teve por base uma concreta violação dos direitos das Autoras, ocorrida em determinada

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO

PALÁCIO DA JUSTIÇA - CAMPO MÁRTIRES DA PÁTRIA - 4099-012 PORTO - TELEF 222 008 531 - FAX 222 000 715

Email: correio@porto.tr.mj.pt

data temporalmente demarcada (16/09/2007) e pela exibição de apenas dois concretos fonogramas do repertório internacional.

5. Na verdade, basta uma leitura atenta de toda a matéria (de facto e de direito) articulada pelas Autoras na petição inicial para se concluir que o pedido deduzido a título de indemnização por danos patrimoniais tinha como causa de pedir: a execução pública, constante, sistemática e continuada, não licenciada, nem autorizada, de fotogramas pelo estabelecimento comercial de que a Ré é proprietária;

6. Sendo certo que, se as Autoras mencionaram a execução pública de dois fonogramas durante a pendência de uma acção de fiscalização, fizeram-no apenas e tão somente a título exemplificativo, como forma de sustentar a verdadeira causa de pedir, o que facilmente se retira da expressão "nomeadamente" (inserta no artigo 30º da petição inicial) que antecede a enumeração exemplificativa dos fonogramas exibidos durante aquela fiscalização;

7. Ora, e tendo ficado demonstrado (como ficou) que as Autoras-Apelantes representam e licenciam a utilização por parte dos eventuais interessados da quase totalidade (equivalente a uma percentagem superior a 98%) do repertório da música gravada, nacional ou estrangeira, comercializada e utilizada em Portugal, e ainda que o estabelecimento nocturno de que a Autora é proprietária "encontra-se aberto ao público e a funcionar diariamente, sendo certo que procede à execução pública de fonogramas em qualquer desses dias", o que faz, continuamente, sem qualquer licença e autorização das Autoras para o efeito (sendo este facto, de resto, do conhecimento público), impunha-se, com o devido respeito, que a Ré fosse condenada na totalidade do pedido deduzido a título de danos patrimoniais.

8. Pois que, como se demonstrou, a remuneração anual devida pela execução pública de fonogramas é, efectivamente, de € 11.692,56, sendo esta, pois, a contraprestação, a tarifa, ou o preço anual que a Ré teria (e terá) que pagar pela exibição sistemática e continuada dos fonogramas representados pelas Autoras.

9. Mas, ainda que fosse de se considerar que o pedido deduzido nos presentes autos tinha como causa de pedir uma concreta violação dos direitos representados pelas Autoras (delimitada temporalmente ao dia 16 de Setembro de 2007) – o que se concede por mera hipótese de raciocínio – ainda assim, seria forçoso (na óptica das Apelantes) concluir-se pela total procedência daquele pedido (referente à indemnização pelos danos patrimoniais), pois que, no caso em análise, é possível averiguar-se com um elevadíssimo grau de exactidão qual o valor dos danos sofridos pelas Autoras;

10. Na verdade, se a Ré tivesse pago (como o podia e deveria ter feito) às Autoras a licença (no indicado valor de € 11.692,56), o dano nunca teria acontecido;

11. Ora, e se o pagamento da licença às Autoras constituía o único preço, a única contraprestação possível, e o único meio idóneo de que a Ré poderia abrir mão para evitar a produção de um dano na esfera jurídica das Autoras, então, será forçoso concluir-se que o incumprimento daquela mesma obrigação – referente ao pagamento da licença – terá que conduzir, necessariamente, a uma indemnização de valor superior (ou, no mínimo, equivalente) ao valor que se a obrigação tivesse sido cumprida.

12. Sendo de realçar que, o valor que seria devido pela licença (de € 11.692,56) seria exactamente o mesmo, independentemente do número de execuções públicas de fonogramas que fossem efectuadas pela Ré, donde que, ainda que a causa de pedir se resumisse a execução pública de apenas dois fonogramas numa determinada data, o que não se concede, ainda assim, a Ré estaria constituída na obrigação de pagar às Autoras a supra referida quantia de € 11.692,56.

13. Assim – e porque não foi colocada minimamente em causa a justeza e a proporcionalidade das tarifas cobradas pelas Autoras – é manifesto (à luz do exposto) que o pagamento de uma indemnização de valor idêntico ao da compensação que seria devida pelo pagamento da licença, acrescida dos respectivos juros (nos exactos termos em que foi peticionada), configura, pois, a única via possível de reparação dos danos patrimoniais efectivamente sofridos pelas Autoras, na medida em que tal indemnização (assim quantificada) é a única que permite recolocar as Autoras na situação em que estariam se não tivessem ocorrido os danos alegados e comprovados na acção;

14. De todo o modo, diga-se que, a caucionar-se e a generalizar-se como válido e admissível aquele entendimento exposto na douda sentença recorrida – o de que a indemnização devida pela execução pública e ilícita de fonogramas (sejam eles, dois, três ou mais) representados pelas Autoras não constitui "causa adequada" para o pagamento de uma indemnização de valor, pelo menos, equivalente ao da tarifa que seria devida – os Tribunais estarão a premiar as entidades prevaricadoras, beneficiando-as (sem qualquer causa que o justifique) em detrimento todos os demais concorrentes cumpridores, aplicando, assim, uma medida injusta e que fere, de forma infundada e injustificada, os direitos não somente das Autoras e dos milhares e milhares de

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO

PALÁCIO DA JUSTIÇA - CAMPO MÁRTIRES DA PÁTRIA - 4099-012 PORTO - TELEF. 222 008 531 - FAX 222 000 715

Email: correio@porto.tr.mj.pt

produtores, artistas, intérpretes e executantes por ela representados, como também de todas as demais entidades cumpridoras.

15. Pelo que, nem que fosse pelos princípios da igualdade, da concorrência e do respeito por todas as demais entidades sujeitas ao pagamento da referida licença Passmusica, se impunha que a Ré fosse condenada, num juízo de verdadeira equidade, no pagamento à Autora de uma indemnização de montante não inferior à indicada quantia de € 11.692,56, acrescida dos respectivos juros;

16. Refira-se, ainda, por importante, o disposto no artigo 13º da Directiva 2004/48/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Abril de 2004, relativa ao respeito dos direitos de propriedade intelectual (também conhecida por "Directiva Enforcement") segundo o qual, as autoridades judiciais ao estabelecerem o montante das indemnizações por perdas e danos deverão ter em conta aspectos como os lucros cessantes, lucros indevidos obtidos pelo infractor, danos morais ou, em alternativa, estabelecer como indemnização uma quantia fixa com base em elementos como o montante das remunerações que teriam sido auferidas se o infractor tivesse solicitado autorização para utilizar o direito de propriedade intelectual em questão.

17. Embora a mencionada directiva não tenha ainda sido transposta para o ordenamento jurídico português (ainda que já o devesse ter sido, pois a data limite prevista no diploma para a transposição era até 29 de Abril de 2006), importa reter os critérios indemnizatórios nela previstos, os quais constituem um sinal sintomático da crescente importância e relevância que os direitos de autor e os direitos conexos vêm assumindo no ordenamento jurídico europeu,

18. Impondo-se, por isso, quanto mais não seja, por recurso aos critérios explanados naquela directiva, que a Ré fosse condenada no pagamento de uma indemnização exemplar, a qual não poderá ser, com o devido respeito, inferior ao valor peticionado a título de danos patrimoniais;

19. Acresce que – muito embora o Mmo. Juiz *a quo* entenda que não existem danos extra-patrimoniais a salvaguardar – a verdade é que as Autoras alegaram um dano efectivo e merecedor da tutela do Direito,

20. Na verdade, o que as Autoras pretenderam ver ressarcido com aquele pedido de indemnização por danos não patrimoniais, foi precisamente o seu contínuo e interminável combate à usurpação e à violação dos seus direitos, consubstanciado nas inúmeras acções judiciais que as Autores se vêm obrigadas a intentar diariamente contra os diversos agentes que, ao abrigo de um sentimento de impunidade reinante, insistem em prevaricar "*enquanto as Autoras verão os seus prejuízos agravarem-se*".

21. Foi, pois, este esforço suplementar (consubstanciado na necessidade de ter que intentar a presente acção judicial) que as Autoras pretenderam ver ressarcido.

22. As Autoras entendem que este esforço terá que ser ressarcido, pois que, caso contrário, a admitir-se que a Ré indemnizasse as Autoras apenas pelo valor que pagaria na hipótese de cumprimento voluntário seria iníquo, na medida em que colocaria na mesma posição que os seus concorrentes cumpridores e, nessa medida, estaria o Tribunal a beneficiar o infractor promovendo a aplicação de uma medida injusta.

23. Por último, na petição inicial que deduziram, as Autoras requereram, a final, que fosse dada vista da presente acção ao Ministério Público por forma a que o mesmo promova o competente procedimento criminal, com fundamento da prática pela Ré de um crime de usurpação previsto e punido nos artigos 184º números 2 e 3, 195º e 197º todos do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos;

24. Todavia, a verdade é que o Mmo. *a quo* – não obstante ter julgado como provados diversos factos que integram a prática consumada daquele crime público de usurpação e de, nos termos do disposto no artigo 242º n.º 1 b) do Cód. Proc. Penal, estar obrigado a denunciar tal crime às autoridades competentes – se absteve de pronunciar sobre esta questão, o que constitui nulidade processual que aqui expressamente se invoca e argui para todos os devidos e legais efeitos;

25. Considerando tudo o exposto, e o mais que, doutamente, será suprido, a sentença recorrida violou, por erro de interpretação e de aplicação, nomeadamente o disposto nos artigos 264º n.º 1, n.º 2 e n.º 3, 268º, 272º, 273º, 484º n.º 1, 659º n.º 1, n.º 2 e n.º 3, 660º n.º 2 e 668º n.º 1 b) todos do Cód. Proc. Civil, o artigo 242 n.º 1 b) do Cód. Proc. Penal, os artigos 483º n.º 1 *in fine*, 564º e 566º n.º 2 e n.º 3 do Cód. Civil, os artigos 1471º, 184º, 195º, 197º, e 199º do Código do Direito do Autor e dos Direitos Conexos e, ainda, o artigo 13º da Directiva 2004/48/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Abril de 2004.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO

PALÁCIO DA JUSTIÇA - CAMPO MÁRTIRES DA PÁTRIA - 4099-012 PORTO - TELEF. 222 008 531 - FAX 222 000 715

Email: correio@porto.tr.mj.pt

Sendo que, por via de regra: artºs 684º e 690º do CPC - de que o presente caso não constitui excepção - o teor das conclusões define o objecto do recurso, a **questão essencial decidenda** é a seguinte:

Direito das autoras a, face aos factos apurados, serem, ou não, indemnizadas ao abrigo do disposto no CDADC e do instituto da responsabilidade civil extracontratual.

5.

E os factos provados, com interesse para a decisão, face á não oposição da ré, são os seguintes:

1º- As Autoras encontram-se registadas na IGAC (Inspecção Geral das Actividades Culturais) sendo a associação e a cooperativa, respectivamente (de utilidade pública), quem, nos termos da Lei, tem legitimidade para exercer, pelas vias administrativas e judiciais, os direitos confiados à sua gestão e, por outro lado, exigir o respectivo cumprimento.

2º- A Autora Audiogest é a entidade de gestão colectiva que se encontra devidamente constituída, registada e mandatada para representar os Produtores Fonográficos em matérias relacionadas com a cobrança de direitos.

3º- Fruto de acordos firmados com a GDA (entidade de gestão colectiva dos direitos dos artistas) a Audiogest está também mandatada para promover o licenciamento e cobrança das remunerações devidas aos artistas intérpretes e executantes.

4º- Esta actividade é presentemente desenvolvida pelas Autoras através da emissão de uma licença conjunta com a referência "Passmusica", que identifica o licenciamento conjunto de direitos conexos dos artistas e produtores fonográficos, habitualmente designados "editores discográficos".

5º- Na sua actividade de licenciamento e cobrança de direitos conexos de produtores e artistas, as Autoras, representam o repertório nacional e estrangeiro.

6º- A Discoteca denominada [REDACTED] e explorada pela mesma, é um estabelecimento comercial aberto ao público.

7º- Através de acções de fiscalização e verificação levadas a cabo por colaboradores das Autoras, tomaram estas conhecimento de que no referido estabelecimento, se procede à execução pública de fonogramas sem a competente licença e autorização.

8º- Durante a mencionada fiscalização que teve lugar no passado dia 16 de Setembro de 2007, período em que o estabelecimento se encontrava aberto ao público, estava a ser efectuada a execução pública de fonogramas, nomeadamente:

- Rise Up (Música), Yves La Rock (Artista), Vidisco (Editora);
- World Hold On (Música), Bob Sinclair (Artista), Vidisco (Editora).

9º- O mencionado estabelecimento de diversão nocturna encontra-se aberto ao público e a funcionar diariamente, sendo certo que procede à execução pública de fonogramas em qualquer desses dias.

10º- A sociedade Ré não possuía, como não possui, qualquer autorização dos produtores de fonogramas ou dos seus representantes, designadamente da Autora Audiogest, para proceder à execução ou comunicação pública, no referido estabelecimento, de fonogramas editados comercialmente ou de reprodutores dos mesmos.

11º- Como também não possuía nem possui autorização ou licença, para o mesmo efeito, dos artistas e/ou seus representantes (GDA).

12º- Nessa sequência, foi enviada carta em 26 de Setembro de 2007, a informar a sociedade Ré da necessidade de obter a respectiva licença e de pagar os direitos conexos devidos pela utilização de música na actividade do mencionado.

13º- Apesar de devidamente interpelada com o envio da mencionada missiva não receberam da sociedade Ré qualquer resposta.

14º- As Autoras fixam e publicam os tarifários aplicáveis às várias categorias de direitos conexos e às suas diferentes formas de exploração, cobrados pelas Autoras, através do licenciamento identificado com a referência Passmusica, encontrando-se todos os tarifários disponíveis no site www.passmusica.pt

15º- Para o efeito as Autoras têm fixada uma tabela para as categorias de direitos de televisão terrestre ou por cabo, rádio terrestre ou via Internet, execução ou comunicação pública.

16º- Na área da execução pública (utilização de música gravada em espaços abertos ao público) é fixado um tarifário, tendo em atenção a importância da música para a respectiva actividade, a área ou lotação do respectivo espaço, entre outros critérios.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO

PALÁCIO DA JUSTIÇA - CAMPO MÁRTIRES DA PÁTRIA - 4099-012 PORTO - TELEF. 222 008 531 - FAX 222 000 715

Email: correio@porto.tr.mj.pt

17º- No caso concreto da ora Ré, e considerando a actividade desenvolvida no seu estabelecimento, é aplicável o tarifário referente às discotecas.

18º- O estabelecimento explorado pela ré tem uma lotação aproximada de 1500 pessoas e encontra-se aberto ao público pelo menos 5 dias por semana.

19º- Assim, a tarifa anual de execução pública de fonogramas aplicável é de 11.692,56 € (onze mil, seiscentos e noventa e dois Euros e cinquenta e seis cêntimos).

6.

Apreciando.

6.1.

A sentença desatendeu o pedido das autoras desde logo quanto aos danos patrimoniais, com base nos seguintes argumentos:

«Prima facie, as autoras limitam-se a alegar e comprovar que atestaram a reprodução de dois fonogramas num determinado dia, partindo daí para a conclusão de que, estando a discoteca da ré aberta cinco dias por semana e tendo uma lotação aproximada de 1.500 pessoas, seria devida aquela quantia anual, caso tivesse autorização para a reprodução.

Ora, não pode afirmar-se que os danos patrimoniais emergentes para a autora reflectam aquele valor, desde logo porque não consta dos autos que a discoteca da ré tenha estado aberta durante, pelo menos, um ano inteiro e que durante esse período tenha reproduzido publicamente fonogramas de que as autoras têm poderes de representação.

Acresce que, como acima se aludiu, as autoras não podem partir da presunção de que a discoteca tenha sempre a lotação máxima de pessoas, sendo que, nos termos do acima aludido art. 211º, para o cálculo da indemnização devida ao autor, atende-se à importância da receita resultante do espectáculo ou espectáculos ilicitamente realizados.

Não se mostra, pois, comprovada a existência de um nexo de causalidade entre a ilicitude comportamental e o dano alegado; as autoras provaram a lotação aproximada mas cabia-lhes também alegar e provar a receita efectiva no período de tempo em que o estabelecimento funcionou com reproduções ilícitas...

A afirmação do nexo de causalidade entre o facto e o dano, sobretudo tendo em conta as sobreditas outras exigências legais, não pode ser colmatada com a remessa para um tarifário relativo ao pagamento de autorizações anuais, uma vez que não nos encontramos no domínio do incumprimento contratual, facto que, por si só, determina também a improcedência do pedido de condenação em sanção pecuniária compulsória».

6.2.

Não se nos afigura, salvo o devido respeito, o mais curial e conforme à lei e à justiça este discurso argumentativo.

Em primeiro lugar no que concerne ao entendimento que in casu, inexistia **nexo de causalidade** entre o facto ilícito da ré e o dano.

Na verdade e como é referido na sentença estatui o **artº 563º do CC** que: **A obrigação de indemnização só compreenderá os danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão.**

Ora, como é consabido, constitui jurisprudência pacífica do nosso mais Alto Tribunal que:

«O artigo 563º do C.Civil consagrou a doutrina da causalidade adequada, na formulação negativa de Enneccerus-Lehman, nos termos da qual **a inadequação de uma dada causa para um resultado deriva da sua total indiferença para a produção dele**, que, por isso mesmo, só ocorreu por circunstâncias excepcionais ou extraordinárias.

Esta doutrina ...deve interpretar-se de forma mais ampla, com o significado de que não pressupõe a exclusividade da condição, no sentido de que esta tenha só por si determinado o resultado».

«O artigo 563 do Código Civil consagra a doutrina da causalidade adequada na sua formulação negativa, que não pressupõe a exclusividade do facto condicionante do dano, **nem exige que a causalidade tenha de ser directa e imediata**, pelo que admite:

- não só a ocorrência de outros factos condicionantes, contemporâneos ou não;
- como ainda a causalidade indirecta, bastando que o facto condicionante desencadeie outro que directamente suscite o dano»

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO

PALÁCIO DA JUSTIÇA - CAMPO MÁRTIRES DA PÁTRIA - 4089-012 PORTO - TELEF. 222 008 531 - FAX 222 000 715

Email: correio@porto.tr.mj.pt

«Na concepção mais criteriosa da doutrina da causalidade adequada, para os casos em que a obrigação de indemnização procede de facto ilícito culposo, quer se trate de responsabilidade extracontratual, quer contratual - a «formulação negativa», acolhida no artigo 563.º do Código Civil segundo a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal de Justiça - o facto que actuou como condição do dano só deixará de ser considerado como causa adequada se, dada a sua natureza geral, se mostrar de todo indiferente para a verificação do mesmo, tendo-o provocado só por virtude das circunstâncias excepcionais, anormais, extraordinárias ou anómalas que intercederam no caso concreto»- *Cfr, entre outros, os Acs. do STJ de 20.10.2005, de 07.04.2005 e de 29.06.04, in dgsi.pt, ps.05B2286, 03B4474 e 05B294.* (realce nosso).

«...do conceito de causalidade adequada pode extrair-se, desde logo, como corolário, que para que haja causa adequada, não é de modo nenhum necessário que o facto, só por si, sem a colaboração de outros, tenha produzido o dano. Essencial é que o facto seja condição do dano, mas nada obsta a que, como frequentemente sucede, ele seja apenas uma das condições desse dano. - **A. Varela, in Das Obrigações em Geral**”, 10.ª ed, I, 893, 899, 890/1, cit. In Ac. do STJ de 13-03-2008 08A369.

In casu apurou-se que a ré «no passado dia 16 de Setembro de 2007, período em que o estabelecimento se encontrava aberto ao público, estava a ser efectuada a execução pública de fonogramas, nomeadamente:

- Rise Up (Música), Yves La Rock (Artista), Vidisco (Editora);
- World Hold On (Música), Bob Sinclair (Artista), Vidisco (Editora).»

- E que o «mencionado estabelecimento de diversão nocturna encontra-se aberto ao público e a funcionar diariamente, sendo certo que procede à execução pública de fonogramas em qualquer desses dias.

Sendo certo que: A Ré não possuía, como não possui, qualquer autorização dos produtores de fonogramas ou dos seus representantes, artistas e/ou seus representantes para proceder à execução ou comunicação pública, no referido estabelecimento, de fonogramas editados comercialmente ou de reprodutores dos mesmos.

Tanto basta para que se dê como presente o nexo de causalidade adequada na formulação legal e entendimentos jurisprudenciais supra aludidos.

Na verdade a conduta ilícita da ré causou prejuízos à autora.

Quais e em que quantum, é questão diversa que se coloca a jusante e que infra se analisará.

6.3.

Neste particular há que dizer que não assiste meridianamente razão ao Sr. Juiz a quo quanto afirma que as autoras limitam-se a alegar e comprovar que atestaram a reprodução de dois fonogramas num determinado dia.

E que não pode afirmar-se que os danos patrimoniais emergentes para a autora reflectam o valor por ela impetrado, porque não consta dos autos que a discoteca da ré tenha estado aberta durante, pelo menos, um ano inteiro e que durante esse período tenha reproduzido publicamente fonogramas.

Na verdade a ré, para além de invocar a reprodução dos dois fonogramas nos dias mencionados, alegou, e provou, dada a confissão ficta da ré, que «O mencionado estabelecimento de diversão nocturna encontra-se aberto ao público e a funcionar diariamente, sendo certo que procede à execução pública de fonogramas em qualquer desses dias» (sublinhado nosso).

Acresce que mais se apurou – ponto 18º dos factos apurados na sequência do alegado no artº 60º da pi - que: «O estabelecimento explorado pela ré tem uma lotação aproximada de 1500 pessoas e encontra-se aberto ao público pelo menos 5 dias por semana.»

Tanto basta para se poder concluir, em termos de normalidade, que a ré efectivamente passava publicamente os fonogramas, ao longo do ano, deles retirando proveito, em detrimento das autoras e dos autores e produtores dos mesmos.

Mas mesmo que algumas dúvidas existissem, elas deveriam ser dissipadas pela adequada interpretação dos factos apurados.

Na verdade o julgador não está vinculado à aplicação e subsunção, automática, seca e mecânica dos factos apurados, antes lhe sendo exigível - e tal constituindo a vertente quicá mais difícil mas, outrossim, mais nobre e corajosa do seu munus – uma actividade

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO

PALÁCIO DA JUSTIÇA - CAMPO MÁRTIRES DA PÁTRIA - 4099-012 PORTO - TELEF 222 008 531 - FAX 222 000 715

Email: correio@porto.tr.mj.pt

interpretativa, através da qual, com sensatez e sagacidade, extraia ilações fácticas, as quais, designadamente por aplicação das regras da experiência comum, constituam normais desenvolvimentos ou corolários daqueles factos inicialmente dados como assentes.

6.4.

Invoca ainda o Sr. Juiz a quo o argumento de que as autoras partiram daí - da exibição dos dois fonogramas - para a conclusão de que, estando a discoteca da ré aberta cinco dias por semana e tendo uma lotação aproximada de 1.500 pessoas, seria devida aquela quantia anual, caso tivesse autorização para a reprodução.

Mas esta asserção não consubstancia uma conclusão. Encerra factos concretos. Que se provaram.

Sendo que a quantia anual - impetrada pelas autoras a título de danos patrimoniais - exigível caso tivesse sido pedida a autorização para a reprodução resulta de um outro facto: dos tarifários aplicáveis às várias categorias de direitos conexos e às suas diferentes formas de exploração, cobrados pelas Autoras, através do licenciamento identificado com a referência Passmusica, encontrando-se todos os tarifários disponíveis no site www.passmusica.pt - ponto 14º dos factos apurados.

6.5.

Enfim expende que o art. 211º do CDADC exige que para o cálculo da indemnização devida ao autor, se atenda sempre à importância da receita resultante do espectáculo ou espectáculos ilicitamente realizados.

E que as autoras provaram a lotação aproximada mas cabia-lhes também alegar e provar a receita efectiva no período de tempo em que o estabelecimento funcionou com reproduções ilícitas.

Vejamos.

Em primeiro lugar as autoras não provaram apenas a lotação aproximada, mas antes uma certa lotação - posto que a máxima: 1500 pessoas - da discoteca.

E se esta lotação fosse relevante para apurar do quantum indemnizatório, a tal número tinha de atender-se, pois que outro número não foi contraposto e provado.

Mas não é.

Na verdade a interpretação que daquele normativo - na redacção vigente à data da prática dos factos e da propositura da acção - deve ser feita e que temos por mais adequada, é esta: a receita do espectáculo apenas poderá e deverá ser considerada se a autora alicerçar o seu pedido na mesma e se lhe for exigível, porque razoavelmente possível, a prova do seu valor.

Efectivamente, o pedido indemnizatório da responsabilidade civil não tem, necessariamente, de se fundar na receita do espectáculo.

O que importa é que a retribuição devida pelo uso legal e licenciado e a própria indemnização pelo uso ilícito e abusivo do fonograma se revele justa e equitativa em face dos elementos e circunstâncias emergentes do caso concreto.

Basta atentar no disposto nos artºs 165º n.3 e 178º n.2 do CDADC, que integram o conceito de remuneração equitativa e, concretamente no que ao tipo de reprodução em causa nos autos, no artº 184º n.º3 o qual estatui que: «Quando um fonograma ou videograma editado comercialmente, ou uma reprodução dos mesmos, for utilizado por qualquer forma de comunicação pública, o utilizador pagará ao produtor e aos artistas intérpretes ou executantes uma remuneração equitativa, que será dividida entre eles em partes iguais, salvo acordo em contrário.»

Ou seja a lei não impõe, apriorística e inelutavelmente, que a indemnização se funde, concreta e matematicamente, na receita do espectáculo.

Antes pelo contrário, apenas pretende e se satisfaz que seja fixada uma indemnização «equitativa».

Ora esta indemnização pode ser consecutiva pela perspectivação de diversos critérios ou parâmetros objectos, orientadores do juízo de equidade, que não apenas pelo da receita do espectáculo.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO

PALÁCIO DA JUSTIÇA - CAMPO MÁRTIRES DA PÁTRIA - 4099-012 PORTO - TELEF. 222 008 531 - FAX 222 000 715

Email: correio@porto.tr.mj.pt

Assim, se o autor sufraga o seu direito à indemnização nas receitas do espectáculo, então, por via de regra, deve prová-las. Note-se, porém, que tal prova, por vezes, pode não se tornar fácil, já que a autora pode não ter acesso a elementos essenciais para provar o montante das receitas da ré. Encontrando-os, neste caso, perante a denominada diabólica probatio que poderá implicar o atenuar do ónus probandi ou fazer emergir o princípio da cooperação da ré, tudo com vista à obtenção da decisão adequada e materialmente justa.

Mas se o autor fundamenta o seu pedido noutra causa petendi, então, em princípio, sobre ela não impende o ónus da prova da receita.

Em todo o caso e mesmo que assim não seja ou não se entenda, sempre a não prova dos danos não se coloca, como defendido na sentença, em sede de causalidade adequada entre o facto ilícito e os danos – a qual existe, como supra se verificou – mas antes na determinação ou quantificação do prejuízo invocado.

Não seria, pois, caso para absolvição do pedido, mas antes em condenação no que se liquidasse em execução de sentença.

6.6.

Este entendimento foi, aliás, consagrado na **nova redacção dada ao CDADC e ao CPI, introduzida pela Lei nº16/2008 de 01 de Abril, que transpôs para a ordem jurídica portuguesa a citada Directiva 1004/48/CE de 29 de Abril.**

Em matéria de CPI, para além da introdução de um novo n.º 2 ao artigo 317º e da revogação dos artigos 339.º e 340.º, são introduzidos quinze novos artigos (artigo 338.º-A a 338.º-P) que prevêm, entre outros aspectos:

- Medidas para obtenção e preservação da prova (procuram dar resposta, por um lado, à dificuldade causada pelo facto de as provas se encontrarem, normalmente, sob controlo do infractor e, por outro, à necessidade de urgência neste domínio, evitando a destruição ou ocultação de prova);
- Obrigação de prestar informação (permite que o tribunal ordene ao infractor ou a terceiros o fornecimento de dados sobre a origem e sobre as redes de distribuição de bens ou serviços em que se manifeste violação de direitos);
- Medidas provisórias e cautelares (visam impedir violações futuras ou iminentes dos direitos e proibir a continuação da alegada violação);
- Medidas decorrentes da sentença (são previstas medidas correctivas, como a retirada ou a destruição dos bens, e medidas que inibem a continuação da infracção);
- Medidas atinentes à publicidade das decisões (permitem que o tribunal, a pedido do lesado e a expensas do infractor, proceda à publicitação de todas as informações respeitantes à decisão);
- Princípios a observar no cálculo das indemnizações que visam ressarcir o titular dos direitos pelos danos causados pela infracção.

No âmbito do CDADC e em sede de direito de indemnização, deu-se consagração legal ao desiderato da Directiva no sentido de que há que impedir o infractor de beneficiar da lesão dos direitos da propriedade intelectual uma vez que, na prática dos nossos Tribunais, era frequente que a sua condenação fosse inferior ao seu lucro, não sendo, por tal facto, impeditiva ou sequer dissuasora da continuação da prática ilícita.

Destarte, reza, actualmente o artº 211º:

- 1- Quem, com dolo ou mera culpa, viole ilícitamente o direito de autor ou os direitos conexos de outrem, fica obrigado a indemnizar a parte lesada pelas perdas e danos resultantes da violação.
- 2- Na determinação do montante da indemnização por perdas e danos, patrimoniais e não patrimoniais, o tribunal deve atender ao lucro obtido pelo infractor, aos lucros cessantes e danos emergentes sofridos pela parte lesada e aos encargos por esta suportados com a protecção do direito de autor ou dos direitos conexos, bem como com a investigação e cessação da conduta lesiva do seu direito.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO

PALÁCIO DA JUSTIÇA - CAMPO MÁRTIRES DA PÁTRIA - 4099-012 PORTO - TELEF. 222 008 531 - FAX 222 000 715

Email: correio@porto.tr.mj.pt

3- Para o cálculo da indemnização devida à parte lesada, deve atender-se à importância da receita resultante da conduta ilícita do infractor, designadamente do espectáculo ou espectáculos ilicitamente realizados.

4- O tribunal deve atender ainda aos danos não patrimoniais causados pela conduta do infractor, bem como às circunstâncias da infracção, à gravidade da lesão sofrida e ao grau de difusão ilícita da obra ou da prestação.

5- Na impossibilidade de se fixar, nos termos dos números anteriores, o montante do prejuízo efectivamente sofrido pela parte lesada, e desde que esta não se oponha, pode o tribunal, em alternativa, estabelecer uma quantia fixa com o recurso à equidade, que tenha por base, no mínimo, as remunerações que teriam sido auferidas caso o infractor tivesse solicitado autorização para utilizar os direitos em questão e os encargos por aquela suportados com a protecção do direito de autor ou dos direitos conexos, bem com a investigação e cessação da conduta lesiva do sue direito.

6- Quando, em relação à parte lesada, a conduta do infractor constitua prática reiterada ou se revele especialmente gravosa, pode o tribunal determinar a indemnização que lhe é devida com recurso à cumulação de todos ou de alguns dos critérios previstos nos nºs 2 a 5. (sublinhado nosso)

Verifica-se, assim, que, presentemente, a indemnização assume uma triplíce vertente ou natureza, a saber: a) ressarcitória, na medida em que pretende tornar indemne danos emergentes, lucros cessantes, danos morais (que sejam considerados provados), b) Correctiva, pois que visa remover o lucro ilícito eos benefícios indevidamente obtidos pelo infractor; c) Preventiva e dissuasora já que pretende evitar que, no futuro o infractor reitere a sua actividade ilegal.

Sendo que, não obstante privilegiar a indemnização correspondente ao prejuízo efectivamente sofrido, no caso de não se apurarem factos que o concretizem, nem seja perspectivável que tal se verifique em sede de execução de sentença, sempre será possível, a título subsidiário, arbitrar tal indemnização equitativamente.

Importando ainda notar que para que esta indemnização alternativa possa ter lugar, duas restrições são impostas. O lesado não pode opor-se e o quantum não pode ser inferior às remunerações que teriam sido auferidas caso o infractor tivesse solicitado autorização para utilizar os direitos em questão e os encargos por aquela suportados com a protecção do direito de autor ou dos direitos conexos, bem com a investigação e cessação da conduta lesiva do sue direito.

O que demonstra que a lei considera que o prejuízo real e efectivo seguramente não é inferior a tais valores e, por via de regra, será até superior.

Atente-se, enfim, o aspecto preventivo – e, até, sancionatório, no plano do direito civil – que dimana da cumulação indemnizatória permitida pelo nº6 para os casos de prática reiterada ou especialmente gravosa.

6.7.

Volvendo ao caso concreto reitera-se a bondade e razoabilidade da pretensão das autoras. Pois que elas fundamentaram o seu pedido desde logo no valor que seria devido pela emissão da licença necessária à emissão pública dos fonogramas.

Tal valor não se alcança possa ser superior aos danos decorrentes *da importância da receita resultante do espectáculo ou espectáculos ilicitamente realizados*, numa discoteca que se encontra aberta ao público cinco dias por semana, de grande dimensão, pois que alberga até 1500 pessoas e na qual os fonogramas em causa são seguramente emitidos diariamente, até pelo consabido e notório êxito que disfrutaram – e ainda disfrutam – no meio e na cena musical.

E a causa petendi invocada pelas autoras não contende ou fere normas – se bem interpretadas – do CDADC, antes se coadunando com as mesmas e com a interpretação sistemática, lógica e teleológica de todo o diploma. E se mostra a a mais consentânea com a justa composição do litígio e a realização da justiça material do caso concreto.

Na verdade e se mais não houvesse – que há, como se viu – há sempre que não olvidar e ter presente que, a aplicação judiciária do direito não pode limitar-se à mera subsunção lógico-formal a conceitos legais. Mas partindo do facto, aplica a este a norma concretizadora do direito de que o facto é revelação, como sua emergência social. A decisão assumirá a função concretizadora e criativa do

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO

PALÁCIO DA JUSTIÇA - CAMPO MÁRTIRES DA PÁTRIA - 4099-012 PORTO - TELEF 222 008 531 - FAX 222 000 715

Email:correio@porto.tr.mj.pt

direito, realizando-o, no momento da sua aplicação – cfr *Acórdão do STJ de 13.07.2004, in dgsi:pt, p.04B2176*.

Havendo ainda que não descurar que, como se viu, na sua actual redacção o CDADC expressamente consagra a possibilidade de o juiz, *ex officio*, e não obstante o autor impetrar indemnização com base nos danos reais sofridos e nos lucros do infractor, poder, à míngua de prova nesse sentido ou de qualquer outra causa que impossibilite a fixação de tais danos, arbitrar, por recurso à equidade, uma quantia que não pode ser inferior à necessária para o infractor ter autorização para a utilização dos direitos em questão.

Tudo na perspectiva da obtenção da justiça na sua vertente comutativa, relativa ou comparativa.

Em resumo, neste particular dos danos patrimoniais merece acolhimento a pretensão das recorrentes.

6.8.

Quanto aos danos não patrimoniais.

Aqui assiste razão ao Sr. Juiz a quo.

O qual, acertadamente, expende: «...o art. 496º, nº 1, do CC, apenas admite a sua ressarcibilidade desde que atinjam uma certa gravidade, sendo os critérios indemnizatórios atendíveis a gravidade dos danos, o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso (art. 494º, 496º, nº3, 562º, 563º, 564º e 566º, nº 1, do CC).

Não obstante estar reconhecido o facto ilícito, a verdade é que não se vislumbra que danos de natureza não patrimonial possa ele acarretar para as autores – pessoas colectivas –, nem qualquer concreto facto é alegado nesse sentido, limitando-se as requerentes a lançar a hipótese *se tomar do conhecimento público que as autoras têm de recorrer à vis judicial para exercer a gestão colectiva dos direitos de que são titulares, então mais nenhum dos utilizadores da licença Passmusica a pagar de forma voluntária. Ficará apenas a aguardar que seja judicialmente interpelado para proceder então ao pagamento e na mesma medida da licença Passmusica, enquanto as autoras verão os seus prejuízos agravarem-se.*»

E assim é, na verdade.

Certo é que a gravidade do dano que justifique compensação a este título há-de medir-se por um padrão objectivo, que tenha em conta o circunstancialismo de cada caso, e não por padrões subjectivos, resultantes de uma sensibilidade particular.

Ora o invocado «contínuo e interminável combate à usurpação e à violação dos seus direitos, consubstanciado nas inúmeras acções judiciais que as Autoras se vêm obrigadas a intentar» e o «esforço» inerente a tal actuação são contingências inerentes ao simples facto de se viver em sociedade.

Tal não se nos afigura que atinja magnitude, relevância e negatividade bastantes para, na perspectiva da afectação das autoras – que é a única que interessa – possa levar à conclusão que elas ficaram de tal modo prejudicadas na sua esfera jurídica pessoal, que mereçam ser compensadas a tal título.

E dizemos que tal perspectiva é a única que interessa, na medida em que as demandantes desfocalizam o fundamento deste pedido ao sufragá-lo na necessidade de se punirem as infractoras assim se contribuindo para uma actuação preventiva e dissuasora das mesmas relativamente a actuações futuras da mesma jaez.

Efectivamente não se olvidando que a compensação a este título tem uma natureza mista e de algum modo encerra tal função punitiva, ela apenas pode ser considerada a título meramente acessório e para os caos em que a indemnização patrimonial não retire ao infractor todos os benefícios que obteve com a sua actuação ilícita.

O que passa, desde logo, pela natureza e montante do pedido formulado pelo autor.

In casu as autoras impetraram, título de danos patrimoniais, um valor que é suposto terem considerado adequado para a consecução de tal desiderato.

E, bem assim, para a consecução de uma certa finalidade de prevenção especial e geral quanto à prática de futuras infracções que, pelos vistos, elas outrossim, pretendiam, com o arbitramento de indemnização a título de danos morais.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO

PALÁCIO DA JUSTIÇA - CAMPO MÁRTIRES DA PÁTRIA - 4099-012 PORTO - TELEF. 222 008 531 - FAX 222 000 715

Email:correo@porto.tr.mj.pt

Se assim não foi, sibi imputet.

Em todo o caso, como se viu, a compensação a tal título destina-se primordial e essencialmente a compensar o lesado. E o certo é que, repete-se, as autoras não invocaram e provaram factos que mereçam a tutela do direito neste particular.

Improcede, assim, esta sua pretensão.

6.9.

Quanto à sanção pecuniária compulsória.

Pretendem as autoras que a ré seja condenada no pagamento de 30 euros por cada dia de atraso no cumprimento da obrigação na prestação positiva de facto infungível, consistente no dever da ré se licenciar, ao abrigo do artº 829º-A do CC.

Sendo que a licença Passmusica é automaticamente atribuída pelas autoras se for paga a remuneração que fundamenta o montante correspondente ao pedido de danos patrimoniais supra referido.

Mas não lhes assiste razão.

Este pedido aqui formulado e concedido já corresponde ao valor da licença pelo período de um ano.

A Acção foi instaurada em Dezembro de 2007.

Nada se apurou se, decorrido o prazo de um ano, a ré continuou a reproduzir, sem autorização, fonogramas de cujos autores, artistas ou produtores as demandantes detivessem o direito de representação.

E, obviamente, a ré não pode ser obrigada a, compulsivamente, requerer aquela autorização se não quiser efectivar a reprodução dos referidos fonogramas.

6.10.

Finalmente vêm as recorrentes arguir a nulidade da sentença por falta de pronúncia pois que não obstante ter julgado como provados diversos factos que integram a prática consumada daquele crime público de usurpação e de, nos termos do disposto no artigo 242º nº1 b) do Cód. Proc. Penal, estar obrigado a denunciar tal crime às autoridades competentes – o Sr. Juiz se absteve de pronúncia sobre esta questão.

E efectivamente assim é.

Pois que não obstante o Sr. Juiz ter julgado a acção improcedente por inexistência de causa adequada entre o facto e o dano e a não prova das receitas dos espectáculos, certo é que não deixou de considerar a conduta da ré como ilícita à face do CDADC.

Assim, e sendo certo que nos termos do artº 203º de tal compêndio legislativo «a responsabilidade civil emergente da violação dos direitos deste código é independente do procedimento criminal a que esta dê origem...»; que, nos termos do artº 195º «comete o crime de usurpação, quem, sem autorização do autor ou do artista, do produtor de fonograma... utilizar uma obra...»; e que, nos termos do artº 200º nº1: «o procedimento criminal relativo aos crimes previstos neste Código não depende de queixa do ofendido, excepto quando a infracção disser exclusivamente respeito à violação dos direitos morais.» impor-se-ia, desde logo, que oportunamente e após transito da sentença, se abrisse vista ao MºPº, titular da acção penal, para os efeitos tidos por convenientes, na ponderação destes normativos. Não tendo tal sido efectivado, cumpre a este tribunal ad quem suprir tal nulidade nos termos do artº 715º do CPC.

O que efectivamente se determina, devendo a 1ª instância, oportunamente, diligenciar neste sentido.

6.11.

Resumindo e concluindo:

No domínio do Código dos Direitos de Autor e Direitos Conexos, o pedido indemnizatório do demandante não tem, necessariamente, de ser alicerçado nos prejuízos que tenha sofrido e nos benefícios ilícitos do infractor, efectivos e reais - o que passa pela prova dos mesmos, vg. das receitas dos espectáculos efectivados com a obra - antes podendo ser satisfeito por apelo e com

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO

PALÁCIO DA JUSTIÇA - CAMPO MÁRTIRES DA PÁTRIA - 4099-012 PORTO - TELEF. 222 008 531 - FAX 222 000 715

Email: correio@porto.tr.mj.pt

base nas remunerações que teriam sido auferidas caso o infractor tivesse solicitado autorização para utilizar os direitos em questão, as quais, por via de regra, se apresentam como um «minus» relativamente aqueles prejuízos, tanto assim que a actual lei não permite fixação de «quantum» inferior às mesmas.

Na redacção anterior a consideração pelo julgador desta causa petendi estava dependente da sua invocação pelo autor.

No âmbito da actual redacção introduzida pela Lei 16/2008 de 01 de Abril, o autor deve alegar os prejuízos efectivamente sofridos, mas, na impossibilidade de se fixar - vg. por impossibilidade ou dificuldade probatória não imputável ao lesado - o montante do prejuízo por ele efectivamente sofrido, pode o tribunal, em alternativa, e desde que o lesado não se oponha, estabelecer, «ex officio» uma quantia fixa com o recurso á equidade, tendo como critério orientador e limite mínimo o valor das referidas remunerações.

O arbitramento de compensação por danos não patrimoniais apenas pode operar relativamente ao lesado e se este provar que sofreu graves afectações decorrentes da prática do facto ilícito, não sendo, qualitativamente idóneo, curial e suficiente alegar-se que esta indemnização é necessária por razões de prevenção de futuras infracções e que se despende esforço em inúmeras acções judiciais que se instauram.

7.

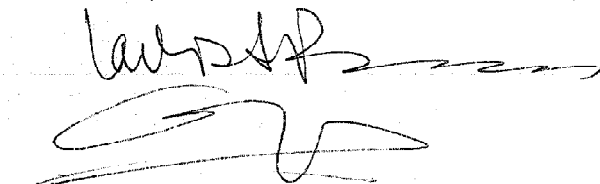
Deliberação.

Termos em que se acorda conceder parcial provimento ao recurso e, em consequência, condenar a ré a pagar às autoras, a título de danos patrimoniais, a quantia de 11.692,56 euros, acrescida dos juros vencidos no montante de 288,42 euros, e dos vincendos, à taxa legal, desde a data da entrada da petição em juízo e até efectivo e integral pagamento.

No mais se confirmando a sentença.

Notifique e, após, trânsito, abra Vista ao MºPº para os fins que tiver por convenientes atento o supra exposto no ponto 6.10.

Porto, 2009.01.27.



Maria Antónia Mendes Ferreira