

Tutela Preventiva da Propriedade Intelectual

O artigo 210^o-G do CDADC no âmbito dos
direitos conexos

Gonçalo Gil Barreiros
Advogado

Mestrando em Direito das Empresas e dos Negócios
Faculdade de Direito da Universidade Católica - Porto

*“Não fiz nada, bem sei, nem o farei,
Mas de não fazer nada, isto tirei”*

Fernando Pessoa (Poesias Inéditas)

SUMÁRIO: I. Introdução. 1.A Questão. 2. A Fenomenologia. a). Tutela material geral. b). Os direitos conexos – breve alusão. c). Sequência. II. Harmonização e Unificação da Tutela Internacional dos Direitos Conexos. a. Convenção de Roma e instrumentos complementares. b. Acordo TRIPS. c. Tratado OMPI. d. Projecto de Tratado OMPI sobre interpretações e execuções audiovisuais. e. Directivas Comunitárias. III. A Transposição da *Directiva Enforcement*. a). Anteprojectos. b). Intervenção dos titulares de direitos. IV. A Providência Cautelar do 210º-G do CDADC. i. Elemento literal. ii. Natureza dos direitos. iii. Elemento Comunitário. iv. Elemento histórico. v. Elemento sistemático. vi. Elemento teleológico. a). A posição doutrinal. b). A posição jurisprudencial actual. c). Direito Comparado. d). Questões conexas à tutela cautelar – realidade forense. dd). Ausência de actualidade da lesão e urgência do decretamento da providência cautelar. ddd). Inidoneidade do meio processual utilizado (procedimento criminal). V. Nota Conclusiva. VI. Bibliografia.

I. Nota Introdutória

1. A Questão

O tema que no presente trabalho¹ nos propomos reflectir e discorrer prende-se com a tutela cautelar dos direitos de propriedade intelectual, mormente no que diz respeito aos direitos conexos, e em particular no tocante à recente transposição para o ordenamento jurídico nacional do disposto no artigo 9º da Directiva número 2004/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Abril, relativa ao respeito pelos direitos de Propriedade Intelectual – denominada como *“Directiva Enforcement”*.

Tal transposição foi efectuada através da Lei 16/2008, de 1 de Abril, que introduziu profundas e significativas alterações, no que aqui nos ocupará, ao Código de Direitos de Autor e Direitos Conexos (CDADC).

Especificamente analisaremos o procedimento cautelar previsto, no inovador preceito do artigo 210º-G de tal normativo legal.

2. A Fenomenologia

a) Tutela material geral

¹ Trabalho apresentado no âmbito da fase lectiva (2º semestre) do Mestrado em Direito das Empresas e dos Negócios da Universidade Católica – Porto (2010), na cadeira de Direitos de Autor e Conexos na Sociedade de Informação, sob a regência da Professora Doutora Maria Victória Rocha.

Os direitos de autor e conexos “*abarcam realidades diversas*”², sendo que, têm na sua génese direitos com características especiais e específicas, nos quais elementos imateriais ligados à arte e cultura se entrelaçam com instrumentos que lhes permitem adquirir a veste da humanidade mundana, materializando-os sob a forma de produtos e obras artísticas ou culturais.

São por isso mesmo, direitos de propriedade intelectual que espelham o resultado de tal actividade artística e cultural.

Ora, a sua regulamentação jurídica não dispensa, como, aliás, não podia deixar de ser, os instrumentos de tutela jurisdicional. Na realidade, atendendo à sua natureza específica, é a própria imaterialidade que os caracteriza que reclama a possibilidade de, caso assim se mostre necessário, fazer intervir os Tribunais no sentido de prevenir e reprimir, fazendo cessar, a sua violação, bem como, reparar os prejuízos originados. A plasticidade de tais direitos, potencia que a sua violação possa ocorrer em diversos locais e por diversas formas, responsabilizando um conjunto indiscriminado de agentes.

Assim sendo, este propósito, reza o artigo 2º.2 do Código de Processo Civil (CPC) que, “*a todo o direito, excepto quando a lei determine o contrário, corresponde a acção adequada a fazê-lo reconhecer em juízo, a reparar ou prevenir a violação dele e a realizá-lo coercivamente, bem como os procedimentos necessários para acautelar o efeito útil da acção*”.

Ora, nem sempre o reconhecimento de um direito, sua protecção e conseqüente regulação dos interesses em conflito, pode aguardar pelo proferimento de uma decisão judicial que resolva de forma definitiva o conflito em questão. Por vezes mostra-se necessário obter uma composição provisória da situação controvertida antes da supra alegada decisão definitiva. Na realidade, essa composição justifica-se na medida em que ela seja necessária para assegurar a utilidade da decisão e a efectividade da tutela jurisdicional (artigo 2º.2 do CPC), bem como, na medida em que contribui de forma decisiva para o êxito dessa tutela, encontrando o seu fundamento constitucional na garantia do acesso ao direito e aos tribunais [artigo 20º.1 da Constituição da República Portuguesa (CRP)].

De facto, para garantir a finalidade de evitar uma lesão ou a sua continuação, a composição provisória da situação tem de ser concedida com celeridade. As vantagens dessa composição, *in casu*, serão tanto maiores quanto ela puder regular provisoriamente a situação, antecipar a sua composição definitiva e desse modo garantir o direito a acautelar.

Por isso mesmo, é nesta sequência que surgem os *procedimentos cautelares*, como mecanismos de natureza processual, os quais, caracterizados pela simplicidade de requisitos e tramitação, pelo carácter sumário das averiguações e por critérios de verosimilhança na decisão, permitem uma tutela rápida, e desse modo eficaz, do(s) direito(s) a proteger.

Reiterando, os procedimentos cautelares, implicam assim, necessariamente, uma apreciação sumária (*summaria cognitio*) da situação através de um procedimento simples e rápido, devendo o requerente, em geral e em princípio, fazer prova sumária do direito ameaçado e justificar o receio da sua lesão (art. 384º.1 CPC) - o “*periculum in mora*” -, importando averiguar os fundamentos da necessidade da composição provisória, decorrendo, esse juízo, do prejuízo que a demora na decisão da causa e na

² Cfr. António Santos Abrantes Galdes, *Temas da Reforma do Processo Civil*, IV Volume, 4ª Edição Revista e Actualizada, Almedina, Abril/2010, págs. 358 ss..

composição definitiva provocaria na parte cuja situação jurídica merece ser acautelada ou tutelada.

Deste modo, em geral, a finalidade específica dos procedimentos cautelares será a de evitar a lesão grave e dificilmente reparável (art. 381º.1 CPC) proveniente da demora na tutela da situação jurídica. O dano será provocado quer por uma lesão iminente quer pela continuação de uma lesão em curso, ou seja, por uma lesão não totalmente consumada.

Por um lado, a prova “*strito sensu*” (convicção do Tribunal) não se mostrava compatível com a celeridade exigida às providências cautelares, indo, dessa forma, repetir a decisão final. Por isso mesmo, os procedimentos cautelares exigem apenas a prova sumária do direito ameaçado, ou seja, a demonstração da probabilidade séria da existência do direito alegado³.

No entanto, quer nos casos em que a lesão ainda não ocorreu (lesão iminente) e aquelas em que a lesão já se efectivou, sendo prosseguida de forma repetida e continuada⁴, a lei processual civil, não dispensa a prova sumária da ocorrência de uma actuação que seja susceptível de causar uma “*lesão grave e dificilmente reparável*” no direito do requerente, mostrando-se devidamente fundado tal receio.

Por fim, resta ainda acrescentar o interesse processual. Exigindo as providências cautelares, todos os pressupostos processuais gerais, faltarão interesse processual quando, em função das circunstâncias aquele procedimento não for o meio mais célere e económico para obter a tutela dos interesses do requerente. No caso em particular ora em análise, faltarão interesse processual perante a não actualidade da lesão, o que necessariamente implicará o não revestimento do carácter de urgência da providência.

Acresce que, neste ponto, não podemos, igualmente, deixar de fazer referência ao facto de (não obstante extravasar o âmbito do que ora nos iremos debruçar) o recurso a procedimentos cautelares da competência de Tribunais Judiciais, quer de competência cível, quer de competência especializada⁵ não esgotar os mecanismos de tutela dos direitos de autor e conexos.

Igualmente, o CDADC prevê, nomeadamente, nos seus artigos 194º e 195º, a tutela penal, através da tipificação dos crimes de usurpação e contrafacção, mostrando-se admissível, a apreensão de bens relacionados com a prática de tais crimes (artigo 201º CDADC). O mesmo podendo ocorrer no âmbito contra - ordenacional (Decreto – Lei 433/82 de 27 de Outubro para o qual remete o artigo 204º do CDADC).

Finalmente, referência ainda aos meios de tutela administrativa e policial, efectivada independentemente de qualquer outro processo, mediante a concretização de

³ O “*fumus boni iuris*” é o resultado de uma das consequências da “*summaria cognitio*” que se consubstancia no grau de prova que é suficiente para a demonstração da situação jurídica que se pretende acautelar. Requerem assim, quanto ao grau de prova, uma mera justificação, a prova de que a situação jurídica alegada é provável ou verosímil, bastando-se a aparência do direito – cfr. Miguel Teixeira de Sousa, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 2ª Edição, LEX, Lisboa/1997, págs. 226 e ss.

⁴ Para maiores desenvolvimentos vide, entre outros, António Santos Abrantes Gerales, *Temas da Reforma do Processo Civil*, III Volume, 4ª Edição Revista e Actualizada, Almedina, Janeiro/2010.

⁵ A Lei nº 52/2008, de 28 de Agosto, aprovou a Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais (publicada em Diário da República, 1ª série, nº 166) na qual se instituiu uma nova matriz territorial no que concerne à divisão judicial nacional consubstanciada na criação das denominadas Comarcas – Piloto, às quais são aplicáveis as disposições de tal normativo legal. A este propósito, merece, no que ora nos ocupa, destaque a instituição de novos Juízos de Competência Especializada, como sendo, os Juízos de Propriedade Intelectual a quem passa a competir conhecer, entre outras, de questões relativas a “*acções em que a causa de pedir versa sobre direitos de autor ou outros direitos conexos*” [artigo 122º.1 a)]. Contudo, na prática, enquanto tais juízos de propriedade intelectual não adquirirem existência fáctica, bem como, onde, os mesmos, não existirem, a competência, a estes atribuída, pertence aos Juízos de Comércio (artigo 121º.5).

medidas preventivas e reparadoras por parte de autoridades administrativas ou policiais (artigo 209º CDADC).

b) Os direitos conexos – breve alusão.

Em 1985, o Decreto - Lei 63/85, de 14 de Março, criou o Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (CDADC), tendo posteriormente sido introduzidas significativas alterações ao diploma legal vindo de referir, a última das quais, através da Lei 16/08, de 01 de Abril.

O dispositivo legal referido reconhece, inequivocamente, a existência dos direitos conexos⁶ ou afins ao direito de autor, na titularidade dos produtores de fonogramas e videogramas, bem como, na dos artistas, intérpretes e executantes e organismos de radiodifusão.

Tal reconhecimento de direitos conexos e a sua regulamentação encontram enquadramento legal no Título III do CDADC.

Os direitos conexos ou afins do direito de autor, resultaram do reconhecimento, hoje já estendido à maior parte dos países, de que a criação da obra intelectual, para além dos seus autores, conta ainda com a intervenção de outros criadores, como sejam, no caso das obras musicais, os produtores de fonogramas e os artistas, intérpretes e executantes. Efectivamente, para além da intervenção do autor da música e do autor das letras, as prestações dos artistas, quer intérpretes quer executantes, e dos produtores de fonogramas, contribuem sempre decisivamente para dar à obra, resultante do entrosamento das várias intervenções, uma identidade própria. E é inegável que a criatividade dos titulares dos direitos conexos, mormente no campo dos fonogramas, constitui um contributo que distingue e diferencia cada prestação em relação a outras intervenções respeitantes à mesma obra, de outros artistas, intérpretes e executantes e de outros produtores.

Na realidade, mostra-se, evidentemente, diferente a obra ou conjunto de obras que sejam interpretadas por um ou outro artista ou executante, ou que sejam gravadas ou fixadas por este ou aquele produtor, este ao aquele director de gravação. São estes intervenientes que, através dos seus conhecimentos distintos e personalidade, dão às obras que interpretam, executam e fixam, a referida individualidade própria, o que justifica, aliás, uma protecção legal, em tudo idêntica aquela que é dada aos autores. Na realidade, como bem afirma Dário Moura Vicente, *“se a sociedade quiser fomentar o investimento na fixação e difusão de obras culturais e na promoção de novos artistas, terá de proteger juridicamente esse investimento, maxime através do reconhecimento aos que o realizam de direitos de exclusivo sobre as suas prestações”*⁷.

Ora, encontrando-se os Direitos Conexos consagrados no CDADC, a necessidade de obtenção de autorização quer para a radiodifusão ou comunicação ao público, fixação, reprodução (no caso dos artistas, intérpretes e executantes), bem como, execução pública de fonogramas (música gravada) e videogramas (entre os quais se encontram os denominados “vídeos musicais”), no caso dos produtores⁸, sem ao mesmo tempo

⁶ Quanto ao surgimento e evolução histórica da tutela dos direitos conexos vide José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil, Direito de Autor e Direitos Conexos*, Reimpressão, Coimbra Editora, Janeiro/2009 e Dário Moura Vicente, *A Tutela Internacional da Propriedade Intelectual*, Almedina, Dezembro/2008, págs. 51 e ss.

⁷ Cfr. Dário Moura Vicente, *A Tutela Internacional da Propriedade Intelectual*, ob. cit., pág. 53.

⁸ Entre nós, Oliveira Ascensão, apresenta uma visão restritiva em matéria de direitos de exclusivo atribuídos a produtores fonográficos/videográficos considerando que apenas lhes é atribuído um direito de reprodução. De facto, embora expressando dúvidas no que concerne à relação a estabelecer entre o número 2 e 3 do artigo 184º do CDADC,

assume a opção de atribuir relevo ao elemento literal constante deste último número – referência aos fonogramas e videogramas editados comercialmente – para concluir que, neste caso, os produtores apenas têm um simples direito de remuneração e, desse modo, uma licença obrigatória. Deste modo, ao interpretar assim o artigo em causa, restringe o alcance do número 2 considerando que o direito de exclusivo aí prescrito, apenas diz respeito a fonogramas e videogramas não editados comercialmente. Ora, tal posição apresenta-se totalmente contrária não só à tendência nacional sobre a matéria, bem como, à comunitária e internacional, as quais são trilhadas no sentido de alargar os direitos de exclusivo a favor dos produtores fonográficos/videográficos mesmo para utilizações consideradas como secundárias, como sendo o aluguer e o comodato. Em posição contrária à defendida por Oliveira Ascensão, mostram-se, entre nós, António Pinto Monteiro e Maria Victória Rocha [*in*. Parecer sobre o sentido e alcance do artigo 184º, nº 3, do CDADC, solicitado pela “Audiogest – Associação para a Gestão e Distribuição de Direitos” (com o intuito de ser apurado se o artigo 195º do CDADC é aplicável independentemente do estipulado no artigo 184º.3 do mesmo diploma legal), Coimbra, 28 de Outubro de 2005, págs. 1 a 75, acessível (cfr. artigos 86º e seguintes do Código de Processo Penal) no Processo nº 97/08.5PMPRT, que corre termos na 3ª Secção do 2º Juízo Criminal do Porto, no qual a supra referida entidade de gestão colectiva de direitos conexos é assistente], os quais defendem que *“a interpretação mais razoável do nº2 do artigo 184º CDADC só pode ser a de reconhecer que o legislador atribuiu aos produtores de fonogramas e videogramas um direito exclusivo genérico, para todas as formas de comunicação pública dos mesmos, estejam ou não editados comercialmente”*. Ora, partindo do princípio, segundo o qual, o legislador sabe exprimir da melhor forma o seu pensamento, apenas se mostraria admissível restringir a letra do disposto no artigo 184º.2 do CDADC se tal se mostrasse indispensável e necessário ao sentido útil do nº 3 do normativo legal em questão. Ora, defendem aqueles autores que tal não é o caso. Como afirmam, *“a interpretação do nº3 como configurando uma licença obrigatória retira grande parte do sentido útil do nº2, violando um outro princípio interpretativo, segundo o qual se deve ressaltar o sentido útil dos dois preceitos em presença, apenas sacrificando um deles quando de todo forem incompatíveis”*. Na realidade, como bem referem, o que o legislador nacional pretendeu ao estabelecer o direito de produtores, artistas, intérpretes e executantes a auferirem uma remuneração equitativa (art. 184º.3 CDADC), foi o de afirmar a desnecessidade de autorização daqueles para cada acto específico de comunicação, bastando, tão-só, nestas situações uma primeira autorização expressa, à semelhança do que se verifica no artigo 150º CDADC para os autores. Deste modo, um dado utilizador que, pela primeira vez, pretenda executar publicamente um fonograma ou videograma já editado comercialmente – prática habitual em larga escala, nomeadamente, em estabelecimentos de diversão nocturna como sendo discotecas e bares - ver-se-á obrigado a solicitar e obter, de forma expressa, uma autorização prévia junto do produtor do fonograma ou videograma. Sem tal autorização do produtor ou da entidade de gestão colectiva que o represente, nenhum utilizador poderá *“comunicar o fonograma sem usurpar o direito do respectivo produtor, com a única ressalva do disposto no artigo 191º”*. Deste modo, mostrando-se aliás, incompatível o mecanismo da licença obrigatória com o modo de funcionamento do mercado dos fonogramas/videogramas, bem, reitera-se, concluem tais autores, ao afirmar que o artigo 184º.2 e 3 do CDADC, dando um tratamento idêntico aos produtores de fonogramas e videogramas, que *“a utilização de fonogramas (e videogramas), ainda que editados comercialmente, não autorizada, ou com base numa autorização que deixou de existir, por o contrato com o utilizador ter terminado ou ser invalidado, pode configurar crime de usurpação, nos termos dos artigos 195º e 197º CDADC”*. Idêntica posição é defendida pela Audiogest – Associação para a Gestão e Distribuição de Direitos. De acordo com a mesma, sempre que o legislador pretendeu subtrair determinada utilização do domínio dos direitos exclusivos, fê-lo através quer do regime das utilizações livres (cfr. artigos 75º, 76º e 189º do CDADC - cujo âmbito, foi amplamente alargado com a publicação da Lei 50/2004) quer do regime do licenciamento compulsivo (cfr. artigo 144º do CDADC). Deste modo, não obstante algumas daqueles e este se encontrarem dependentes do pagamento de uma remuneração equitativa, todos se encontram excluídos da tutela penal. Pelo que, a distinção efectuada entre o nº 2 (apenas se aplicaria aos fonogramas não editados comercialmente) e o nº 3 (apenas se aplicaria aos fonogramas editados comercialmente) do disposto no artigo 184º do CDADC, de acordo com a mesma, *“prova demais”*, pois, desde a alteração legislativa promovida pela introdução da Lei 50/2004 de 24 de Agosto que entre as faculdades previstas no nº 2 se encontram a de autorizar a *“colocação à disposição do público, por fio ou sem fio, por forma a que sejam acessíveis a qualquer pessoa, a partir do local e no momento por ela escolhido”*. Desta forma, não subsistem dúvidas, segundo entendem, que os produtores fonográficos gozam, no que diz respeito a esta faculdade do direito exclusivo de autorizar toda e qualquer colocação à disposição do público dos seus fonogramas, sejam eles previamente editados ou não. Tal resulta, aliás, de um imperativo comunitário (cfr. artigo 3º.2 b) da Directiva 2001/23/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à harmonização de certos aspectos do Direito de Autor e dos Direitos conexos na Sociedade de Informação). Deste modo, a posição defendida, nesta matéria, a qual partilhámos, pela referida entidade de gestão colectiva de direitos é a de que o nº 2 e 3 do artigo 184º do CDADC têm fontes distintas: enquanto no nº 3, o legislador nacional transpôs para a ordem jurídica nacional, como se encontrava adstrito, e de forma literal, o artigo 12º da Convenção de Roma o qual, é idêntico ao artigo 8º.2 da Directiva 92/100 de 19/11/92, relativa ao direito de aluguer, direito de comodato e a certos direitos conexos ao direito de autor em matéria de propriedade intelectual; o nº 2, por sua vez, tendo como fonte imediata o artigo 109º.1 da Lei de Propriedade Intelectual Espanhola de 1987, pretendeu atribuir, igualmente, para além da protecção mínima obrigatória, uma protecção acrescida – o que se mostra admissível pelos princípios gerais do direito comunitário e internacional, cfr. artigos 20º.1 e 21º da Convenção de Roma – consubstanciada num direito exclusivo.

esquecer os direitos atribuídos aos organismos de radiodifusão, bem como o direito de artistas e produtores auferirem uma remuneração em virtude da “comunicação pública” dos seus fonogramas/videogramas são direitos expressamente consagrados em Portugal desde 1991, resultando expressos do disposto nos artigos 178º, 184º.2 e 3 e 187º do CDADC⁹.

Pelo que, especificamente e tendo em consideração os arrestos jurisprudenciais produzidos entre nós sobre a matéria, a utilização de música gravada e/ou vídeos musicais em espaços públicos ou abertos ao público, com ou sem fins comerciais directos, constitui uma forma de execução pública, independentemente de ser ou não cobrado um valor pelo ingresso no espaço onde a música e/ou os videogramas são utilizados, podendo, a comunicação pública de música gravada (conceito que engloba tanto a transmissão – radiodifusão como a execução pública) ser efectuada de forma directa, a partir de um fonograma original, ou indirecta, por exemplo, a execução pública a partir de uma emissão de rádio ou televisão.

Deste modo, da conjugação do artigo 184º.2 do CDADC com os preceitos 149º.3 e 108º.2 *a contrario*, todos do CDADC, resulta que sempre que a referida execução ou a comunicação pública não seja efectuada em privado, num meio familiar, o utilizador terá de obter a autorização prévia não só dos autores, como também dos titulares dos direitos conexos (no caso, os produtores dos fonogramas/videogramas), pagando a respectiva remuneração a artistas e produtores.

Ora, tendo-se verificado na prática a lesão dos direitos em causa, no sentido de evitar a perpetuação de situações de ilegalidade, o legislador estabeleceu, na sequência da transposição de uma Directiva Comunitária, a providência cautelar (que chamaríamos de suspensão ou impedimento da execução de actividade violadora do direito de autor e/ou de direitos conexos) constante do artigo 210º-G do CDADC.

c) Sequência

Atento os direitos em causa, patente se mostra que, no âmbito da propriedade intelectual, os procedimentos cautelares assumem uma “*particular importância*”¹⁰.

Na realidade, atenta a facilidade de disseminação de bens incorpóreos, bem como, de estarmos perante *direitos de exclusão*¹¹, as providências cautelares mostram-se, quiçá, a única forma de evitar a lesão dos mesmos e dos seus titulares verem reconhecida a possibilidade de obterem, em juízo, as medidas que se mostrem

⁹ Isto sem esquecer ou relativizar os direitos pessoais (morais) atribuídos aos titulares de direitos conexos, como sendo, o direito de paternidade, genuinidade e integridade (artigo 180º do CDADC).

¹⁰ Cfr. Dário Moura Vicente, *A Tutela Internacional da Propriedade Intelectual*, ob. cit., pág. 402 e ss..

¹¹ Os direitos de autor e conexos assumem a veste de direitos absolutos e exclusivos, pois da sua natureza resulta imediatamente a faculdade de “impedir” ou de “autorizar/proibir” uma dada utilização por terceiros. Existe assim, neste âmbito dos direitos de propriedade intelectual, mormente dos direitos de autor e conexos, a atribuição do chamado “exclusivo de exploração”. São pois direitos dotados de *eficácia erga omnes*, à qual, corresponde um dever geral de abstenção (obrigação passiva universal) de quaisquer actos que ponham em causa o referido “exclusivo de exploração”. Na realidade, é exactamente por esse motivo que a violação do tal exclusivo, importa, por si só, um grave prejuízo para o titular do direito, já que, o impede de exercer, em toda a sua plenitude, e sem restrição de que espécie for, os seus direitos, nomeadamente, e nos que, igualmente, aqui importa, o de impedir a utilização por terceiros.

necessárias e úteis para impedir a utilização não autorizada (ou fazê-la cessar), por terceiros dos bens objecto desses direitos.

O Código de Direitos de Autor e Conexos, anteriormente à previsão normativa relativa ao procedimento cautelar previsto no artigo 210º-G, continha já preceitos que tinham em vista a tutela, quer provisória quer definitiva, dos direitos de autor, bem como, dos direitos conexos. No anterior artigo 209º do CDADC, na versão da Lei 45/85 de 17 de Setembro, aí se previa a adopção das “*providências cautelares previstas na lei do processo*”.

Optou assim o legislador, à data, pelo envio dos interessados para os meios comuns, mormente para o procedimento cautelar comum, previsto e regulado no artigo 399º do CPC, na redacção de 1961 e nos artigos 381º ss. do CPC, na redacção dada a este com a reforma legislativa de 1996. Ora, em qualquer dos casos, não tutelando a lei situações em que a lesão já se encontra consumada, a mesma mostra-se indiferente assim, perante as situações em que a lesão é iminente, ou seja, ainda não ocorreu e aquelas em que a lesão já efectivada, porém se mantém e prossegue de forma reiterada e contínua. Em qualquer dessas situações, a lei não dispensa a prova sumária da existência do direito, bem como, da verificação de uma actuação susceptível, na prática, de causar “*lesão grave e dificilmente reparável*” no direito do requerente.

Ora, tal estado de coisas alterou-se, profundamente, com a transposição da *Directiva Enforcement* para o ordenamento jurídico nacional, mormente com a consagração do prescrito no artigo 210º-G do CDADC.

Constatada a vulnerabilidade na protecção de direitos de propriedade intelectual no espaço da União Europeia, sob o impulso dos órgãos legislativos desta, foi efectuada uma aposta firme e forte no que diz respeito ao reforço dos instrumentos processuais contra a lesão de tais direitos por parte de terceiros, objectivo esse, que mostrar-se-ia ser alcançável mediante uma crescente uniformização de tratamento da matéria em cada Estado Membro, atendendo, igualmente, à facilidade, dos nossos dias, na circulação de bens, serviços e pessoas, bem como, os prejuízos decorrentes da violação e conseqüente lesão de tais direitos para os seus titulares.

Daí a razão porque tanto o Acordo TRIPS como a *Directiva Enforcement*¹² impõem expressamente aos Estados Membros a consagração de tais medidas de aplicação efectiva de direitos de propriedade intelectual, nos respectivos ordenamentos jurídicos. Assim sendo, sendo tal a *ratio* do normativo comunitário, previa o artigo 2º da Directiva em causa, que nada impedia que cada estado membro, mantivesse ou fizesse aprovar, internamente, mecanismos “*mais favoráveis aos titulares de direitos*”, visando a protecção dos titulares de direitos de propriedade intelectual perante a sua possível violação.

Deste modo, poder-se-ia pensar que o procedimento cautelar comum, previsto no Código de Processo Civil, mostrar-se-ia suficiente para salvaguardar aqueles, bem como, para garantir a, necessária conformidade da legislação nacional com a norma comunitária, não se mostrando-se necessário a transposição para ordenamento jurídico nacional, *in casu*, do artigo 9º da *Directiva Enforcement*.

Contudo, como melhor se verá, os objectivos que o legislador comunitário pretendeu alcançar, entre nós, apenas poderiam ser integralmente realizados com a introdução na legislação relativa à propriedade intelectual de um instrumento próprio e novo para a defesa cautelar e preventiva de tais direitos.

¹² Cfr. artigo 5º do Acordo TRIPS e artigo 9º da Directiva Enforcement (2004/48/CE de 29/04/04).

Só assim, se mostraria possível acautelar a natureza específica destes direitos imateriais cuja particular debilidade exigia “*um elevado nível de protecção*” o qual deveria ser assegurado através de uma “*acção específica ao nível comunitário*”¹³.

Ora, sendo a estratégia da União Europeia no reforço dos instrumentos processuais contra actos ilícitos de terceiros violadores dos direitos de propriedade intelectual materializada com a aprovação da *Directiva Enforcement*, a sua transposição para o ordenamento nacional e a sua crescente verificação judicial, levam a que o intérprete e o aplicador da lei retirem dessa opção as devidas consequências em face da particular natureza dos direitos ora objecto de tutela.

Será aos resultados dessa opção legislativa que nos propomos chegar...

II. Harmonização e Unificação da Tutela Internacional dos Direitos Conexos

Apenas no final do século XIX, inícios do século XX e muito graças à invenção do gramofone e demais tecnologia que potenciou a distribuição de sinais áudio e vídeo pela televisão e telefonia que se mostrou possível ao público em geral, aceder às prestações artísticas e culturais dos artistas, interpretes e executantes.

Deste modo se justifica que as necessidades de tutela daqueles relativamente à fixação das suas interpretações e execuções, bem como, dos produtores de fonogramas e videogramas, no que concerne à reprodução e distribuição destes¹⁴ se tenham manifestado recentemente.

Ora, é no sentido de responder a essa necessidade de tutela que surgem as convenções internacionais celebradas ao longo do século XX em matéria de Direitos Conexos.

a. Convenção de Roma e instrumentos complementares

A Convenção Internacional para a Protecção dos Artistas, Intérpretes e Executantes, dos Produtores de Fonogramas e Organismos de Radiodifusão, assinada a Roma em 26 de Outubro de 1961¹⁵, constitui a primeira consagração expressa da tutela internacional dos direitos conexos, aí se consagrando um conjunto de direitos.

A mesma estabelece três princípios fundamentais:

- i. O princípio do tratamento nacional: A convenção estabelece (artigo 2º) tal tratamento como sendo o concedido pelo Estado contratante onde a protecção é pedida aos artistas, intérpretes, executantes (artigo 4º) e produtores (artigo 5º) seus nacionais e aos organismos de radiodifusão (artigo 6º) que aí tenham sede. É assim estabelecido em benefício de todos eles. Acresce que, nos

¹³ Considerações do artigo 9º da Directiva Enforcement (2004/48/CE de 29/04/04).

¹⁴ A que acresce os organismos de radiodifusão, relativamente à fixação e retransmissão das suas emissões.

¹⁵ À qual Portugal aderiu através da Resolução da Assembleia da República nº 61/99. Vide, Diário da República, série I-A, nº 169, de 22/07/1999. A Convenção entrou em vigor, entre nós, em 17/07/2002, cfr. Aviso do Ministério dos Negócios Estrangeiros, nº 52/2002, publicado em Diário da República, I série-A, nº 132, datado de 08/05/2002. Veja-se, igualmente, quanto ao texto reproduzido daquela, José de Oliveira Ascensão/Dário Moura Vicente, *Legislação sobre Direito de Autor e Sociedade de Informação*, Coimbra/2008, pág. 361 ss..

termos do artigo 4º da Convenção, esse benefício deverá ser alargado aos artistas, intérpretes, executantes, produtores e organismos de radiodifusão que tenham conexões com algum dos Estados contratantes, mormente se forem nacionais desses estados ou aí estejam sedeados, bem como, da execução de uma prestação, fixação ou publicação de um fonograma ou videograma e emissão de radiodifusão aí terem sido realizadas.

- ii. Reconhecimento aos beneficiários da protecção de um conjunto de direitos mínimos: confere-se aos artistas, intérpretes e executantes direitos de comunicar ao público e radiodifundir as suas execuções, bem como de fixar uma execução que assim não se encontrasse e ainda de reproduzir uma fixação da sua execução (artigo 7º), exceptuando-se, no entanto as situações de execução daqueles numa fixação de imagens e/ou sons (artigo 19º) que os artistas, intérpretes e executantes, hajam, previamente consentido. No que diz respeito aos produtores de fonogramas e videogramas, foi-lhes concedido o direito a autorizarem ou proibirem a reprodução directa ou indirecta dos seus fonogramas ou vídeos musicais (artigo 10º), enquanto que, aos organismos de radiodifusão, é concedido o exclusivo da retransmissão das suas emissões, fixação das mesmas num suporte material e retransmissão daquelas fixações e comunicação ao público das suas emissões de televisão mediante o pagamento de um direito de entrada (artigo 13º). Por fim, consagra, igualmente a Convenção o direito dos artistas, intérpretes, executantes e produtores a uma remuneração equitativa pela radiodifusão ou qualquer outra comunicação ao público dos seus fonogramas publicados com fins comerciais (artigo 12º). Esta protecção concedida tinha a duração mínima de vinte anos (artigo 14º).
- iii. Unicidade das formalidades específicas da Convenção exigidas aos Estados Membros: para a protecção de artistas, intérpretes, executantes e produtores, consideram-se cumpridas as exigências formais, mesmo que os estados contratantes prevejam outras, quando os exemplares dos fonogramas ou videogramas contenham o símbolo com a letra P, inserida num círculo, acompanhado do ano da primeira publicação e do nome do titular dos direitos do produtor do fonograma (artigo 11º).

As adesões à Convenção de Roma, durante muito tempo foram manifestamente diminutas¹⁶, circunstância que poderá encontrar a sua explicação no facto do *sistema de copyright* até há pouco tempo não reconhecer os direitos conexos aos artistas e radiodifusores.

Acresce que, em 1971 e 1974, a Convenção de Roma foi complementada por outros dois instrumentos que vieram regulamentar aspectos não regulados naquela. São eles, a *Convenção para a Protecção dos Produtores de Fonogramas contra a Reprodução não Autorizada dos seus Fonogramas* (concluída em Genebra em 1971) e a *Convenção Relativa à Distribuição de Sinais Portadores de Programas Transmítidos por Satélite* (concluída em Bruxelas em 1974).

b. Acordo TRIPS

¹⁶ Tendo aderido à mesma, em 1971, apenas 11 países, tendo tal número sido, palidamente, aumentado para 86 países em 2008.

Prevê o mesmo a concessão aos artistas, intérpretes, executantes, produtores de fonogramas e organismos de radiodifusão de um conjunto de direitos exclusivos, por um determinado período de tempo (não inferior a determinado número de anos), fixado no número 5º. Deste modo, através do Acordo TRIPS, alarga-se o âmbito de certos direitos já consagrados na Convenção de Roma, mas aplicáveis a estados não aderentes a esta, nomeadamente pertencentes à Organização Mundial de Comércio. Acresce que, não impõe o Acordo TRIPS aos seus estados membros a observância do disposto na Convenção de Roma, pelo que, tanto o princípio de tratamento nacional, bem como, a cláusula da nação mais favorecida no que diz respeito aos artistas, intérpretes, executantes, produtores de fonogramas e radiodifusores, consagrados nos artigos 3º e 4º, respectivamente, do Acordo em análise, apenas valham quanto aos direitos consagrados no artigo 14º. Solução esta, diversa do prescrito na Convenção de Berna, incorporada no Acordo TRIPS, no seu artigo 9º.1.

c. Tratado da OMPI

Sob a égide da OMPI¹⁷, em 20 de Dezembro de 1996, o *Tratado sobre Interpretações, Execuções e Fonogramas* (TIEF), cuja entrada em vigor data de 12 de Maio de 2002¹⁸. O mesmo, visou adaptar o regime internacional aos direitos conexos às novas e recentes inovações tecnológicas emergentes na denominada sociedade de informação em face dos problemas suscitados pela colocação à disposição do público via Internet de exemplares de fonogramas aos quais os utilizadores podem aceder gratuitamente. Visa, deste modo, o Tratado em causa conciliar não só os interesses dos artistas e produtores de fonogramas¹⁹, bem como, do público em geral e dos países importadores de obras culturais.

Aos produtores de fonogramas são reconhecidos certos direitos, como o direito à reprodução²⁰, distribuição²¹, aluguer²² e de colocar à disposição do público²³.

Aos artistas, interpretes e executantes, por seu lado, são reconhecidos alguns direitos morais, como sendo, o direito à identificação e à integridade da interpretação ou execução²⁴, o direito exclusivo de autorizar a radiodifusão e a comunicação ao público, bem como, a fixação de interpretações ou execuções não fixadas²⁵, o direito de reprodução²⁶, distribuição²⁷, aluguer²⁸ e de colocação à disposição ao público²⁹.

¹⁷ Organização Mundial da Propriedade Intelectual.

¹⁸ Aprovado quanto às questões da sua competência e em nome da Comunidade Europeia, pela Decisão do Conselho nº 2000/278/CE de 16/03/2000 (publicado no JOCE, nº L 89, de 11/04/2000, pág.6 ss.) – vide José de Oliveira Ascensão/Dário Moura Vicente, *Legislação sobre direito de autor e Sociedade de Informação*, ob. cit., pág. 387 ss.

¹⁹ Os organismos de radiodifusão não são aqui contemplados.

²⁰ Artigo 11º.

²¹ Artigo 12º.

²² Artigo 13º.

²³ Artigo 10º.

²⁴ Artigo 5º.

²⁵ Artigo 6º.

²⁶ Artigo 7º.

²⁷ Artigo 8º.

²⁸ Artigo 9º.

²⁹ Artigo 10º.

Por fim, prevê-se para ambos, o direito a uma remuneração equitativa pela comunicação pública, utilização ou radiodifusão de fonogramas publicados³⁰, a duração de protecção correspondente a cinquenta anos³¹, fixação de obrigações aos estados contratantes no que concerne a dispositivos tecnológicos e informação sobre regime de direitos³² e a protecção automática das prestações independentemente de qualquer formalidade³³.

d. Projecto de Tratado OMPI sobre interpretações e execuções audiovisuais.

Reiterando, as prestações dos artistas, intérpretes e executantes que consentiram na inclusão da sua execução numa fixação de imagens e/ou sons mostram-se excluídos dos direitos exclusivos que a Convenção de Roma concede àqueles. Tal matéria não tendo sido regulada no Tratado da OMPI de 1996, foi em 2000, sob o impulso da Organização Mundial de Propriedade Intelectual, realizada uma conferência diplomática sobre a protecção das interpretações e execuções audiovisuais no intuito de ser celebrado novo tratado sobre a matéria. No entanto, divergências entre os Estados Membros desta quanto às condições de transmissão dos bens patrimoniais dos artistas para os produtores de filmes e outras obras audiovisuais, bem como, a lei aplicável a essa matéria não permitiram a conclusão do pretendido novo tratado.

e. Directivas Comunitárias

Por fim, no que concerne à harmonização e unificação internacional dos direitos conexos, mostra-se essencial, a referência à Directiva Comunitária 92/100/CEE, a qual, fixou diversos direitos conexos sobre as prestações dos artistas, intérpretes e executantes, dos produtores de fonogramas, dos produtores das primeiras fixações de filmes e dos organismos de radiodifusão.

Posteriormente, veio esta a ser alterada pela Directiva 2001/29/CE, que consagrou os direitos de reprodução e colocação ao público a favor dos artistas, intérpretes e executantes (quanto à fixação das suas prestações), dos produtores de fonogramas (quanto a estes fonogramas), produtores de primeiras fixações de filmes (no que concerne ao original e cópia deste) e dos organismos de radiodifusão (para a fixação das suas radiodifusões).

Ora, daqui resultou que, e no que diz respeito aos produtores fonográficos, estes gozam do direito exclusivo de autorizar toda e qualquer colocação à disposição do público dos seus fonogramas, pelo que, quer o direito de autor quer os direitos conexos assumem a veste de direitos absolutos e exclusivos, pois da sua natureza resulta imediatamente a faculdade de “impedir” ou de “autorizar/proibir” uma dada utilização por terceiros.

³⁰ Artigo 15º.

³¹ Artigo 17º, sendo que, recentemente, no que diz respeito aos Autores, a Directiva Comunitária nº 93/98/CEE, do Conselho, de 29 de Outubro, transposta para o ordenamento jurídico nacional pelo Decreto-Lei 334/97 de 27 de Novembro, alargou o prazo de protecção dos direitos daqueles para 70 anos após a morte do criador intelectual, mesmo que, a obra só tenha sido publicada ou divulgada postumamente.

³² Artigo 18º e artigo 19º.

³³ Artigo 20º.

Deste modo, no âmbito da propriedade intelectual, mormente dos direitos de autor e conexos, temos a atribuição àqueles do chamado “exclusivo de exploração”, tratando-se de direitos dotados de *eficácia erga omnes*, à qual, corresponde um dever geral de abstenção (obrigação passiva universal) de quaisquer actos que ponham em causa o referido “exclusivo de exploração”.

Finalmente, referência obrigatória à Directiva, já anteriormente referida, 2004/48/CE (*Directiva Enforcement*). Versou esta sobre os meios de defesa e tutela dos Direitos de Propriedade Intelectual, introduzindo nesta matéria, diversas e profundas alterações relacionadas com o direito adjectivo ou processual, bem como, com a introdução de alterações pontuais em matérias substantivas como são os casos do regime de indemnização e das presunções (agora expressas) de titularidade.

Depois de um período no qual as instâncias comunitárias se preocuparam em uniformizar, no âmbito da propriedade intelectual, os direitos substantivos dos diversos estados membros, reconheceram as mesmas, igual necessidade quanto aos mecanismos de tutela “*como pressuposto essencial para a realização do mercado comum*”³⁴. Na realidade, parafraseando os considerandos da Directiva³⁵, tal uniformização foi efectuada com o objectivo de “*assegurar um nível elevado de protecção da propriedade intelectual*” por meio de uma “*acção específica ao nível comunitário*”.

III. A Transposição da *Directiva Enforcement*

a) Anteprojectos

Ainda que com um atraso temporal considerável, foi transposta para o ordenamento jurídico nacional a Directiva Comunitária nº 2004/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Abril (denominada *Directiva Enforcement*), relativa ao respeito pelos direitos de propriedade intelectual.

Tal transposição decorreu sob a “ameaça” da instauração por parte da Comissão Europeia de um processo por incumprimento contra o Estado Português.

Perante a passividade governamental no que diz respeito à transposição da Directiva comunitária e antes mesmo do *terminus* do prazo dado ao Estado Português para o efeito, um conjunto vasto de juristas especializados em propriedade intelectual, antecipando-se a este, organizados em torno de um grupo de trabalho da Ordem dos Advogados, prepararam uma proposta de ante-projecto legislativo.

Pretendiam os mesmos com tal proposta, aproveitar o ensejo de transposição de um normativo comunitário para o ordenamento português para dotá-lo, nesta área, de mecanismos e procedimentos capazes de assegurar a tutela efectiva dos direitos de Propriedade Intelectual.

Ora, foi apenas no prazo limite concedido para a aludida transposição que surgiu o primeiro ante-projecto de proposta de lei divulgado pelo Gabinete do Direito de Autor do Ministério da Cultura. O mesmo, apresentando-se como manifestamente minimalista e até mesmo passível de violar o primado do direito comunitário sob as ordens jurídicas nacionais dos estados membros³⁶, foi naturalmente, objecto de um

³⁴ Cfr. Miguel Lourenço Carretas, *Os novos meios de tutela preventiva dos direitos de propriedade intelectual no direito português*, Scripted, Volume 5, Issue 3, December/2008, in. www.law.ed.ac.uk.

³⁵ Considerandos 9 e 10 da Directiva

³⁶ Na nota justificativa do primeiro anteprojecto de proposta de lei para a transposição da *Directiva Enforcement* afirmava-se que “...seguiu-se de perto o texto da Directiva, optando-se por não consagrar apenas algumas soluções

conjunto forte de críticas, encabeçadas pelas entidades de gestão colectiva de direitos de autor e direitos conexos.

Conforme foi assinalado por estas, à data, acompanhadas por um conjunto de juristas, com experiência na matéria, a transposição efectuada no primeiro ante-projecto governamental, para além de patentear vários aspectos em que o tratamento técnico se mostrava pouco adequado, a mesma, demonstrava uma clara intenção de deixar de lado (pelo menos não transpondo na sua integralidade) alguns dos mais importantes desígnios da Directiva em causa, como sendo, as normas relativas à tutela provisória e cautelar, bem como, quanto à indemnização devida ao lesado em caso da lesão do seu direito ser, efectivamente, comprovada.

Por outro lado, apenas apresentava alterações no âmbito do CDADC, mantendo intacto o Código da Propriedade Industrial (CPI), o que “*deixava já antever uma transposição “a duas velocidades” e sujeita a diferentes critérios político – legislativos, sem qualquer razão ou fundamento que justificasse a previsível incoerência entre as alterações ao CDADC e CPI*”³⁷.

Posteriormente, o mesmo Ministério da Cultura, através do Gabinete do Direito de Autor, em Agosto de 2006, apresentou um segundo anteprojecto, o qual, não obstante ter adoptado algumas das soluções propugnadas nas críticas efectuadas, o mesmo, ainda se encontrava longe de corresponder às expectativas dos titulares de direitos de autor e conexos.

Concomitantemente, surgiu por parte do Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) – entidade sob a dependência do Ministério da Cultura – um outro projecto de transposição, bastante diferente dos anteriores governamentais, no qual se pretendia que a transposição das normas da Directiva se aplicassem, igualmente, no âmbito da Propriedade industrial, com a conseqüente alteração do CPI. Tal projecto, correspondia, no essencial, aos considerandos do legislador comunitário, introduzindo valiosas alterações no CPI, algumas delas resultantes das propostas e estudos desenvolvidos e apresentados pela Ordem dos Advogados.

Ora os anteprojectos do Gabinete do Direito de Autor e do INPI, foram, posteriormente compilados numa única Proposta de Lei (Proposta de lei 141/X/2ª), a qual já em 2007, havia sido apresentada pelo Governo à Assembleia da República. Preparava-se assim, para ser aprovado “à pressa” sob a pressão do *terminus* do prazo concedido para a transposição da Directiva Comunitária e conseqüente condenação do Estado Português, uma proposta de Lei que se por um lado não respeitava o texto comunitário no que diz respeito aos direitos de autor e conexos, por outro apresentava soluções distintas e em alguns aspectos antagónicas entre a regulamentação destes e da propriedade industrial.

Na realidade, enquanto que no que concerne ao CDADC, a proposta de lei mantinha o pendor minimalista que tantas criticas havia suscitado, como resultado de uma “*transposição selectiva*”, no que diz respeito ao CPI, pretendia-se introduzir, pelo contrário, já profundas alterações substantivas na tutela dos direitos em questão, atribuindo aos seus titulares meios de defesa dos seus direitos, bem como, a atribuição de uma justa indemnização perante os danos que a violação ilícita daqueles originasse.

facultativas por serem estranhas à nossa tradição ou pouco adequadas aos casos concretos”. Ora, tal opção por um projecto de transposição selectivo das normas da Directiva, ignorando o carácter imperativo de muitas das suas normas, era susceptível de constituir uma violação, por parte do Estado Português, do dever de transposição de normas comunitárias, conforme à data, afirmaram diversos especialistas na matéria.

³⁷ Cfr. Miguel Lourenço Carretas, *Os novos meios de tutela preventiva dos direitos de propriedade intelectual no direito português*, ob. cit., pág. 457.

b) Intervenção dos titulares de direitos

Desde a apresentação da Proposta de Lei 141/X/2ª, e durante todo o processo de discussão no Parlamento quanto à transposição da *Directiva Enforcement*, as entidades de gestão colectiva de direitos de autor e conexos (AUDIOGEST, GDA, AFP, GEDIPE, FEVIP e SPA), bem como, as organizações que representam os profissionais ligados à propriedade industrial (ex. Associação Portuguesa dos consultores em propriedade industrial), apresentaram, quer aos diversos grupos parlamentares, quer ao governo, posições conjuntas nesta matéria. Tal unidade demonstrou de forma clarividente a importância dos temas em discussão, manifestando-se tal, igualmente, num conjunto de movimentos como o “Compromisso Propriedade Intelectual”. Cientes de que se tratava de uma oportunidade, sem precedentes, no que respeita à tutela da criação artística e cultural, a mesma, não poderia ser dispensada. Na realidade, tendo em consideração a dimensão económica do país face à escala global e europeia, todos aqueles se reuniram com um propósito: constituir as bases para que o Estado pudesse assegurar a todos aqueles que criam cultura e conhecimento, a possibilidade de verem salvaguardados os seus direitos, mormente, garantindo-lhes a possibilidade de exploração daqueles em “condições normais e legítimas” através de um “Direito de Propriedade Intelectual”, consagrado constitucionalmente.

Ora, foi com esse objectivo e determinação que apresentaram, aquando da discussão parlamentar das propostas de transposição da *Directiva Enforcement*, as suas ideias e projectos, vendo, posteriormente, consagradas no novo diploma legal (Lei 16/2008 de 01 de Abril) muitas das propostas apresentadas.

Aliás, o aludido Projecto Lei 391/X/2ª apresentado pelo Partido Comunista Português (PCP), dias antes da aprovação na generalidade da Proposta de Lei do Governo, é um exemplo claro de inspiração nas propostas veiculadas pelas supra entidades colectivas de gestão de direitos de autor e direitos conexos.

Este projecto legislativo, visava, no que concerne ao CDADC, uma transposição alternativa da Directiva no sentido de, por um lado, preencher as lacunas e deficiências que continha o projecto governamental e por outro lado, atingir “um nível elevado de protecção” no tratamento dado ao direito de autor, fomentando assim a sua aproximação à Propriedade Industrial.

Assim sendo, patentearam-se como fontes imediatas da Lei 16/2008 de 1 de Abril, não só a referida proposta do PCP, aprovada na generalidade, bem como, as propostas de Lei número 141/X apresentada pelo Partido Socialista (PS) e demais propostas de redacção alternativa apresentadas pelo grupo parlamentar do Partido Social Democrata (PSD), em sede de discussão na especialidade.

IV. A Providência Cautelar do 210º-G do CDADC

A providência cautelar ora em análise trata-se de um procedimento específico e especificado desse instituto jurídico – direito de autor e direitos conexos –, pelo que, a sua interpretação deverá ser feita de acordo com os seus próprios requisitos específicos de aplicação, devendo entender-se que a lei se satisfaz com a prova daqueles, tendo, apenas como pano de fundo as disposições gerais do CPC sobre

providências cautelares³⁸ (art. 381º ss CPC, por força, da remissão do art. 211º.B do CDADC).

Assim sendo, a questão que se coloca é a de saber se para a aplicação, *in concreto*, da providência cautelar em análise se mostra necessário e indispensável a verificação cumulativa de todos os pressupostos gerais das providências cautelares. Antecipemos, desde já, que assim não entendemos.

Na realidade, para a correcta aplicabilidade da providência cautelar em causa bastará provar sumariamente quer a violação actual do direito ou o risco da mesma, a existência e titularidade do direito invocado, assim como, a sua legitimidade nos casos em que não seja o próprio titular a exercer esse direito (*fumus boni iuris*) e já não o receio, suficientemente justificado, de lesão grave e dificilmente reparável desse direito ou interesse (*periculum in mora*).

Na realidade, conforme *infra* se tentará demonstrar, para a aplicação da providência cautelar prevista no artigo 210º-G do CDADC, não se mostra necessário, a verificação do requisito geral do “*periculum in mora*”.

Pelo que, um entendimento de que dos factos alegados pela Requerente nos requerimentos iniciais das providências cautelares em causa, teria de decorrer o receio de que a demora na solução normal e definitiva do litígio possa causar prejuízo irreparável e de difícil reparação não tem, segundo entendemos, qualquer correspondência nem com o teor literal, nem com o teor teleológico, histórico e sistemático do artigo 210º-G do CDADC, nem, tão-pouco, com a natureza dos direitos em questão.

Na verdade, conforme profusamente referido, ainda que com um atraso temporal considerável, foi transposta para o ordenamento jurídico nacional a Directiva Comunitária nº 2004/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Abril (denominada *Directiva Enforcement*), relativa ao respeito pelos direitos de propriedade intelectual.

A transposição da directiva em causa foi efectuada através da Lei 16/2008, de 01 de Abril, versando ambas, sobre os meios de defesa e tutela dos direitos de Propriedade Intelectual, introduzindo, esta, quer profundas alterações a nível de direito adjectivo ou processual quanto às matérias relativas àquele ramo do direito, quer alterações pontuais a nível de direito substantivo como sendo os casos do regime da indemnização e das presunções de titularidade. Tratou-se, como já supra referido, no fundo do reconhecimento por parte das instâncias comunitárias da necessidade e importância da uniformização das matérias relativas aos direitos de Propriedade Intelectual e os seus mecanismos de tutela (cfr. considerandos 9 e 10 da Directiva)³⁹. Deste modo, mostra-se absolutamente imperioso ler e interpretar os diversos artigos da Lei 16/08, de 01 de Abril, à luz da directiva transposta.

Ora, nessa sequência, a transposição para a ordem jurídica nacional do disposto no artigo 9º.1 a) da Directiva Comunitária⁴⁰, em questão, originou a redacção do artigo 210º-G do CDADC.

³⁸ As disposições relativas à tramitação, causas de extinção, caducidade e responsabilidade do requerente.

³⁹ Vide ponto III supra.

⁴⁰ Entre outros preceitos que directa e indirectamente se referem à tutela cautelar, merece destaque o artigo 9º, o qual apresenta o seguinte teor:

“Provisional and precautionary measures:

1. Member States shall ensure that the judicial authorities may, at the request of the applicant:

(a) issue against the alleged infringer an interlocutory injunction intended to prevent any imminent infringement of an intellectual property right, or to forbid, on a provisional basis and subject, where appropriate, to a recurring penalty payment where provided for by national law, the continuation of the alleged infringements of that right, or to make such continuation subject to the lodging of guarantees intended to ensure the compensation of the rightholder; an interlocutory injunction may also be issued, under the same conditions, against an intermediary whose services are

Reza o artigo em causa que, *“Sempre que haja violação ou fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável do direito de autor ou dos direitos conexos, pode o tribunal, a pedido do requerente, decretar as providências adequadas a:*

- a) inibir qualquer violação iminente; ou*
- b) proibir a continuação da violação.”*

Ora, reiterando, esta providência cautelar, consubstancia-se num procedimento cautelar especificado ao qual deve ser aplicado, o regime previsto no CDADC, bem como, por expressa remissão, os artigos relativos à tramitação, causas de extinção, caducidade, responsabilidade do requerente e, a título supletivo, as regras relativas ao procedimento cautelar comum previsto no artigo 381º e ss. do CPC. Sendo certo que, os objectivos pretendidos pelo legislador comunitário não poderiam ser alcançados com os procedimentos cautelares já existentes na nossa ordem jurídica, daí a necessidade encontrada pelo legislador nacional em estabelecer normas específicas no que concerne aos direitos de propriedade intelectual. Na realidade, só dessa forma se poderia acautelar devidamente a natureza específica destes direitos imateriais que reclamam, nos dizeres da referida Directiva Comunitária (considerandos 9 e 10) um *“elevado nível de protecção”* face à sua particular vulnerabilidade.

Desta forma, resulta inequívoco que o legislador nacional pretendeu criar, no âmbito dos direitos de propriedade intelectual um instrumento próprio destinado a assegurar a defesa provisória, cautelar e preventiva do direito, neste âmbito, ameaçado ou já violado. Pelo que, encontrando-nos no âmbito de uma providência cautelar específica

being used by a third party to infringe an intellectual property right; injunctions against intermediaries whose services are used by a third party to infringe a copyright or a related right are covered by Directive 2001/29/EC;

(b) order the seizure or delivery up of the goods suspected of infringing an intellectual property right so as to prevent their entry into or movement within the channels of commerce.

2. In the case of an infringement committed on a commercial scale, the Member States shall ensure that, if the injured party demonstrates circumstances likely to endanger the recovery of damages, the judicial authorities may order the precautionary seizure of the movable and immovable property of the alleged infringer, including the blocking of his/her bank accounts and other assets. To that end, the competent authorities may order the communication of bank, financial or commercial documents, or appropriate access to the relevant information.

3. The judicial authorities shall, in respect of the measures referred to in paragraphs 1 and 2, have the authority to require the applicant to provide any reasonably available evidence in order to satisfy themselves with a sufficient degree of certainty that the applicant is the rightholder and that the applicant's right is being infringed, or that such infringement is imminent.

4. Member States shall ensure that the provisional measures referred to in paragraphs 1 and 2 may, in appropriate cases, be taken without the defendant having been heard, in particular where any delay would cause irreparable harm to the rightholder. In that event, the parties shall be so informed without delay after the execution of the measures at the latest.

A review, including a right to be heard, shall take place upon request of the defendant with a view to deciding, within a reasonable time after notification of the measures, whether those measures shall be modified, revoked or confirmed.

5. Member States shall ensure that the provisional measures referred to in paragraphs 1 and 2 are revoked or otherwise cease to have effect, upon request of the defendant, if the applicant does not institute, within a reasonable period, proceedings leading to a decision on the merits of the case before the competent judicial authority, the period to be determined by the judicial authority ordering the measures where the law of a Member State so permits or, in the absence of such determination, within a period not exceeding 20 working days or 31 calendar days, whichever is the longer.

6. The competent judicial authorities may make the provisional measures referred to in paragraphs 1 and 2 subject to the lodging by the applicant of adequate security or an equivalent assurance intended to ensure compensation for any prejudice suffered by the defendant as provided for in paragraph 7.

7. Where the provisional measures are revoked or where they lapse due to any act or omission by the applicant, or where it is subsequently found that there has been no infringement or threat of infringement of an intellectual property right, the judicial authorities shall have the authority to order the applicant, upon request of the defendant, to provide the defendant appropriate compensation for any injury caused by those measures.”

no âmbito dos direitos de autor e conexos, a lei satisfazer-se-á com a prova dos respectivos requisitos específicos.

O objectivo da providência cautelar prevista no artigo 210º-G do CDADC é o de inibir qualquer violação eminente ou proibir a continuação da violação já existente de direitos de autor e conexos. O que, permite de imediato concluir que um dos requisitos de aplicação desta medida é a existência de uma violação, actual ou iminente, do direito invocado. Pelo que, deverá e bastará ao requerente demonstrar/provar sumariamente quer a violação do direito ou o risco da mesma, a existência e titularidade do direito invocado, assim como, a sua legitimidade nos casos em que não seja o próprio titular a exercer esse direito (algo que tem sido reconhecido comumente pelos Tribunais Portugueses quer em 1ª quer em 2ª instância). Aliás, a este propósito e como exemplarmente se pronunciou, muito recentemente, o Tribunal da Relação do Porto⁴¹, a lesão aqui em causa verificar-se-á sempre que ocorrer a execução pública, de fonogramas/videogramas musicais, sem a competente e legal licença para o efeito, do reportório que a requerente representa, independentemente do número de fonogramas que são executados de forma ilegal.

Mas, não percamos de vista o preceituado no artigo 210º-G do CDADC, quando refere que as medidas tutelares e cautelares em análise poderão ser requeridas **“sempre que haja uma violação [do direito invocado] ou fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável do direito de autor ou dos direitos conexos”** (sublinhado nosso).

i. Elemento literal

Analisando de forma cuidadosa o teor da norma, resulta que o legislador nacional refere, de forma alternativa, por um lado a existência da violação e por outro o receio de lesão grave e dificilmente reparável, como requisitos a verificar para a sua aplicação. Aliás, não se olvide que, uma questão é a verificação (violação) de um acto ilícito e outra é o risco que tal acto possa vir a causar danos graves e dificilmente reparáveis.

Por outro lado, verificamos que a redacção dada, pelo legislador nacional⁴², ao normativo ora em análise, não é exactamente coincidente com a formulação do artigo 381º do CPC onde se prescreve, tão-somente, que *“sempre que alguém mostre fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito...”*. O que permite colocar a questão de saber se aquele pretendeu, verificando-se uma violação actual do direito de autor e conexo, dispensar o risco de lesão grave e dificilmente reparável ou se por outro lado, terá pretendido, apenas, enfatizar o facto de estas providências poderem ser requeridas, para além dos casos de violação eminente, também para aqueles em que a violação é actual. Ora, desde logo, o teor literal do artigo não deixa margem de dúvidas quanto ao facto do legislador ter pretendido, de forma expressa, dispensar a verificação do requisito do risco de lesão

⁴¹ Cfr. Acórdão datado de 18/09/08, Processo 3543/08.3 (Apelação 2ª espécie), Relator: Nuno Ataíde das Neves.

⁴² Subscrevendo-se totalmente o referido, a este propósito, por António Santos Abrantes Geraldês em *Tutela Cautelar da Propriedade Intelectual* (posição expressa no âmbito de uma formação contínua no Centro de Estudos Judiciários (CEJ), sobre o tema “Propriedade Intelectual, Direitos de Autor e Direitos Conexos”, realizado no Auditório do CEJ, Lisboa, 13 de Novembro de 2009, in. www.cjlp.org/tutela-cautelar-da-propriedade-intelectual.html), onde afirma *“presumindo-se que o legislador se expressou em termos gramaticalmente correctos, não existe modo de fazer depender o acesso às medidas cautelares comuns, em situações de violação já verificada, da especial qualificação dos danos causados...”*.

grave e dificilmente reparável quando se verificasse, tão-somente, o requisito da violação actual do direito de autor e conexo.

Na realidade, o legislador poderia ter optado por utilizar uma conjunção cumulativa [ex. sempre que haja uma violação (actual ou eminente) e fundado receio que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável do direito...] e não o fez, utilizando, ao invés, uma conjunção alternativa (ou).

Acresce que, também a redacção das alíneas a) e b) do número 1 do artigo 210º-G do CDADC, permitem concluir, com segurança que, as medidas poderiam ser aplicadas perante uma violação actual ou eminente, o que, afastaria, aparentemente, a necessidade do legislador em enfatizar, igualmente, de forma expressa, no corpo do artigo, a aplicabilidade das medidas a violações actuais. Veja-se, aliás, neste mesmo sentido o Acórdão da Relação de Lisboa, datado de 10/02/09⁴³, no qual se prescreve que “*porém, em relação à violação dos direitos de propriedade intelectual, o legislador adoptou uma formulação diversa da que, para os direitos em geral, resulta do art. 381º, nº 1, do CPC, pois que em vez de se limitar a tutelar preventivamente situações de “fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável”, o art. 210º-G protege a “violação de direitos”, independentemente da referida especificação*”, bem como, o Acórdão da Relação de Coimbra, datado de 16/03/09⁴⁴.

ii. Natureza dos direitos

A idêntica conclusão, chegamos se tomarmos em consideração a natureza específica e particular dos direitos de propriedade intelectual, natureza essa, expressamente consagrada no artigo 210º-G do CDADC.

Quer o direito de autor quer os direitos conexos assumem a veste de direitos absolutos e exclusivos, pois da sua natureza resulta imediatamente a faculdade de “*impedir*” ou de “*autorizar/proibir*” uma dada utilização por terceiros. Existe, neste âmbito dos direitos de propriedade intelectual, mormente dos direitos de autor e conexos, a atribuição do chamado “exclusivo de exploração”. São pois direitos dotados de *eficácia erga omnes*, à qual, corresponde um dever geral de abstenção (obrigação passiva universal) de quaisquer actos que ponham em causa o referido “exclusivo de exploração”.

Na realidade, é exactamente por esse motivo que a violação do tal exclusivo, importa, por si só, um grave prejuízo para o titular do direito, já que, o impede de exercer, em toda a sua plenitude, e sem restrição de que espécie for, os seus direitos, nomeadamente, e nos que aqui importa, o de impedir a utilização por terceiros. De facto, sem o decretamento da providência, mormente, no sentido da proibição da continuação (prosecução) da execução pública não autorizada de fonogramas musicais, consubstanciada em actos materiais que permitam a sua efectiva aplicabilidade (pense-se na apreensão de bens que permitam tal execução e no controlo sucessivo da decisão de proibição proferida), o titular de tal direito fica, irremediavelmente impedido de exercer a faculdade que constitui o conteúdo essencial do seu direito. Sendo o dano, nesse caso, quando o exclusivo já foi e continua a ser violado, grave e dificilmente reparável⁴⁵.

⁴³ Apelação nº 2974/08.4TVLSB.L1, cujo relator é António Santos Abrantes Galdes, in. www.dgsi.pt.

⁴⁴ Apelação nº 4191/08.4TJCBR-B.C1, in. CJ, tomo II.

⁴⁵ Quanto a este argumento, entende António Santos Abrantes Galdes (in. Acórdão da Relação de Lisboa, datado de 10/02/09, cit.) que “*se outros argumentos não existissem para a revogação da decisão recorrida, tal argumentação não colheria. Mesmo em relação a direitos de natureza absoluta como o são os direitos de autor, em princípio não bastaria a alegação da sua violação ou perigo de violação para se asseverar a gravidade da situação*”.

iii. Elemento Comunitário

A acrescentar a todo o exposto, refira-se, igualmente, que, não é por mero acaso que a Directiva Comunitária não instituiu o requisito da gravidade da lesão ou a dificuldade da sua reparação enquanto requisito de decretamento das “*medidas provisórias e cautelares*”. De facto, o legislador comunitário bastou-se com a demonstração de uma violação actual e eminente. Na realidade “*não se encontra no artigo 9º da referida Directiva [Directiva Enforcement] ou em qualquer outro preceito ou considerando a necessidade de fazer depender a tutela cautelar, em situações de violação de direitos, da gravidade da lesão ou da sua natureza irreparável ou dificilmente reparável. Tendo sido imposto ao legislador nacional a previsão de medidas inibitórias de carácter provisório, como o são as providências cautelares, visando a “proibição...da alegada violação...actual ou iminente” de direitos de propriedade intelectual (art. 9º, nº 1, al. a)), a bastar-se com a prova sumária de que o requerente é titular do direito e que este é objecto da violação actual ou iminente (nº 3)º*”⁴⁶.

Ora, não deveremos assim descurar, nesta sede, a importância do Direito Comunitário, mormente, perante a transposição de uma directiva. Assim sendo, o legislador nacional, não só deverá adequar a sua actuação com os objectivos assumidos naquela, bem como, deverão, as normas internas *in casu* (Lei 16/08 de 01 de Abril) ser lidas e interpretadas à luz da directiva transposta⁴⁷, assim como, com os demais instrumentos de direito da União Europeia⁴⁸.

Visando, a *Directiva Enforcement*, conforme já referido, a harmonização e uniformização no seio da União Europeia dos meios de tutela efectiva dos direitos de propriedade intelectual, nomeadamente quanto à eliminação das diferenças existentes nos diversos ordenamentos jurídicos quanto a aspectos substanciais decorrentes dos

ou a sua difícil reparabilidade, bastando referir que existem mecanismos cíveis que permitem restaurar os eventuais danos causados, ao menos através da fixação de uma indemnização compensatória que tenha em atenção os danos causados”. No que concerne à fixação da aludida indemnização cível justifica-se neste âmbito uma chamada de atenção para os Acórdãos da Relação do Porto [datado de 18/09/08, Processo 3543/08.3 (Apelação 2ª espécie), Relator: Nuno Ataíde das Neves e datado de 27.01.2009, Processo 6702/08-2 (Apelação, 2º Juízo), Relator: Carlos Moreira] sobre a questão da legitimidade/representatividade de reportório, bem como, o valor da remuneração peticionado nas acções principais correspondentes ao dano patrimonial que a Audiogest – Associação para a Gestão e Distribuição de Direitos de gestão colectiva de direitos conexos) – Autora em tais acções - sofreu com a actuação ilícita violadora dos direitos conexos que se encontram sob a sua gestão. Conforme, exemplarmente, se pronunciaram os Senhores Desembargadores nos acórdãos em causa, o valor peticionado a título de remuneração devida, constitui uma indemnização meramente reintegradora do prejuízo da aí autora, sendo que, a lesão em questão verificar-se-á sempre que ocorrer a execução pública, de fonogramas/videogramas musicais, sem a competente e legal licença para o efeito, do reportório que a aí autora representava, independentemente do número de fonogramas que haviam sido executados de forma ilegal, pois “...para fixar a indemnização peticionada, tanto bastaria estar em causa apenas os dois fonogramas especificamente referenciados como a execução pública de fonogramas em geral...”. Sendo que, conforme aí se lê, “a indemnização que às demandantes é devida (...) deve ter presente que esta indemnização, para que possa ser realmente reintegradora dos prejuízos por aquelas sofridos, deverá corresponder, pelo menos ao valor equivalente ao do quantitativo das licenças que a Ré devia ter pago e não pagou (...) de outra forma (...) a fixar-se cifra indemnizatória inferior, revelar-se-ia compensatória a postura ilícita, desiderato este que contraria todos os princípios éticos subjacentes à obrigação de indemnizar, bem como as regras fixadoras da indemnização (art. 562º e segs.)”. Tudo, aliás, em correspondência ao disposto no artigo 211º5 do CDADC.

⁴⁶ Cfr. Acórdão da Relação de Lisboa, datado de 10/02/09, cit..

⁴⁷ Cfr. Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, datados de 4.10.2007, relator: Santos Bernardino; de 26.01.2006, relator: Custódio Montes e de 13.05.2004, relator: Quirino Soares, todos in. www.dgsi.pt.

⁴⁸ Sobre tal questão, vide, nomeadamente, José Caramelo Gomes, *O Juiz Nacional e o Direito Comunitário – O Exercício da Autoridade Jurisdicional Nacional na Jurisprudência do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia*, Almedina, 2006 e Paula Quintas *A Problemática do Efeito directo das Directivas Comunitárias*, Almedina, 2000..

instrumentos normativos de cada país quanto à protecção de tais direitos, outra não poderia ser a interpretação, ora defendida, a fazer em face do teor e *ratio* da norma do artigo 210º-G do CDADC.

iv. Elemento histórico

No contexto normativo que levou à aprovação da referida Directiva e consequente transposição para o ordenamento jurídico português [através da Lei 16/08, de 1 de Abril] os trabalhos preparatórios daquela consubstanciam-se, essencialmente, na discussão originada pela Proposta de Lei nº 141/X (do Governo) e do Projecto-Lei nº 391/X (do PCP).

Como é referido no *Relatório da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias*⁴⁹, pretendeu-se com tal iniciativa um “*objectivo claro de garantir um elevado nível de protecção da propriedade intelectual, com adopção de um conjunto de medidas e de procedimentos, de natureza instrumental, para assegurar o respeito desses direitos*” com vista à “*harmonização das medidas, procedimentos e recursos necessários a assegurar o respeito pelos direitos de propriedade intelectual, a fim de assegurar um nível equivalente de protecção no mercado interno*”.

Ora, enquanto o projecto governamental não dispunha de qualquer norma relacionada com a tutela cautelar dos direitos de autor e conexos, qual apenas se encontrava prevista para a Propriedade Industrial, por sua vez o Projecto Lei do PCP, previa no seu artigo 209º-B que “*1. Sem prejuízo das providências cautelares previstas na lei processual civil, sempre que o requerente demonstre a existência de uma violação do seu direito ou o risco sério do seu direito ser violado, pode o tribunal, a requerimento do interessado, decretar as providências que se demonstrem concretamente adequadas a ...*”⁵⁰. Surgindo desligado, dos textos preparatórios de transposição da directiva, o acesso à tutela cautelar comum da qualificação dos efeitos da violação dos direitos em causa, a norma do artigo 210º-G, como, ora a conhecemos, apenas surge no *Relatório*, supra aludido, a partir do qual, e sem sofrer qualquer outra alteração, foi submetida a aprovação no plenário da Assembleia da República⁵¹.

Passou, assim, a existir, entre nós, um procedimento cautelar especificado, já não se mostrando necessário, *a priori*, recorrer à tutela cautelar comum, e, deste modo, fazer-se depender a sua aplicabilidade da verificação de uma situação de *fundado receio de lesão grave e dificilmente reparável*.

v. Elemento sistemático

Os Direitos de Propriedade Intelectual, como se afirmou, tratam-se de direitos de exclusivo⁵², ou seja, de direitos absolutos, com eficácia *erga omnes*, à qual, corresponde um dever geral de abstenção (obrigação passiva universal) de quaisquer

⁴⁹ Publicado em Diário da Assembleia da República, 2ª Serie, de 16 de Julho de 2007.

⁵⁰ Vide Diário da Assembleia da República, II Série, nº 109, de 12 de Julho de 2007, pág. 15.

⁵¹ Vide Diário da Assembleia da República, II Serie, nº 51 de 02 de Fevereiro de 2008.

⁵² Cfr. José de Oliveira Ascensão, *Direitos Intelectuais: Propriedade ou Exclusivo?*, Revista Themis, nº 15, pág. 138.

actos que ponham em causa o referido “exclusivo de exploração”. Isto, à semelhança do que ocorre com os direitos reais gerais, mormente, com os direitos reais de gozo. Na realidade, a tutela destas não ocorre apenas através da mera prevenção de violações futuras, mas, igualmente, perante violações consumadas do direito a tutelar, sem que se mostre necessário alegar e provar a gravidade da lesão, bem como, a difícil reparação do direito.

Desta forma, entendemos, que o legislador nacional, à semelhança do que ocorreu para outros procedimentos cautelares especificados previstos no CPC⁵³ quis regular, neste âmbito, de forma especificada a matéria do risco que a providência visa acautelar dispensando (o requisito da gravidade do risco/receio da lesão), nos casos de violação actual, a sua demonstração.

A este propósito, veja-se, as providências específicas de restituição provisória da posse⁵⁴ ou do embargo de obra nova⁵⁵, as quais são aplicáveis a situações em que já se verificou a violação do direito, não existindo necessidade de alegar e provar a *lesão grave e dificilmente reparável desse direito*. Na restituição provisória da posse, apurada, de forma sumária, a posse (ou situação equiparada) e o esbulho violento, atribui-se ao possuidor a tutela antecipada, através da qual se pretende transmitir uma ideia de censura pela violação ilícita dos interesses do possuidor⁵⁶, visando “o risco de piorar a situação material da coisa que irá a final ser entregue ao vencedor” ou o “risco de desordem, se o objecto é imóvel, mormente se, por serem vizinhos, os contendores se vêem aproximados”⁵⁷. No embargo de obra nova, a lei não exige a verificação da quantificação e qualificação dos danos, pois a sua gravidade mostra-se irrelevante face à comprovação de que o requerido com a sua actuação viola direitos reais, pessoais de gozo ou a posse⁵⁸.

Pelo que, “o paralelismo que pode ser feito em relação aos direitos de autor ou de propriedade industrial, torna compreensível que o legislador, em relação a situações de **lesão já concretizada**, tenha prescindido também da gravidade da lesão ou a dificuldade da sua reparação”⁵⁹ o que deve ser entendido, pois, face à natureza exclusiva do direito, o prejuízo está *in re ipsa*, tendo-se por integralmente verificado.

vi. Elemento teleológico

A alteração do CDADC, promovida pela Lei 16/08, deveu-se, como é sabido, à transposição da *Directiva Enforcement*, a qual, se apresenta justificada pela necessidade de *defender o mercado interno* e a *competitividade*, sendo que, para o

⁵³ Cfr. José Lebre de Freitas, *Código de Processo Civil Anotado*, Coimbra Editora, 2001, 2º volume, págs. 6 e 7.

⁵⁴ Artigo 393º do CPC.

⁵⁵ Artigo 412º do CPC.

⁵⁶ Cfr. Alberto dos Reis, *Código de Processo Civil Anotado*, Volume I, Coimbra Editora, pág. 670 e Acórdãos da Relação de Évora, datado de 11 de Abril de 1985, CJ, Tomo II, pág. 290 e Supremo Tribunal de Justiça, datado de 14 de Novembro de 1994, BMJ 441º/202, no qual se considerou ser a violência que compensa a ausência do *periculum in mora*.

⁵⁷ Cfr. Moitinho de Almeida, *Restituição da posse e Ocupação de Imóveis*, 2ª Edição, Almedina, pág. 117.

⁵⁸ Vide, a título exemplificativo, na jurisprudência, Acórdão da Relação de Évora, datado de 29 de Novembro de 2000, CJ, Tomo V, pág. 253 e Acórdão da Relação de Lisboa, datado de 14 de Janeiro de 1976, CJ, Tomo I, pág. 195. Na doutrina, veja-se Moitinho de Almeida, *Embargo e Nunciação de Obra Nova*, 2ª Edição, Almedina, pág. 31 e Alberto dos Reis, ob. cit., pág. 63, os quais defendem que a ofensa ao direito de propriedade, importa, por si só, um dano justificável do embargo.

⁵⁹ Cfr. Acórdão da Relação de Lisboa, datado de 10/02/09, cit.

efeito, mostrar-se-ia necessário tomar medidas de *cessação imediata de violações de propriedade intelectual*.

Por outro lado, igualmente a necessidade de aproximação das diversas legislações europeias no sentido de ser atingido um elevado nível de protecção, equiparável e homogéneo, no mercado interno, apresenta-se como um dos objectivos presentes na comunicação da Comissão Europeia de 30 de Novembro de 2000.

Ora, são estes mesmos objectivos e justificações que surgem, primeiro nas diversas iniciativas legislativas nacionais de transposição da Directiva Europeia e depois no Relatório da Assembleia da República.

Deste modo, em face de todo o exposto, no caso dos direitos de autor e conexos, para o decretamento da providência cautelar prevista no artigo 210º-G do CDADC, bastará, no nosso entender, e no caso de violações já iniciadas (“actuais”) a demonstração da violação do direito, assim como, obviamente, a existência do direito, titularidade e legitimidade da requerente⁶⁰.

Acresce que, reza o número 7 do artigo 210º-G do CDADC que “na determinação das providências previstas neste artigo, deve o tribunal atender à natureza do direito de autor ou dos direitos conexos, salvaguardando nomeadamente a possibilidade de o titular continuar a explorar, sem qualquer restrição, os seus direitos”.

Ora, atendendo, neste âmbito à ponderação de um critério de adequação da medida a decretar no intuito de impedir a violação eminente ou a continuação da violação, sempre se dirá que, também aqui, tal critério deve ser aferido em atenção à natureza do direito violado. A providência cautelar prevista no artigo 210º-G do CDADC, destina-se a assegurar, a tutela provisória do direito violado ou ameaçado e não os elementos que se relacionem, directa ou indirectamente, com a prova dessa violação ou com a sua extensão. Não obstante o exposto, nada obsta a que no procedimento cautelar possa ser requerida a apresentação de uma qualquer prova ou mesmo a apreensão de bens objecto do ilícito ou instrumentos que sirvam para o exercício daquele. Nesta matéria o legislador nacional deixou inteiramente à ponderação do julgador a decisão quanto à determinação das medidas que podem ser, materialmente, aplicadas no que concerne ao impedimento ou suspensão da continuação do ilícito. Objectivamente, o único limite aqui imposto ao julgador em relação às medidas concretas a decretar destinadas a impedir a violação é o cumprimento do requisito da sua adequação e necessidade aos fins prosseguidos pela providência. Deste modo, verificados os seus requisitos de aplicação, o decretamento desta providência poderá ir desde o simples decretamento da inibição ou proibição, acompanhada da respectiva tutela penal (patamar mínimo) ao decretamento de medidas materiais concretas com vista a impedir a violação, a título exemplificativo, a apreensão de bens ou instrumentos que sirvam para a prática do ilícito até ao encerramento do espaço público onde tal violação ocorre (patamar máximo). No fundo, devem ser decretadas as medidas que se revelem, no caso, adequadas e necessárias para assegurar quer o início quer a continuação da violação ilícita de direitos de autor e conexos. O que implica, necessariamente, do julgador uma ponderação e um juízo criterioso sobre a natureza do direito violado e as concretas circunstâncias dessa violação.

Pelo que, como supra se referiu, verificados os seus requisitos de aplicação, o decretamento da providência prevista no artigo 210º-G do CDADC terá, necessariamente, no mínimo de se consubstanciar no decretamento da inibição ou

⁶⁰ Cfr. Artigo 210º-G.2 do CDADC onde se prescreve que “O tribunal exige que o requerente forneça os elementos de prova para demonstrar que é titular de direito de autor ou direitos conexos, ou que está autorizado a utilizá-los, e que se verifica ou está iminente uma violação”.

proibição da execução pública, não autorizada de fonogramas, acompanhada da respectiva tutela penal, a que, terá de acrescer a apreensão de bens, até, ao encerramento do estabelecimento. Qualquer outro entendimento, constituirá, na prática, uma autêntica “autorização judicial” para a continuação da prática de um ilícito cível e penal⁶¹.

Sem prejuízo do que supra fica dito, mesmo que não se entenda que, na hipótese de violações actuais o decretamento da providência plasmada no artigo 210.º-G CDADC, dispensa a invocação e demonstração do ‘*periculum in mora*’ – consubstanciado no risco (receio, suficientemente justificado) de lesão grave e dificilmente reparável do direito invocado -, ainda assim, as providências em causa têm, segundo entendemos, de ser decretadas. Isto porque, a lesão não deve ser buscada no valor concreto da contrapartida pecuniária devida pela autorização ou licença a emitir pela Requerente mas antes na impossibilidade prática - ditada pela força das circunstâncias e por uma conduta *contra legem* e criminalmente punida – da mesma Requerente poder exercer, “sem qualquer restrição” os seus direitos.

Ora, é evidente que, reitere-se verificados os seus requisitos, com o indeferimento liminar da providência e/ou sem o seu decretamento [no caso dos factos alegados (violação do direito), consubstanciadores do pedido, serem dados como provados], a requerente encontrar-se-á impedida de exercer o direito de proibir a utilização em causa (vertente negativa do direito plasmado no n.º 2 do artigo 184.º do CDADC), que constitui, precisamente, como acabámos de referir, o núcleo essencial do direito invocado. Por isso que, mesmo que não seja adoptado o entendimento ora explanado, e se considere que o *periculum in mora* é um requisito essencial do decretamento da providência, sempre se deverá entender que este se encontra, em tais circunstâncias, preenchido sob pena de violação do n.º 7 do artigo 210.º-G do CDADC.

Na realidade, tendo em consideração as situações subjacentes aos procedimentos cautelares em análise (violação de direitos de autor e conexos), resulta que, estamos perante providências sobre interesses imateriais, e “são acções sobre direitos imateriais as que não têm valor pecuniário e visam realizar um interesse não patrimonial...”⁶². Ora, os direitos de autor e direitos conexos abrangem direitos de carácter patrimonial e direitos de natureza pessoal, denominados direitos morais – artigos 9º, 56º, 198º e 202º do CDADC. Assim, independentemente dos direitos patrimoniais, e mesmo depois da sua transmissão ou extinção destes, o autor, interprete, executante ou produtor, goza de direitos morais sobre a sua obra, designadamente o direito de reivindicar a respectiva paternidade, assim como, assegurar a sua genuinidade e integridade, opondo-se à sua destruição, a toda e qualquer mutilação, deformação ou outra modificação da mesma⁶³. Tal como, opor-se a qualquer acto que desvirtue e possa afectar a sua honra e reputação. Deste modo, independentemente dos danos sofridos pela Requerente, danos esses, a quantificar e peticionar em sede de acção principal decorrente dos procedimentos cautelares *in casu*, à que, no imediato, salvaguardar os interesses imateriais dos mesmos que estão a ser colocados em causa. Assegurar a não perpetuação da actividade ilícita, do(s) requerido(s) que, em muito afecta, o bom nome e reputação dos titulares de direitos conexos. Que contra aquelas vêm as suas obras, publicamente executadas, sem que, para o efeito tivessem dado autorização para tal.

Assim, pretende-se neste âmbito, salvaguardar tais direitos imateriais, assim como, reprovar ou castigar a actuação ilícita, reiterada, contínua e actual do(s) Requerido(s). Pelo que, reitere-se, a quantificação dos danos, nas presentes providências não se

⁶¹ Tal nos termos do disposto nos artigos 195º e 197º do CDADC, *ex vi*, artigo 184.º.2, do mesmo diploma.

⁶² Cfr. Salvador da Costa, *Código das Custas Judiciais Anotado e Comentado*, 8ª ed., 2005, págs. 101 e ss..

⁶³ Artigos 9º, 56º e 198º CDADC.

mostra, no nosso entendimento necessária, bem como, a sê-lo, resulta da simples impossibilidade de exercício da faculdade de proibir – núcleo essencial do direito – ou impedir uma dada utilização por terceiros.

a) A posição doutrinal

O ora defendido quanto à interpretação do artigo 210º-G do CDADC, encontra, igualmente, apoio na doutrina, a qual se apresenta, entre nós, praticamente inexistente sobre a matéria. Facto aliás, que não deixa de ser natural, em face de se mostrar tão recente a transposição para o ordenamento jurídico nacional da *Directiva Enforcement*.

Neste sentido, para além do trabalho intitulado “Os novos meios de tutela preventiva dos direitos de propriedade intelectual”, cuja autoria pertence a **Miguel Lourenço Carretas**⁶⁴, já por nós citado no presente texto e cujas posições seguimos de perto, também **Couto Gonçalves**, em “A protecção nacional da propriedade industrial no direito português”⁶⁵ afirma que a Directiva Enforcement “vem na linha da orientação vertida na Parte III do ADPIC/TRIPS (arts. 41º a 61º) que consagra um regime de aplicação efectiva dos direitos de propriedade intelectual dirigido à legislação dos Estado-membros, de modo a permitir uma efectiva acção eficaz contra qualquer infracção dos direitos de propriedade intelectual previstos no Acordo, incluindo medidas correctivas dissuasoras de novas infracções”.

Igualmente, **Adelaide Menezes Leitão** em “A tutela dos direitos de propriedade intelectual na Directiva nº 2004/48/CE”⁶⁶ afirma, a propósito do elemento teleológico referido que, “sem um nível de protecção equivalente em todo o território não se alcança o ambiente favorável a uma livre circulação no mercado interno e a uma sã concorrência”⁶⁷. Ora, assentando na ideia da dispensa do requisito do *periculum in mora*, em situações de violação já efectiva de direitos de autor e conexos, para a aplicabilidade da providência cautelar prevista no artigo 210º-G do CDADC afirma subjazer a ideia de “facilitação na instauração e decretamento de medidas cautelares (...) em prol da necessidade de assegurar a utilidade da decisão e a efectividade da tutela jurisdicional”, o que lhe permite concluir que “no CPC estabelecem-se pressupostos mais exigentes para a decretação da medida cautelar. Com efeito, no art. 381º exige-se o fundado receio de lesão grave e o carácter de difícil reparação do direito”⁶⁸.

No mesmo sentido, já em 2005, **Manuel Oehen Mendes**, no âmbito de uma conferência intitulada “Providências Cautelares em matéria de patentes”⁶⁹, afirmava que “é indispensável e urgente uma intervenção legislativa que adapte o regime geral das providências cautelares à natureza, necessidades e exigências específicas dos direitos de propriedade intelectual em geral (...) por forma a garantir-lhes um grau de

⁶⁴ Advogado e Director Geral da Audiogest – Associação para a Gestão e Distribuição de Direitos (entidade de gestão colectiva de direitos conexos).

⁶⁵ In. Revista Scientia Iuridica, nº 316, pág. 692.

⁶⁶ Publicado nos “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Marcello Caetano”, Vol. I, bem como, na Colectânea Direito da Sociedade de Informação, Vol. VII, Coimbra, 2008.

⁶⁷ Cfr. Adelaide Menezes Leitão, *A tutela dos direitos de propriedade intelectual na Directiva nº 2004/48/CE*, em Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Marcello Caetano, ob. cit., pág. 29 e Colectânea Direito da Sociedade de Informação, ob. cit., pág. 173 ss..

⁶⁸ Cfr. Adelaide Menezes Leitão, *A tutela dos direitos de propriedade intelectual na Directiva nº 2004/48/CE*, em Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Marcello Caetano ob. cit., págs. 40, 41 e 51.

⁶⁹ Vide in. www.american.embassy.pt.

protecção elevado e efectivo. Esta adequação deverá ter em conta as especificidades de cada direito privativo.” Ora, atendendo, como afirmava às exigências específicas correspondentes à natureza dos direitos em questão, daí resultava que, segundo afirmava, “a violação de direitos privativos não depende da verificação de um qualquer dano ou prejuízo”, ou seja, seria dispensável a verificação da lesão grave e de difícil reparação (requisito do *periculum in mora*). Posição esta, aliás, que mantém após a entrada em vigor da Lei 16/2008, nomeadamente, em face da redacção do artigo 210º-G inserta na mesma⁷⁰.

Referência ainda para **António Santos Abrantes Galdes**, o qual, na sequência do Acórdão da Relação de Lisboa, datado de 10 de Fevereiro de 2009, do qual foi relator, e no qual a questão fundamental suscitada contendia com a interpretação do disposto no artigo 210º-G do CDADC, mormente, em decidir se perante violações efectivas de direitos de autor e conexos, o recurso às providências cautelares previstas nesse diploma se bastava com a alegação e prova de tal violação ou se, pelo contrário, pressupunha, à semelhança da providência cautelar comum prevista no CPC, uma situação de lesão grave e dificilmente reparável de tais direitos, concluiu, com base e de forma praticamente coincidente com os argumentos supra defendidos, que o deferimento da providência cautelar prevista no artigo ora em análise quando recaiam sobre situações de violação “actual” e permanente de direitos de autor e conexos se prescinde do requisito do *periculum in mora*. Perante situações de violação iminente de tais direitos, a lei, segundo entende, «*é mais rigorosa, exigindo, tal como nos arts. 381º, nº 1, e 387º, nº1, do CPC, que se verifique o perigo de ocorrência de “lesão grave e dificilmente reparável”*»⁷¹. Como o mesmo refere, se mesmo em relação a situações de violação eminente de direitos de propriedade intelectual, o legislador comunitário no artigo 9º da *Directiva Enforcement* não prescreveu tal exigência/requisito, «*ainda assim, a opção do legislador nacional por estabelecer uma diferenciação de regimes encontra justificação racional na gravidade relativa das situações. E encontra-se ainda legitimada pelo facto de a Directiva transposta apelar no seu art. 3º à previsão de procedimentos que sejam “justos e equitativos” mas que sejam também “eficazes e proporcionados (...)* aliás, o § 22º do *Preâmbulo da Directiva, que funciona como elemento interpretativo, refere-se prioritariamente às situações mais graves em que se mostra necessário cessar de imediato a violação, concretizando, ainda assim, que as medidas se justificam “designadamente, sempre que esteja devidamente estabelecido que qualquer atraso pode implicar um prejuízo irreparável ao titular do direito”, atribuindo, assim, a cada Estado-Membro alguma liberdade na concretização das medidas cautelares.*»⁷²

b) A posição jurisprudencial actual

⁷⁰ Vide *As providências cautelares na Directiva 2004/48/CE, de 29 de Abril de 2004 e a sua transposição para o direito interno – Algumas reflexões*, cfr. posição expressa no âmbito de uma formação contínua no Centro de Estudos Judiciários (CEJ), sobre o tema “Propriedade Intelectual, Direitos de Autor e Direitos Conexos”, realizado no Auditório do CEJ, Lisboa, 13 de Novembro de 2009, in. www.cej.mj.pt/cej/forma-continua/fich-pdf/.../fc_PI_Directiva2004-48.pdf.

⁷¹ Cfr. António Santos Abrantes Galdes, *Temas da Reforma do Processo Civil*, IV Volume, ob. cit., pág. 365 e *Tutela Cautelar da Propriedade Intelectual* - trabalho apresentado no âmbito de uma formação contínua no Centro de Estudos Judiciários (CEJ), sobre o tema “Propriedade Intelectual, Direitos de Autor e Direitos Conexos”, cit., pág. 15.

⁷² Cfr. António Santos Abrantes Galdes, *Temas da Reforma do Processo Civil*, IV Volume, ob. cit., pág. 367-368 e *Tutela Cautelar da Propriedade Intelectual* - trabalho apresentado no âmbito de uma formação contínua no Centro de Estudos Judiciários (CEJ), sobre o tema “Propriedade Intelectual, Direitos de Autor e Direitos Conexos” cit., pág. 15.

Paulatinamente, a jurisprudência nacional ao nível dos diversos Tribunais de Relação, tem-se mostrado praticamente unânime ao considerar a dispensa do requisito do *periculum in mora* no que concerne à aplicação da providência cautelar prevista no artigo 210º-G do CDADC, perante situações de violações actuais dos direitos de autor e direitos conexos. Dos acervos jurisprudenciais onde tal questão é debatida e objecto de análise, tal conclusão é a defendida. Como demonstração disso mesmo vejamos, a título meramente exemplificativo, algumas decisões dos nossos Tribunais superiores. Assim sendo, para além do já referido Acórdão da Relação de Lisboa, de 10 de Fevereiro de 2009, já anteriormente, a Relação de Coimbra, em Acórdão datado de 09 de Dezembro de 2008⁷³, propugnava que *“o art. 210º-G do CDADC tanto permite ao titular de direitos de autor pedir o decretamento de uma providência cautelar com fundamento na violação do seu direito, como com fundamento no fundado receio que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável a esse direito”*. Estando em causa no arresto em análise, programas informáticos, aí se conclui que *“pelo menos em relação a algumas das providências requeridas – a apreensão dos programas ilegitimamente reproduzidos que estivessem no estabelecimento da requerida e injunção à requerida para se abster de reproduzir, sem autorização, o software da requerente e de o comercializar – não era essencial à sua procedência a alegação de factos relativos ao receio de lesão grave e dificilmente reparável dos direitos da requerente sobre os programas de computador”*.

Posição esta, deste Tribunal Superior, que se manteve posteriormente. Neste sentido veja-se o Acórdão datado de 10 de Março de 2009⁷⁴, onde se forma lapidar se afirma que *“o art. 210º-G é bem claro, ao distinguir a situação da violação dos direitos de autor ou conexos da situação de fundado receio de lesão grave e dificilmente reparável desses direitos (...) basta, portanto, haver violação do direito de autor ou dos direitos conexos para que o tribunal decrete as providências adequadas a proibir a continuação da violação desse direito. Para o decretamento de tais providências, não é, assim, necessário que se verifique, cumulativamente, fundado receio de lesão grave e dificilmente reparável dos direitos (receio que diz respeito logicamente a uma violação iminente e não já verificada)”*, bem como, o Acórdão datado de 17 de Novembro de 2009⁷⁵, no qual se prescreve que *“da análise literal, teleológica e histórica (designadamente construída esta a partir dos textos preparatórios que antecederam a transposição da citada Directiva para o ordenamento jurídico português) das normas jurídicas em confronto, é possível concluir não existir inteira coincidência entre ambas: enquanto o artigo 381º, nº1 do Código de Processo Civil, visando tutelar os direitos em geral, se limita a proteger preventivamente situações de “fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável do seu direito”, o artigo 210º-G do Código de Direitos de Autor e direitos conexos (CDADC), destinado especificamente à protecção de direitos de propriedade intelectual (...) basta-se com a “violação de direitos” daquela natureza, o que, naturalmente, pressupõe que possam ser accionados e decretados os mecanismos nele previstos, independentemente, da violação já se achar consumada, ou de apenas existir “fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável do direito de autor ou dos direitos conexos”, concluindo assim que o artigo 210º-G do CDADC, na redacção que lhe foi conferida pela Lei 16/2008 de 01 de Abril, confere ao titular quer do direito de autor quer do direito conexo, a possibilidade de decretamento da providência cautelar aí regulada quer com fundamento na violação desses direitos*

⁷³ Cujo relator é Emílio Santos, in. www.dgsi.pt.

⁷⁴ Vide, processo número 4191/08.4TJCBR-B.C1, in. CJ, tomo II, pág. 9 ss.

⁷⁵ Vide processo número 1201/09.1TBMRGR, Relatora Judite Pires, in. www.dgsi.pt.

quer com fundamento no fundado receio de lesão grave e dificilmente reparável dos mesmos.

Por fim, importa ainda trazer à colação o Acórdão da Relação de Évora, datado de 07 de Outubro de 2009⁷⁶, no qual se conclui que “o artº 210º-G do Código de Direitos de Autor e Direitos Conexos prevê duas situações diferenciadas, uma referente à violação de direitos de autor ou de direitos conexos, e outra respeitante a fundado receio de ocorrência de lesão grave e dificilmente reparável desses direitos. No que se refere à situação de violação de direitos, em que a lesão já ocorreu ou está em curso, o decretamento da medida cautelar não depende da apreciação da sua gravidade ou da dificuldade da sua reparação”.

c) Direito Comparado

Aqui chegados, verificamos que as conclusões que fomos atingindo ao longo deste percurso saem reforçadas quando olhamos para as soluções que a este propósito têm sido tomadas no *direito comparado*⁷⁷. Aliás, tal é o reflexo dos objectivos pretendidos pela *Directiva Enforcement* no sentido da uniformização, em face da disparidade normativa, nesta matéria, por parte dos Estados-membros, quanto ao tratamento tutelar dos direitos de propriedade intelectual.

Desde logo, na nossa vizinha **Espanha**, a este propósito prescinde-se, em qualquer caso, da gravidade ou irreparabilidade da lesão. Sob a epígrafe “*medidas cautelares*”, o artigo 141º da Lei 19/2006 de 05 de Junho determina que:

“en caso de infracción o quando exista temor racional y fundado de que esta va a producirse de modo imminente...”.

Igualmente, em **França**, o artigo 521-6 do Código da Propriedade Intelectual alterado pela transposição⁷⁸ da *Directiva Enforcement* passou a prescrever que:

“Toute personne ayant qualité pour agir en contrefaçon peut saisir en référé la juridiction civile compétente afin de voir ordonner, au besoin sous astreinte, à l'encontre du prétendu contrefacteur ou des intermédiaires dont il utilise les services, toute mesure destinée à prévenir une atteinte imminente aux droits conférés par le titre ou à empêcher la poursuite d'actes argués de contrefaçon.

La juridiction civile compétente peut également ordonner toutes mesures urgentes sur requête lorsque les circonstances exigent que ces mesures ne soient pas prises contradictoirement, notamment lorsque tout retard serait de nature à causer un préjudice irréparable au demandeur.

⁷⁶ Vide processo número 1264/09.0TB FAR.E1, Relator Mata Ribeiro, *in*. CJ, tomo IV, pág. 247.

⁷⁷ Sobre o assunto vide António Santos Abrantes Geraldès, *Temas da Reforma do Processo Civil*, IV Volume, *ob. cit.*, pág. 368 ss., bem como, *Tutela Cautelar da Propriedade Intelectual*, trabalho apresentado no âmbito de uma formação contínua no Centro de Estudos Judiciários (CEJ), sobre o tema “Propriedade Intelectual, Direitos de Autor e Direitos Conexos”, *cit.*, pág. 15 e ss.

⁷⁸ Efectuada pelo Decreto nº 2008-624 de 27 de Junho de 2008, tendo sido o país, a par com Portugal, Alemanha, Luxemburgo e Suécia, um dos Estados-Membros que, em face do atraso na transposição para o ordenamento jurídico nacional da *Directiva Enforcement*, sobre os quais a Comissão Europeia iniciou os procedimentos tendentes à fase contenciosa.

Saisie en référé ou sur requête, la juridiction ne peut ordonner les mesures demandées que si les éléments de preuve, raisonnablement accessibles au demandeur, rendent vraisemblable qu'il est porté atteinte à ses droits ou qu'une telle atteinte est imminente".

A mesma solução foi adaptada em **Itália**, no qual, o Decreto Legislativo nº 140, datado de 16 de Março de 2006, tendo procedido à alteração do artigo 156º da Lei 633 de 1941, passou a determinar que:

" Chi há ragione di temere la violazione di un diritto di utilizzazione economica a lui spettante in virtù di questa legge oppure intende impedir ela continuazione o la ripetizione di una violazione già avvenuta sai da parte dell'autore della violazione che di un intermediário i cui servizi sono utilizzati per tale violaziuone puo agire in giudizio per ottenere che il suo diritto sai accertato e sai vietato il proseguimento della violazione".

Finalmente, referência para a regulação legislativa desta matéria no **Luxemburgo**, no qual o artigo 27º.2 da Lei datada de 22 de Maio de 2009, faz depender, no que concerne às violações de direitos de autor, quer verificadas quer iminentes, dos seguintes factores:

" a) Si l'existente du droit de propriété intellectuelle, dont la protection est invoquée, est, selon toutes les apparences, valablement établie;

b) Si l'atteinte ou la menace d'atteinte au droit de propriété intellectuelle en cause ne peut être raisonnablement contestée;

c) Dans le cas d'une saisie, si, après avoir fait une pondération des interest en présence, d'ont l'intérêt général, les faits, e, le cas échéant, les pièces sur lesquelles de demandeur se fonde sont de nature à justifier raisonnablement la saisie tendant à la protection du droit de propriété intellectuelle invoqué".

d) Questões conexas à tutela cautelar – realidade forense

dd) Ausência de actualidade da lesão e urgência do decretamento da providência cautelar

Entre nós, na prática forense decorrente da tutela jurisdicional dos direitos de autor e direitos conexos, mormente, no que concerne à aplicação do disposto no artigo 210º-G do CDADC, na sequência dos arrestos supra citados, é possível constatar o indeferimento das providências cautelares em causa por manifesta inviabilidade das mesmas, pelo facto de não se concluir pela urgência da providência, nomeadamente a verificação da lesão actual e continuada do direito em causa.

Na realidade, como se extrai daqueles e contrariamente ao sustentado nas decisões recorridas os pedidos da(s) requerente(s) não se circunscrevem à verificação pontual e circunstanciada da lesão dos seus direitos. De facto, nos mesmos está em causa a violação habitual, reiterada e contínua dos direitos de autor e direitos conexos.

Pelo que, tal violação prosseguida pelo(s) requerido(s) ocorre na exacta medida em que os mesmos prosseguem normalmente a sua actividade, resultando aliás, das regras de experiência comum atento o tipo de estabelecimentos em questão nas providências intentadas no caso dos arrestos aludidos – Bar/Discotecas. Actuação

ilícita essa que se perpetua até à actualidade, não obstante, tomando como análise as diversas matérias de facto provadas naqueles, as interpelações à regularização da situação e cumprimento da lei, mormente à não prática continuada do crime que tal actuação consubstancia⁷⁹.

Pelo que, a continuação permanente e continuada por parte do(s) requerido(s) na violação dos direitos de autor e conexos, é, só por si, causadora de graves prejuízos aos seus titulares (ou entidades de gestão que actuem em sua representação) não lhes restando, outra alternativa senão agir judicialmente através da providência cautelar em causa, sob pena de ficarem a assistir de forma impávida e serena, à violação contínua, reiterada, permanente e actual dos seus direitos, já que, qualquer demora processual, para além de se traduzir na continuação da actividade delituosa daqueles, consubstanciar-se-ia, igualmente, num intolerável esvaziamento do direito destes - o poder ou faculdade de impedir uma dada utilização por terceiros, poder esse que não é mais do que a vertente negativa do direito de autorizar -. Assim, se justificando a urgência e a lesão actual do direito a proteger⁸⁰.

ddd) Inidoneidade do meio processual utilizado (procedimento criminal)

Finalmente, ao proceder à análise das decisões que a jurisprudência nacional tem produzido sobre a presente matéria, verificamos, igualmente, que outra questão que se tem levantado encontra-se relacionada com a idoneidade do meio processual empregue (Providência Cautelar) tendo em conta o direito que se pretende salvaguardar.

Tome-se como exemplo disso mesmo a sentença que deu azo ao Acórdão da Relação de Coimbra, datado de 17/11/09⁸¹, na qual a Primeira Instância, sustenta *“dúvidas se lançam sobre a idoneidade do meio processual empregue mais se afigurando que a participação para posterior, se não é que já corre, procedimento contra ordenacional ou criminal é a que mais se coaduna com a pretensão formulada”*. Ora, quanto a tal questão, dúvidas não se podem suscitar. Na realidade em face dos litígios em causa, o procedimento criminal não se mostra, de todo em todo, o que *“mais se coaduna com a pretensão formulada”*.

Dispõe, a este propósito, o artigo 195º CDADC que *“comete 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 neste Código”*. Ora, não obstante a(s) situação(ões) plasmada(s) nos procedimentos cautelares objecto dos arrestos jurisprudenciais produzidos, consubstanciar o supra referido ilícito criminal, tal circunstância em nada afecta o exercício, neste âmbito, do direito cível da(s) requerente(s). Na verdade, esta pluralidade de meios processuais decorre, não só da circunstância de se estar perante um crime público⁸² mas também do especial e expressamente previsto no artigo 203º do diploma legal em questão. Aí se prescreve que *“a responsabilidade civil emergente da violação dos direitos previstos neste Código é independente do procedimento criminal a que esta dê origem, podendo, contudo, ser exercida em conjunto com a acção criminal”*.

⁷⁹ Vide artigo 195º do CDADC.

⁸⁰ Sobre tal circunstância, de forma exemplificativa, veja-se o Acórdão da Relação de Coimbra, datado de 17/11/09, citado supra em IV b).

⁸¹ Vide supra ponto IV b).

⁸² Cfr. artigo 200º do CDADC.

Dúvidas não se poderão suscitar sobre o facto de nos encontrarmos neste âmbito, bem como, nas subsequentes acções declarativas de condenação das quais os procedimentos cautelares são dependentes, no domínio da responsabilidade civil (extra-contratual) dos direitos de autor e conexos em causa. Ao exposto, acresce que, o artigo 71º do Código de Processo Penal (CPP) admite a dedução do pedido de indemnização cível em separado, perante um tribunal civil, nos casos previstos na lei. Deste modo, para além das situações previstas e elencadas no artigo 72º.1 do CPP, outros casos há, em que a lei permite a dedução do pedido de indemnização civil fundado na prática de um crime, em separado, perante o tribunal civil. Ora um desses casos é precisamente o do previsto no artigo 203º do CDADC.

Pelo que, resulta claro que assiste à(s) requerente(s), o direito de intentar os procedimentos cautelares como os em análise dos arrestos aludidos, sendo este, conforme defendemos, o meio processualmente adequado para o fazer⁸³.

V. NOTA CONCLUSIVA

Percorrida assim, toda esta *via sacra*, libertos de todos os resquícios que neste ponto ainda ligavam a tutela cautelar em matéria de direitos de autor e direitos conexos da tutela cautelar comum, não podemos deixar de afirmar que a especificidade do ramo jurídico em causa, implica necessariamente a tutela autónoma do disposto no artigo 210º-G do CDADC em face da regulamentação geral prevista no CPC, isto, à semelhança do que já se verificava quanto aos demais procedimentos cautelares específicos regulados naquele, bem como, quanto os previstos em dispersa legislação avulsa.

Desta forma, a providência cautelar aqui em análise, consubstancia-se num procedimento cautelar especificado e específico ao qual deve ser aplicado, o regime previsto no CDADC, bem como, por expressa remissão, os artigos relativos à tramitação, causas de extinção, caducidade, responsabilidade do requerente e, a título supletivo, as regras relativas ao procedimento cautelar comum previsto no artigo 381º e ss. do CPC.

Este o espelho da nobreza da matéria em causa que, apenas dessa forma, devidamente se poderia acautelar. De facto, tais direitos imateriais reclamam, atentando à sua natureza, um “*elevado nível de protecção*” face à sua particular vulnerabilidade. Circunstância aliás, que é reconhecida pelas próprias instâncias comunitárias, materializada na Directiva Enforcement, a qual, em virtude das circunstâncias que rodearam a sua elaboração e conseqüente introdução no nosso ordenamento jurídico, é reflexo da pretensão de uniformização dos diversos ordenamentos jurídicos a que a mesma se dirigiu no que concerne à tutela cautelar dos direitos de propriedade intelectual.

Pelo que, a defender-se e a tornar-se público o entendimento de que os requisitos necessários para o decretamento da providência cautelar plasmada no artigo 210º-G do CDADC são, cumulativamente, a violação do direito de propriedade intelectual e o fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável daquele direito, então, os Tribunais portugueses estarão não só a promover a continuidade da lesão (e da prática do ilícito criminal) dos direitos em causa, bem como, a trilhar caminhos opostos, e de desinformização, em face da União Europeia, da qual são membros. Contrariando, o que, na nossa óptica, constitui de *per sí* um sinal

⁸³ Posição ora expressa no texto que é corroborada pelo Acórdão da Relação de Coimbra, datado de 17/11/09 cit..

sintomático da crescente importância e relevância que os direitos de autor e os direitos conexos vêm assumindo no ordenamento jurídico europeu. Passando, igualmente, ao mercado (o qual, como é sabido, constitui um meio muito restrito onde a informação flui rapidamente) a ideia de que o “crime compensa”.

Gonçalo Gil Barreiros

(gilbarreiros@iol.pt)

Porto, Junho de 2010

VI. BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Moitinho, *Restituição da posse e Ocupação de Imóveis*, 2ª Edição, Almedina.

ALMEIDA, Moitinho, *Embargo e Nunciação de Obra Nova*, 2ª Edição, Almedina.

ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil, Direito de Autor e Direitos Conexos*, Reimpressão, Coimbra Editora, Janeiro, 2009.

ASCENSÃO, José de Oliveira e VICENTE, Dário Moura, *Legislação sobre Direito de Autor e Sociedade de Informação*, Coimbra, 2008.

ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direitos Intelectuais: Propriedade ou Exclusivo?*, Revista Themis, nº 15.

CARRETAS, Miguel Lourenço, *Os novos meios de tutela preventiva dos direitos de propriedade intelectual no direito português*, Scripted, Volume 5, Issue 3, December/2008, in. www.law.ed.ac.uk.

COSTA, Salvador da, *Código das Custas Judiciais Anotado e Comentado*, 8ª ed., Almedina, 2005.

FREITAS, José Lebre de, *Código de Processo Civil Anotado*, 2º Volume, Coimbra Editora, 2001.

GERALDES, António Santos Abrantes, *Temas da Reforma do Processo Civil*, IV Volume, 4ª Edição Revista e Actualizada, Almedina, Abril/2010

GERALDES, António Santos Abrantes, *Temas da Reforma do Processo Civil*, III Volume, 4ª Edição Revista e Actualizada, Almedina, Janeiro/2010.

GERALDES, António Santos Abrantes, *Tutela Cautelar da Propriedade Intelectual*, conferência proferida no Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 13 de Novembro de 2009, in. www.cjlp.org/tutela_cautelar_da_propriedade_intelectual.html

GOMES, José Caramelo, *O Juiz Nacional e o Direito Comunitário - O Exercício da Autoridade Jurisdicional Nacional na Jurisprudência do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia*, Almedina, 2006.

GONÇALVES, Couto, *Revista Scientia Iuridica*, nº 316.

LEITÃO, Adelaide Menezes, *A tutela dos direitos de propriedade intelectual na Directiva nº 2004/48/CE*, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Marcello Caetano, Volume I.

LEITÃO, Adelaide Menezes, *A tutela dos direitos de propriedade intelectual na Directiva nº 2004/48/CE*, Colectânea Direito da Sociedade de Informação, Volume VII, Coimbra 2008.

MENDES, Manuel Oehen, *Conferência sobre Providências Cautelares em matéria de patentes*, in. www.american.embassy.pt.

MENDES, Manuel Oehen, *As providências cautelares na Directiva 2004/48/CE, de 29 de Abril de 2004 e a sua transposição para o direito interno - Algumas reflexões*, conferência proferida no Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 13 de Novembro de 2009, in. www.cej.mj.pt/cej/forma-continua/fich-pdf/.../fc_PI_Directiva2004-48.pdf

MONTEIRO António Pinto e ROCHA, Maria Victória, *Parecer sobre o sentido e alcance do artigo 184º, nº 3, do CDADC*, Coimbra, 28 de Outubro de 2005.

QUINTAS, Paula, *A Problemática do Efeito directo das Directivas Comunitárias*, Almedina, 2000.

REBELO, Luiz Francisco, *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos Anotado*, Âncora Editora, 2002.

REIS, Alberto dos, *Código de Processo Civil Anotado*, Volume I, Coimbra Editora.

SOUSA, Miguel Teixeira de, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 2ª Edição, LEX, Lisboa/1997

VICENTE, Dário Moura, *A Tutela Internacional da Propriedade Intelectual*, Almedina, Dezembro, 2008