

# Filmagem de Espectáculos Desportivos e “Direito de Arena”

ALBERTO DE SÁ E MELLO \*

## I Apresentação

O que possa designar-se *espectáculo* tem hoje uma “*arena*” que só é limitada pela disponibilidade de *meios* para captar (“fixar/gravar”) e difundir, com uma velocidade quase instantânea e âmbito planetário, os *factos* que nela se desenrolam a cada momento e na medida do insaciável interesse dos *espectadores* potenciais; os sujeitos a quem pode apetercer tal exclusivo incluem tanto os que *o* (ao *espectáculo*) *organizam, realizam* ou *interpretam*, como os que *o fixam e difundem* ou até os *participantes* (artistas, desportistas, outros figurantes). Confrontamos, pois, o que se manifesta como a aspiração à outorga de um exclusivo de aproveitamento económico de “*factos espectaculares*”.

### 1 Vias de indagação sobre um possível *objecto de direito sobre “espectáculos”*

A proposta de tratamento de um tema como o enunciado, além de aliciante pela sua originalidade entre os que habitualmente são versados a propósito dos direitos intelectuais, desperta seguramente o grande interesse que a diversidade de problemas que suscita justifica. O desafio consiste em procurar uma construção teórica que confirme ou infirme a autonomia dogmática, jusautorral ou outra, a partir de um bem tão difuso como o designado “*espectáculo*”, sobretudo se se tratar de um

---

JURISMAT, Portimão, n.º 1, 2012, pp. 175-199.

\* Doutor em Direito; Advogado.

“*espectáculo desportivo*” em que não se descortina o mais leve indício de *criação* – ou de *interpretação/execução* – de quaisquer *obras intelectuais*.

A muito ténue familiaridade de um eventual *direito sobre um espectáculo* no mundo do Direito Intelectual não deve, contudo, provocar o distanciamento precipitado que a estranheza tantas vezes causa. É que, depois do reconhecimento de *exclusivos jusautorais* sobre produtos, como os *fono/videogramas*,<sup>1</sup> passou-se já à outorga de tutela jusautorais relativa a *outros bens imateriais*, sobretudo se forem susceptíveis de transmissão à distância, quer esta se realize mediante *comunicação pública em ambiente diferente por via hertziana, satélite ou cabo* ou pela sofisticada e, principalmente, mais eficiente e rentável, *colocação à disposição do público mediante telecomunicação digital em rede* (via internet). É o caso dos *conteúdos informativos*, objecto de “investimento substancial” na recolha, tratamento/armazenamento que proporcione a acessibilidade individual aos elementos incorporados:<sup>2</sup> a *informação* –

<sup>1</sup> Veja-se, em citação de importantes instrumentos internacionais, a tutela outorgada a estes produtores de *suportes materiais*: pelo disposto nos arts. 10 e 12 da Convenção de Roma *para protecção dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores de fonogramas e dos organismos de radiodifusão* (CR\*); nos arts. 2º/1, 7º e 9º (reprodução e distribuição de fonogramas) da Directiva da U.E., de 19-11-1992 *relativa ao direito de aluguer, ao direito de comodato e a certos direitos conexos ao direito de autor* (Directriz da U.E. n.º 92/100/CE\*); nos arts. 11 a 14 (reprodução, distribuição, aluguer e comunicação pública/colocação à disposição do público de fonogramas) do Tratado da OMPI *sobre interpretações ou execução de fonogramas*, de 1996 (WIPO/WPPT\*); pelo disposto no art. 14º/4 (locação de fonogramas) do Acordo *sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio* (Acordo TRIPS/ADPIC\*) anexo ao Tratado que institui a Organização Mundial de Comércio; no art. 3º/2, b) (locação, comodato, reprodução e distribuição de fonogramas) da Directiva da U.E. *relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na Sociedade da Informação* (Dir.Soc.Inf.\*) – Directiva 2001/29/CE, de 22-5-2001, transposta em Portugal pela Lei n.º 50/2004, de 24-8.

<sup>2</sup> Sobre o acolhimento normativo de direitos sobre *conteúdos informativos* como *bens imateriais autónomos*, pode recordar-se a tutela hodierna da posição jurídica do *produtor das bases de dados (criativas ou não)* que resultem de um “investimento substancial” (ex arts. 7º a 11º da Directiva da U.E. n.º 96/9/CE, de 11-3-1996, *relativa à protecção das bases de dados* (DBD\*), já transposta também para os ordenamentos jurídicos espanhol e português, respectivamente pela Ley 5/1998, de 6-3, de Espanha, e pelo Decreto-lei n.º 122/2000, de 4-7, de Portugal). Esta – como desenvolvemos em escritos anteriores – determina a outorga de um direito *sui generis* ao respectivo produtor, que nasce, não da *formalização de uma obra intelectual*, mas da actividade de produção da base de dados (fabrico, assim como manutenção, apresentação e todas as demais *operações empresariais* que tornem individualmente acessível o seu conteúdo). O *presuposto* da atribuição do direito *sui generis* é, então, o investimento humano, técnico e financeiro realizado, desde que “substancial”. O *objecto* de tutela é, como dissemos, o conteúdo informativo da base de dados enquanto resultado desse investimento. Este que é, sem dúvida, um produto e não uma obra (com a qual pode até coexistir: a *obra-base de dados*, mas que é objecto de uma situação jurídica autónoma), não deixa de ser um *bem imaterial*, definido pelo conjunto de elementos (imateriais) informativos a que é proporcionado o acesso individual. Não deve confundir-se com o *suporte* em que se fixa (porventura também um resultado do investimento do produtor da base, mas que é um objecto autónomo de direitos conexos pela fixação de obras em suportes físicos), nem com o *meio* que é empregue na difusão da base de dados.

essa que, apesar de ser por definição destituída de criatividade, é eventualmente o bem económico mais valioso das civilizações consideradas desenvolvidas.

A protecção de uma *prestação empresarial* pela outorga de direitos intelectuais não é, afinal, novidade<sup>3</sup>. Mas é disto que se trata a propósito do reconhecimento de um *direito ao espectáculo*? Da investidura de um empresário na titularidade de um exclusivo sobre o aproveitamento económico de um evento que promove, organiza e financia? Ultrapassará a mera relevância *noticiosa*, que interessa sobretudo o direito de informar e de ser informado?

### 1.1 Perspectivas de análise e situações jurídicas envolvidas

O simples enunciado do tema sugere a outorga de direitos privativos sobre o aproveitamento económico de “eventos *espectaculares*”, em possível contraponto às prerrogativas dos que pretendem o seu desfrute sensorial, emocional e intelectual. As implicações são tantas como as vias de tratamento do tema.

A Dada a actual miscelânea e nivelamento de interesses gerados na “*comunidade global da informação*”, afigura-se que *todo* o acontecimento pode arvorar-

---

[Esclarece-se aqui um ponto que pode suscitar interpretação controversa nos nossos: “*Tutela Jurídica das Bases de Dados*” in Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, n.º 90, Madrid, 1998, II-2. A), pag. 329 ; e “*Bases de Dados. A Tutela Jurídica Europeia*”, in Nuevas Tecnologías y Propiedad Intelectual (obra colectiva sob coordenação de Carlos ROGEL VIDE), Madrid, 1999. Empregámos aí a expressão “conteúdo *material*” para identificar o objecto do direito *sui generis*. Julgamos que o nosso pensamento ressalta claro do que ali escrevemos em descrição dessa expressão: «... os elementos que a (à base de dados) integram, independentemente da sua natureza». Com isto continuamos a significar que este direito respeita ao conjunto de elementos *informativos* com valor intrínseco fruto do investimento empresarial do produtor - *i.e.*, independente da sua relevância jusautoral, bem como da sua valia económica se não fossem combinados e tornados individualmente acessíveis *na* base de dados. Reiteramos que, pela outorga do direito *sui generis*, se protege o *conteúdo* da base e não uma eventual *estrutura formal criativa*, o *produto* e não a obra, como também ali se explica. Porque a expressão “conteúdo *material*” pode, contudo, justificadamente prestar-se a equívoco quanto à natureza dos bens objecto do direito, fica o esclarecimento com a devida supressão do adjectivo].

<sup>3</sup> JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “*A Recente Lei Brasileira dos Direitos Autorais, Comparada com os Novos Tratados da OMPI*”, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol. XL, n.ºs 1 e 2, Coimbra, 1999, n.º 14, pag. 596, conclui, a propósito da tutela da “*prestação de serviços em linha*”: «Também por este lado se intensifica o ocaso do direito de autor. A protecção da obra intelectual torna-se um acidente, porque o que está em primeiro plano é a protecção das prestações ou serviços em rede do produtor. Também por este lado o direito intelectual, que é apresentado como um direito que protege o criador de obras ou prestações culturais, desemboca afinal num direito de protecção do empresário, que explora essas obras ou prestações.». É uma boa síntese do que é a tendência, não disfarçada, da evolução actual da tutela jusautoral.

se (ou reduzir-se) à susceptibilidade de “*mise en scène*” – trate-se de um jogo de futebol ou de um desempenho circense, dos jogos olímpicos ou de uma representação cénica de Molière, de uma récita de poesia de Pessoa ou de uma tourada, da execução musical de uma peça de Falla ou de um desfile de “samba”, de um combate de pugilismo como de um concurso televisionado. Só que a “*mise en scène*” implica normalmente *criação*: é ela-própria uma obra – da *encenação dramática* à *produção e criação/adaptação audiovisuais* – e pressupõe a utilização das obras que incorpora. Se for disto que se trata, não se assinalaria nada de novo: um “*espectáculo*” seria relevante para o direito intelectual na estrita medida em que comportasse criação e ou interpretação/execução de obras intelectuais.

- B De seguida, ocorre estarem já consagrados direitos sobre os produtores de suportes em que se fixem/gravem tanto obras ou interpretações/execuções, como quaisquer sons ou imagens ou os conteúdos informativos que incorporem base de dados, também susceptíveis de utilização através de *meios* de telecomunicação. Mas a produção de fono/videogramas já vê reconhecida a tutela da posição jurídica dos respectivos produtores, (ainda que) com *presupostos* e *objecto* diferentes: a situação jurídica que envolve a produção de fono/videogramas supõe uma autorização para fixação/gravação, se o *objecto* a fixar for uma obra ou interpretação/execução artística, *não uma prestação organizativa empresarial independente da relevância jusautorral do seu conteúdo*; por outro lado, tem como *objecto* um suporte material, *não um espectáculo que*, mesmo sem a caracterização que requer para determinação da sua natureza, *se antecipa que não é certamente coisa corpórea*; e tem como *fundamento* o investimento na produção de (fixação/gravação em) esse suporte e na reprodução e distribuição dos exemplares produzidos, *não a organização dos eventos (“espectaculares” ou não) que fixam*.
- C No horizonte, subsiste, contudo, um espaço não preenchido: o que corresponde à susceptibilidade de aproveitamento das vantagens económicas que, mais do que o simples *acesso presencial* a um espectáculo, adviriam da outorga de um exclusivo sobre a sua *fixação/gravação* e, sobretudo, sobre a sua *telecomunicação pública* em qualquer das modalidades antes referidas.

Na verdade, o que possa designar-se *espectáculo* tem hoje uma “*arena*” que só é limitada pela disponibilidade de *meios* para captar (“fixar/gravar”) e difundir, com uma velocidade quase instantânea e âmbito planetário, os *factos* que nela se desenrolam a cada momento e na medida do insaciável interesse dos *espectadores* potenciais; os sujeitos a quem pode apetecer tal exclusivo incluem tanto os que *o* (ao *espectáculo*) *organizam, realizam* ou *interpretam*, como os que *o fixam* e *difundem*. Confrontamos, pois, o que se manifesta como a aspiração à outorga de um exclusivo

de aproveitamento económico de “*factos espectaculares*”, pelo que a análise deve começar pela avaliação da sua relevância jurídica como *bens jurídicos autónomos*.

Examinemos primeiro, na perspectiva do enunciado em A. e B., os pressupostos, objecto e estrutura das situações jurídicas resultantes da *filmagem (gravação/fixação) de espectáculos desportivos*. E, nesta sede:

- a reserva de *exploração económica das produções audiovisuais realizadas sobre “espectáculos”* ;
- a distinção entre a anterior e os *direitos outorgados aos produtores dos suportes que fixem os “espectáculos” e aos organismos que os difundam*.

## II O espectáculo como encenação, como produção audiovisual, como objecto de fixação fono/videográfica

### 1 Espectáculo e encenação de obra

O art. 117º CDA\*<sup>4</sup> estabelece a *reserva de transmissão sonora, visual ou audiovisual* de representações cénicas de obras, *bem como a sua “reprodução”<sup>5</sup> em fonograma ou videograma*, a sua *fixação em filme* e a sua *exibição*”, que faz depender «de consentimento escrito do *autor* e de autorizações dos *artistas* e do *empresário do espectáculo*».<sup>6</sup> É certo que - nos termos dos arts. 107º e 108º CDA\* - tal reserva, limitada à radiodifusão e à fixação fono/videográfica ou filmica, bem como à exibição pública das representações cénicas de obras, supõe a autorização prévia do(s) autor(es).<sup>7</sup> No entanto, o direito outorgado a “um empresário” – *ex art. 109º CDA\** – compreende tão-só «a *promoção da representação da obra* (ou da sua recitação ou execução)»; não pode, pois, afirmar-se – dada também a *limitação fina-*

<sup>4</sup> CDA\* – “*Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos*” de Portugal, aprovado pelo Decreto-lei n.º 63/85, de 14 de Março, alterado por ratificação pela Lei n.º 45/85, de 17 de Setembro e pela Lei n.º 114/91, de 3 de Setembro, pelos Decretos-leis n.ºs 332/97, 333/97 e 334/97, todos de 27 de Novembro e pela Lei n.º 16/2008, de 1-4 (que também republica o Código).

<sup>5</sup> A expressão “*reprodução em fonograma ou videograma*” só pode ser entendida como inscrita em sentido impróprio. Na linha das restrições decorrentes do exclusivo assim outorgado, trata-se de uma restrição de utilização que compreende também outras faculdades jusautorais: a *fixação*, como instrumental daquela; a *comunicação pública da obra* (incluindo a sua *colocação à disposição do público*, na linha do instituído pela Dir.Soc. Inf.\*).

<sup>6</sup> O art. 121º CDA\* faz *subsidiária* a aplicação do regime da “*representação cénica*” à «*recitação de obras literárias*» e à «*execução e interpretação (incluindo pelo canto) de obras musicais*».

<sup>7</sup> A especificação de que o exclusivo outorgado respeita a *obras* que sejam objecto de *representação cénica (dramática, dramático-musical, coreográfica ou pantomímica)*, de *recitação literária* ou de *execução musical (por instrumentos ou por instrumentos e cantores)* é expressa no disposto nos arts. 107º e 121º CDA\*.

*lista da atribuição* que os n.ºs 2 e 3 do art. 109º explicitam – que compreenda as faculdades de fixação, reprodução e, sobretudo, de radiodifusão ou exibição pública que o preceito citado (art. 107º CDA\*) reserva também ao “empresário do espectáculo”.

A LPI esp.\*<sup>8</sup> - cfr. arts. 74 ss. (*maxime* arts. 74 e 83) - estabelece a «*atribuição em exclusivo dos direitos/faculdades de executar publicamente uma obra literária, musical, dramática, dramático-musical, pantomímica ou coreográfica como efeito presumido do contrato celebrado entre autores ou seus sucessores jurídicos e uma pessoa natural ou jurídica*». Contudo, afigura-se que, entre as faculdades atribuídas, não se compreende a faculdade de radiodifusão (cfr. arts. 84 e 85 LPI esp.\*).

**A aplicação de regras jusautorais para a qualificação do que seja um espectáculo não esgota evidentemente a realidade em apreço. Se os espectáculos desportivos não figuram a interpretação de qualquer obra, então que direitos podem estar em causa, qual o seu pressuposto e objecto?**

## 2 *Pressuposto e objecto de tutela no audiovisual*

O art. 2º/1-f), CDA\* é expresso na designação como «criações intelectuais: (...) as *obras cinematográficas, televisivas, fonográficas, videográficas e radiofónicas*».

Nestes termos,

A) São *obras audiovisuais*, as que sejam *criadas e exteriorizadas segundo expressão formal* literária e ou artística comum à cinematografia, *i.e.*, aquelas que sejam exteriorizadas em *sequências de imagens animadas* (acompanhadas ou não de sons), criadas sob a coordenação artística de um designado *director-realizador* a partir de um *argumento* (elemento narrativo, original ou adaptado, sobre um tema-guião).

A obra audiovisual *pode* integrar contributos individuais, como *texto escrito* e ou *outros* elementos criados especialmente para a expressão audiovisual pretendida (*música, desenhos, gravuras, gráficos, programas de computador*), que, no entanto, não são essenciais à *expressão audiovisual*. A protecção jusautorais destes, como obras autónomas, requer que sejam dotados da densidade criativa requerida para a tutela jusautorais específica de cada uma destas obras. Esta *criatividade* está, porém,

<sup>8</sup> LPI esp.\* – “*Ley de Propiedad Intelectual*” de Espanha, segundo texto refundido pelo R.D.Leg. 1/1996, de 12-4-1996, alterado designadamente pela “*Ley 5/1998, de 5-3-1998*”, pela “*Ley 19/2006, de 5-6, pela Ley 23/2006, 7-7 e pela Ley 10/2007, de 22-6*”.

normalmente ausente nos *espectáculos*, que não mereceriam assim tutela autónoma como obras, ainda que integrassem uma *produção/criação audiovisual*.

Por outro lado, não é obviamente o tipo de *suporte* (película, videocassete, disco ou outro registo digital) que confere o carácter criativo ao audiovisual; neste sentido, *obra televisiva* não é simplesmente a obra *televisionada* (ainda que figure a difusão televisiva de uma obra em si protegida, como uma representação teatral ou uma ópera), mas a que seja criada segundo a expressão formal própria desse *meio* (o que retira esta tutela também, por exemplo, à mera produção televisiva ou videográfica – e bem assim à “filmagem” – de imagens que não sejam objecto de montagem/realização, ditas vulgarmente “*não editadas*”<sup>9</sup>). Sugere-se-nos que a *difusão televisiva* de um “espectáculo” não será necessariamente *obra/produção audiovisual*, mas poderá contender um exclusivo que se constitua para a sua teledifusão.

B) É também característica comum às *obras audiovisuais* que o processo de *produção* seja essencial à sua exteriorização e determinante da sua individualização,<sup>10</sup> não apenas na promoção e enquadramento organizativo e financeiro da sua criação (como em qualquer obra colectiva) ou apenas na fixação da obra acabada e na sua reprodução, comunicação pública e distribuição (como acontece com um editor literário ou com um produtor de videogramas), mas como parte da própria individualização da obra. Assim, nas obras audiovisuais, a produção é elemento essencial da sua formação, já porque a contratação da produção marca antecipadamente a *destinação* destas obras,<sup>11</sup> já porque esta estabelece, na maioria dos casos, uma relação obrigacional dos autores com o realizador (e com os criadores dos contributos individuais que enformam a obra audiovisual) que os vincula à criação em adimplemento de um *dever funcional*.

<sup>9</sup> Trata-se de mais um anglicismo, frequentemente usado com mais do que provável origem na expressão “*non-edited images*”, que significa afinal as imagens que não sejam objecto de montagem/realização (“*edition*”), *i.e.*, aquelas que não revestem a criatividade que as tornaria protegidas, nem como fotogramas isolados nem como obra audiovisual/o “*programa televisivo*”.

<sup>10</sup> O carácter essencial da *produção* da obra audiovisual na sua exteriorização traduz a necessidade da *produção industrial* para a individualização deste *género* de obras. Ao contrário, por exemplo na edição - ainda que se trate da “*edição de suportes*” que *fixam obras audiovisuais* -, a intervenção empresarial confronta uma obra acabada, já perfeitamente individualizada.

<sup>11</sup> A ideia de “*pré-determinação de uma destinação (a adaptação aos meios de apresentação como parte integrante de uma obra audiovisual) aos contributos criativos que a incorporam sob a coordenação do director-realizador*” está presente, nomeadamente, no direito alemão (por todos, veja-se PAUL W. HERTIN, in “*Urheberrecht - Kommentar - Kommentar zum Urheberrechtsgesetz und zum Urheberrechtswarnungsgesetz*”, 8ª ed., 1994, com Wilhelm NORDEMANN / Kai VINCK, em anotação 5. *ante* §§ 31 ss.), em que sustenta que *as modalidades de utilização consentidas pelos autores das obras se deduzem do “objectivo do contrato”* (“*Vertragzweck*”, *ex vi* § 31/5 UrhG\*). Exemplificam precisamente com as que derivam da atribuição do direito de produção cinematográfica (faculdades de adaptação cinematográfica - § 88/1 UrhG\*, de produção - § 89, de reprodução dos suportes - §§ 16, 17, de exibição cinematográfica - § 19/4).

O produtor coordena, dirige e disponibiliza os meios para a criação e fá-lo de modo obviamente distinto do que, por exemplo, caracteriza a acção do editor da obra literária. O *contrato de produção audiovisual* é, além de condição material da criação, pressuposto da exploração económica destas obras, pelo menos segundo todas as modalidades de utilização através desse *meio*. Por este motivo, o produtor detém, em exclusivo, todas as faculdades de utilização patrimonial que determinaram e a que se destina a criação de obras audiovisuais.

A obra audiovisual (cinematográfica, televisiva<sup>12</sup>, videográfica, *multimedia*<sup>13</sup>) distingue-se pela sua *expressão formal*, que combina criativamente sequências de imagens que são apresentadas com sugestão de animação. Podem ser acompanhadas ou não de sons, incorporar texto, desenhos ou gráficos, ser operadas ou não por programas de computador, encontrar-se fixadas em película, videocassete ou registo digital ou mesmo - pelo menos no caso da teledifusão televisiva “ao vivo” - não sofrer qualquer processo de gravação em suporte que constitua (outro) *meio* entre a sua produção e a sua comunicação pública.

A obra audiovisual é simultaneamente criada *para a* sua produção, que pré-determina a sua destinação e delimita os fins da sua exploração económica e *pela* sua produção, que não é a mera fixação em suporte (como na edição) de uma obra acabada, mas verdadeira condição da sua exteriorização. Constitui eventualmente o mais perfeito exemplo de *obra de empresa*.

<sup>12</sup> Não deve, naturalmente e como já sublinhámos antes, confundir-se a *obra televisiva* e *obra televisionada*. Esta representará uma mera modalidade de *comunicação pública* à distância (teledifusão) de uma obra de qualquer *género* - e são hoje quase todos - que a tal se preste. A obra televisiva é a que é criada - e produzida - segundo os processos específicos e destinada à exibição por este *meio*. Como notam também, nomeadamente, OLIVEIRA ASCENSÃO, “Direito Civil - Direito de Autor e Direitos Conexos”, Coimbra, 1992, n.º 366, e PÉREZ CASTRO, in “Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual” coordenado por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 3ª ed., Madrid, 2007, em comentário III-2. ao art. 86, é condição da tutela a *criatividade* que, em nossa opinião, não tem de se manifestar no *objecto* teledifundido mas apenas na sua captação, e na selecção e organização das imagens exibidas, que é principalmente fruto da realização e montagem da obra televisiva.

<sup>13</sup> Em caracterização das *obras multimedia*, julgamos que tem razão ROGEL VIDE, “Obras «Multimedia» en Soporte Material y Propiedad Intelectual”, in Sociedade de Informação - Estudos Jurídicos, Coimbra, 1999, VI-1.2., pag. 152, quando chama a atenção para o facto de o próprio termo *multimedia* traduzir uma imprecisão. Com efeito, não se trata de um objecto que se armazene, fixe e ou difunda numa pluralidade de *meios*, mas tão só numa *pluralidade de elementos*, (eventualmente criativos) de diferente ou do mesmo *género*, fixados no mesmo suporte digital por meios electrónicos. Também acertadamente, ROGEL VIDE acrescenta que nada obsta a que no mesmo suporte se fixe *uma única obra ou até uma base de dados não criativa*. [Apresentamos algumas reflexões sobre a dupla natureza (*produto*, *obra*) dos *multimedia*, no nosso em escrito “Os Multimedia - regime jurídico”, in “Direito da Sociedade da Informação” (coligação de obras coordenada pelo Professor Doutor José de Oliveira Ascensão) - Vol. II, Coimbra, 2001.

**Este não é o caso dos “espectáculos”, ainda que figurem obras, em que a *filma-gem* não corresponde a uma *produção audiovisual* de qualquer tipo: uma *produção audiovisual* pode constituir um “espectáculo”, que é então obra intelectual autónoma; contudo, nem todos os espectáculos envolvem nem a criação nem a produção de obra audiovisual.**

### 3 Produção de fonovideogramas

O art. 184º CDA\* estatui (respectivamente nos seus n.ºs 1 e 2) depender de autorização do produtor do fonograma ou videograma a *reprodução ou distribuição ao público (de cópias) dos mesmos* e a sua *comunicação pública por qualquer forma* (que a lei designa com alguma imprecisão, respectivamente, “difusão por qualquer meio” e “execução pública”<sup>14</sup>).

Não deve, evidentemente, confundir-se a posição jurídica destes sujeitos com as dos *autores* e ou *produtores de obras audiovisuais*, incluindo as denominadas pela lei *obras videográficas*.

A produção de videogramas (ou de fonogramas), objecto de tutela pela atribuição de *direitos conexos*, não tem qualquer relevância no processo, quer criativo quer empresarial, de produção de obras, incluindo as audiovisuais. Trata-se de um aproveitamento económico de um bem corpóreo de origem industrial por aquele que promove a primeira fixação/gravação do que (também) podem ser obras audiovisuais, que supõe a preexistência destas e que possibilita uma sua utilização apenas *mediata*.<sup>15</sup>

Ora, se tivermos presente a noção legal de *videograma* («o registo resultante da fixação, em suporte material, de imagens, acompanhadas ou não de sons, bem como

<sup>14</sup> Sobre a confusão e falta de rigor conceptual das expressões legais citadas (“difusão” e “execução pública”), recordamos OLIVEIRA ASCENSÃO, “Direito de Autor e Direitos Conexos...”, cit., n.º 390-III, que bem salienta que «a execução pública é uma das modalidades da difusão e esta, por seu lado, equivale à “comunicação pública por qualquer meio”».

<sup>15</sup> Recorde-se que, mesmo no ordenamento britânico, em que a outorga de “copyright” implica a fixação das obras em suporte material, os “sound recordings” e os “films” – *ex vi* sec. 5(1)(b), do “UK Copyright, Designs and Patents Act (UK CDPA\*, de 1988, com alteração pelas UK CRDR\* – “Copyright and Rights in Databases Regulations-1997”, n.º 3032 de 18-12-97) - são protegidos como *objecto independente* das obras que fixem. De forma ainda mais nítida, no direito dos EUA, verifica-se o contraponto entre os “motion pictures” e os “films” ou “tapes” que os incorporem e, bem assim, a distinção entre “sound recording” (obra) e “phonorecord” (meros suportes, com excepção expressa «dos que acompanhem obras cinematográficas ou audiovisuais») - cfr. secs. 102(a)(6) e 101 do “US Code - Copyright Law” (US Copyr.Law\*) dos Estados Unidos da América .

a cópia de obras cinematográficas ou audiovisuais» – art. 176º/5 CDA\*), perceber-se-á - e não apenas pela semelhança terminológica – que :

- o *objecto da tutela*, pela outorga de um direito conexo ao produtor do videograma (ou do fonograma), não é uma obra – nomeadamente a obra audiovisual (eventualmente) fixada neste suporte -, mas o *próprio suporte material*<sup>16</sup> ou, se elaborarmos um pouco mais, “a *coisa corpórea* (o fono/videograma) enquanto *meio* da utilização de obras intelectuais ou de prestações artísticas;<sup>17</sup>
- o *pressuposto* desta protecção é o *investimento na fixação de uma obra* no fono/videograma<sup>18</sup>, não a participação - mesmo que apenas organizativa e financeira - no *processo criativo* de obras intelectuais, nem sequer no *processo de exteriorização/individualização* de obras intelectuais de qualquer género, como vimos ocorrer, quanto a este último, com o *produtor de obras audiovisuais*.

O direito do produtor do videograma é, assim, constituído originariamente na sua esfera jurídica, mas não é um direito *de autor*. Não nasce da *criação de uma obra*, mas de uma *prestação empresarial*.

Os *fonogramas* e os *videogramas*, bem como as “*primeiras fixações de filmes*, em relação aos seus originais ou cópias”, não são, em si, mais do que suportes de sons e ou de imagens, que tanto podem constituir obras musicais, cinematográficas ou

<sup>16</sup> Neste sentido, é bem mais explícito o disposto no art. 1º/1 do Decreto-lei n.º 39/88, de 6-2, que visa “*reprimir a usurpação de videogramas*” –, que logo no seu Preâmbulo estatui pretender «...dar um tratamento legal idêntico a filmes e videogramas, independentemente da respectiva classificação» – e que define *videograma* como o «*registo resultante da fixação, em suporte material, de imagens (...), bem com a cópia de obras cinematográficas ou (?) audiovisuais*» - intercalado nosso. Refere-os, assim inequivocamente, como o que são: objectos materiais que fixam obras.

<sup>17</sup> Acompanhamos OLIVEIRA ASCENSÃO (cfr. “*Direito de Autor e Direitos Conexos...*”, cit., n.ºs 388 e 389, pags. 566 ss.), quando especifica que a protecção jusautorál/conexa da posição do produtor de fono/videogramas «... *não é reflexo da protecção da obra literária ou artística* (como) *resulta do facto de a tutela se manter mesmo que a obra caia no domínio público*». E continua: «... *o fonograma ou videograma é da mesma forma protegido quando não contém nenhuma obra literária ou artística: quando se limita a reproduzir ruídos da natureza, por exemplo.*» - ob. cit., n.º 388-II, intercalados nossos. O mesmo Autor (*ibidem*, n.º 388-III) antecipa que a defesa de tal posição poderá conduzir a encontrar, por esta via e como objecto comum da tutela jusautorál, uma «*prestação empresarial*, englobando as do empresário de espectáculos, do produtor de fonogramas, do organismo de radiodifusão e do produtor cinematográfico». Conclui, enfim (*ibidem*, n.º 389), o que subscrevemos: «...*o que se sujeita a um regime particular é a utilização da coisa incorpórea, mediante a utilização da coisa corpórea (...). O objecto do direito é pois a própria coisa corpórea, muito embora este direito nada tenha que ver com a propriedade da coisa corpórea*» – intercalados nossos.

<sup>18</sup> Na verdade, a protecção é outorgada à *primeira fixação* de sons ou de imagens «de qualquer proveniência» – cfr. art. 176º/3 CDA\*, que podem assim figurar ou não obras protegidas. Aliás, logo o art. 177º “ressalva” os direitos dos autores das obras utilizadas, revelando a produção de um fonograma ou videograma como aquilo que verdadeiramente é: a *fixação*, sujeita a autorização do autor, de uma obra de criação intelectual.

televisivas (ou as ditas *multimedia*), como nem sequer fixar qualquer obra. A sua *produção* não difere de qualquer outra actividade industrial: o produtor de um “fono/videograma” pode ser um intermediário industrial e ou comercial da comunicação pública de uma obra, o que justifica o seu *direito conexo*, que é um *poder de impedir a comunicação pública* que não queira autorizar e de obter uma *remuneração* pela utilização da obra que esteja fixada nesse suporte (art. 184º/2 e /3 CDA\*); *como* qualquer outro produtor-empresário, detém o *exclusivo de distribuição e comercialização do seu produto* (art. 184º/1 CDA\*).

### 3.1 *Fundamento da tutela da produção fono/videográfica e da filmagem*

Em busca de uma explicação, deve dizer-se em primeiro lugar que estamos convencidos de que a *prima ratio* da protecção *jusautoral-conexa*, outorgada ao produtor de fono/videogramas, já não pode encontrar-se na tutela das obras e interpretações artísticas que estes objectos tradicionalmente fixavam (e, em muitos casos, fixam ainda).

A tutela desses *produtos*, e mais recentemente dos próprios *serviços para a sua comunicação pública* e para a colocação à *disposição do público* dos seus *conteúdos*, é hoje independente da característica e da natureza dos elementos imateriais que incorporem (tanto podem ser *obras intelectuais* como *sons ou imagens não criativos* ou até *produtos* como as “bases de dados não criativas”).

Temos assim uma justificação dupla para tal tutela:

- 1) A produção de fono/videogramas (ou de suportes para a “primeira fixação de *filmes*” ou de conteúdos informativos em bases de dados) traduz um *investimento* considerado essencial à difusão de obras, de interpretações artísticas ou de outros bens imateriais “culturalmente relevantes” - trata-se, pois e antes de mais, de *assegurar a remuneração de um investimento considerado socialmente relevante*.
- 2) A própria produção de tais suportes resulta outrossim da *concessão* de faculdades de utilização das obras e demais bens imateriais fixados - representa, nesta medida, uma *modalidade de utilização patrimonial* (porventura primária) *desses bens, mediante a exploração económica dos produtos* que os fixam, pelo que deve submeter-se às regras gerais de direito de autor sobre o aproveitamento patrimonial daqueles; na verdade, parece claro que a exploração económica, que é reservada ao produtor de um fono/videograma que fixe obras, consubstancia uma utilização (porventura *primária*) daquelas - por todos, cfr. art. 177º CDA\*.

Em suma, **aquele que pretenda a exploração económica de um fono/videograma que fixe uma obra (ou determinados conteúdos informativos com relevância jusautoral, como nas bases de dados) interfere simultaneamente com o exclusivo (jusautoral conexo) do produtor industrial do suporte material e com o exclusi-**

**vo (jusautoral proprio sensu) do autor da obra que se contém nesse produto; quanto a este último, deparará - uma vez que pretende também a utilização da obra fixada no fono/videograma - com a reserva outorgada pelo autor ou pelo artista ao produtor do suporte, mediante a concessão de uma licença típica: a que nasce do chamado contrato de fixação fono/videográfica.**

### 3.2 O contrato de fixação fono/videográfica - delimitação do tipo

O chamado “contrato de fixação fonográfica ou videográfica” investe o beneficiário da licença que outorga dos poderes de, além de «fixar a obra em fonograma ou videograma ou em suporte “obtido por processo análogo à videografia”, reproduzir, pôr em circulação e comunicar ao público a obra fixada nesse suporte» - cfr. art.141º/1 e /2 CDA\*.<sup>19</sup> Na verdade, implica a mera concessão, pelo autor da obra fixada ao produtor fono/videográfico, de poderes de utilização dessa obra através de um suporte (*pela sua fixação, para a reprodução e venda de exemplares*).

Assim, se o *direito conexo* que advém da produção do suporte que fixa a obra intelectual se constitui *originariamente* na esfera jurídica do produtor do fono/videograma, já o seu *direito de utilização da obra fixada deriva* da atribuição de faculdades especificadas, pelo que, se – e só se – a primeira utilização patrimonial da obra coincidir com a que é feita *mediante a sua fixação* naquele suporte, este será, no que ao direito de autor respeita, não mais do que um seu *utilizador primário*.

O valor jusautoral do suporte do fono/videograma resulta da conjugação da circunstância de poder ser *suporte da fixação de uma obra* intelectual ou de outros bens imateriais com relevância jusautoral própria (sejam objecto de direito de autor, de outros direitos conexos ou até do novel direito *sui generis* do produtor de certas bases de dados) e *veículo da comunicação pública* desses bens. O seu “valor acrescentado” advém-lhe tanto do *investimento* na sua produção como de possibilitar a *utilização (mediata)* dos bens imateriais que eventualmente fixe. É esta atribuição de faculdades de utilização de bens imateriais ao produtor do fono/videograma que constitui a *causa-função* do contrato de fixação fono/videográfica típico.

<sup>19</sup> OLIVEIRA ASCENSÃO, “Direito de Autor e Direitos Conexos...”, cit., n.º 157, afirma que «melhor se falaria de um *contrato de edição fonográfica ou videográfica*». Não obstante, pensamos que se divisa no sinalagma do contrato de edição *proprio sensu* o *dever* correspectivo do “editor” de promover a reprodução, distribuição e venda dos exemplares da obra editada, que aqui não se regista consagrado. Por outro lado, a própria lei (cfr. art. 147º/1 CDA\*), que torna aqui subsidiário o regime do *contrato de edição*, sugere também a aplicação parcial, “*com adaptações*”, do regime da *recitação e execução* à regulação do «espectáculo consistente na comunicação pública de obra fonográfica ou videográfica». Em todo o caso, a ideia de *licença para fixar e reproduzir em exemplares*, subjacente à edição, não deixa de fazer sentido quando aplicada à fixação de uma obra pelo produtor de fono/videogramas.

Sustentamos, em tese geral, que toda a *atribuição patrimonial contratual com relevância jusautorais* – quer da titularidade originária quer de faculdades de utilização primária das obras – *é finalista, i.e.*, deve ser interpretada como circunscrita a um feixe de faculdades de utilização limitado aos *fins estritamente exigíveis para que o beneficiário obtenha as vantagens patrimoniais mutuamente pretendidas com a atribuição*. Esse feixe de faculdade deve ser normalmente determinável pelo tipo contratual adoptado.

Concluimos que a atribuição, como efeito do contrato de fixação (fono)videográfica, de faculdades jusautorais ao produtor de fono/videogramas e de “filmes” de obras e ou de outros sons ou imagens naqueles fixadas compreende, segundo a sua *destinação típica*, quer a *reprodução e distribuição* dos exemplares produzidos – esta última sujeita a “esgotamento” – quer a *comunicação pública do seu conteúdo imaterial, independentemente da natureza deste*.

**Não custa, pois, aceitar que a “filmagem” de um “espectáculo” – não necessariamente em figuração de obra ou interpretações/execuções artísticas – outorgará ao que produza o suporte poderes de comunicação pública do seu conteúdo imaterial.** Este direito advém, é certo, da produção da coisa corpórea (o suporte material produzido), e carece de autorização (implícita no contrato para fixação) dos titulares dos direitos de autor sobre as obras figuradas e ou as interpretações/execuções artísticas fixadas. **Mas, se se tratar de um espectáculo – como um “espectáculo desportivo”, por exemplo – sem autoria ou interpretação/execução artísticas, contenderá algum exclusivo?**

### III O direito ao espectáculo como “direito de arena”

#### 1 Noção de espectáculo como possível objecto autónomo de direitos privados

A própria denominação “*direito ao espectáculo*” é ambígua. Parece poder referir tanto um direito à *organização, realização e interpretação* como o *acesso* aos eventos que assim se designem. Conforme cada uma destas perspectivas, pode interessar a *liberdade de iniciativa empresarial* como a *liberdade de expressão* (artística ou não<sup>20/21</sup>), e também tanto a *liberdade de acesso a recintos de espectáculos* e de os

<sup>20</sup> JORGE MIRANDA, “*Manual de Direito Constitucional*”, t. IV, 3ª ed., Coimbra, 2000., n.º 110-I, explica: «A *liberdade de expressão* abrange qualquer exteriorização da vida própria das pessoas (...). Em sentido amplo, revela-se indissociável das mais diversas liberdades: da *liberdade de consciência, de religião e de culto* (art. 41º da Constituição da República Portuguesa – CRP\*), (...), da *liberdade de manifestação* (art. 43º), (...) e, de certo modo, da *liberdade de iniciativa económica* (art. 61º) e do *direito de propriedade* (art. 62º). (...). Em sentido restrito, a *liberdade de expressão* recorta-se por exclusão de partes; vem a ser essencialmente

*presenciar, como os direitos de os fixar/gravar e comunicar ao público em ambiente diferente.*

No primeiro caso, colhe no domínio dos *direitos e liberdades fundamentais* e terá como corolário o possível contraponto entre *direitos individuais*, como o *direito de propriedade*, o *direito à imagem e o direito à informação*. Quanto ao segundo, porém, aqueles direitos não parecem compreender as faculdades descritas.

Nem tudo parece resumir-se, assim, à titularidade e exercício dos direitos de *informar* e de *ser informado sobre eventos de interesse colectivo, susceptíveis de acesso e ou comunicação públicos*. Cumprirá, pois, que se esclareça o que se entende por “*espectáculo*”.

Se pensarmos um “*espectáculo*” que não implique a utilização de uma obra literária ou artística (como um *evento desportivo*, uma *tourada*), teremos de o considerar pelo que pode significar de juridicamente relevante: uma *prestação empresarial* do organizador/promotor; uma “*interpretação*” pelos que nele tomam parte; um *acontecimento susceptível de acesso público*; *algo susceptível de tratamento informativo noticioso*; *um evento passível de fixação/gravação em suporte material e de telecomunicação pública*.

---

*liberdade de expressão do pensamento; e correlaciona-se então com a liberdade de informação e a de comunicação social» – intercalados nossos.*

<sup>21</sup> Em disposição legal tão curiosa como errônea, o art. 4º/2 do Decreto-lei n.º 315/95, de 28-11 (alterado, não neste ponto, pelo Decreto-lei n.º 309/2002, de 16/12), que «*regula - em Portugal - a instalação e funcionamento dos recintos de espectáculos e divertimentos públicos e estabelece o regime jurídico dos espectáculos de natureza artística*», diz «*considerarem-se actividades artísticas, designadamente: a) canto; b) dança; c) música; d) teatro; e) literatura; f) cinema; g) tauromaquia; e) circo.*» Descontada a circunstância de o diploma citado estabelecer sobretudo – felizmente (!) – preceitos para o *licenciamento e frequência* dos eventos que envolvam as actividades que enumera, não pode deixar de assinalar-se o caos do casuísmo a que recorre na caracterização. Fazer comungar da mesma característica (“*actividades artísticas*”) a *literatura* e a *música*, por um lado, e o *canto* e a *dança*, por outro, revela óbvia discrepância, pelo menos denotadora, entre (eventuais) *obras* e a sua *interpretação ou execução artísticas*, pelo que cumpre dar sentido à norma que a refira sempre à interpretação ou execução de *obras*, como aliás anuncia o “*âmbito de aplicação*” (art. 1º) desta lei e o prómio transcrito deste artigo legal. Fica, ainda assim, por explicar a inclusão da “*tauromaquia*” e do “*circo*” no elenco, salvo se por “*actividade artística*” se significar, afinal, ...”*espectáculo*”. Mais significativas são, porém, quer a expressa inclusão da (“*interpretação*”) *tauromáquica* e *circense* no elenco dos “*espectáculos artísticos*” ali enunciados, quer a necessidade de o requerimento para a “*licença de representação*” (art. 27º) dever ser instruído com menção: do «*promotor do espectáculo*» – assinala-se, desde já, uma referência a esta figura como *sujeito autónomo de direitos e obrigações* neste domínio; e da «*autorização dos detentores de direitos de autor e de direitos conexos*» – que revela que a posição jurídica que ocupa como “*promotor do espectáculo*” é integrada pela *titularidade de situações jurídicas jusautorais*, que lhe advém por acto dos titulares originários daqueles direitos.

Na sua expressão mais simples, despida de relevância jusautoral, mas ainda assim *passível de o constituir objecto de direitos privativos*, “espectáculo” será então todo o evento que suponha *organização* segundo um plano preestabelecido, quer envolva ou não *figuração de participantes* que o interpretam, aberto ao *acesso do público* e que seja *susceptível de fixação/gravação em suporte material e de comunicação pública*.

A *prestação organizativa-empresarial planificada* exclui da noção os acontecimentos quotidianos que, apesar de eventual relevância informativo-noticiosa, não seriam imputáveis à *iniciativa e organização* de um sujeito que sobre os mesmos pretendesse arrogar-se direitos privativos; poderiam ser objecto de notícia ou relato, mas não de direitos privativos. A *interpretação humana* dos eventos “*espectaculares*”, embora presente na maior parte dos casos – e sempre nos “espectáculos desportivos” –, não se afigura essencial, pois que os meios meramente técnicos disponíveis podem tornar relevantes para o público potencial outras prestações (como num “espectáculo” de imagem e som em que a *figuração interpretativa* resulte imperceptível). A *susceptibilidade de acesso público*, por um lado e de *comunicação pública em ambiente diferente*, por outro, permite estabelecer as ideias em que assenta o eventual reconhecimento de um direito privativo neste domínio: delimita-o negativamente pela reserva de *privacidade* que vedaria em absoluto a possibilidade de *spectare* e contribui para definir o *conteúdo* deste direito, como se verá adiante.

### 1.1 Direitos sobre “*espectáculos desportivos*” e outros não criativos – previsões convencionais internacionais

Uma disposição algo ambígua da Convenção de Roma (CR\*) dispõe: «*Qualquer Estado contratante, pela sua legislação nacional, pode tornar extensiva a protecção prevista na presente Convenção aos artistas que não executem obras literárias ou artísticas*». Não conhecemos que esta “*permissão*” convencional internacional tenha merecido acolhimento por qualquer lei *autoral* estadual<sup>22</sup>, com excepção de uma lei de autor brasileira hoje revogada a que aludiremos de seguida. Examinem-se, contudo, algumas disposições que parecem ter implícita a consagração de direitos sobre o *espectáculo*, no âmbito de situações jurídicas autónomas das que tratámos a propósito da *filmagem* e da *produção de suportes* de obras.

<sup>22</sup> OLIVEIRA ASCENSÃO, “*Uma inovação da Lei Brasileira: O Direito de Arena*”, in Revista Direito e Justiça, vol. I, Lisboa, 1980, n.º 3., pags. 93/94, considera esta: «... *uma disposição totalmente inútil, (...). Têm-se em vista os artistas de variedades e de circo. Ao que sabemos, nenhuma ordem jurídica utilizou a “permissão” convencional*». Conclui que «*não era pois através da protecção dos artistas que se atingia o equivalente ao direito de arena*». Em qualquer caso, assevera (*ibidem*) que nem pelo direito de autor («...o *espectáculo desportivo não implica a criação o execução de obra literária ou artística*») nem pelas previsões respeitantes aos artistas intérpretes ou executantes («*Os atletas não interpretam ou executam obras literárias ou artísticas*») se poderia atingir a protecção outorgada pelo *direito de arena*.

## 1.2 Consagração legal do “direito de arena” e do direito ao espectáculo

Começemos pela figura que, na lei brasileira, deu mote a este estudo: o *direito de arena*.

O *direito de arena* teve sede legal na lei de autor do Brasil<sup>23</sup> – ímpar ao que se sabe –, que atribuía «à entidade a que esteja vinculado o atleta, o direito de autorizar, ou proibir, a fixação, transmissão ou retransmissão, por quaisquer meios ou processos, de espectáculo desportivo público» (art. 100º). Exceptuava a livre fixação, por períodos não superiores a três minutos, *para fins exclusivamente informativos*, na imprensa, na rádio ou na televisão (art. 101º). Estas disposições não subsistem hoje, nem mesmo na lei de autor brasileira, mas a situação jurídica sobre as quais dispõem continuam vigentes em normas que regulam a *actividade desportiva*.<sup>24</sup>

Também em Portugal, na “Lei de Bases do Sistema Desportivo”, se previa – a par do «livre acesso a recintos desportivos de profissionais da comunicação social no exercício da sua profissão» – que «(este direito de acesso) se sujeita a condicionamentos e limites, designadamente para protecção do direito ao espectáculo» (art. 19º/3 da Lei 1/90<sup>25</sup> – esta norma é retomada no art. 84º da Lei n.º 30/2004, de 21/7, a “Lei de Bases do Desporto” que no seu art. 2º também estatui que: «deve ser garantido o direito de acesso a recintos desportivos de profissionais de comunicação social, [...], sem prejuízo dos condicionamentos e limites a este direito, **designadamente do direito ao espectáculo**, ou de outros direitos e interesses legítimos dos promotores ou organizadores dos espectáculos desportivos»). Este diploma foi revogado pela Lei n.º 5/2007, de 16-1, que, no seu art. 49º, opera restrição genérica do acesso a recintos desportivos, mas omite qualquer referência ao “direito ao espectáculo”.

Serão estas manifestações da tutela de direitos “tradicionais”, como o *direito de propriedade do(s) titulares dos recinto(s)* ou o *direito à imagem dos atletas*? A sua consagração, implícita nestas disposições legais, poderá contender com o *direito de*

<sup>23</sup> Arts. 100º a 102º da Lei n.º 5988, de 14-12-1973, da República Federativa do Brasil.

<sup>24</sup> A referida Lei de autor brasileira, de 1973, está hoje substituída pela Lei n.º 9610, de 19-2-1998, que não consagra qualquer figura semelhante. OLIVEIRA ASCENSÃO, “Direito Autoral”, 2ª ed., Rio de Janeiro, 1997, n.º 368-II, pag. 503, prenunciava-o já, dada a consagração de direito de conteúdo semelhante na Lei brasileira que regula o desporto (Lei 8672, de 6-7-1993 (art. 24º), hoje substituída pela Lei 9615, de 24-3-1998 – Lei Pelé –, sucessivamente alterada até à Lei 11776, de 17-9-2008 e objecto da Medida Provisória n.º 502, de 22-9-2010), que retoma as disposições da lei autoral de 1973 com a consagração do *direito de arena* (art. 42), de que faz suas beneficiárias «as entidades de prática desportiva».

<sup>25</sup> Lei n.º 1/90, de 13-1, alterada, embora não neste particular, pela Lei n.º 19/96, de 25-6. Esta lei foi revogada e substituída pela Lei n.º 30/2004, de 21/7.

*informar e de ser informado?* Explicá-los-ão as regras sobre *concorrência desleal*? Vejamos.

## 2 Direito sobre o espectáculo e direito de propriedade sobre os recintos

Ocorrerá que o fundamento da outorga de um exclusivo de aproveitamento económico de *espectáculos realizados em recintos desportivos privados (e de acesso público condicionado)* se poderia buscar no direito de propriedade do titular de faculdades de *uso, fruição e disposição* desses imóveis.

No entanto, essa explicação não resiste à consideração de que é precisamente o direito de propriedade que condiciona o *acesso* a esses recintos – e, nesta medida, justifica que o proprietário estabeleça, com maior ou menor grau de liberdade,<sup>26</sup> as condições de acesso de terceiros e obtenha contrapartidas do seu uso<sup>27</sup> – que confronta, nos *limites* do seu exercício, outros prováveis direitos que não cabem no seu *objecto* nem nas *finalidades de atribuição* dos poderes que integra.

Porque o *acesso público*, apesar de condicionado, é *característica essencial do objecto* que tratamos,<sup>28</sup> **a propriedade do recinto (estádio, espaço circense, arena)**

<sup>26</sup> Em Portugal, o art. 9º do “Estatuto do Jornalista” (Lei n.º 1/99, de 13-1, alterada, embora não neste ponto, pela Lei n.º 64/2007, de 6-11) estabelece o «*direito de acesso dos jornalistas a locais abertos ao público, ...*» (n.º 1). Logo de seguida admite que «*Nos espectáculos ou outros eventos com entradas pagas em que o afluxo previsível de espectadores justifique a imposição de condicionamentos de acesso poderão ser estabelecidos sistemas de credenciação ...*» (mesmo artigo legal, n.º 3). Voltamos a analisar aquela disposição em III-3.

<sup>27</sup> O Decreto-lei n.º 315/95, já acima citado pela infelicidade do enunciado do que caracteriza como “*actividades artísticas*” (cfr. nota ao ponto III-1.), apesar de nunca definir “*espectáculo*”, contém previsível ampla regulação sobre “*preço de bilhetes de ingresso*” no que denomina “*espectáculos de natureza artística*” (arts. 26º ss.), obviamente extensiva – visto o citado enunciado do “*género artístico*” – aos que *não* figurem qualquer interpretação ou execução artística em sentido próprio.

<sup>28</sup> OLIVEIRA ASCENSÃO, “*O Direito Ao Espectáculo*”, in Estudos em Memória do Professor Doutor Paulo Cunha, Lisboa, 1989, n.º 13, pag. 145, afirma com razão que: «*A gratuitidade do espectáculo não é (...) elemento distintivo. A distinção a traçar, quanto ao espectáculo que decorre em lugares públicos, é entre aqueles espectáculos em que ao empresário foi concedido o domínio de um local, e aqueles em que este lhe não pertence. O cortejo que atravessa a avenida não atribui direito a ninguém. O recital gratuito da grande cantora no parque representa espectáculo na titularidade da empresa que o organiza e oferece aos espectadores*» - intercalado nossos. Embora com o âmbito restrito que lhe assinalámos, o acima citado Decreto-lei 315/95 (art. 47º) exclui expressamente do âmbito da sua aplicação (a “*espectáculos e divertimentos públicos*”): «*... os que, sendo de natureza familiar, se realizem sem fins lucrativos, para recreio dos membros da família e convidados, quer tenham lugar no próprio lar familiar, quer em recinto obtido para o efeito*». Para além de realçar a característica de *acessibilidade pública* que marca a fronteira para a atribuição de direitos com este objecto, é irresistível o confronto textual dos preceitos (cfr. arts. 81º, b) e 108º/2 CDA\* e 20/1 LPI esp.\*, que demarcam a

*permite ao proprietário limitar-lhe o acesso e ou justificar o exclusivo da sua fruição (são devidas, em regra, contrapartidas remuneratórias), mas não consente que se limite o desfrute sensorial, emocional, intelectual do evento que nele ocorra incidentalmente, nem explica um exclusivo de aproveitamento desse outro quid (que definimos “espectáculo”), que é, na sua imaterialidade, claramente distinto da coisa sob domínio (o próprio recinto ou espaço em que ocorre).*

Em qualquer caso, sempre sobriariam as situações em que a *propriedade do recinto* (quando *privativa*) não coincidissem na titularidade do mesmo *sujeito que promovesse o espectáculo* – este último o único potencial beneficiário de um direito que tenha por objecto o *evento espectacular* como bem autónomo.

### 3 Direito sobre o espectáculo e direito à imagem

O art. 79º/1, 1ª parte, do Código Civil de Portugal (C.Civ.\*) estabelece a *reserva quanto à reprodução, exposição, ou distribuição* («...ser lançado no comércio ...») do «retrato de uma pessoa». É a mesma disposição legal (cfr. art. 79º/2, *in fine* C.Civ.\*) que fixa a excepção: «Não é necessário o consentimento (...) quando a reprodução da imagem vier enquadrada na de lugares públicos, ou na de factos (...) que hajam decorrido publicamente» – intercalado nosso.

Salienta-se que, em todo o caso, estaria aqui em causa não um direito sobre a prestação de quem *promove* e *organiza* o evento, mas de uma pessoa física (o desportista, o toureiro) sobre um *bem da sua personalidade*, que não é seguramente o bem jurídico que releva como nuclear de um eventual *direito sobre o espectáculo*. Em qualquer caso, fica a saber-se que um *exclusivo que viesse a ser reclamado pelos que figuram no espectáculo* lhe veria oposta – dada a sua índole *pública* – a *livre utilização da imagem*, nos termos expressos da norma legal que delimita negativamente o conteúdo daquele direito de personalidade.<sup>29</sup>

---

*liberdade de uso privado e de comunicação pública de obras intelectuais*. Veremos que consequências podem retirar-se desta semelhança literal, porventura menos casual do que uma primeira impressão pode revelar.

<sup>29</sup> É curioso um Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (Ap. Civ. 15324 . RJ – 7ª C.-j. 9-12-1980 – relator Plínio Pinto Coelho), transcrito por CARLOS A. BITTAR, em “A Lei de Direitos Autorais na Jurisprudência”, São Paulo, 1988, n.º 4., em que, a propósito «da fixação e reprodução, com fins publicitários, de takes em video tape da imagem de sambistas ou de passistas de uma escola de samba que desfilou no carnaval», se reconhece: «a reserva do direito à imagem na titularidade da pessoa retratada como um direito não autoral, mas *personalíssimo*», que sujeita a reprodução a autorização (da pessoa retratada); mas que, não obstante, considera também sob *reserva pelo direito de arena* (ex art. 100 da Lei 5988, acima citada), visto não estar preenchida a excepção (ex art. 101 da mesma Lei 5988), que consente a *livre transmissão e retransmissão de espectáculo desportivo, que não exceda 3 min. para fins exclusivamente informativos, na imprensa, cinema ou televisão*. Também a propósito de “Uso não

### 3.1 “Colaboração técnica” dos que figuram no espectáculo

Pensamos que o *direito remuneratório*, reconhecido aos «*atletas participantes do espectáculo*» pela lei brasileira em regulação do *direito de arena* – em 20% dos proventos obtidos pela «*entidade a que esteja vinculado o atleta*», e hoje, como se disse, «*em benefício das entidades de prática desportiva*» –, encontra o seu fundamento na *sua participação como colaboradores técnicos na realização e actuação “espectacular”*. Esta *intervenção/colaboração* é, aliás, elemento essencial da mais-valia patrimonial que a exploração do espectáculo proporciona – muito embora apenas quando este requeira figuração humana, que não é condição comum a todos, como vimos. Em todo o caso, não se reconduz certamente à tutela sob o direito à *imagem*, que não explicaria que o repartissem com a *entidade de (que organiza a) prática desportiva*.

Recorda-se que o art. 26º do CDA\* de Portugal – diga-se que um pouco em estatuição do óbvio – nega o reconhecimento de «*quaisquer poderes incluídos no direito de autor*» aos “*colaboradores técnicos*”, entre os quais enumera «*peçoas singulares ou colectivas*»<sup>30</sup> *intervenientes a título de colaboradores, agentes técnicos, desenhadores, construtores ou outro semelhante na produção e divulgação de obras radiofónicas, cinematográficas, fonográficas ou videográficas*. A mesma norma prevê, no entanto, que aqueles «*possam ser titulares de direitos conexos*», no que é muito provavelmente pensado para o caso de esses *colaboradores* serem também *produtores de suportes*. Ora, se a mera *colaboração técnica* (sem vestígio de *autoria*) em *obras de empresa* como as indicadas, que têm em comum uma forte componente organizativa, vê excluída a atribuição da titularidade de direitos de autor, também não se vê justificável a atribuição de *direitos conexos jusautorais* a desportistas e outros que, sem *interpretação/execução de obras, figurem em eventos não criativos*.

---

*autorizado de fotografia de passista de escola de samba*”, reza Acórdão do Supremo Tribunal Federal do Brasil (STF – RE 95872-0 – DF – 1ª T. – j. 10-9-1982 – relator Rafael Mayer), *ob. cit.*, n.º 32, que reitera: «... o tema jurídico que ora está em causa, na reprodução de fotografia não autorizada pelo retratado, não é o pertinente ao direito de autor, que este tem, no caso, como objeto, a própria obra fotográfica, mas o relativo ao direito à imagem, que a lei ressalva explicitamente da disciplina tutelar do direito de autor, (...), ao fazer depender do titular da imagem o exercício do direito de reprodução ou divulgação pelo autor da obra» - intercalado nosso. Regista-se que, mesmo em ordenamento jurídico (como o brasileiro) que assumia a consagração expressa do *direito de arena* na lei autoral então vigente, é aos direitos de personalidade (no caso, ao *direito à imagem*) que se reconduz a tutela da “*figuração em espectáculo*”.

<sup>30</sup> Naturalmente, a circunstância de poderem contar-se *peçoas colectivas* entre as que podem considerar-se “*colaboradores técnicos*” afasta qualquer possibilidade de se lhe outorgarem direitos de personalidade, que não direitos de *natureza jusautoral* (incluindo direitos *peçoais* de autor), como sustentamos em tese geral, e os direitos nas obras colectivas e alguns dos direitos conexos demonstram.

Será então a intervenção técnica dos que *figuram em espectáculos, sob égide e enquadramento organizacionais*, que justificará a sua *participação nos proventos* que possam advir do espectáculo em que figuram. Fique, no entanto, a nota sobre este direito a uma participação pecuniária nos proventos obtidos pela *exploração do espectáculo*, que não é *contrapartida* da sua prestação desportiva ou outra. Essa será normalmente já assegurada pela entidade que contrata o desempenho ou directamente pelo próprio atleta junto de terceiros que o financiam /“patrocinam” (nomeadamente como contrapartida pela exploração publicitária, essa sim, da sua imagem).

#### 4 O direito à informação e a prestação empresarial no espectáculo

Afastada que fica qualquer pretensão de tutela jusautorral do direito à imagem sob os direitos de autor ou conexos, cumpre ainda desfazer uma possível confusão entre a (eventual) reserva de aproveitamento económico de um espectáculo e o *direito a informar e ser informado*, como direito privativo.<sup>31</sup>

Os arts. 1º/2 e 3º da “*Lei de Imprensa*” de Portugal<sup>32</sup> estatuem, respectivamente, que «*a liberdade de imprensa abrange o direito de informar, de se informar e de ser informado, sem impedimentos nem discriminações*», que tem «*como únicos limites os que decorrem da Constituição e da lei, ...*». Sem que o inciso nesta última disposição legal inclua qualquer referência a um *direito ao espectáculo* entre os valores e interesses que enumera em delimitação negativa do conteúdo destes direitos, deve assinalar-se que, como *pressupostos* daquela *liberdade*,<sup>33</sup> estabelece também «*A liberdade de acesso (dos jornalistas) às fontes de informação, incluindo o direito de acesso a locais públicos...*».<sup>34</sup>

<sup>31</sup> JORGE MIRANDA, “*Manual de Direito Constitucional*”, t. IV, cit., n.º 110-II, esclarece: «*A liberdade de informação tem em vista (...) algo externo: consiste em apreender ou dar a apreender factos e notícias (...). Compreende o direito de informar, de se informar e de ser informado (art. 37º, n.º 1, 2ª parte, da CRP\* e art. 16º, n.º 2 da Declaração Universal), ...*». E, continua o mesmo Autor (*ibidem*, n.º 110-II/III), com grande pertinência no domínio que tratamos: «*Enquanto a liberdade geral de informação não tem (salvo no âmbito da comunicação social) destinatários ou sujeitos passivos pré-determinados ou particulares, os direitos especiais de informação postulam relações bilaterais e têm como contrapartida prestações de facto. (...) A liberdade de expressão e os direitos de se informar e de ser informado são individuais, ainda quando exercidos colectiva ou institucionalmente. Já o direito de informar tanto pode ser individual como institucional*» - intercalados nossos.

<sup>32</sup> Lei n.º 2/99, de 13-1, rectificada pela Declaração de Rectificação n.º 9/99 e alterada pela Lei n.º 18/2003, de 11-6, e pela Lei n.º 19/2012, de 8-5.

<sup>33</sup> «*A liberdade de imprensa implica: a) O reconhecimento dos direitos e liberdades fundamentais dos jornalistas, nomeadamente...*» - art. 2º/1, a), da mesma Lei.

<sup>34</sup> Art. 22º, b), da “*Lei de Imprensa*”, aplicável por remissão expressa do preceito anterior.

Ora, as disposições legais que garantem o (direito de) *acesso de jornalistas a locais públicos*<sup>35</sup> apenas poderão contender com o *direito de propriedade* do titular do “recinto público” que delimita negativamente aqueloutro, que não (pelo menos directamente<sup>36</sup>) qualquer *direito sobre bens imateriais* (o *direito à imagem* incluído, que vimos estar derogado precisamente nestes casos).

Quanto ao *direito de informar* sobre os eventos – já excepcionalmente admitido pelo art. 101 da Lei do Brasil que consagrava o “direito de arena” –, mais não é preciso do que asseverar que a “cobertura informativa” de eventos (“*espectaculares*” ou não) não é susceptível de suportar a oposição de um qualquer exclusivo de exploração das vantagens que possam advir da reserva que a impeça (lembre-se que é também unanimemente negada *categoria jusautorais* às peças simplesmente noticiosas factuais, pela manifesta falta de criatividade<sup>37</sup>). Mas a questão nem sequer se põe nestes termos: um “*relato noticioso*” com *fins simplesmente informativos* não bule com o aproveitamento económico de um *espectáculo*, assim como a notícia da publicação de uma obra literária ou de uma exibição de pinturas em nada reduz, pelo contrário, as vantagens económicas que o seu autor pode esperar do *exclusivo da sua utilização patrimonial*.

Perguntar-se-á se, por exemplo, a *notícia* do resultado de um desafio de futebol não faz perder o interesse na utilização patrimonial do suporte em que se fixe/grave esse evento ou na sua *telecomunicação pública ulterior*. Ainda que se demonstre que assim é, não se vê que aquela possa ser combatida por outros processos que não os próprios da *concorrência desleal*. Apesar de tudo, se uma *empresa de radiodifusão* a quem tenha sido negado o direito de *telecomunicação* do referido desafio de futebol, *noticiar* o seu resultado por antecipação à difusão (“em diferido”) por uma outra entidade que tenha adquirido “os direitos” para a sua *fixação* e ou *telecomunicação pública*, admite-se que prejudique o interesse informativo/noticioso naqueles factos,

<sup>35</sup> Cfr. art. 9º/1 e /3 do “*Estatuto do Jornalista*” (Lei 1/99, acima citada em nota ao ponto III-2., que foi publicada na mesma data que a mencionada “*Lei de Imprensa*”).

<sup>36</sup> OLIVEIRA ASCENSÃO, “*Direito à Informação e Direito ao Espectáculo*”, separata da Revista da Ordem dos Advogados, ano 48, Lisboa, Abr.1988, em comentário a Parecer da Procuradoria-Geral da República (referido na *ob. cit.*, n.º 3 e nota (3), pag. 17), sustenta que «... o acesso às fontes de informação é contemplado na nossa Constituição a propósito da liberdade de imprensa (...), e não a propósito da liberdade de informação. (...), vemos que a liberdade de imprensa implica o direito dos jornalistas, nos termos da lei, ao acesso às fontes de informação» (*ob. cit.*, n.º 4., pag. 18) - intercalados nossos. Sobre a “*exequibilidade em si mesma*” da norma constitucional (a contida no art. 38º/2, b), 1ª parte, CRP\*), veja-se a opinião de JORGE MIRANDA, “*Manual de Direito Constitucional*”, t. IV, cit., n.º 113-II e nota (3), pag. 464. OLIVEIRA ASCENSÃO, “*Direito à Informação...*”, cit., n.º 23, conclui mesmo que «... o direito à informação tem como limite o direito ao espectáculo», que – como diz o mesmo Autor - «*impõem uma conciliação*». Pensamos, contudo, que o conteúdo de um e outro os não fazem contrapostos, como procuraremos demonstrar.

<sup>37</sup> Veja-se art. 7º - A/1 do “*Estatuto do Jornalista*”.

mas não se descortina que consubstancie violação de um *exclusivo sobre o espectáculo*, pois a primeira não adquiriu o direito à *notícia*, mas a (*fixar* e ou *reproduzir* e ou *comunicar publicamente*) o espectáculo.

O ilícito, no âmbito da concorrência desleal, só ocorrerá – algo duvidosamente - se ficar demonstrado que aquela *prestação noticiosa por um concorrente* «*constitui referência não autorizada de elementos empresariais alheios secretos*» - ex art. 318º-c) CPI\*.<sup>38</sup> Simplesmente, é neste domínio que a doutrina especializada postula: «*As informações verdadeiras e objectivas, que sirvam para caracterizar objectivamente a própria prestação, são lícitas, ainda que impliquem uma referência a terceiros, que pode não ser autorizada*».<sup>39</sup> E poder-se-á considerar *concorrente e desleal* (se bem que, porventura, eticamente reprovável) a prestação por uma empresa noticiosa de uma mera informação – como a da mencionada notícia do resultado de um desafio de futebol - que uma empresa concorrente está investida de poderes para difundir *a posteriori*, seja parcialmente ou na íntegra?

Afigura-se que, em última análise, tudo se resumirá, em qualquer dos casos supracitados, em determinar quais sejam os limites do exercício dos *direitos a informar*, a *informar-se* e a *ser informado*.<sup>40</sup>

<sup>38</sup> Código da Propriedade Industrial de Portugal (CPI\*), aprovado pelo Decreto-lei n.º 36/2003, de 5-3, sucessivamente alterado até hoje (foi alterado e republicado em anexo ao Decreto-lei n.º 143/2008, de 25-7, depois alterado pela Lei n.º 52/2008, de 28-8). Sobre a disposição equivalente – alínea c) do art. 260º do CPI de 1995 –, OLIVEIRA ASCENSÃO, “*O princípio da prestação: um novo fundamento para a concorrência desleal?*”, in *Concorrência Desleal* (sob sua coordenação), Coimbra, 1997, n.º 11, pag. 17, afirma nomeadamente: «*O preceito só pode ter o sentido de excluir os casos em que o agente se pretende apoderar de vantagens inerentes a prestações alheias*». Mas logo acrescenta: «*(...) Encontramos a figura que a doutrina germânica tem considerado sob a referência à publicidade apelativa ou “encostada” (anlehnd) (...). Portanto, os casos em que a referência não autorizada a outrem surge como maneira parasitária de se aproveitar do prestígio deste. Porém, nestes países tem-se ido longe demais por esta via, a ponto de pôr em causa a liberdade de informação e o diálogo social*».

<sup>39</sup> Ainda OLIVEIRA ASCENSÃO, “*O princípio da prestação...*”, cit., pag. 18.

<sup>40</sup> O citado “*Estatuto do Jornalista*” de Portugal (art. 10º/4 da Lei 1/99 com a redacção pela Lei n.º 64/2007) parece prever esta situação, ao cometer à “*Entidade Reguladora para a Comunicação Social*” a resolução de litígios emergentes do «*desacordo entre os organizadores do espectáculo e os órgãos de comunicação social, na efectivação dos direitos previstos nos números anteriores*». Muito embora a norma citada refira às controvérsias geradas pelo exercício do direito de acesso (de jornalistas aos espectáculos), é difícil dissociar este do direito à informação (e à sua delimitação).

## 5 *Pressupostos, estrutura e natureza de um direito privativo sobre o espectáculo*

Afastamos, pois, nos termos acima expostos, as explicações que buscam no *direito de arena* (para evidenciar o expressivo *nomen* que a lei brasileira consagrou), uma manifestação :

- quer do *direito de propriedade*, que, como vimos, pode ser relevante na justificação do condicionamento do *acesso ao recinto* em que o espectáculo se desenrola (que é, aliás, o único objecto possível deste direito sobre *coisas corpóreas*), bem como a retribuição devida *por este título*, mas não explica satisfatoriamente a outorga de qualquer exclusivo de aproveitamento das vantagens económicas para além daquelas que resultam da contrapartida pela *assistência presencial* aos eventos que ali se desenrolam;
- quer do *direito de personalidade à imagem*, em que a tutela da *imagem* dos que *figuram no evento-espectáculo* (toureiros, desportistas, os que actuam no circo<sup>41</sup>), que se viu excluída precisamente nos próprios termos que delimitam o conteúdo deste direito, dado o carácter *público* do desempenho destes intervenientes, e que, em todo o caso, beneficiariam os *figurantes*, não o organizador do espectáculo.

Viu-se que o aproveitamento *noticioso* do espectáculo, nos limites do exercício do *direito de informar, se informar e ser informado*, não contende com um exclusivo de exploração do espectáculo que possa caber ao seu *organizador*, uma vez que os limites dos direitos noticiosos, fixados nas normas que condicionam o direito de acesso à informação, se devem buscar na delimitação negativa do seu próprio conteúdo, que já exclui o aproveitamento económico *do espectáculo*, excepto para *fins estritamente noticiosos*.

Por outro lado, as regras que reprimem a *concorrência desleal*,<sup>42</sup> além da violação de certos exclusivos de propriedade industrial ou, ainda que subsidiariamente, os exclusivos jusautorais (cfr. art. 212º CDA\*) supõem actos susceptíveis de prejudicar o exercício de uma actividade empresarial concorrente, pelo que a sua aplicação a práticas ilícitas neste domínio se circunscreve a tipos de ilícitos que, passíveis de ocorrer em detrimento a actividade das empresas de espectáculos, não justificam por si só o reconhecimento de qualquer *novo exclusivo* de aproveitamento de um bem jurídico.

<sup>41</sup> OLIVEIRA ASCENSÃO, “*Direito Autoral*”, cit., menciona também ter ocorrido já a manifestação da pretensão da outorga do direito de arena também, por exemplo, a *árbitros de futebol*.

<sup>42</sup> Veja-se os arts. 317º e 318º CPI\*.

O “*espectáculo*” – dissemo-lo no início deste texto – é, em si mesmo, um facto ou sequência de factos susceptíveis de serem presenciados. Este enunciado, mais do que confirmar algo susceptível de “apropriação”, parecia revelar a insusceptibilidade de sobre ele se constituírem exclusivos de aproveitamento económico. Mas – logo acrescentámos – o evento desencadeado não ocorre natural e espontaneamente, *presupõe uma iniciativa, um planeamento, uma produção, uma realização: uma organização* com tudo o que implica.

Se desse enquadramento e realização sob égide empresarial resultar *uma obra*, é provável que, dadas as características que “um espectáculo” normalmente reveste, se configure uma *produção (de obra) audiovisual*. No entanto, como a *organização de um espectáculo* não consubstancia necessariamente *criação de obra intelectual*, o problema não encontra, aqui também, solução que o resolva satisfatoriamente.

**Na origem do espectáculo está necessariamente uma prestação empresarial, e há-de ser este tanto o seu fundamento como o pressuposto de uma eventual outorga de um direito privativo.**

A ser outorgado, o exclusivo não será por certo reclamado sobre o suporte que eventualmente possa registar (fixar/gravar) os “eventos espectaculares”, pela tão simples como boa razão de que tal seria tão inútil como desnecessário: por *um lado, a produção de suportes que fixem sons ou imagens já é tutelada por direitos conexos; por outro, tais direitos só pertencerão ao que “organiza” se este for também o que produz* (realiza a fixação em) *tal suporte*. Os direitos de um e outro podem coexistir, mas não se confundem.

Sobram, então, os direitos de *fixar/gravar, reproduzir e comunicar publicamente a ambiente diferente* o conteúdo imaterial chamado “*espectáculo*”. Não sendo o espectáculo necessariamente a representação (em sentido amplo) de uma obra, não cabem ao seu organizador, *ex lege auctoris*, quaisquer direitos que lhe permitam reservar o exclusivo da autorização para o exercício daquelas faculdades. Por outro lado, se tal exclusivo não integrar a sua posição jurídica, não se vê quem mais possa ser seu titular.

Explicámos já porque pensamos que o direito não cabe aos atletas desportistas, aos toureiros, nem a outros *não artistas intérpretes ou executantes*. Os *direitos de participação pecuniária* que o “*direito de arena*” lhes reconhece *não são contrapartida da sua prestação individual* - como expusemos em III-3.1. Estes dão a sua *colaboração técnica* ao evento e, nesta medida, poderá encontrar-se explicação que justifique que beneficiem *de participação remuneratória nos proventos da exploração do espectáculo*, como consagram as disposições legais brasileiras citadas – cfr. *supra*, em III-3.1.

Indicia-se, porém, uma mais-valia económica que só pode encontrar justificação na *prestação empresarial* que enquadra os vários factos, sejam *prestações artísticas proprio sensu ou colaboração técnica*, que o enformem. E compreende-se que assim seja: **é ao que realiza a *prestação empresarial*, ao que “faz acontecer” o espectáculo que é única e exclusivamente imputável a sua concretização; devem pertencer-lhe, sob pena até de *enriquecimento sem causa* de terceiros beneficiários, todas as vantagens patrimoniais que proporcione o bem que resulta da sua acção – e estas não se resumem hoje, vistas as modernas tecnologias de telecomunicação planetária, ao valor dos bilhetes de ingresso dos espectadores que o *presenciam*.**

Seja a sua fonte o *costume*, como lhe tem sido apontado<sup>43</sup>, ou reconheça-se-lhe a consagração *legal* – explícita e tipificada ou apenas nomeada – em diplomas que regulam a “*organização desportiva*” por todo o mundo, deparamos a evidência da necessidade de reconhecimento de um novo direito sobre um bem imaterial, o *espectáculo* como resultado de uma *prestação empresarial*. Na *titularidade* da pessoa que o organiza e promove, tem por *conteúdo* o poder exclusivo sobre a gravação/fixação e telecomunicação pública daquele. Aponte-se-lhe natureza jurídica *intelectual conexa* (a que já dissemos atribuir cada vez menos significado) ou, passe a largueza do conceito, simplesmente *cultural*.

<sup>43</sup> Por todos, veja-se OLIVEIRA ASCENSÃO, “*Direitos de Autor e Direitos Conexos...*”, cit., n.º 408-III.