

## A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS NO DIREITO AUTORAL DAS MÚSICAS

SARTÓRIO, Milton Tiago Elias Santos<sup>1</sup>

AMARAL, Sérgio Tibiriçá<sup>2</sup>

### 1 HISTORICIDADE

Na Antigüidade, não existia nenhum tipo de Direitos Humanos Fundamentais. “Basta recordar que Platão e Aristóteles consideravam o *estatuto da escravidão* como algo de natural”. (CANOTILHO, 2002, pág. 381). Todavia, os gregos também registraram direitos “naturais”, como Sófocles na peça chamada “Antígona”. São idéias embrionárias de direitos que poderiam ser exigidos inclusive frente aos detentores do poder.

Mário Coimbra assevera que o “povo grego foi um dos primeiros a utilizar a tortura sistematicamente na instrução criminal, com meio de prova”. (COIMBRA, 2002, pág. 18). A tortura era utilizada tanto nos escravos quanto nos estrangeiros, estes se cometessem crimes contra o Estado.

“É de se admirar que um povo, onde sedimentou-se o berço da filosofia, tratasse o testemunho (...) com extremada irracionalidade”. (COIMBRA, 2002, pág. 19).

A música teve sua origem na Grécia e Roma Antiga, sendo desenvolvida em festividades e peças teatrais. Em Roma, os escravos “difundem a tradição musical grega e tornam-se figuras centrais da música romana, presente em exposições de lutas e espetáculos”, além disso, os romanos recompilam, nos séculos II e IV a . C., a teoria musical grega. A música polifônica só teve início no século XII. (Almanaque Abril, 1995, pág. 713).

---

<sup>1</sup> O autor foi Conciliador do JEC, estagiário da Procuradoria Seccional da Fazenda Nacional (PSFN) e de um escritório de advocacia. Graduando no curso de Direito das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente/SP.

<sup>2</sup> Mestre, professor da cadeira de Teoria Geral do Estado e Coordenador da Faculdade de Direito de Presidente Prudente/SP.

Destarte, durante os anos os Direitos Fundamentais foram ganhando espaço na história da civilização. O Princípio da Igualdade rompe as barreiras das *ciudades-estado (pólis)*, passando a ter uma idéia de “universalização (...) dos direitos do homem”. (CANOTILHO, 2002, pág. 381).

Com o advento da Magna Carta (do Rei João Sem Terra, de 1215), surgem alguns Direitos Fundamentais, como há de se observar pela inteligência do seu art. 39º: “nenhum homem será detido ou sujeito a prisão (...) senão em julgamento regular pelos seus pares”. (CANOTILHO, 2002, pág. 383). Contudo, os direitos eram estamentais, pois somente eram garantidos aos nobres. Posteriormente, com o surgimento de uma classe rica, que não tinha nobreza, a burguesia, começa uma luta de ampliação desses direitos.

Thomas Hobbes, em o *Leviatã*, parte da idéia de que os indivíduos “ao celebrarem o pacto social, abandonam os direitos e liberdades ao soberano absoluto que deve proteger os cidadãos”. Isso, lembra Canotilho, “consistirá em um dos incentivos principais (da burguesia) a favor da luta pelos direitos do homem”. (CANOTILHO, 2002, pág. 384).

Complementando o raciocínio, Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino dizem que “as primeiras normas consagradoras dos direitos fundamentais são de natureza negativa, pois se limitam a exigir uma obrigação de ‘não fazer’ por parte do Estado”. (Paulo e Alexandrino, 2003, pág. 7).

## **2 ANTECEDENTES (OU PRECEDENTES) HISTÓRICOS DAS DECLARAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Foi no bojo da Idade Média que surgiram “os *pactos*, os *forais* e as *cartas de franquia*, outorgantes de proteção de direitos reflexamente **individuais**, embora diretamente grupais” (sem destaque no original). (SILVA, 2000, pág. 155). Os *Pactos* eram convenções firmadas entre os súditos e os monarcas concernentes ao modo de governo adotado por estes. Já os *Forais* e *Cartas de Franquia* são encontrados em toda a Europa como exemplo “de direitos de comunidades locais, ou de corporações, por meio de forais ou cartas de franquia”. (FERREIRA FILHO, 1999, pág. 11).

Também data desta época o pacto de *León e Castela de 1188*, pelo qual o Rei Afonso IX assegurava alguns “direitos das pessoas, como a segurança, o domicílio, a propriedade”, etc. (SILVA, 2000, pág. 155).

O *Rule of law* - outro instituto - “consiste exatamente na **sujeição de todos (grifo nosso)**, inclusive e especialmente das autoridades, ao império do Direito”. (FERREIRA FILHO, 1999, pág. 12).

Há três características ligadas a este instituto: “primeiro, ausência de poder arbitrário por parte do Governo; segundo, a igualdade perante a lei; terceiro, serem as regras da constituição a consequência e não a fonte dos direitos individuais”. (DICEY apud FERREIRA FILHO, 1999, pág. 13).

Entretanto, o documento mais importante, anterior às Declarações francesa e americana foi uma outra *Declaração, a Magna Carta Libertatum*. Em 1215, os barões conseguiram garantir algumas prerrogativas frente ao rei João Sem Terra, com a finalidade de estabelecer “um *modus vivendi* entre o rei e os barões, que consistia fundamentalmente no reconhecimento de certos direitos de supremacia ao rei em troca de certos direitos de liberdade” (CANOTILHO, 2002, pág. 382). Fica claro assim, que a Magna Carta não tinha natureza constitucional, “longe de ser a Carta das liberdades nacionais, é, sobretudo, uma carta feudal, feita para proteger os privilégios dos barões’ (...)”. (NOBLET apud SILVA, 2000, pág. 156).

Quiçá, seja por isso que Manoel Ferreira Filho não considere a *Magna Carta Libertatum* (1215) como a primeira Declaração dos Direitos Fundamentais, mas sim a Declaração do Bom Povo da Virgínia (1776). Apesar disso, a Magna Carta se tornou “um símbolo das liberdades públicas”, (SILVA, 2000, pág. 156) servindo de base para o desenvolvimento constitucional inglês e para aplicação da lei ao caso concreto pelos juristas.

### 3 GERAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

José Joaquim Gomes Canotilho entende que a expressão “geração” de direitos, não é a mais correta, uma vez que “os direitos são de todas as gerações”. (CANOTILHO, 2002, pág. 386). Todavia, existe essa classificação

histórica feita por Norberto Bobbio, que relata o chamado progresso dos direitos humanos com passar dos anos.

### *1ª Geração (ou Dimensão) de Direitos*

Acontece no século XVIII com a *Constituição dos Estados Unidos* (1791), Declaração de Direitos da Virgínia (1776) e a *Declaração de Direitos do Homem* (Revolução Francesa), esta datando de 1789.

“A Declaração de Independência dos Estados Unidos é inspirada nos ideais do Iluminismo e defende a liberdade individual e o respeito aos direitos fundamentais do ser humano.” (Almanaque Abril, 1995, pág. 265). A participação da França, que havia sido derrotada pela Coroa Britânica na Guerra dos Sete Anos, foi fundamental para a consolidação da Independência dos Estados Unidos. (Almanaque Abril, 1995, pág. 265).

Há forte influência do jusnaturalismo racionalista. Onde os direitos humanos se confundem com atributos naturais da pessoa.

### *2ª Geração (ou Dimensão) de Direitos*

Os documentos que vão marcar esta segunda geração de direitos são a *Constituição Mexicana* (1917) e a *Constituição (ou Lei) de Weimar* (1919).

A fundamentação filosófica nesta fase é o Materialismo (precedência da matéria sobre o espírito).

Há uma intervenção do Estado na sociedade estabelecendo regras (regulamentando os contratos civis, os direitos trabalhistas, etc.) e criando órgãos para que a sociedade tenha garantido seus direitos.

### *3ª Geração (ou Dimensão) de Direitos*

A Carta da ONU (Organização das Nações Unidas), de 1948 é o documento que representa esta fase. Os Estados (no sentido de país) ajudam uns aos outros.

Há forte prevalência da Globalização e Terceirização, ambas realizadas por grandes indústrias. Prevalência (ao menos teoricamente) do direito ao desenvolvimento, meio ambiente, à informação, etc. Esses direitos são assegurados por meio da Ação Civil Pública, Ação Popular, Mandado de Segurança Coletivo. Este último, impetrado por um grupo de pessoas com o escopo de garantir direitos *líquido e certo*, que não foram alcançados pelo habeas corpus ou habeas data.

Jorge Miranda defende uma quarta geração de Direitos, chamada por ele de “protecção interna e (...) internacional dos direitos do homem”. Antes, assevera, o Estado assegurava direitos ao homem, “agora também podem ser assegurados por meio de instâncias internacionais”. (MIRANDA, 1998, pág. 14).

José Gomes Canotilho chama a 3ª dimensão de “direitos sociais e dos trabalhadores” e a 4ª de “direitos dos povos”. (CANOTILHO, 2002, pág. 386).

#### **4 CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Os direitos fundamentais (ou declarados), segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, podem ser: *naturais*, uma vez que derivam do ser humano; *abstratos* por não pertencerem aos seus autores originais (os franceses), mas sim a toda uma coletividade.

São *imprescritíveis*, pois não se exaurem com o passar do tempo. Acompanham o indivíduo por toda a vida. *Inalienáveis*: não se pode abrir mão deles, estão intrinsecamente ligados a personalidade do homem.

Por fim, são *individuais e universais*, ou seja, pertencem a cada um de nós e ao mesmo tempo, a todos. (FERREIRA FILHO, 1999, págs. 22 e 23).

#### **5 DIREITOS E GARANTIAS**

Direitos são Declaratórios e as Garantias assecuratórias. “As declarações enunciam os principais direitos do homem, enquanto as garantias constitucionais são os instrumentos práticos (...) que asseguram os direitos enunciados”. (FERREIRA, 1998, pág. 131).

“As garantias estariam marcadas pelo seu caráter instrumental, vale dizer, seriam os meios voltados para a obtenção ou reparação dos direitos violados”. (ARAUJO e NUNES JÚNIOR, 2003, pág. 87). Destarte, quando meu direito é tolhido tenho os instrumentos para garantir esses direitos. O *habeas corpus*, por exemplo, garante o direito de circulação da pessoa.

Pinto Ferreira divide as Garantias em gerais e especiais. As primeiras são “as próprias técnicas da organização dos poderes públicos”. (FERREIRA, 1998, pág. 131). “ ‘a verdadeira garantia constitucional está na organização política e administrativa, (...) *na própria organização dos poderes públicos*” (grifo nosso). (PALMA apud FERREIRA, 1998, pág. 131).

Já as Garantias especiais tratam de assuntos especificamente mencionados no texto da Constituição. Como, por exemplo, as garantias tributárias (cobrança de tributos), criminais (legalidade do processo e da sentença, *habeas corpus*), civis, etc. (JACQUES apud FERREIRA, 1998, págs. 131-132).

## **6 CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Pela própria nomenclatura da Declaração francesa (Declaração dos Direitos do Homem e Cidadão), vale distinguir direitos do homem e direitos do cidadão. Os primeiros “pertencem ao homem enquanto tal”, “são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos”. (CANOTILHO, 2002, p. 393). Direitos do cidadão são aqueles pertencentes ao “homem enquanto ser social, isto é, como indivíduo vivendo em sociedade”. (BRAUD apud CANOTILHO, 2002, p. 393-394).

Segundo Manoel Ferreira Filho, a primeira Declaração dos Direitos não foi a francesa (1789), mas sim a “editada pela Virgínia em 12 de junho de 1776, antes mesmo da independência das treze colônias inglesas da América do Norte”. (FERREIRA FILHO, 1999, pág. 20), que, no mesmo ano, editou sua Constituição (Constituição dos Estados Unidos, 1776), revogando a Carta da Virgínia. Entretanto, o entendimento correto assegura que “a Magna Carta de 1215, como seu próprio nome indica, *Magna Carta Libertatum*, foi a *primeira declaração histórica dos direitos* (sem grifo no original), embora bastante incompleta”.

(FERREIRA, 1998, pág. 99). Concordamos com este autor, lembrando que antes da Declaração da Virgínia (1776) “surgiram a ‘Petição de Direitos’ de 1629 e a ‘Lei de *Habeas Corpus*’ de 1679, esta determinando a proteção contra as prisões arbitrárias e o direito de ser ouvido pelo juiz”. (FERREIRA, 1998, pág. 99).

A influência da Magna Carta (de 1215), sobre o Direito Positivo, foi tão grande que ainda hoje, vários autores utilizam seu nome como alcunha à Constituição de seus países de origem.

A segunda Declaração mais importante é a Francesa (1789), apesar desta ter vindo um pouco depois da Declaração do Bom Povo da Virgínia (1776).

A diferença entre a Declaração Francesa e a Carta da Virgínia está na sua própria finalidade. Enquanto aquela é “mais abstrata, mais ‘universalizante” (SILVA, 2000, pág. 161), esta é mais concreta, voltada à comunidade desta colônia.

A finalidade da Declaração Francesa, na visão de Manoel F. Filho é “proteger os direitos do Homem contra os atos do Governo (...). O objetivo imediato é de caráter pedagógico: instruir os indivíduos de seus direitos fundamentais, ‘recordando-os’ deles”. (FERREIRA FILHO, 1999, pág. 22).

Jorge Miranda conceitua Direitos Fundamentais como “os direitos ou as posições jurídicas subjectivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na **Constituição formal**, seja na **Constituição material**” (sem grifo no original). (MIRANDA, 1998, pág. 07). “**Direitos fundamentais** são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente”. (CANOTILHO, 2002, pág. 393).

A maioria dos “direitos fundamentais são direitos de personalidade”. (CANOTILHO, 2002, pág. 396). Continua o autor, “os **direitos de personalidade** abarcam certamente os direitos de estado (por ex.: direito de cidadania), os direitos sobre a própria pessoa (direito à vida, à integridade moral e física, direito à privacidade)” (CANOTILHO, 2002, pág. 396), entre outros.

Os Direitos Humanos Fundamentais são como dois círculos concêntricos, onde em uma das suas extremidades encontram-se os direitos referentes à sociedade e, no círculo menor, o direito da pessoa humana. Ambos os direitos

nascem com as Declarações que, infelizmente, necessitam de positivação para que tenham eficácia perante terceiros, uma vez que “as declarações (...) são aquelas disposições declaratórias das principais liberdades humanas”. (FERREIRA, 1998, pág. 99).

Os direitos pertencentes à sociedade (círculo externo) são eternos, enquanto os direitos referentes à pessoa humana (círculo interno) são finitos, ou sejam, após a morte do seu titular eles se esvaem - mesmo que isto não ocorra imediatamente. Já os primeiros, perduram por toda uma eternidade sendo adquiridos por todos - desde a concepção - independentemente de raça, sexo, cor e religião.

## **7 POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

“A positivação de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados ‘naturais’ e ‘inalienáveis’ do indivíduo. Não basta uma qualquer positivação”. (CANOTILHO, 2002, pág. 377). É necessário que esta positivação seja inserida nas normas constitucionais, assim como fez a nossa Carta Política de 1988.

Aqui, surge uma dúvida: as Declarações de Direitos têm força de Princípios ou Normas? Tanto a primeira quanto a segunda escolha levará o intérprete a uma única conclusão: “os princípios gerais são normas como todas as demais”. (BOBBIO apud BONAVIDES, 2000, pág. 236). Comungam deste entendimento Norberto Bobbio e Crisafulli. Ambos os autores sustentam dois argumentos que explicam este entendimento. O primeiro assegura que os Princípios, “através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio de espécies animais obtenho sempre animais, e não flores”. (BOBBIO apud BONAVIDES, 2000, pág. 236). Assim, há de se observar a segurança existente num Princípio, ele não sofre mutação. Ou seja, se um Princípio trata do direito à vida hoje, não tratará do direito à morte amanhã. 2) “a função de regular um caso (...) não regulado”, servindo destarte, “ao mesmo fim para que servem as normas expressas”. (BOBBIO apud BONAVIDES, 2000, pág. 236). Ou seja, eles possuem a mesma carga reguladora de uma norma penal, civil, etc.



Se os Princípios têm a mesma força vinculante das normas, por que existe a necessidade de positivação? Paulo Bonavides explica que com o “advento da Escola Histórica do Direito e a elaboração dos Códigos precipitaram a decadência do Direito Natural clássico”. (BONAVIDES, 2000, pág. 235). Percebe-se, portanto, que a positivação dos Princípios (não só os fundamentais, mas todos, de forma geral) ocorreu de forma natural.

Apesar disso, Ruy Barbosa lembra que “na Grã-Bretanha não há Constituição, como objeto distinto das outras espécies de leis”. (BRYCE apud BARBOSA, 2003, pág. 22). Ela é “em parte composta de atos legislativos, em parte de arestos e usos correntes, que outros arestos e outros atos legislativos incessantemente vêm modificar”. (BRYCE apud BARBOSA, 2003, pág. 22).

Percebe-se, portanto, que a Constituição da Grã-Bretanha é composta de leis ordinárias e costumes. Ambos sendo modificados constantemente por outros da mesma espécie. Entretanto, Ruy Barbosa diz que esse abrandamento de positivismo não faz diminuir as Garantias e Princípios Constitucionais herdados da Declaração Francesa: “não se creia, pois, que a ausência de uma Constituição formal signifique, na Grã-Bretanha, carência de vínculos restritivos à ação dos representantes do povo”. (BARBOSA, 2003, pág. 25).

“Os direitos de personalidade adquirem também imediata relevância constitucional, (...). Nenhuma Constituição, directa ou indirectamente, os pode omitir”. (MIRANDA, 1998, pág. 57).

Deste modo, os Direitos Humanos Fundamentais “devem ser compreendidos, interpretados e aplicados como *normas jurídicas vinculativas*”. (CANOTILHO, 2002, pág. 378). Ou seja, não podem ser subtraídos da esfera de atuação do cidadão. Podem ser alienados, sem contudo perder suas origens, suas raízes. Por exemplo: fotógrafo que vende suas fotos à uma revista ou jornal, com seu nome constando no rodapé das mesmas.

## **8 APLICABILIDADE DOS DIREITOS AUTORAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

A nossa Constituição Federal, promulgada em 05 de outubro de 1988, traz em seu Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), Capítulo I (Dos Direitos

e Deveres Individuais e Coletivos) art. 5º (além de outros), alguns Direitos Fundamentais.

Ricardo Cunha Chimenti diz que a nossa Lei Magna “garante o direito à privacidade (declarando invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a *imagem das pessoas* - grifo nosso), (...) o direito à indenização por dano material, moral ou à *imagem* - sem destaque no original - (art. 5º V e X)”. (CHIMENTI, 2003, pág. 297).

Vale lembrar que o Código Civil de 2002 (Lei n.º 10.406/02), assegura os direitos de personalidade em seu art. 2º, além de disponibilizar um Capítulo (II) à parte (arts. 11 ao 21) para os Direitos de Personalidade, tratando expressamente do tema em égide.

Além dessa proteção infraconstitucional, garantida pelo Código Civil, há uma outra, assegurada por Lei Especial (9.610, de 19 de fevereiro de 1998). (OLIVEIRA, 1998, pág. 79).

Para Leonardo Sugui “os direitos de autor são considerados uma fusão entre o Direito de Personalidade com o Direito de Propriedade Intelectual. Isto porque (...) se fundam e trazem a noção dos Direitos de Autor”. (SUGUI, 2001, págs. 24 e 25).

Com a devida vênia, não pensamos dessa forma. Conforme visto em linhas pretéritas, os Direitos de Personalidade fazem parte dos próprios Direitos Fundamentais e estes foram positivados nas Constituições de diversos países, principalmente na brasileira, para serem observados e respeitados pelos representantes do povo, operadores do Direito e, principalmente, por terceiros que tornam público músicas de artistas, famosos ou não.

## **9 EVOLUÇÃO**

Bittar diz que os Direitos Autorais ou Direitos de Autor, encontram “raízes remotas no Direito Romano, em que, na obra pintada em tela alheia, em face de conotações de ordem pessoal, se conferia a propriedade ao autor intelectual, prevendo-se, outrossim, a *actio injuriarum* para a defesa de tais Direitos (BITTAR e BITTAR FILHO, 1993, p. 176).

Entretanto, somente com a invenção da imprensa, assevera Bittar, houve um “reconhecimento de um direito sobre as obras impressas” (BITTAR e BITTAR FILHO, 1993, p. 176). Nesse diapasão surgiu o “direito de cópia” ou Copyright Act da Rainha Ana” (BITTAR e BITTAR FILHO, 1993, p. 176).

Na França, em meados do século XVIII - por meio dos advogados franceses - houve necessidade de positivar a matéria, reconhecendo, como direitos do autor a propriedade sobre a obra intelectual e não apenas a sua exploração econômica, como vinha ocorrendo, desde então. (BITTAR e BITTAR FILHO, 1993, pág. 176). Dessarte, “a Revolução Francesa *consagrou* essas posições e deu ao mundo o Direito de Autor como um dos direitos fundamentais do homem, reconhecendo-o legislativamente, em 1791”. (BITTAR e BITTAR FILHO, 1993, pág. 176).

## 10 CONCEITO DE DIREITO AUTORAL

“São (...) prerrogativas e diretrizes que regulam os direitos decorrentes de um obra do intelecto humano, que tenha em seu bojo um conteúdo *artístico, científico ou literário*” (sem destaque no original). (SUGUI, 2001, pág. 23).

“É o que tem o autor da obra literária, científica ou artística, de ligar o seu nome às produções do seu espírito e de reproduzi-las, ou transmiti-las”. (FERREIRA apud BEVILÁQUA, 1998, pág. 120). Aquela é manifestação de personalidade do autor, esta diz respeito a economicidade. (FERREIRA apud BEVILÁQUA, 1998, pág. 120).

Como se vê, portanto, os Direitos Autorais abrangem não só a autoria às músicas. Mas também às obras, quadros, imagens, etc. Pois foram assim que surgiram, conforme visto, no Direito Romano.

Quem arrecada e fiscaliza os proventos dos Direitos Autorais, de acordo com a Lei 9.610/98, (art. 99) é o ECAD (Escritório de Arrecadação e Distribuição). (SUGUI, 2001, pág. 42).

Direitos Autorais são normas que regulam e protegem a criação intelectual de cunho artístico, científico ou literário, possibilitando ao seu criador reproduzi-las ou transmiti-las, onerosa ou gratuitamente, sem contudo perder a sua propriedade.

## 11 ALIENAÇÃO DOS DIREITOS AUTORAIS

Carlos Bittar diz que é possível alienar, transferir os Direitos Autorais e à Imagem por meio de contrato. Segundo ele “a premissa fundamental de qualquer utilização pública é a autorização expressa do titular”. (BITTAR e BITTAR FILHO, 1993, pág. 12).

Apesar de ser um Direito de Personalidade, que como tal, é um Direito Fundamental e, conseqüentemente, *inalienável*, como visto anteriormente, é possível ser transferido “total ou parcialmente” (art. 49, Lei 9.610/98), sendo observadas algumas limitações, art. 49, I: “a transmissão total compreende todos os direitos de autor, salvo os de natureza moral e os expressamente excluídos por lei”. (OLIVEIRA, 1998, pág. 90).

No mesmo sentido, deve ser observado o Direito à Imagem:

art. 79: O autor de obra fotográfica tem direito a reproduzi-la e colocá-la à venda, observadas as restrições à exposição, reprodução e venda de retratos, e sem prejuízo dos direitos de autor sobre a obra fotografada, se de artes plásticas protegidas. (OLIVEIRA, 1998, pág. 94).

“Tais mecanismos permitem ao titular a remuneração correspondente ao uso ajustado, evitando que estranhos possam (...) auferir proventos”. (BITTAR e BITTAR FILHO, 1993, pág. 12).

O instrumento para esta alienação de Direitos, tanto à Imagem quanto à Autoria, é o Contrato (encontro de duas vontades com o escopo de adquirir, extinguir, transferir, ou criar direitos e obrigações às partes).

Ricardo C. Chimenti, não nos deixa olvidar que “a Súmula n. 63 do STJ dita que *são devidos direitos autorais pela retransmissão radiofônica das músicas em estabelecimentos comerciais*” (sem destaque no original). (CHIMENTI, 2003, pág. 339). E mais “os direitos patrimoniais do autor perduram (...) após seu falecimento, (...) por 70 anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento” (art. 41, Lei 9.610/98). (CHIMENTI, 2003, pág. 339).

Essa proteção sobre os direitos de retransmissão de música e à imagem (por ex.: fotos de uma modelo para uma revista masculina, ou para uma campanha contra alguma moléstia grave), ganhou, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, *status* de norma constitucional (art. 5º, XXVII e XXVIII). (CHIMENTI, 2003, pág. 339). Assim, esses Direitos concedem mais segurança a seu titular - que é toda pessoa nascida com vida, inclusive o nascituro (radiografia de filho de uma pessoa famosa, por exemplo), de acordo com inteligência do art. 2º do Código Civil.

“Como bem patrimonial que é, o direito de reprodução pode ser cedido, vendido e até desapropriado (mediante prévia e justa indenização em dinheiro)”. (CHIMENTI, 2003, pág. 339). Isso só é possível porque “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras”. (CHIMENTI, 2003, pág. 339).

## 11 JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA

Ainda pode-se encontrar jurisprudências de entendimentos diversos sobre o mesmo assunto: o pagamento dos direitos autorais ao ECAD realizado por um estabelecimento comercial de porte pequeno e de porte grande. Vejamos dois exemplos à respeito do tema:

CIVIL. DIREITO AUTORAL. COBRANÇA. ECAD. LEGITIMIDADE. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. CAPTAÇÃO DE MÚSICA POR RÁDIO E AMBIENTAÇÃO POR MEIO DE AUTO-FALANTES EM ESTABELECIMENTO COMERCIAL DE PORTE (sem destaque no original). LUCRO INDIRETO. SÚMULA N.º 63-STJ. LEI N.º 5.988/73.

I. A ausência de prequestionamento da questão alusiva à legitimidade ativa ad causam do ECAD para a ação de cobrança de direitos autorais impede o exame da tese em sede especial, por incidência do óbice preconizado nas Súmulas ns. 282 e 356 do C. STF.

II. A captação de música em rádio e a sua divulgação através de auto-falantes em estabelecimento comercial de porte, constitui hipótese de incidência de direitos autorais, por configurada a hipótese prevista no art. 73 da Lei n. 5.988/73.

III. "São devidos direitos autorais pela retransmissão radiofônica de músicas em estabelecimentos comerciais" - Súmula n. 63-STJ.

IV. Recurso especial não conhecido.

(Resp 94363 / Es ; Recurso Especial, 1996/0025605-5; Rel. Ministro Aldir Assarinho Junior (1110), T4 - Quarta Turma, Data Do Julgamento: 21/11/2002, Dj 17.02.2003 P. 280).

CIVIL. DIREITO AUTORAL. COBRANÇA. ECAD. LEGITIMIDADE. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. CAPTAÇÃO DE MÚSICA POR RÁDIO. *ESTABELECIMENTO COMERCIAL MODESTO* (grifo nosso). LUCROS DIRETO E INDIRETO NÃO CONFIGURADOS. SÚMULA N. 63-STJ. LEI N. 5.988/73.

I. A captação de música em rádio e a sua divulgação através de dois auto-falantes pequenos, em *estabelecimento comercial de diminuto porte* (grifo nosso), não constitui hipótese de incidência de direitos autorais, à míngua de identificação, na espécie, de presença de lucro direto ou indireto, senão de entretenimento do próprio titular e de uns poucos empregados.

II. Inaplicabilidade, pelas circunstâncias fáticas encontradas, da Súmula n. 63 do STJ.

III. Recurso especial não conhecido.

(Resp 186197 / Sp ; Recurso Especial, 1998/0061904-6, Ministro Aldir Passarinho Junior (1110), T4 - Quarta Turma, Data Julgamento: 07/11/2002, Dj 10.02.2003, p. 212, Rjadcoas Vol. 45, p. 52, Sjadcoas Vol. 126 p. 32).

Com a devida vênia, quem assume os riscos da atividade é o empregador. Assim, ter-se-á que ir buscar no Direito do Trabalho o conceito de empregador. Amauri Mascaro Nascimento, citando o artigo 2º da CLT diz que empregador é toda “empresa, individual ou coletiva, que, assume os riscos da atividade econômica”. (NASCIMENTO, 2003, pág. 199). Portanto, o músico não pode ser cerceado no direito que a devida Lei (de Direitos Autorais) lhe assegura.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Como foi visto, os Direitos Humanos Fundamentais foram nascendo aos poucos, em diversos países, por meio de instrumentos que garantiam segurança aos súditos. O estatuto da escravidão, a supremacia da raça ariana, a diferença de cor e de sexo, durante os anos, começaram a ser entendidas como pura forma de preconceito e ofensa a dignidade da pessoa humana. Nesse diapasão, o Princípio da Igualdade, oriundo da Grécia Antiga, (onde naquela época, quiçá, tenha sido utilizado para tratar homens e escravos de forma idêntica) é reconhecido, com nova roupagem sem perder seu escopo, como Direitos Humanos e positivado em Constituições e leis esparsas diversas (art. 5º, CF: “todos são iguais perante a lei...”).

Apesar da *Magna Carta Libertatum* (1215), o grande marco dos Direitos Fundamentais, foi a Declaração Dos Direitos do Homem e do Cidadão

(1789), ícone maior da Revolução Francesa, onde diz que “a propriedade privada é inviolável e sagrada” além de instituir a “liberdade pessoal para todos os homens de todas as regiões do mundo”. (Almanaque Abril, 1995, pág. 266)

Essas Declarações foram tão importantes para a civilização que durarão de forma perpétua na história da humanidade. Sempre que o legislador for elaborar uma Lei, ou Constituição novas, terá que voltar os olhos para estas Declarações. O exemplo mais atual e grandioso está na Constituição da União Européia, onde garante a qualquer cidadão europeu, livre circulação entre os países-membros do Bloco. É o direito de ir e vir – leia-se *hábeas corpus*- mais evoluído e atual de que se tem notícia.

Em 1710, houve a positivação dos direitos Autorais, com o Copyright Act (Lei de Direito de Cópia). primeiro na Inglaterra e, posteriormente, na França (em 1791), abrangendo tanto a produção científica (invenções), artística (música e imagem), quanto literária (livros, artigos científicos). Com isso houve um respeito maior aos Direitos Autorais que até então eram vistos apenas como produto e não como obra do intelecto humano.

Hoje, há diversos tipos de mídias e sistemas de reprodução musical (como *internet* - acesso discado ou banda larga, *rádio*, *Cd*, *MD*, *MP3*, etc), sem lei específica que os regule, mas não deixam de ser Direitos Fundamentais. Apesar disso, alguns Direitos Autorais (da música, da imagem), além da proteção infraconstitucional (Código Civil de 2002 e Lei de Direitos Autorais), são protegidos constitucionalmente (art. 5º, V, IX, X, e XXII, Constituição Federal). Os autores de tais direitos podem dispor deles por meio de contratos, sem perder a propriedade sobre os mesmos. Desta forma, o Ordenamento Jurídico assegura um Direito que é inato ao homem, onde ocorrendo violação, o legislador concede o remédio jurídico adequado, assim como os romanos faziam com a *actio injuriarum*.

Esses Direitos levaram séculos para serem formados e positivados. O estudo dos Direitos Humanos por parte das futuras gerações é imprescindível para a sua perpetuação.

## **BIBLIOGRAFIA**

ALMANAQUE ABRIL, 21ª edição. São Paulo, SP: Editora Abril, 1995, 789 p.

AMARAL, Sérgio Tibiriçá. O Direito de Informação nas Emissoras de TV e as Pessoas Portadoras de Deficiência Auditivas. **Intertemas: Revista da Toledo**. Presidente Prudente, SP, ano 6, v.7, p. 09-32, nov. 2002.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2003.

BARBOSA, Ruy. **Atos Inconstitucionais**. Atualizada por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell Editores, 2003.

BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 10ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Resp 94363**. Captação de música por rádio e ambientação por meio de auto-falantes em estabelecimento comercial de porte. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=Resp+94363+&&b=JUR2&p=true&t=&l=20&i=1tp>>. Acesso em 06 fev. 2005.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Resp 186197**. Captação de música por rádio e ambientação por meio de auto-falantes em estabelecimento comercial modesto. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=RESP+186197+&&b=JUR2&p=true&t=&l=20&i=1>>. Acesso em 06 fev. 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**, 6ª edição. Portugal. Coimbra: Almedina, 2002.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Apontamentos de Direito Constitucional**. São Paulo: Damásio de Jesus, 2003.

COIMBRA, Mário. **Tratamento do Injusto Penal da Tortura**, (Ciência do direito penal contemporâneo; vol.2). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**, 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 1999.



FERREIRA, Pinto. **Curso de direito constitucional**, 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 1998.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV, 2ª edição. Portugal. Coimbra: Almedina, 1998.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direitos Fundamentais**, 2ª edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**, 29ª edição. São Paulo: LTr, 2003.

OLIVEIRA, Juarez de. **Código de Propriedade Industrial (Lei n. 9.279, de 14.05.1996), Lei de Software (Lei n. 9.609, de 19.02.1998), Lei de Direitos Autorais (Lei n. 9.610, de 19.02.1998)**. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 19ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

SUGUI, Leonardo Yuji. **A Lei de Direitos Autorais (Lei 9.610/98), a Música e a Internet**. Presidente Prudente - SP: 2001.