

LISIANE FEITEN WINGERT ODY

Direito e Arte

O direito da arte brasileiro
sistemizado a partir do paradigma alemão

 Marcial
Pons

MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

SUMÁRIO

Prefácio	7
Apresentação da obra pelo Prof. Dr. Dr.h.c. mult. Erik Jayme, LL.M.	11
Einleitung	13
Abreviaturas	25
Introdução	29
I. Fontes e conceitos do direito da arte	33
1. Arte e liberdade artística	40
1.1 Casos paradigmáticos da jurisprudência alemã envolvendo o conflito entre liberdade artística e direitos gerais de personalidade	47
1.2 Contraponto com a percepção de liberdade artística no direito brasileiro	59
2. Análise do substrato conceitual alemão e relação com o direito brasileiro	65
2.1 Obra de arte	65
a) Singularidade e estilo	75
b) Original e falsificação	80
c) Originalidade das réplicas, das obras de atelier e <i>appropriation art</i>	88
d) Arte e design	93
2.2 Artista, criador e artesão	97
II. Arte como objeto do direito autoral	103
1. Tratados internacionais	103
2. Paralelo entre direito autoral brasileiro (Lei 9.610/1998) e <i>Urheberrechtsgesetz</i>	106

2.1	Conteúdo e estrutura.....	106
2.2	Direitos morais	109
	a) Direito à publicação e à manutenção do ineditismo.....	110
	b) Direito de assegurar a integridade da obra.....	111
2.3	Direitos patrimoniais	115
	a) Direito de sequência	116
	b) Direitos de exploração	122
2.4	Limitações aos direitos autorais	125
	a) Livre utilização e obra nova	129
	b) Paródia	138
	c) Liberdade de panorama	140
	d) Obra acessória.....	147
	e) Liberdade de citação.....	149
	f) Comunicação ao público e <i>streaming</i>	153
	g) Direitos do proprietário e obras de arquitetura	156
2.5	Direitos conexos.....	160
	a) Edição científica	163
	b) Obras póstumas.....	163
	c) Proteção do fotógrafo e direito de imagem	166
	d) Proteção dos artistas intérpretes e executantes	172
	e) Direito do teatro e <i>Regietheater</i>	176
	f) Direito do cinema	183
III. Arte e o Poder Público		187
1.	Instrumentos nacionais de promoção e proteção do patrimônio cultural, histórico e artístico.....	187
1.1	Preservação de bens culturais e restrições ao direito de propriedade: registro, inventário e tombamento	188
1.2	Acesso público a bens culturais: museologia e estatuto dos museus brasileiros	195
	a) Direito de preferência	199
	b) Direito de “facilitação de acesso” a reproduções.....	202
2.	Proteção internacional de patrimônio histórico, cultural e artístico	204
2.1	Prevenção	204
	a) Direito internacional público	204
	b) Proibição de exportação e declaração de interesse público....	205

2.2	Devolução de bens culturais	213
a)	Nacionalidade da obra de arte	220
b)	Fundamentos jurídicos da pretensão à devolução e seus impedimentos	223
IV.	Arte e Direito Civil	227
1.	Direitos reais.....	227
1.1	Direito de propriedade, direito da propriedade intelectual e propriedade de obras de arte	226
1.2	Formas de aquisição da propriedade de obras de arte	231
2.	Direito contratual: negociação de obras de arte (<i>Kunsthandel</i>)	245
2.1	Formação dos contratos.....	245
2.2	A lei aplicável	250
a)	CISG e a compra e venda internacional de obras de arte	250
b)	Proteção do consumidor no mercado de arte	251
3.	Responsabilidade civil: <i>Aliudlieferung</i> e aquisição de boa-fé.....	258
3.1	Ausência de autenticidade como defeito da obra	258
3.2	Proveniência comprometida como defeito da obra	262
4.	Responsabilidade civil extracontratual do perito ou expert em caso de equívoco quanto à autenticidade.....	267
V.	Arte e ilegalidade	275
1.	Subtração ilegal de obras de arte (<i>Kunstraub</i>) e restituição	275
1.1	Arte roubada no contexto do nacional-socialismo (<i>Raubkunst</i>) e os “ <i>Washington Principles</i> ”.....	276
1.2	Arte degenerada (<i>entartete Kunst</i>)	289
1.3	Caos da guerra	291
2.	Lavagem de dinheiro por meio de obras de arte (dt. D: Geldwäsche; dt. Ö/CH: Geldwäscherei; fr. blanchiment d’argent; en. money laundering).....	302
VI.	Prescrições especiais atinentes ao direito da arte	309
1.	Direito tributário.....	309
2.	Direito fundacional.....	315
3.	Direito securitário.....	317
	Casos mais relevantes	321
	Bibliografia	325
	Índice Remissivo.....	343

SUMÁRIO

COM INDICAÇÃO DOS PRINCIPAIS CASOS EXAMINADOS, INDICADOS
NA ORDEM DE SUA ABORDAGEM, NA PÁGINA À DIREITA

Introdução

I. Fontes e conceitos do direito da arte

1. Arte e liberdade artística

1.1 Casos paradigmáticos da jurisprudência alemã envolvendo o conflito entre liberdade artística e direitos gerais de personalidade

1.2 Contraponto com a percepção de liberdade artística do paradigma brasileiro na ADIn 4815 (biografias)

2. Criação e criador: análise do substrato conceitual alemão e relação com o direito brasileiro

2.1 Obra de arte

a) Singularidade e estilo

b) Original e falsificação

c) Réplicas, obras de *atelier* e *appropriation art*

d) Arte e design

2.2 Artista, criador e artesão

II. Arte como objeto do direito autoral

1. Tratados internacionais

2. Paralelo entre direito autoral brasileiro (Lei 9.610/1998) e *Urheberrechtsgesetz*

2.1 Conteúdo e estrutura

2.2 Direitos morais

a) Direito de publicação e ao ineditismo

b) Direito de assegurar a integridade da obra

2.3 Direitos patrimoniais

a) Direito de sequência

b) Direitos de exploração

2.4 Limitações aos direitos autorais

a) Livre utilização e obra nova

- Caso *Hans Sachs*
Caso do ministro-presidente bávaro *Franz Josef Strauß*
Caso *Böhmermann* e Presidente *Erdoğan*
Caso *Josefine Mutzenbacher*
- Caso *Mephisto*
Caso *Esra*
Caso *Ende einer Nacht*
Caso *Lebach*
- Caso da ADIn 4815 (biografias)
- Casos das cartas missivas de *Wagner* e de *Nietzsche*
Caso do diário de *Cosima Wagner*
Caso do Dicionário *Aurélio*
- Caso Aquarela do Brasil
- Caso *Lancelot Thwaytes v. Sotheby's (Caravaggio)*
- Caso *Brombeer-Muster Stoff*
Caso *Silberdistelfall*
Caso *Geburtstagszug*
- Caso *Eduardo Vieira da Cunha*
Caso 'Filhas da mãe'
- Caso do ineditismo de publicação
Caso da telenovela *Pantanal*
- Caso do presépio reproduzido em selo
Caso *Portinari*
- Caso da *Weimarer Bildstreit*
- Caso *Ringtones* e 'Punhais da valentia'
Caso *Sampling*
Casos *Cariou v. Prince, Rogers v. Koons* e *Blanch v. Koons*
- Casos da bandeira e do hino nacional alemães
Caso *Anachronistischer Zug*
Caso *Xavier-Naidoo*
- Caso *Rohtenburg*
Caso *Contergan*
Caso *Baader-Meinhof*
Caso *Ehrensache*
- Caso *Brancusi*
Caso dos pareceres jurídicos
Caso da coleta de morangos em *Dossenheim*
- Caso *Emile Nolde*
Caso *Immendorf*

- b) Paródia
- c) Liberdade de panorama
- d) Obra acessória
- e) Liberdade de citação
- f) Comunicação ao público e *streaming*
- g) Direitos do proprietário e obras de arquitetura

2.5 Direitos conexos

- a) Edição científica
- b) Obras póstumas
- c) Proteção do fotógrafo e direito de imagem
- d) Proteção dos artistas intérpretes e executantes
- e) Direito do teatro e *Regietheater*
- f) Direito do cinema

III. Arte e o Poder Público

- 1. Instrumentos nacionais de promoção e proteção do patrimônio cultural, histórico e artístico
 - 1.1 Preservação de bens culturais e restrições ao direito de propriedade: registro, inventário e tombamento
 - 1.2 Acesso público a bens culturais: museologia e estatuto dos museus brasileiros
 - a) Direito de preferência
 - b) ‘Direito de facilitação de acesso’ a reproduções
- 2. Proteção internacional de patrimônio histórico, cultural e artístico
 - 2.1 Prevenção
 - a) Direito internacional público
 - b) Proibição de exportação e declaração de interesse público
 - 2.2 Devolução de bens culturais
 - a) Nacionalidade da obra de arte
 - b) Fundamentos jurídicos da pretensão à devolução e seus impedimentos

IV. Arte e Direito Civil

Casos *Chacrinha*, *Tiririca* e ‘falha-folha’ de São Paulo

Casos da Telemar, do Ingresso de jogo de futebol, da foto de residência em lata de tinta, da *East side galerie*, do *Preußische Schlosse, Garten und Parkanlage, Tegel* e da casa em estilo frísio, do *Google street view*

Caso de acessoriedade da obra (*Beiwerk*) em catálogo

Caso de acessoriedade da obra em publicidade

Caso *Germania III*

Caso *Palmenhalle in Sparkasse*

Caso *Berliner Hauptbahnhof*

Caso *Stuttgart 21*

Caso *Schoppenhauer*

Caso *Moteczuma*

Casos *Déborah Secco*, *Caroline de Monaco I e II* e

Techno Viking

Casos *Götterdämmerung*, *Csárdásfürstin*, *Maske in Blau*, *Die Weber*, *Fledermaus*, *Dialogues des carmelites*, *Shakespeare*

Caso *Himmelscheibe von Nebra*

Caso dos pilotos na cidade de Brasília

Caso dos mármoreos do Parthenon

Caso *Nefertite*

Caso *Codex Sinaiticus*

Caso *Bibliotheca Palatina*

1. Direitos reais

- 1.1 Direito de propriedade, direito da propriedade intelectual e propriedade de obras de arte
- 1.2 Formas de aquisição da propriedade de obras de arte

2. Direito contratual: negociação de obras de arte

- 2.1 Formação dos contratos
- 2.2 Aplicabilidade de leis especiais aos negócios envolvendo obras de arte
 - a) CISG e a compra e venda internacional de obras de arte
 - b) Proteção do consumidor no mercado de arte

3. Responsabilidade civil contratual: *Aliudlieferung* e aquisição de boa-fé

- 3.1 Ausência de autenticidade como defeito da obra
- 3.2 Proveniência comprometida como defeito da obra

4. Responsabilidade civil extracontratual do perito ou expert em caso de equívoco quanto à autenticidade

V. Arte e ilegalidade

1. Subtração ilegal de obras de arte (*Kunstraub*) e restituição

- 1.1 Nacional-socialismo (*Raubkunst*) e os ‘*Washington Principles*’
- 1.2 Arte degenerada (*entartete Kunst*)
- 1.3 Caos da guerra

2. Lavagem de dinheiro por meio de obras de arte

VI. Prescrições especiais atinentes à arte

1. Direito tributário
2. Direito fundacional
3. Direito securitário

Caso *Schlemmer (Rote Mitte)*

Casos da Abadia, declaração da propriedade e *van Dyck*

Caso *Heidelberger Papyrussammlung*

Caso *Bernsteinzimmer*

Caso *Leibl-Duveneck*

Caso *Campendonk*

Caso *Aliud-Lieferung*

Caso *Buchholz*

Caso *Carracci*

Caso *Kahnweiler*

Caso *Guercino*

Caso *Menzel v. List*

Caso *Adele* (Maria Altmann v. República da Áustria)

Caso *Pringsheim*

Caso *Glaser* (Marei von Saher v. Norton Simon Museum of Art at Pasadena)

Caso *Sophie Lissitzky-Küppers*

Caso *Gurlitt*

Caso *Wiewael*

Caso *DeWeerth v. Baldinger*

Caso *Kunstsammlungen zu Weimar v. Elicofon*

Caso de incidência de imposto de importação sobre tela nacional (A virgem dos lábios de mel)

Caso do CEBAS ao MASP

PREFÁCIO

Quando assisti em 2007 ao curso de “*Direito do Autor e Direito da Arte*” ministrado pelo Professor *Erik Jayme* na Universidade de Heidelberg, Alemanha, o fiz muito mais em virtude de minha curiosidade e interesse por arte, do que em razão do exercício de atividades profissionais na área jurídica.

Concluída minha formação acadêmica, contudo, obtive aprovação no concurso de provas e títulos para lecionar Direito Civil na UFRGS, tendo recebido, ato contínuo, a atribuição de lecionar Direito da Propriedade Intelectual, em que temas de direito autoral (e, portanto, também de direito da arte) se inserem. As questões que me foram então submetidas, não apenas por alunos do curso de Ciências Jurídicas e Sociais, mas especialmente pelos alunos dedicados à arte e ao design, conduziram-me a elaborar a presente pesquisa e a rever a matéria que antes tanto me interessara, agora com olhar não apenas de quem aprecia arte, mas também com o de jurista.

Se o direito serve para ordenar a vida em sociedade, a arte busca constantemente romper com a ordem estabelecida, inovando-a e renovando-a. É essa tensão entre o direito e a arte que o livro aborda.

Este não é um livro sobre arte, o que nem poderia escrever, dadas minhas limitações de *curiosa* na área. Trata-se de obra jurídica, na qual o leitor verá que procurei enfrentar o tema do direito da arte, apresentando-o ao ordenamento nacional, a partir do direito alemão, em que é matéria consolidada, com as ilustrações que são disponíveis ao jurista: trazendo casos reais e expondo suas soluções pelos tribunais, examinando-as.

Gostaria de agradecer a todos que contribuíram para a elaboração desta obra, a começar pelos desembargadores federais Tribunal Regional da 4ª Região Dr. *Paulo Afonso Brum Vaz*, *Maria de Fátima Freitas Labarrère* e *Marga Inge Barth Tessler*, e respectivos gabinetes, por terem tornado possível meu afastamento físico

da cidade de Porto Alegre, mediante atuação em regime especial de teletrabalho, desde Heidelberg, na Alemanha.

Junto à *Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, sou grata aos colegas professores que aquiesceram com o projeto e aos servidores que me auxiliaram na obtenção da autorização para realizá-lo, assim como aos alunos que, com suas inquietações e questões, delineararam parte substancial da pesquisa. Em especial, gostaria de agradecer a ex-aluna Bel. *Júlia Alves Coutinho*, pela leitura atenta e pelas valiosas sugestões. Pelo mesmo motivo agradeço as considerações do Dr. *Carl-Friedrich Nordmeier*, sem as quais eu não poderia reputar a obra como apta à publicação.

Sou grata, ainda, a *Wiebke Ramm* (M.A.), que me apoiou e estimulou a prosseguir no estudo comparativo do direito alemão, auxiliando-me nas dificuldades linguísticas.

À *Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg* sou profundamente agradecida pela acolhida no Instituto de Direito Estrangeiro e Internacional Privado (*Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht*, sigla: IPR), a cujos diretores, Prof. Dr. *Marc-Philippe Weller* e Prof. Dr. *Christoph A. Kern*, LL.M. (Harvard), e meu outrora orientador de pesquisa no âmbito da conclusão de meu doutorado, Prof. Dr. Dr.h.c. *Thomas Pfeiffer*, agradeço. Foi um privilégio ter podido mais uma vez ali trabalhar, onde não apenas pude contar com um ambiente de trabalho adequado, mas também onde fui muito bem recebida por colegas e funcionários, a quem agradeço em nome do Dr. *Sebastian Seeger*, de *Angela Tauber* (M.A.) e, especialmente, do Prof. Dr. Dr.h.c. *Giuseppe Portale*, cuja amizade muito me honra.

Por fim, gostaria de expressar minha gratidão e admiração pelo Professor Dr. Dr.h.c. mult. *Erik Jayme* que no ano de 1996 despertou meu interesse pelo direito alemão ao apresentar o curso “*Identidade cultural e integração*”¹ na UFRGS, apresentação que tive a oportunidade de traduzir, enquanto ainda estudante.² Conhecê-lo não apenas me proporcionou aprimoramento no idioma alemão e oportunizou estabelecer minha carreira acadêmica no contexto de integração Brasil-Alemanha, com a qual pude contribuir com meu livro de “*Einführung in das brasilianische Recht*” (pt. Introdução do direito brasileiro),³ publicado pela prestigiosa editora C.H. Beck, sob sua indicação, mas também semeou o interesse pelo tema desta obra, sendo ele mesmo colecionador e pioneiro no estudo do

1. JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Recueil des cours*, vol. 251, 1995, p. 9-267.

2. JAYME, Erik. “Direito Internacional Privado e Cultura Pós-Moderna”. Tradução de Lisiane Feiten Wingert Ody. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*. Vol. I, número I, Março/2003. 3ª tiragem, 2ª edição. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, dezembro de 2004.

3. No âmbito da coleção JuS-Schriftenreihe – *Ausländisches Recht*, Band 203, ISBN 978-3-406-69540-7.

tema.⁴ Com este trabalho complemento a experiência anterior, oferecendo, desta feita, informações sobre o direito alemão ao jurista brasileiro, proporcionando-lhe conhecer o tema do “Direito da Arte”.

Não poderia dedicar o livro a outros que não meus familiares: em primeiro lugar, aos meus pais, *João e Erna*, que com esforço tornaram possível que me dedicasse aos mais variados interesses, ainda que na maior parte das vezes tenham sido considerados “pouco úteis” na sociedade brasileira atual; em segundo, ao meu marido, *César*, que há vinte anos é testemunha da minha jornada; e, finalmente, aos meus filhos, *Bernardo e Leonardo*, que a renovam todos os dias.

De Heidelberg a Porto Alegre, 2018.

LISIANE FEITEN WINGERT ODY

4. JAYME, Erik. Sobre a Formação de minha Coleção de Arte, in: MAMEDE, Gladstone; FRANCA FILHO, Marcílio T.; RODRIGUES JÚNIOR, Octavio Luiz. *Direito da Arte*. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 3- 7.

APRESENTAÇÃO DA OBRA PELO PROF. DR. DR.H.C. MULT. ERIK JAYME, LL.M. (BERKELEY)¹

Na última década, o Direito da Arte se desenvolveu como ramo jurídico autônomo, exibindo princípios e leis especiais próprios. Existem hoje em dia periódicos e livros específicos, assim como se realizam congressos e convenções, dedicados ao cuidado e à compreensão do Direito da Arte. Mais recentemente, foram promulgadas leis abrangentes que, como a nova lei alemã de proteção aos bens culturais, datada de 31 de julho de 2016 (KGSG), regulam não apenas questões pontuais, mas alcançam também o direito de negociação da arte, incluindo direito penal e temas de direito público. Chama atenção nessa lei, por exemplo, que o Direito da Arte se diferencia do Direito Civil geral, adotando soluções particulares. É assim na hipótese prevista no § 40, seção 1, da KGSG, segundo o qual a colocação no mercado de bens culturais que tenham sido escavados ou exportados ilegalmente é proibida e, conforme a seção 2 do referido dispositivo, negócios jurídicos obrigacionais ou dispositivos envolvendo esses bens são nulos. Assim, o princípio da abstração que rege a transferência da propriedade no direito civil alemão, i. é, a clara separação entre o direito obrigacional e real, foi abolido em negociação de obras de arte. Além disso, o preceito do § 935, seção 2, do BGB, que permite a aquisição de boa-fé em leilão público, não se aplica mais às obras de arte.

Porque intensa e corretamente protegem-se obras de arte nacionais valiosas por meio da proibição de exportação, deve-se saudar publicações como a presente obra, que ilumina questões do Direito da Arte a partir da perspectiva própria de seu sistema jurídico respectivo e, então, faz considerações comparativas. É convincente como a autora acentua a estreita conexão entre o Direito da Arte e a Lei de Direitos Autorais. O Direito da Arte pertine às obras de arte; os direitos

1. Tradução realizada pela autora do texto original, em alemão.

autorais aos artistas. Em direito público, ela distingue o tratamento de bens imóveis – especialmente construções, para a qual se aplica a proteção de monumentos –, daquele recebido por bens móveis. No caso desses últimos, se consideradas as obras bens culturais nacionais valiosos, elas serão protegidas também por meio de proibição de exportação, exigindo-se autorização estatal para procedê-la, se forem avaliadas acima de um determinado valor.

No direito alemão, o “saque” (“*Raubgut*”) de obras de arte, isto é, a expropriação, especialmente de colecionadores judeus, durante o período nacional-socialista, ainda representa questão relevante. Soma-se a isso a chamada “arte degenerada” (“*Entartete Kunst*”), tema igualmente abordado pela autora. Nos últimos anos, vem sendo discutida no mundo todo a restituição para os países de origem de obras de períodos coloniais que, em contexto análogo, passaram a constar de acervos de museus europeus.

Todos esses problemas relacionam-se ao mesmo tempo em um contexto abrangente de direito internacional público, que diz respeito à proteção do patrimônio cultural de cada nação e da humanidade em geral.

O Direito da Arte é tema fascinante. Então, deseja-se aos leitores desta obra linda e claramente escrita muita satisfação na leitura.

Heidelberg, julho de 2018.

ERIK JAYME

EINLEITUNG²

Das Kunstrecht hat sich in dem letzten Jahrzehnt zu einem eigenständigen Rechtsgebiet entwickelt, das eigene Grundsätze und besondere Gesetze aufweist. Es gibt heute zur Pflege und zum Verständnis des Kunstrechts spezielle Zeitschriften, Bücher und Tagungen, die ganz dem Kunstrecht gewidmet sind. In jüngster Zeit wurden zudem auch zusammenfassende Gesetze erlassen, die, wie etwa das neue deutsche Kulturgutschutzgesetz vom 31. Juli 2016 (KGSG), nicht nur Einzelfragen, sondern das Recht des Kunsthandels umfassend regeln und sogar auch das Strafrecht und Teile des Öffentlichen Rechts einbeziehen. Dabei fällt z.B. auf, dass sich das Kunstrecht vom allgemeinen Zivilrecht durch eigenständige Lösungen unterscheidet. So ist nach § 40 Abs. 1 KGSG das Inverkehrbringen von Kulturgut, das abhandengekommen ist, rechtswidrig ausgegraben oder unrechtmäßig ausgeführt worden ist, verboten. Gemäß Abs. 2 der Vorschrift sind Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte, die nach Absatz 1 verboten sind, nichtig. Damit ist für den Kunsthandel insoweit das für das deutsche Zivilrecht tragende Abstraktionsprinzip, d.h. die klare Trennung zwischen Schuldrecht und Sachenrecht, abgeschafft. Außerdem ist die Vorschrift des § 935 Abs. 2 BGB, welche den gutgläubigen Erwerb abhanden gekommener Kunstwerke im Wege der öffentlichen Versteigerung ermöglicht, nicht mehr auf Kunstwerke anwendbar.

Da es häufig gerade auch um den Schutz der national wertvollen Kunst durch Ausfuhrverbote geht, ist es sehr zu begrüßen, wenn Texte erscheinen, welche aus der Sicht eines jeweiligen Rechtssystems die Probleme beleuchten und dann vergleichende Betrachtungen anstellen. Es überzeugt, wenn die Verfasserin den engen Zusammenhang zwischen Kunstrecht und Urheberrecht betont. Das Kunstrecht betrifft Kunstwerke, das Urheberrecht die Künstler. Im

2. Versão original da apresentação da obra (traduzida para o português, p. 11).

Öffentlichen Recht ist unterscheiden zwischen dem Recht für Immobilien, vor allem für Bauwerke, für welche der Denkmalschutz gilt, von den Rechtsregeln für Mobilien, bei denen Ausfuhrverbote das national wertvolle Kulturgut schützen und daher den Export von Kunstwerken ab einem gewissen Wert von einer Genehmigung abhängig machen.

Im deutschen Recht spielt noch heute das "*Raubgut*", .d.h. die in der Nazizeit vor allem bei jüdischen Kunstsammlern enteignete Kunst, eine besondere Rolle. Hinzu tritt die sogenannte "*Entartete Kunst*", auf welche die Verfasserin ebenfalls eingeht. In jüngster Zeit wird in ähnlichem Zusammenhang weltweit die Restitution von Kolonialgut aus den europäischen Museen in ihre Ursprungsländer diskutiert. Alle diese Probleme stehen zugleich in einem übergreifenden völkerrechtlichen Zusammenhang, welcher den Schutz des kulturellen Erbes der einzelnen Nationen und der Menschheit allgemein betrifft.

Das Kunstrecht ist eine spannende Materie. So möchte man den Lesern dieses klar geschriebenen und schönen Buches viel Freude bei der Lektüre wünschen.

Heidelberg, im Juli 2018.

ERIK JAYME

INTRODUÇÃO

Embora o direito da arte seja reconhecido como ramo jurídico e área de pesquisa desde a década de 1980 nos Estados Unidos e desde a década de 1990 na Alemanha, Suíça e Áustria,¹ o tema não conta com obra monográfica no Brasil. O motivo desta ausência deve-se, provavelmente, ao seu conteúdo complexo, que reúne não apenas temas jurídicos de direito público e de direito privado, como ainda aspectos interdisciplinares, além do fato da matéria não constar como disciplina própria, pelo menos por enquanto, nas universidades nacionais. Todavia, as mudanças substanciais no substrato fático que constitui os interesses do direito da arte, notadamente o crescimento das modalidades artísticas e do volume de obras, assim como do tráfego delas e a necessidade de proteção de patrimônio cultural nacional, acabaram por fazer crescer o interesse pela matéria no Brasil. Além desses fatos, também a consciência dos artistas acerca de seus direitos em relação a suas obras e a recorrente apropriação delas por terceiros atraem a atenção do público interessado em arte.

A relação entre direito e arte não é recente. *O direito é objeto da arte* em inúmeros quadros, esculturas, edificações, assim como em várias obras literárias.² Da mesma forma, *a arte é objeto do direito* em muitas subáreas, pois, tomada a arte como objeto do direito, destacam-se não apenas temas de direito público-

1. SCHACK, Haimo. *Kunst und Recht: Bildene Kunst, Architektur, Design und Fotografie im deutschen und internationalen Recht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017 (3. Auflage). p. VII.

2. São muitas as obras de arte que representam questões jurídicas. A título de exemplo, pode-se mencionar as telas que apresentam cenas de julgamentos, como o de Páris, o de Salomão, o de Jesus ou das bruxas de Salem, assim como as inúmeras esculturas que representam a Justiça. Há, ainda, livros e filmes sobre julgamentos, como o de Nüremberg, além de obras literárias, como a famosa peça de *Shakespeare*, “O mercador de Veneza” – esta tida como referência por *von Jhering*, em “A luta pelo Direito”. Casamentos e divórcios, assim como contratos, são o pano de fundo de incontáveis outras obras de arte.

constitucional, como a amplitude da liberdade criativa e artística, o fomento à arte e a proteção do patrimônio histórico e cultural como dever do Estado, mas também temas de direito privado, como questões atinentes ao contrato de compra e venda das obras, à responsabilidade civil pela autenticidade e integridade delas, bem como ao direito autoral. Não se pode esquecer, ainda, da relação entre as obras de arte e o direito tributário, bem como da incidência de normas de direito penal, nos casos de penalização por falsificação, emprego em “lavagem” de dinheiro ou de restituição de obras ilegalmente subtraídas, além da aproximação com outras áreas científicas, como a museologia.

Em si mesma, *a arte é um direito*,³ pois, de acordo com o artigo 5.º, IX, da Constituição, é garantida aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a livre expressão da atividade intelectual, *artística*, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença, assegurando, ainda, em seu capítulo III o *acesso à educação e cultura*. Dispositivo análogo encontra-se no artigo 5.º da Lei Fundamental Alemã.

Já o *Direito como arte* é tese de *Carnellutti* na obra *L'Art dell diritto*, que coloca as reflexões sobre o direito entre ciência, técnica e arte.⁴ Segundo o autor, a relação entre direito e arte não se resume à arte do bom e do justo (*dell'arte dal bello al buono*), em referência a *Celso* (lat. *ius est ars boni et aequi*). Em comum, segundo o autor, tanto a arte como o direito servem para ordenar o mundo e construir uma ponte do passado ao futuro, sendo que um pintor, assim como um juiz, “adivinham” (*indovinare, che indica na necessità e la impossibilità per l'uomo di vedere ciò che vede solamente dio*)⁵ – ideia que, contudo, considera difícil e perigosa de desenvolver.

O tema do direito da arte é rico e atual, justificando-se a necessidade de sua sistematização no ordenamento jurídico brasileiro, pois as normas que disciplinam as questões exemplificadas são por vezes contraditórias, porque concebidas isoladamente, para proteção do autor, do proprietário, do patrimônio cultural ou histórico e da sociedade, não considerando, portanto, o todo, orgânico e funcional, que o caracteriza.

Nesse contexto surge a presente obra, cujo escopo é constituir os fundamentos do direito da arte no ordenamento brasileiro, e que foi concebida e escrita a

3. DALMAU, Rubén Martínez. Arte, derecho y derecho al arte. In: *Revista Derecho del Estado* n. 32, janeiro-junho de 2014, pp. 35-56.

4. A tese foi recentemente enfrentada também por DESMET, Matthias (et alii), na obra “The Art of Law: three centuries of justice depicted in the Groeningemuseum, Bruges”, LANNOO, 2016.

5. CARNELUCCI, Francesco. *L'Art dell diritto*, Padova: CEDAM, 1949. p. 4 e seguintes. Ainda, sobre o direito como arte, veja-se: SIERRA-CAMARGO, Jimena. ¿Qué son las estéticas legales? Una aproximación a la noción de “arte y derecho”. In: *Revista Derecho del Estado* n. 32, janeiro-junho de 2014, pp. 57-76.

partir do direito europeu, especialmente alemão,⁶ em que a matéria se encontra consolidada e enriquecida por muitos casos jurisprudenciais, porém considerando o substrato legislativo e jurisprudencial nacional.

Não se trata de obra exauriente, pois, como o leitor verá, os temas que perfazem o direito da arte são muito amplos. Todavia, o livro os apresenta sistematicamente, ilustrados com casos reais e, quando possível, com imagens representativas desses casos.

O direito da arte não se confunde, por exemplo, com direito à cultura, tampouco com direito autoral, embora sejam temas estreitamente relacionados. Por esse motivo o plano da obra inicia-se com a delimitação do tema: primeiramente faz-se exposição das fontes e, a seguir, aproximação conceitual.

Na segunda parte, faz-se análise da arte como objeto do direito autoral, em que examinados temas relevantes acerca dos direitos do autor, sob perspectiva comparada dos preceitos da lei brasileira e da lei alemã.

A proteção da arte enquanto parte do patrimônio cultural e artístico, assim como o direito relativo à promoção da cultura, em que apresentada a museologia e o estatuto dos museus brasileiros e sua regulamentação, são os temas da terceira parte desta obra.

As conexões do direito da arte com o direito civil são tratadas na quarta parte, na qual, primeiramente, são expostas as formas de transferência da propriedade de obras de arte, voluntárias e não-voluntárias, estas últimas pela intervenção do Poder Público. A seguir, são expostos os contratos firmados no mercado da arte e são tratadas questões de responsabilidade civil, assim como a proteção do consumidor. Nesse mesmo capítulo é abordado o tema da certificação de autenticidade da obra, seja por artistas, seja por experts, e a responsabilidade desses últimos.

Casos de ilegalidades envolvendo obras de arte, como subtração ilegal delas e sua restituição são objeto da quinta parte, assim como o emprego de obras de arte em lavagem de dinheiro, encerrando-se a obra com uma abordagem introdutória de matérias especiais, como direito tributário, fundacional e securitário no âmbito do direito da arte na sexta parte.

Os métodos usados no estudo e considerados na elaboração do texto são, precipuamente, os de direito comparado, funcional, factual e contextualizado,⁷

6. Para facilitar a pesquisa e acesso do leitor a materiais sobre os temas tratados nesta obra, optou-se pela manutenção dos termos originais em alemão - ou, quando é o caso, em inglês, francês, alemão ou outro idioma - ao lado da expressão em português, entre parênteses.

7. KISCHEL, Uwe. *Rechtsvergleichung*. München: C. H. Beck, 2015. p. 92 e seguintes. Sobre métodos de direito comparado, veja-se, ainda: ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introduction to comparative law*. Oxford: Clarendon Press, 1998 (impressão 2011), p. 32 e seguintes; CRUZ, Peter de. *Comparative law in a changing world*. London; New York:

buscando examinar quais funções os institutos jurídicos examinados desempenham no Brasil e na Alemanha, sem desconsiderar, contudo, as premissas fáticas e o contexto de cada um desses sistemas jurídicos. Outrossim, faz-se uso dos métodos indutivo e dedutivo, pois, desenvolvendo-se o trabalho a partir da literatura alemã, os conceitos são obtidos não apenas a partir da lei geral, à qual se subsume o caso particular (dedutivo), mas também complementada e integrada pelo método indutivo, em que se formam regras gerais, a partir de caso particular, pois, além do método de casos⁸ ser tradicional no sistema germânico, especificamente no direito da arte, a jurisprudência atua como fonte complementar de direito. A seleção dos casos não se baseou em amostragem, mas em pesquisa de precedentes *representativos qualitativamente* e que proporcionaram *conclusões gerais*.⁹

Routledge-Cavendish, 2008. p. 231; e PORTALE, Giuseppe. *Lezioni di Diritto Comparato*. Torino: Giappichelli, 2007. p. 10 e seguintes.

8. ZITSCHER, Harriet Christiane. *Metodologia do ensino jurídico com casos: teoria e prática*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 21 e seguintes.

9. Sobre a sistemática, leia-se: STAKE, Robert. *A arte da investigação com estudos de caso*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016. p. 11 e seguintes.

I

FONTES E CONCEITOS DO DIREITO DA ARTE

Direito da arte (dt. *Kunstrecht*; en. *art law*;¹ fr. *droit de l'art*;² it. *diritto dell'arte*;³ ou es. *derecho dell'arte*) é disciplina científica transversal e heterogênea (*Querschnittmaterie*),⁴ na qual o objeto estudado é trabalhado em diferentes matérias jurídicas (*fachübergreifende Materie*).

Pode-se afirmar que o direito da arte se configura a partir de um conjunto complexo de matérias (*Bündel*), de direito público e privado, principalmente

1. Literatura básica da matéria em língua inglesa: LERNER, Ralph; BRESLER Judith. *Art Law: the guide for collectors, investors, dealers, and artists*, v. 1, 2 e 3. 3ª ed. New York: Practising Law Institute, 2005; MERRYMAN, John; ELSEN Albert. *Law, Ethics and the Visual Arts*. 5ª ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law, 2007; PROWDA, Judith. *Visual arts and the law: a Handbook for professionals*. Burlington, New York: Lund Humphries in association with Sotheby's institute of art, 2013; DEMARSIN, Bert; SCHRAGE, Eltjo; TILLEMANN, Bernard; VERBEKE, Alain (org). *Art & law*. Brugge: Keure, 2009; DUBOFF, Leonard; KING, Christy; MURRAY, Michael. *Art Law in Nutshell*, 5ª edição. West Academic Publishing, 11/2016; e STOKES, Simon. *Art & Copyright: revised Paperback edition*. Oxford: Hart Publishing, 2003.

2. Literatura básica da matéria em língua francesa: CORNU, Marie & MALLET-POUJOL, Nathalie. *Droit, oeuvres d'art et musées*. Paris: CNRS, 2001. Para questões operacionais: BYRNE-SUTTON, Quentin. *Guide du droit de l'art*. Génève: Christies, 1997.

3. Literatura básica da matéria em língua italiana: NEGRI-CLEMENTI, Gianfranco (org.). *Il diritto dell'arte*, v. 1. Milano: Skyra, 2012. NEGRI-CLEMENTI, Gianfranco (org.). *Il diritto dell'arte*, v. 2 e 3. Milano: Skyra, 2013.

4. MOSIMANN, Peter. Kunst im Recht. In: WELLER, Matthias; KEMLE, Nicolai; LYNEN, Peter (org.). *Kultur im Recht – Recht als Kultur: Tagungsband des Neunten Heidelberger Kunstrechtstags am 30. und 31. Oktober 2015*. Baden-Baden: Nomos, 2016. p. 19-39.

do direito constitucional, direito civil e do direito autoral.⁵ Isso significa, por exemplo, que questões jurídicas específicas sobre arte encontram solução em disposições gerais, como no direito civil, embora conduzidos e informados por regras e princípios específicos,⁶ muitas vezes de natureza moral.⁷ Exemplo dessa compreensão é o caso *Hans Sachs*,⁸ em que o *Deutsches Historisches Museum*, em Berlim, teve de devolver coleção de pôsteres – a maior da Alemanha e que incluía obras de *Kandinsky*, *Munch*, *Toulouse Lautrec* entre outros artistas representativos, e que fora saqueada por ordem de *Goebbels* na *Kristallnacht* em 9.11.1938 – aos herdeiros do colecionador, sendo o fundamento do julgado o parágrafo 985 do BGB (*Herausgabeanspruch*; pt. pretensão de restituição), que os julgadores entenderam não ter sido abrogado por normas especiais do *Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts* (pt. leis de reparação das injustiças nacional-socialistas). Outros precedentes que revelam a heterogeneidade da matéria são os casos *Im mendorff*,⁹ exposto nesta obra a seguir, e o caso de arte precolombiana (dt. *präkolumbianischer Kunst*¹⁰), ambos decididos a partir de institutos de direito civil.

É possível antever, contudo, a futura autonomia do direito da arte, pois em casos envolvendo obras caracterizadas como bem cultural, os institutos jurídicos civis tradicionais (aquisição ilegítima da propriedade de boa-fé, usucapião e prescrição, por exemplo) não se afiguram apropriados à proteção especial desses bens, o que ocorre também nos casos de subtração ilegal de obras de arte. Deve-se considerar, ainda, que no direito da *common law*, que pode vir a ser aplicável

5. Nesse sentido: JAYME, Erik. *Der Gurlitt-Fall – Grundfragen des Kunstrechts*. In: Mosimann/Schönenberger (org.). *Kunst und Recht 2014*, Berna, p. 137 e seguintes; JAYME, Erik. Was ist Kunstrecht? In: WELLER, Matthias (org.). *Neue Kunst – Neues Recht: Tagungsband des Siebten Heidelberger Kunstrechtstags am 22. und 23. November 2013*. Baden-Baden: Nomos, 2014. p. 19.

6. Exemplo análogo tem-se do direito do consumidor, que embora conte com regras específicas, protetivas desse sujeito, não se configura como direito autônomo, pois depende do direito civil, entre outros ramos jurídicos, para sua aplicação.

7. O que se pode comprovar em casos controversos “*fair use*” (U.S.) ou “*fair dealing*” (U.K.) de obras protegidas pelo *copyright*, assim como em julgamentos que envolvem restituição de obras ilegalmente subtraídas, nos quais o tema da prescrição é examinado singularmente, ou mesmo mediante a invocação de *softlaw*, como são os *Washington Principles*. Sobre o tema: JAYME, Erik. Was ist Kunstrecht... p. 19 e seguintes.

8. BGH 16.03.2012 – V ZR 279/10 NJW 2012, 1796. Sobre o caso: WELLER, Matthias. Die Plakatsammlung Hans Sachs – Zur Ausschlusswirkung des alliierten Rückerstattungsrechts heute. In: WELLER, Matthias; KEMLE, Nicolai; DREIER (org.). *Raub – Beute – Diebstahl: Tagungsband des Sechsten Heidelberger Kunstrechtstags am 28. und 29. September 2012*. Baden-Baden: Nomos, 2013. p. 91-112.

9. OLG Düsseldorf, 05.08.1014.

10. OVG Nordrhein-Westfalen, 08.07.2013. No caso, o México tentara obstar a realização de leilão em Köln, alegando que as obras seriam patrimônio cultural, demandando sua restituição. Não obstante, a comercialização das obras teve precedência em face das normas de direito civil e processual aplicáveis e o pedido foi rejeitado.

em caso envolvendo arte, conforme suas circunstâncias, não há identidade de institutos jurídicos, desconhecendo este a usucapião, por exemplo – o que compromete a previsibilidade da decisão judicial e, assim, da própria Justiça, que se alicerça em estabilidade e segurança. Contudo, a autonomia do direito da arte depende de reformulação do substrato legal, tanto na Alemanha, como no Brasil.¹¹

O *direito da arte (Kunstrecht)* na Alemanha tem duas raízes no direito público: a proteção do patrimônio histórico e monumentos (*Denkmalschutz*) e a proteção de bens culturais (*Kulturgüterschutz*), destes últimos, especialmente os nacionais. Distingue-se do *direito à cultura*, que consiste, precipuamente, no patrocínio e incentivo da cultura pelo Estado, como mediante a manutenção de museus, teatros e universidades;¹² e do *direito autoral*,¹³ disciplina jurídica

11. Nesse contexto pode-se, outrossim, afirmar a necessidade de formar ‘juristas da arte’ (*Kunstjuristen*), que manifestem interesse por áreas filosóficas, artísticas, sociais e humanitárias (terceiro tipo de juristas na percepção de *Radbruch*), dispondo de conhecimento e revelando aptidão para atuar nessa área complexa e peculiar do direito. Veja-se: JAYME, Erik. Was ist Kunstrecht? In: WELLER, Matthias (org.). *Neue Kunst – Neues Recht: Tagungsband des Siebten Heidelberger Kunstrechtstags am 22. und 23. November 2013*. Baden-Baden: Nomos, 2014. p. 32-37.

12. Sobre o *direito à cultura* na Alemanha, veja-se: KORINEK, Karl. *Staat und Kunst*. Paderborn, München usw.: Ferdinand Schöningh, 2006. Na Europa: HOLTHOFF, Jan. *Kulturraum Europa – Der Beitrag des Arts*. 151 EG – Vertrag zur Bewältigung kultureller Herausforderungen der Gegenwart. Baden-Baden: Nomos, 2008. Ainda: Convenção da Unesco sobre a proteção e promoção da das diversas formas de expressão cultural, de 20.10.2005. Ao direito à cultura em sentido amplo pertence também o *direito do idioma (Sprachenrecht)*, que regula os idiomas que são usados em um país ou região, nomeadamente em relação à língua oficial e a usada nos tribunais. Trata-se de questão que envolve política e pode ser definida na Constituição de cada país. É tema visivelmente mais relevante em países multilíngues, como a Suíça e a Áustria, e também em relação às minorias linguísticas, e em organizações internacionais. Sobre o tema, veja-se: HÄBERLE, Peter. *Die Erinnerungskultur im Verfassungsstaat – “denk-Mal” – Themen, Geschichtsorte, Museen, nationaler und universaler Kulturgüterschutz*, Berlin: Duncker & Humblot, 2011; e JAYME, Erik. *Les langues et le droit international privé*, Recueil des Cours 381, 2017, p. 11-39.

Sobre o tema no Brasil, observa-se que a Constituição prevê o ensino dos idiomas indígenas (artigo 210, parágrafo 2º), sendo, porém, a língua portuguesa o idioma oficial (artigo 13 CF). Não é vedado, todavia, o ensino de outros idiomas. Comparativamente, pode-se referir que os EUA não têm idioma oficial, embora em cerca de 70% dos lares americanos a língua falada seja o inglês, seguido do espanhol, em cerca 12% dos lares. Alguns estados americanos apenas preveem ser o inglês o idioma da administração pública.

13. A matéria não se confunde com a *proteção da propriedade intelectual* que, tradicionalmente, no Brasil se sistematiza entre o Direito Autoral, que abarca direito do autor, direitos conexos e dos programas de computador, este último com regras em lei própria; a Propriedade Industrial, contemplando esta as patentes de invenção e de modelos de utilidade, desenho industrial, indicações geográficas, marcas e proteção contra a concorrência desleal; e a proteção *sui generis*, que inclui cultivares, topografia de circuito integrado e conhecimentos tradicionais. Inclui, todavia, parte desse conteúdo, em especial do direito autoral, associado a outros temas, como a proteção de bem cultural, por exemplo. Não obstante, sobre conexões entre direito da arte e marcas, veja-se: SCHACK, Haimo. *Kunst als Marke – Marke als Kunst*.

própria, com a qual, todavia, mantém relações estreitas, já que é destinada à proteção do autor, enquanto criador de uma obra, esta considerada como criação pessoal do espírito (*persönliche geistige Schöpfungen*).

O direito autoral, por sua vez, é um domínio jurídico fechado, cuja fonte principal é a Lei de Direitos Autorais de cada país (*Urheberrechtsgesetz*, na Alemanha),¹⁴ tendo proteção territorial e não se constituindo como sistema protetivo uno. Ao contrário, é conjunto de normas protetivas nacionais, em cujo contexto se inserem, ainda, os designados direitos conexos (*verwandte Schutzrechte*, *Nachbarrechte* ou *Leistungsschutzrechte*), que são estreitamente relacionados aos direitos autorais, dizendo respeito aos intérpretes e aos produtores, por exemplo.

Em alguns tópicos do direito da arte e direito autoral revelam-se referências *interdisciplinares* (*übergreifende Bezüge*), como é o caso do plágio,¹⁵ que envolve tanto o direito da arte e autoral, como ainda o *direito da ciência* (*Wissenschaftsrecht*), esta última disciplina que reúne na Alemanha o estudo das questões jurídicas e problemas organizacionais da pesquisa e ensino nas universidades.

São fontes legislativas diretas do Direito da Arte na Alemanha: (a) o artigo 73, 1, '5a' da Lei Fundamental, que preceitua ser competência privativa da União (*ausschließliche Gesetzgebungskompetenz*) legislar sobre a proteção de bem cultural alemão contra a exportação; (b) o artigo 36 do Tratado sobre o funcionamento da União Européia (*AEUV – Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union*, antes artigo 30 do chamado *EG-V – Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*¹⁶), que preceitua que as disposições dos artigos 34 e 35¹⁷ são aplicáveis sem prejuízo das proibições ou restrições à importação, exportação ou trânsito justificadas por razões de moralidade pública, ordem pública e segurança pública; de proteção da saúde e da vida das pessoas e animais ou de preservação das plantas; de proteção do patrimônio nacional de valor artístico, histórico ou arqueológico; ou de proteção da propriedade industrial e comercial. Todavia, tais proibições ou restrições não devem constituir nem um meio de discriminação arbitrária nem qualquer restrição dissimulada ao comércio entre os Estados-Membros; (c) a Diretiva 2014/60/UE, de 15.05.2014,¹⁸ que trata da restituição de bens culturais que tenham saído ilicitamente do território de um Estado-Membro;

In: *Recht im Wandel seines sozialen und technologischen Umfeldes*. Festschrift für Manfred Rehbinder. BECKER, Jürgen (org.). München: C. H. Beck; Bern: Stämpfli, 2002.

14. No Brasil, a Lei 9.610/1998.

15. Sobre o tema, vide capítulo I, 2.1, b) *original e falsificação*.

16. Tratado de Roma.

17. “Art. 34. São proibidas, entre os Estados-Membros, as restrições quantitativas à importação, bem como todas as medidas de efeito equivalente.”

“Art. 35. São proibidas, entre os Estados-Membros, as restrições quantitativas à exportação, bem como todas as medidas de efeito equivalente.”

18. Todas as normas atinentes à União Europeia podem ser obtidas em: <<http://eur-lex.europa.eu>>.

(d) Regulamento 116/2009 do Conselho da União Europeia, relativo à exportação de bens culturais; (e) regulamento de execução deste último, n.º1081/2012, de 9 de novembro de 2012; (f) o tratado da Unesco, de 1970, sobre medidas de proibição e prevenção de importação, exportação e transferência ilícita de bens culturais (en. *Unesco Convention on the means of prohibiting and preventing the illicit import, export, and transfer of ownership of cultural property*); e (g) os princípios da Conferência de Washington relativa a obras de arte confiscadas pelos nazistas, chamados “*Washington Principles*”, de 03.12.1998, examinados na quarta parte da obra.

Além das prescrições constitucionais e legais atinentes a esses temas, são, ainda, *fontes indiretas do direito da arte no direito alemão, complementares e subsidiárias, os casos jurisprudenciais*, que servem como *pontes* entre o direito da arte e outros ramos jurídicos.

Diante dessas fontes plúrimas e, por vezes, incoerentes e contraditórias, o direito da arte é terreno fértil para a aplicação do “diálogo das fontes” (dt. *Dialog der Quellen*; fr. *Dialogue des Sources*), teoria concebida por Erik Jayme no âmbito do Direito Internacional Privado,¹⁹ sob inspiração no pensamento de Kant. Segundo o autor, uma marca da pós-modernidade é a pluralidade de fontes e a sua fragmentação, não mais subsistindo uma hierarquia clara entre as fontes do direito. Para o direito internacional privado europeu isso é especialmente presente e relevante, considerando o intenso tráfego jurídico entre os países, suas fontes de direito nacional, bem como suas relações com tratados e diretivas.²⁰ A tese do autor, concebida no âmbito da proteção da criança, sujeito vulnerável em direito de família, é de que, em vez de uma fonte excluir a outra, seja feita uma concordância entre elas, a fim de que suas respectivas finalidades, tanto quanto possível, sejam atingidas.²¹

Transpor a teoria do diálogo das fontes para o direito da arte significa aplicar normas de proteção do autor, de promoção da cultura e de proteção de patrimônio histórico e cultural, por exemplo, que são eventualmente conflitantes,

19. JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Recueil des cours*, volume 251, 1995, p. 9-267; JAYME, Erik. “Direito Internacional Privado e Cultura Pós-Moderna”. Tradução de Lisiane Feiten Wingert Ody. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*. Vol. I, número I, Março/2003. 3ª tiragem, 2ª edição. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, dezembro de 2004.

20. JAYME, Erik. *Narrative Normen in Internationalen Privat- und Verfahrensrecht*. Tübingen: Eberhard-Karls Universität, 1993.

21. No Brasil, a tese tornou-se conhecida pela proposição de Claudia Lima Marques de aplicá-la na relação Código Civil e Código de Defesa do Consumidor, ensejando não a incidência isolada de uma ou outra norma, conforme o caso, mas trocas recíprocas. A autora propôs três tipos de diálogo, o de coerência, o de complementariedade e subsidiariedade e o de coordenação e adaptação. Sobre o tema: MARQUES, Claudia. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002, *Revista da ESMESE*, n. 7, 2004.

preservando-lhes, na medida do possível, seus respectivos fins. Exige esforço interpretativo do jurista, mas promove a justiça por meio do direito (*durch Recht zur Gerechtigkeit*).

A invocação da teoria do diálogo das fontes é, ainda, mais relevante no âmbito de causas envolvendo restituição de obras subtraídas ilegalmente, especialmente durante a II Guerra Mundial, bem como nos períodos anterior e posterior ao conflito, e que amiúde envolvem direito internacional privado pois, em muitos desses casos, após a sua subtração, as obras surgiram *em outros países*, na posse de terceiros, ensejando exame de qual seria a lei aplicável para a solução da controvérsia. Especificamente para os conflitos que envolvem arte confiscada pelos nazistas em perseguição aos judeus, conta-se com os *Washington Principles*²² – que, embora sejam cláusulas gerais de caráter não-vinculante, constituem-se numa espécie de *ponte* entre moralidade e direito, que em muitos casos se situam em lados opostos,²³ embora não sejam antagônicos – que servem para integrar e informar as normas aplicáveis.

A relação dos direitos autoral e da proteção do patrimônio cultural histórico com o direito da arte também se configura no direito nacional.

A *arte* não encontra definição no direito brasileiro, o que é apropriado ao conceito jurídico relativo que é.²⁴ Não obstante, a Constituição brasileira a refere expressa e implicitamente em pelo menos cinco dispositivos: (i) na seção destinada à educação (artigo 206), em que prescreve a existência *de liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar* o pensamento, a *arte* e o saber; (ii) no artigo 5.º da Constituição, junto ao capítulo dos direitos e respectivas garantias fundamentais, do qual consta *o direito exclusivo do autor da obra* para a utilização, publicação ou reprodução dela, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar, assegurando-se, ainda, a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas; (iii) na definição de *patrimônio cultural brasileiro* presente no artigo 216 da Constituição, em que estão inclusas as criações artísticas e as obras artísticas-culturais, sejam elas tomadas individualmente ou em conjunto, desde que portadoras de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes

22. Vide capítulo V, 1 (Arte e ilegalidade).

23. JAYME, Erik. Die Washingtoner Erklärung über Nazi-Enteignungen von Kunstwerken der Holocaustopfer: Narrative Normen im Kunstrecht, in: *Museen im Zwielflicht* (Veröffentlichungen der Koordinierungsstelle für Kulturverluste, Band 2), Magdeburg 2002, p. 247-258; e SEEGER, Sebastian. Restitution of nazi-looted art in international law: some thoughts on *Marei von Saher v. Norton Simon Museum of Art at Pasadena*. In: *Rivista di diritto internazionale private e processuale*, n. 1, 2015, p. 211-221.

24. Um conceito jurídico relativo (*relativer Rechtsbegriff*) é aquele a ser apreciado em relação ao conteúdo que pode ter, conforme a norma de que trata, sendo, portanto, variável. Conceitos jurídicos são, em regra, relativos, porque são compreendidos e aplicados num determinado contexto (*Zweckbegriffe*).

grupos formadores da sociedade brasileira; e (iv) no artigo 23 da Constituição que refere, ainda, ser *competência comum* da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios a proteção dos documentos, das obras e de outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos; bem como o impedimento da evasão, da destruição e da descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural; e (v) no capítulo *das limitações ao poder de tributar* (artigo 150), que veda a cobrança de impostos sobre fonogramas e videofonogramas musicais produzidos no Brasil contendo obras musicais ou literomusicais de autores brasileiros e/ou obras em geral interpretadas por artistas brasileiros bem como os suportes materiais ou arquivos digitais que os contenham, salvo na etapa de replicação industrial de mídias ópticas de leitura a laser (dispositivo incluído pela Emenda Constitucional n. 75, de 15.10.2013).

Como se vê, mesmo sem contar com conceito jurídico expresso, a arte é objeto de normas constitucionais brasileiras, que estabelecem (i) a liberdade criativa, (ii) a proteção dos direitos do criador, bem como (iii) dos interesses nacionais, na hipótese de a obra se configurar como bem cultural, (iii) definindo a quais entes incumbe proteger bens de valor artístico, e (iv) determinando imunidade tributária, em se tratando de obras musicais ou literomusicais de autores brasileiros e/ou obras em geral interpretadas por artistas brasileiros.

Isso posto, para a compreensão do direito da arte na Alemanha, a partir de cuja experiência se propõe a construção da matéria no direito brasileiro, são especialmente relevantes os artigos 1.º (dignidade da pessoa humana e observância dos direitos fundamentais), 2.º (livre desenvolvimento da personalidade), 5.º, alínea 3 (liberdade artística), e 14 (direito de propriedade) da Lei Fundamental da República Alemã (*Grundgesetz, GG*),²⁵ que constituem o substrato constitucional do direito da arte e, nesse contexto, dispõem sobre a amplitude da liberdade artística. Além deles, casos jurisprudenciais que materializam esses preceitos, que se passa a examinar.

25. A título de curiosidade, a Constituição alemã é denominada literalmente “Lei Fundamental”, pois ao tempo de sua elaboração, no pós-guerra, no ano de 1949, tinha pretensão à transitoriedade. Além disso, não emanava do povo alemão, tendo sido escrita por representantes das partes ocidentais ocupadas, sem participação da parte oriental. Portanto, não se destinava a criar um novo estado nacional alemão, mas sim a criar um único território estadual a partir das três zonas ocidentais de ocupação. Além disso, tampouco foi ratificada pelos cidadãos em referendo. Depois da reunificação da Alemanha em 1990, perdeu o sentido a discussão, utilizando-se na literatura jurídica o termo Constituição. Como indica a expressão francesa, “*c’est le provisoire qui dure*”. Sobre o tema, veja-se: <<http://www.bpb.de/geschichte/deutsche-geschichte/grundgesetz-und-parlamentarischer-rat/39014/warum-keine-verfassung>>.