

# O DIREITO DAS ARTES

UMA VISÃO JURÍDICA  
DA CULTURA



Comissão de  
Direito das Artes

## Prefácio

Caio Augusto Silva dos Santos, presidente da OAB SP

*"Arte é a expressão mais pura que há para a demonstração do inconsciente de cada um. É a liberdade de expressão; é sensibilidade, criatividade, é vida" (Carl Jung, 1920).*

A arte é a expressão mais democrática de ideias que existe. A individualidade da compreensão e da interpretação ocupa um espaço único na sinapse que eclode na formação de referências individuais e colabora com a nossa jornada de vida. Por isso, torna-se fundamental proteger e defender a arte em todas as suas formas de expressão, fronteiras e possibilidades.

Nesse sentido, o Direito da Arte é fundamental para assegurar a promoção e o acesso cultural, e também defender a liberdade de expressão, garantindo uma verdadeira democracia cultural que, segundo Isaura Botelho<sup>1</sup>, "pressupõe a existência de vários públicos, no plural, com suas necessidades, aspirações próprias e modos particulares de consumo e fruição, tanto na cultura local quanto naquela que pertence a um universo mais amplo, nacional ou internacional. Sob essa nova perspectiva, o desafio é maior e, acredito, mais legítimo. Saímos de um campo unidirecional, cheio de certezas, que indicava qual cultura deveria ser privilegiada, para o universo da diversidade cultural, tanto no fazer quanto na recepção desse fazer".

Como a arte carrega consigo o reflexo do momento atual, reflete as interpretações socio políticas e coloca luz a questões sociais, que por sua vez são consequências da própria evolução humana, é inevitável que a polemize, que se queira censurá-la, apagá-la, ocultá-la. Nessa esteira, o Direito da Arte aparece como o pêndulo necessário para resguardar o direito ao consumo artístico da forma mais democrática possível.

Em tempos onde é difícil encontrar um meio termo, onde a própria democracia serve de pano de fundo para burlar sua própria existência, nunca foi tão importante fazer um retrospecto reflexivo sobre a história do Direito da Arte brasileiro e um mergulho por suas diversas vertentes.

Desta maneira, o e-book "O Direito das Artes, uma visão jurídica da cultura", produzido pela Comissão do Direito das Artes da OAB SP, é, sem dúvida, uma ótima oportunidade não apenas para os profissionais do Direito, mas para todas as pessoas que valorizam as artes e querem vê-las preservadas.

1. Botelho, Isaura: Doutora em Ação Cultural pela Escola de Comunicações e Artes da USP. Trabalhou na Funarte entre 1978 e 1996, tendo chefiado a Assessoria Técnica da direção executiva no período de 1982 a 1985. Foi Representante Regional do IBAC em São Paulo, entre 1991 e 1995. Publicou o livro Romance de Formação: Funarte e Política Cultural 1976-1990.

**Título do e-book: O Direito das Artes, uma visão jurídica da cultura.**

**Idealização: Comissão de Direito das Artes**

**Coordenadores:** *Cindia Regina Moraca e Rodrigo Guimarães Buchiniani*

**Revisão:** *Roberta Maniglia de Resende Matos*

**Autores:** *Cindia Regina Moraca, Rodrigo Guimarães Buchiniani, Tais Capito, Luiz Guilherme Veiga Valente, Iago Camilo Fernandes de Sousa, Marjorie Prado Junqueira de Faria, Gustavo do Abiahy Carneiro da Cunha Guerra, Roberta Maniglia de Resende Matos, Peggy Beçak, Caio Aidar Gottsfritz e Guilherme Arrobas Martins Genestreti.*

## Sumário

- 1) **A Comissão de Direito das Artes** - Cíndia Regina Moraca
- 2) **Os Direitos Culturais nas Constituições Brasileiras** -  
Rodrigo Guimarães Buchiniani
- 3) **Marcas e artes: relação, direitos e proibições** - *Tais Capito e Luiz Guilherme Veiga Valente*
- 4) **O Direito Internacional e o Patrimônio Cultural** - *Iago Camilo Fernandes de Sousa*
- 5) **A Relação entre Direito ao Patrimônio Cultural Imaterial e o Princípio da Solidariedade Intergeracional** - Marjorie Prado Junqueira de Faria
- 6) **Relação entre Galerista e Artista - A Evição e outros Riscos Decorrentes da Informalidade** - *Gustavo do Abiahy Carneiro da Cunha Guerra*
- 7) **Os direitos morais de autor na adaptação literária para o audiovisual** -  
*Roberta Maniglia de Resende Matos*
- 8) **Direito Aduaneiro nas Artes Visuais no Brasil** - *Peggy Beçak*
- 9) **Comentários e reflexões sobre a prática forense do procedimento judicial de alvarás, para participação de menores, em eventos culturais** - *Caio Aidar Gottsfritz*
- 10) **A regulação do *streaming* entre o protecionismo e o libera geral** -  
Guilherme Arrobas Martins Genestreti

## A Comissão de Direito das Artes

Anteriormente nomeada Comissão de Direito às Artes, já que cada cidadão e cidadã faz *jus* ao direito de fruir e usufruir a arte, a Comissão de Direito das Artes, assim renomeada na gestão 2019-2021 pela diretoria da OAB SP, tem por escopo, consoante disposto na página da comissão, no *site* da entidade:

Propor uma pauta de estudos a ser desenvolvida, a fim de publicar um compêndio com um consistente material jurídico a ser disponibilizado aos advogados que se interessem pelo Direito às Artes. Debater, através de reuniões, seminários, palestras e eventos jurídicos, os sistemas legais e normativos que regem, no Brasil, em geral, e, em São Paulo, em particular, todo o ambiente cultural e todo o Direito às Artes, numa iniciativa importantíssima de promover e difundir os estudos sobre questões jurídicas que possam incentivar acesso à cultura e às artes no Brasil.<sup>1</sup>

Para entender o mister da comissão, é preciso, inicialmente, falarmos sobre as ideias preconizadas pela cultura e pelas artes e como nossas vidas são diuturnamente afetadas pelas manifestações artísticas, muitas delas não reconhecidas como tal.

De há muito, filósofos, antropólogos, sociólogos, estudiosos e humanistas vêm buscando definir e conceituar a arte e muito já foi dito sobre isso.

Para Aristóteles (384-322 a.C.), filósofo grego, “a arte imita a natureza (*mimesis*), mas também, por vezes, a completa, pois está na origem da atividade artística a propensão natural do homem a imitar”.<sup>2</sup>

Já para Immanuel Kant (1724-1804), filósofo alemão, “a arte diferencia-se da natureza por ser uma atividade racional e livre, [...] já que para se produzir uma obra de arte não basta ter conhecimento sobre um determinado assunto – é preciso ter habilidade para fazer”, de modo que “Kant define a arte estética como aquela cuja finalidade imediata é o sentimento do prazer, não apenas o prazer ligado às sensações, mas também o prazer da reflexão.”<sup>3</sup>

<sup>1</sup> OAB SP. Comissões. Comissão Especial de Direito das Artes. Disponível em <https://www.oabsp.org.br/comissoes2010/artes>. Acesso em 25 ago. 2021. Disponível em <https://www.youtube.com/c/CulturaeEventosOABSP/videos>. Acesso em 26 ago. 2021.

<sup>2</sup> O QUE É ARTE. *Significados.com*. Disponível em <https://www.significados.com.br/arte/>. Acesso em 26 ago. 2021.

<sup>3</sup> Idem, *ibidem*.

A arte mistura-se com a cultura e vice-versa, interligadas e diretamente propulsoras da construção da cidadania, através dos filtros civilizatórios, que são os processos sociais que definem a interação humana, criando as relações como as conhecemos: famílias, grupos, empresas, cidades ou nações.

Os filtros civilizatórios são construídos pela evolução da sociedade, baseados em usos, costumes, ideologias, moralidade, conquistas e direitos.

A mesma situação acontece com os processos culturais derivados das artes, que podem ser divididos em artes plásticas, artes cênicas, artes visuais e artes gráficas, encontradas em alguns formatos: música, dança ou coreografia, pintura, escultura ou arquitetura, teatro, literatura, cinema, fotografia, e mais recentemente, história em quadrinhos, jogos de vídeo ou computador, arte digital e outras variantes.

São esses processos, sua origem histórica e seus impactos no cotidiano da sociedade que se tornaram objeto de estudo do Direito às Artes e do Direito da Arte, que, de forma complexa, encampam diversas modalidades das ciências jurídicas, em especial os Direitos Humanos, incluindo, mas não se limitando a essas disciplinas, o Direito Civil e o Direito Criminal, os Direitos Autorais e Patrimoniais, a Propriedade Industrial e Intelectual, o Direito de Família e das Sucessões, entre tantos outros nichos, específicos e derivados, que compõem o espectro estudado e discutido pelo Direito.

Pensar a arte já não nos remete apenas aos nomes consolidados no universo da criação e da livre expressão da existência humana, mas nos traz a uma realidade onde conseguimos visualizar os movimentos artísticos e culturais em nossas próprias comunidades e o quanto isso reverbera em termos de representatividade.

Discutir a arte e a cultura é missão árdua, ainda que a Constituição Federal brasileira, promulgada em 1988, traga em suas linhas a previsão de que se trata de direito garantido, vejamos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

De forma mais específica, a referida Carta Magna também menciona a cultura, diante da sua importância para as relações sociais, vejamos:

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

§ 2º A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.

§ 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à

I defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro

II produção, promoção e difusão de bens culturais

III formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões

IV democratização do acesso aos bens de cultura

V valorização da diversidade étnica e regional

A previsão legal é límpida e objetiva quanto ao direito à arte e à cultura, mas na prática, é exaustiva a luta para conquistar e exercer esses direitos, ainda mais no Brasil de 2021.

Se a cada dia vemos mais movimentos artísticos ganhando corpo, liderados por nomes relevantes na sociedade e por entidades que têm como missão e valores a luta pelos direitos culturais, certo é que, nos últimos anos, temos visto como esses direitos são frágeis e como a população em geral, os artistas e os coletivos vêm sendo silenciados em suas manifestações culturais.

O preconceito, o conservadorismo e o desconhecimento da importância da cultura e da arte como agentes de educação são os principais motivos que vêm dizimando a história cultural brasileira e principalmente, o acesso às políticas públicas de fomento e incentivo à cultura e às artes.

Com o objetivo precípuo de combater a desinformação e com a intenção de ampliar o acesso a todo tipo de conhecimento que se origina na cultura e nas artes, especialmente com o propósito de incentivar o exercício do livre pensamento e manifestação artística, a Comissão de Direito das Artes da OAB SP tem se reunido para debater os temas da atualidade, promovendo encontros com grupos, órgãos e entidades

que atuam nesse setor, orientando e colaborando com o entendimento do papel da advocacia nas relações permeadas por cultura e artes.

Entre atividades práticas e reuniões virtuais, a comissão esteve e está atenta às demandas do segmento cultural, formalizando sua preocupação através de notas técnicas e/ou de repúdio acerca de temas de relevância, que podem ser encontradas na página da comissão nas redes sociais e no campo de notícias no site da OAB SP.

Além da promoção de Exposições Individuais e Coletivas de Artes Visuais, em parceria com as subseções, com o Foro Regional do Jabaquara e com a CAASP, a Comissão de Direito das Artes da OAB SP realizou diversos cursos, palestras, *webinars* e debates, presenciais e virtuais, para tratar de assuntos que afetam o direito, a arte e a cultura, entre eles:

- *A visão da Cultura sobre os Direitos Autorais – Um debate entre Cultura e Advocacia – julho 2021*
- *O Direito na construção das Políticas Públicas Culturais – junho 2021*
- *Projeto Portinari – Ciência e Tecnologia promovem Arte e Cultura – junho 2021*
- *O Direito e a Literatura – maio 2021*
- *NFTs – O que são e como são protegidos? – abril 2021*
- *Da roça ao escritório – a arte de preparar um bom café – março 2021*
- *Debates sobre o filme “M8 – Quando a morte socorre a vida” – março 2021*
- *A nova Lei de Lavagem de Dinheiro e o Universo das Artes – novembro 2020*
- *Lançamento do Grupo Público de Estudos em Direito das Artes – outubro 2020*
- *Direito Autora nas redes sociais – outubro 2020*
- *Autoria e Originalidade nas obras de arte – Falsificações e Plágios – outubro 2020*
- *Proteção das novas formas de arte: Performance, Games e Obras Multimídia – agosto 2020*
- *As marcas e as obras de arte – junho 2020*
- *Mulheres na arte e os estigmas sociais – junho 2020*
- *Mercado de Artes e os impactos da pandemia – maio 2020*
- *Impactos da pandemia no setor cultural – maio 2020*
- *Posse festiva e palestra sobre A lavagem de dinheiro no mercado internacional de artes – dezembro 2019*
- *Constituição é coisa de criança sim! – Lançamento do Livro “Primeiros passos para o jovem cidadão: Constituição da República” - dezembro 2019*
- *O mercado de artes responsável – colóquio sobre o combate às fraudes e à lavagem de dinheiro – parceria com a Faculdade Belas Artes – novembro 2019*
- *Direito, Arte e Liberdade de Expressão – agosto 2019*
- *Roda de Conversa – Desafios e perspectivas para a área da cultura – julho 2019*
- *Lançamento do Livro Manual Jurídico Feminista – abril 2019*

Além dos eventos acima mencionados, que podem ser vistos e revistos por meio do canal do YouTube do Departamento de Cultura e Eventos da OAB SP<sup>4</sup>, a Comissão ainda promoveu, de forma pioneira, gratuita e disponível ao público em geral:

- *Curso de História da Arte – Impressionismo – outubro 2019*
- *Oficina de Elaboração de Projetos Culturais – dezembro 2020*
- *Newsletter semanal compilando notícias da cultura e das artes – desde março 2021.*

Com esse movimento e pautada sempre pelo respeito às liberdades individuais e coletivas, a Comissão de Direito das Artes busca estimular o debate e o aprendizado sobre questões que ainda são desprezadas, mas que causam necessária metamorfose na sociedade, razão pela qual, seus membros se reuniram para pesquisar e elaborar o presente *e-book*, apresentando temas da atualidade sob o ponto de vista e análise da advocacia, com o intuito único de contribuir com informações úteis e colaborar com o desenvolvimento da cultura e das artes no Brasil.

Cíndia Regina Moraca - Presidente da Comissão de Direito das Artes  
Gestão 2019-2021

---

<sup>4</sup> OAB SP. Departamento de Cultura e Eventos. *YouTube*. Disponível em <https://www.youtube.com/c/CulturaeEventosOABSP/videos>. Acesso em 26 ago. 2021.

# Os Direitos Culturais nas Constituições Brasileiras

*Rodrigo Guimarães Buchiniani<sup>1</sup>*

## **Introdução**

Este ensaio irá abordar a evolução histórica dos Direitos Culturais nas constituições brasileiras, trazendo aspectos sobre o dever do Estado em promover cultura e da censura prévia para a liberdade de expressão artística.

A cultura de um povo revela sua identidade e seus valores em diversos aspectos do fazer dos cidadãos; será explorada a vertente enquanto arte, isto é, da cultura produzida no Brasil manifestada por meio da liberdade de expressão artística (art. 5º, IX, CF/88) relacionada ao dever do Estado de proteger e fomentar o acesso de toda a população aos bens culturais, sejam eles materiais ou imateriais (art. 215 e 216, CF/88).

Decorreram mais de trinta e três anos de vigência da Constituição Federal Brasileira de 1988, que interrompeu textualmente, desde o início da República em 1889, um longo período de pouco fomento à cultura e inúmeras limitações às liberdades artísticas ao assegurar por todo o texto constitucional a efetividade do fazer artístico e cultural.

A CF/88 ordena o dever do Estado de garantir ao povo o acesso aos bens culturais e o direito do cidadão de se expressar artisticamente, sem censura ou licença prévia, no dia a dia da sociedade.

Com base na hermenêutica constitucional como ferramenta de compreensão do diálogo entre direito e cultura/arte, este ensaio irá indicar uma possível aplicação da interpretação constitucional dos direitos culturais.

Além de ser um dos elementos formadores do Povo brasileiro, a cultura revelada na expressão artística assume no contexto social e em diversos ambientes, a força máxima de um país livre, plural e democrático.

## **Evolução constitucional e os direitos culturais no Brasil de 1824 a 1967**

---

<sup>1</sup> Advogado especialista em Direitos Culturais, Pós-Graduado em Direito Tributário (FMU SP), Mestre em Direito Constitucional (PUC SP), integra o Instituto Brasileiro de Direito Constitucional - IBDC, membro efetivo da Comissão de Direito das Artes da OAB SP, autor de livros e artigos.

A análise textual da evolução constitucional no Brasil, de 1824 a 1967, da relação entre arte/cultura e a liberdade de expressão revela que a regra foi a da censura prévia para a iniciativa privada, inclusive nos períodos democráticos, passando a ser aceita pela sociedade apenas as produções artísticas oficialmente incentivadas pelo Estado, o que comprometeu a pluralidade das expressões culturais.

No decorrer do tempo, servidores públicos assimilam a norma e com a prática, o hábito culturalmente se estrutura nas repartições públicas e começa a refletir no comportamento de toda a sociedade, na aceitação passiva do controle do Estado sobre cultura.

É razoável que os ideais da sociedade brasileira de 1985, expressos no texto de 1988, que extinguiu a censura prévia com a positivação da liberdade de expressão artística e do dever do Estado de incentivar e proteger a diversidade cultural, passassem a exigir uma nova adaptação por parte de todo o sistema jurídico, dos servidores públicos e dos governantes, que ainda criavam resistência à sua aplicação em todo o país.

Com a participação popular, utilização dos mecanismos de controle e publicidade, a cultura assimilada da proibição prévia poderá evoluir para uma prática de incentivo nos termos dos enunciados constitucionais.

### **Constituição Brasileira de 1824<sup>2</sup>**

Foi uma das primeiras Constituições no mundo a assegurar direitos individuais e limitar o Poder do Estado que, na época, eram quatro, Executivo, Legislativo, Judiciário e Moderador, estando todos sujeitos à lei.

Como limitação do poder do imperador, a Constituição assegurou diversas garantias individuais, a liberdade e a propriedade, de fundamental importância para o desenvolvimento do pensamento e da expressão artística sem dependência de censura prévia, mas indicando eventual responsabilização por abusos praticados:

CF/1824 - Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cívicos, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte.

IV. Todos podem comunicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publicá-los pela Imprensa, sem dependência de censura; contanto que

---

<sup>2</sup> BRASIL. Constituição Política do Império do Brazil de 25 de março de 1824. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm). Acesso em 29 jul. 2021.

hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercício deste Direito, nos casos, e pela fôrma, que a Lei determinar.

Entretanto, em relação à cultura, apesar de vedar a proibição, estabelece uma espécie de censura ao condicioná-la a não se opor aos costumes públicos, segurança e a saúde dos Cidadãos:

XXIV. Nenhum genero de trabalho, de cultura, industria, ou commercio póde ser prohibido, uma vez que não se opponha aos costumes publicos, á segurança, e saude dos Cidadãos.

No entanto, naquela época, o Estado estabeleceu como obrigatório o ensino das Belas Letras e Artes nos colégios e universidades:

CF/1824 - Art. 179. XXXIII. Collegios, e Universidades, aonde serão ensinados os elementos das Sciencias, Bellas Letras, e Artes.

Edwaldo Cafezeiro<sup>3</sup> ao abordar a história do teatro no Brasil contextualiza:

A presença da Família Real e dos nobres de Lisboa na pequena cidade do Rio de Janeiro passou a exigir uma revisão na política cultural. Assim, a 28/5/1810, D. João VI, considerando insuficiente e inadequado o Teatro Manuel Luís, assinou um decreto autorizando a construção do Real Teatro de São João, que ficou pronto em 1813. O teatro passou então a ser diversão preferida, quer por interesse propriamente cultural de apreciação do espetáculo, quer por sofisticação e vontade da população de estar presente em lugares onde apareciam o Príncipe-Regente, sua família e os nobres vassallos.

As outras cidades passaram a imitar o Rio de Janeiro e cerca de quarenta casas de espetáculos foram construídas na Colônia entre a metade do Século XVIII e o Século XIX.

Para a arte circense, Ermínia Silva<sup>4</sup> descreve que o Brasil começou a atrair uma quantidade cada vez maior de artistas:

A partir do final do século XVIII e início do século XIX aumentou o número de artistas que migraram para a América Latina. Alguns se apresentavam em praças públicas, entretanto, as primeiras exposições em ambientes fechados,

<sup>3</sup> CAFEZEIRO, Edwaldo; GADELHA, Carmem. *História do teatro brasileiro: um percurso de Anchieta a Nelson Rodrigues*. Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro, 1996. p. 112.

<sup>4</sup> SILVA, Ermínia; ABREU, Luís Alberto. *Respeitável público... o circo em cena*. Rio de Janeiro: Funarte, 2009. p. 121.

nos quais se cobrava a entrada, já estavam acontecendo. Desde a década de 1830, o Brasil começava a fazer parte das rotas turnês de circos estrangeiros que chegavam através de Buenos Aires, mas procedentes da Europa, destinando-se ao Rio de Janeiro por sua importância, no século XIX, tanto econômica quanto cultural.

Edwaldo Cafezeiro segue discorrendo sobre a política cultural e a censura prévia:

A construção de casas de espetáculos foi acompanhada de financiamentos a companhias (provavelmente segundo critérios de simpatia por parte de sua Majestade e autoridades) e de fiscalização censória às atividades teatrais. Não houve, no Império, organismos estaduais que mantivessem incentivo regular ao teatro. (...) nem mesmo a formação profissional mereceu, por parte do Estado, a devida atenção<sup>5</sup>.

Em relação à arte circense, o panorama é diferente, Ermínia Silva<sup>6</sup> aponta:

[...] no final do século XIX e início do século XX foi se explicitando um processo de massificação, acelerando e potencializando a produção e o consumo cultural por uma população heterogênea e diversificada em suas origens sociais, a ponto que, em primeiro lugar, o próprio modo de organização e produção do espetáculo circense pressupunha, também, a construção do circo como um veículo de massa, considerando o número de pessoas que o assistia maior que o de qualquer outro espaço de apresentação artística, pelo menos até o advento do cinematógrafo e do rádio, além do tipo de espetáculo variado, em uma multiplicidade de linguagens artísticas, que lançava mão dos principais e mais atuais inventos tecnológicos, como as luzes e as projeções elétricas, se apropriando cada vez mais de novos ritmos e danças.

Castro Alves, segundo Edwaldo Cafezeiro<sup>7</sup>, ao escrever o poema *O Povo no poder*, em 1866, desenvolve que a "segunda metade do século XIX é marcada em todo o Ocidente pelos movimentos e levantes de massas. No Brasil por tentativas de participação do povo no poder":

Quando nas praças s'eleva.  
Do povo a sublime voz...  
Um raio ilumina a treva  
O Cristo Assombra o Algoz...  
Que o gigante da calçada  
Com pé sobre a barricada  
Desgrenhado, enorme, e nu,  
Em Roma é Catão ou Mario

<sup>5</sup> CAFEZEIRO, Edwaldo; GADELHA, Carmem. *Op. Cit.*, p. 127.

<sup>6</sup> SILVA, Ermínia; ABREU, Luís Alberto, *Op. Cit.*, p. 62.

<sup>7</sup> CAFEZEIRO, Edwaldo; GADELHA, Carmem. *Op. Cit.*, p. 178.

É Jesus sobre o Calvário,  
É Garibaldi ou Kossuth  
A praça! é do povo  
Como o céu é do condor.<sup>8</sup>

### **Constituição Brasileira de 1891<sup>9</sup>**

A primeira Constituição da República estabeleceu a divisão dos Poderes em Executivo, Legislativo e Judiciário, aboliu o Poder Moderador, atribuiu autonomia aos municípios e às províncias (Estados) bem como o voto direto e obrigatório para os cargos eletivos no Executivo e Legislativo.

Relacionado às artes, manteve-se o dever do Estado, por meio do Congresso Nacional, de forma não privativa, incentivar o desenvolvimento das artes por todo o País:

CF/1891. Art. 35. Incumbe, outrossim, ao Congresso, mas não privativamente:  
2º) animar no País o desenvolvimento das letras, artes e ciências, bem como a imigração, a agricultura, a indústria e comércio, sem privilégios que tolham a ação dos Governos locais;

O Preâmbulo do texto constitucional da República positivou o contexto histórico da época, de “representantes do povo brasileiro, reunidos em Congresso Constituinte, para organizar um regime livre e democrático”.

As garantias individuais asseguraram direitos concernentes à liberdade e positivaram o livre exercício de qualquer profissão intelectual, mas o texto não trouxe nenhuma referência quanto a liberdade artística, abrindo espaço para a prática da censura.

CF/1891. Art.72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes:  
§ 24. É garantido o livre exercicio de qualquer profissão moral, intellectual e industrial.

Garantiu, aos autores de obras literárias e artísticas, o direito exclusivo de reproduzi-las:

<sup>8</sup> CASTRO ALVES, Antônio Frederico de. O povo ao poder. Disponível em [http://www.projetomemoria.art.br/CastroAlves/memorias/memorias\\_amor\\_povo.html](http://www.projetomemoria.art.br/CastroAlves/memorias/memorias_amor_povo.html). Acesso em 29 ago. 2021.

<sup>9</sup> BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de Fevereiro de 1891. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm). Acesso em 29 jul. 2021.

CF/1891. Art. 72. § 26 - Aos autores de obras litterarias e artisticas é garantido o direito exclusivo de reproduzi-las pela imprensa ou por qualquer outro processo mecânico. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei determinar.

Edwaldo Cafezeiro<sup>10</sup> traz:

Sob a República, até os anos 30, o Estado não promove nenhum tipo de política cultural, ao contrário do que vimos com a Monarquia. A criação de museus ou de outras entidades destinadas à memória nacional e à criação artística apenas se dá de maneira incidental, voltada principalmente para o gosto e deleite das elites ditas bem-pensantes. Frustram-se sistematicamente expectativas como a de Artur de Azevedo quanto, por exemplo, ao Teatro Municipal. O incansável batalhador do teatro brasileiro, que dedicou boa parte de sua vida a buscar apoios oficiais à ribalta, não conseguiu mais do que uma casa de espetáculos inteiramente fechada para as camadas médias e baixas da população.

Walter Souza Junior<sup>11</sup> discorre sobre o controle oficial e a censura:

[...] a partir do controle oficial da produção cultural, iniciada legalmente no período republicano em 1900, e que 'procura não apenas cercear os cidadãos, mas estabelecer critérios que regulem a oposição entre liberdade de expressão e os interesses do poder instituído'.

O Decreto n. 14.529, de 9 de dezembro de 1920<sup>12</sup> comprova a positivação da censura prévia, e Walter Souza Junior<sup>13</sup> comenta a norma e o impacto produzido na arte circense:

[...] institui entre outros mecanismos, a censura prévia dos espetáculos teatrais, o que obriga as companhias de circo a submeterem o texto das encenações ao crivo censório. Com isso, a maior parte das peças, que até então eram encenadas a partir da memória oral, passaram a ser escrituradas para serem encaminhadas aos departamentos policiais de censura. Tal prática fez com que os textos tradicionais adquirissem forma escrita – e obrigou ao circense praticar um saber que não era seu, a escrita dramática.

<sup>10</sup> CAFEZEIRO, Edwaldo; GADELHA, Carmen. *Op. Cit.*, p. 127.

<sup>11</sup> SOUZA JUNIOR, Walter de. *Piolin, o corpo e a alma do circo*. São Paulo: ECA USP, 2015. p. 18.

<sup>12</sup> BRASIL. Decreto n. 14.529, de 9 de Dezembro de 1920. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-14529-9-dezembro-1920-503076-republicacao-93791-pe.html>. Acesso 29 jul. 2021.

<sup>13</sup> SOUZA JUNIOR, Walter de. *Op. Cit.* p. 18.

A Revolução Constitucionalista de 1932 trouxe um período de instabilidade política e grande insegurança jurídica para o Brasil, mas em São Paulo as manifestações culturais desenvolveram-se:

O interregno entre as movimentações militares da Revolução Constitucionalista de 1932 relegou a vida artística e cultural de São Paulo a uma espera pelo momento propício para a retomada sem prejuízos. Aliás, a década de 1930 seria bem acidentada em termos políticos, embora as manifestações culturais tivessem encontrado margem suficiente para se expandir a partir de diferentes campos, entre eles o circo<sup>14</sup>.

### **Constituição Brasileira de 1934<sup>15</sup>**

Como ferramenta de organização dos deveres do Estado, a Constituição atribuiu competência concorrente à União e Estados para proteção de bens de valores artísticos e a faculdade de combater a evasão da obra de arte:

CF/1934. Art. 10. Compete concorrentemente à União e aos Estados:  
III - proteger as belezas naturais e os monumentos de valor histórico ou artístico, podendo impedir a evasão de obras de arte;

Estabelece a competência comum para a União, Estados e Municípios de estimular e fomentar o desenvolvimento das artes, da cultura em geral, de proteger o patrimônio artístico e prestar assistência ao trabalhador intelectual:

CF/1934. Art. 148. Cabe à União, aos Estados e aos Municípios favorecer e animar o desenvolvimento das ciências, das artes, das letras e da cultura em geral, proteger os objetos de interesse histórico e o patrimônio artístico do País, bem como prestar assistência ao trabalhador intelectual.

Enquanto centro organizador do sistema jurídico, o texto teve vigência curta, o que comprometeu sua efetividade, mas foi positivado como valor jurídico a cultura e o dever do Estado de assegurar a representação das atividades culturais e de prestar assistência ao trabalhador intelectual e consequentemente ao artista.

CF/1934 Art. 23 - A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos mediante sistema proporcional e sufrágio universal, igual e

<sup>14</sup> SOUZA JUNIOR, Walter de. *Op. Cit.* p. 125.

<sup>15</sup> BRASIL. Constituição República Dos Estados Unidos do Brasil de 16 de Julho de 1934. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm). Acesso em 29 jul. 2021.

direto, e de representantes eleitos pelas organizações profissionais na forma que a lei indicar.

§ 7º - Na discriminação dos círculos, a lei deverá assegurar a representação das atividades econômicas e culturais do País.

O texto manteve a garantia genérica às liberdades individuais e, pela primeira vez, expressamente estabelece a censura prévia aos espetáculos, diversões públicas e ao direito de reunião.

CF/1934. Art. 113. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

9) Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento, sem dependência de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos independe de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda, de guerra ou de processos violentos, para subverter a ordem política ou social.

11) A todos é lícito se reunirem sem armas, não podendo intervir a autoridade senão para assegurar ou restabelecer a ordem pública. Com este fim, poderá designar o local onde a reunião se deva realizar, contanto que isso não o impossibilite ou frustre.

13) É livre o exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade técnica e outras que a lei estabelecer, ditadas pelo interesse público.

Com a positivação constitucional da censura prévia aos espetáculos e diversões públicos o Brasil institucionalizou a interferência direta da vontade do Poder Público em selecionar e ditar o que considera ideal, um modelo estético expressivo a ser seguido pela sociedade que certamente compromete a pluralidade de ideias, limita a diversidade cultural e sacrifica a democracia.

Essa possibilidade de intervenção representa um retrocesso às garantias individuais e ao regime democrático, fundamentais para o desenvolvimento artístico e cultural enquanto possibilidade comunicativa de interferência direta na realidade social, seja pelo entretenimento, seja por revelar desigualdades e arbitrariedades.

O Arquivo Miroel Silveira da biblioteca da Escola de Comunicação e Arte da Universidade de São Paulo – ECA/USP<sup>16</sup> conserva mais de seis mil processos de censura prévia aos espetáculos de diversão pública do Serviço de Censura do Departamento de

<sup>16</sup> ARQUIVO Miroel Silveira. Disponível em [www2.eca.usp.br/ams](http://www2.eca.usp.br/ams). Acesso em 29 jul. 2021.

Diversões Públicas do Estado de São Paulo (DDP-SP), que atuou durante 40 anos nas atividades culturais do Estado. Esses processos abrangem períodos ditatoriais no país – a era Vargas (1930-1945) e o início da Ditadura Militar (1964-1970).

Walter Souza Junior,<sup>17</sup> ao estudar a importância de Abelardo Pinto Piolin, o palhaço Piolin, para a cultura brasileira e para a dramaturgia circense, ao manter seu circo de 1933 a 1960, constatou, no período em que esteve em São Paulo:

[...] 450 peças encenadas em seu circo no Arquivo Miroel Silveira. (...) De um total de 1.088 processos de peças encenadas em circo, quase a metade foi apresentada sob a lona do Circo Piolin.

Piolin enfrentou inúmeras dificuldades, dentre as quais, a recusa do município de São Paulo em autorizar a instalação do Circo no centro da cidade. Nesse sentido, Walter Souza<sup>18</sup> reproduz parte da entrevista do palhaço Piolin para o Jornal *Correio de São Paulo*, de 14 de março de 1933:

[...] publica nota estranhando que o pavilhão de Piolin estivesse tão longe do centro da cidade, embora com a lotação esgotada. "Que quer, meu amigo, era minha intenção instalar-me na Avenida São João, onde estive por anos consecutivos, ou no Largo do Paissandu, onde iniciei minha brilhante temporada em São Paulo, mas a Prefeitura não consente que se armem pavilhões no centro da cidade e, assim, sou forçado a trabalhar somente nos arrabaldes", afirma o palhaço à reportagem.

### **Constituição Brasileira de 1937<sup>19</sup>**

A Constituição do Estado Novo de Getúlio Vargas, que assumiu o País por um Golpe de Estado em 1937 e governou até 1945, assegurava aparentemente a liberdade artística à iniciativa individual, devendo o Estado contribuir direta e indiretamente para desenvolvê-la:

CF/1937. Art. 128. A arte, a ciência e o ensino são livres à iniciativa individual e a de associações ou pessoas coletivas públicas e particulares. É dever do Estado contribuir, direta e indiretamente, para o estímulo e desenvolvimento de umas e de outro, favorecendo ou fundando instituições artísticas, científicas e de ensino.

<sup>17</sup> SOUZA JUNIOR, Walter de. *Op. Cit.* p. 13.

<sup>18</sup> SOUZA JUNIOR, Walter de. *Op. Cit.* p. 126.

<sup>19</sup> BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de Novembro de 1937. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm). Acesso em 29 jul. 2021.

Ao confrontar a liberdade constitucional atribuída ao artista às garantias individuais, o texto limita a vontade do autor em expor sua obra ao prever a censura prévia que atribuía, à lei infraconstitucional, condições e limites sobre a imprensa, o teatro, o cinematógrafo e a radiodifusão:

CF/1937. Art. 122. A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

15) todo cidadão tem o direito de manifestar o seu pensamento, oralmente, ou por escrito, impresso ou por imagens, mediante as condições e nos limites prescritos em lei.

A lei pode prescrever:

- a) com o fim de garantir a paz, a ordem e a segurança pública, a censura prévia da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da radiodifusão, facultando à autoridade competente proibir a circulação, a difusão ou a representação;
- b) medidas para impedir as manifestações contrárias à moralidade pública e aos bons costumes, assim como as especialmente destinadas à proteção da infância e da juventude;
- c) providências destinadas à proteção do interesse público, bem-estar do povo e segurança do Estado.
- d) é proibido o anonimato;

O texto constitucional ainda autorizava a autoridade competente a tomar medidas, como o uso da força, para impedir manifestações ou representações contrárias à moralidade pública e aos bons costumes e proibir a circulação e difusão de livros, jornais, fotos.

A análise dos dispositivos constitucionais relacionados à arte aponta para um regime autoritário do Estado, o que reforça um controle excessivo quanto à liberdade de expressão artística orientada pelo enunciado constitucional.

A "Polaca", como ficou popularmente conhecida a Constituição, manteve as estruturas de controle e fiscalização do Estado sobre a cultura ao conferir, principalmente para os municípios, competência para o estabelecimento de normas administrativas restritivas e de forte inclinação para fortalecer a censura prévia de ideias, estéticas e artes que pudessem contrariar alguma política pública do Governo.

Walter de Souza Junior<sup>20</sup>, a respeito da censura prévia do período, traz que o Governo Vargas estabelecia a análise do texto e da encenação do espetáculo como exigências para a expedição da autorização:

---

<sup>20</sup> SOUZA JUNIOR, Walter de. *Op. Cit.* p. 18.

A partir dos órgãos censórios de Getúlio Vargas, as peças, além de analisadas previamente, precisavam ser encenadas, em sessão reservada, com a presença do censor, obedecendo ao texto aprovado e aos cortes impostos. Com isso, a liberdade de improvisar sobre os textos passou a ser cada vez mais coibida. Pelo menos para o censor, pois da encenação circense ela nunca foi extinta.

### **Constituição Brasileira de 1946<sup>21</sup>**

A Constituição manteve, do texto anterior, a liberdade genérica à arte e o dever do Estado no amparo à Cultura:

CF/1946. Art. 173. As ciências, as letras e as artes são livres.  
Art. 174. O amparo à cultura é dever do Estado.

Quanto à liberdade de expressão artística no espaço público, a limitação direta a espetáculos e diversões públicas passou a ser constitucional, o que firmou caminho para a censura prévia:

CF/1946. Art. 141. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 5º - É livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe.

Relacionado ao direito de reunião, outra necessidade da cultura, o texto atribuiu ao arbítrio da Polícia assegurar a ordem pública, podendo intervir e designar local apropriado:

CF/1946. Art. 141. § 11 - Todos podem reunir-se, sem armas, não intervindo a polícia senão para assegurar a ordem pública. Com esse intuito, poderá a polícia designar o local para a reunião, contanto que, assim procedendo, não a frustre ou impossibilite.

[...]

§ 14 - É livre o exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer.

<sup>21</sup> BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de Setembro de 1946. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm). Acesso em 29 jul. 2021.

O pós-Segunda Grande Guerra mundial trouxe para o plano jurídico a importância da ampliação das possibilidades de aplicação e interpretação do Direito, e a aproximação com outras ciências como a filosofia, biologia e as artes. Segregou o mundo em duas ideologias na chamada guerra fria entre capitalismo e comunismo.

O golpe civil/militar de 1964 comprometeu a ordem jurídica do país, e o Brasil enfrentou um longo período de severas restrições às liberdades individuais, principalmente nas artes, sendo proibida qualquer forma de expressão artística no espaço público, salvo as oficiais, promovidas pelo Estado.

### **Constituição Brasileira de 1967<sup>22</sup>**

Genericamente, à Arte, enquanto abstração, foi assegurada a liberdade, mas por outro lado, ao executor da obra de arte a Constituição impôs uma limitação, a censura prévia aos espetáculos de diversão pública:

CF/1967. Art. 150. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[....]

§ 8º - É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica e a prestação de informação sem sujeição à censura, salvo quanto a espetáculos de diversões públicas, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos independe de licença da autoridade. Não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe.

Notórios exemplos da interferência direta do Estado frente à liberdade de expressão artística são: a invasão da Pontifícia Universidade Católica, PUC SP em 1977, o exílio de artistas e intelectuais até a Lei n. 6.683/79, que concedeu a anistia aos artistas exilados e iniciou o período de transição para a redemocratização do País com a eleição de um novo presidente em 1985.

A insegurança jurídica que se instalou no período de exceção em relação à cultura foi enorme. Foram notórios os casos de repressão à liberdade artística, fosse com a censura prévia ou qualquer outro tipo de obstáculo à reunião pública, procedimento comum das autoridades a fim de “manter a ordem pública”.

---

<sup>22</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 24 de Janeiro de 1967. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm). Acesso em 29 jul. 2021.

O mandado de segurança, previsto no texto constitucional, como também nos anteriores, um dos mecanismos para utilização do cidadão frente a algum risco de sofrer limitações a direito líquido e certo, era ineficiente para as hipóteses de violação da liberdade de expressão artística, porque a Constituição atribuiu à lei infraconstitucional definir o que deveria ser estimulado e autorizado, considerando a moral e os bons costumes da época.

Assim como analisados nos textos constitucionais de 1824 a 1967, os enunciados normativos demonstram que o Estado é obrigado a estimular a Cultura, mas que a liberdade de expressão artística sempre esteve condicionada à censura prévia, por vezes consignada expressamente no texto constitucional, outras pela lei infraconstitucional.

O texto Constitucional de 1967 foi reformado pela Emenda à Constituição n. 1 de 1969 e preservou sem alteração que as artes são livres e do dever do Estado de amparo à cultura:

CF/1967. Art. 171. As ciências, as letras e as artes são livres.  
Art. 172. O amparo à cultura é dever do Estado.

### **A Constituição de 1988<sup>23</sup> e os Direitos Culturais. Considerações Iniciais**

O Constituinte de 1988 deu muita importância aos diversos direitos fundamentais. Além daqueles grafados como garantias individuais, logo no início, optou por positivá-los por todo o texto constitucional. Assim, inova na evolução constitucional brasileira ao romper com a censura prévia e assegurar a liberdade de expressão artística, independentemente de censura ou licença:

CF/1988. Art. 5º. IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

José Afonso da Silva<sup>24</sup> esclarece:

As manifestações intelectuais, artísticas e científicas são formas de difusão e manifestação do pensamento, tomado esse termo em sentido abrangente dos sentimentos e dos conhecimentos intelectuais, conceptuais e intuitivos. (...) A atividade intelectual é especialmente vinculada ao conhecimento

<sup>23</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de Outubro de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 29 jul. 2021.

<sup>24</sup> SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 253.

conceptual que abrange a produção científica e filosófica. Esta, como todas as manifestações artísticas, está protegida pela liberdade de que estamos ocupando. Todos podem produzir obras intelectuais, científicas ou filosóficas, e divulgá-las, sem censura e sem licença de quem quer que seja.

O Preâmbulo da Constituição de 1988 simboliza o espírito de um povo que se libertou do regime anterior para instituir o Estado Democrático e Social de Direito ao assegurar direitos sociais, individuais e idealiza uma sociedade livre, plural e fraterna, fundada na harmonia social e no bem-estar, ao positivar que o Poder emana do Povo, que o exerce de forma direta ou indireta, por representantes eleitos:

CF/88. Art. 1º. - Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

De 1964 a 1985, o regime militar governou o Brasil e a partir de 1988, presidentes foram eleitos pelos cidadãos, tomaram posse. O primeiro foi Fernando Collor, em 1990, mas dois anos depois, devido a escândalos de corrupção e movimentos populares conhecidos como "caras pintadas", foi aberto processo de *impeachment* que terminou por condená-lo com perda do mandato.

No contexto mundial, a partir da década de 1980, há o fim da guerra fria tendo como marcos os planos de reforma da União Soviética de Mikhail Gorbachev, a *perestroika* no plano econômico e a *glasnost* quanto à liberdade de expressão, e a queda do Muro de Berlim.

A popularização e o avanço da tecnologia, no que diz respeito a computadores pessoais e comunicação virtual pela rede mundial de computadores, a internet, na década de 1990, possibilitaram a comunicação em tempo real e diversas fontes de informação, de todo o tipo, inclusive em relação à Arte e ao Direito.

A queda das Torres Gêmeas em 11 de setembro de 2001, na cidade de Nova York, Estados Unidos da América, marcaram historicamente o início do século XXI, seguidos de crises econômicas, protestos populares.

Por todo o globo cidadãos, movimento sociais ou grupos de pessoas com interesses diversos ocuparam o espaço público como o movimento *Occupy Wall Street* nos EUA, *Primavera Árabe* no Oriente Médio, manifestações e greves na Europa e as grandes manifestações de junho de 2013 no Brasil, todos com repercussão mundial, principalmente pelas redes sociais, revelando o povo insatisfeito com seus governantes.

O contexto atual indica um ambiente social em transição e a Constituição brasileira revela-se estável pelos mecanismos de adaptação, seja por emendas à constituição ou pelo controle difuso e concentrado de constitucionalidade das leis.

### **Dos Direitos Culturais**

Foi mantida a tradição, no corpo do texto constitucional, do dever do Estado de apoiar e incentivar a cultura; a CF/1988 inova, contudo, ao estabelecer o dever de garantir o pleno exercício por artistas e público dos direitos culturais de acesso às fontes da cultura, incentivo, valorização e difusão das manifestações culturais de diversos grupos participantes do processo civilizatório nacional:

CF/1988. Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º - O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

O texto normativo, ao conceituar o patrimônio cultural brasileiro, esclarece que pode ser constituído de bens de natureza material e imaterial desde que tombados por procedimento específico para serem reconhecidos como portadores de referência à identidade, à ação, à memória, às formas de expressão, aos modos de criar, fazer e viver e às criações artísticas:

CF/1988. Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I- as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

José Afonso da Silva<sup>25</sup>, ao abordar os artigos 215 e 216, afirma:

Aí se manifesta a mais aberta liberdade cultural, sem censura, sem limites: uma vivência plena dos valores do espírito humano em sua projeção criativa, em sua produção de objetos que revelem o sentido dessas projeções da vida do ser humano.

<sup>25</sup> SILVA, José Afonso da Silva. *Op. Cit.* p. 255.

## **A Constituição como garantia da liberdade artística**

A Constituição deve ser interpretada em sua unidade e justamente por este princípio a liberdade de expressão artística encontra sua natureza jurídica em todo o corpo do regramento constitucional, por ser uma garantia do povo com íntima relação com os fundamentos da República e da Democracia, por relacionar-se com diversos assuntos disciplinados pela Constituição.

O artista que exerce seu ofício no espaço público faz fruição do direito da livre iniciativa ao trabalho, assim como da garantia da liberdade de expressão artística.

Como centro organizador do Estado e da vida em sociedade, a Constituição foi explícita ao exemplificar os objetivos fundamentais a serem perseguidos e os pressupostos para a formulação de leis e políticas públicas a fim de alcançar os objetivos fundamentais.

## **Garantias e direitos fundamentais**

O rol de incisos, grafados no artigo 5º, é um verdadeiro arsenal de defesa a ser utilizado pelo indivíduo. Em qualquer circunstância em que o direito garantido encontrar obstáculo de aplicação prática, o deve prevalecer a força normativa da Constituição, especialmente a favor da cultura, para que permaneçam invioláveis os inúmeros direitos individuais, coletivos e difusos, como, por exemplo, a liberdade, a segurança, a igualdade e a propriedade.

CF/1988. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

## **Conclusão**

Na Constituição Cidadã, termo utilizado pelo então presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Ulysses Guimarães, para se referir à Constituição de 1988, diversos enunciados constitucionais asseguram liberdade à Arte e acesso à Cultura.

O texto como um todo delimita a extensão da liberdade de expressão nos enunciados que tratam sobre as responsabilidades do artista que podem surgir após a execução artística, como o direito de resposta, reparação por danos material, moral ou à imagem.

A indicação da responsabilidade não significa censura prévia, decorre da interpretação constitucional que assegura a liberdade da expressão ao artista em produzir cultura, isto é, o preparo da obra artística e sua execução.

Entretanto, qualquer cidadão que por hipótese ache que a manifestação artística lhe cause algum desconforto, poderá se socorrer por meio do direito de ação, ou seja, ingressar em juízo e comprovar que determinada obra artística, no aspeto individual, é ofensiva.

Na organização social para estabilização de expectativas, principalmente em relação a direitos sensíveis e aparentemente conflitantes, a Constituição estabelece o princípio da inafastabilidade da Jurisdição, isto é, de que a Lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

É a primeira vez, na história da evolução constitucional brasileira, que a expressão artística não encontra restrições, com reflexo direto na sociedade, por ser norma de eficácia imediata. Sua aplicação ainda encontra resistência nos sistemas político, social e jurídico, o que é compreensível devido a diferentes tempos, códigos e programas de assimilação da informação em cada sistema, mas inadmissível considerando o princípio da força normativa da Constituição.

Uma clara demonstração de resistência do sistema jurídico relaciona-se à competência exclusiva dos municípios. No caso da cidade de São Paulo, desde 2013, por meio de lei, foi estabelecida a censura prévia para exibição pública; o artista, ao promover cultura por meio de sua livre iniciativa, deve obedecer à lei municipal, decreto municipal, portarias das subprefeituras e Secretaria Municipal do Verde e Meio Ambiente, ou seja, para ter autorização o artista precisa respeitar diversos limites relativos a horário, local, ruído, palco, estrutura, aparelhos cênicos, e está sujeito à apreensão de seus equipamentos e cessação da manifestação artística.

A cidade de São Paulo não é a única a limitar a cultura no espaço público, por todo o País surgem leis restritivas: no Rio de Janeiro, em Porto Alegre, em Belo Horizonte e em Curitiba, a regra é a censura prévia.

Malabaristas, palhaços, dançarinas, músicos e operadores das artes em geral buscam, no espaço público, uma possibilidade de criação, aperfeiçoamento e desenvolvimento cultural. Para que a comunicação com a sociedade ocorra, a obra de arte é revelada por meio de um ou mais suportes como palco, figurino, música, efeitos especiais, gestos, maquiagem, movimentos, entre tantos outros elementos que caracterizam a Arte, como objetos e estruturas

do dia a dia que nas mãos do artista se transformam em poesia, mas que estão proibidos, pois dependem da comunicação prévia ou autorização.

Os operários da cultura são os criadores da arte e, ao restringir o seu pleno desenvolvimento, restringe-se a arte propriamente dita e priva-se a população de acessar a diversidade cultural.

Os Municípios, com a autorização constitucional exclusiva para legislar sobre o uso e parcelamento da ocupação do solo, devem fazê-lo de acordo com os moldes e limites constitucionais para que as cidades cumpram com seus fins sociais e ambientais na ordenação do espaço público, com a preservação e ampliação de parques, praças e áreas de convivência pública. Para que o povo possa livremente se manifestar, é necessário garantir um espaço adequado e controlado para a estabilização de expectativas sociais.

Ao preservar e ampliar a possibilidade de uso do espaço público, o Município paralelamente protege e promove o patrimônio histórico cultural local, material ou imaterial, mas as normas infraconstitucionais desta primeira década do século XXI reproduzem tradições seculares do controle do Governante sobre a Arte, sobre o povo com a censura prévia que contraria a Carta Política do País quanto à liberdade de expressão artística.

O espaço público é o palco do Povo, da vida em comunidade, e a postura da repressão e a cultura da censura prévia parecem solidificadas no Estado de Direito e configuram um enorme contrassenso entre o estabelecido no discurso legal constitucional e o infraconstitucional, aviltando a própria formação do Povo brasileiro.

Deve a lei infraconstitucional dar tratamento ao tema consoante o Texto Maior, a fim de estimular as diversas formas de expressões estéticas e reivindicações populares que são direitos imprescindíveis para o exercício da cidadania e da dignidade da pessoa humana.

Restrições à liberdade de expressão artística violam não só liberdades individuais e coletivas, mas também atentam igualmente contra os fundamentos da República, princípio do estado brasileiro, meio ambiente, função social da cidade, ordem econômica e repercute por toda a Constituição e, em última instância, caberá ao Superior Tribunal Federal, STF, declarar sobre a sua (in)constitucionalidade.

Assim, é fundamental resistir, sempre de forma pacífica e por meio do Direito, a qualquer tipo de norma ou ordem que limite o direito fundamental à livre expressão artística e do acesso aos bens culturais, por ser essencial à comunidade a plena fruição dos Direitos Culturais.

## Referências bibliográficas

ARQUIVO Miroel Silveira. Disponível em [www2.eca.usp.br/mas](http://www2.eca.usp.br/mas). Acesso em 29 jul. 2021.

CAFEZEIRO, Edwaldo; GADELHA, Carmem. *História do teatro brasileiro: um percurso de Anchieta a Nelson Rodrigues*. Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro, 1996.

CASTRO ALVES, Antônio Frederico de. O povo ao poder. Disponível em [http://www.projetomemoria.art.br/CastroAlves/memorias/memorias\\_amor\\_povo.html](http://www.projetomemoria.art.br/CastroAlves/memorias/memorias_amor_povo.html). Acesso em 29 ago. 2021.

SILVA, Ermínia; ABREU, Luís Alberto. *Respeitável público... o circo em cena*. Rio de Janeiro: Funarte, 2009.

SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 253.

SOUZA JUNIOR, Walter de. *Piolin, o corpo e a alma do circo*. São Paulo: ECA USP, 2015.

## Legislação consultada

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm). Acesso em 29 jul. 2021.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de Fevereiro de 1891. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm). Acesso em 29 jul. 2021.

BRASIL. Decreto n. 14.529, de 9 de Dezembro de 1920. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-14529-9-dezembro-1920-503076-republicacao-93791-pe.html>. Acesso 29 jul. 2021.

BRASIL. Constituição República Dos Estados Unidos do Brasil de 16 de Julho de 1934. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm). Acesso em 29 jul. 2021.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de Novembro de 1937. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm). Acesso em 29 jul. 2021.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de Setembro de 1946. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm). Acesso em 29 jul. 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 24 de Janeiro de 1967. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm). Acesso em 29 jul. 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de Outubro de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 29 jul. 2021.

SÃO PAULO (Município). Lei n. 15.776, de 29 de maio de 2013. Disponível em [http://www3.prefeitura.sp.gov.br/cadlem/secretarias/negocios\\_juridicos/cadlem/integra.asp?alt=30052013L+157760000](http://www3.prefeitura.sp.gov.br/cadlem/secretarias/negocios_juridicos/cadlem/integra.asp?alt=30052013L+157760000). Acesso em 26 ago. 2015.

## Marcas e artes: relação, direitos e proibições

Tais Capito<sup>1</sup>

Luiz Guilherme Veiga Valente<sup>2</sup>

### Introdução

Na década de 1960, o movimento artístico do *Popismo* quebrou barreiras, ao aproximar o mundo das chamadas belas artes e a sociedade de consumo. Fosse uma forma de crítica ou de apologia, artistas como Andy Warhol inovaram ao inserir em suas obras marcas comerciais, conhecidas do grande público, a exemplo das latas de sopa *Campbell* e do sabão em pó *Brillo*. Concomitantemente, empresas fizeram o movimento inverso: adotaram obras de artes nas embalagens e logos dos seus produtos, como forma de apelo ao consumidor ou de agregar valor àqueles. Nesse sentido, grandes *maisons* do mundo da moda, como a Louis Vuitton, contrataram artistas consagrados, a exemplo de Haruki Murakami, para redesenharem suas estampas características. De igual maneira, empresas passaram a patrocinar desde cantores a estúdios de cinema, podendo, em troca, expor suas marcas em filmes, videoclipes e mesmo letras de músicas, em uma nova forma de publicidade: o *product placement*.

Essa aproximação entre os mundos da arte e das marcas comerciais, no entanto, traz a necessidade de se observarem determinados cuidados do ponto de vista jurídico. Legalmente, marcas e obras artísticas (sejam pinturas, esculturas, livros ou filmes) são protegidas por tipos diferentes de Propriedade Intelectual: respectivamente, o Direito Marcário e os Direitos Autorais. Cada regime tem suas próprias regras, escopos e limitações. O objetivo deste artigo é analisá-los, indicando em que medida se aproximam, como na tutela dos personagens, em que é possível a cumulação de ambos os institutos jurídicos. Dessa forma, visa-se a informar

---

<sup>1</sup> Advogada, especialista em Direito Empresarial pela PUC SP, atuante na área de Propriedade Intelectual há 11 anos, presidente da Comissão de Propriedade Intelectual da OAB SP, Subseção Jabaquara/Saúde, membro correspondente nas Comissões de Propriedade Intelectual da OAB SP, PE e SC, membro da Comissão de Direito da Moda da OAB RJ, escritora de artigos e palestrante.

<sup>2</sup> Advogado, *Head* das áreas de Publicidade e Mídia em Baptista Luz Advogados (São Paulo, Brasil). Doutor em Direito Comercial (2019) e Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo, USP (2013). Pesquisador visitante na *Sciences Po* Paris (França, 2018) e *Queen Mary University of London* (Reino Unido, 2017). Professor convidado da Escola Paulista de Direito (EPD), Escola Superior de Advocacia da OAB (ESA SP) e Fundação Getúlio Vargas (FGV RJ). Membro da Comissão de Direito das Artes da OAB SP.

tanto empresas como artistas quanto aos direitos que lhes cabem sobre suas respectivas marcas e obras, bem como os cuidados para se evitarem violações aos direitos de terceiros.

Iniciaremos explicando no que consiste cada um dos dois regimes mencionados: primeiramente as marcas (tópico 1.1) e, em seguida, os Direitos Autorais (tópico 1.2), listando os seus respectivos escopos de proteção, bem como as prerrogativas e limitações estabelecidas pela Lei. No tópico 2, analisaremos dois exemplos de como as marcas têm sido inseridas no âmbito das obras artísticas: as criações do *Popismo* e o *product placement*. Passaremos, no tópico 3, a abordar o fenômeno inverso: como as obras autorais são incorporadas pelas marcas, como no design, artes gráficas, fotografias e *jingles*, além dos personagens e a possibilidade de cumulação de ambos os regimes jurídicos sobre tais criações. Ao final, apresentaremos nossas conclusões.

## **1 Regimes jurídicos aplicáveis**

### **1.1 Marca**

As criações intelectuais surgiram junto com os seres humanos. Para sobreviverem, as pessoas criavam arcos, flechas e outros produtos que pudessem facilitar a vida. Com o objetivo de identificar a procedência desses produtos e distingui-los de outros já existentes, surgiram as marcas.

Com a Revolução Industrial, passamos dos trabalhos artesanais para a produção em série e, com isso, o crescimento da Propriedade Intelectual. Por essa razão, com o objetivo de regulamentar e proteger os inventores e titulares de marcas, foram criadas convenções internacionais, até hoje em vigor, dentre elas, a Convenção da União de Paris de 1883, que tem como objetivo proteger os direitos relativos à Propriedade Industrial. O Brasil aderiu à Convenção em 1992, quando houve a Revisão de Estocolmo. Entretanto, as invenções já eram protegidas por nossa Constituição Imperial de 1824, nossa primeira constituição, e a proteção das marcas foi garantida pela primeira vez pela nossa Constituição de 1891.

Durante a história, tivemos outras legislações e, atualmente, as marcas estão previstas nos artigos 122 e seguintes da Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996 (Lei de Propriedade Industrial – LPI) e na nossa Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso XXIX.

Mas afinal, o que são as marcas?

As marcas, segundo o artigo 122 da LPI, são sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais. Desse conceito, podemos extrair que não é possível no Brasil o registro de marcas sonoras ou olfativas, pois podemos registrar apenas sinais que possam ser percebidos de forma visual.

Diante disso, a Autarquia Federal responsável pela concessão de registro de marcas e concessão de cartas patentes, o INPI – Instituto Nacional da Propriedade Industrial, em seu Manual de Marcas<sup>3</sup> elenca as formas de apresentação de marcas passíveis de registro:

Marca Nominativa: Marca nominativa, ou verbal, é o sinal constituído por uma ou mais palavras no sentido amplo do alfabeto romano, compreendendo, também, os neologismos e as combinações de letras e/ou algarismos romanos e/ou arábicos, desde que esses elementos não se apresentem sob forma fantasiosa ou figurativa.

[...]

Marca Figurativa: Marca figurativa ou emblemática é o sinal constituído por:

- Desenho, imagem, figura e/ou símbolo;
- Qualquer forma fantasiosa ou figurativa de letra ou algarismo isoladamente, ou acompanhado por desenho, imagem, figura ou símbolo;
- Palavras compostas por letras de alfabetos distintos da língua vernácula, tais como hebraico, cirílico, árabe etc;
- Ideogramas, tais como o japonês e o chinês.

[...]

Marca Mista: Marca mista, ou composta, é o sinal constituído pela combinação de elementos nominativos e figurativos ou mesmo apenas por elementos nominativos cuja grafia se apresente sob forma fantasiosa ou estilizada.

[...]

Marca Tridimensional: Marca tridimensional é o sinal constituído pela forma plástica distintiva em si, capaz de individualizar os produtos ou serviços a que se aplica. Para ser registrável, a forma tridimensional distintiva de produto ou serviço deverá estar dissociada de efeito técnico.

Outrossim, o artigo 122 traz uma outra limitação, as proibições legais. Essas vedações estão previstas no artigo 124 e seus 23 incisos, dentre as quais podemos destacar a impossibilidade de registro como marca de “obra literária, artística ou científica, assim como os títulos que estejam protegidos pelo direito autoral e sejam suscetíveis de causar confusão ou associação, salvo com consentimento do autor ou titular” (art. 124, XVII).

<sup>3</sup> INPI. *Manual de Marcas*. Disponível em: [http://manualdemarcas.inpi.gov.br/projects/manual/wiki/02\\_O\\_que\\_%C3%A9\\_marca#23-Formas-de-apresenta%C3%A7%C3%A3o](http://manualdemarcas.inpi.gov.br/projects/manual/wiki/02_O_que_%C3%A9_marca#23-Formas-de-apresenta%C3%A7%C3%A3o). Último acesso em: 18 ago. 2021.

Assim, um sinal distintivo não é passível de registro quando composto por uma obra literária, artística ou científica de terceiros, sem consentimento do seu respectivo autor. Mas poderia um artista utilizar uma marca em sua obra? Quais os direitos e limites conferidos por um registro de marca?

### *1.1.1* Escopo de proteção e limitações

O registro de uma marca confere ao seu titular o direito de ceder, licenciar e zelar pela sua integridade material ou reputação, outrossim, garante ao titular o uso exclusivo de sua marca em todo o território nacional, conforme disposto no artigo 129 da LPI.

Todavia, não será todo uso por terceiro que o titular poderá impedir. O artigo 132 prevê algumas situações em que o uso da marca por terceiro não poderá ser impedido por seu titular, vejamos:

Art. 132. O titular da marca não poderá:

I - impedir que comerciantes ou distribuidores utilizem sinais distintivos que lhes são próprios, juntamente com a marca do produto, na sua promoção e comercialização;

II - impedir que fabricantes de acessórios utilizem a marca para indicar a destinação do produto, desde que obedecidas as práticas leais de concorrência;

III - impedir a livre circulação de produto colocado no mercado interno, por si ou por outrem com seu consentimento, ressalvado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 68; e

IV - impedir a citação da marca em discurso, obra científica ou literária ou qualquer outra publicação, desde que sem conotação comercial e sem prejuízo para seu caráter distintivo.

Quando tratamos de marcas retratadas em obras de arte, geralmente, estamos diante da possibilidade prevista no inciso IV, vez que, em tese, as obras de arte não teriam uma conotação comercial. Entretanto, caso uma criação autoral retrate uma marca, esta poderá agregar valor àquela, bem como em sua comercialização. Assim, pode-se discutir se a obra passou a ter uma conotação comercial e se teria havido um aproveitamento parasitário.

Yves Saint Gal (1957, p. 29, tradução nossa) ensinou:

Entende-se por aproveitamento parasitário o ato de um comerciante ou de um industrial, que, mesmo sem ter a intenção de prejudicar, tira ou procura tirar proveito do renome adquirido legitimamente por um terceiro, e sem que haja normalmente risco de confusão entre os produtos e os estabelecimentos.

O mesmo entendimento se aplica aos artistas que reproduzem marcas em suas obras com o intuito de se aproveitarem do reconhecimento e prestígio daquelas, imputando maior valor em suas criações por conta desse renome.

Nesses casos, se restar comprovada a conotação comercial e o aproveitamento parasitário, o titular da marca utilizada sem autorização poderá solicitar um percentual do valor obtido pelo artista com a comercialização da obra.

Uma outra possibilidade é a hipótese de a marca ser retratada de uma forma vexatória, que manche a sua reputação, como no caso das charges de cunho ofensivo. Nesses cenários, estamos diante de dois direitos conflitantes: o de liberdade de expressão do artista e o do titular da marca em zelar por seu renome.

Segundo a doutrina:

A liberdade de expressão constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática e compreende não somente as informações consideradas como inofensivas, indiferentes ou favoráveis, mas também as que possam causar transtornos, resistência, inquietar pessoas, pois a Democracia somente existe baseada na consagração do pluralismo de idéias e pensamentos, da tolerância de opiniões e do espírito aberto ao diálogo (MORAES, 2002, p. 206).

Apesar de democrática, há limites à liberdade de expressão. Tanto ela como a proteção das marcas estão elencadas no artigo 5º, Título II, da nossa Constituição Federal. Nesse diapasão, estamos diante de um conflito de Direitos Fundamentais, razão pela qual é necessária uma análise cautelosa de cada caso. Uma arte com o único propósito de aviltar, desabonar uma marca, fere os direitos do titular dessa Propriedade Industrial. Já uma arte fundamentada em notícias, relatos de consumidores e/ou em decisões judiciais, ainda que retrate uma marca de uma forma não tão amistosa, é um uso justo, e o titular do registro não poderá impedir sua utilização.

Diante do exposto, observamos que é necessária uma análise aprofundada a cada caso, pois, nesse tocante, não há direitos absolutos, devendo sempre ser verificado se o uso da marca em obra artística é razoável, justificável ou se, contrariamente, consiste em uma usurpação dos direitos do seu titular.

## **1.2 Direitos Autorais**

### *1.2.1 Objeto da proteção: as criações do espírito*

É impossível traçar uma definição única, completa e precisa sobre arte. Dentro de uma mesma sociedade, numa mesma época, cada indivíduo tem uma percepção única quanto a se determinada obra deve ou não ser reconhecida como dotada de caráter artístico. Foi talvez pensando nessa dificuldade que o legislador brasileiro não estabeleceu uma lista taxativa das criações cobertas pelo regime de Direitos Autorais.

Nesse sentido, a atual Lei brasileira de Direitos Autorais (Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, ou LDA) fala, de forma genérica, que são protegidas as “[...]criações do espírito expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro” (art. 7º). Ou seja, para que uma obra seja passível de tutela, basta que (i) seja original – isto é, resulte da visão de mundo do autor, conforme explicaremos no tópico seguinte –, e (ii) esteja expressa em um meio físico: uma tela, no caso de um quadro, um livro, no caso de um romance, ou mesmo o HD de um computador, no caso das obras criações digitais.

É bem verdade que a Lei elenca uma série de obra que são protegidas (art. 7º), tais como: os textos de obras literárias, artísticas ou científicas, as obras dramáticas e dramático-musicais, as composições musicais e suas letras, as obras audiovisuais e cinematográficas, as fotografias, os desenhos, pinturas, gravuras, esculturas e ilustrações, dentre outros. Mas essa relação, como explicamos, não é exaustiva, de modo que qualquer criação que seja considerada artística, desde que expressa em algum meio, está automaticamente protegida por Direitos Autorais.

Por outro lado, a LDA também estabelece, de forma categórica, quais obras não estão resguardadas por esse regime (art. 8º). Nesse sentido, destacamos que estão de fora: as informações de uso comum tais como calendários, agendas, cadastros ou legendas, os nomes e títulos isolados, bem como as ideias e o aproveitamento industrial ou comercial destas. Esse último exemplo é particularmente relevante, pois, como adiantamos, os Direitos Autorais protegem uma forma de expressão, conforme explicaremos no tópico seguinte.

### *1.2.2 Ideia e expressão*

Dois pintores, inspirados por uma mesma paisagem ou um mesmo modelo, são capazes de produzir quadros completamente distintos. Essa afirmação também é válida para quaisquer outros tipos de criações artísticas: romances, filmes, esculturas, peças de teatro. Se

pensarmos na literatura, por exemplo, uma série de clássicos partem de um mesmo argumento. Um menino órfão é criado por animais na selva – essa resenha se aplica perfeitamente tanto a *Mogli, o livro da jângal*, escrito pelo inglês Rudyard Kipling em 1894, como a *Tarzan*, de autoria do estadunidense Edgar Rice Burroughs, publicado entre 1912 e 1914.

Isso significa que uma obra é plágio da outra? Absolutamente! Como mencionamos no tópico anterior, os Direitos Autorais não protegem meras ideias, mas sim a forma como são expressas – ou seja, a forma como pessoa, dentro da sua individualidade, manifesta a sua visão, sua interpretação sobre determinado tema. É a escolha de palavras, cores, sons, formas, traços, enquadramento, iluminação, foco, texturas, materiais, técnicas, conforme o tipo de obra em questão, que definem sua originalidade, e não o motivo, ou seja, o objeto ou temática retratada.

Em outras palavras, a LDA tutela a concretização de uma ideia em determinado suporte. Portanto, no campo dos pensamentos, não há obra. Esta só surge a partir do momento em que é exteriorizada pelo autor. Somente então, a Lei passa a lhe assegurar determinados direitos sobre sua criação. Exploraremos, no tópico seguinte, no que consistem tais prerrogativas.

### *1.2.3 Escopo de proteção e limitações*

Como mencionamos nos tópicos anteriores, os Direitos Autorais protegem as “criações do espírito”, ou seja, uma expressão da individualidade dos artistas, como escritores, pintores, fotógrafos, escultores, cineastas e dramaturgos. A lógica por trás desse regime parte de dois pressupostos principais. De um lado, recompensar o autor pelo trabalho, investimento e tempo despendidos na produção da obra. De outro, tutelar a relação íntima entre criador e criação, na medida em que esta representaria um aspecto da sua personalidade.

Tendo-se em vista esse duplo aspecto que a LDA assegura duas classes de direitos: os morais e os patrimoniais. Antes de explorarmos cada um desses tipos de prerrogativas, cabe uma consideração. Diferentemente das marcas (tal como explicamos no tópico 1.1), as obras artísticas não dependem de registro para que lhes seja assegurada proteção pelos Direitos Autorais (art. 18), sendo este meramente facultativo (art. 19). Assim, conforme mencionamos no tópico 1.2.1, os direitos que analisaremos nesta seção são reconhecidos de forma automática, a partir do momento em que a obra é criada.

### 1.2.3.1 Direitos morais e patrimoniais

Assim como as marcas e demais objetos de proteção pela Propriedade Intelectual, as criações artísticas e literárias são dotadas de ubiquidade. Isso significa que uma mesma obra pode ser consumida por mais de uma pessoa ao mesmo tempo, sem que isso resulte no seu esgotamento. Pensemos, por exemplo, num romance. Duas pessoas podem lê-lo ao mesmo tempo, cada qual com o seu exemplar (seja físico ou virtual, como um arquivo no Kindle), de modo que o fato de uma pessoa o ler não inviabiliza sua leitura pela outra pessoa.

Isso só é possível porque, diferentemente dos bens materiais, as criações intelectuais existem de forma independente em relação ao suporte mecânico (a tela, o papel, os *chips* de computador) em que se manifestam. Esse elemento crucial justifica uma tutela distinta em relação ao regime comum do direito de propriedade. Assim, os Direitos Autorais não tutelam o objeto físico em si (o livro, o quadro, a escultura) – este sujeito ao direito de propriedade tradicional –, mas sim a obra intelectual que nele está contida.

Considerando-se a possibilidade quase infinita de reprodução de exemplares de uma mesma obra (especialmente no cenário digital), os Direitos Autorais são um mecanismo para atribuir ao autor uma forma de controle, tanto do ponto de vista econômico, como do conteúdo, sobre sua criação.

Assim, sob o aspecto patrimonial, a Constituição Federal de 1988 (art. 5º, XXVII e XXVIII, “a” e “b”) assegura ao autor exclusividade na utilização, publicação, reprodução e fiscalização do aproveitamento econômico das suas obras, transmissíveis aos herdeiros.<sup>4</sup> Por sua vez, a LDA atribui ao criador exclusividade para utilizar, fruir, dispor, reproduzir, editar, traduzir, executar, distribuir, comunicar ao público e qualquer outra forma uso existente ou que venha a ser inventada (artigos 28 e 29).

Importante notar que a Lei reconhece, para além da tutela do autor, os interesses da sociedade em acessar as obras. Nesse sentido, a LDA estabelece um prazo para os direitos patrimoniais: eles são válidos durante toda a vida do autor e por mais 70 anos, contados a

---

<sup>4</sup> Proteção equivalente é garantida aos intérpretes e executantes, como atores, músicos e cantores, assim como produtoras fonográficas e empresas de radiodifusão. Trata-se dos chamados direitos conexos, que integram os Direitos Autorais ao lado dos direitos dos autores. Nesse sentido, dita a LDA: “Art. 89. As normas relativas aos direitos de autor aplicam-se, no que couber, aos direitos dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores fonográficos e das empresas de radiodifusão. Parágrafo único. A proteção desta Lei aos direitos previstos neste artigo deixa intactas e não afeta as garantias asseguradas aos autores das obras literárias, artísticas ou científicas”. Mais direitos conexos são previstos nos artigos 90 a 93.

partir de 1º de janeiro do ano seguinte à sua morte (art. 41). Para obras fotográficas e audiovisuais, o prazo é também de 70 anos, mas contados de 1º de janeiro do ano seguinte à sua publicação (art. 42). Decorrido esse período, tal exclusividade para aproveitamento econômico da obra se extingue, de modo que esta cai em domínio público.

Ao lado dos direitos patrimoniais, a LDA atribui aos criadores uma série de prerrogativas inalienáveis, imprescritíveis e irrevogáveis (art. 27). Isso significa que tais atribuições – os direitos morais – não se extinguem com a morte do autor, não podendo este cedê-las ou abrir mão delas. Portanto, são nulas quaisquer cláusulas contratuais que versem sobre referidos direitos morais.

Nesse sentido, a LDA (art. 24) assegura ao criador as prerrogativas de ter a autoria atribuída (ou omitida, se assim quiser) à obra; de opor-se à atribuição de autoria a terceiros que não o criador; de manter a integridade da criação; de modificá-la; de conservar seu ineditismo, de tirá-la de circulação e de ter acesso a exemplar único e raro.

#### 1.2.3.2 Limitações e exceções

Como mencionamos no tópico 1.2.3.1, os Direitos Autorais visam a equilibrar os interesses do criador e da sociedade com relação ao uso das obras artísticas. Nesse sentido, a LDA estabelece exceções e limitações às prerrogativas dos autores. Por exemplo, é garantida a possibilidade de terceiros citarem partes da obra para fins de estudo, crítica ou discussão, respeitado sempre o direito de crédito (art. 46, III). Também, a Lei autoriza a reprodução de pequenos trechos (ou até sua integralidade, se se tratar de obra de artes plásticas), ainda que para outros fins que não citação ou crítica, desde que a reprodução: (a) seja meramente incidental, não consistindo no objetivo principal da nova obra em que está inserida; e (b) não prejudique a exploração normal da obra, nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores (art. 46, VIII).

De igual maneira, a LDA assegura a liberdade de paráfrase ou paródia, contanto que não consistam em reproduções literais da obra, e tampouco lhe provoquem descrédito (art. 47). Veja-se que a LDA não restringe o direito de paródias apenas para quando não há fins comerciais. Esse, inclusive, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que considerou

lícita a reprodução de paródia da música *Garota de Ipanema* em um anúncio publicitário, desde que respeitado o direito de crédito.<sup>5</sup>

Por fim, dita o art. 48 da LDA que “[a]s obras situadas permanentemente em logradouros públicos podem ser representadas livremente, por meio de pinturas, desenhos, fotografias e procedimentos audiovisuais” – a chamada liberdade de panorama. Apesar de não haver menção expressa nesse sentido, há precedentes judiciais que consideram lícita a liberdade de panorama apenas quando realizada sem fins comerciais. De acordo com tais entendimentos, a reprodução em um anúncio publicitário de uma obra exposta em local público (como, por exemplo, um grafite) configura violação de direito patrimonial (bem como infração de direito moral, caso não seja atribuído o crédito).<sup>6</sup>

## **2 As marcas nas artes**

Como explicamos no tópico 1, as marcas e os Direitos Autorais correspondem a campos distintos da Propriedade Intelectual, cada qual protegendo um tipo de criação: as primeiras, os sinais distintivos; ao passo que os segundos, as obras artísticas e literárias. Não obstante essa divisão, temos observado uma aproximação entre ambos os institutos, na medida em que tanto as marcas passaram a figurar em quadros, músicas, romances e filmes, como as criações autorais passaram a ser utilizadas por agentes econômicos para identificar e agregar valor aos seus bens e serviços. Neste tópico, analisaremos dois exemplos distintos de como as marcas são inseridas nas artes: o *Popismo* e o *product placement*.

### **2.1 *Popismo: apologia e crítica social***

O *Popismo* foi um importante movimento artístico da metade do século XX, sobretudo nas artes plásticas. Uma de suas contribuições mais marcantes consistiu na aproximação entre arte e comércio: “Essa é uma costura filosófica que atravessa toda a pop art – em que momento a arte se torna uma mercadoria e a mercadoria se torna uma arte” (GOMPERTZ, 2013, p. 312).

<sup>5</sup> Recurso Especial (REsp) 1.597.678-RJ.

<sup>6</sup> STJ, REsp 1.746.739 - SP (2018/0136581-2); Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), Apelações Cíveis 0215338-75.2010.8.26.0100, 1057152-53.2018.8.26.0100, 1086365-07.2018.8.26.0100 e 0714103-91.2012.8.26.0020. Há, porém, precedentes no próprio TJSP em sentido contrário: Apelações Cíveis 0139084-90.2012.8.26.0100, 1001669-19.2015.8.26.0011, 0193274-37.2011.8.26.0100, 103408479.2015.8.26.0100, 1007565-88.2016.8.26.0405 e 1004260-39.2019.8.26.0099.

Nesse sentido, “[o] artista rendeu-se aos princípios da reprodução de massa e documentou sua proximidade ao mundo de imagem da mídia de massa” (HYUSSEN, 1987, p. 146, tradução nossa). Dessa forma, fosse como crítica, fosse como apologia, marcas célebres, especialmente aquelas usadas para designar bens de consumo, figuravam com frequência nas obras dos *Popistas*. O maior exemplo, sem dúvida, são as os quadros e esculturas de Andy Warhol, como as *Garrafas de Coca-Cola Verde* (1960, Nova York, *Whitney Museum of American Art*), *Latas de Sopa Campbell* (1962, Nova York, *MoMA*) e *Brillo Box* (1964, Nova York, *MoMA*), esta última reproduzindo caixas de sabão em pó populares à época.

Se o *Popismo* rompeu barreiras no campo artístico, também trouxe questionamentos para o meio jurídico. Afinal, a inserção de marcas registradas nas obras artísticas configuraria violação aos direitos de Propriedade Intelectual? Conforme explicamos no tópico 1.1, o registro de marca não concede ao seu titular direitos absolutos, senão uma exclusividade para identificar determinados bens ou serviços, bem como a prerrogativa de zelar por sua integridade e reputação. Portanto, resta claro que a inserção de uma marca numa criação artística consistirá em violação caso tenha por objetivo difamá-la.

Por outro lado, tal qual discorremos no tópico 1.1, o titular não pode impedir a citação da marca em obra, desde que sem conotação comercial e sem prejuízo à sua distintividade. Nesse sentido, reforçamos as seguintes questões já levantadas naquele tópico: (i) o fato de o quadro, tela ou gravura ser comercializado, por si só, configuraria uma conotação comercial? e (ii) tal reprodução seria capaz de provocar a diluição da marca, comprometendo sua distintividade?

Conforme esclarecemos anteriormente, não há respostas absolutas para essas perguntas, na medida em que há argumentos robustos para defender tanto que haveria quanto que não haveria violação. Tudo dependerá, portanto, do caso concreto. Se é bem verdade que ao titular não assiste um direito irrestrito de impedir quaisquer usos de sua marca por terceiros, é igualmente verdade que a Lei veda tanto o aproveitamento parasitário, como a perda de distintividade, por meio do uso da marca não atrelado à identificação que visa a designar.

## ***2.2 Product placement***

Quem nunca deparou com uma cena, enquanto assistia a um filme, seriado, novela ou mesmo videoclipe, em que os personagens casualmente abriam uma garrafa de refrigerante,

com o rótulo devidamente posicionado de modo que aparecesse de forma natural e, ao mesmo tempo, com destaque?

O *product placement* é uma forma cada vez mais comum de *merchandising*, utilizando as obras artísticas e de entretenimento para dar visibilidade e projeção a marcas comerciais. Trata-se de mais um exemplo de inserção dos sinais distintivos nas criações autorais, com a diferença que, neste caso, há uma licença expressa do seu titular, que comumente paga para que sua marca seja exposta.

Assim sendo, diferentemente do que analisamos no tópico 2.1, não restam grandes debates quanto a uma possível violação de direitos, na intersecção entre o registro de marca e o regime de Direitos Autorais. Ainda assim, é importante assegurar-se por meio de um contrato de licença, que preveja todos os usos e condições para a inserção da marca na obra artística. Da mesma forma, outras preocupações jurídicas podem subjazer, como o cumprimento ao dever de identificação publicitária – isto é, que todo anúncio seja devidamente identificado como tal perante os consumidores – conforme estabelecido no art. 36 do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990).

### **3 As artes nas marcas**

No tópico 2, vimos exemplos de como as marcas podem ser inseridas nas obras de arte. Nesta seção, analisaremos o fenômeno contrário: como as obras artísticas vêm sendo incorporadas por agentes econômicos, tornando-se tanto ativos relevantes a serem explorados comercialmente, como uma forma de agregar valor aos seus sinais distintivos.

#### **3.1 Design, artes gráficas, fotografias e jingles**

O *product placement*, que analisamos no tópico 2.2, não se trata da única forma de publicidade que empresas vêm realizando por meio de obras artísticas. Indústrias distintas têm se associado a artistas consagrados para produzir criações que ajudem a veicular suas marcas e produtos. Exemplos são as peças produzidas nos anos 1980 por Andy Warhol para a marca de vodca Absolut, e a contratação, em 2010, do artista japonês Haruki Murakami, pela Louis Vuitton, para desenhar as estampas características da grife francesa. Embalagens arrojadas, logos inusitados, fotografias para campanhas e mesmo *jingles* são exemplos de obras artísticas. O fato de terem sido criadas com fins comerciais as excluiria da proteção por meio dos Direitos Autorais?

Como mencionamos no tópico 1.2.1, a LDA não estabelece um rol taxativo de obras protegidas, bastando que se trate de “criações do espírito” para recaírem sob esse regime. Por sua vez, o art. 8º dessa lei exclui da tutela apenas o aproveitamento comercial das ideias, mas não a criação que as contenham. Isso significa que a Lei Brasileira não faz distinção entre obras “puramente artísticas” e aquelas de cunho mercadológico para fins de aplicação dos Direitos Autorais.

Ou seja, em tese, mesmo obras criadas para fins comerciais e publicitários são protegidas, desde que sejam originais – isto é, resultem de uma expressão da personalidade do autor. Importante notar que o mérito artístico, em princípio, seria indiferente para essa qualificação, restando tuteladas inclusive as obras de qualidade ou gosto duvidosos.

Essas conclusões são particularmente relevantes em algumas indústrias, como na moda e no *design*, que aproximam as criações artísticas daquelas de caráter funcional e ornamental, bem como dos sinais distintivos.<sup>7</sup> No mesmo sentido, as fotografias: restando expressamente listadas no rol de obras protegidas da LDA (art. 7º, VII), no Brasil, são protegidas as fotos que resultarem de escolhas técnicas do fotógrafo (como iluminação, contraste, enquadramento), estando excluídas somente as fotos puramente genéricas ou acidentais.<sup>8</sup>

É bem verdade que algumas dessas obras, por si só, podem também ser registradas como marcas, o que levanta a questão de se seria possível cumular ambas as proteções – via Direitos Autorais e via Direito Marcário – conforme veremos no tópico 3.3.

### 3.2 Personagens

Outro exemplo de criações em que aproximam as marcas e as obras artísticas são os personagens. De um lado, os personagens são elemento central para qualquer romance, filme não documental, peça de teatro, história em quadrinhos ou animação. De outro, tornaram-se

---

<sup>7</sup> Importante notar, porém, que há decisões do TJSP negando a aplicação de direito autoral para obras de *design* quando estas deixam de ser únicas e passam a ser produzidas em massa (Apelações Cíveis 445.607.4/0-00 e 994.09.334493-2, disponíveis em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6924196/apelacao-apl-4456044000-sp/inteiro-teor-102213912> e <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/121694939/apelacao-apl-2035179320098260008-sp-0203517-9320098260008/inteiro-teor-121694946>. Último acesso em: 19 ago. 2021).

<sup>8</sup> É o que se depreende da jurisprudência: Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Apelação Cível 2002.61.00.006652-5 1023985 AC-SP; e STJ, REsp 617.130/DF (2003/0208381-6) e REsp 1.322.704/SP (2012/0092034-4)).

um importante ativo a ser licenciado, figurando em embalagens dos mais diversos produtos, bem como em campanhas publicitárias, como forma de angariar vendas.

Não obstante tamanha relevância, a LDA não menciona sequer uma vez a palavra “personagem”. Assim, em que pese as obras em que estão contidos serem protegidas, não há menção expressa à tutela dos personagens sob o regime de Direitos Autorais. Pode-se argumentar que os traços da sua personalidade, bem como a forma como são expressos (sobretudo por meio das palavras escolhidas, num romance, e dos desenhos que os ilustram, no caso de histórias em quadrinho e animações) configurariam criações artísticas autônomas ou, no mínimo, elementos centrais das obras de que participam, o que justificaria sua proteção. Há, nesse sentido, precedente judicial que entendeu pela ocorrência de violação de Direitos Autorais por reprodução dos personagens contidos numa obra.<sup>9</sup>

Independentemente da possibilidade de tutela por meio dos Direitos Autorais, os personagens por vezes são registrados na forma de marcas. Nesse sentido, encontramos hoje na base de dados do INPI cerca de 88 entradas para a marca “Mickey Mouse”, entre registros concedidos, arquivados e pedidos sob análise. Também este fato nos leva à questão de se é possível a cumulação da proteção por ambos os regimes.

### **3.3 Cumulação de proteção**

Se as obras de artes tornam-se cada vez mais presentes nas marcas, tal como explicamos, natural o questionamento quanto a onde se encerram os limites entre cada um dos regimes aqui analisados. Haveria uma sobreposição entre eles, em determinados casos?

Como adiantamos no tópico 1.1, não são registráveis como marcas as obras artísticas e seus respectivos títulos, sem consentimento do autor (art. 124, XVII, da LPI). De igual maneira, tal como expusemos no tópico 3.1, a LDA não exclui a proteção às obras criadas com finalidade comercial. Em outras palavras, não encontramos na legislação restrição a que uma mesma obra seja tutelada por ambos os regimes: marcas e Direitos Autorais.

Nesse sentido, uma fotografia, gravura, pintura, desenho ou ilustração – inclusive aquele que represente um personagem, tal como mencionamos no tópico anterior – pode, muito bem, ser registrada como marca figurativa. Da mesma forma, uma escultura pode ser

---

<sup>9</sup> Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Apelação Cível 2008.001.05609: “As características físicas dos personagens são iguais, bem como os figurinos e até o título ‘Aprendiz de feiticeiro’ que neste contexto, evidenciam a violação de direitos autorais. A Lei Federal 9610, de 19 de fevereiro de 1998, protege o autor das adaptações de suas obras (artigo 29, inciso III) com o intuito de garantir-lhe a integridade (artigo 24, IV)”.

registrada como marca tridimensional,<sup>10</sup> ao passo que o título de uma obra – ou, novamente, o nome de um personagem – pode ser registrado como marca nominativa.

Importante notar que a possibilidade de cumulação dos dois regimes gera preocupações, na medida em que os registros de marca, diferentemente dos direitos patrimoniais de autor, podem ser renováveis indefinidamente. Assim, questiona-se se a aplicação de ambas as formas de tutela poderia ser usada para contornar a limitação temporal imposta pelo regime autoralista, de modo a limitar o uso de obras caídas em domínio público.

## **Conclusão**

Conforme expusemos neste artigo, a Propriedade Intelectual não protege apenas o uso de sinais visualmente distintivos para identificar produtos, serviços e agentes econômicos. Ao lado dos registros de marcas, a Lei assegura também aos autores determinadas prerrogativas em relação às suas obras.

No tópico 1, investigamos no que consiste cada um desses regimes, quais são os objetos cobertos por cada qual, e quais direitos são assegurados aos seus titulares, bem como quais os limites impostos a eles. No tópico 1.1. verificamos como se dá a proteção das marcas, discutimos como o registro de marca não atribui ao titular direitos absolutos, mas sim as prerrogativas de usá-la com exclusividade em determinado mercado, bem como de zelar por sua integridade e reputação. Dessa forma, analisamos como a Lei reafirma o direito de terceiros citarem as marcas em discursos desprovidos de cunho comercial.

Já no tópico 1.2, tratamos dos Direitos Autorais. Vimos que a LDA não estabelece um rol taxativo de obras protegidas, cobrindo todas as “criações do espírito”, desde que expressas em um suporte mecânico (independentemente do seu formato). Vimos também que não são protegidas as ideias, mas sim a forma como são manifestadas, de modo que inúmeras obras distintas podem retratar um mesmo motivo, tema ou argumento, sem que configurem plágio umas das outras. De igual maneira, examinamos o duplo aspecto da proteção autoral: os direitos morais e patrimoniais, estes garantidos por determinado prazo, após o qual as criações

---

<sup>10</sup> Também, um terceiro regime da Propriedade Intelectual pode coexistir, neste caso: o desenho industrial (art. 94 e seguintes da LPI). Isso porque o Brasil aderiu à teoria da unidade da arte, segundo a qual tanto as obras do domínio da arte, propriamente dita, quanto aquelas voltadas para um emprego industrial devem ser sujeitas à tutela do direito de autor, quando dotadas de caráter estético (SILVEIRA, 2012. p. 134). Em oposição, o princípio da *scindibilità* (divisibilidade), seguido por países como a Itália, dita que a proteção de obras de uso prático que também tenham apelo estético baseia-se na premissa de que a percepção das características estéticas seja dissociável daquelas utilitárias.

caem em domínio público. No mais, investigamos as limitações e exceções que a LDA estipula para tais direitos, permitindo determinados usos das obras a terceiros, sem que configurem uma violação às prerrogativas do autor.

No tópico 2, analisamos duas formas distintas de inserção das marcas no cenário das criações artísticas. Vimos como o *Popismo* rompeu barreiras, aproximando a arte de uma lógica comercial, e trazendo as marcas para o centro das suas obras. Discutimos a problemática associada à inserção de marcas em criações artísticas, na medida em que a LPI, de um lado, atribui ao titular do registro o direito de zelar por sua reputação e distintividade, ao passo que, de outro, autoriza a citação da marca por terceiros, desde que em discursos sem conotação comercial. Nesse sentido, apontamos que a configuração ou não de uma infração dependerá do caso concreto, uma vez que há argumentos robustos tanto para defender como afastar a ideia de que a reprodução da marca em uma obra comercializável não se enquadraria na liberdade de citação assegurada pela Lei ou poderia promover a diluição desse sinal distintivo. Vimos, ainda, o fenômeno publicitário do *product placement*, e a necessidade de resguardar os direitos envolvidos por um contrato de licença, bem como de se observarem outras obrigações legais relacionadas, a exemplo do dever de identificação publicitária.

No tópico 3, falamos de obras que se colocam na interseção dos dois regimes: o *design*, artes gráficas, fotografias e *jingles*; e os personagens. A respeito do primeiro grupo, vimos que a LDA não restringe a proteção autoral apenas às obras puramente artísticas, sendo, em tese, admitida a tutela também das criações destinadas à exploração comercial. Quanto aos personagens, constatamos que não há previsão expressa a eles na LDA – o que, porém, não impede a jurisprudência de reconhecer a aplicação dos Direitos Autorais sobre eles. Em seguida, constatamos que não há restrição legal à cumulação de ambos os regimes sobre uma mesma obra, o que por vezes gera preocupações quanto a se o registro de marca poderia ser usado para contornar a limitação temporal imposta aos direitos patrimoniais de autor.

Nesse artigo pudemos verificar que não há direitos ou respostas absolutas quando se trata da interface entre obras artísticas e marcas. Dessa forma, a análise deve partir de cada caso concreto, exigindo um estudo aprofundado e cauteloso. Todavia, podemos concluir que o uso de obra ou marca alheia sem autorização poderá trazer consigo alguns riscos, cabendo ao usuário avaliar se está disposto a assumi-los.

## Referências bibliográficas

GOMPERTZ, Will. *Isso é arte? 150 anos de arte moderna do impressionismo até hoje*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

HUYSSSEN, Andreas. *After the Great Divide: theories of representation and difference*. Bloomington: Indiana University Press, 1987.

INPI. *Manual de Marcas*. Disponível em: [http://manualdemarcas.inpi.gov.br/projects/manual/wiki/02\\_O\\_que\\_%C3%A9\\_marca#23-Formas-de-apresenta%C3%A7%C3%A3o](http://manualdemarcas.inpi.gov.br/projects/manual/wiki/02_O_que_%C3%A9_marca#23-Formas-de-apresenta%C3%A7%C3%A3o). Último acesso em: 18 ago. 2021.

MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

SAINT-GAL, Yves. Concurrence Deloyale et Concurrence Parasitaire (ou agissements parasitaires). *Revue Internationale de la Propriété Industrielle et Artistique*, p. 19-106, 1957.

SILVEIRA, Newton. *Direito de autor no design*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

## O Direito Internacional e o Patrimônio Cultural

*Iago Camilo Fernandes de Sousa<sup>1</sup>*

### Introdução

Há muito que vivenciamos um mundo cada vez mais interdependente e globalizado. Nesse cenário, barreiras são rompidas, relações estabelecidas e um emaranhado de normas se perfaz. A sociedade internacional caracteriza-se por uma teia complexa de diversos sujeitos e atores internacionais.

O palco da sociedade internacional é protagonizado pelos Estados, Organizações Internacionais, ONGs, empresas, indivíduos, além de outros atores. A dinâmica dessa comunidade é regida por diversos fatores políticos, sociais, econômicos, culturais, dentre outros.

Esses fatores são guiados pelo alcance de objetivos em prol de um compartilhamento de valores e ideais comuns à humanidade. Sobre a tônica da cooperação internacional é que se funda o sistema da Organização das Nações Unidas (ONU), tida como uma organização internacional de caráter universal, aberta à participação dos Estados para a promoção de valores como a paz, segurança internacional, solidariedade, direitos humanos, democracia, proteção ao meio ambiente, igualdade, entre outros.

Dentre os vários de seus objetivos estabelecidos no Art. 1º da Carta das Nações Unidas, destaca-se “conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, **cultural** ou humanitário (...)”<sup>2</sup>. A cultura enquanto valor ganha tamanha relevância que um dos objetivos da entidade é que os Estados e demais organismos cooperem para lidar com questões culturais.

Para cumprimento de seus fins, há no escopo da ONU as chamadas agências especializadas, dotadas também de personalidade jurídica internacional, oriundas de tratados entre os Estados, as quais perscrutam objetivos, competências e atuações em

<sup>1</sup> Advogado em Propriedade Intelectual, Mídia, Entretenimento e Audiovisual . Pós-graduando em Direito Internacional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Membro das Comissões de Direito das Artes e Relações Internacionais da OAB SP e integrante do Grupo de Estudos em Cultura e Desenvolvimento do Instituto de Direito, Economia Criativa e Artes.

<sup>2</sup> NAÇÕES UNIDAS. Carta das Nações Unidas. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/d19841.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm). Acesso em 10 ago. 2021.

campos específicos, seja econômico, social, cultural, educacional, sanitário e similares.

No âmbito da cultura, destaca-se a Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura (Unesco, cujo foco e atuação será detalhado no decorrer do artigo). Dentre vários de seus eixos, essa agência especializada procura promover um desenvolvimento sustentável por meio do enfoque na cultura.

E nesse sentido, um dos caminhos é a proteção do patrimônio cultural como corolário do desenvolvimento, emancipação e preservação da identidade dos povos. A preocupação em preservar o patrimônio cultural é a garantia de que os ritos e processos culturais sejam compreendidos e um maior diálogo se estabeleça entre as culturas.

A efetiva garantia de que tais pretensões sejam alcançadas são amparadas por instrumentos normativos abrangidos num contexto do Direito Internacional. Para tanto, algumas normas do Direito das Gentes são ferramentas importantes para que a comunidade internacional promova a cultura por meio da proteção ao patrimônio cultural.

Essa será a aspiração deste artigo, qual seja, a de esboçar o arcabouço normativo internacional existente no âmbito da Unesco, que se preocupa com a proteção do patrimônio cultural mundial. Ainda, objetiva-se apresentar o contexto de atuação da própria Unesco e a força normativa de seus documentos, sob a ótica do Direito Internacional, com especial atenção à Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural de 1972 e Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial de 2003.

## **1 Entidades especializadas da ONU e surgimento da UNESCO**

Como brevemente apresentado acima, a ONU possui uma rede de agências especializadas, ou também referidas como entidades/organismos especializados, as quais formam o que se convencionou chamar por “Sistema das Nações Unidas”. Esse sistema é previsto na própria Carta das Nações Unidas, que seria o tratado fundador da ONU, em seu artigo 57, o qual estabelece:

### **Artigo 57.**

1. As várias entidades especializadas, criadas por acordos intergovernamentais e com amplas responsabilidades internacionais, definidas em seus instrumentos básicos, nos campos econômico, social, cultural, educacional, sanitário e conexos, serão vinculadas às Nações Unidas, de conformidade com as disposições do Artigo 63.

2. Tais entidades assim vinculadas às Nações Unidas serão designadas, daqui por diante, como entidades especializadas.

Conforme destaca Paulo Portella,

[...] estas instituições são vinculadas às Nações Unidas por meio de acordos de cooperação e compartilham com a ONU símbolos, princípios e missões comuns, formando o chamado ‘Sistema das Nações Unidas’ [...] têm alcance universal, encontrando-se abertas à participação de qualquer Estado soberano.<sup>3</sup>

É válido frisar que essas entidades especializadas possuem personalidade jurídica de Direito Internacional, o que as caracteriza enquanto Organizações Internacionais, constituídas mediante tratados próprios, firmados entre os Estados. Em termos estruturais, esses organismos internacionais seguem uma aparato semelhante, consoante nos esclarece Paulo Casella<sup>4</sup>:

- órgão colegiado pleno, integrado por todos os estados-membros (com a denominação de Assembleia, Conferência Geral ou Congresso), que se reúne geralmente uma vez por ano, incumbido de aprovar as linhas políticas gerais e o orçamento, eleger o Secretário-Geral e os membros do Conselho;
- órgão colegiado restrito (com a denominação de Conselho ou *Board of Governors*), que lhe compete executar as diretrizes recebidas e se reunir com maior frequência conforme a agenda;
- secretariado, que garante a continuidade da atuação de cada organização internacional, sob a responsabilidade de Secretário-Geral ou Diretor-Geral;
- outros órgãos subalternos, nas **organizações internacionais especializadas de vocação universal**, bem como podem criar e manter comissões ou colegiados encarregados de problemas específicos;
- regime uniforme do pessoal administrativo (os funcionários internacionais), e as classes e os salários são semelhantes; as questões administrativas são julgadas por tribunais específicos, visto que alguns desses tribunais se ocupam dos problemas de dois ou mais organismos

A UNESCO, portanto, compõe esse sistema das Nações Unidas enquanto uma organização internacional ligada à ONU, sendo regulada por um Tratado, a Constituição da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura. Sua sede é na cidade de Paris.

<sup>3</sup> PORTELLA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*: incluindo noções de Direitos Humanos e de Direito Comunitário 12. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 296.

<sup>4</sup> ACCIOLY, Hildebrando; CASELLA, Paulo Borba; SILVA, Geraldo E. do Nascimento. *Manual de Direito Internacional Público*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 357.

Sua criação data de 1945 na Conferência das nações Unidas, acontecendo entre os dias 1º a 16 de novembro daquele ano na cidade de Londres:

As 44 Delegações presentes decidiram criar uma organização que iria encarnar uma verdadeira cultura da paz. A seu ver, a nova organização deverá estabelecer a ‘solidariedade intelectual e moral da humanidade’ e, ao fazê-lo, evitar uma nova guerra mundial.<sup>5</sup>

Sua Constituição entraria em vigor no dia 04 de novembro de 1946.

Os escopo da organização teria sido previsto anteriormente, “a Conferência dos Ministros Aliados da Educação esboçara seus objetivos, com base na proposta de uma organização internacional que viesse a substituir a Comissão Internacional de Cooperação Intelectual, organismo vinculado à Liga das Nações.”<sup>6</sup>

Assim, essa organização surgiu com vistas a gerar uma cooperação internacional para promover a cultura, a ciência e a educação e subseqüentemente alcançar os valores da paz e da segurança internacional, bem como maior efetivação dos direitos humanos. “Dentre seus temas de interesse estão a erradicação do analfabetismo, o desenvolvimento do ensino básico e a proteção do patrimônio histórico e cultural.”<sup>7</sup>

## 1.1 Fontes de direito internacional e Convenções da UNESCO

Para o Direito Internacional há certas normas que produzem seus efeitos jurídicos na seara internacional e que são comumente aceitas pelos sujeitos que compõem a sociedade internacional. O artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça enumera as fontes formais do Direito Internacional Público:

Art. 38. A corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:

- a) as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabelecem regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
- b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito;
- c) os princípios gerais do direito, reconhecidos pelas nações civilizadas;
- d) sob ressalva da disposição do art. 59, as decisões judiciais e doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a

<sup>5</sup> UNESCO. História. Disponível em <https://unescoportugal.mne.gov.pt/pt/a-unesco/sobre-a-unesco/historia>. Acesso em 12 ago. 2021.

<sup>6</sup> MOURA, Ângela Acosta Giovanini de. A proteção internacional do patrimônio cultural. *Cadernos de Direito*, Piracicaba, v. 12(23): 91-110, jul.-dez. 2012. p. 96. • ISSN Impresso: 1676-529-X • ISSN Eletrônico: 2238-1228.

<sup>7</sup> PORTELLA, Paulo Henrique Gonçalves. *Op. cit.* p. 296.

determinação da regras de direito.<sup>8</sup>

Note-se que em sua alínea “a” são estabelecidas, desde já, as convenções internacionais, as quais podem ser definidas como “acordos multilaterais que visam a estabelecer normas gerais de Direito Internacional em temas de grande interesse mundial, como no caso dos tratados de direitos humanos”<sup>9</sup>. O rol contido neste artigo é apenas exemplificativo e não exaure todas as fontes, porém serve como parâmetro para compreensão das ferramentas normativas internacionais.

No Contexto da Unesco, importa dizer que a proteção ao patrimônio cultural é guiada pela adoção de instrumentos de normas que guiam os atores internacionais, em especial os Estados, para determinadas práticas. Nesse sentido, citem-se as Convenções adotadas pela Unesco (essas, em tese, de caráter obrigatório, ou seja, tratados multilaterais de *hard law* adotados pela Unesco para que seus Estados Membros possam ou não ratificá-los) e suas diversas recomendações, cuja natureza de *soft law*, isto é, normas de natureza não obrigatória, conjuntamente criam o direito e perfilam todo o aparato normativo que interessa a este artigo. Assim, e de acordo com Ângela Costa (*apud* Silva) “a proteção dos bens culturais pela Unesco manifesta-se em duas vertentes: a adoção, pela comunidade internacional, de convenções e recomendações internacionais e a organização de movimentos de solidariedade internacional”<sup>10</sup>.

Portanto, no âmbito internacional, e sob os auspícios da Unesco, quanto à proteção do patrimônio cultural, existem atualmente cinco Convenções Internacionais com esse propósito, conforme se apresenta a seguir.

A Convenção para a Proteção dos Bens Culturais em Caso de Conflito Armado, internalizada no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 32 de 14 de agosto de 1956, destaca em seus considerandos a importância de se proteger o patrimônio cultural, dado o histórico dos conflitos armados e o enorme prejuízo causado ao patrimônio cultural. Nesse documento é apontada a ideia de patrimônio comum da humanidade. Por ele os Estados celebrantes estabelecem esta ideia na parte inicial do Tratado: “As Altas Partes Contratantes,

---

<sup>8</sup> NAÇÕES UNIDAS. Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Corte-Internacional-de-Justi%C3%A7a/estatuto-da-corte-internacional-de-justica.html>. Acesso em 12 ago. 2021.

<sup>9</sup> PORTELLA, Paulo Henrique Gonçalves. *Op. cit.* p. 95.

<sup>10</sup> MOURA, Ângela Acosta Giovanini de. *Op. cit.* p. 96.

Convencidas de que os danos causados aos bens culturais pertencentes a qualquer povo constituem um prejuízo ao patrimônio cultural de toda a humanidade, dado que cada povo traz a sua própria contribuição à cultura mundial;” e ainda “Considerando que a conservação do patrimônio cultural tem uma grande importância para todos os povos do mundo, e que convém seja dispensada a esse patrimônio uma proteção internacional;”<sup>11</sup>

Essa Convenção também inaugura de forma ampla, no seu primeiro artigo, a definição de Bens culturais:

#### **Artigo I - Definição dos Bens Culturais**

Para os fins da presente Convenção são considerados bens culturais, seja qual for a sua origem e o seu proprietário:

- a) os bens, móveis ou imóveis, que tenham uma grande importância para o patrimônio cultural dos povos, tais como os monumentos de arquitetura, de arte ou de história, religiosos ou seculares, os lugares que oferecem interesse arqueológico, os grupos de edificações que, em vista de seu conjunto, apresentem um elevado interesse histórico ou artístico, as obras de arte, manuscritos, livros e outros objetos de interesse histórico, artístico ou arqueológico, bem como as coleções científicas e as coleções importantes de livros, de arquivos, ou de reproduções dos bens acima definidos;
- b) os edifícios cuja finalidade principal e real seja a de conservar e expor os bens culturais móveis definidos na alínea *a*), tais como os museus, as grandes bibliotecas, os depósitos de arquivos bem como os abrigos destinados a proteger em caso de conflito armado os bens culturais móveis definidos na alínea *a*);
- c) os centros que contenham um número considerável de bens culturais (definidos nas alíneas *a*) e *b*), os quais serão denominados "centros que contêm monumentos".

Conta, ainda, com dois Protocolos adicionais: o Protocolo I de 14 de maio de 1954 e o Protocolo II de 26 de março de 1999.

A Convenção sobre Medidas a serem Adotadas para Proibir e Impedir a Importação, Exportação e Transferência de Propriedade Ilícita de Bens Culturais, promulgada no Brasil pelo Decreto n. 72.312 de maio de 1973, reitera a cooperação internacional quanto à regulação do trânsito dos bens culturais entre os países. Em sua redação, esse documento traz disposições no sentido de combater o tráfico ilícito, o roubo e escavação clandestina de bens culturais. A Convenção orienta os Estados Partes a adotarem medidas que combatam práticas ilícitas, isso porque estas “configuram uma das principais causas do empobrecimento do

<sup>11</sup> UNESCO. *Convenção para a Proteção dos Bens Culturais em Caso de Conflito Armado*. Considerandos. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1950-1959/decretolegislativo-32-14-agosto-1956-350637-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em 12 ago. 2021.

patrimônio cultural dos países de origem de tais bens [...]” (Art. 2º, I). Assim, este tratado confere credibilidade à cooperação internacional como um mecanismo eficiente de proteção aos bens culturais, através da assunção de vários compromissos a serem adotados pelos Estados.

Outro tratado é a Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, no Brasil promulgada pelo Decreto n. 80.978, de 12 de dezembro de 1977 (com reserva ao parágrafo 1º do Artigo 16) a qual apresenta preocupação com a ameaça de destruição ao patrimônio cultural e natural, seja esta motivada por causas tradicionais de degradação ou mesmo devido à própria evolução da vida social e econômica. Seu texto foi adotado durante a XVII Sessão da Conferência Geral da Unesco.

Nesse sentido, essa Convenção direciona a responsabilidade em preservar tal patrimônio a toda a coletividade internacional e lhe atribui valor universal excepcional. É válido ressaltar que a preocupação internacional se insurge no corpo da Convenção como complementar à ação interna dos Estados, ponderando em seu preâmbulo que “a degradação ou o desaparecimento de um bem do patrimônio cultural e natural constitui um empobrecimento nefasto do patrimônio de todos os povos do mundo”<sup>12</sup> e ainda aventa que “a proteção desse patrimônio em escala nacional é frequentemente incompleta, devido à magnitude dos meios de que necessita e à insuficiência dos recursos econômicos, científicos e técnicos do país em cujo território se acha o bem a ser protegido”<sup>13</sup>.

Assim, o cuidado em se proteger o patrimônio cultural e natural é passado à esfera do Direito Internacional por vias da cooperação internacional, com amparo legal erigido sobre esse tratado internacional, dada a necessidade de preservação em tempos de paz. Nesse sentido, Ângela Acosta reitera que:

[...] essa Convenção é também denominada “Cruz Vermelha da Proteção dos Monumentos, Conjuntos e Lugares de Interesse Universal” e visa proteger o patrimônio cultural e natural da humanidade em face da degradação ambiental e da evolução da vida social e econômica, que impõe ritmos acelerados de alteração e destruição da herança deixada pelas antigas gerações na sociedade moderna. Disciplina a proteção dos bens imóveis em tempos de paz. (2003, p. 58).<sup>14</sup>

<sup>12</sup> UNESCO. *Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural*. Considerandos. Disponível em <https://whc.unesco.org/archive/convention-pt.pdf>. Protocolo I disponível em [http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL\\_ID=15391&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=15391&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html); Protocolo II disponível em [http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL\\_ID=15207&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=15207&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html). Acesso em 09 ago. 2021.

<sup>13</sup> UNESCO. *Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural*, cit.

<sup>14</sup> SILVA, Fernando Fernandes da. *As cidades brasileiras e o patrimônio cultural da humanidade*. São Paulo:

Outro importante documento é a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, adotada na 32ª sessão da Conferência Geral da UNESCO de 29 de setembro a 17 de outubro de 2003. Esse tratado multilateral dispõe sobre a importância das manifestações culturais não materiais e do seu importante liame com o patrimônio cultural material. Concede a tais manifestações importância tamanha para o desenvolvimento da diversidade entre culturas e para um desenvolvimento sustentável.

A aprovação desta Convenção levou em conta os efeitos do processo de globalização e de transformação social e a consequente necessidade de se criarem condições, através de compromissos assumidos entre os Estados, de salvaguardar o patrimônio imaterial enquanto vontade universal. Reconhecendo, por exemplo, “que as comunidades, em especial as indígenas, os grupos e, em alguns casos, os indivíduos desempenham um importante papel na produção, salvaguarda, manutenção e recriação do patrimônio cultural imaterial, assim contribuindo para enriquecer a diversidade cultural e a criatividade humana”<sup>15</sup>.

Essa Convenção faz, ainda, menção à Convenção de 1972 e destaca o seu importante papel como instrumento normativo, trazendo expressamente a força desse tratado multilateral para a preservação do patrimônio imaterial. Seus objetivos são logo destacados no artigo 1º:

#### Artigo 1: Finalidades da Convenção

A presente Convenção tem as seguintes finalidades:

- a) a salvaguarda do patrimônio cultural imaterial;
- b) o respeito ao patrimônio cultural imaterial das comunidades, grupos e indivíduos envolvidos;
- c) a conscientização no plano local, nacional e internacional da importância do patrimônio cultural imaterial e de seu reconhecimento recíproco;
- d) a cooperação e a assistência internacionais.

Cite-se também a Convenção da Unesco para a proteção do Patrimônio Cultural Subaquático, adotada em 02 de novembro de 2001, da qual o Brasil não é signatário. Esse tratado é um suporte normativo aos países para melhoria dos tipos de proteção aos bens que se encontram sob as águas: “Esse marco legal também estabelece medidas de proteção contra saques, tráfico ilícito e exploração comercial de patrimônio submerso, bem como normas científicas internacionais para o incentivo à pesquisa e a formação de arqueólogos

---

Peirópolis/Edusp, 2003, *apud* MOURA, Ângela Acosta Giovanini de. *Op. cit.* p. 99.

<sup>15</sup> UNESCO. *Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial*. Considerandos. Disponível em <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/ConvencaoSalvaguarda.pdf>. Acesso em 10 ago. 2021.

subaquáticos, além do compartilhamento de tecnologias e conhecimento entre os países.”<sup>16</sup>

Tem-se, ainda, a Convenção sobre a Diversidade das Expressões Culturais, tendo sido esta celebrada na 33ª Conferência Geral da Unesco em Paris, de 03 a 21 de outubro de 2005 e ratificada pelo Brasil pelo Decreto Legislativo n. 485 de 2006. Esse documento afirma que a diversidade cultural é uma característica essencial da humanidade, de maneira que esta constitui também o patrimônio comum da humanidade, o qual deve ser valorizado e cultivado em benefício de todas as pessoas.

Mais uma vez, a cultura enquanto valor é protagonista nas disposições desse tratado, tanto que é posta como uma ferramenta para que os países alcancem o desenvolvimento. Nesse sentido, como consta em um de seus considerandos:

Destacando a necessidade de incorporar a cultura como elemento estratégico das políticas de desenvolvimento nacionais e internacionais, bem como da cooperação internacional para o desenvolvimento, e tendo igualmente em conta a Declaração do Milênio das Nações Unidas (2000), com sua ênfase na erradicação da pobreza (...)  
Enfatizando a importância da cultura para a coesão social em geral, e, em particular, o seu potencial para a melhoria da condição da mulher e de seu papel na sociedade.<sup>17</sup>

Note-se que esse tratado, também em seu início, demonstra o papel do Direito Internacional para promoção da cultura ao mencionar que cada Estado Contratante esteve “Ciente do mandato específico confiado à UNESCO para assegurar o respeito à diversidade das culturas e recomendar os acordos internacionais que julgue necessários para promover a livre circulação de idéias por meio da palavra e da imagem”. Resta claro, mais uma vez, a importância dessa entidade especializada.

## **2 O Patrimônio Cultural e sua tutela jurídica**

É necessário salientar que a definição de patrimônio cultural não é estanque e

<sup>16</sup> IPHAN. Patrimônio Cultural Subaquático é tema de reunião da Unesco. 03 de julho de 2018. Disponível em <http://portal.iphan.gov.br/noticias/detalhes/4719/patrimonio-cultural-subaquatico-e-tema-de-reuniao-da-unesco>. Acesso em 10 ago. 2021.

<sup>17</sup> UNESCO. *Convenção sobre a proteção e promoção da Diversidade das Expressões Culturais*. Considerandos. Disponível em <http://www.ibermuseum.org/wp-content/uploads/2014/07/convencao-sobre-a-diversidade-das-expressoes-culturais-unesco-2005.pdf>. Acesso em 09 ago. 2021.

apresenta diversas acepções, referindo-se tanto a uma noção material, de passível de aferição de valor econômico, como imaterial, de memória e identidade. Como destaca Anauene Dias:

O termo “patrimônio” vem do latim *patrimonium* e traz como significado primeiro “herança paterna”, ligando-se a *pater* – pai e, de uma forma mais ampla, denomina “bem de família” ou “herança comum”. No sentido jurídico, é ainda reconhecido, em sua maioria, por complexo de bens suscetível de apreciação econômica, de caráter utilitarista. Por outro lado, o termo pode também trazer referência à identidade e à memória dos povos, cujo interesse é da coletividade e a salvaguarda é de responsabilidade da humanidade em prol das gerações futuras. A conceituação de Patrimônio Cultural demonstra distintos entendimentos e não se esgota.<sup>18</sup>

No decorrer da história, a ideia de patrimônio cultural se conectava à preservação de determinados bens e lugares como afirmação do sentimento de pertença a determinado grupo social, etnia, comunidade ou nação. Daí surgida a sua necessidade de preservação às posteriores gerações.

Enquanto bem jurídico tutelado, surge com a busca pela proteção do direito de propriedade, erigida, inicialmente, de uma visão individualista no decorrer do século XIX. Anauene Dias reitera que:

Em meados do século XX, na Europa e nas Américas, o patrimônio cultural já era tutelado legalmente, principalmente em âmbito constitucional, com a Constituição mexicana de 1917 e com a alemã de 1919. A Constituição da República de Weimar reconhece a titularidade pública do patrimônio cultural. Seu conteúdo influenciou muitas Cartas no entre Guerras Mundiais; entretanto, abrangiam-se apenas os bens móveis corpóreos.

A noção legislativa de patrimônio cultural data do início do século XX, principalmente das décadas de 1920-30, devido ao período do entre-Guerras. A abordagem dada nesse período, foi o de bens monumentais e de valor excepcional, a importância para a comunidade dos bens materiais e imateriais eram ainda pouco difundidos.<sup>19</sup>

O processo de construção de uma perspectiva universal da tutela jurídica do patrimônio cultural deriva da própria normatização, em âmbito internacional, de regras de proteção e definição de bens e valores a serem resguardados, conforme as convenções citadas. Vale registrar que “a primeira referência a um patrimônio comum da humanidade, no direito positivo internacional, é encontrada no preâmbulo do tratado constitutivo da Unesco (1945), o

<sup>18</sup> SOARES, Anauene Dias. *Direito internacional do patrimônio cultural: o tráfico ilícito de bens culturais*. Fortaleza: IBDCult, 2018. p. 41.

<sup>19</sup> SOARES, Anauene Dias. *Op. cit.* p. 41.

qual faz menção a um patrimônio universal da cultura.”<sup>20</sup>

O período pós-guerra no final do século XX injetou na comunidade internacional essa necessidade de maior solidariedade entre os Estados para alcance de objetivos comuns, tais como a preservação do patrimônio cultural material e imaterial, assim como o natural e as expressões culturais. Nesse sentido, Ângela Acosta, mais uma vez citando Fernando Silva:

A tutela internacional do patrimônio cultural relaciona-se com a necessidade de manter-se a integridade física desses bens, apresentando, em forma de tratados internacionais protetores dos bens culturais em hipótese de conflito armado, a exemplo da Convenção de Haia de 1899 e 1907 que estabelece a obrigação de os Estados beligerantes respeitarem os monumentos históricos o quanto possível; ou em tempos de paz, consoante a Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, de 1972, que disciplina a proteção dos monumentos, conjuntos e lugares notáveis (SILVA, 2003, p. 25).<sup>21</sup>

Os interesses dos Estados Nacionais passam a ser mitigados em prol de um bem comum a toda humanidade, isto é, através dos compromissos assumidos multilateralmente, a tutela jurídica passa de uma esfera nacional a um cenário de internacionalidade, haja vista que proteger o patrimônio cultural importa a todos os povos como alcance de maior coesão, diálogo e tolerância entre diferentes culturas e Estados.

### **3 Patrimônio cultural, natural e imaterial no Direito Internacional**

Cumprido dizer, inicialmente, que há certas práticas no âmbito internacional tomadas para tutelar o patrimônio cultural, quais sejam: de conservação, restituição e de retorno. Ângela Acosta ao citar Oriol Casanovas y La Rosa<sup>22</sup>, explica que o mecanismo de “conservação objetiva manter a integridade física dos bens culturais”, ao passo que a restituição “disciplina a devolução dos bens culturais aos seus legítimos titulares quando tomados ilícitamente” e por fim o processo de retorno diria respeito àquele de “recuperação de determinados bens culturais pelo país de origem, em hipóteses nas quais não tenha havido afronta à legislação nacional protetora à época da saída de tais bens”.

Para fins normativos e do Direito Internacional, a definição de patrimônio cultural

<sup>20</sup> MOURA, Ângela Acosta Giovanini de. *Op. cit.* p. 92.

<sup>21</sup> SILVA, Fernando Fernandes da. *As cidades brasileiras e o patrimônio cultural da humanidade*. São Paulo: Peirópolis/Edusp, 2003, *apud* MOURA, Ângela Acosta Giovanini de. *Op. cit.* p. 93.

<sup>22</sup> MOURA, Ângela Acosta Giovanini de. *Op. cit.* p. 99.

está abarcada no artigo 1º da citada Convenção de 1972. Esse conceito engloba os monumentos, conjuntos e lugares notáveis, e, com isso, vela pelos feitos de caráter humano assim como as modificações físicas promovidas em determinados espaços como fruto da própria ação/interação humana e de valor eminentemente cultural.

Seriam monumentos obras arquitetônicas, de escultura ou de pintura monumentais, elementos de estruturas de caráter arqueológico, inscrições, grutas e grupos de elementos com valor universal excepcional do ponto de vista da história, da arte ou da ciência.

Os conjuntos seriam, para essa Convenção, os grupos de construções isoladas ou reunidos que, em virtude da sua arquitetura, unidade ou integração na paisagem têm valor universal excepcional do ponto de vista da história, da arte ou da ciência.

Os lugares notáveis ou locais de interesse seriam as obras do homem, ou obras conjugadas do homem e da natureza, e as zonas, incluindo os locais de interesse arqueológico, com um valor universal excepcional do ponto de vista histórico, estético, etnológico ou antropológico.

Esse documento ainda trata de conceituar o que seria o patrimônio cultural em seu artigo 2º, sendo: a) os monumentos naturais constituídos por formações físicas e biológicas ou por grupos de tais formações com valor universal excepcional do ponto de vista estético ou científico; b) as formações geológicas e fisiográficas e as zonas estritamente delimitadas que constituem *habitat* de espécies animais e vegetais ameaçadas, com valor universal excepcional do ponto de vista da ciência ou da conservação; e c) os locais de interesse naturais ou zonas naturais estritamente delimitadas, com valor universal excepcional do ponto de vista da ciência, conservação ou beleza natural.

A Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial delimita como patrimônio cultural imaterial as práticas, representações, expressões, conhecimentos e técnicas – junto com os instrumentos, objetos, artefatos e lugares culturais que lhes são associados – que as comunidades, os grupos e, em alguns casos, os indivíduos reconhecem como parte integrante de seu patrimônio cultural (Artigo 2º, I). Isso demonstra o caráter de não tangibilidade do patrimônio cultural, que merece ser protegido pelos Estados.

Esse tratado ainda destaca que tal “patrimônio cultural imaterial, que se transmite de geração em geração, é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente, de sua interação com a natureza e de sua história, gerando um sentimento de identidade e continuidade e contribuindo assim para promover o respeito à diversidade

cultural e à criatividade humana” (Artigo 2º, I).

É válido ressaltar que para fins dessa Convenção de 2003, considera-se o patrimônio cultural imaterial aquele que seja compatível com os instrumentos internacionais de direitos humanos existentes e com os imperativos de respeito mútuo entre comunidades, grupos e indivíduos, e do desenvolvimento sustentável. Nesse sentido, o texto reitera a lógica valorativa de princípios eleitos como fundamentais para o Direito Internacional.

Para proteger o patrimônio cultural, a Convenção de 1972<sup>23</sup> estabelece aos países signatários mecanismos próprios que se fundam em ações de cunho nacional e internacional. A cooperação incumbe à comunidade internacional enquanto dever, com observância à soberania dos Estados onde esteja localizado o patrimônio, assim como respeito aos direitos reais da legislação de cada país. Entretanto, os países não podem, deliberadamente, atentar contra o patrimônio cultural e natural localizado em seus territórios, a teor do inciso III do artigo 6º da Convenção.

Assim, os países, ao se submeterem a tal tratado, assumem o compromisso de identificação, proteção, conservação, valorização e transmissão às gerações futuras do patrimônio cultural e natural (Artigo 4º, parte inicial).

A tutela internacional do patrimônio mundial, cultural e natural é, portanto, compreendida como esse sistema próprio de cooperação e assistência internacionais que visa auxiliar os Estados partes da Convenção a envidar os esforços necessários para preservar e identificar o referido patrimônio (Art. 7º).

As obrigações dos Estados signatários são previstas no artigo 5º:

- a) Adotar uma política geral que vise determinar uma função ao patrimônio cultural e natural na vida coletiva e integrar a proteção do referido patrimônio nos programas de planificação geral;
- b) Instituir no seu território, caso não existam, um ou mais serviços de proteção, conservação e valorização do patrimônio cultural e natural, com pessoal apropriado, e dispor dos meios que lhe permitam cumprir as tarefas que lhe sejam atribuídas;
- c) Desenvolver os estudos e as pesquisas científicas e técnicas e aperfeiçoar os métodos de intervenção que permitem a um Estado enfrentar os perigos que ameaçam o seu patrimônio cultural e natural;
- d) Tomar as medidas jurídicas, científicas, técnicas, administrativas e financeiras adequadas para a identificação, proteção, conservação, valorização e restauro do referido patrimônio;
- e) Favorecer a criação ou o desenvolvimento de centros nacionais ou regionais de formação nos domínios da proteção, conservação e valorização do patrimônio cultural e natural e encorajar a pesquisa científica neste domínio.

<sup>23</sup> UNESCO. *Convenção para a Protecção do Património Mundial, Cultural e Natural*, cit.

A Convenção de 1972 criou o Comitê Intergovernamental da Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, formado por 15 membros que integrem a Convenção, sendo estes eleitos pela Assembleia Geral. Os Estados partes devem apresentar a tal Comitê uma lista de inventário dos bens de patrimônio cultural e natural que estejam localizados em seus respectivos territórios.

O Comitê atua, nesse sentido, e conforme cada inventário apresentado pelos Estados, para organizar, manter atualizada e publicar uma Lista de bens do patrimônio cultural e natural, convencionada por “Lista do Patrimônio Mundial”.

Essa Lista contém bens de valor excepcional e universal, consoante os critérios que tenham sido estabelecidos. Para que um bem possa ser incluído em tal lista, não há necessariamente que haver o consentimento do Estado interessado, pois como bem já reiterado, trata-se de um interesse universal e não de apenas determinado Estado. O Comitê também tem a incumbência de organizar a lista do Patrimônio Cultural em Perigo, na qual conste aqueles que merecem maior cuidado de salvaguarda por estarem ameaçados de perigos sérios e concretos, como dispõe o inciso IV do artigo 11:

Apenas poderão figurar nesta lista os bens do património cultural e natural ameaçados de desaparecimento devido a uma degradação acelerada, projectos de grandes trabalhos públicos ou privados, rápido desenvolvimentos urbano e turístico, destruição devida a mudança de utilização ou de propriedade da terra, alterações profundas devidas a uma causa desconhecida, abandono por um qualquer motivo, conflito armado surgido ou ameaçando surgir, calamidades e cataclismos, grandes incêndios, sismos, deslocações de terras, erupções vulcânicas, modificações do nível das águas, inundações e maremotos.

Há, ainda, no escopo da convenção um fundo fiduciário criado para proteger o patrimônio mundial, cultural e natural de valor excepcional e que se destina a determinados projetos que tenham passado pelo critério do Comitê. Tal fundo é basicamente composto de contribuições dos países membros, de outros Estados e organizações, da própria UNESCO e de demais fontes definidas no tratado.

Para que possam ser atingidos os objetivos em se preservar o patrimônio natural e cultural por meio da assistência internacional, os países que fazem parte da Convenção podem requerê-la através de pedido em relação aos bens situados em seus territórios. Para tanto, há uma série de documentos (sempre que possível, junto a parecer de especialistas) que devem apresentar ao Comitê a fim de que este analise e tome uma decisão a respeito de conceder

assistência ao Estado em questão. O instituto da assistência, a exemplo, pode se perfazer em estudos artísticos, técnicos e científicos; perícia; fornecimento de equipamentos; concessão de empréstimos ou até mesmo em formação de especialistas. Nesse sentido, Ângela Acosta, a partir de Fernando Silva<sup>24</sup>:

A assistência internacional, a seu turno, está prevista na seção V da Convenção, estabelecendo os benefícios oferecidos pela comunidade internacional, representada pelo Comitê do Patrimônio Mundial, aos bens pertencentes ao patrimônio cultural da humanidade, mediante o sistema de cooperação internacional (cf. SILVA, 2003, p. 27). A assistência internacional é empreendida pelas seguintes instituições: Comitê do Patrimônio Mundial, Fundo do Patrimônio Mundial, Conselho Internacional de Monumentos e Lugares de Interesse Artístico e Histórico (Icomos) e Centro Internacional de Estudos para Conservação e Restauração dos Bens Culturais (Iccrom) (cf. SILVA, 2003, p. 27).

A Convenção relativa ao Patrimônio Imaterial também prevê a atuação de um Comitê, mas nesse caso composto por 18 Estados Partes (Art. 5º da Convenção de 2003), cujas funções são similares àquelas do Comitê da Convenção de 1972. Prevê também a necessidade de se inventariar os bens imateriais, submetendo tal lista ao Comitê. O Tratado de 2003 também estipula certas medidas de salvaguarda do patrimônio imaterial aos Estados.

Em sua redação, diz que os Estados empreenderão esforços para a adoção de uma política geral que vise promover a função do patrimônio cultural imaterial na sociedade e integre essa proteção em programas de planejamento. Incumbe aos Estados, também, indicar órgãos responsáveis por essa proteção em seus territórios, além do fomento a estudos para a eficaz salvaguarda do patrimônio cultural imaterial, em especial aqueles em perigo.

Os Estados também devem tomar medidas de ordem jurídica, técnica, administrativa e financeira adequadas para:

- i) favorecer a criação ou o fortalecimento de instituições de formação em gestão do patrimônio cultural imaterial, bem como a transmissão desse patrimônio nos foros e lugares destinados à sua manifestação e expressão;
- ii) garantir o acesso ao patrimônio cultural imaterial, respeitando ao mesmo tempo os costumes que regem o acesso a determinados aspectos do referido patrimônio;
- iii) criar instituições de documentação sobre o patrimônio cultural imaterial e facilitar o acesso a elas.<sup>25</sup>

Assim como a Convenção de 1972, a de 2003 também prevê a existência de uma lista

<sup>24</sup> SILVA, Fernando Fernandes da. *As cidades brasileiras e o patrimônio cultural da humanidade*. São Paulo: Peirópolis/Edusp, 2003, apud MOURA, Ângela Acosta Giovanini de. *Op. cit.* p. 100.

<sup>25</sup> UNESCO. *Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Imaterial*, cit. Art. 13.

que assegure maior visibilidade do patrimônio cultural imaterial, além de estabelecer maior grau de conscientização de sua importância e estabelecer formas de diálogo que ensejem diversidade cultural. Essa lista é denominada “Lista representativa do patrimônio cultural imaterial da humanidade” e está prevista no artigo 16 da Convenção. O artigo seguinte cuida da lista do patrimônio que necessita de urgente proteção.

A Convenção de 2003 também corporifica os princípios do Direito Internacional que regem a sociedade internacional. Essa prevê que a “cooperação internacional compreende em particular o intercâmbio de informações e de experiências, iniciativas comuns, e a criação de um mecanismo para apoiar os Estados Partes em seus esforços para a salvaguarda do patrimônio imaterial”.<sup>26</sup>

Interessante notar que esta cooperação internacional, em prol de salvaguardar as manifestações imateriais do patrimônio cultural, é concebida nos planos bilateral, sub-regional, regional e internacional. Isso perpetua a noção de diálogo entre diferentes culturas em prol de um aspecto comum a todos, ou seja, a própria promoção da valorização dos ritos e processos culturais e, conseqüentemente, do desenvolvimento cultural.

A ferramenta da assistência prevista na Convenção de 2003 também se aproxima daquela de 1972, manifestando-se, nos termos do artigo 21, da seguinte forma:

- a) estudos relativos aos diferentes aspectos da salvaguarda;
- b) serviços de especialistas e outras pessoas com experiência prática em patrimônio cultural imaterial;
- c) capacitação de todo o pessoal necessário;
- d) elaboração de medidas normativas ou de outra natureza;
- e) criação e utilização de infraestruturas;
- f) aporte de material e de conhecimentos especializados;
- g) outras formas de ajuda financeira e técnica, podendo incluir, quando cabível, a concessão de empréstimos com baixas taxas de juros e doações.

Logo, conforme apresentado, ambas Convenções guardam entre si forte conexão e ambicionam como fim precípua resguardar o patrimônio cultural, seja ele material, imaterial ou natural como parte essencial à existência e experiência humana e o desenvolvimento cultural dos povos. Seus objetivos e das demais Convenções citadas oferecem, sob a égide do Direito Internacional, ferramentas normativas próprias para efetivar os direitos culturais de todos os povos.

---

<sup>26</sup> UNESCO. *Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial*, cit.

## **Conclusão**

O estudo do diálogo entre patrimônio cultural e o Direito Internacional importa porquanto apresenta grande conquista na seara dos direitos culturais. A humanidade é fruto de seus processos e ritos, os quais apresentam grande valor enquanto cultura. Os resultados materiais e imateriais do processo cultural humano merecem ser salvaguardados por normas que promovam o desenvolvimento cultural, o diálogo entre os povos e a promoção de valores humanos fundamentais compartilhados por toda humanidade.

A busca pela comunidade internacional da paz e da segurança internacional, assim como do desenvolvimento contínuo dos povos por meio dos direitos humanos, deve se amparar nos documentos multilaterais existentes para que a proteção ao patrimônio cultural, natural e imaterial seja uma tônica em prol do bem comum da humanidade. Nesse sentido, os interesses nacionais não devem se sobrepor aos objetivos comuns de cooperação internacional para preservação do patrimônio cultural.

Preservar o patrimônio cultural é valorizar a memória, a história e a identidade dos povos, para que gerações posteriores percebam a extrema relevância dos processos culturais. O Direito internacional tem papel fundamental para que por meio de seus mecanismos e diplomas normativos possa impulsionar os Estados e assisti-los, principalmente através da UNESCO, a assumir compromissos e ações que impliquem na preservação dos bens culturais, naturais e imateriais.

Portanto, o que se depura desta análise e conforme apresentado neste artigo, é que as Convenções da UNESCO, consolidadas enquanto fontes do Direito Internacional Público, entoam os caminhos a serem tomados no âmbito da proteção ao patrimônio cultural, seja por meio da cooperação ou da assistência internacional. Essas direcionam também os Estados Partes a tomarem as medidas necessárias e garantidoras de valores tidos como universais, conforme os objetivos eleitos pela UNESCO.

## **Referências bibliográficas**

ACCIOLY, Hildebrando; CASELLA, Paulo Borba; SILVA, Geraldo E. do Nascimento. *Manual de Direito Internacional Público*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

IPHAN. Patrimônio Cultural Subaquático é tema de reunião da Unesco. 03 de julho de 2018. Disponível em <http://portal.iphan.gov.br/noticias/detalhes/4719/patrimonio-cultural-subaquatico-e-tema-de-re>

[uniao-da-unesco](#). Acesso em 10 ago. 2021.

MOURA, Ângela Acosta Giovanini de. A proteção internacional do patrimônio cultural. *Cadernos de Direito*, Piracicaba, v. 12(23): 91-110, jul.-dez. 2012 • ISSN Impresso: 1676-529-X • ISSN Eletrônico: 2238-1228.

NAÇÕES UNIDAS. Carta das Nações Unidas. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/d19841.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm). Acesso em 10 ago. 2021.

NAÇÕES UNIDAS. Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Corte-Internacional-de-Justi%C3%A7a/estatuto-da-corte-internacional-de-justica.html>. Acesso em 12 ago. 2021.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*: incluindo noções de Direitos Humanos e de Direito Comunitário 12. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2020.

SOARES, Anauene Dias. *Direito internacional do patrimônio cultural*: o tráfico ilícito de bens culturais. Fortaleza: IBDCult, 2018. 280 p.

UNESCO. *Constitution*. Disponível em [http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL\\_ID=15244&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=15244&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html). Acesso em 10 ago. 2021.

UNESCO. *Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural*. Disponível em <https://whc.unesco.org/archive/convention-pt.pdf>. Acesso em 09 ago. 2021.

UNESCO. *Convenção para a Proteção dos Bens Culturais em Caso de Conflito Armado*. Considerandos. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1950-1959/decretolegislativo-32-14-agosto-1956-350637-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em 12 ago. 2021.

UNESCO. *Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial*. <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/ConvencaoSalvaguarda.pdf>. Acesso em 10 ago. 2021.

UNESCO. *Convenção sobre a proteção e promoção da Diversidade das Expressões Culturais*. <http://www.iber museus.org/wp-content/uploads/2014/07/convencao-sobre-a-diversidade-das-expressoes-culturais-unesco-2005.pdf>. Acesso em 09 ago. 2021.

UNESCO. *História*. Disponível em <https://unescoportugal.mne.gov.pt/pt/a-unesco/sobre-a-unesco/historia>. Acesso em 12 ago. 2021.

UNESCO. *Protecting Our Heritage and Fostering Creativity*. Disponível em <https://en.unesco.org/themes/protecting-our-heritage-and-fostering-creativity>. Acesso em 12

ago. 2021.

# **A RELAÇÃO ENTRE DIREITO AO PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL E O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE INTERGERACIONAL**

*Marjorie Prado Junqueira de Faria<sup>1</sup>*

## **Introdução**

Diante do desafio das mudanças da sociedade contemporânea e os impactos na produção do espaço e da cultura, muitas expressões culturais se modificam e, até mesmo, desaparecem, evidenciando uma estética do apagamento nos territórios. A formação da cultura é dinâmica, um processo contínuo que jamais será estanque, e, por isso, os patrimônios culturais imateriais acompanham a transformação. Todavia, a desvalorização de tais manifestações implica na interrupção de tais práticas, tendo por efeito seu desaparecimento. Assim, diante de um cenário que traz no bojo da Constituição Federal a consagração dos direitos culturais, é premente evidenciar que o patrimônio cultural imaterial é um direito resguardado pelo texto constitucional para a geração atual e, mais do que isso, para as gerações que estão por vir.

Nessa toada, o estudo evidenciará questões como a relação entre memória e território no perfazimento dos patrimônios culturais imateriais, até sua discussão em âmbito institucional sobre a normatização da preservação e salvaguarda, incluindo a importância das políticas públicas para os grupos envolvidos em tais expressões tradicionais. Por toda a importância dos instrumentos de salvaguarda, verifica-se que dentre a variedade de normas existentes na construção de um arcabouço legal que sirva de proteção ao patrimônio, é imprescindível entender que a interpretação delas pressupõe o atravessamento do passado, presente e futuro por meio das gerações que conservam as práticas do patrimônio intangível.

Entende-se que a solidariedade para com as gerações futuras se fundamenta no respeito à memória das identidades do passado e do presente, que persevera por meio da manutenção dos indivíduos da atualidade. Nesse dilema ético e moral, nasce na ordem dos princípios a solidariedade intergeracional, muito usual nos debates de direito ambiental, que

---

<sup>1</sup> Gestora de projetos culturais, pesquisadora e advogada. Mestrado em Planejamento e Gestão do Território pela Universidade Federal do ABC, seguindo linha de pesquisa em dinâmicas territoriais com foco em cultura. Pós-graduada pela Escola de Comunicações e Artes da Universidade de São Paulo, USP e pela Universidad Nacional de Córdoba/Argentina em Gestão de Projetos Culturais. Membro da Comissão de Direito das Artes da OAB SP.

aqui faz sentido numa hermenêutica solidária ao universo de expressões culturais e modos de fazer relevantes para a diversidade cultural de um povo.

### **1 Memória e patrimônio cultural imaterial**

A memória é mutável, uma vez que sofre variações que vão desde a ênfase ou a entonação até os silêncios e disfarces. (MEIHY, 2005, p. 61) Memória é a identidade em ação.

Segundo NORA (1993, p. 9), a memória é a vida sempre carregada por grupos vivos e, nesse sentido, ela está em permanente evolução, aberta à dialética da lembrança e do esquecimento, inconsciente de suas deformações sucessivas, vulnerável a todos os usos e manipulações, suscetível a longas latências e a repentinas revitalizações.

Quando acontece de as diferentes partes de um grupo “organizarem o pensamento à volta de centros de interesse que não são mais os mesmos”, podemos então ver um sinal de enfraquecimento da memória do grupo, e ao mesmo tempo, a emergência de identidades múltiplas compostas. (CANDAU, 2014, p. 100) (...) No entanto, essa transmissão jamais será pura ou uma autêntica transfusão memorial, ela não é assimilada como um legado de significados nem como a conservação de uma herança, pois, para ser útil às estratégias identitárias, ela deve atuar no complexo jogo da reprodução e da invenção, da restituição e da reconstrução, da fidelidade e da traição, da lembrança e do esquecimento. (CANDAU, 2014, p. 106).

Percebe-se que o compartilhamento da memória pelo grupo nunca é imparcial no processo de suas escolhas, haja vista que quando se fala em construção da identidade, figura-se uma lógica de valores que acompanham a visão de mundo daquele que interpreta a realidade, e que na esteira do grupo, essa conjuntura se dá também do caráter ideológico que se utiliza de mecanismos de poder. Assim, nessa construção, apagamentos e silêncios são impostos segundo valores simbólicos dos grupos. Trata-se de um exercício cotidiano das realidades sociais. Levado ao extremo, impõe-se nos conflitos territoriais, dos genocídios étnicos aos que prescindem do uso de violência física. Silêncios e esquecimentos são consequências, também, dos jogos de poder nos espaços simbólicos e materiais.

Trazendo a reflexão para o território, é relevante saber que o que se torna presente no espaço é o que prevaleceu na disputa da memória, ou seja, são imagens espaciais de uma memória coletiva. HALBWACHS aduz que quando um grupo está inserido numa parte do espaço, ele transforma a sua imagem, ao mesmo tempo que se sujeita e se adapta às coisas

materiais que a ele resistem. (1990, p. 133)

Assim, não há memória coletiva que não se desenvolva em um quadro espacial. Tais imagens, apoiadas na materialidade da terra e da construção, tornam-se marcas que se ancoram na transformação do espaço, podendo-se perpetuar ou sucumbir. Estão entre as marcas, os patrimônios culturais.

O debate sobre a valorização dos patrimônios culturais iniciou-se no século XIX, verificando uma prevalência das discussões na França, posterior à Revolução, entendendo por uma visão institucional do patrimônio como construção física.

A partir daí, há um refinamento na interpretação do conceito de patrimônio no decorrer dos séculos no âmbito da materialidade na marcação do espaço. Segundo Souza, já em 1837, *na primeira Comissão dos Monumentos Históricos, as obras foram divididas em três grandes categorias: remanescentes da Antiguidade, edifícios religiosos da Idade Média e castelos* (CHOAY, 2006, p. 12, apud SOUZA e GRIPPA, 2011, p.238). Após esse período, com mais intensidade no século XIX e parte do XX, ocorreu uma grande preocupação com a preservação e restauração, e o que se verificou foi apenas uma ampliação dos bens passíveis de serem considerados patrimoniais, enquanto o próprio conceito não foi questionado. (SOUZA e GRIPPA, 2011, p. 238)

Dentre as marcas na transformação do tempo no espaço, há os testemunhos das pedras e cimentos, na materialidade vista em prédios e edifícios de caráter histórico, como dito anteriormente, e há as marcas invisíveis que se elaboram na feitura das coisas, pelos saberes transmitidos entre gerações. É nessa imaterialidade que brota a construção do conhecimento sempre em reelaboração entre os grupos.

Nesse sentido, entre muitas conceituações, o patrimônio cultural imaterial abarca expressões culturais e tradições conectados à ancestralidade de grupos, como por exemplo os saberes, os modos de fazer, as formas de expressão, celebrações, as festas e danças populares, lendas, músicas, costumes e outras tradições. (IPAC)

Segundo a Convenção de Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial (2003),

Artigo 2: Definições Para os fins da presente Convenção, 1. Entende-se por “patrimônio cultural imaterial” as práticas, representações, expressões, conhecimentos e técnicas - junto com os instrumentos, objetos, artefatos e lugares culturais que lhes são associados - que as comunidades, os grupos e, em alguns casos, os indivíduos reconhecem como parte integrante de seu patrimônio cultural. Este patrimônio cultural imaterial, que se transmite de geração em geração, é constantemente recriado pelas comunidades e grupos

em função de seu ambiente, de sua interação com a natureza e de sua história, gerando um sentimento de identidade e continuidade e contribuindo assim para promover o respeito à diversidade cultural e à criatividade humana. Para os fins da presente Convenção, será levado em conta apenas o patrimônio cultural imaterial que seja compatível com os instrumentos internacionais de direitos humanos existentes e com os imperativos de respeito mútuo entre comunidades, grupos e indivíduos, e do desenvolvimento sustentável. (IPHAN)

No Brasil, antes da institucionalização da Convenção no século XX, já se debatia sobre o patrimônio imaterial. No século XIX e início do século XX, figuras muito atuantes no campo literário, tais como Sílvio Romero, José Veríssimo, Araripe Júnior, Euclides da Cunha, Afonso Arinos e Gustavo Barroso se dedicaram a registrar um conjunto de manifestações locais e regionais em desaparecimento, tais como lendas, contos, poemas, festas e celebrações. (ABREU, 2006, p. 56)

## **2 Patrimônio imaterial sob a perspectiva do direito e da política pública**

O debate sobre a importância de institucionalizar a proteção ao patrimônio cultural imaterial está respaldado em âmbito nacional e internacional.

No tocante à esfera brasileira, a Constituição Federal de 1988 destaca nos artigos 215 e 216 noções conceituais e protetivas dos direitos culturais, entre estes, o direito ao patrimônio material e imaterial. A redação desses artigos é uma conquista social, já que o Estado em conjunto com a sociedade civil pactua o esforço contínuo de proteger e valorizar bens culturais.

Em referência ao patrimônio imaterial, entende-se em seu conceito um universo de saberes transmitidos de geração a geração,

constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente, de sua interação com a natureza e de sua história, gerando um sentimento de identidade e continuidade, contribuindo para promover o respeito à diversidade cultural e à criatividade humana. (IPHAN)

Segundo ABREU, há um grande debate sinalizando a impropriedade desta dicotomia entre o material e o imaterial no seio da noção de cultura. Entretanto, essa dicotomia tem sido

mantida, uma vez que nos artigos 215 e 216 da Constituição de 1988 está prevista a proteção aos bens culturais de natureza imaterial. (2006, p. 59)

Dentre as fontes normativas que transcorrem o tema patrimônio cultural imaterial, como já destacado, há os artigos constitucionais 225 e 226 que tratam da matéria de cultura; há também o Decreto n. 3.551 de agosto de 2000, que institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial; o Decreto Legislativo n. 22 de 1 de fevereiro de 2006, que aprova o texto da Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial; a Resolução Iphan de n. 001 de 5 de junho de 2009, que dispõe sobre os critérios de elegibilidade e seleção, bem como os procedimentos a serem observados na proposição e preparação de dossiês de candidaturas de bens culturais imateriais para inscrição na Lista dos Bens em Necessidade de Salvaguarda Urgente e na Lista Representativa do Patrimônio Cultural; a Instrução Normativa do Iphan de 001/2009 de 2 de março de 2009, que dispõe sobre as condições de autorização de uso do Inventário Nacional de Referências Culturais – INRC.

Já caminhando pela esteira das políticas públicas, o registro de bens culturais de natureza imaterial foi um dos processos norteadores para se pensar formas de valorização e proteção dessas expressões simbólicas. Foram instituídos quatro livros de registro: o Livro dos Saberes, o Livro das Celebrações, o Livro das Formas de Expressão e o Livro dos Lugares. O processo do registro é coordenado pelo IPHAN e há também no âmbito estadual. A autora destaca que o instituto do registro tem como objetivo a valorização dos bens inscritos, reunindo e divulgando documentação ampla acerca de cada bem legalmente reconhecido. (ABREU, 2006, 59-60)

O Programa Nacional do Patrimônio Imaterial apóia ações voltadas para a pesquisa, divulgação e fomento e tem como objetivo viabilizar uma política federal específica para o campo. Essa nova política está sendo implementada de forma descentralizada, com a participação de outros órgãos do governo federal, dos estados, dos municípios e de organizações da sociedade civil. Cabe ao Ministério da Cultura, por meio da Secretaria do Patrimônio, Museus e Artes Plásticas, do IPHAN e do Centro Nacional de Folclore e Cultura Popular da Funarte, regulamentar a aplicação do decreto e coordenar sua implantação. Neste sentido, são disponibilizados orientação técnica, recursos financeiros e metodologia específica: o Inventário Nacional de Referências Culturais - INRC. (ABREU, 2006, p. 60)

A preservação dos patrimônios culturais imateriais é distinta dos patrimônios materiais, já que pode se dar por meio do registro, inventário e planos de salvaguarda. Além disso, em importante contribuição do universo normativo, o Plano Nacional de Cultura que abarcou o art. 225 da CF/88 em 2005, teve sua regulamentação em 2010, trazendo como missão o direcionamento de ações do poder público na elaboração de políticas públicas e o amplo acesso à participação da sociedade civil.

No que tange à análise do Plano Nacional de Cultura sob a perspectiva do patrimônio cultural imaterial é VARELLA (2008) que destaca a importância desse instrumento como marco legal sistematizador de direitos culturais muito relevante para se pensar garantias de preservação. A começar pelo artigo 2, em que consta a intenção de “proteger e promover o patrimônio histórico material e imaterial”.

VARELLA destaca no Plano Nacional de Cultura, no que diz respeito ao papel do Estado, algumas estratégias,

[...] tais como estimular bancos estatais e linhas de fomento de crédito voltados à proteção e à salvaguarda do patrimônio cultural, elaborar programas setoriais de apoio ao patrimônio, desenvolver instrumentos normativos regulatórios a eles relacionados; promover a defesa dos direitos associados ao patrimônio cultural, em especial os direitos de imagem e propriedade intelectual coletiva das populações detentoras dos saberes tradicionais, envolvendo-as nesta ação, algo aliás, fundamental, que a regulação do patrimônio imaterial até hoje não incorporou, construir instrumentos integrados de gestão do patrimônio, em todas as dimensões, com outras áreas, como desenvolvimento urbano, turismo e meio ambiente, entre outros (2008, p. 313).

O autor também aduz que no Plano Nacional de Cultura, no que diz respeito ao patrimônio imaterial e seu o mapeamento, há práticas de grande importância para salvaguarda desses bens, tais como a capacitação de educadores e agentes multiplicadores voltados à valorização do patrimônio material e imaterial. (2008, p. 314). Ainda nessa esteira, menciona a legitimidade da participação social na elaboração das políticas de proteção ao patrimônio cultural imaterial.

O patrimônio nasce no território e se perpetua por meio dos grupos. A horizontalidade nos processos de institucionalização é de suma importância para melhor adequar políticas às necessidades de cada espaço. O gestor público, nesse sentido, deve desenhar as políticas de

maneira atenta às diferenças dos grupos, de modo a elaborar propostas coesas, tendo como norte a premissa jurídica que abarca os patrimônios culturais imateriais em sua proteção.

### **3 Princípio da Solidariedade Intergeracional**

Como pensar a consagração de direitos de pessoas do passado e do futuro? Poderia a aplicabilidade da norma se estender na relatividade do tempo? Se for possível compreender que a identidade cultural dos povos de hoje se dá também pela mescla de referenciais culturais do passado, é plenamente possível compreender os interesses ao direito à memória no presente e no futuro.

O direito projeta-se facilmente para o campo institucional do presente e o desafio é ir além na linha temporal. Por isso, BRANDÃO e SOUZA (2010) trazem contribuições acerca deste problema transtemporal, trazendo teorias justificadoras do interesse das futuras gerações.

A abordagem transtemporal trabalha com a ideia de que a sociedade seria uma corrente onde a cada geração há um elo que a conecta com a anterior e com a futura, por isso, *as gerações passadas fizeram sacrifícios para permitir o bem-estar e a qualidade de vida das presentes e futuras gerações, e espera-se que estas façam o mesmo para as gerações que as sucederão.* (BRANDÃO e SOUZA, 2010, p. 167)

Para que haja essa preocupação transtemporal, todavia, é necessário que possam os indivíduos de uma geração identificar-se com os das futuras: essa noção, retirada da psicologia transpessoal, é denominada autotranscendência. Significa que o mais amplo bem-estar individual depende da extensão com que se possa identificar a si mesmo nos outros, sendo a identidade individual mais satisfatória aquela ajustada não só à comunidade no espaço, mas também no tempo, partindo do passado e projetando-se no futuro (CARVALHO, 2006 apud BRANDÃO e SOUZA, 2010, p. 167)

Os autores destacam que a teoria da justiça de John Rawls perpassa a ideia da noção de justiça como equidade também pela corrente das gerações: *“Uma decisão idealmente democrática resultará, decisão que é equitativamente ajustada às reivindicações de cada geração e portanto satisfaz o princípio segundo o qual o que diz respeito a todos a todos interessa”* (RAWLS, 2002, p. 321-2 apud BRANDÃO e SOUZA, 2010, p. 169).

Nesse sentido, é bastante relevante a percepção de que no âmbito do desenho institucional acerca dos interesses da sociedade, os indivíduos do presente sabem das

consequências da forma como partilham seus recursos, reelaboram o arranjo espacial e compõem toda organização num ordenamento jurídico estabelecido por um contrato social. E nessa conjuntura é bastante possível verificar e projetar as consequências no estado temporal, imanente das coisas, por isso, no sopesamento de decisões, a solidariedade surge no plano dos princípios de forma a concatenar interesses coletivos transtemporais.

A teoria da equidade intergeracional formulada por Edith Brown Weiss desdobra-se por três princípios básicos de atuação normativa (WEISS, 2007a e 2007b apud BRANDÃO e SOUZA, 2010, p. 170):

- a) conservação das opções: cada geração deve conservar a diversidade da base de recursos naturais e culturais, de modo a não restringir as opções disponíveis para as futuras gerações resolverem seus problemas e satisfazerem seus próprios valores; e deve receber essa diversidade em condições comparáveis àquelas usufruídas pelas gerações anteriores;
- b) conservação da qualidade: cada geração deve manter a qualidade do planeta de modo a não repassá-lo em piores condições que aquelas em que o recebeu, e deve poder usufruir de uma qualidade comparável àquela desfrutada pelas gerações anteriores; e
- c) conservação do acesso: cada geração deve prover seus membros com iguais direitos de acesso ao legado das gerações passadas e conservar esse acesso para as futuras gerações. (p. 170)

Por esse exposto, a teoria da equidade geracional é de suma importância para compor o plano da reflexão da subsunção normativa, empregando-a como princípio.

Consoante ALEXY (2019), princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades reais existentes e jurídicas.<sup>2</sup> Aqui, defende-se que o princípio não se sobrepõe à norma, mas se correlaciona com esta,

---

<sup>2</sup> "A distinção entre regras e princípios constitui a base da teoria dos princípios. Regras são normas que, cumpridas determinadas condições, comandam, proíbem ou permitem algo de forma definitiva ou atribuem poder para algo de forma definitiva. Elas podem então simplificarmente ser denominadas "comandos definitivos". Sua forma de aplicação característica é a subsunção. Por outro lado, princípios são comandos de otimização. Enquanto tais, eles são normas que comandam que algo seja realizado na maior medida possível em relação às possibilidades fáticas e jurídicas. Isso significa que eles podem ser cumpridos em graus diversos e que a medida exigida de seu cumprimento depende não só das possibilidades fáticas, mas também das jurídicas. As possibilidades jurídicas do cumprimento de um princípio, além de serem determinadas por regras, são determinadas essencialmente por princípios opostos. Isso implica que princípios podem e precisam ser ponderados. A ponderação é a forma característica de aplicação dos princípios. O caminho dessa distinção teórico-normativa a uma conexão" (ALEXY, 2019, p.128)

implicando na justeza de sua aplicabilidade, direcionamento e até revisando-a, já que ambos contêm carga valorativa em seus efeitos.

BARROSO destaca que regras são proposições normativas aplicáveis sob a forma de tudo ou nada ("all or nothing "). Por isso, ocorrendo os fatos que estão previstos por esta, a regra deve incidir, de modo direto e automático, produzindo seus efeitos. Dessa forma, destaca-se que uma regra somente deixará de incidir sobre a hipótese de fato que contempla se for inválida, se houver outra mais específica ou se não estiver em vigor. Sua aplicação se dá, predominantemente, mediante subsunção. *Princípios contêm, normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam uma determinada direção a seguir.* (2003, p. 151)

Portanto, diante da importância do princípio para corroborar valores éticos às normas vigentes, na justeza de sua aplicabilidade, pode-se entender que em distintos artigos do bojo constitucional, percebe-se pela importância da manutenção de direitos na corrente intergeracional dos indivíduos. No recorte temático de estudo, busca-se no princípio da solidariedade intergeracional a correlação ideal na defesa ao patrimônio cultural imaterial.

O princípio da solidariedade intergeracional é muito debatido na esfera do direito ambiental. Segundo SILVA, tal princípio é um desdobramento do princípio da solidariedade insculpido no inciso I do art. 3º da Constituição Federal, fundamento maior do nosso Estado, que trouxe reflexo para todo o sistema jurídico. Na seara ambiental, houve a projeção do mesmo princípio no tempo, ampliando a expressão da solidariedade para o futuro. (2011, p. 124)

No que diz respeito ao entendimento jurisdicional, o princípio já foi tratado no Supremo Tribunal Federal em questões ambientais. É o que se pode conferir no Recurso Extraordinário 654.833, que trata de demanda, na origem, que objetiva à reparação de danos materiais, morais e ambientais, decorrentes de invasões em área indígena ocupada pela comunidade Ashaninka-Kampa do Rio Amônia, situada no Acre, as quais ocorreram entre os anos de 1981 a 1987, com a finalidade de extrair ilegalmente madeira de elevado valor de mercado.

Na tessitura do citado acórdão, o Ministro Edson Fachin cita o Ministro Celso de Mello, que trata da solidariedade intergeracional como relevante no debate sobre os direitos coletivos. Na ADI 3.540 MC, Relator (a): Min. Celso de Mello, *DJ* de 3/2/2006, destaca a importância do princípio:

[...] Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). **Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual** (RTJ 164/158- 161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral. (ADI 3540 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2005, DJ 03-02-2006 PP-00014, EMENT VOL-02219-03 PP-00528STF, apud 654.833 ACRE, 2020, p. 26)

Embora majoritariamente o debate sobre a solidariedade intergeracional se concentre em assuntos relacionados ao meio ambiente, em sendo um direito coletivo, por analogia, pode-se levar tais reflexões ao patrimônio cultural, comum ao espaço coletivo e à paisagem, próprio do interesse da sociedade que o usufrui e que está por usufruir. Esse entendimento no âmbito institucional fortalece pilares éticos fundamentais ao bem comum, já que os indivíduos na corrente intergeracional são iguais na sua natureza. A equidade aqui se dá também a conferir poder àqueles que ainda não têm escolha.

#### **4 Por uma hermenêutica solidária ao saber ancestral e as gerações futuras no território.**

Muito embora o princípio da solidariedade intergeracional seja debatido sob a ótica jurisdicional, para este artigo, visualiza-se a importância de debater seu uso corrente como princípio norteador ético na interpretação das normas que compõem o que se entende por direito ao patrimônio imaterial em seu sentido mais amplo.

Segundo VARINE, o patrimônio constitui as raízes visíveis da comunidade em seu território, e essas raízes são variadas, correspondem a todas as diversidades culturais dos componentes da população que vive no território ou deles se beneficia. (2013, p. 39). Nessa esteira, para além da escala de reconhecimento em que o patrimônio cultural está imerso, evidentemente, a comunidade que o cerca tem maior relação afetiva e de pertencimento, assim a cidade e sua comunidade devem partilhar dos mecanismos de preservação, já que há estreita relação com a memória local.

Faz-se relevante para o presente debate um exemplo empírico sobre o apagamento de manifestações culturais. Em uma região do nordeste paulista, divisa com Minas Gerais, há algumas gerações passadas, cidades continuam a manifestação do congado e hoje não há mais. Especificamente, na cidade de Caconde e em torno, que já foi objeto de estudo sobre o apagamento da cultura indígena e negra por pesquisadores, ocorreu o desaparecimento da congada, manifestação cultural religiosa afro-brasileira que congrega canto, dança e teatro, em meio às áreas urbanas e rurais.

A Dona Nalva, moradora de Caconde, fala sobre a congada e como foi o desaparecimento:

[...] antigamente em Caconde tinha. Era o Djalma. Antes eram os outros mais antigos, mas este eu não sei, meu pai saía de madrugada pra dançar Congada de São Benedito. Nós não sabíamos, nós éramos pequenos. (sobre o porquê acabou a congada) [...] Porque ninguém quer participar. Faz dois anos que os irmãos do Djalma, eles moram do lado aqui, eles queriam, até mandou convidar lá em casa nós tudo pra ensaiar a Congada. Era aqui o ensaio, mas nós não podemos vir porque aí o Paião tava doente, não viemos. Se não nós iríamos participar e em frente. (Dona Nalva). (FARIA, 2018)

Muitos congadeiros da cidade faleceram, outras famílias se mudaram para outras cidades, não ocorrendo uma renovação nos ternos de congo. Os que ficaram não conseguiram manter a tradição. Mas levando em consideração a não renovação dos grupos e o deslocamento da população, ORTIZ destaca:

[...] isto implica em considerar que a memória coletiva deve necessariamente estar vinculada a um grupo social determinado. É o grupo que celebra sua revificação, e o mecanismo de conservação do grupo está estreitamente associado à preservação da memória. **A dispersão dos atores tem consequências drásticas e culmina no esquecimento das expressões culturais.** Por outro lado, a memória coletiva só pode existir enquanto vivência, isto é, enquanto prática que manifesta no cotidiano das pessoas. (ORTIZ, 2006, p. 133, grifo nosso).

O grupo do congado a que Dona Nalva se refere tentou retomar as atividades nos últimos anos, mas não conseguiu manter os ensaios. A dificuldade de conseguir instrumentos musicais foi um dos problemas iniciais com que os congadeiros se depararam. A dificuldade de locomoção e a falta de recursos também dificultaram a retomada do grupo.

O saber popular, formas de expressão e modos de saber dependem de todo um

universo de símbolos propagáveis pelos grupos e entre gerações. Uma vez confirmada a ruptura deste saber, ocorre o apagamento dessas formas simbólicas. Uma vez esquecida essa referência cultural, não há como notar sua ausência, a não ser que se confirme no campo de uma materialidade como a de um artefato arqueológico.

Rodrigo Ribeiro<sup>3</sup>, cacondense, gestor cultural, pesquisador da cultura popular e arte-educador, acompanhou as pesquisas sobre o congado na região e a tentativa de retomada da expressão. Aqui, vem colaborar com o presente trabalho destacando a importância da memória do patrimônio cultural imaterial que foi a congada nessa cidade. Ao ser questionado sobre os efeitos do apagamento da congada na cidade, respondeu:

A cada elemento cultural esquecido, mais distante de nossa identidade ficamos. Além disso, com o apagamento de uma manifestação popular que reunia um grande número de pessoas engajadas, como era o caso da Congada em Caconde, se esvai um pouco da consciência coletiva de união e troca de saberes populares, na busca pela equidade social e pela descolonização do pensar e agir na sociedade contemporânea.

Além disso, sobre as implicações para a memória local e o que perdem as futuras gerações quando as manifestações tradicionais desaparecem, Rodrigo destaca que

Se pensarmos na cultura popular como o elo que nos une, simbolicamente, aos povos ancestrais e nativos, oprimidos e escravizados pelo processo de colonização no Brasil, podemos visualizar algumas das implicações que o desaparecimento dessas manifestações acarreta à memória local, bem como à memória nacional.

A primeira delas, o distanciamento simbólico da nossa própria identidade e história. Ao nos distanciar de nossas origens identitárias e das manifestações que as representam, nos tornamos alheios ao nosso percurso histórico e social como povo que busca seus direitos de viver e cocriar a realidade, seja de forma material ou imaterial. A segunda, sendo uma consequência da primeira e ainda no campo simbólico, o esquecimento coletivo das pessoas e grupos que lutaram e se manifestaram pelo direito à liberdade e pelo direito ao acesso à nossa própria história, cultura e território. A terceira implicação, já no campo concreto da realidade atual, a ausência de mecanismos de proteção e valorização dos processos históricos, sociais e culturais locais. Ou seja, a precariedade das políticas públicas culturais atuais para a manutenção e valorização das manifestações culturais populares e do patrimônio cultural local. **Assim, as futuras gerações perdem o contato simbólico com sua história, origem e identidade, perdendo também, como consequência, as**

---

<sup>3</sup> Entrevista realizada no dia 25/06/2021.

**possibilidades concretas de agir coletivamente em movimentos populares e manifestações culturais, como a Congada. (grifo nosso)**

A construção da memória se dá também por uma lógica que permeia o esquecimento, este ao se projetar no arranjo espacial evidencia a dinâmica cultural dos atores que se localizam no território, que podem romper com tradições por inúmeras motivações, entre estas a negligência do poder público na tutela dos bens culturais locais.

A partir da constatação de um poder público não presente em muitas instâncias da Federação, no que concerne à proteção de bens culturais, é de suma importância que o debate sobre o direito ao patrimônio envolva a comunidade que está ligada diretamente a esses bens, por exemplo no âmbito municipal, já que como destacado por Varine (2013), *o patrimônio constitui as raízes visíveis da comunidade em seu território*.

Rodrigo aduz dentre as possíveis soluções para evitar o desaparecimento de manifestações populares:

Acredito que a organização conjunta dos agentes culturais atuais, amparados por uma estrutura básica de acesso e fomento à cultura e de políticas culturais regionais impulsionadoras das pesquisas e ações ainda existentes ou em apagamento, geraria uma força mútua de resgate, registro e valorização das manifestações populares. Além disso, a realização de ações culturais intergeracionais e interdisciplinares, agregando diferentes áreas como educação, cultura, comunicação e direito, poderia engajar mais pessoas à luta pela preservação do patrimônio imaterial.

Destacando-se a evidente dificuldade dos entes federativos frente à gestão pública, é relevante a necessidade de trazer o Direito para o cerne do debate, já que as políticas públicas são desdobramentos de enunciados normativos advindos do interesse do Estado. O Direito na sua esfera pública é o ordenador das organizações públicas e suas relações com os particulares com efeitos estruturantes no arranjo espacial. Tal entendimento guarda estreita relação com a tutela ao patrimônio cultural, já que está dentro da esteira normativa do direito público, conforme previsão constitucional.

No que concerne à esfera institucional do alcance normativo, busca-se coibir o esquecimento e o apagamento no território, conduzindo a memória como um direito, direito fundamental, calcado não somente no bojo dos direitos humanos, mas principalmente na esteira dos princípios da dignidade e, por que não, mínimo existencial, já que é impensável

um indivíduo desvinculado de sua identidade cultural. O direito ao patrimônio cultural imaterial como direito fundamental que possibilita a coesão de direitos consagrados do ontem até o amanhã, não só na essência sociológica e antropológica, mas também jurídica com suas facetas de enunciados normativos contidos no presente. O patrimônio cultural imaterial é direito fundamental, pois carrega em si características fundamentais: “(1) *universais*, (2) *fundamentais*, (3) *abstratos*, (4) *morais* e (5) *prioritários*.” (ALEXY, 2019, p. 99)

Passos (2010) aduz que a essência do direito está no campo normativo, pois não se reduz a uma regra, mas sim a várias. Nessa toada, há que se entender o direito ao patrimônio como premissa, do qual destaca-se um sistema normativo que cuida de resguardar, para esta investigação, bens culturais imateriais, *por meio de leis, decretos, portarias etc. em face da hierarquia das fontes legais* segundo FERRAZ JR (2003).

E, assim, verifica-se que dentre a variedade de normas presentes na construção de um arcabouço legal que sirva de proteção ao patrimônio, é imprescindível entender que a interpretação das mesmas normas supõe o atravessamento dos três tempos: passado, presente e futuro. E aqui persevera o desafio deste direito *continuum* temporal. O de perseverar formas de expressão do passado presentes no dia de hoje, pensando na preservação do futuro.

Patrimônio cultural imaterial como um direito *continuum* temporal. Tal afirmação resvala em uma suposição metafísica de universalidade. *Por isso essa metafísica pode ser confrontada, enquanto metafísica construtiva, com a metafísica enfática. Uma metafísica construtiva tem, ao mesmo tempo, um caráter racional e universal. Assim pode-se formular o resultado na tese: direitos humanos não são possíveis sem uma metafísica racional e universal.* (ALEXY, 2019, p. 110)

Quanto à sua universalidade, o direito ao patrimônio cultural deve acompanhar a cultura em seu caráter dinâmico, o que é bastante desafiador. Formas simbólicas se desenvolvem e se transformam à medida que a sociedade se torna complexa, por isso, não é possível estancar o processo dinâmico da cultura. Uma expressão cultural poderá desaparecer e outra nova angariar adeptos na sua performatividade. Não se trata de acreditar que o direito possibilitará uma redoma de proteção, mas sim de assegurar àqueles que acreditam na expressão cultural e se veem conectados a uma ancestralidade presente e importante na visão de mundo do grupo. O patrimônio só existe enquanto faz sentido para o grupo vivê-lo e preservá-lo. Mas até para este exercício de sabê-lo como fundamental ou não, demandaria uma interpretação sobre sua importância, inclusive para aqueles que não estão presentes, os

que viveram a tradição e os que poderão estar impedidos de desfrutá-las. A isso, chamamos de necessidade de uma hermenêutica solidária que acompanha o que se entende por direito ao patrimônio como fundamental e universal.

Não se trata de uma visão só do jurista, mas sim de todo o grupo envolvido com o universo intangível do patrimônio cultural. Como interpretar o direito ao patrimônio imaterial, que diferente da pedra e cal do material, depende do universo do saber e da troca interpessoal dos fazedores de cultura? É possível “restaurar” o patrimônio cultural imaterial?

Inicialmente, na essência do patrimônio cultural imaterial, verifica-se a conexão com a proposta de debate deste trabalho, a solidariedade. O compartilhamento de saberes entre grupos, cujo universo de formas simbólicas só é possível de ser perpetuado por meio da solidariedade entre os indivíduos e multidões. O conhecimento existe porque se dá no elo intergeracional entre seres humanos. A memória e muito depois a escrita se deram e se dão por meio da linguagem solidária e intergeracional.

Partindo dessa premissa, agentes culturais e operadores do direito devem entender a vinculação direta entre a premissa constitucional do patrimônio como direito cultural e a assimilação deste nas políticas públicas, ajustando tal demanda na importância e responsabilidade dos indivíduos que também usufruirão dos bens culturais, *na decisão que é equitativamente ajustada às reivindicações de cada geração e portanto satisfaz o princípio segundo o qual o que diz respeito a todos a todos interessa* (RAWLS, 2002, p.321, p.2 apud BRANDÃO e SOUZA, 2010).

Dessa feita, o princípio jurídico da solidariedade intergeracional deve escapar das sendas do contencioso jurídico e extravasar para o aspecto mais amplo, correlacionando-o não só com a lei e com a norma, mas também com uma visão de mundo sob uma hermenêutica solidária.

Para além de uma ciência da interpretação, para além do discurso jurídico,

A hermenêutica pode ser compreendida como a maneira pela qual interpretamos algo no movimento que interessa e constitui o ser humano, de formar-se e educar-se. A interpretação decorre de um texto, um gesto, uma atitude, uma palavra de abertura e relação com o outro, que é capaz de se comunicar, de interagir. A hermenêutica busca uma reflexão e uma compreensão sobre aquilo que vemos, lemos, vivenciamos, criando uma cultura imersa em diferentes tradições e experiências. **Implica também na forma como realizamos o movimento para nos (re)conhecer a partir das**

**experiências no mundo, ou seja, na medida em que interpretamos algo, relacionamos diretamente com a visão de mundo que temos, advindas de nossas experiências anteriores. Sendo assim, tematizar a compreensão como modo fundador da existência humana lança questões críticas sobre o que é educar, aprender, compreender, pesquisar e dialogar, para dar conta da singularidade da vida humana. (SIDI e CONTI, 2017, p.1945, grifo nosso)**

Assim, busca-se uma hermenêutica solidária e jurídica, pois além de propor uma visão crítica e compreensiva, enseja *plausibilidade argumentativa, coerência entre meios e fins na resolução de conflitos, juridicidade* (BITTAR, 2005, p. 504), não se esquivando do compromisso com a carta constitucional. Portanto, como tratar a aplicabilidade da matéria normatizada no patrimônio intangível?

Percebe-se, como já destacado anteriormente, uma miríade de leis, normas, programas dos quais o Estado reivindica para si boa parte da preservação dos direitos do patrimônio imaterial na composição de um robusto ordenamento jurídico. Mas como se alcança a aplicabilidade dessa norma nos distantes territórios com sua diversidade cultural? Como aplicar enunciados normativos universais às rugosidades nas dimensões materiais e simbólicas nos territórios?

A Constituição Federal possibilita alguns instrumentos processuais para a defesa de atos lesivos ao patrimônio cultural, tais como a Ação Popular e a Ação Civil Pública. Veja-se que é mais fácil visualizar na materialidade de um edifício tombado um ato lesivo, dispendo de documentação para interposição de ação judicial, como documentos de titularidade do imóvel e o título de patrimônio material por meio do ato administrativo do tombamento. O registro de um patrimônio cultural imaterial é somente um ato declaratório ou possibilitaria um uso defensivo contra violações de terceiros?

O que falar dos saberes de povos tradicionais distantes da política protetiva? Como tratar a descontinuidade de práticas culturais tradicionais? Como tratar a extinção de expressões culturais? Com a naturalidade da dinâmica cultural que se transforma na sua essência ou investigar a fundo o ato lesivo que leva grupos a interromperem suas práticas coletivas por omissão do Estado em não auxiliar sua perpetuação?

Como já dito anteriormente, na perpetuação da memória há uma convivência com os grupos na construção da narrativa, o que é importante fica e se oficializa, todo mais é renegado ao ostracismo, ao esquecimento, concepção que funda a história brasileira.

Trajes, comidas típicas e instrumentos musicais são resultado de um *trabalho, isto é, energia e informação* (RAFFESTIN, 2008). Ainda que as expressões, modos de saber e os festejos sejam comunitários e voluntários, suas práticas dependem da energia, que é força de trabalho, dedicação e investimentos de indivíduos e grupos. Além da informação que, neste caso, é o saber ancestral partilhado em sua potência criativa. Em uma sociedade que estabelece como prioridade a produção e a massificação da cultura, o fazer cultural tradicional torna-se hercúleo na sua manutenção. Muito desse saber se propaga pelo sagrado e profano, visões de mundo e cosmologias. Muito desse saber se perde pela sua desvalorização na discriminação cultural, dentro de um panorama de cultura erudita e de massa, já que tais práticas, na maioria, são representações de grupos subalternizados na lógica do racismo estrutural, em especial, negros e indígenas.

Por isso, na omissão do Estado e discriminação de indivíduos sobre tais práticas, compreende-se o início do apagamento de manifestações. O patrimônio cultural imaterial no seu nascedouro ensina o que é solidariedade intergeracional, já que ele é a corrente nas três gerações do *continuum* temporal: passado, presente e futuro. Nesse ínterim, cabe à sociedade civil cobrar do Estado a efetividade dos direitos resguardados nos textos normativos no presente, em respeito aos grupos, à coletividade que faz parte da identidade cultural, em reverência à memória e ao futuro.

### **Considerações finais**

O princípio da solidariedade intergeracional soma-se à norma sob o viés de uma hermenêutica não positivista, carregando-a de valores éticos, no rumo de decisões políticas em atenção ao patrimônio imaterial. A justeza de sua aplicabilidade se dá na valorização dos saberes, seja no reconhecimento e importância de instrumentos tal qual o registro, mas mais do que isso, o subsídio material à sua perpetuação, investimentos nos modos de fazer destes grupos. Muitas são as conjunturas de interrupções de práticas culturais, mas que não sejam por desvalorização e omissão do Estado e grupos alheios à tradição. Isso é a quebra do contrato social estabelecido na redação constitucional.

De outro modo, quais instrumentos processuais jurídicos poderiam prevenir o ato lesivo do apagamento? Cabe ao Estado avocar para si matéria tão emblemática?

Muitas são as provocações diante do patrimônio intangível, justamente pelo ordenamento jurídico que na sua essência carrega a dignidade da pessoa humana em sua costura textual. E a dignidade e igualdade se estabelecem no mundo material por meio da solidariedade entre indivíduos do presente, junto com os do passado e do futuro.

Há instrumentos de salvaguarda do patrimônio cultural imaterial. Há leis que os resguardam. O que falta para evitar a estética do apagamento no território? Um embasamento que justifica a urgência do debate é a memória e identidade cultural como fator fundamental na constituição da sociedade e o princípio da solidariedade intergeracional como norteador ético.

Pela teoria da equidade intergeracional, cada geração deve conservar a diversidade da base de recursos naturais e culturais, de modo a não restringir as opções disponíveis para as futuras gerações resolverem seus problemas e satisfazerem seus próprios valores, provendo igual acesso ao legado das gerações passadas. É uma honraria também à ancestralidade.

Urge o debate sobre instrumentos processuais jurídicos de prevenção ao desaparecimento de manifestações culturais tradicionais de modo a evitar atos lesivos a esta geração e às próximas. É preciso pensar o direito a esse universo de conhecimento por toda forma de educação patrimonial possível, já que o povo se relaciona com os valores de sua terra.

Sob a perspectiva do olhar do pesquisador Rodrigo,

[...] o apagamento da congada em Caconde gera, portanto, um vazio histórico e social, que implica diretamente na desvalorização do patrimônio cultural regional, nos distanciando, como cidadãos, das lutas ancestrais necessárias para a construção do território no qual circulamos e interferimos, como cocriadores, no presente.

A cocriação de saberes é a própria solidariedade. Um princípio fundamental de coesão social e dos laços entre gerações.

## **Referências bibliográficas**

ABREU, Regina. Patrimônio Cultural: tensões e disputas no contexto de uma nova ordem discursiva. *Seminários Temáticos Arte e Cultura Popular*. Museu Casa do Pontal. Arte Popular Brasileira). Primeira Edição, 2006/2007. Museu Casa do Pontal, Rio de Janeiro. p. 54-63.

ALEXY, Robert. *Teoria Discursiva do Direito*. Organização Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BARROSO, L. R., & Barcellos, A. P. de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, 232, 141-176. <https://doi.org/10.12660/rda.v232.2003.45690>.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

BRANDÃO, Luiz Carlos Kopes; SOUZA, Carmo Antônio. O princípio da equidade intergeracional. *Planeta Amazônia: Revista Internacional de Direito Ambiental e Políticas Públicas*. Macapá, n. 2, p. 163-175, 2010.

CANCLINI, Néstor García. *A Globalização Imaginada*. São Paulo: Iluminuras, 2003.

CANCLINI, Néstor García. O patrimônio cultural e a construção do imaginário nacional. *Revista do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional*. Brasília: IPHAN/ MINC, n. 23, 1994.

CANDAU, J. *Memória e identidade*. São Paulo: Contexto, 2014.

FARIA, Marjorie Prado Junqueira de. *Os silenciados quilombolas e indígenas na formação de Caconde: território como testemunha do esquecimento*. Pós-Graduação em Planejamento e Gestão do Território. Universidade Federal do ABC. São Bernardo do Campo, 2018.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

HALBWACHS, Maurice. *A memória coletiva*. Traduzido do original francês. La Memoire Collective. 2. ed. São Paulo: Vértice, 1990.

MEIHY, J. C. S. B. *Manual da história oral*. 5. ed. São Paulo: Loyola, 2005.

NORA, Pierre. Entre memória e história: a problemática dos lugares. Trad. Yara Aun Khoury. *Projeto História*. São Paulo, n. 10, p. 7-28, dez. 1993.

ORTIZ, Renato. *Cultura brasileira e identidade nacional*. 5. ed. São Paulo: Brasiliense, 2006.

PASSOS, Álvaro Augusto dos. *A estética do poder*. 2010. 119 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

RAFFESTIN, Claude. A produção das estruturas territoriais e sua representação In: SAQUET, M. A.; SPOSITO, E. S. (Org.). *Território e territorialidades: teorias, processos e conflitos*. São Paulo: Expressão Popular, 2008, p. 17-36.

SIDI, Pilar de Moraes; CONTE, Elaine. A Hermenêutica como Possibilidade Metodológica à Pesquisa em Educação. *RIAEE Revista Ibero-Americana de Estudos em Educação*, Araraquara, v.12, n. 4, p. 1942-1954, out./dez. 2017.

SILVA, Marcela Vitoriano. O Princípio da Solidariedade Intergeracional: um olhar do Direito para o futuro. *Veredas do Direito*. Belo Horizonte, v.8 n.16 p.115-146 Julho/Dezembro de 2011)

SOUZA, Willian Eduardo Righini de Souza; CRIPPA, Giulia. O Patrimônio como processo: uma ideia que supera a oposição material-imaterial. *Em Questão*. Porto Alegre, v. 17, n. 2, p. 237-251, jul./dez. 2011.

VARINE, Hugues de. *As raízes do futuro: o patrimônio a serviço do desenvolvimento local*. Trad. Maria de Lourdes Parreira Horta. 1º Reimpressão. Porto Alegre: Medianiz, 2013.

VARELLA, Guilherme. O Patrimônio Imaterial do Plano Nacional de Cultura. In: SOARES, Inês Virgínia do Prado; PRAGMÁCIO, Mário (organizadores). *Tutela Jurídica e política de preservação do patrimônio cultural imaterial*. Salvador: JusPodivm, 2018.

### **Sites**

IPAC Instituto do Patrimônio Artístico e Cultural da Bahia. Conceitos Gerais. Patrimônio Imaterial. Disponível em: <http://www.ipac.ba.gov.br/patrimonio-imaterial/conceitos-gerais>. Acesso em 15 jul. 2021.

IPHAN Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Convenção de Salvaguarda do Patrimônio Imaterial. 2003. Disponível em <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Convencao%20Salvaguarda%20Patrim%20Cult%20Imaterial%202003.pdf> Acesso em 15 jul. 2021.

IPHAN Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Patrimônio Imaterial. Disponível em <http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/234>. Acesso em 15 jul. 2021.

### **Legislação**

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto por Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

### **Jurisprudência**

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 654.833 Acre. 20 de abril de 2020. Lex: jurisprudência do STF. Inteiro Teor do Acórdão. Página 1 de 126.

# RELAÇÃO ENTRE GALERISTA E ARTISTA - A EVICÇÃO E OUTROS RISCOS DECORRENTES DA INFORMALIDADE

*Gustavo do Abiahy Carneiro da Cunha Guerra<sup>1</sup>*

## **Introdução**

A despeito do caráter essencialmente subjetivo que permeia a avaliação, negociação e comercialização de obras de arte – que pressupõem uma afinidade pessoal, uma identidade de gostos maior do que mercados de outras áreas – a relação entre galeristas e proprietários de obra de arte, principalmente de artistas, é eminentemente comercial e, por isso, não pode deixar de observar algumas das características indispensáveis a esse tipo de relação.

Existe uma noção comum – parte de um imaginário coletivo, ou talvez, mais apropriadamente, de um preconceito bem disseminado – de que o bom artista, ou ainda o “verdadeiro artista” raramente gosta de se preocupar ou se dedicar a detalhes de seus negócios. Segundo essa forma de ver, preocupações com cláusulas, contratos e burocracias comerciais atrapalham a produtividade artística. Aliás, há até algo de pejorativo na imagem do artista que se preocupa com o caráter comercial de sua obra, como se fosse menos arte ou até um trabalho inferior. Não são poucas as pessoas que entendem não serem conciliáveis as duas coisas – arte e artigo de comércio.

Não podemos mudar a realidade de que vivemos em uma sociedade organizada de uma determinada maneira, e que essa maneira demanda certa formalidade. Essa complexidade, por sua vez, tende a aumentar na mesma medida em que aumentam o valor, o destaque, a visibilidade que se dá a determinado negócio e, de igual modo, a determinada obra artística.

Analisaremos, ao longo deste artigo, algumas das formas como as relações entre galeristas e artistas podem ser organizadas e formalizadas, assim como os arranjos mais

---

<sup>1</sup> Membro da Comissão de Direito das Artes da OAB SP; Especialista em Direito Econômico pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas - FGV; Especialista em Processo Civil pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo - ESMP-SP; Advogado em São Paulo.

frequentemente utilizados, que resguardam os interesses do artista, na mesma medida em que permitam a fluidez da relação comercial como é própria do interesse dos galeristas.

Ao fim, falaremos brevemente sobre como é importante ter formalizada – o mínimo que seja – a relação entre artista e galerista, e abordaremos algumas das consequências nefastas que podem se concretizar quando a natureza e os direitos de cada parte nessa relação não estão bem claros entre ambos.

Finalmente, devemos dizer que pela natureza deste trabalho, nos dedicaremos mais à relação específica de artistas com galeristas – e não com mecenas, patrocinadores e outros agentes de incentivo e desenvolvimento cultural – uma vez que uma análise completa e detalhada dessas relações não seria devidamente aprofundada em um artigo como este proposto.

## **1 A Natureza Comercial da Relação entre Artista e Galerista**

O florescimento das artes sempre dependeu de benfeitores, patrocinadores, amantes das artes e mecenas, que os encomendavam dos artistas. Uma tradição já milenar. Posteriormente, surgiram indivíduos dedicados exclusivamente à divulgação, comercialização e negociação de obras de arte, os chamados *Marchands*, que raramente estavam envolvidos na produção ou incentivo artístico em si, mas apenas no tratamento das obras de arte como mercadorias. Mais tarde, os galeristas viriam a assumir um papel intermediário, por atuarem tanto como incentivadores de artistas, como meros comercializadores de arte, modelo que se mantém relativamente igual ao que existe hoje.

Os artistas raramente se preocupam com o aspecto comercial de suas obras. Como já mencionado aqui, existe até mesmo uma imagem pejorativa do artista preocupado com a comercialização ou com os lucros de suas obras de arte. Parece haver muito mais valor naquela arte que não tem finalidade lucrativa ou comercial, como se fosse uma arte mais autêntica ou mais pura, talvez pela suposição de que se trate de uma expressão artística livre de influências.

Alysson Mascaro tangencia essa discussão em célebre artigo, no qual defende:

(...) a relação entre o artista e a obra se caracteriza por apresentar múltiplas razões constituintes. De um lado, desde as pinturas rupestres, há a tentativa de preservação da memória, dos sentimentos, da história vivida. A arte, assim, é

pensada como um projetar-se para além do artista, em favor da importância do próprio motivo da sua realização ou da sua entrega<sup>2</sup>.

O mesmo autor prossegue, demonstrando como, após a revolução industrial, essa relação foi substancialmente alterada:

Nas sociedades capitalistas, numa ponta, a forma de sujeito de direito torna o artista livre subjetivamente para a produção do objeto artístico. E, noutra ponta, o artista é livre igual ao comprador de seu produto. Juridicamente, o produtor da arte não pode ser constringido pela força a empreender a arte desejada por meio de coerção. Mas, justamente para sua inserção no tecido social de uma sociedade mercantilizada, o artista é livre para produzir a arte que queira, e livre e igual ao comprador da arte para a este poder vendê-la. A arte passa a ser conectada a uma rede estrutural de coerção à forma de sua circulação na sociedade, a mercadoria.<sup>3</sup>

No filme argentino “Minha Obra Prima”<sup>4</sup>, que retrata precisamente a relação entre um artista e um galerista seu amigo, é muito bem ilustrada essa questão. Ao que o artista Renzo afirma “não faço obras por comissão”, o amigo Arturo, o galerista, responde: “Que visão antiquada. Picasso era um artista livre, porque fazia o que queria, mas também fazia obras por encomenda e era milionário”.

É claro que a obra artística não tem como único objetivo ser lucrativa, mas evitar o diálogo sobre o aspecto comercial das obras de arte acaba por transformá-lo num grande tabu e, por sua vez, trazer resultados graves quando as coisas não saem como o planejado o que, muitas vezes, poderia ser evitado.

Claro que a liberdade de expressão artística sempre deve ser o objetivo maior, mas é igualmente certo que, quando a obra passa a ser comercializada, os assuntos devem ser tratados de acordo.

No entanto, é evidente que essa tarefa não é fácil. Quanto mais subjetivo for o objeto de qualquer avaliação, mais complexa será tal avaliação. É difícil pensar em algo mais subjetivo e

---

<sup>2</sup> MASCARO, Alysson Leandro. Sobre Direito e Arte. In: MAMEDE, Gladston; FRANCA FILHO, Márcilio Toscano; RODRIGUEZ JÚNIOR, Otávio Luiz (orgs.). *Direito da Arte*. São Paulo: Atlas, 2004.

<sup>3</sup> Idem.

<sup>4</sup> MI OBRA MAESTRA. Gastón Duprat, Argentina, 2018.

abstrato de se avaliar do que uma obra de arte. É quase – isso se não for exatamente – como avaliar financeiramente um sentimento ou uma lembrança: uma tarefa que pode ser divertida, mas também bastante ingrata.

## **2 As Formas de Parceria entre Artistas e Galeristas**

O início de qualquer relação comercial é sempre permeada por grande entusiasmo. Enormes são as expectativas. A ansiedade pela concretização dos planos deixa pouco espaço para a racionalidade e a atenção aos detalhes, principalmente os burocráticos, como parecem as demandas de um contrato ou de documentos.

Nesse contexto, fica difícil investir o tempo necessário para a discussão das formas como se darão as parcerias. Essas questões costumam ser tratadas de maneira secundária. No máximo se discutem as margens de lucro e respectivas participações, por vezes prazos, e apenas isso.

Lamentavelmente, nada disso será levado em conta quando os planos não se concretizarem, e é justamente nesse momento que os contratos se mostrarão mais necessários. Para aqueles familiarizados com o mundo jurídico, está clara a noção de que os contratos servem justamente para quando surge a discórdia.

Quando há a iniciativa para a formalização da relação, ela costuma partir do galerista, o que não é de toda uma surpresa, por ser este o agente habituado ao ambiente negocial, e não o artista. Mas pela mesma razão, os galeristas menos organizados costumam manter relacionamentos com grande informalidade e até mesmo de maneira não transparente com alguns de seus artistas. Nesses casos, maior será a informalidade quanto menos famoso for o artista em questão.

O que é indispensável, no entanto, é delimitar a natureza dessa parceria. O galerista se responsabilizará por algum dos custos do artista? Se não dos materiais como tintas e telas, ao menos do transporte das obras? A quem incumbe contratar seguros? Quem as inscreverá em prêmios, concursos, exposições e editais? Caso a obra seja vitoriosa em alguma dessas iniciativas, como se dará a divisão dos resultados? Todas essas questões podem parecer pequenas no início de qualquer relação, mas sua importância se mostra conforme o tempo passa e a parceria se desenvolve.

Uma questão que pode até parecer supérflua pode, no pior dos casos, se tornar determinante, como, por exemplo, a forma como se dará a transferência da posse da obra ao galerista. Uma tela, por exemplo, pode ser vendida a uma galeria que tenha interesse em comercializá-la, mas isso não é comum.

De fato, o mais comum no meio é que a comercialização seja feita por consignação, como se chama popularmente, mas que é batizado como contrato estimatório pelo Código Civil.<sup>5</sup>

Neste tipo de negócio, como esclarece o artigo 534 do Código Civil, o consignante entrega bens móveis ao consignatário, que fica autorizado a vendê-los. Ou seja, nesse modelo, não ocorre a transferência da propriedade dos bens do artista ao galerista, apenas a posse.

Essa informação pode parecer redundante, mas uma série de consequências extremamente relevantes decorre dessa opção, uma vez que a lei esclarece não se tratar, na verdade, de uma única relação jurídica que envolve três agentes, mas sim duas relações jurídicas distintas – ainda que interligadas – mantidas entre vários sujeitos.

Nelson Rosenwald oferece brilhante esclarecimento sobre o assunto:

Assim, a relação jurídica estimatória é travada, exclusivamente, entre o consignante e o consignatário, sendo o terceiro adquirente absolutamente estranho a essa vinculação.<sup>6</sup>

Uma das características fundamentais que decorre dessa forma de contrato é a consequência decorrente da inadimplência. Vejamos novamente o que diz esse autor:

Por isso, na eventual hipótese de inadimplemento contratual pelo outorgado, não pode o consignante cobrar o valor ajustado do terceiro adquirente da coisa, que é parte ilegítima para a ação de cobrança. Do mesmo modo, se o terceiro adquirente inadimpliu o seu pagamento em favor do consignatário, o consignante em nada será atingido, pois permanecerá com o direito de executar o outorgado para o pagamento do preço de estima.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> Artigos 534 e seguintes do Código Civil.

<sup>6</sup> ROSENWALD, Nelson. Comentários ao Artigo 534. In: PELUSO, Cezar (org.). *Código Civil Comentado*. Barueri-SP: Manole, 2018.

<sup>7</sup> Idem.

Outra consequência ainda mais dramática diz respeito à sujeição de bens consignados para satisfazer dívidas. Como vimos, não se transmite a propriedade dos bens consignados em contratos estimatórios, de modo que nos parece natural que tais bens jamais poderiam estar ao alcance dos credores do consignatário para satisfazer créditos.

E, de fato, assim é. Para que não restasse nenhuma dúvida, a lei esclareceu o que já se podia intuir no artigo 536 do Código Civil, que é a impossibilidade de utilizar os bens consignados para saldar dívidas do consignatário.

Isso pode parecer bastante simples, principalmente para o profissional do Direito, acostumado a relações dessa natureza. E embora possa ser intuitivo também aos profissionais dos meios artísticos, artistas e galeristas seguramente não partilham da mesma visão a respeito da importância da formalização dessa relação e suas consequências.

Em outras palavras, para que seja aplicável a norma acima mencionada, é preciso que seja clara a natureza da relação, até mesmo para que se demonstre a que título uma pessoa, que eventualmente se encontrará na condição de devedora, está na posse de bens que podem parecer atraentes para seus credores.

É certo que negócios particulares não são oponíveis a terceiros. É igualmente certo que o direito de cada um não deixará de existir somente em virtude da ausência de formalização. A Lei não prevê a forma escrita como necessária para a validade do contrato estimatório.

No entanto – e isso é muito interessante – o fato de ter sido escolhido esse modelo de relação comercial traz, sim, impactos a terceiros, não porque o negócio particular seria a eles oponível, mas sim em razão da delimitação de direitos e obrigações atribuídos a cada parte pela lei.

Até mais recorrente do que isso, é o fato de a formalização da relação por contrato ser, também, uma oportunidade de as próprias partes terem claros para si os limites de seus direitos e obrigações. Embora possa ser improvável que um contrato estimatório venha a resguardar direito das partes em relação a terceiros, é muito provável que o mesmo contrato ajude a esclarecer e a evitar desentendimentos futuros entre as próprias partes.

### **3 Consequências da Informalidade – A Hipótese da Eviscção**

Como dissemos, a informalidade não traz apenas riscos aos agentes que integram o acordo informal, como pode impactar, também, terceiros de boa-fé que estejam alheios à essa relação ou à sua natureza.

Dentre as consequências possíveis, a mais grave, seguramente, é a ocorrência de um fenômeno jurídico relativamente raro: a evicção. Pela raridade desse fenômeno, mesmo entre técnicos jurídicos, convém algumas explicações sobre sua natureza.

O instituto da evicção, previsto no artigo 447 do Código Civil, pode ser conceituado como “o conjunto das garantias às quais o alienante, por força da lei, está obrigado, na transferência da coisa ao adquirente”<sup>8</sup>.

Outra forma de defini-la é dada por Caio Mário: “Chama-se evicção *a perda da coisa, por força de sentença judicial que a atribui a outrem, por direito anterior ao contrato aquisitivo*”<sup>9</sup>.  
(Destaque no original)

Como se vê das definições dadas acima, a evicção se dá, na verdade, na relação jurídica existente entre adquirente e alienante, e não propriamente sobre o terceiro legítimo proprietário que vem a reivindicar o bem sobre o qual possuía direito anterior ao negócio questionado:

De acordo com o primeiro elemento da evicção, fica claro que esse modelo jurídico requer a perda da propriedade ou da posse de um bem em função do reconhecimento de esse direito caber a outrem, por fato anterior à aquisição dele pelo evicto (aquele que sofre a evicção, é o excluído).<sup>10</sup>

Normalmente o instituto é aplicado em questões sucessórias, quando não há clareza sobre a propriedade – ou sobre a legitimidade da propriedade – de um ou alguns dos bens herdados, mas o fenômeno pode ocorrer em qualquer situação na qual não seja clara a propriedade de um bem.

E surpreendentemente, além dos riscos habituais decorrentes da relação comercial informal, mencionados genericamente ao longo deste artigo, atraí-nos especial atenção a

---

<sup>8</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. *Código Civil Interpretado*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

<sup>9</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. III. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

<sup>10</sup> ROSENWALD, Nelson. Op. cit.

possibilidade de ocorrência de evicção no contexto da informalidade específica mantida entre artista e galerista, como, lamentavelmente, já vimos acontecer.

No caso prático por nós acompanhado, o artista confiou mais de trinta obras de arte, entre telas e esculturas, a um galerista que acabou por falir. Sem que se faça juízo dos padrões éticos dos galeristas, fato é que o imóvel por eles ocupado acabou por ser retomado pelos proprietários, que acabaram por tomar, também, todos os bens que lá se encontravam para satisfazer os débitos existentes com a galeria inadimplente.

Ocorre que várias – talvez a maioria – das obras de arte penhoradas pelos locadores estava apenas consignada à galeria, mas não pertencia a ela, de modo que se deu a disputa que vimos desenhando ao longo deste texto.

Quando questionados pelos artistas que reivindicaram sua obra, os locadores da antiga galeria fizeram pedido bastante razoável: a apresentação dos contratos e relação das obras cedidas a título de consignação. A minoria estava regularizada, de modo que pende no Judiciário, há anos, disputa sobre sua propriedade.

Fora o evidente prejuízo material a vários envolvidos, esse fato recaiu como um golpe a artistas que tiveram penhoradas inúmeras de suas obras. Em alguns casos, coleções ou séries inteiras, que levaram anos para ser construídas e consolidadas pelos artistas

Como se vê, é uma disputa difícil e que pode trazer prejuízo incalculável e, pior, irreparável a muitas pessoas, mas que seria facilmente evitável no caso de uma maior organização entre os envolvidos.

A hipótese pode parecer exagerada, talvez até algo dramática, mas não é tão rara e nem tão improvável como pode parecer.

A mesma situação ocorreria na hipótese de um galerista de idade já avançada e que poderia falecer subitamente. Somente a ele caberia saber a quem pertencem as obras que se encontrariam em sua galeria, se não houver contratos ou outra forma de formalização de seus assuntos com artistas e proprietários de obras de arte. Evidentemente, se não houver registros, haverá disputas entre seus herdeiros e os artistas. O mesmo problema pode ocorrer em casos de artistas idosos e que passem pelo mesmo processo.

Mas talvez o elemento mais interessante nesse fenômeno seja o fato de, na hipótese de ocorrer a evicção, a responsabilidade do alienante subsistir mesmo quando o bem é alienado por meio de hasta pública. Não pode haver dúvida sobre isso, porque consta mandamento expreso nesse sentido no artigo 447 do Código Civil.

Desse modo, ainda que o bem acabe por ser leilado judicialmente, não cessarão as discussões a respeito da responsabilidade de indenização em favor de possíveis prejudicados.

Há alguma controvérsia, na doutrina, a respeito de quem seria o responsável pela garantia no caso de hasta pública, uma vez que o artigo legal não o menciona expressamente.

No entanto, a maioria da doutrina – e assim também nos parece – costuma convergir no sentido de entender que a responsabilidade recairia sobre o devedor principal, ou seja, o alienante, porque a ele havia sido confiado o bem e a ele incumbe a responsabilidade por sua integridade. Entendemos, ademais, que tal responsabilidade pode se estender ao exequente, uma vez que foi beneficiado por arrematação de bem ao qual jamais deveria ter tido acesso, e também por atenção ao princípio geral da vedação do enriquecimento sem causa. Vejamos novamente as palavras de Nelson Rosenwald:

Diante do exposto, o melhor entendimento é o de que não há propriamente garantia contra a evicção na arrematação em hasta pública, pois a referida garantia só se aplica a atos de autonomia privada, preferencialmente negócios jurídicos onerosos. Mas se não se pode negar que de fato houve a evicção, embora inexista garantia específica contra ela, também não pode o direito permitir que fique sem tutela a situação patrimonial do arrematante. Sendo assim, acreditamos que, primeiramente, o arrematante evicto direcionará a demanda em face do executado, seja por ostentar a condição de primitivo titular do direito, como por ter sido diretamente beneficiado pelo desfecho na execução, pela extinção de sua obrigação. Subsidiariamente, será viável a responsabilização do exequente. Tecnicamente, ele não seria legitimado para a demanda, pois nunca titularizou o direito sobre o bem arrematado. Porém, sua responsabilidade decorre do princípio geral do enriquecimento sem causa, à medida que obteve a satisfação de um crédito à custa da arrematação de um bem que não poderia ter sido adquirido pelo arrematante.<sup>11</sup>

Se a discussão parece complexa, muito mais complexa ela se mostrará em casos concretos nos quais se trave disputa similar.

---

<sup>11</sup> ROSENWALD, Nelson. Op. cit.

Por outro lado, a formalização da uma relação mantida entre artista e galerista, ainda que simplista, mas instrumentalizada por um contrato escrito, seria suficiente para afastar essa discussão, bem como os prejuízos inevitavelmente dela decorrentes às várias pessoas envolvidas.

## **CONCLUSÃO**

O avanço da complexidade de nossa sociedade é irreversível. Do mesmo modo, a velocidade com que os negócios têm se realizado, principalmente com o advento da *internet* e das redes sociais, torna ainda mais presente o senso de urgência em solucionar os problemas e desafios que se apresentam a todos.

Esperamos ter demonstrado, com este artigo, que o grande tabu existente no meio artístico a respeito dos contratos e negociações de obras de arte, principalmente entre artistas, é algo que deve ser superado e que pode ser bastante prejudicial aos negócios em que esse assunto não tenha sido devida e suficientemente debatido.

Demonstramos, também, que embora seja comum, a informalidade no meio é um mal a ser combatido, pois as consequências dela decorrentes podem ser incalculáveis e, pior, podem atingir terceiros de boa-fé que em nada se relacionam com o negócio principal realizado de maneira negligente.

Com esses exemplos, esperamos ter demonstrado os principais riscos decorrentes da informalidade na relação entre agentes do meio artístico, bem como oferecer algum amparo teórico a artistas e galeristas e, principalmente, termos demonstrado algumas das consequências mais dramáticas que podem ser suportadas quando a relação comercial não for devidamente formalizada, principalmente por algo que pode atingir a artistas precisamente naquilo que lhes é mais caro: a conservação de suas obras, fruto de seu trabalho.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

MASCARO, Alysson Leandro. Sobre Direito e Arte. In: Gladston Mamede; Marcílio Toscano Franca Filho; Otávio Luiz Rodriguez Junior (orgs.). *Direito da Arte*. Atlas, São Paulo, 2004.

MI OBRA MAESTRA. Direção de Gastón Duprat, Argentina, 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, Vol. III, 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ROSENWALD, Nelson. Comentário ao Artigo 534. In: PELUSO, Cezar (org.). *Código Civil Comentado*. Barueri: Manole, 2018.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Código Civil Interpretado*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

## Os direitos morais de autor na adaptação literária para o audiovisual

Roberta Maniglia de Resende Matos<sup>1</sup>

### Introdução

Ao lado da música, a produção audiovisual é a grande força do entretenimento no mundo contemporâneo. Embora dotada de linguagem própria, e consistente em combinação técnica e artística de diversos elementos, enredo e texto são importantíssimos, razão pela qual as obras literárias, com suas histórias e personagens prontos, consistem em importante ponto de partida para o desenvolvimento da criação audiovisual. A par de constituírem inspiração, atraem para a obra audiovisual os fãs do texto.

Assim, ainda que alicerçada em trabalho artístico criativo inquestionável, a obra audiovisual nascida de adaptação de obra literária parte de criação pré-existente. Trata-se, como expresso na linguagem consagrada, de *obra adaptada*. Conforme será visto adiante, o texto da Convenção da União de Berna e a Lei de Direitos Autorais brasileira protegem os direitos patrimoniais e morais de autor, dentre os quais o de *autorizar a adaptação* de obra de sua autoria, sob pena, inclusive, de opor-se ao resultado da adaptação e impedir sua circulação, se lhe ofender a reputação, honra ou imagem.

Para tornar a questão ainda mais controvertida, a simples transposição da linguagem escrita para a audiovisual envolve uma série de modificações inevitáveis, desenhando um cenário jurídico complexo, em que o novo criador dependerá da autorização do criador primevo para que sua obra possa existir e circular.

Nesse contexto, o presente artigo traça os contornos jurídicos dessa intrincada relação jurídica envolvendo criadores que, embora distintos e independentes, estarão para sempre interligados, a fim de buscar mitigar, contratualmente, os riscos envolvidos em negócio jurídico que a partir da letra fria da lei, a qualquer tempo poderia ser questionado.

O caminho sugerido advém da Teoria Geral dos Contratos, em que o princípio da boa-fé contratual e seus consectários impõem aos contratantes deveres laterais de trabalharem juntos pela consecução do objeto contratual. Nesses termos, obtida a autorização do autor da obra originária com todos os cuidados e por meio de tratativas revestidas de boa-fé, com o

---

<sup>1</sup> Advogada. Especialista em Língua Portuguesa e em Direitos de Autor. Trabalha com preparação editorial de textos jurídicos. Membro da Comissão de Direito das Artes da OAB SP.

máximo de informações fornecidas por ambas as partes, a obra adaptada tem condições de nascer e seguir sua vida de obra autônoma.

### **1 A obra “adaptada” na legislação autoral**

Em suas lições sobre a obra audiovisual cinematográfica a consagrada autoralista Eliane Abrão ensina que “Inicia-se, tal qual a obra teatral, a partir de um texto escrito, que tanto pode ser de autor já consagrado em livro, como de um texto redigido especialmente para o filme”<sup>2</sup>. A obra audiovisual pode nascer, portanto, *adaptada* de obra literária pré-existente, ou de roteiro escrito especialmente para ela.

Para o direito brasileiro, tanto a obra audiovisual quanto o livro que lhe deu origem são duas obras distintas, ambas merecedoras de proteções autorais autônomas, embora uma originária e outra derivada. No entanto, a produção de uma obra derivada, no Brasil (e em muitos outros lugares do mundo) exige autorização do autor da obra originária, sob pena de violação de direitos de autor. Essa autorização dá-se por meio de termo escrito, “contrato”, em que as partes regulam as condições e limites em que poderá ocorrer a transposição da obra de um gênero para outro.

O regime jurídico protetivo concedido às obras derivadas pela lei brasileira repete a essência do regime previsto no texto da *Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 9 de setembro de 1886, revista em Paris, a 24 de julho de 1971*, que estabelece, em seu artigo 2, alínea 3, que “são protegidas como obras originais, *sem prejuízo dos direitos do autor da obra original*, as traduções, adaptações, arranjos musicais e outras transformações de uma obra literária ou artística”. (grifo nosso)

Confira-se a redação que a lei brasileira de Direitos de Autor, Lei 9.610/98, doravante simplesmente LDA, reservou a esses mesmos tópicos:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se: [...] VIII - obra: [...] g) derivada - a que, constituindo criação intelectual nova, resulta da transformação de obra originária;

Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como: [...] XI - as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova.

---

<sup>2</sup> ABRÃO, Eliane. *Direitos de Autor e Direitos Conexos*. 2. ed. revista e ampliada. Ribeirão Preto: Migalhas, 2014, p. 226.

Art. 29 Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como: [...] III – a adaptação, o arranjo musical e quaisquer outras transformações.

A obra derivada parte de obra preexistente, mas se reveste de originalidade quanto à forma de expressão do conteúdo. Nas palavras de Pontes de Miranda, “O adaptador cria com os elementos da outra obra”<sup>3</sup>.

## **2 A natureza jurídica da autorização necessária à adaptação da obra**

A LDA regula a transferência dos direitos de autor nos artigos 49 a 52. No *caput* do art. 49 são enumerados alguns negócios jurídicos que podem ser utilizados para essa transferência: 1 licenciamento, 2 concessão, 3 cessão ou 4 outros meios admitidos em Direito. Conforme destacado por Eliane Abrão, a LDA não define licença, “tampouco a regulamenta”<sup>4</sup>, mas em que pese à ausência de definição, doutrina e jurisprudência parecem concordar com a máxima didática segundo a qual a cessão está para a compra e venda como a licença está para a locação. Em outras palavras, a cessão é a transferência definitiva, ao passo que a licença é a transferência temporária, por um determinado lapso temporal e para finalidade determinada.

A autorização *lato sensu* necessária à adaptação da obra literária para o audiovisual encaixa-se no negócio jurídico denominado *licenciamento*. Trata-se de autorização temporária exclusiva para que terceiro explore economicamente a obra literária protegida, transformando-a, mediante outro trabalho intelectual criativo, em obra audiovisual. A exclusividade não se presume, deve ser objeto de contrato, conforme se verá adiante.

No *caput* do art. 49 e no seu inciso I, o conceito central: transferem-se parcial ou totalmente somente os direitos patrimoniais; os direitos morais de autor são intransferíveis. A possibilidade de a qualquer tempo o autor reivindicar a proteção da integridade da obra, de onde decorre a preocupação investigada neste trabalho, é corolário direto dessa premissa.

O inciso VI, do mesmo art. 49, traz outro princípio basilar do direito autoral: “VI - não havendo especificações quanto à modalidade de utilização, o contrato será interpretado

<sup>3</sup> ABRÃO, Eliane Y. *Direitos de Autor e Direitos Conexos*, cit., p. 252.

<sup>4</sup> ABRÃO, Eliane Y. *Direitos de Autor e Direitos Conexos*, cit., p. 315.

restritivamente, entendendo-se como limitada apenas a uma que seja aquela indispensável ao cumprimento da finalidade do contrato”.

Em verdade, o texto acima troca em miúdos as disposições contidas no art. 4º da LDA, segundo o qual “Art. 4º Interpretam-se restritivamente os negócios jurídicos sobre os direitos autorais” e no art. 31, da mesma lei, em que se lê: “Art. 31. As diversas modalidades de utilização de obras literárias, artísticas ou científicas ou de fonogramas são independentes entre si, e a autorização concedida pelo autor, ou pelo produtor, respectivamente, não se estende a quaisquer das demais.” Dessas disposições da lei decorre que se autoriza somente o que está expresso no contrato, que deve então trazer redação detalhada, minuciosa, que reflita todos os aspectos (e produtos) negociados entre as partes.

Se um autor de obra literária licenciou seu livro para realização de um longa-metragem a ser exibido em cinema, a autorização é somente essa, não estando autorizado nada além, como a adaptação da mesma obra literária para uma série de TV, ou a produção de eventuais sequências e novas temporadas; até mesmo a veiculação da mesma obra audiovisual em *streaming* deve estar autorizada em contrato. Todas “as variações são automaticamente excluídas do contrato, a menos que expressamente mencionadas, e apenas nos limites estabelecidos no texto contratual”.<sup>5</sup>

Quaisquer outros direitos decorrentes do licenciamento principal também terão que ser negociados por meio de contrato minucioso, como o licenciamento de produtos, o lançamento do roteiro em livro, e quaisquer outros. Eventual participação do autor da obra literária no resultado da comercialização/distribuição da obra audiovisual também deve estar ajustada no contrato.

Da mesma maneira, de acordo com os termos do inciso IV, do art. 49, se não houver estipulação em contrário, o licenciamento estará limitado ao território do país em que foi celebrado. Uma vez autorizadas, contudo, outras versões da mesma obra podem ser realizadas contemporaneamente, resultando em obras diferentes e todas autônomas entre si.<sup>6</sup>

Ao estabelecer a presunção de onerosidade para os negócios jurídicos envolvendo direitos de autor, o *caput* do art. 50 cita apenas o contrato de cessão, deixando de repetir o licenciamento, concessão “ou outros meios admitidos em direito”. No entanto, a determinação

---

<sup>5</sup> ANDRADE, Gilberto Falcão de. Produção de Obras Audiovisuais. In: FRANCEZ, Andréa; COSTA NETTO, José Carlos; e D’ANTINO, Sérgio Famá. *Manual do Direito do Entretenimento: Guia de Produção Cultural*. p. 83-97. São Paulo: SENAC e SESC, 2009. p. 86.

<sup>6</sup> ANDRADE, Gilberto Falcão de. Produção de Obras Audiovisuais, cit., p. 85.

para que o contrato seja escrito e de que será presumivelmente oneroso são corolários das limitações contidas no art. 49 e seus incisos, já analisadas. Sobre os elementos enumerados como essenciais do contrato de cessão no parágrafo segundo do art. 50, não há novidades: objeto, tempo, lugar e preço também já estão previstos no detalhamento e rigor recomendados acima.

Sobre o prazo, no capítulo destinado à obra audiovisual a LDA reserva disposição expressa:

Art. 81. A autorização do autor e do intérprete de obra literária, artística ou científica para produção audiovisual implica, salvo disposição em contrário, consentimento para sua utilização econômica.

§ 1º A exclusividade da autorização depende de cláusula expressa e *cessa dez anos após a celebração do contrato.* (grifo nosso)

Dessa forma, decorridos 10 anos, o autor da obra originária pode autorizar outra adaptação, para outro licenciado.

Sobre esse ponto, em razão do alto custo de produção da obra audiovisual, desenvolveu-se no mercado a praxe de celebrar o chamado “contrato de opção”, pré-contrato pelo qual o produtor remunera o licenciante antecipadamente por apenas uma parte do preço da licença, geralmente um valor referente a cerca de dois a cinco anos do direito de exclusividade, para que tente obter dentre os investidores valores que viabilizem a produção. Caso tenha sucesso na obtenção do investimento, o produtor convalida a opção, assinando, assim, o licenciamento pelo prazo integral.

### 3 Direitos morais de autor

Em definição capaz de deitar luzes sobre o liame íntimo, profundo, do criador com a obra, o grande civilista Carlos Alberto Bittar, em sua insigne monografia *Direitos da Personalidade*, chega a falar em “elo *espiritual* entre o autor e sua concepção intelectual, plasmada no mundo exterior [...]”<sup>7</sup>. O mesmo autor ressalta o aspecto *pessoal* do vínculo entre autor e obra, distinguindo o direito moral de autor como reflexo de sua própria personalidade<sup>8</sup>, razão da proteção do ordenamento, que busca exatamente “impedir usos que maculem, ou venham a ofender a personalidade do criador [...]”<sup>9</sup> (os grifos são nossos) Daí falar-se que os

<sup>7</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. p. 142.

<sup>8</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*, cit., p. 143-144.

<sup>9</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*, cit., p. 147.

direitos morais de autor são aqueles de ter seu nome eternamente ligado à obra – pois a obra seria parte de si – e o de somente ele, autor, decidir o que pode ser feito com ela.

### 3.1 A proteção jurídica ao direito moral de autor

De acordo com o texto do art. 6, bis, da Convenção da União de Berna, os direitos morais de autor podem ser arrolados, em ótima síntese, como o de “reivindicar a paternidade da obra e de se opor a toda deformação, mutilação ou a qualquer dano à mesma obra, prejudiciais à sua honra ou à sua reputação”.

Para a LDA, são direitos morais do autor (art. 24):

- I - o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra;
- II - o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra;
- III - o de conservar a obra inédita;
- IV - o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra;*
- V - o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada;
- VI - o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem;*
- VII - o de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado. (grifos nossos)

Conforme destaca o desembargador do TJSP José Carlos Costa Netto, as disposições do art. 24, da LDA revelam a conexão direta do direito moral de autor com os direitos da personalidade<sup>10</sup>, à medida que a violação à integridade da obra (direito moral de autor) pode afrontar diretamente atributo pessoal, qual seja, a chamada honra objetiva, a imagem que os outros têm da pessoa. E na sequência, traz contribuição da doutrina italiana que serve com perfeição à preocupação que fundamenta este artigo:

Se a personalidade do autor acompanha o exercício do direito de autor, é a qualidade da obra – diferentemente de um bem patrimonial comum – que é representativa da personalidade do autor na sociedade. O autor como tanto já se escreveu, vive na obra. Tendo em vista que a sociedade identifica a

<sup>10</sup> COSTA NETTO, José Carlos. *Direito Autoral no Brasil*. 3. ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 61.

natureza e o valor da obra com o dom pessoal e o mérito do autor sua personalidade tanto se engrandecerá em decorrência da obra como, ao contrário, poderá ser – por esta – diminuída ou obscurecida.<sup>11</sup>

Na mesma senda segue Pontes de Miranda ao discorrer sobre outro direito da personalidade, o direito ao nome, atributo que se mistura aos atos da vida, deixando que lhe sejam gravados o bem e o mal.<sup>12</sup> Em tal contexto, se Costa Netto lembra a importância da aposição do nome do autor à obra, *a contrario sensu* pode-se alertar para o descabimento da remissão ao nome do autor originário em obra que não teve a integridade respeitada, situação que pode lhe ofender a honra.<sup>13</sup>

Nesses termos, uma obra que tenha tido seu sentido alterado se continue associada ao nome do autor ofenderia exatamente essa conceituação que a pessoa construiu ou deseja construir perante a coletividade. Tudo isso porque é da natureza do direito à imagem (imagem moral, sinônimo de reputação, e não imagem física, efígie) a faculdade da pessoa escolher “as ocasiões e os modos pelos quais deve aparecer em público”.<sup>14</sup>

E nunca é demais lembrar: em matéria de direitos autorais, “Constituem assim atos ilícitos não só o uso não consentido, como também o uso que extrapole os limites contratuais (em finalidade diversa, ou não expressamente ajustada).”<sup>15</sup> E ainda, “O desvirtuamento ou excesso na licença concedida configura utilização não consentida da obra, responsabilizando o infrator pela violação perpetrada.”<sup>16</sup>

#### **4 A transformação naturalmente envolvida na adaptação de obra literária para o audiovisual**

Adaptar é tornar uma obra nascida em um formato capaz de se sustentar em outro, totalmente distinto; trata-se de operar uma transposição de linguagem, o que requer, por si só, transformações significativas.

<sup>11</sup> CASELLI, Piola. *Codice del diritto di autore*. Torino: UTET, 1943, p. 326, apud COSTA NETTO, José Carlos. *Direito Autoral no Brasil*, cit., p. 230-231.

<sup>12</sup> PONTES DE MIRANDA, cit., apud COSTA NETTO, José Carlos. *Direito Autoral no Brasil*, cit., p. 65.

<sup>13</sup> COSTA NETTO, José Carlos. *Direito Autoral no Brasil*, cit., p. 65.

<sup>14</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos da Personalidade*, cit., p. 95.

<sup>15</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos da Personalidade*, cit., p. 96.

<sup>16</sup> ASSEF, Tatiana Moschetta; NUNES, Eunice Anardo Molefas. Das Obras Literárias. In: FRANCEZ, Andréa; COSTA NETTO, José Carlos; e D’ANTINO, Sérgio Famá. *Manual do Direito do Entretenimento: Guia de Produção Cultural*. p. 47-54. São Paulo: SENAC e SESC, 2009. p. 53.

De maneira bastante didática o cineasta brasileiro Jorge Furtado, em palestra proferida há alguns anos na 10ª Jornada Literária de Passo Fundo, Rio Grande do Sul, resume as inevitáveis transformações por que passam as obras literárias ao serem levadas para o audiovisual. Em primeiro lugar, Furtado cita o aparentemente óbvio, de que na linguagem audiovisual toda a informação deve ser visível ou audível, mas que leva a uma consequência nem sempre antevista por quem não está no ofício: verbos como pensar, lembrar, esquecer, sentir, não podem ser transpostos automaticamente, exigindo intervenção do diretor e produção para chegarem até as telas. A segunda diferença fundamental marcada por Furtado é que o autor da obra literária conta com a imaginação do leitor para que a cena se complete; cineastas e roteiristas, por sua vez, precisam fazer grande parte do trabalho do leitor, decidindo, previamente, uma séria de detalhes. Tal assertiva pode ser compreendida a partir do excelente exemplo apresentado pelo diretor, a partir da primeira frase do romance *A metamorfose*, de Franz Kafka: “Ao despertar após uma noite de sonhos agitados Gregor Samsa encontrou-se em sua própria cama transformado num inseto gigantesco”:

Esta frase, talvez a melhor primeira frase da história do romance, disse tudo que é preciso saber para que a história comece. Cada um de nós, leitor, imaginou a sua própria cena, o escritor nos informa apenas aquilo que ele julga ser necessário, o leitor imagina todo o resto.

Já os cineastas – e os roteiristas – precisam fazer grande parte do trabalho do leitor. Qual a cor do inseto? É uma cama de madeira ou de metal? Qual a cor das paredes do quarto? Como é a luz do quarto? Há uma janela? A luz entra pela janela? Através da persiana ou através das cortinas? Como é o piso desse quarto? É de madeira ou está coberto por um tapete? A cama tem lençóis? Há outros móveis no quarto?<sup>17</sup>

Mesmo que muitas dessas perguntas sejam respondidas na sequência do livro o cineasta precisa imediatamente tomar essas decisões, adiadas pelo autor. Lendo, cada leitor cria suas próprias imagens, sem custos de produção e limites de realidade. É natural que se decepcione quando veja as imagens criadas pelo cineasta e diga: “gostei mais do livro”.

Para compreender essa transformação são úteis as lições de Paulo Emílio Salles Gomes, que além de ter trabalhado longamente como crítico de cinema, também foi escritor e roteirista – dentre outros, assinou com Lygia Fagundes Telles o roteiro responsável por adaptar *Dom Casmurro*, de Machado de Assis, para o cinema. Paulo Emílio coloca, de um

<sup>17</sup> FURTADO, Jorge. A Adaptação Literária para Cinema e Televisão. Palestra proferida na 10ª Jornada Nacional de Literatura de Passo Fundo, realizada entre os dias 26 e 29 de agosto de 2003, em Passo Fundo-RS. Disponível em <http://abra.art.br/blog/2012/02/27/adaptacao/>, acesso em 30 ag. 2021.

lado, a liberdade oferecida ao leitor por meio de uma personagem feita de palavras enquanto no cinema, “a cristalização definitiva desta fica condicionada a um contexto visual. [...] Essa circunstância retira do cinema, arte de presenças excessivas, a liberdade fluida com que o romance comunica suas personagens aos leitores. [...] A Capitu de uma fita de cinema nunca seria essencialmente olhos e cabelos, e nos imporia necessariamente tudo o mais, inclusive pés e cotovelos.”<sup>18</sup>

Pode-se citar, ainda, a experiência da romancista italiana Elena Ferrante, que a par de autora de livros de grande sucesso, auxiliou os roteiristas na produção da série televisiva *Amiga genial* para a HBO, a partir da sua tetralogia napolitana:

Uma praça minuciosamente descrita [no livro] é reduzida na tela a um simples substantivo: praça. Um evento ao qual eu tenha devotado diversas páginas encolhe, torna-se uma única cena. Personagens tornam-se nomes, ações são abreviadas, como se resumissem a linhas de diálogo. Reduzido, o romance parece um truque obtido por meio de palavras literárias, uma fraude, e seu próprio autor se envergonha. A história, sob essa forma sumária, parece banal. A densidade que eu achava que havia conseguido esvaiu-se. [...]

Então, aos poucos, a gente se acostuma a escrever para o audiovisual, a escrever roteiros; é uma escrita funcional, preparando o pulo do romance para a nova obra: o filme.<sup>19</sup>

Trocando em miúdos, a simples transposição do texto escrito para obra audiovisual impõe uma série de escolhas a diretor, roteiristas e produtor, que miradas sob o escopo deste trabalho, podem vir a não agradar o autor da obra literária.

Do depoimento do escritor argentino Pedro Mairal sobre a adaptação de seu romance *Uma noite com Sabrina Love*, para o cinema, pode-se visualizar a relação íntima, amorosa, e por isso ciumenta, que autor mantém com sua obra, e que o desafia diante da adaptação:

Não participo do roteiro. Vou aprendendo, à força de pequenos golpes no amor próprio, que, agora, *Uma noite com Sabrina Love* é o filme do diretor, e que eu, como autor do livro, não apito nada. Para isso te pagam, para que você não atrapalhe. [...] Que chatice, o amor-próprio. Que sensação mais

<sup>18</sup> GOMES, Paulo Emílio Salles. A personagem cinematográfica. In: CANDIDO, Antonio et al. *A Personagem de Ficção*. 10. ed. p. 105-119. São Paulo: Perspectiva, 2002. p. 111.

<sup>19</sup> FERRANTE, Elena. Elena Ferrante on the screen adaptation of her book: 'I want to say, let's give it up'. *The Guardian*. 10.11.2018. Disponível em <https://www.theguardian.com/lifeandstyle/2018/nov/10/elena-ferrante-on-screen-adaptations-of-her-novels>; acesso em 12 ago. 2020.

esquisita. Mistura de usurpação e lisonja. [...] Eu saio vivo, mas demoro para assimilar o choque.<sup>20</sup>

#### **4.1 A facilitação da mensagem, um perigo sempre à espreita? O célebre caso P.L. Travers**

Viu-se até aqui que mesmo que intencione se manter fiel ao texto literário que lhe deu origem, a obra audiovisual demanda criação e muita transformação para “funcionar” nas telas.

Nesse contexto, outro elemento deve ser adicionado às necessidades de transformação, pois incontestável que a linguagem audiovisual, embora comporte manifestações artísticas elaboradas e de difícil fruição como qualquer outra, tem como um dos objetivos atingir o maior número de público possível, inclusive para que se mantenha viável, diante dos altos custos de produção.

Sob esse prisma, não é possível falar em produção audiovisual e ignorar o conceito de indústria cultural, cultura de massas, ou ainda, como tem sido nomeada contemporaneamente, indústria do entretenimento. Para tanto, são de grande utilidade as contribuições do grupo de filósofos e cientistas sociais reunidos no Instituto de Pesquisa Social da Universidade de Frankfurt, Alemanha, na primeira metade do século XX, com o objetivo de tecer críticas à sociedade capitalista ocidental, ao mesmo tempo que rompiam epistemologicamente com os rumos do comunismo ortodoxo. Em breve digressão, para esses pensadores, que ganhariam notoriedade como integrantes da “Escola de Frankfurt”, o modo de produção capitalista havia chegado à produção cultural, imprimindo a seus “produtos” – é significativo o termo – o caráter indelével de toda a produção capitalista, a busca do lucro.

Na esteira dessa crítica construiu-se o argumento segundo o qual é grande e quase irresistível a chance de o audiovisual tentar transformar uma obra de arte em um produto palatável ao grande público, descomplicando-a. Mais do que isso, o cinema dito comercial, segmento responsável por boa parte da produção, busca a reprodução de fórmulas de sucesso, trabalhando com a ideia de homogeneização do consumo de entretenimento.

Não sem razão, um ótimo exemplo ilustrativo de conflitos entre autor de obra literária e produtor cinematográfico vem exatamente do símbolo maior da indústria cultural, os estúdios Walt Disney Company. É notório que as leis norte-americanas de direitos autorais partem de premissas diferentes daquelas que sustentam o ordenamento jurídico brasileiro e de

<sup>20</sup> MAIRAL, Pedro. O sobrinho de Bioy. Posfácio a *Uma noite com Sabrina Love*. Trad. Livia Deorsola. São Paulo: Todavia, 2019.

todos os países afiliados ao direito de tradição romana, mas ainda assim o caso permite entrever o quanto um autor pode se sentir ofendido com o tratamento de sua obra como “produto”.

Em autêntico e muito bem-sucedido caso de metalinguagem, o filme *Saving Mr. Banks*<sup>21</sup>, de 2013, retrata os intensos embates ocorridos ao longo de uma década e meia (!) entre o produtor Walt Disney em pessoa e a escritora australiana P.L. Travers, autora da obra literária *Mary Poppins*. Os problemas entre as partes ocorreram não só durante o longo processo de negociação para a aquisição dos direitos de adaptação da obra, mas também durante a produção e até mesmo após a obra audiovisual ter sido lançada, em 1964.

Pelo exame de documentos, preponderantemente jornais da época, é possível constatar que Travers realmente se mostrou desgostosa na exibição inaugural de gala, tendo concedido inúmeras entrevistas dizendo que não apreciou o filme, algumas vezes excedendo-se em suas manifestações. Para ela, Disney havia edulcorado sua história, tornando-a simplista e maniqueísta, escondendo o verdadeiro propósito da aparição de Mary Poppins, o de permitir que cada um dos membros da família Banks vislumbrasse a maturidade, em lugar de simplesmente transferir algumas das funções dos pais a uma babá divertida.<sup>22</sup>

No âmbito do interesse deste trabalho é relevante adicionar às preocupações com o respeito à integridade da obra o trabalho de construção dos personagens levado a cabo pelos *atores*, pois é certo que esses também contribuem para a (re)criação dos personagens e em alguma medida, para a tônica conferida à obra. Nas palavras de Paulo Emílio Salles Gomes, “A personagem de ficção cinematográfica, por mais fortes que sejam suas raízes na realidade ou em ficções pré-existentes, só começa a viver quando encarnada numa pessoa, num ator.”<sup>23</sup>

A situação parece bastante delicada. Para enfrentá-la com um mínimo de segurança jurídica, uma primeira pergunta se impõe: seria possível prever em contrato os limites dentro dos quais a obra não teria sua integridade violada? Voltaremos ao tema na seção 6.

<sup>21</sup> *WALT nos bastidores de Mary Poppins* (Tít. Original: *Saving Mr. Banks*). Direção: John Lee Hancock. Roteiros: Kelly Marcel e Sue Smith. Produção: Estúdios Disney, 2013.

<sup>22</sup> TERRON, Joca Reiners. Apresentação. In: TRAVERS, P. L. *Mary Poppins*. p. 7-18. Rio de Janeiro: Zahar, 2017. p. 12 e 17.

<sup>23</sup> GOMES, Paulo Emílio Salles. A personagem cinematográfica, cit., p. 114.

## 5 O cenário atual: o grande apelo das obras audiovisuais

Desde a primeira projeção cinematográfica pública – empreendida pelos irmãos Lumière, na Paris de 1895, sempre foi sedutor assistir a uma história narrada por imagens editadas, veiculadas em linguagem complexa em que se conjugam luzes, enquadramento, representação, roteiro e texto. Por alguns instantes, é possível vivenciar um outro universo, viver outras vidas. Se a leitura oferece experiência de alteridade algo semelhante, a imersão no audiovisual não demanda esforço ou concentração: o espetáculo encarrega-se de circundar o espectador e tomá-lo.

Com o avanço da tecnologia, os produtos audiovisuais destinados à TV e até mesmo às redes sociais também têm alcançado excelência e buscado se aproximar da técnica e dos recursos cinematográficos. O advento do *streaming* facilitou sobremaneira a distribuição, aumentando exponencialmente a oferta, mas vejam só, amplificou também a demanda do público por mais e mais produtos audiovisuais de qualidade. Não há dúvida: ao lado da música, o audiovisual representa, hoje, o grande filão do entretenimento no mundo: são obras desejadas por todos e que movimentam milhões.

O grande apelo da obra audiovisual, capaz de conferir visibilidade e notoriedade à obra literária que lhe inspirou, aliado à possibilidade de remuneração significativa, torna a adaptação audiovisual extremamente interessante ao autor literário.

Para o professor da Escola de Comunicação e Artes da USP Hélio Guimarães, nunca houve no Brasil uma literatura de alcance nacional. “Coube à televisão dar escala industrial e alcance nacional à ficção produzida no Brasil.”<sup>24</sup> Vê-se, pois, que uma importante função cumprida pelas transformações literárias em audiovisuais sempre foi a popularização das obras originárias. Nesse tópico, o potencial do audiovisual é muito maior: “A linguagem cinematográfica, ao contrário do texto, é intuitiva, ninguém precisa ser alfabetizado para entender um filme”<sup>25</sup>, lembra o já citado diretor Jorge Furtado.

E ao falar em ampliação do acesso à obra não se está referindo apenas ao sentido literal, de aumentar o número de pessoas que entram em contato com o trabalho originário, passando a conhecê-lo, mas também no sentido de abrir outras chaves para análises e

<sup>24</sup> GUIMARÃES, Hélio. Observações sobre adaptações de textos literários para programas de TV. *Revista USP* n. 32. p. 190-198. São Paulo: USP, dez-fev. 1996-1997. p. 192.

<sup>25</sup> FURTADO, Jorge. A Adaptação Literária para Cinema e Televisão. Palestra proferida na *10ª Jornada Nacional de Literatura de Passo Fundo*, realizada entre 26 e 29 de agosto de 2003, em Passo Fundo-RS. Disponível em <http://abra.art.br/blog/2012/02/27/adaptacao/>, acesso em 30 ago. 2021.

discussões a seu respeito, alargando o próprio entendimento sobre o texto. É emblemático o caso do reavivamento da obra da italiana Elena Ferrante propiciado pela adaptação da HBO em parceria com o canal televisivo RAI (distribuição por *streaming*) da chamada tetralogia napolitana, e o conseqüente surgimento de trabalhos acadêmicos e dezenas de resenhas em jornais (impressos, mas sobretudo em publicações na *web*), agora aprofundadas pelo lapso temporal decorrido desde as primeiras leituras da mesma obra.

São muitos também os casos de obras audiovisuais que se tornam célebres antes dos textos literários de onde partiram, e em caminho inverso, terminam transferindo essa popularidade aos livros. A título de exemplo, cita-se o filme *Cidade de Deus*, dirigido por Fernando Meirelles e lançado em 2002, cujo sucesso trouxe à lume a obra literária homônima até então pouquíssimo conhecida, de autoria de Paulo Lins, que havia sido publicada em 1997 e só então alcançou o grande público.

Em conversa entre a agente de direitos autorais da produtora RT Features Rita Mattar e o analista de direitos estrangeiros da editora Companhia das Letras Fernando Rinaldi,<sup>26</sup> foram colhidas algumas informações atuais a respeito do mercado de adaptações literárias no país, um segmento que antes da pandemia “encontrava-se aquecido”, segundo os interlocutores. De acordo com os dois profissionais, o movimento de aproximação entre os dois segmentos hoje parte das editoras e agentes literários para as produtoras audiovisuais, o que revela o grande interesse dos autores na transformação de seus textos literários em obras audiovisuais. Na mesma conversa pode-se ouvir também que além do valor fixo cobrado pela licença, é comum que a remuneração contratual do autor do livro envolva também um valor variável, calculado a partir das receitas auferidas pelo filme<sup>27</sup>.

É o que se colhe dos comentários da grande romancista norte-americana Toni Morrison, a respeito da adaptação cinematográfica do impactante *Amada*:

A respeito da qualidade da transposição de seu livro *Beloved* para as telas do cinema, ela afirmou não poder julgar, pois sente o que escreve de maneira muito vívida e qualquer mudança é muito perturbadora. [...] “O filme como um todo resultou em algo bem diferente do que estava em minha cabeça. Gostei de alguns atores, de outros nem tanto, mas admito que a transposição

<sup>26</sup> COMPANHIA DAS LETRAS. Conversa sobre adaptações audiovisuais de obras literárias com Rita Mattar. Vídeo realizado em 27 de maio de 2020, 50:16 min. Disponível em <https://youtu.be/aPizlXkw534>, acesso em 27 mai. 2020. (16’:56’’-17’:12’’).

<sup>27</sup> É claro que o cálculo dessa parte variável do preço da licença dependerá de cada negociação. Vale lembrar, contudo, que antes da receita do produtor, incidirá sobre o lucro do produto audiovisual a receita do distribuidor.

para o cinema resultou na venda de 800 mil cópias do livro. Este motivo basta para ter adorado o filme” – ironiza.<sup>28</sup>

O prestígio conferido às obras audiovisuais adaptadas também mudou. Se até bem pouco tempo era clichê ouvir dos amantes dos livros que nenhuma adaptação audiovisual era capaz de superá-los, hoje a tendência é que leitores fiquem muito empolgados com a transposição dos livros para as telas, que as esperem ansiosamente, e que desfrutem de autêntico *revival* das emoções propiciadas pela leitura ao conhecer a versão audiovisual dos personagens e da trama. A convergência de diferentes linguagens artísticas, na atualidade, é um fato: não é só o cinema que se vale da literatura, mas o contrário é facilmente perceptível, e cada vez mais comum: “a literatura moderna está saturada de cinema [...]”.<sup>29</sup>

## 6 O princípio da boa-fé contratual e seus desdobramentos

A liberdade de contratar e para contratar expressa negocialmente a autonomia da vontade do indivíduo. Em outros termos, o negócio jurídico (do qual o contrato é um exemplo) é o instrumento da expressão dessa vontade individual. Lida ao reverso, é essa mesma liberdade que explica a obrigatoriedade do contrato,<sup>30</sup> e que permite enxergar nessa mesma proposição o principal argumento contrário ao dirigismo contratual: qualquer modificação imposta a um ajuste livremente pactuado é um atentado à soberania da vontade. O que foi feito livremente só livremente pode ser desfeito, ou, ainda, o contrato obriga porque as partes livremente o escolheram.<sup>31</sup>

O Código Civil de 2002 enuncia expressamente: *Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé.*

<sup>28</sup> CARVALHO, Eduardo. As pequenas vaidades de uma escritora. Carta Maior. 28/08/2006. Disponível em <https://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Midia/As-pequenas-vaidades-de-uma-escritora/12/11359>. Acesso em 18 ago. 2021.

<sup>29</sup> EPSTEIN, Jean. O cinema do diabo. Trad. Marcelle Pithon. In: XAVIER, Ismail (org). *A experiência do cinema*: antologia. p. Rio de Janeiro: Graal, Embrafilme, 1983, apud AGUIAR, Katrícia Costa Silva Soares de Souza, Literatura e cinema em confronto: um estudo interartes ou intermediático? *Revista do Programa de Pós-graduação em Estudos de Linguagens UFMS*. Vol. 22, n. 44, p. 86-102, Campo Grande, 2018. Disponível em <https://periodicos.ufms.br/index.php/papeis/article/download/3222/7096/>, acesso em 01 jul. 2020. p. 89.

<sup>30</sup> WERNER, José Guilherme Vasi. *Direito dos Contratos*. Rio de Janeiro: FGV Rio, 2014, versão eletrônica. Disponível em [https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/direito\\_dos\\_contratos\\_2014-2\\_0.pdf](https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/direito_dos_contratos_2014-2_0.pdf), acesso em 16 jun. 2020. p. 12.

<sup>31</sup> WERNER, José Guilherme Vasi. *Direito dos Contratos*, cit., p. 13.

Em que pese à imprescritibilidade e inalienabilidade dos direitos morais de autor – fundamento para a retirada da obra de circulação –, alguns princípios da Teoria Geral dos Contratos deverão ser levados em conta para a interpretação de uma avença que eventualmente venha a ser questionada. Sob esse ângulo, é indiscutível que a oposição por parte do licenciante à obra adaptada deve ser autêntica e posterior ao conhecimento da nova obra – e não um ato premeditado, visando à lesão do licenciado.

Muito mais do que isso, o que se busca desvelar é a instrumentalidade desses princípios durante todo o *iter* contratual, desde as primeiras tratativas entre as partes. A boa doutrina lembra que a boa-fé pode exercer uma função controladora da execução dos contratos, a fim de evitar que os deveres laterais de lealdade e honestidade sejam negligenciados<sup>32</sup>. Ou, ainda, em outros termos, que o princípio da boa-fé opera, nos negócios bilaterais, como mandamento de consideração aos interesses da outra parte, dignos de serem protegidos<sup>33</sup>.

Das lições expostas vê-se que dentre os deveres laterais ou acessórios – todos aqueles que não consistem no cumprimento do objeto do contrato, propriamente – existe um peso significativo conferido ao dever pré-contratual de informação e cooperação mútua *dirigido a ambas as partes*. Confira-se:

A concepção atual de relação jurídica, em virtude da incidência do princípio da boa-fé, é a de uma ordem de cooperação, em que se aluem as posições tradicionais do devedor e credor. [...] Amenizou-se, é certo, a posição deste último, cometendo-se-lhe, também deveres, em virtude da ordem de cooperação<sup>34</sup>.

Quanto mais elementos sobre seus planos para a obra audiovisual a ser produzida o licenciado puder adiantar e discutir com o autor originário, menos chance terá de enfrentar problemas no momento da obra pronta. Da mesma forma, se houver tópicos ou assuntos que não queira ver tocados, alterados ou até mesmo inseridos em sua obra, o licenciante também deverá deixar a outra parte sabê-lo o quanto antes.

No mesmo sentido vale lembrar também a proibição do *venire contra factum proprium*, destinado a impedir, exatamente, a obtenção de vantagem por aquele contratante

<sup>32</sup> BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e Regras de Interpretação dos Contratos no Novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 55.

<sup>33</sup> SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A Obrigação como Processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 34.

<sup>34</sup> SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A Obrigação como Processo*, cit., p. 97.

cuja manifestação anterior tenha se dado em sentido inverso. Se está acompanhando a produção e nunca se manifesta contrário aos rumos que a adaptação está tomando, como o licenciante poderá reclamar, ao final?

É certo que haverá contratos de licenciamento para adaptação em que não estará previsto acompanhamento da produção pelo licenciante. Nesses casos, é preciso atenção redobrada na minimização dos riscos, evitando ao máximo espaços para o elemento surpresa. Imprescindível, é claro, deixar expresso no contrato tratar-se de opção do licenciante não participar da produção, nem querer notícias sobre ela; em seguida, será necessário empreender esforços no detalhamento dos limites da transformação a que a obra estará sujeita na adaptação para as telas: se possível, delinear os limites que o licenciante entende como cabíveis, assim como esmiuçar os contornos que não quer para a obra. É sempre útil lembrar que os contratos de direitos autorais são interpretados restritivamente, o que equivale a dizer que tudo o que não está expresso não foi autorizado.

A minissérie *Little fires everywhere*, disponível na plataforma de *streaming* Amazon Prime desde maio de 2020, criada por Liz Tigelaar e produzida, dentre outras, pela conhecida atriz Reese Witherspoon, é uma adaptação da obra literária de mesmo nome de autoria da premiada romancista sino-americana Celeste Ng. Aparentemente, a minissérie repete a trama do livro, em que os embates nascem da interação entre duas famílias bastante distintas – de um lado, uma família monoparental de baixa renda, bem pouco ajustada aos padrões da classe média norte-americana (ou da classe média do mundo ocidental), representando o improvisado e a falta de planejamento, mas também a arte; e de outro, uma típica família de classe média-alta norte-americana, de estrutura clássica (mãe, pai, quatro filhos), em que tudo parece ser sempre planejado, previsível, seguro, porém sem imaginação e pior, sem jogo de cintura para o inesperado, traço que sobeja na família oponente.

Em que pese às semelhanças, contudo, é sensível a transformação por que passou o texto literário para chegar à TV. Ao que nos interessa neste artigo, houve a introdução da temática racial em primeiro plano, transformando a família “diferente” em uma família negra. Trazendo o exemplo para o ordenamento jurídico brasileiro, o ponto que interessa a este trabalho é o seguinte: e se para a autora Celeste Ng não fizesse nenhum sentido que sua obra literária se imiscuísse no debate racial que acontece no momento nos EUA?

Pois bem. De acordo com o tema desenvolvido neste artigo, dentro dos propósitos do contrato, que é o registro da vontade das partes, a proibição de inserção na trama de temas

políticos ou polêmicos, capazes de gerar polarizações tão intensas quanto o lugar ocupado na sociedade norte-americana pela família negra deveria ser prevista expressamente. Essa previsão poderia estar presente no próprio texto do contrato, nascido de muita conversa e negociação entre as partes no período pré-contratual, mas também poderia ter surgido durante a pré-produção da série – a simples sugestão das atrizes negras para os papéis de Mia e Pearl Warren, mãe e filha da família destoante, seria capaz de trazer o tema e eventual insatisfação da autora originária à tona, e desencadear nova rodada de negociações e busca de soluções.

Conforme comentado, licenciante e licenciado terão interesse em resolver todos os possíveis conflitos antes da obra derivada concluída, o que corrobora a tese aqui esposada segundo a qual os deveres laterais impostos aos contratantes terão amplo potencial auxiliar no desenlace das negociações. O princípio da boa-fé – interpretado juntamente com todos os seus consectários, como os deveres laterais de lealdade e honestidade, informação e cooperação, assim como a proibição do *venire contra factum proprium* –, deverão ser os guias para um bom ajuste, pois “contribui para determinar o *que* e o *como* da prestação e, ao relacionar ambos os figurantes do vínculo, fixa, também, os limites da prestação”.<sup>35</sup>

### **À guisa de conclusão**

A produção audiovisual é a grande força do entretenimento no mundo contemporâneo. Embora dotada de linguagem própria, em que se coordenam elementos muito distintos entre si, é muito comum que nasça de um texto literário pré-existente, em que trama e criaturas que já se mostraram plausíveis sirvam de fagulha inspiradora para a (re)criação da obra.

Para esses casos, o direito nacional, na esteira da Convenção da União de Berna, assegura o chamado direito moral de autor, prerrogativa de defender a paternidade e a integridade da obra a qualquer tempo. Assim, as disposições legais indicam situação jurídica arriscada: mesmo obtida a autorização imposta pelo ordenamento jurídico sob a forma de um contrato válido, as transformações impostas à obra podem ferir a imagem ou reputação do autor da obra literária que lhe deu origem, que poderá não se identificar com aquele resultado – e pior, não querer ser ligado socialmente àquela obra, impedindo-a de circular.

Com o intuito de investigar as possibilidades de minimizar contratualmente os riscos envolvidos em negócio jurídico que a qualquer tempo pode se tornar letra morta, debruçou-se

<sup>35</sup> SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A Obrigação como Processo*, cit., p. 34.

sobre a Teoria Geral dos Contratos, seara em que foram detectadas categorias capazes de permitir que o negócio jurídico entabulado entre autor literário e produtor audiovisual alcance um mínimo de segurança jurídica. O princípio jurídico da boa-fé e seus consectários – dever de informação, lealdade e honestidade, além da proibição do *venire contra factum proprium* – impõem aos contratantes deveres laterais de buscarem juntos a consecução do objeto contratual, concorrendo com todas as informações necessárias a tal fim. Assim, mostram-se capazes de evitar que o conflito entre o direito patrimonial e o direito moral de autor crie um impasse que impeça a circulação da obra, à medida que prescrevem e recomendam a manutenção de um canal de diálogo entre licenciante e licenciado sempre aberto, por onde circulem e possam ser negociadas as inovações e criações que serão apostas à obra.

Nesses termos, obtida a autorização do autor da obra originária com todos os cuidados e por meio de tratativas revestidas de boa-fé, com o máximo de informações fornecidas por ambas as partes, a obra adaptada tem condições de nascer e seguir sua vida de obra autônoma.

Essa a finalidade do Direito Privado, qual seja, permitir que os bens circulem de forma a alcançar e beneficiar um número maior de pessoas, com o mínimo de conflito possível.

### **Referências bibliográficas**

ABRÃO, Eliane Y. *Direitos de Autor e Direitos Conexos*. 2. ed. revista e ampliada. Ribeirão Preto: Migalhas, 2014.

ANDRADE, Gilberto Falcão de. Produção de Obras Audiovisuais. In: FRANCEZ, Andréa; COSTA NETTO, José Carlos; e D'ANTINO, Sérgio Famá. *Manual do Direito do Entretenimento: Guia de Produção Cultural*. p. 83-97. São Paulo: SENAC e SESC, 2009.

ASSEF, Tatiana Moschetta; NUNES, Eunice Anoardo Molefas. Das Obras Literárias. In: FRANCEZ, Andréa; COSTA NETTO, José Carlos; e D'ANTINO, Sérgio Famá. *Manual do Direito do Entretenimento: Guia de Produção Cultural*. p. 47-54. São Paulo: SENAC e SESC, 2009.

BENJAMIM, Walter. A obra de arte na era de sua reprodutibilidade técnica. In: \_\_\_\_\_. *Magia e Técnica, Arte e Política: obras escolhidas*. Vol. I, 10ª ed. p. 165-196. São Paulo: Brasiliense, 1996.

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e Regras de Interpretação dos Contratos no Novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

CARVALHO, Eduardo. As pequenas vaidades de uma escritora. Carta Maior. 28/08/2006. Disponível em <https://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Midia/As-pequenas-vaidades-de-uma-escritora/12/11359>. Acesso em 18 ago. 2021.

COMPANHIA DAS LETRAS. Conversa sobre adaptações audiovisuais de obras literárias com Rita Mattar. Vídeo realizado em 27 de maio de 2020, 50:16 min. Disponível em <https://youtu.be/aPizlXkw534>, acesso em 18 ago. 2021.

COSTA NETTO, José Carlos. *Direito Autoral no Brasil*. 3. ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2019.

EPSTEIN, Jean. O cinema do diabo. Trad. Marcelle Pithon. In: XAVIER, Ismail (org). *A experiência do cinema: antologia*. p. Rio de Janeiro: Graal, Embrafilme, 1983, apud AGUIAR, Katrícia Costa Silva Soares de Souza, *Literatura e cinema em confronto: um estudo interartes ou intermediário? Revista do Programa de Pós-graduação em Estudos de Linguagens UFMS*. Vol. 22, n. 44, p. 86-102, Campo Grande, 2018. Disponível em <https://periodicos.ufms.br/index.php/papeis/article/download/3222/7096/>, acesso em 01 jul. 2020.

FERRANTE, Elena. *Frantumaglia*. Trad. Marcello Lino. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2017.

FERRANTE, Elena. Elena Ferrante on the screen adaptation of her book: 'I want to say, let's give it up'. *The Guardian*. 10.11.2018. Disponível em <https://www.theguardian.com/lifeandstyle/2018/nov/10/elena-ferrante-on-screen-adaptations-of-her-novels>. Acesso em 12 ago. 2020.

FURTADO, Jorge. A Adaptação Literária para Cinema e Televisão. Palestra proferida na 10ª Jornada Nacional de Literatura de Passo Fundo, realizada entre 26 e 29 de agosto de 2003, em Passo Fundo-RS. Disponível em <http://abra.art.br/blog/2012/02/27/adaptacao/>, acesso em 30 ago. 2021.

GOMES, Paulo Emílio Salles. A personagem cinematográfica. In: CANDIDO, Antonio et al. *A Personagem de Ficção*. 10. ed. p. 105-119. São Paulo: Perspectiva, 2002.

GUIMARÃES, Hélio. Observações sobre adaptações de textos literários para programas de TV. *Revista USP* n. 32. p. 190-198. São Paulo: USP, dez-fev. 1996-1997.

MAIRAL, Pedro. O sobrinho de Bioy. Posfácio a *Uma noite com Sabrina Love*. Trad. Livia Deorsola. São Paulo: Todavia, 2019.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A Obrigação como Processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

TERRON, Joca Reiners. Apresentação. In: TRAVERS, P. L. *Mary Poppins*. p. 7-18. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

WALT nos bastidores de *Mary Poppins* (Tít. Original: Saving Mr. Banks). Direção: John Lee Hancock. Roteiros: Kelly Marcel e Sue Smith. Produção: Estúdios Disney, 2013.

WERNER, José Guilherme Vasi. *Direito dos Contratos*. Rio de Janeiro: FGV Rio, 2014, versão eletrônica. Disponível em [https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/direito\\_dos\\_contratos\\_2014-2\\_0.pdf](https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/direito_dos_contratos_2014-2_0.pdf), acesso em 16 jun. 2020.

## **Direito Aduaneiro nas Artes Visuais no Brasil**

*Peggy Beçak<sup>1</sup>*

### **Introdução**

A proposta deste trabalho é tecer comentários sobre o tema do direito aduaneiro nas artes visuais no Brasil.

Em razão do crescente processo de globalização e do intercâmbio comercial, relevante abordar os procedimentos aduaneiros de exportação e de importação, uma vez que a tendência ao dinamismo engloba inclusive o setor de artes visuais. Apenas no ano de 2017, o setor movimentou mais de 63 bilhões de dólares, mais que o triplo da movimentação registrada no ano de 2003<sup>2</sup>.

Também cresceu nesse período o trabalho de cooperação internacional na prevenção e combate ao crime de lavagem de dinheiro, e no controle de exportações ilícitas de bens culturais.

Embora amplamente difundido, é sempre importante destacar que o direito aduaneiro é campo diferenciado do direito tributário, enquanto o primeiro procura fundamentalmente regular, estimular e proteger o mercado, além é certo de resultar em arrecadação, o segundo busca fundamentalmente a função arrecadatória.

No recorte temático aqui delineado, destacamos também que quando nos referimos ao trânsito de obras de arte entre fronteiras internacionais, não existe restrição a questões procedimentais de documentação, competência e incidência tributária, além de haver também uma análise qualitativa, mensurável a médio e longo prazo, de apropriação intangível pelo “consumo” de obras de arte que transitam entre países, em mostras ao grande público, e que envolve o acesso e o conhecimento de artistas e manifestações culturais existentes no exterior, e que, sem sombra de dúvida exercem um papel importante no desenvolvimento intelectual e cultural da sociedade.

---

<sup>1</sup> Advogada, Economista e Administradora de Empresas, membro titular da Comissão OAB/SP de Direito das Artes, da Comissão OAB/SP de Direito Aduaneiros e da Comissão OAB/SP de Relações Internacionais. <http://lattes.cnpq.br/3016975912358049>.

<sup>2</sup> TRIBUTAÇÃO de coleção de arte. *IBET Instituto Brasileiro de Estudos Tributários*. Disponível em:

<https://www.ibet.com.br/tributacao-de-colecao-de-arte/>. Acesso em 3 jul. 2021

Apesar de não ser o escopo deste trabalho, é inegável a contribuição que essa difusão internacional exerce, tanto no próprio meio artístico, como na sociedade em geral. Basta lembrar a influência do cubismo de Picasso e Léger na obra de Tarsila do Amaral, ou do realismo francês nas obras de Almeida Júnior, assim como o recorde de público nas exposições do artista plástico australiano Ron Mueck na Pinacoteca do Estado de São Paulo ou de Jean-Michel Basquiat no Centro Cultural Banco do Brasil.

Assim, a obra de arte preenche simultaneamente o campo do valor estético de manifestação cultural, e o campo mercadológico, como ocorre com qualquer produto, ainda que só este tenha sido ironicamente destacado por Mário Pedrosa ao dizer que a arte, uma vez que assume valor de troca, torna-se mercadoria como qualquer outro presunto<sup>3</sup>.

Nas palavras de Leandro Muniz:

A obra de arte, diferentemente de outros bens, goza de um estatuto especial confirmado pela própria Constituição e uma série de documentos internacionais como o da Unesco. Sendo um caso *suis generis*, a questão da obra de arte deve ser tratada respeitando-se o direito da sociedade de acesso ao bem cultural.<sup>4</sup>

Estruturamos o artigo em três partes: 1 características e procedimentos básicos do Direito Aduaneiro e tratamentos diferenciados, quando aplicáveis; na parte 2, as transações de exportação e importação, e casos aplicados ao mercado de artes visuais; e na parte 3 breves comentários.

## **1 Características e procedimentos básicos do Direito Aduaneiro e os tratamentos diferenciados, quando aplicáveis**

Ao tratarmos do estudo sobre o Direito Aduaneiro, é habitual destacarmos logo de início sua natureza híbrida, dada a interação com outros ramos do direito como o Direito Civil, o Direito Penal, e o Direito Internacional Privado, para citar alguns daqueles que guardam relação com o tratamento do tema que será aqui abordado, como acontece nos casos de propriedade intelectual, no cometimento de eventuais ilicitudes, ou ainda nos casos que

---

<sup>3</sup> VEJA, Victor Miguel Villarreal. Azul e Vermelho: os melhores investimentos no mercado de arte abstrata. GV Invest Short Studies Series. GV Invest 24. Disponível em: [https://eesp.fgv.br/sites/eesp.fgv.br/files/short\\_studies\\_series\\_24.pdf](https://eesp.fgv.br/sites/eesp.fgv.br/files/short_studies_series_24.pdf). Acesso em 3 jul. 2021.

<sup>4</sup> O QUE saber sobre importação e exportação de obras de arte. *Select*. 19/03/2019. Disponível em: <https://www.select.art.br/o-que-saber-sobre-importacao-e-exportacao-de-obras-de-arte/>. Acesso em 14 jul. 2021.

envolvam questões de herança e/ou doações transfronteiriças, especificamente, pois impactam na fiscalização, incidência e cobrança de tributos, decorrentes da movimentação de produtos e serviços que cruzam as fronteiras nacionais.

Também se destaca a característica extrafiscal, ou seja, há um objetivo muito além do arrecadatório, possibilitando que os tributos aduaneiros como um todo, sobretudo o imposto de importação (II) e o imposto de exportação (IE), atendam ao objetivo regulatório de induzir comportamentos, desincentivar ou incentivar consumo. O mesmo ocorre com os incentivos fiscais e imunidades, imposição de quotas, ou outros tipos de barreiras não tarifárias.

Dessa maneira, quando há interesse em favorecer e incentivar a entrada de determinado bem, utiliza-se dos Direitos Aduaneiros, facilitando a importação, mesmo que temporária de obras de arte que participam de exposições, permitindo o acesso para “consumo” por visitas do grande público à obra de arte, portanto, um ganho cultural, subjetivo, mas mensurável pelo ganho qualitativo e desenvolvimentista.

Como dito anteriormente, Direito Aduaneiro, mais do que caráter arrecadatório, oriundo do Direito Tributário, envolve um importante caráter regulatório, ou seja, permite utilizar restrições e/ou incentivos para entrada e saída de produtos, que na visão do gestor público, sejam considerados essenciais e importantes para o mercado interno. Assim, surge a denominada extrafiscalidade, promovendo via redução ou elevação da alíquota incidente, reflexos sobre o nível de oferta e consumo, e mesmo sobre o preço e o emprego, sobretudo pela aplicação do imposto de importação (II)<sup>5</sup>, além de permitir ou dificultar a entrada de produtos considerados similares ao estrangeiro, e, portanto, disponíveis no mercado interno.

Assim, é o gestor público, via Receita Federal, quem define se um pigmento de tinta é possível ou não de ser importado, caso exista um similar nacional, enquanto, na realidade, apenas quem faz uso deste material (artista plástico), é quem pode de fato atestar se há similaridade de resultado, ou seja, se de fato a cor final a ser utilizada em uma pintura é a mesma com o uso do pigmento importado ou nacional, assim como no caso dos pincéis e do papel para aquarela, apenas para citar alguns exemplos.

O artista plástico brasileiro Iberê Camargo, internacionalmente reconhecido, ainda nos idos da década de 1980, chegou a fazer protestos contra os impostos sobre importação dos

---

<sup>5</sup> Em determinadas situações a necessidade não é de facilitar a entrada de um produto estrangeiro, e sim de dificultar a saída de um produto do território nacional, então nestes casos a opção é por elevar o imposto de exportação.

materiais, e a necessidade de permanecer importando esses insumos, em razão da qualidade dos produtos quando comparados àqueles de fabricação nacional, inclusive em muitos casos, inexistentes.

Os tributos que compõem o regime aduaneiro são: o imposto de importação (II), o imposto de exportação (IE), a contribuição para financiamento da seguridade social (PIS/COFINS/importação), o imposto sobre operações financeiras (IOF), o imposto sobre circulação e trânsito de mercadorias e serviços (ICMS/importação)<sup>6</sup>, além do imposto de renda (IRPF e IRPJ), e das taxas do sistema integrado de comércio exterior (SISCOMEX), de capatazia<sup>7</sup> e outras<sup>8</sup>.

Obedecidos os critérios tributários da regra matriz de incidência, que identifica o sujeito ativo (Estado), o sujeito passivo (importador ou exportador, ou ainda aquele que a este se equipara (um intermediário como a *trading company*), o critério espacial (território nacional), e por fim o critério temporal (que trata do momento da ocorrência do fato gerador), em tese podemos dar início às reflexões que pretendemos expor. Mas, já aqui surgem algumas das divergências de interpretação: seria o destinatário final ou o intermediário o responsável tributário? o critério temporal deve considerar o local do desembarço aduaneiro, ou o local do destino final da obra de arte? Senão, vejamos adiante.

Para dar início a qualquer operação de comércio exterior, ainda que em caráter não Exterior, onde se encontram todas as dúvidas e informações, inclusive sobre a correta classificação fiscal da mercadoria (NCM) – fundamental para não haver erro, que pode acarretar não só o pagamento incorreto do valor do tributo, como também a imposição de penalidades, inclusive de perdimento da mercadoria.

Também a supressão ou incorreção nos dados completos do importador, exportador e intervenientes – *trading company*, transportadora, seguradora etc. –, com os respectivos CNPJs/CPF também são relevantes pelas mesmas razões.

Em todos os casos, aquele que proceder à importação/exportação é quem será responsável por fazer a Declaração Única de Importação (Duimp) ou a Declaração Única de Exportação (DU-E) respectivamente, e será, para fins tributários, o responsável perante a

---

<sup>6</sup> Incide o imposto sobre produtos industrializados (IPI importação), e o imposto sobre serviços (ISS importação), quando aplicáveis como: insumos para a produção da obra de arte e serviço de restauro, por exemplo, além do imposto de renda para pessoa física ou jurídica (IRPF / IRPJ).

<sup>7</sup> De modo geral 1% do valor da operação, considerando o valor CIF e o peso.

<sup>8</sup> Frete adicional para renovação da marinha mercante (AFRMM) e Tarifa Adicional do Aeroporto (ATAERO).

Receita Federal do Brasil (RFB), ainda que não seja o real beneficiário da operação, mas apenas o prestador do serviço de comércio exterior, como é o caso do intermediário.

Feitos esses procedimentos, no momento do trânsito de fronteira, a mercadoria passa por uma conferência aduaneira, onde são verificadas as informações documentais: preenchimento de todos os campos do documento fiscal: dados do importador e do exportador, a classificação NCM, a quantidade, unidade e o valor da mercadoria.

Depois disso é feita a parametrização, quando a Declaração é submetida a análise fiscal e selecionada para um dos canais de conferência aduaneira:

- I - verde, com desembaraço automático da mercadoria, dispensado o exame documental e a verificação a física da mercadoria;
- II - amarelo, quando é realizado o exame documental, e, não constatada irregularidade, procede o desembaraço aduaneiro, dispensada a verificação da mercadoria;
- III - vermelho, quando o desembaraço ocorre somente após a realização do exame documental e a verificação física da mercadoria, ou seja, uma confrontação direta;
- IV - cinza, quando há o exame documental, a verificação física da mercadoria e a aplicação de procedimentos especiais de controle, verificando eventual elemento indicativo de fraude, inclusive no que se refere ao preço declarado da mercadoria.<sup>9</sup>

Na parametrização verde, e nos demais canais, para que ocorra a liberação e retirada da mercadoria, o importador/exportador deve apresentar os documentos, originais e assinados, da Fatura comercial (*Invoice*), Romaneio de Carga (*Packing List*), Conhecimento de embarque, além da Duimp/DU-E, conforme o caso.

Desta maneira, em uma operação com obras de arte, a correta classificação NCM está descrita na Seção XXI Capítulo 97, com as posições e subposições:

- 97.01 – Quadros, pinturas e desenhos, feitos inteiramente à mão;
- 9702.00.00 – Gravuras**, estampas e litografias, originais;
- 9703.00.00 – Produções originais de arte estatutária ou de escultura, de qualquer matéria;
- 9706.00.00 – Antiguidades com mais de 100 anos<sup>10</sup>

<sup>9</sup> RECEITA FEDERAL. Ministério da Economia. Seleção Parametrizada. *Gov.br*. Disponível em <https://receita.economia.gov.br/orientacao/aduaneira/manuais/despacho-de-exportacao/topicos/selecao-parametrizada>. Acesso em 18 ago. 2021.

<sup>10</sup> SISCOMEX. Classificação NCM. *Portal Único SISCOMEX*. Disponível em <https://portalunico.siscomex.gov.br/classif/#/sumario?perfil=publico>. Acesso em 18 ago. 2021.

Uma incorreção nesta classificação pode levar à utilização equivocada da NCM 49.11 – Outros impressos, incluindo as estampas, **gravuras** e fotografias (grifo nosso), trazendo implicações na parametrização e na alíquota de tributação.

A inobservância de norma estabelecida na legislação aduaneira, voluntária ou involuntariamente, por pessoa física ou jurídica, constitui infração, independentemente da intenção do agente.

Configura declaração inexata ou incompleta de informações: a classificação incorreta do NCM, a quantificação e unidade de medida, bem como erro sobre as informações quanto à natureza da operação administrativo-tributária, cambial ou comercial.

Também a informação incorreta ou inverídica sobre o valor do produto (subvalorizando-o), com o objetivo de pagar menos tributos, também leva à imputação de penalidades e ao perdimento da mercadoria.

No início dos anos 2000 chegou no aeroporto de Viracopos, em São Paulo, uma grande caixa com valor declarado de 1.200 dólares, mas o peso e o volume da caixa chamaram a atenção dos fiscais da aduana, que em conferência física, constataram se tratar de uma obra de arte do artista plástico alemão Gerhard Richter. A tela “Claudius”, avaliada em 3,6 milhões de reais, teria sido comprada em leilão por um colecionador paulista, permanecido no Brasil e posteriormente levada a Europa para ser vendida por valor cinco vezes maior que o da compra original, mas diante do insucesso na empreitada, teria sido trazida de volta ao Brasil.

A obra foi apreendida pelo crime de descaminho (sonegação de impostos), uma vez que o montante financeiro total resultante da tributação representaria algo como mais de 40% do valor da obra, somadas as alíquotas básicas de 4% do II + 18% do ICMS importação de São Paulo + o PIS/COFINS importação de 2,1% + 9,65% respectivamente, uma vez que inexistente a imunidade de tributos para a importação de obras de arte, prevista eventualmente apenas a isenção.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> QUADRO que vale milhões foi declarado por pouco mais de R\$ 2 mil. Jornal Nacional. *G1*. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2010/04/quadro-que-vale-milhoes-foi-declarado-por-pouco-mais-de-r-2-mil.html>. Acesso em 30 jun. 2021.

Depois de permanecer desmontada e enrolada por anos, a obra foi restaurada e doada ao Instituto de Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), para então poder ser visualizada pelo público brasileiro.

Em outra operação, uma tela do artista plástico brasileiro Vik Muniz trazia indicação de valor de pouco mais de 1.400 reais, quando em realidade o valor apurado na época foi de mais de 160 mil reais.

De acordo com o Art. 86 do Decreto 6.759/2009, nos casos em que for detectada diferenças de valores na Duimp, será aplicada multa de ofício de 150% e concomitantemente, multa administrativa, resultando no perdimento da mercadoria.

Nos casos da falta de declaração ou falta de pagamento, a multa de ofício é de 75% sobre a totalidade do valor efetivamente praticado ou arbitrado por perícia, com previsão de redução para 50%.

Significativo também destacar o fato de que a atribuição de valor para uma obra de arte escapa da capacidade do Auditor Fiscal da Receita Federal, uma vez que não há suficiente conhecimento técnico para tanto, não bastando uma simples pesquisa na *internet* para conferir o valor das obras de um artista plástico, uma vez que o valor de uma obra de arte não se mede por metro quadrado, devendo ser considerados outros critérios como o ano da obra e a fase do artista, o que torna a verificação de parâmetro de valor uma tarefa nada simples, impondo peritagem especializada.

Casos de informação inverídica sobre o conteúdo do que está sendo importado/exportado evidentemente também geram implicações de apreensão, multa e perdimento da mercadoria. Em situação assim, a Receita Federal no Porto de Itajaí (Navegantes/SC) apreendeu um contêiner proveniente dos Estados Unidos, com falsa declaração de conteúdo, uma vez que a Duimp declarava se tratar de partes e peças de automóveis, e na verdade se tratava de obras de arte.

Existem ainda situações que se enquadram no denominado Regime Especial do Direito Tributário, quando não existe uma operação básica de compra e venda, mas situações diferenciadas, como é o caso da entrada temporária de produtos em um país, dando origem a denominada Admissão Temporária, caso das obras de arte que ingressam no país para participarem de uma exposição, e depois retornam ao país de origem. Também é o caso de obras de arte que ingressam no país apenas para cruzar a fronteira brasileira, e seguir destino em trânsito aduaneiro, para um terceiro país, onde de fato permanecerá em definitivo, ou

ainda quando um artista plástico viaja com alguns de seus trabalhos para outro país e depois regressa com as obras.

Situação diferente quando esse artista retorna ao seu país de domicílio trazendo obras de arte executadas no exterior, enquanto esteve em temporada de residência artística. Estas obras, quando produzidas por artista plástico brasileiro, caracterizam-se como obra nacional, porque acompanha a nacionalidade do artista, como confirma decisão da Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Relator Desembargador Chalu Barbosa (MAS 45689.2001.51.01.020614-2), mas não se aplica para obra de arte desenvolvida pelo mesmo artista em parceria com artista estrangeiro.

Caso enquadrado nessa situação foi o que aconteceu envolvendo as obras de arte de Miguel Barceló e a Embaixada da Espanha no Brasil. As obras, que estavam em Regime Especial de Admissão Temporária, haviam sido expostas na Pinacoteca de São Paulo, e seguiriam para exposição na Grécia e posteriormente na Alemanha. Ocorre que a exposição em Atenas foi cancelada e a embaixada requereu prorrogação do prazo do Regime Especial, que é de seis meses, mas apenas parte do lote das obras foi apreciado pela receita, ficando os demais em situação irregular, vindo as mesmas obras a serem apreendidas na aduana do aeroporto de Viracopos/SP, que exigia o pagamento de 7 milhões de reais, em razão da cobrança de multa por descumprimento do prazo conforme estabelecido no Art. 72 da Lei 10.833/2003 – Regime Especial de Admissão Temporária.

Em todos esses casos não faz sentido a cobrança do Imposto de Importação, que fica suspensa. O mesmo ocorrendo quando um proprietário de obras de arte esteja em mudança de país de residência.

Deve prevalecer a razoabilidade no momento da fiscalização por parte do Auditor Fiscal da Receita Federal, então se uma pessoa física muda de país (de residência), traz seus bens pessoais, suas obras de arte, não se aplica a cobrança do Imposto de Importação, mas se o volume de obras for expressivo, chama a atenção e aparenta irregularidade, o que aconteceu em caso julgado pela Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

O Acórdão manteve a cobrança do Imposto de Importação, multa e juros de mora, impostos pela Secretaria da Receita Federal ao proprietário de obras de arte pela importação de 162 quadros e 9 esculturas, declaradas como bagagem pessoal, quando da mudança de residência dos Estados Unidos para o Brasil, sob alegação de se tratar de acervo pessoal, constituído ao longo de vinte anos, não destinado a ostentar caráter mercadológico.

No decorrer do processo verificou-se que os quadros e as esculturas conferidos pela autoridade aduaneira haviam saído do Brasil, sem autorização prévia e sem documentos comprobatórios de sua aquisição, e ingressado nos Estados Unidos.

Segundo os magistrados, a quantidade, as circunstâncias e o catálogo de avaliação encontrado junto às obras indicavam destinação comercial, sujeita, portanto, ao Regime Comum de Importação.

## **2 As transações de exportação e importação, e casos aplicados ao mercado de artes visuais**

Assim como destacamos anteriormente, há situações em que se justifica a redução da alíquota de importação, para influenciar consumo, para desincentivar ou controlar a saída de produtos, podendo o gestor público impor restrições e proibições à exportação de alguns produtos. É o que acontece no controle da exportação de obras de arte regulamentada pelo Instituto do Patrimônio Histórico Nacional (IPHAN), que não permite a exportação de artefatos e acervos tombados, como obras de arte produzidas ou trazidas antes do final do período monárquico, peças arqueológicas ou pré-históricas, pois podem configurar a saída de patrimônio cultural. A exceção é para situações do Regime Especial, para participar de uma exposição, quando precisam de autorização do Instituto, via Declaração de Saída de Bens Culturais do Brasil (DSBC).

Também é o caso de obras de arte apreendidas ou decorrentes de perdimento, que devem permanecer em território nacional e serem doadas a Museus, direcionadas a satisfazer o bem-estar coletivo, permitindo aquela apropriação dos ganhos intangíveis que citamos anteriormente, pelo acesso e circulação pública.

Esse tipo de situação não é exclusivo do Brasil, sendo necessária a verificação em cada país, inclusive em razão do combate ao crime de lavagem de dinheiro, com devida comprovação de documentação e capacidade financeira para ter realizado a operação.

De acordo com a Lei 12.840/2013, nas hipóteses de apreensão, dação em pagamento de dívida ou abandono de obras de arte, sonegação fiscal e crime de lavagem de dinheiro, a Receita Federal prevê a destinação de bens de valor cultural, artístico e histórico aos museus.

Legislações desse tipo tem sido uma prática internacional, inclusive levando a um estreitamento da cooperação internacional na prevenção e combate ao crime de lavagem de dinheiro e exportação ilícita de bens culturais, com a assinatura de importantes balizas

internacionais como o são a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas de 1886, revista em 1971; a Convenção de Viena de 1988, compondo o histórico da repressão aos grandes crimes econômicos e a Convenção da UNIDROIT sobre Bens Culturais Furtados ou Ilicitamente Exportados de 1995.

Assim, cumprindo mandado de busca e apreensão solicitada pela Interpol na Líbia, a Política Federal localizou e apreendeu uma escultura de mármore, representando Eusculápio, Deus grego da cura, do período de 400 a.C, que havia sido retida na unidade alfandegária do Aeroporto Internacional de Viracopos, de fevereiro a setembro de 2020, e que havia sido liberada ao adquirente da peça, mediante apresentação dos documentos de importação, sem que fosse possível verificar a ilicitude do objeto, muito embora a peça estivesse inserida na base de dados da organização internacional sobre obras furtadas ou roubadas, em razão da suspeita de ter sido roubada de museu da Líbia, no ano de 1990.

Aquela citada necessidade em seguir o correto e fiel preenchimentos das informações nos documentos aduaneiros como descrição, valor, quantidade, unidade de partes envolvidas – exportador, importador e intervenientes –, ganha relevo no caso da importação, porque pode configurar objetivo intencional de ocultar o real importador, dando a Receita Federal o direito de promover a apreensão e perdimento da obra de arte pelo crime de descaminho, com pena de 1 a 4 anos de reclusão.

Nas hipóteses de ocultação do sujeito passivo, do real vendedor, comprador ou responsável pela operação comercial, que significam a não comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos utilizados na transação, mediante fraude ou simulação, permite a aplicação da pena de perdimento da mercadoria, seja ela estrangeira ou nacional, portanto, aplicável tanto na importação quanto na exportação, inclusive imputada a terceiros vinculados.

Em 2014 foram apreendidos no Porto do Rio de Janeiro dois contêineres vindos dos Estados Unidos, contendo 17 toneladas de mercadorias, entre elas mais de 20 obras de arte, tanto de artistas brasileiros como Beatriz Milhazes, quanto estrangeiros como o indiano Anish Kapoor, totalizando aproximadamente 10 milhões de reais. Um dos compartimentos indicava que a propriedade pertencia a uma mulher, que após viver 21 anos trabalhando como manicure nos Estados Unidos, retornava a residir no Brasil. Ante as evidências financeiras e patrimoniais, a Receita Federal pode constatar que a vinda em bagagens de terceiros,

funcionando como “mula”, objetivava de fato ocultar o real proprietário das obras de arte e assim evitar a tributação<sup>12</sup>.

Na importação por conta e ordem de terceiro – que se dá quando o real adquirente da mercadoria contrata um terceiro, empresa prestadora de serviços, para proceder à operação de importação – fica este terceiro responsável por todo procedimento necessário à importação, inclusive pelo preenchimento da Duimp, sendo, portanto, considerado, para os fins aduaneiros, como importador, mesmo sabendo-se que o recurso financeiro e o destino final da mercadoria seja o do real adquirente.

Essa empresa intermediária pode realizar não só o ato administrativo da importação, mas também todas as demais atividades correlatas como cotação, intermediação, contratações intermediárias, e o próprio pagamento, tudo como prestadora de serviço.

Assim, a empresa prestadora do serviço, que promoveu o registro do Duimp é quem figura como contribuinte do imposto de importação e demais tributos federais incidentes, sendo ambos, intermediário e real adquirente, responsáveis solidários pelos tributos.<sup>13</sup>

Alguns destaques em relação aos demais tributos, além do II e do IE, merecem ser comentados.

Em relação ao IRPF, a Receita Federal mantém a exigência para as declarações de 2021, conforme estabelecia o Art. 798 do Decreto n. 3.000/1999 (já revogado), sobre o dever tanto da pessoa física quanto da jurídica, de apresentar uma relação pormenorizada dos bens móveis de sua propriedade, incluindo obras de arte, cujo valor de aquisição seja igual ou inferior a 300 mil reais (e, desde que não tenha sido declarado pelo conjuge).

Vale lembrar que esse valor base não poderá ser atualizados nas declarações subsequentes, mesmo com a valorização da obra de arte, incidindo imposto apenas sobre o ganho de capital entre o valor original da época da aquisição e o valor da venda futura.

Em âmbito estadual, vários Estados<sup>14</sup> como Distrito Federal, São Paulo entre outros, celebram Convênios que autorizam a redução ou isenção do pagamento do ICMS quando da

<sup>12</sup> ALFÂNDEGA do Porto do Rio apreende R\$ 10 milhões em obras de arte. *GI*. 30/06/2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2014/06/alfandega-do-porto-do-rio-apreende-r-10-milhoes-em-obras-de-arte.html>. Acesso em 30 jun. 2021.

<sup>13</sup> Art. 31 e Art. 32 do Decreto-lei n. 37/66 e artigo 104, I, do Decreto 6.759/2009 (Regulamento Aduaneiro), respectivamente.

<sup>14</sup> CONFAZ. Ministério da Economia. Convênio ICMS 59/1991. Disponível em [https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/1991/CV059\\_91](https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/1991/CV059_91). Acesso em 27 jul. 2021; e Art. 128 Anexo I - RICMS/2000 SP, disponível em <https://legislacao.fazenda.sp.gov.br/Paginas/art125.aspx>, acesso em 27 jul. 2021.

saída das obras de arte, incentivando desta maneira tanto a sua comercialização quanto a realização de exposições com obras nacionais e estrangeiras.

O ICMS/importação é aquele devido pela entrada e circulação da mercadoria em determinado Estado onde estiver situado o domicílio do importador, mesmo que o contribuinte PJ ou PF não seja contribuinte habitual do imposto, pressupondo, portanto, a transferência da titularidade da mercadoria como determinante para se estabelecer o fato gerador do tributo (exportador/vendedor ao importador/comprador), excluído os casos do Regime Especial, onde não há transferência de titularidade, mas tão somente o trânsito, a movimentação física.<sup>15</sup>

Quanto a polêmicas e diversas demandas judiciais acerca de qual seria o Estado credor do ICMS importação – se o Estado do destinatário final ou do destinatário jurídico (intermediário), ou ainda do Estado onde ocorre o desembarço aduaneiro –, a Súmula 577 do STF e o ARE 1009521, Relator o Ministro Dias Toffoli, Segunda Turma, asseguram que deve prevalecer a competência para o crédito do ICMS importação o Estado do domicílio do destinatário jurídico do bem, e não o destinatário final.

Quanto ao PIS/COFINS importação, regulamentado pela Lei 10.865/2004, há a previsão de redução das alíquotas do PIS/COFINS importação para zero, no caso da importação de obras de arte, classificadas nas posições 97.01, 97.02, 97.03 e 97.06 da NCM, recebidas em doação, por museus instituídos e mantidos pelo poder público ou por outras entidades culturais reconhecidas como de utilidade pública; bem como isentas dos mesmos tributos no caso das bagagem de viajantes procedentes do exterior, ressaltado o fato de que esta modalidade de entrada via bagagem pessoal veda a entrada com finalidade de revenda, sendo tributadas com alíquota de 50%, em qualquer situação, e de acordo com o Regime de Tributação Especial, o valor que exceder a quota de isenção de 500 dólares. Também não incidem esses tributos sobre bens em regime de exportação temporária.

No caso de doações a museus e demais entidades culturais existe a isenção do PIS/COFINS importação, além do II e do ICMS importação.<sup>16</sup>

Os serviços tributados pelo ISS importação não pode envolver fornecimento de material da parte do prestador do serviço, hipótese que caracterizada a tributação pelo ICMS

<sup>15</sup> Art. 155, II CF/1988 e especificamente pelo Art. 155 letra “a” e “b”, IX, § 2º da EC 33/2001, pacificada pela decisão do pleno do STF RE 540.829 Relator Min. Luiz Fux Acórdão publicado em 16/6/2015, disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur285073/false>. Acesso em 27 jul. 2021.

<sup>16</sup> Art. 9 da Lei 10.865/2004, Art.1º da Lei 8.961/1994 e Cláusula 1, § 2º do Convênio 59/1991, respectivamente.

importação, mas pode atingir a prestação de serviço do restaurador de obras de artes, prestador este no caso estrangeiro.<sup>17</sup>

O Projeto de Lei 3.887/2020 que visa instituir a Contribuição Social sobre Operações com Bens e Serviços (CBS), alterando a legislação tributária federal, incide sobre as operações com bens e serviços em relação às operações de importação, mas traz no Art. 79 letra “g”, a isenção para obras de arte, classificadas nas posições 97.01, 97.02, 97.03 e 97.06 da NCM, recebidas em doação por museus instituídos e mantidos pelo Poder Público ou por outras entidades culturais reconhecidas como de utilidade pública.

Legislação mais antiga, a Lei 1.950/1953 no Art. 1º, estende a isenção de direitos de importação, imposto de consumo e demais taxas, aos museus de artes plásticas de propriedade privada, franqueados ao público, que importarem obras de arte, sem intuitos mercantis, desde que tais obras venham a enriquecer o patrimônio artístico nacional, depois de analisado e aprovado pela Comissão Nacional de Belas Artes, o valor artístico das peças importadas.

Salienta, entretanto, no Art. 4º, que caso essas obras importadas com isenção venham a ser negociadas dentro do prazo de 5 anos a contar da sua importação, estarão obrigadas ao recolhimento de 50% dos impostos devidos, e, no Art. 5º, que aquelas obras que se destinarem a exposições públicas podem vir a ser negociadas internamente após o término da exposição, com redução de 50% dos direitos de importação devidos.<sup>18</sup>

### **3 Breves comentários**

O mercado de artes visuais não está contemplado por um regime especial de imunidade tributária, como ocorre na importação de livros, jornais e periódicos, bem como na importação de papel destinado a essas impressões. A imunidade é o caso também dos fonogramas e videofonogramas musicais produzidos no Brasil contendo obras musicais de autores brasileiros, ou mesmo quando obras em geral interpretadas por artistas brasileiros.

Esse não enquadramento diferenciado para as artes visuais, e o fato de nem mesmo entendê-lo como sendo um setor produtor de caráter essencial, passível de aplicação extrafiscal, limita não somente os negócios na relação de compra e venda, mas a produção cultural e a difusão de cultura internamente no país, como também no exterior, inviabilizando a realização de exposições que não tenham objetivo mercadológico, mas cultural.

---

<sup>17</sup> Letra “a”, inciso IX, do § 2º, do art. 155 da CF/1988.

<sup>18</sup> Decreto-Lei 300/1938.

Apenas os patrocínios de exposições de artes visuais recebem um tratamento incentivado, como estabelece a Lei 8.313/1999. Nem os próprios artistas plásticos são diferenciados na declaração de rendimentos, devendo proceder à retenção na fonte quando vendem para PJ e recolher o carnê leão mensal, quando para PF.<sup>19</sup>

Perdem os artistas, perdem os colecionadores, marchands, galeristas, as casas de leilão, mas perde sobretudo a sociedade.

Outras situações que trazem apreensão e insegurança para o setor são as mudanças de interpretação a tratamentos jurídicos como é o caso do cálculo de cobrança nos armazéns de aeroportos. A cobrança pode ser feita tomando por base o preço declarado da mercadoria ou pelo peso bruto da carga.

Evidentemente que para as obras de arte o cálculo da taxa diária de armazenagem pelo peso é muito mais viável e pelo Contrato de Concessão 002/ANAC/2012 deve ser esta a modalidade para as obras de arte em regime de Admissão Temporária, desde que participando comprovadamente em eventos “cívico-culturais”. Entretanto, a norma foi reinterpretada em 2018 por algumas concessionárias de aeroportos internacionais, que passaram a entender “cívico-culturais como “patrióticos”, sem o que o cálculo deveria ser como base no valor declarado.

Também em situações em que se apresente a necessidade de depósito das obras de arte em nome de um depositário fiel, como ocorre em mostras como a Bienal de São Paulo ou outras grandes exposições, caso ocorram eventuais danos e avarias, será o depositário responsável pelos tributos devidos.

## **Conclusão**

Diante de tudo que foi abordado neste artigo, resta evidenciada a relevância do mercado de artes visuais para além da questão mercadológica, demonstrando haver uma relação direta entre o acesso aos bens culturais e o desenvolvimento social e econômico de um país.

E para esta conquista é fundamental a compreensão e a vontade tanto do legislador quando gestor público em atuarem de maneira convergente para esse propósito, sem o que

---

<sup>19</sup> Art. 7º e Art.8º da Lei 7.713/1988 respectivamente, c/c com o Art. 6º da Lei 8.134/1990 no segundo caso.

todo o regramento sob o qual o setor está inserido não só deixa de estimular como inviabiliza seu crescimento.

Nesse sentido, também para as artes visuais e para a cultura de modo geral, assim como em todos os outros setores produtivo, de agricultura à indústria e serviços, o comércio exterior tem muito a contribuir, permitindo a inserção do país no mundo, com a visibilidade e a troca dando na direção da saída (exportações), quanto da entrada (importações).

Especificidades existem, problemas também, o que torna necessário compreender e atuar para aprimorar.

Entusiasta que sou do Comércio Exterior, do Direito Aduaneiro e das Artes, espero ter contribuído para trazer à luz essa visão interdisciplinar.

---

### Referências bibliográficas

ALFÂNDEGA do Porto do Rio apreende R\$ 10 milhões em obras de arte. *GI*. 30/06/2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2014/06/alfandega-do-porto-do-rio-apreende-r-10-milhoes-em-obras-de-arte.html>. Acesso em 30 jun. 2021.

CONFAZ. Ministério da Economia. Convênio ICMS 59/1991. Disponível em [https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/1991/CV059\\_91](https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/1991/CV059_91). Acesso em 27 jul. 2021.

EMBAIXADA da Espanha pede liberação de obras de arte apreendidas. *Conjur*. Porta de Saída. 26/07/2004. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2004-jul-26/embaixada\\_espanha\\_stf\\_liberar\\_obras\\_arte](https://www.conjur.com.br/2004-jul-26/embaixada_espanha_stf_liberar_obras_arte). Acesso em 3 jul. 2021.

HARADA, Kiyoshi. ISS. Serviços de ourivesaria e lapidação e de obras de artes por encomenda. *Harada Advogados Associados*. Disponível em: <https://haradaadvogados.com.br/iss-servicos-de-ourivesaria-e-lapidacao-e-de-obras-de-artes-por-encomenda>. Acesso em 14 jul. 2021.

IMPOSTOS sobre obra de arte podem chegar a até 42% de seu valor em SP. *Folha de S.Paulo*. 04/05/2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/ilustrad/fq0405201010.htm>. Acesso em 27 jul. 2021.

LEONARDO, Fernando Pieri. Sujeito Ativo do ICMS importação. Um Contributo do Direito Aduaneiro para Fins de Definição do Sujeito Ativo do ICMS nas Importações por Conta e Ordem. *HLL Advogados Associados*. Disponível em: <https://hll.com.br/publicacoes/sujeito-ativo-do-icms-importacao/>. Acesso em 14 jul. 2021.

MANUAL de Emissão de Notas Fiscais. *Valor Consulting*. Disponível em: <https://www.valor.srv.br/artigo.php?id=25&titulo=obras-de-arte-emissao-nota-fiscal1%20Direito%20Aduaneiro>. Acesso em 27 jul. 2021.

MATTES, Anita; BENEVIDES, Gilmara. A circulação de bens culturais pós-Brexit. *Conjur*. 24/02/2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-24/mattes-benevides-circulacao-bens-culturais-pos-brexit>. Acesso em 14 jul. 2021.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Gov.br*. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes>. Acesso em 14 jul. 2021.

O QUE saber sobre importação e exportação de obras de arte. *Select*. 19/03/2019. Disponível em: <https://www.select.art.br/o-que-saber-sobre-importacao-e-exportacao-de-obras-de-arte/>. Acesso em 14 jul. 2021.

OLIBONI. O Preço dos Materiais Artísticos e o Acesso a Eles no Brasil. *Dilettante Profissional*. Disponível em: <http://www.dilettanteprofissional.com.br/o-preco-dos-materiais-artisticos-e-o-acesso-eles-no-brasil/>. Acesso em 3 jul. 2021.

PF APREENDE obra de arte suspeita de ter sido roubada de Museu da Líbia. Polícia Federal. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Gov.br*. Disponível em: <https://www.gov.br/pf/pt-br/assuntos/noticias/2021/07/pf-apreende-obra-de-arte-suspeita-de-ter-sido-roubada-de-museu-da-libia>. Acesso em 27 jul. 2021.

PIS/PASEP e COFINS na importação de bens e serviços. *Lefisc*. Disponível em: <https://www.lefisc.com.br/materias/2009/11009ir.asp>. Acesso em 27 fev. 2021.

QUADRO que vale milhões foi declarado por pouco mais de R\$ 2 mil. *Jornal Nacional*. *G1*. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2010/04/quadro-que-vale-milhoes-foi-declarado-por-pouco-mais-de-r-2-mil.html>. Acesso em 30 jun. 2021.

RECEITA FEDERAL. Ministério da Economia. Aduana e Comércio Exterior. Infrações e Penalidades. *Gov.br*. Disponível em: [https://receita.economia.gov.br/orientacao/aduaneira/manuais/remessas-postal-e-expressa/topicos/Infracoes\\_e\\_penalidades](https://receita.economia.gov.br/orientacao/aduaneira/manuais/remessas-postal-e-expressa/topicos/Infracoes_e_penalidades). Acesso em 27 jul. 2021.

RECEITA FEDERAL. Ministério da Economia. Portal Aduana e Comércio Exterior. Pessoa Física - Artesão, Artista ou Assemelhado. *Gov.br*. Disponível em <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/assuntos/aduana-e-comercio-exterior/manuais/habilitacao/pessoas/pessoa-fisica-artesao-ou-assemelhado>. Acesso em 3 jul. 2021.

RECEITA FEDERAL. Ministério da Economia. Seleção Parametrizada. *Gov.br*. Disponível em <https://receita.economia.gov.br/orientacao/aduaneira/manuais/despacho-de-exportacao/topicos/selecao-parametrizada>. Acesso em 18 ago. 2021.

REDUZIDO Imposto de Importação para mais 23 produtos. Comércio Exterior. *Gov.br*. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/financas-impostos-e-gestao-publica/2021/06/reduzido-imposto-de-importacao-para-mais-23-produtos>. Acesso em 27 fev. 2021.

SANTIN, Lina. A regularização fiscal da propriedade de obras de arte. *Conjur*. 15/09/2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-15/lina-santin-regularizacao-fiscal-propriedade-obras-arte>. Acesso em 27 jul. 2021.

SÃO PAULO (Estado). RICMS/2000 SP, disponível em <https://legislacao.fazenda.sp.gov.br/Paginas/art125.aspx>, acesso em 27 jul. 2021.

SISCOMEX. Classificação NCM. *Portal Único SISCOMEX*. Disponível em <https://portalunico.siscomex.gov.br/classif/#/sumario?perfil=publico>. Acesso em 18 ago. 2021.

STF. Jurisprudência. ARE 1009521. Relator Min. Dias Toffoli. Acórdão publicado em 27/03/2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur365227/false>. Acesso em 27 fev. 2021.

STF. Jurisprudência. RE 540.829 Relator Min. Luiz Fux. Acórdão publicado em 16/06/2015. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur285073/false>. Acesso em 27 jul. 2021.

TATAGIBA, Marcus Vinicius Franquine. O que Devo Saber antes de Importar ou Exportar Obras de Arte? *ABRACOMEX*. Disponível em: <https://www.abracomex.org/importar-ou-exportar-obras-de-arte>. Acesso em 14 jul. 2021.

TRF3 Mantém Cobrança de Imposto e Multa sobre 160 Obras Importadas em 2003 como Bagagem Pessoal. *Justiça Federal. TRF da 3ª Região*. Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/noticias/Noticias/Noticia/ExibirNoticia/354243-trf3-mantem-cobranca-d-e-imposto-e-multa-sobre-160>. Acesso em 14 jul. 2021.

TRIBUTAÇÃO de coleção de arte. *IBET Instituto Brasileiro de Estudos Tributários*. Disponível em: <https://www.ibet.com.br/tributacao-de-colecao-de-arte/>. Acesso em 3 jul. 2021.

VEJA, Victor Miguel Villarreal. Azul e Vermelho: os melhores investimentos no mercado de arte abstrata. *GV Invest Short Studies Series. GV Invest 24*. Disponível em: [https://eesp.fgv.br/sites/eesp.fgv.br/files/short\\_studies\\_series\\_24.pdf](https://eesp.fgv.br/sites/eesp.fgv.br/files/short_studies_series_24.pdf). Acesso em 3 jul. 2021.

---

## **Comentários e reflexões sobre a prática forense do procedimento judicial de alvarás, para participação de menores, em eventos culturais**

*Caio Aidar Gottsfritz<sup>1</sup>*

Tendo como foco apresentar o cenário dos bastidores de qualquer evento que conte com a atuação de menores de 16 anos, no contexto prático-jurídico, o presente artigo busca, sem pretensões maiores, uma reflexão sobre como o procedimento prático do alvará judicial conversa com a necessidade da produção cultural.

De início, vale ressaltar a essencialidade do bom diálogo entre os produtores culturais e a área jurídica, já que, como se verá, é por via da postulação judicial que se pode contar com menores em qualquer evento cultural.

Interessante que quando falamos em bastidores dos palcos, o que vêm à nossa cabeça é justamente o pessoal que não figura, mas que faz o espetáculo acontecer, como por exemplo, o diretor, o responsável pela filmagem, pela trilha sonora, e enfim, o que não se passa pela mente de ninguém, é o papel do advogado nesses bastidores.

Como dito, para que qualquer menor de 16 anos figure em algum espetáculo/evento, há a necessidade de se obter uma autorização judicial por meio de alvarás ajuizados nas varas da infância e da juventude<sup>2</sup>. Portanto, somente mediante a atuação postulatória do advogado isso é possível.

Para contextualizar, convém trazer o que estabelece o inciso II do artigo 149 do Estatuto da Criança e do Adolescente, *in verbis*:

Art. 149. Compete à autoridade judiciária disciplinar, através de portaria, ou autorizar, mediante alvará:

(...)

II - a participação de criança e adolescente em:

a) espetáculos públicos e seus ensaios;

<sup>1</sup> Advogado e Membro da Comissão de Direito das Artes da OAB SP.

<sup>2</sup> Breve contexto: Primeiramente, a competência para o processamento dos alvarás era da Justiça do Trabalho; nesse contexto, em 26 de dezembro de 2013 foi publicado o provimento GP/CR 12/13 no âmbito do TRT da 2ª região, que regulamentou os pedidos de alvará para trabalho de menores de 16 anos.

No entanto, em 14 de agosto de 2015 o STF, por decisão do ministro relator Marco Aurélio, na ADI 5326 MC / DF, determinou-se liminarmente que a competência é da Justiça Estadual.

b) certames de beleza.

§ 1º Para os fins do disposto neste artigo, a autoridade judiciária levará em conta, dentre outros fatores:

a) os princípios desta Lei;

b) as peculiaridades locais;

c) a existência de instalações adequadas;

d) o tipo de frequência habitual ao local;

e) a adequação do ambiente a eventual participação ou frequência de crianças e adolescentes;

f) a natureza do espetáculo.

§ 2º As medidas adotadas na conformidade deste artigo deverão ser fundamentadas, caso a caso, vedadas as determinações de caráter geral.

Conforme se verifica do *caput*, o procedimento é feito na esfera judicial, daí porque indispensável o advogado. Pois bem, tendo passado por algumas experiências práticas de patrocinar alvarás para participação de menores em longas, curtas e filmes publicitários, venho compartilhar alguns pontos, bem como trazer alguns questionamentos sobre o tema.

Faz-se necessário dizer que o ponto central se trata de uma crítica quanto à adequação do referido procedimento ao dinamismo da cultura. De tal modo, vale deixar claro que não se discute a redação das leis já existentes, que acertadamente consagram a preocupação que merecem os menores, quando expostos em participar de alguma das possibilidades mencionadas no precitado artigo do ECA.

Por outro lado, alguns obstáculos de cunho burocrático culminam em conflitar com os preceitos insculpidos no artigo 215 da Constituição Federal (“O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.”), tendo em vista que, por exemplo, por conta da ausência de uma máquina pública capaz de cumprir celeremente a apreciação dos pedidos dos respectivos alvarás, compromete-se o objetivo de facilitação, valorização e incentivo da cultura, de certo modo e a meu humilde ver.

Dessas premissas, o que será explorado está atrelado às próprias experiências vivenciadas, quando do ajuizamento de alguns alvarás, com a finalidade de obter as respectivas autorizações judiciais para a participação de menores em determinados eventos.

Em primeiro, deve-se deixar claro que o setor cultural, por natureza e como assim deve ser, ostenta uma dinâmica de movimento pulsante, sendo certo que determinadas burocracias podem culminar em inviabilizar determinada produção cultural, o que indica justamente essa inadequação, ora tratada.

Além disso, incide um fator de carência de educação jurídica, que acaba sendo culturalmente afastada da grande maioria dos fazedores de cultura, o que eu percebi pelos debates e participações em eventos, durante o período em que participo como membro da Comissão de Direito das Artes da OAB/SP.

E, certamente, não se trata apenas de percepções versadas sem lastro com a realidade, pelo contrário, em pesquisas para compor este artigo, também foi possível se verificar, na doutrina, essa preocupação em relação à defasagem da educação jurídica básica. Por exemplo:

A situação educacional e social do Brasil é preocupante. Percebe-se total alienação dos brasileiros quando se trata de assuntos como Cidadania, Política, Direito e Economia. A estrutura da educação brasileira apresenta algumas falhas. A maior delas é a inexistência nas grades curriculares de ensino a apreciação de disciplinas básicas do Direito Constitucional Brasileiro. Inserir-las na educação de crianças e jovens é o passo primordial para a construção da cidadania. É nessa idade que se forma a personalidade. Logo, os conceitos que ali forem inseridos refletirão em toda sua existência. (OLIVEIRA, 2016).

Sobre essa problemática da educação, que é um problema amplo e geral, mas que impacta na temática abordada, sabe-se que advém de omissão do Estado acerca de questão de direito fundamental (promover a educação). Nesse sentido, lúcida a lição do Eminentíssimo Ministro Luís Roberto Barroso, *in verbis*:

Tal como no caso da inconstitucionalidade por ação, também a omissão violadora da Constituição pode ser imputável aos três Poderes. Pode ocorrer de o Executivo deixar de tomar as medidas político-administrativas de sua competência, não entregando determinadas prestações positivas a que esteja obrigado, por exemplo, em matéria de educação (BARROSO, 2012, p. 33.).

Ou seja, não se trata das Leis, mas dos entraves burocráticos que não harmonizam, muitas vezes, com essa atividade, assim como por conta da ignorância sobre o

tema, ante a falta de disseminação da informação, somando-se a omissão estatal em concretizar preceitos fundamentais insculpidos em nossa Lei Maior.

Nas experiências que vivi, isso ficou mais do que claro, mas vale um exemplo que bem traduz o que se narra, o qual ocorreu quando em uma dessas filmagens, além de exigir um número grande de participantes (atores e figurantes menores), também contava com filmagens em, pelo menos, quatro cidades distintas do Estado de São Paulo.

Com isso, inicia-se um processo em que se envidam esforços de diálogo entre advogados e os produtores culturais, sendo inúmeras as dúvidas que surgem, por exemplo, porque na cidade X o alvará saiu em tantos dias, sendo que na Y saiu em muito mais dias, ou ainda, porque um juiz exigiu documentos que o outro não exigiu.

A Associação Brasileira de Anunciantes disponibiliza em seu *site* uma lista de documentos necessários para obtenção do alvará judicial de participação de menores em eventos, quais sejam<sup>3</sup>:

Procuração aos advogados que forem representar a empresa requerente (agência, cliente, produtora de som ou de imagem ou fotógrafo); Contrato social da requerente; Autorização dos pais ou responsáveis legais, bem como o contrato de participação na peça/campanha publicitária, com firma reconhecida; Cópias autenticadas dos RGs. e CPFs dos pais ou responsáveis; Cópia autenticada da certidão de nascimento do menor; Declaração de matrícula escolar (se o menor estiver em idade escolar); Roteiro do filme ou layout do anúncio; Alvará do Corpo de Bombeiros; Alvará de funcionamento; Indicação de conta poupança.

No entanto, foi possível constatar na prática algumas questões que permitem concluir a dificuldade burocrática, seja quando há juízes que exigem outros documentos (por ex. protocolo sanitário, documentos complementares dos pais e etc.), ou ainda, que exigem os documentos em determinado formato (por ex. o laudo de funcionamento deve conter algumas especificações), tudo isso culminando em uma delicada relação de tempo, a qual é totalmente imprevisível e que põe em risco todo o planejamento cultural.

---

<sup>3</sup> ABA orienta associados sobre a participação de menores de 16 anos em trabalhos publicitários. *ABA Associação Brasileira de Anunciantes*. Em 20/08/2020. Disponível em <http://aba.com.br/aba-orienta-associados-sobre-a-participacao-de-menores-de-16-anos-em-trabalhos-publicitarios/>. Acesso em 17 ago. 2021.

De acordo com os incisos I a III, do artigo 226 do Código de Processo Civil de 2015, “Art. 226. O juiz proferirá: I - os despachos no prazo de 5 (cinco) dias; II - as decisões interlocutórias no prazo de 10 (dez) dias; III - as sentenças no prazo de 30 (trinta) dias.”

Porém, como é cediço no meio jurídico, o não cumprimento desses prazos pelo Juiz, muito raramente, acarretará ao Magistrado qualquer pena, sendo que para que isso ocorra, faz-se necessário arguir essa questão (de excesso de prazo), que será eventualmente apreciada pela Corregedoria, ou seja, nesse ínterim, sendo uma questão de se contar com o tempo, muito provavelmente já restará prejudicada a medida.

Além disso, as justificativas do órgão judicial podem também fazer com que não prospere a alegação de excesso de prazo, as mais comuns são “faltam funcionários” e “há muitos processos na fila”.

De antemão, também há juízes que dispensam alguns documentos, por exemplo, o alvará de bombeiros ou o laudo de engenharia, quando o endereço da produção é residencial.

Outra questão específica com que me deparei foi em relação às custas processuais, pois embora não haja previsão de recolhimento, houve alvarás em que o Juiz determinou o recolhimento. Confira-se:

Fica o requerente intimado a comprovar, no prazo de 48 horas, o recolhimento das custas e despesas de ingresso (custas iniciais e custas de mandato judicial), sob pena de cancelamento da distribuição nos termos do art. 290, do CPC, independente de nova intimação. A parte autora deverá observar o quanto disposto no artigo 10 da Lei 11.419/2006 e artigo 9º da Resolução 551/2011 TJ/SP, e juntar as custas separadas umas das outras e nomeadas corretamente (Custas Iniciais, Custas de Mandato, Custas de Postagem, Guia de Diligências do Oficial de Justiça GRD, etc.), de acordo com a listagem disponibilizada no sistema informatizado. O procedimento é essencial para a expedição de mandado de forma correta pelo sistema SAJ. Ressalto que a conduta do requerente de não juntar as custas causa grandes prejuízos à serventia e atraso processual, pois as custas em questão deveriam ter acompanhado o pedido, de forma que a providência pretendida se aperfeiçoaria muito mais rapidamente, no interesse do jurisdicionado, do próprio advogado e da Justiça. Assim, pede-se a atenção para que as custas devidas acompanhem os requerimentos em que a diligência custosa for requerida. Na omissão, o processo será extinto/arquivado. Regularizados, os autos serão promovidos à conclusão. Intime-se. Advogados(s): Caio Aidar Gottsfriz (OAB 448.365/SP)

Por seu turno, na mesma época e para o mesmo filme, ajuizou-se na Vara da Infância do Fórum Central da Capital/SP outro alvará (para gravar outras cenas), cuja

autorização foi concedida com mais celeridade e sem a necessidade de recolhimento de custas.

De todo modo, também é importante registrar que em todos os pedidos das autorizações judiciais, há por força do próprio ECA, a atuação do Ministério Público, nos termos dos artigos 202 a 205 da referida lei, respectivamente *in verbis*:

Art. 202. Nos processos e procedimentos em que não for parte, atuará obrigatoriamente o Ministério Público na defesa dos direitos e interesses de que cuida esta Lei, hipótese em que terá vista dos autos depois das partes, podendo juntar documentos e requerer diligências, usando os recursos cabíveis.

Art. 203. A intimação do Ministério Público, em qualquer caso, será feita pessoalmente.

Art. 204. A falta de intervenção do Ministério Público acarreta a nulidade do feito, que será declarada de ofício pelo juiz ou a requerimento de qualquer interessado.

Art. 205. As manifestações processuais do representante do Ministério Público deverão ser fundamentadas.

Tendo em vista a intervenção necessária do MP, eis que surgem mais possibilidades ainda, as quais devem ser observadas pelos envolvidos em determinado projeto cultural.

Ou seja, além das questões atreladas à falta de uniformidade no procedimento, assim como da imprevisibilidade do tempo em que caminhará o processo, há também as especificações decorrentes dos pareceres do Parquet. Vale trazer situação real que exemplifica bem o que se narra. Em um dos casos em que atuei, houve parecer favorável do MP, porém, com advertências que não havia visto nos outros pleitos análogos. Confira-se:

Diante do exposto, opino que seja julgado o pedido da requerente procedente, condicionando-se, porém, a concessão do alvará requerido ao compromisso da requerente de que será observada a restrição de que as filmagens nas quais haverá participação da criança não poderá atrapalhar seus estudos, ainda que com aulas suspensas em virtude da pandemia do

COVID-19, bem como deverá respeitar duração de tempo razoável (por 6 (seis) horas diárias, podendo ser prorrogada por mais 2 (duas) diárias, sempre em contraturno do horário escolar dos menores conforme apontado pela própria requerente) e não se realizar entre as 22 horas e 05 horas do dia seguinte. Em caso de desrespeito à condição acima imposta e de violação à saúde e à segurança da criança, o Ministério Público requer, desde já, seja fixada penalidade de multa diária no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), consoante o disposto no artigo 213, §2º, da Lei 8.069/90, por analogia.

Verifica-se no trecho transcrito do parecer, que houve delimitação de horário e pena de multa em valor elevado, para assegurar o cumprimento das medidas que visam proteger os mesmos.

É essa infinitude de possibilidades que torna necessário adequar todo o planejamento cultural às exigências legais e ir além, valendo-se sempre do bom senso na hora de traçar o planejamento do evento que conte com menores, para que seja mitigada ao máximo qualquer margem de erro, o que face às subjetividades que permeiam o tema, é uma tarefa complexa.

Tais questões, ainda que aparentemente básicas, afetam demasiadamente um planejamento cultural, quando demandada a intervenção do judiciário, como nos casos de alvarás judiciais em questão, que ilustram muito bem o que se busca com este artigo, ou seja, compartilhar experiências e reflexões a fim de pautar a importância de aprimorar o elo entre direito e cultura, valendo-se dessas situações práticas como gatilho ao amplo debate.

De todo modo, certo é que não há a esperada segurança jurídica, sendo um trabalho que muitas vezes demanda despachos de última hora e muita correria, além é claro, do diálogo intenso na mediação com o cliente da cultura, que por certo fica em situação de ansiedade quanto ao desfecho, uma vez que corre risco todo o seu planejamento.

Parecem questões simplórias, mas o grande desafio de atuação dos advogados nessas demandas, a meu ver, mora justamente em ser combativo quanto a tais burocracias.

Isso, pois, quando não obtida a autorização, dentro do prazo e cronograma do cliente, o prejuízo será enorme, inclusive podendo inviabilizar o evento, além de outros prejuízos de cunho financeiro, como por exemplo, arcar com despesas ainda que sem realizar o evento, já que se alugam os locais com antecedência, contrata-se pessoal, etc.

Por motivos como os tais, faz-se possível dimensionar os eventuais dispêndios decorrentes da não obtenção do alvará, em tempo.

Registra-se, portanto, a essencialidade do advogado nesses bastidores, bem como a necessidade de um alinhamento rigoroso entre os responsáveis pela produção e os respectivos causídicos, o que não assegura, ainda assim, que o planejamento ocorrerá.

Por seu turno ainda, criar um ambiente didático/jurídico que favoreça a produção cultural e atenda o preceito constitucional (de garantir o exercício dos direitos culturais), demanda, por certo, uma solução complexa, que além de outros pontos claros, também passa pela necessidade de um processo de acultramento (dos envolvidos), ou seja, de instaurar pela via da educação costumes que tornem menos penosa a obtenção das referidas autorizações judiciais aos menores partícipes de determinado evento.

No meu entendimento, esse processo ocorrerá mediante um conjunto basilar de ações, consistentes em pensar conjuntamente (juristas, agentes culturais e sociedade em geral) mecanismos facilitadores dos entraves burocráticos mencionados, sem afastar o zelo que merece o menor atuante em qualquer evento cultural.

Além disso, devem compor essas ações, a promoção do acultramento pela via de políticas públicas eficientes, a fim de disseminar aos produtores culturais, o conhecimento legal mínimo para que o percurso judicial de obtenção dos alvarás, seja, inclusive, considerado no planejamento inicial de qualquer produção.

### **Considerações finais**

O desafio de escrever este artigo de opinião, para composição do *e-book* da nossa Comissão, trouxe concomitantemente o sentimento de prazer unido à dor de quem zela para canalizar uma ideia principal, tendo em vista o entusiasmo que me move ao contribuir e compartilhar experiências em relação a temas que me prendem a atenção, assim como amplitude notória do debate que se suscita. Certamente, como ressaltado na introdução, não há pretensões maiores do que trazer para pauta a questão, cuja importância é patente.

Por esse motivo e diante do que foi dissertado, faz-se importante pontuar em sede dessas considerações finais, que a Constituição Federal e o ECA, Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como demais legislações atinentes ao procedimento de alvará, não devem ser enxergadas como rivais da Cultura, pelo contrário, faz-se importante que o produtor cultural, bem como os artistas e todo o meio da cultura tenha acesso ao conhecimento das leis,

e que possam perceber as problemáticas de cunho burocrático que podem e devem, inclusive, ser otimizadas com a coparticipação de todos os envolvidos.

Também importante destacar que, como advogados, devemos chamar essa responsabilidade para nossa classe e pensar/instaurar meios que possibilitem a disseminação de informação e facilitação do diálogo com o setor cultural como um todo, uma vez que somos os detentores do conhecimento legal, tendo as ferramentas para tanto.

Ainda são tímidas as iniciativas de aproximar o conhecimento jurídico dos administradores culturais, mas sem sombra de dúvidas, é uma das marcas da nossa Comissão, que sempre abriu espaço ao debate, visando, também, a aproximação dos setores, que são, como restou demonstrado ao exemplo das experiências dos alvarás, dependentes um do outro, em muitas situações.

Definitivamente, entendo que o mais importante seja incluir os agentes culturais na participação política de forma ativa, a fim de afastar a possibilidade das Leis, no caso dos alvarás, as de proteção aos menores, serem percebidas como adversárias da cultura, de forma a construir um rumo em que não figurem como instrumentos prejudiciais ao acesso efetivo à cultura.

### **Referências bibliográficas**

ABA orienta associados sobre a participação de menores de 16 anos em trabalhos publicitários. *ABA Associação Brasileira de Anunciantes*. Em 20/08/2020. Disponível em <http://aba.com.br/aba-orienta-associados-sobre-a-participacao-de-menores-de-16-anos-em-trabalhos-publicitarios/>. Acesso em 17 ago. 2021.

OLIVEIRA, Marco Antônio Cezário. A necessidade do ensino de direito constitucional nas escolas de ensino fundamental e médio brasileiras para a construção da cidadania. *JUS*, 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/50144/a-necessidade-do-ensino-de-direito-constitucional-nas-escolas-de-ensino-fundamental-e-medio-brasileiras-para-a-construcao-da-cidadania>. Acesso em: 03 ago. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

## A regulação do *streaming* entre o protecionismo e o libera geral

Guilherme Arrobas Martins Genestreti<sup>1</sup>

### Introdução

Dentre as mudanças de comportamento propiciadas pela pandemia da Covid-19, algumas das mais evidentes são as formas como consumimos cultura e entretenimento. Fechados dentro de casa, sem poder ir ao teatro ou ao cinema, tivemos de nos enterrar em filmes e séries exibidos pelas plataformas de *streaming* e – ufa! – já eram várias as disponíveis ao consumidor brasileiro em março de 2020: Netflix, Amazon Prime Video, HBO Go (que virou HBO Max no ano seguinte), Globoplay, Telecine Play, Mubi, Looke, Disney+... Não dá para dizer que essa nova forma de assistir a obras audiovisuais tenha sido algo inaugurado pela quarentena, mas seguramente ela aprofundou uma tendência que já se anunciava por aí desde, pelo menos, 2011, quando a Netflix desembarcou no Brasil e possibilitou que, sob o pagamento de uma mensalidade, tivéssemos acesso a seu catálogo de títulos.

O fato é que, enquanto o *streaming* se tornava ainda mais presente, as salas de cinema fechavam por tempo indeterminado mundo afora, acirrando uma disputa que já estava em curso. Muitas nem sequer reabriram. Na Califórnia, por exemplo, meca do cinema, mais de 300 salas fecharam no último ano, incluindo espaços históricos na cidade de Los Angeles, o que levou diversos atores hollywoodianos a se engajarem numa campanha pela preservação desses locais<sup>2</sup>. No Brasil, esse tipo de dado ainda não foi contabilizado pela Ancine, a Agência Nacional do Cinema, mas é possível estimar que o cenário não seja muito diferente.

Além de se chocarem com as salas de cinema, as plataformas de vídeo sob demanda também entraram num embate com os planos de TV por assinatura. Dados da Anatel, a Agência Nacional de Telecomunicações, dão conta de que mais de 2,6 milhões de assinantes

---

<sup>1</sup> Advogado. Graduado em Direito pela USP, atua também como jornalista, sendo editor-adjunto de cultura do jornal *Folha de S.Paulo*. Membro da Comissão de Direito das Artes da OAB SP.

<sup>2</sup> EZABELLA, Fernanda. Estrelas se unem para tentar salvar cinemas históricos de Hollywood na pandemia. *Folha de S.Paulo*, 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2021/04/estrelas-se-unem-para-tentar-salvar-cinemas-historicos-de-hollywood-na-pandemia.shtml/>. Acesso em: 21 de jul. de 2021.

cancelaram seus planos de televisão a cabo<sup>3</sup> entre janeiro de 2019 e dezembro de 2020, de forma que o país voltou a patamares que tinha em 2012 em termos de cobertura de TV paga.

Esses são fatores que corroboram a supremacia do *streaming* como forma primordial de consumo de entretenimento audiovisual na virada da década de 2020 para a de 2021. Os serviços de vídeo sob demanda são reticentes, para usar um eufemismo, em divulgar seus números. Mas sondagens do mercado apontam que a Netflix, líder do setor, talvez acumule 200 milhões de assinantes no planeta, 17 milhões deles no Brasil – número superior ao de assinantes de televisão por assinatura no país, que está na casa dos 14,3 milhões<sup>4</sup>. No mundo todo, aponta levantamento da Motion Picture Association, houve um aumento de 26% no número de assinantes de serviços de *streaming* assim que a pandemia teve início, o que fez com que tenhamos chegado, hoje, ao patamar de 1,1 bilhão de consumidores desse tipo de entretenimento<sup>5</sup>, ou o equivalente a uma a cada sete habitantes do planeta.

Diante de números tão estrondosos, a questão que fica é como esses serviços, onipresentes em nossas vidas, são regulados juridicamente. Ou, para trazer o debate para o território brasileiro, como eles entram na cadeia local de produção audiovisual e contribuem com ela. Isso porque em vários dos integrantes dessa mesma cadeia incidem encargos, como os de ordem tributária, cuja aplicação ainda se encontra num limbo regulatório quando o tema são as plataformas de vídeo sob demanda. Devem elas arcar com a Condecine, que é o nome que se dá à contribuição recolhida a partir da produção, distribuição, veiculação e licenciamento de obras audiovisuais? Se sim, de que modalidade -aquela que leva em conta o faturamento ou o número de títulos existentes nesse serviço? Os recursos arrecadados com a Condecine, vale dizer, abastecem o Fundo Setorial do Audiovisual, que é o grande fomentador da produção nacional de filmes e séries. E, além da Condecine, devem essas

---

<sup>3</sup> GUARALDO, Luciano Em dois anos, TV paga perde 2,6 milhões de assinantes e regride a 2012. *Notícias da TV*, 2021. Disponível em: <https://noticiasdatv.uol.com.br/noticia/mercado/em-dois-anos-tv-paga-perde-26-milhoes-de-assinantes-e-regride-2012-50939/>. Acesso em: 21 de jul. de 2021.

<sup>4</sup> LEMOS, Amanda. 'Batalha do streaming' deve ter pouco reflexo no Brasil, dizem analistas. *Folha de S.Paulo*, 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2021/05/batalha-do-streaming-deve-ter-pouco-reflexo-no-brasil-dizem-analistas.shtml/>. Acesso em: 21 de jul. de 2021.

<sup>5</sup> SILVA, Rebecca. Um ano depois do início da pandemia, plataformas de streaming contabilizam ganhos. *Forbes*, 2021. Disponível em: <https://forbes.com.br/forbes-money/2021/03/um-ano-depois-do-inicio-da-pandemia-plataformas-de-streaming-contabilizam-ganhos/>. Acesso em: 21 de jul. de 2021.

plataformas estar obrigadas às mesmas exigências da Lei n. 12.485/2011, que impõe às programadoras de TV por assinatura uma cota de produção brasileira em suas grades diárias?

No vácuo jurídico, há os que defendem uma atuação maior do Estado sobre Netflix e afins, sustentando o argumento de que essas plataformas podem, assim, com cotas e tributação, fomentar a produção nacional de séries e filmes; e há ainda os que são contrários a isso e são partidários da ideia de que uma regulação excessiva poderia justamente minar o exercício dessa atividade no país e inibir a entrada de novos serviços. É uma discussão que, como se verá adiante, envolve questões de direito econômico, direito tributário, direito administrativo e, é claro, de direito constitucional.

## **1 A proteção constitucional ao audiovisual no Brasil**

Pense em “Terra em Transe”, de Glauber Rocha, em “O Bandido da Luz Vermelha”, de Rogério Sganzerla, em “Central do Brasil”, de Walter Salles, ou “Cidade de Deus”, de Fernando Meirelles e Kátia Lund. Não há dúvidas de que filmes e séries de televisão podem ser enquadrados dentro da categoria de obras de arte. São retratos de uma época, de um povo e, por causa de seu valor histórico e cultural, ganharam proteção da Constituição Federal de 1988. Assim é que o art. 215 da Carta estatui que a todos é garantido o “pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional” e, mais, que o Estado “apoiará e incentivará a valorização e difusão das manifestações culturais”. Já o art. 216 parte para definir o que constitui o “patrimônio cultural brasileiro”, pregando que ele é composto por bens, sejam eles de natureza material ou imaterial, “portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”, incluindo aí as criações artísticas, tal como estabelece o inciso III desse mesmo dispositivo.

Temos, portanto, o seguinte: 1) que o acesso à cultura é um direito; 2) que obras de arte, incluídas aí as audiovisuais, têm proteção no âmbito da Constituição; 3) que o Estado também se incumbe de apoiar e incentivar a cultura no território nacional. É o que explica, por exemplo, a existência de um Plano Nacional de Cultura, tal como o estabelecido pela Emenda Constitucional n. 48/2005, e de toda uma estrutura de proteção e fomento às artes. Nesse bojo entram leis de incentivo, normas que dispõem sobre tombamento etc. Entra também a Ancine, que é uma agência reguladora instituída em 2001 e que concentra as funções de fomento, fiscalização e regulação da atividade audiovisual no país.

## 1.1 Legislação de direito econômico e tributário sobre o setor

O setor audiovisual também se encontra amparado na Constituição Federal pela via do direito econômico. O art. 174 determina que o Estado é um agente que não só estabelece normas como também regula a atividade econômica, seja pela forma da fiscalização, do incentivo ou do planejamento. A área que estamos discutindo aqui, vale dizer, além de uma evidente manifestação artística, configura-se como uma indústria. O cinema e a televisão são um setor que movimenta R\$ 26,7 bilhões, ou o equivalente a 0,38% do PIB nacional<sup>6</sup>, segundo os dados mais recentes disponíveis, de 2018.

Em relação à legislação infraconstitucional pertinente ao setor, vale aqui destacar a Lei n. 11.437/2006, que instituiu o FSA, sigla para Fundo Setorial do Audiovisual. Esse fundo, destinado, entre outros objetivos, a expandir e diversificar a produção nacional independente e fortalecer a competitividade das empresas audiovisuais, levou a indústria brasileira do cinema e das séries de televisão a um outro patamar, já que ele injeta recursos na ordem de R\$ 1 bilhão por ano.<sup>7</sup> Controlado por um comitê gestor, que estipula as diretrizes sobre a distribuição dos recursos, o FSA prevê, entre suas várias linhas de financiamento, apoios não reembolsáveis a projetos audiovisuais, participação em projetos e repasses. Em linhas gerais, suas operações são instrumentalizadas por meio de editais, sejam eles seletivos, isto é, pautados por critérios específicos, ou de fluxo contínuo, que ficam abertos ao longo do ano.

A Condecine é o tributo que alimenta os recursos do FSA. Instituída pela Medida Provisória n. 2.228-1/2001 e modificada pela já aludida lei que criou o fundo e pela Lei n. 12.485/2011, a Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional é subdividida em três categorias: 1) A Condecine Título, que incide sobre a exploração comercial de obras audiovisuais em cada um de seus segmentos de exibição, variando conforme o tipo de obra (publicitária ou não), duração (se longa, média ou curta-metragem) ou por tipo de obra (no caso de uma série, é cobrada por episódios. O titular dos direitos de exploração de um filme de longa-metragem, por exemplo, chega a pagar cerca de R\$ 7.000 de

<sup>6</sup> OBSERVATÓRIO BRASILEIRO DO CINEMA E DO AUDIOVISUAL. Mercado Audiovisual Brasileiro, 2021. Página inicial. Disponível em: <https://oca.ancine.gov.br/mercado-audiovisual-brasileiro/>. Acesso em: 21 de jul. de 2021.

<sup>7</sup> ZAVERUCHA, Vera. *Desvendando a Ancine*. Rio de Janeiro: Edição do Autor, 2017. p. 129.

contribuição, conforme a plataforma em que ele é distribuído<sup>8</sup>; 2) A Condecine Teles, que recai sobre os serviços de telecomunicação que possam distribuir conteúdo audiovisual. Assim, incide sobre o número de telefones celulares em operação no país; 3) A Condecine Remessa, que se configura a partir de uma alíquota fixa de 11% sobre transações ao exterior de rendimentos decorrentes da exploração de obras audiovisuais, de sua aquisição ou importação.<sup>9</sup>

Embora a conclusão não esteja pacificada, o que se tem é que serviços de *streaming* entram nessa cadeia tributária. Por mais que não existissem quando entrou em vigor a legislação que dispõe sobre o pagamento da Condecine, em 2001, o entendimento pendeu para a ideia de que essas plataformas se enquadram dentro da rubrica “outros serviços” presentes nos incisos XII a XV do art. 1º da Medida Provisória n. 2.228-1/2001. Ainda assim, ao longo do primeiro semestre de 2021, houve debate no Congresso Nacional a esse respeito.

Enquanto discutia uma outra medida provisória, que dispunha a respeito da ampliação do acesso de internet de banda larga por satélite, a Câmara dos Deputados resolveu ingressar nesse mérito e optou por excluir as plataformas de *streaming* dessa rubrica, eximindo-as do pagamento da Condecine. Em junho, contudo, o presidente Jair Bolsonaro vetou esse trecho, sob a justificativa, alardeada pela Secretaria-Geral da Presidência da República, de que “essa ampliação de renúncia fiscal não se encontra devidamente dimensionada pelo Ministério da Economia e nem contava com medidas compensatórias, razão pela qual desobedecia tanto à Lei de Responsabilidade Fiscal como à Lei de Diretrizes Orçamentárias”.<sup>10</sup> O veto presidencial à isenção pacificou o entendimento de que recai sobre os serviços de vídeo sob demanda, sim, o pagamento da Condecine, na modalidade Título. A questão, contudo, ainda

---

<sup>8</sup> URUPÁ, Marcos. Câmara aprova liberação de cobrança de Condecine-Título sobre VoD. *Tela Viva*, 2021. Disponível em: <https://telaviva.com.br/20/05/2021/camara-aprova-liberacao-de-cobranca-de-condecine-titulo-sobre-vod/>. Acesso em: 21 de jul. de 2021.

<sup>9</sup> AGÊNCIA NACIONAL DO CINEMA. Recolhimento da Condecine, 2021. Página inicial. Disponível em: <https://antigo.ancine.gov.br/pt-br/condecine/>. Acesso em: 21 de jul. de 2021.

<sup>10</sup> CARVALHO, Daniel. Bolsonaro veta trecho de MP que dispensava streamings de pagar tributo ao setor. *Folha de S.Paulo*, 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2021/06/bolsonaro-veta-trecho-de-mp-que-dispensava-streamings-de-pagar-tributo-ao-setor.shtml/>. Acesso em: 21 de jul. de 2021.

precisa, em julho de 2021, ser endossada ou não pelo Congresso. Relator do projeto, o senador Vanderlan Cardoso (PSD-GO) acreditava que o veto seria derrubado<sup>11</sup>.

## 1.2 Cotas para a produção nacional

Até aqui, como vimos, existe uma rede regulatória calcada principalmente no fomento, isto é, no custeio da atividade audiovisual, que encontra amparo naquilo que estatui a Constituição a respeito da proteção dos filmes e séries enquanto obras de arte e da atuação do Estado sobre a economia, uma vez que a área também tem uma estrutura industrial. A legislação infraconstitucional, todavia, enveredou por uma senda ainda mais incisiva para regular o setor e encontrou um marco na Lei n. 12.485/2011, a chamada Lei da TV Paga, que, entre outros dispositivos, estabeleceu a obrigatoriedade de exibição de produção brasileira nas grades das programadoras de televisão por assinatura.

Antes de adentrarmos nessas minúcias, é importante ter em mente o panorama brasileiro no início dos anos 2010, quando a lei foi promulgada. À época, a Netflix ensaiava seus primeiros passos no território nacional e a ideia de consumir filmes e séries pelo *streaming* era bastante restrita – a internet ainda era muito lenta, os *smartphones* não eram onipresentes e as chamadas *smarTVs*, um produto de luxo. Naqueles tempos, o país vivia uma ampla expansão da televisão a cabo, escorada pelo aumento de renda de uma classe média emergente, e as empresas de telefonia tinham planos de ingressar nesse mercado. Ao mesmo tempo, produtores independentes de cinema e televisão ansiavam por estímulos que iam além dos programas de fomento. A Lei da TV Paga de alguma forma acomodou esses interesses<sup>12</sup>.

De um lado, ela permitiu que as empresas telefônicas ingressassem no ascendente mercado da televisão por assinatura; de outro, exigiu delas que passassem a exibir, em seus canais, um mínimo semanal de 3h30 de conteúdo brasileiro, no horário nobre, como prega o seu art. 16, além da presença de canais brasileiros dentro de seus pacotes.

---

<sup>11</sup> LEI de expansão da banda larga já está valendo. Entenda o que muda. *TV Senado*, 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/tv/programas/argumento/2021/06/lei-de-expansao-da-banda-larga-ja-esta-valendo-e-entenda-o-que-muda/>. Acesso em: 21 de jul. de 2021.

<sup>12</sup> SOUSA, Ana Paula. Governo Bolsonaro quer afrouxar as regras da TV paga longe dos holofotes. *Folha de S.Paulo*, 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2021/05/governo-bolsonaro-quer-afrouxar-regras-da-tv-paga-as-escondidas.shtml/>. Acesso em: 21 de jul. de 2021.

Só no primeiro ano de vigência da lei, a quantidade de obras audiovisuais com cor local quadruplicou se comparados o último quadrimestre e o primeiro quadrimestre de 2012, segundo informou Alex Patez Galvão, superintendente de análise e mercado em audiência no Supremo Tribunal Federal<sup>13</sup>. Na mesma ocasião, também afirmou que 13 novos canais brasileiros na televisão por assinatura surgiram com o advento da lei no espaço de um ano. Entre 2012 e 2013, além disso, houve aumento de 78,8% na quantidade de filmes nacionais exibidos nos principais canais de TV por assinatura do gênero<sup>14</sup>.

O mercado, obviamente, respondeu de maneira positiva a essa nova regulação. O número de produtoras do segmento audiovisual abertas por ano quase duplicou, saltando de 470, em 2010 (antes do advento da lei), para 929, em 2015, segundo um relatório da Fundação Dom Cabral feito em parceria com o Sebrae e com a Associação Brasileira de Produção de Obras Audiovisuais<sup>15</sup>. Ao todo, das empresas atuantes na época da publicação do estudo, 34% tinham sido criadas havia menos de cinco anos, isto é, a partir da entrada em vigor da regulação. A cota ainda impulsionou a produção. Isso porque, antes dela, estima-se só 1% de todo o conteúdo exibido nos canais pagos fosse nacional; na prática, o que a lei obriga é dobrar esse percentual, mas em 2017, o patamar já chegava, espontaneamente, a 8%, segundo levantamento de André Klotzel, membro do Conselho Superior de Cinema<sup>16</sup>.

Vê-se, portanto, que a ideia das cotas para a produção nacional abasteceu o setor criativo, acostumou os olhares brasileiros à cor local e fez a área audiovisual sobreviver de maneira quase incólume à crise econômica que se abateu no país a partir de 2015, beneficiando-se da expansão da cobertura dos pacotes de televisão por assinatura. A partir dali, no entanto, começam a acontecer duas inflexões importantes no mercado. A primeira tem a ver com a supremacia do *streaming* como forma primordial de consumo audiovisual – a Netflix, por exemplo, já está aqui desde 2011 e, sobretudo a partir de meados da década, só

<sup>13</sup> LEI sobre TV por assinatura é resposta à necessidade de desenvolvimento do mercado brasileiro, afirma diretor da Ancine. *Jusbrasil*, 2013. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/100348440/lei-sobre-tv-por-assinatura-e-resposta-a-necessidade-de-desenvolvimento-do-mercado-brasileiro-afirma-diretor-da-ancine/>. Acesso em: 21 de jul. de 2021.

<sup>14</sup> LIMA, Heverton Souza. *A Lei da TV Paga: impactos no mercado audiovisual*. Dissertação (mestrado em meios e processos audiovisuais). Escola de Comunicação e Artes da Universidade de São Paulo, p. 98. 2015.

<sup>15</sup> FUNDAÇÃO DOM CABRAL. *Mapeamento e Impacto Econômico do Setor Audiovisual no Brasil*. São Paulo, p. 270. 2016.

<sup>16</sup> KLOTZEL, André. Regras para o streaming podem garantir fôlego da produção independente. *Folha de S.Paulo*, 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/10/regras-para-o-streaming-podem-garantir-folego-da-producao-independente.shtml/>. Acesso em: 21 de jul. de 2021.

incrementou a sua hegemonia; a segunda tem a ver com humores políticos e com um movimento das empresas de telecomunicação para buscar modificações na Lei da TV Paga.

Embora a questão central da proposta de reforma tenha a ver com dispositivos que versam sobre controle acionário das empresas prestadoras de serviço de telecomunicação, o tema das cotas também entra na discussão de maneira lateral. Parte dos legisladores que apoiam esse mínimo de conteúdo nacional nas grades defende a ideia de que a imposição não poderia subsistir em países de orientação liberal na economia. O próprio governo Bolsonaro, então recém-empossado, apoiava esse espírito. Em audiência no Senado realizada no segundo semestre de 2019, o professor de cinema e ex-secretário municipal de Cultura Alfredo Manevy rebateu essa informação, ao afirmar que países como os Estados Unidos e o Reino Unido também estabelecem cotas para produções nacionais e independentes – no caso britânico, disse, o percentual seria de 20%<sup>17</sup>.

Mas enquanto a legislação da televisão por assinatura viveu esse verdadeiro arco dramático, de um momento inicial de euforia no sentido de fomento da produção para depois ser alvejada, o *streaming* cresceu no Brasil de maneira relativamente livre, numa espécie de vácuo normativo. Essas plataformas sob demanda nunca estiveram submetidas aos mesmos regramentos que os canais a cabo no que diz respeito a abrigarem uma cota de produção local, uma vez que não estavam amparadas pela Lei da TV Paga, e não havia um entendimento pacificado na questão tributária, isto é, se deveriam elas arcar com a Condecine, a mesma que é exigida de outros integrantes da cadeia audiovisual. E é nesse vácuo que se dão os debates sobre a forma como eles devem atuar no setor.

### **1.3 Protecionismo e argumentos favoráveis à regulação**

Por mais que o Brasil esteja ainda engatinhando no tema da regulação dos serviços sob demanda, o tópico é relativamente novo no universo jurídico, e vários países ainda tateiam diante da postura que têm de adotar diante deles. O nó é tão grande que foi parar na OCDE, Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico, pressionada a reagir e a propor uma tributação a empresas de tecnologia, incluindo plataformas de vídeo sob demanda. No

---

<sup>17</sup> NOBREGA, Ighor. Marcos. Governo é 'simpático' às mudanças na Lei da TV Paga, diz subsecretário. *Poder 360*, 2019. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/midia/governo-e-simpatico-as-mudancas-na-lei-da-tv-paga-diz-subsecretario/>. Acesso em: 21 de jul. de 2021.

centro da questão existe um debate em torno de patentes, já que empresas como Netflix acabam sendo registradas em paraísos fiscais, como as Ilhas Cayman<sup>18</sup>, embora o grosso de seus consumidores esteja espalhado pelo globo. Nesse sentido, faria mais sentido tributar a venda do serviço nos lugares em que ele é oferecido.

Enquanto a questão não é pacificada no plano internacional, alguns países têm adotado medidas unilaterais. Tome-se por exemplo a França, que é uma nação notoriamente protecionista e que tem um zelo particular por sua própria produção artística. O país onde o cinema foi inventado tomou a dianteira, dentro do seio da União Europeia, para exigir da Netflix, por exemplo, maiores encargos tributários. Levou a empresa de tecnologia a registrar um escritório em solo francês e obrigou que ela pagasse impostos relativos às receitas por assinatura vendida. O que o fisco francês estimava é que poderia arrecadar até € 800 milhões anuais com isso, a partir dos cerca de 6,7 milhões de assinantes do serviço naquele país<sup>19</sup>.

Já quando o assunto é cota para a produção local, o Parlamento Europeu aprovou uma medida, em 2018, obrigando que 30% de todo o conteúdo dos serviços de vídeo sob demanda viesse de produções locais do continente.<sup>20</sup> Adiantando-se a essas medidas, tanto Netflix quanto Amazon anunciaram “hubs” de produção em países como Espanha e França, de onde vêm séries como “La Casa de Papel”, “Elite”, “Lupin” e “Dix pour Cent”, além de filmes como “O Poço” e “Lindinhas”. O conteúdo do Reino Unido, vale dizer, está excluído do que se entende por “europeu” depois que o país aderiu ao brexit<sup>21</sup>, o que faz com que produções como “The Crown”, da Netflix, e “Fleabag”, do Amazon Prime, estejam excluídas da cota.

Como entra o Brasil nisso? Além da questão da Condecine, que é uma contribuição específica do setor audiovisual, o que se discute é uniformizar a cobrança sobre serviços digitais, dentro do espírito da reforma tributária desenhada pela Proposta de Emenda

<sup>18</sup> HENNI, Jamal. Comment Netflix Cache Ses Profits aux Îles Caïmans. *BFM Business*, 2018. Disponível em: [https://www.bfmtv.com/tech/comment-netflix-cache-ses-profits-aux-iles-caimans\\_AN-201810030024.html/](https://www.bfmtv.com/tech/comment-netflix-cache-ses-profits-aux-iles-caimans_AN-201810030024.html/). Acesso em: 21 de jul. de 2021.

<sup>19</sup> CAUTI, Carlo. Netflix pagará impostos na França, Espanha e Chile. E no Brasil? *Suno Notícias*, 2020. Disponível em: <https://www.suno.com.br/noticias/netflix-impostos-franca-espanha-brasil/>. Acesso em: 21 de jul. de 2021.

<sup>20</sup> ROXBOROUGH, Scott. European Parliament Approves Netflix Content Quota. *The Hollywood Reporter*, 2018. Disponível em: <https://www.hollywoodreporter.com/business/business-news/european-parliament-approves-netflix-content-quot-a-1148965/>. Acesso em: 21 de jul. de 2021.

<sup>21</sup> GRATER, Tom. European Union Explores Cutting Down “Disproportionate” Amount Of UK Film & TV Post-Brexit. *Deadline*, 2021. Disponível em: <https://deadline.com/2021/06/european-union-cutting-down-disproportionate-amount-uk-film-tv-brexit-1234778778/>. Acesso em: 21 de jul. de 2021.

Constitucional n. 45/2019, hoje pronta para a discussão no Plenário da Câmara. A ideia dessa PEC é criar um imposto único, o IBS (Imposto sobre Bens e Serviços), nos moldes do Imposto sobre Valor Agregado que existe em outros países. Esse novo tributo substituiria os federais PIS, Cofins e IPI, o estadual ICMS e o municipal ISS<sup>22</sup>. Por ser pago no momento do consumo, ele estaria mais adequado à cobrança de serviços digitais, muitos dos quais são sediados em outros países. O entrave para a aprovação desse projeto é que muitos municípios não querem renunciar ao ISS, de onde extraem grande parte de suas receitas.

Em relação a eventuais cotas brasileiras nos serviços de *streaming*, o deputado federal Paulo Teixeira (PT-SP) apresentou o Projeto de Lei 8.889/2017, que em seu art. 7º enunciava que cada provedora de conteúdo audiovisual deveria abrigar um percentual de produção nacional – seu patamar mínimo seria de 20% se a plataforma em si tivesse receita bruta superior a R\$ 70 milhões. A relatora do projeto, a deputada federal Benedita da Silva (PT-RJ) excluiu a previsão das cotas e conseguiu a aprovação de um projeto substitutivo que, em seu lugar, obriga esses mesmos serviços de *streaming* a investir 10% de seu faturamento em obras locais<sup>23</sup>. O regramento, hoje, aguarda parecer do relator da Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática, da Câmara dos Deputados.

O que se percebe é que o espírito desse projeto está em consonância com a legislação europeia, que obriga as plataformas digitais a fomentar, seja por cotas, seja por investimento, a produção audiovisual do país do qual elas aproveitam o mercado consumidor. A tese aqui é que só o regramento legal é que vai induzir o apoio à cadeia de realização de filmes e séries. Se tomarmos a Lei da TV Paga, por exemplo, que fixou patamares mínimos para a exibição de produções nacionais, o que percebemos é que, sim, existe um incentivo a essa produção quando recaem sobre os agentes exibidores os encargos do tipo.

#### **1.4 Liberalismo e argumentos contrários à regulação**

---

<sup>22</sup> TUON, Lígia. Dilema na reforma tributária: como taxar os serviços digitais? *Exame*, 2019. Disponível em: <https://exame.com/economia/reforma-levanta-dilema-como-tributar-servicos-como-spotify-e-netflix/>. Acesso em: 21 de jul. de 2021.

<sup>23</sup> COMISSÃO obriga plataformas como Netflix a investir 10% do faturamento em conteúdo nacional. *Agência Câmara de Notícias*, 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/616179-comissao-obriga-plataformas-como-netflix-a-investir-10-do-faturamento-em-conteudo-nacional/>. Acesso em: 21 de jul. de 2021.

Os serviços sob demanda, obviamente, não são favoráveis a um regramento mais duro em relação ao apoio à produção local. Assim que o Parlamento Europeu anunciou que essas plataformas estariam obrigadas a exibir até 30% de seu conteúdo em produções daquele continente, o CEO da Netflix, Reed Hastings, afirmou que essas cotas poderiam ter um impacto negativo tanto para o consumidor final quanto para a criatividade artística. “Estamos investindo pesadamente em todo o planeta para compartilhar histórias amplamente e fortalecer as fontes locais de produção e oportunidade”, disse o executivo em um relatório direcionado aos acionistas da empresa<sup>24</sup>. “Acreditamos que um modo mais eficiente que um país tem de apoiar a produção local é por meio do incentivo direto nos criadores de conteúdo, independentemente do seu meio de distribuição.” Eles não estão sozinhos nesse pensamento.

Antes de a União Europeia estipular cotas, já havia produções locais espalhadas pelo catálogo desses serviços. Mesmo os sucessos já citados como a espanhola “La Casa de Papel” e a francesa “Dix pour Cent” já haviam estreado antes da obrigatoriedade. Para trazer o debate para o Brasil, vale citar que “3%”, da Netflix, e “Dom”, da Amazon são atrações nacionais que foram criadas independentemente dessa obrigatoriedade. Apoiar obras locais já estava na mira da Netflix, por exemplo, quando Hastings e Ted Sarandos, chefe da divisão de conteúdo, anunciaram investimentos anuais da ordem de US\$ 1 bilhão para produzir mais de 100 atrações em 16 países europeus diferentes, segundo noticiou o periódico *Financial Times*<sup>25</sup>.

Esse é o tipo de argumento que abastece os que defendem uma visão mais liberal da economia e creem que o mercado, por si só, é capaz de se autorregular e, assim, eventualmente, fomentar produções locais. Até porque diversidade é uma questão de sobrevivência dos negócios. Só na Netflix, por exemplo, mais de 60% de seus usuários estão fora da América do Norte, segundo relatório do início de 2021<sup>26</sup>. Isso significa que uma demanda por cores locais dentro do catálogo é algo natural para uma empresa que está em diferentes nações e que precisa atender a várias culturas, falantes de diversos idiomas. Em entrevista ao UOL<sup>27</sup>, a roteirista brasileira Luiza Conde, de “A Vila” e “Galera F. C.”, vai

<sup>24</sup> NETFLIX. *Shareholder Letter*, p. 5. Out., 2018.

<sup>25</sup> REED Hastings, the Netflix chief with a global vision. *Financial Times*, 2018. Disponível em: <https://www.ft.com/content/801774be-43e9-11e8-803a-295c97e6fd0b/>. Acesso em: 21 de jul. de 2021.

<sup>26</sup> NETFLIX ultrapassa marca de 200 milhões de assinantes no mundo. *Meio & Mensagem*, 2021. Disponível em: <https://www.meioemensagem.com.br/home/midia/2021/01/20/netflix-ultrapassa-200-milhoes-de-assinantes-no-mundo.html/>. Acesso em: 21 de jul. de 2021.

<sup>27</sup> ZANETTI, Laysa. 'Não é sobre dinheiro': regulação do streaming pode ajudar toda a economia. *UOL*, 2021. Disponível em:

além e destaca outro ponto – no vácuo das políticas públicas de incentivo ao audiovisual, reféns da boa vontade dos governos, foram as plataformas sob demanda que aqueceram, por iniciativa própria o setor audiovisual brasileiro.

## Conclusão

Mais do que uma questão meramente técnica, jurídica, o debate sobre a exigibilidade de uma cota nacional de filmes e séries dentro das grades do *streaming* diz respeito ao que se entende por função do Estado como gestor e protetor de sua própria cultura – e se deve ele se comportar de maneira mais ativa para limitar a liberdade dos agentes econômicos e obrigá-los a contribuir com a cadeia audiovisual brasileira.

Quando falamos da questão tributária, notamos uma evidente assimetria. Se integrantes da produção audiovisual como produtoras de filmes e canais de televisão por assinatura são obrigados a pagar a Condecine, por que motivo as plataformas de vídeo sob demanda, que também exibem esse tipo de conteúdo ficariam isentas? Mais do que isso, existe uma discrepância no que diz respeito ao país em que essas empresas estão sediadas. É necessário que incida sobre esses serviços digitais um imposto de base ampla e que recaia no local em que se dá o consumo dessas plataformas, como defendem os pesquisadores Rodrigo O. Orair e Sérgio W. Gobetti, ambos integrantes do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, em artigo publicado na *Folha de S.Paulo*<sup>28</sup>. Ou então, conforme notam os autores, se produz assimetria tributária, já que uma prestadora de serviço de televisão a cabo hipotética recolhe diversos impostos nacionais, tanto sobre o consumo quanto sobre o lucro, enquanto a mesma situação não necessariamente é observada num serviço de vídeo sob demanda.

Se a questão parece mais cristalina quando falamos de recolhimento de impostos e de simetria tributária entre os vários provedores de conteúdo audiovisual, o entendimento é mais turvo quando abordamos o tópico das cotas de conteúdo nacional ou da obrigatoriedade de investimento em produção local, tal como previsto no Projeto de Lei 8.889/2017. Se, por um lado, é certo que a experiência foi positiva no âmbito da televisão por assinatura, que viu

---

<https://www.uol.com.br/splash/noticias/2021/07/19/regular-o-streaming-nao-e- apenas-sobre-o-dinheiro.htm/>.

Acesso em: 21 de jul. de 2021.

<sup>28</sup> ORAIR, Rodrigo O. e GOBETTI, Sérgio W. Como devemos tributar serviços de escala global como a Netflix? *Folha de S.Paulo*, 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2019/09/como-devemos-tributar-servicos-de-escala-global-como-a-netflix.shtml/>. Acesso em: 21 de jul. de 2021.

florescer uma pujante produção nacional a partir do momento em que os canais foram obrigados a exibir atrações brasileiras, por outro também é certo que, mesmo sem obrigatoriedade legal alguma, as plataformas já abrigam produções nacionais até por uma questão de sobrevivência econômica nos diversos países em que estão inseridas. Difícil, portanto, dizer que, na Europa, onde existe essa obrigatoriedade, as produções locais são resultado da lei ou da própria estratégia de mercado desses serviços digitais.

Resta, portanto, fazer um exercício de hermenêutica constitucional, tendo em vista os artigos que protegem a cultura nacional e o próprio espírito da Carta de 1988. Promulgada sob os auspícios do fim da ditadura militar, ela prega um Estado grande e atuante. O art. 174, como vimos, prescreve que o Estado tem poder regulador sobre a atividade econômica – e o setor audiovisual, não há que se contestar, constituiu-se dessa forma. Já o art. 215 informa que o Estado tem o papel de incentivar a valorização e a difusão das manifestações culturais. É um papel, portanto, ativo em relação à produção cultural nacional. As manifestações artísticas, sabemos, são a expressão de um povo. Se outros setores da economia brasileira, como o alimentício e o automobilístico, encontram proteção diante da concorrência com o equivalente estrangeiro, por que motivo ficaria de fora o audiovisual, que é uma indústria que estampa na tela a identidade brasileira?

### **Referências bibliográficas**

AGÊNCIA NACIONAL DO CINEMA. Recolhimento da Condecine, 2021. Página inicial. Disponível em: <https://antigo.ancine.gov.br/pt-br/condecine/>. Acesso em: 21 de jul. de 2021.

CARVALHO, Daniel. Bolsonaro veta trecho de MP que dispensava streamings de pagar tributo ao setor. *Folha de S.Paulo*, 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2021/06/bolsonaro-veta-trecho-de-mp-que-dispensava-streamings-de-pagar-tributo-ao-setor.shtml/>. Acesso em: 21 de jul. de 2021.

CAUTI, Carlo. Netflix pagará impostos na França, Espanha e Chile. E no Brasil? *Suno Notícias*, 2020. Disponível em: <https://www.suno.com.br/noticias/netflix-impostos-franca-espanha-brasil/>. Acesso em: 21 de jul. de 2021.

COMISSÃO obriga plataformas como Netflix a investir 10% do faturamento em conteúdo nacional. *Agência Câmara de Notícias*, 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/616179-comissao-obriga-plataformas-como-netflix-a-investir-10-do-faturamento-em-conteudo-nacional/>. Acesso em: 21 de jul. de 2021.

FUNDAÇÃO DOM CABRAL. *Mapeamento e Impacto Econômico do Setor Audiovisual no Brasil*. São Paulo, 2016.

EZABELLA, Fernanda. Estrelas se unem para tentar salvar cinemas históricos de Hollywood na pandemia. *Folha de S.Paulo*, 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2021/04/estrelas-se-unem-para-tentar-salvar-cinemas-historicos-de-hollywood-na-pandemia.shtml/>. Acesso em: 21 de jul. de 2021.

GRATER, Tom. European Union Explores Cutting Down “Disproportionate” Amount Of UK Film & TV Post-Brexit. *Deadline*, 2021. Disponível em: <https://deadline.com/2021/06/european-union-cutting-down-disproportionate-amount-uk-film-tv-brexit-1234778778/>. Acesso em: 21 de jul. de 2021.

GUARALDO, Luciano. Em dois anos, TV paga perde 2,6 milhões de assinantes e regride a 2012. *Notícias da TV*, 2021. Disponível em: <https://noticiasdatv.uol.com.br/noticia/mercado/em-dois-anos-tv-paga-perde-26-milhoes-de-assinantes-e-regride-2012-50939/>. Acesso em: 21 de jul. de 2021.

HENNI, Jamal. Comment Netflix Cache Ses Profits aux Îles Caïmans. *BFM Business*, 2018. Disponível em: [https://www.bfmtv.com/tech/comment-netflix-cache-ses-profits-aux-iles-caimans\\_AN-201810030024.html/](https://www.bfmtv.com/tech/comment-netflix-cache-ses-profits-aux-iles-caimans_AN-201810030024.html/). Acesso em: 21 de jul. de 2021.

KLOTZEL, André. Regras para o streaming podem garantir fôlego da produção independente. *Folha de S.Paulo*, 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/10/regras-para-o-streaming-podem-garantir-folego-da-producao-independente.shtml/>. Acesso em: 21 de jul. de 2021.

LEI de expansão da banda larga já está valendo. Entenda o que muda. *TV Senado*, 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/tv/programas/argumento/2021/06/lei-de-expansao-da-banda-larga-a-ja-esta-valendo-entenda-o-que-muda/>. Acesso em: 21 de jul. de 2021.

LEI sobre TV por assinatura é resposta à necessidade de desenvolvimento do mercado brasileiro, afirma diretor da Ancine. *Jusbrasil*, 2013. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/100348440/lei-sobre-tv-por-assinatura-e-resposta-a-necessidade-de-desenvolvimento-do-mercado-brasileiro-afirma-diretor-da-ancine/>. Acesso em: 21 de jul. de 2021.

LEMOS, Amanda. 'Batalha do streaming' deve ter pouco reflexo no Brasil, dizem analistas. *Folha de S.Paulo*, 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2021/05/batalha-do-streaming-deve-ter-pouco-reflexo-no-brasil-dizem-analistas.shtml/>. Acesso em: 21 de jul. de 2021.

LIMA, Heverton Souza. *A Lei da TV Paga: impactos no mercado audiovisual*. Dissertação (mestrado em meios e processos audiovisuais). Escola de Comunicação e Artes da Universidade de São Paulo, 2015.

NETFLIX. *Shareholder Letter*. Out., 2018.

NETFLIX ultrapassa marca de 200 milhões de assinantes no mundo. *Meio & Mensagem*, 2021. Disponível em: <https://www.meioemensagem.com.br/home/midia/2021/01/20/netflix-ultrapassa-200-milhoes-de-assinantes-no-mundo.html/>. Acesso em: 21 de jul. de 2021.

NOBREGA, Ighor. Marcos. Governo é ‘simpático’ às mudanças na Lei da TV Paga, diz subsecretário. *Poder 360*, 2019. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/midia/governo-e-simpatico-as-mudancas-na-lei-da-tv-paga-diz-subsecretario/>. Acesso em: 21 de jul. de 2021.

OBSERVATÓRIO BRASILEIRO DO CINEMA E DO AUDIOVISUAL. Mercado Audiovisual Brasileiro, 2021. Página inicial. Disponível em: <https://oca.ancine.gov.br/mercado-audiovisual-brasileiro/>. Acesso em: 21 de jul. de 2021.

ORAIR, Rodrigo O. e GOBETTI, Sérgio W. Como devemos tributar serviços de escala global como a Netflix? *Folha de S.Paulo*, 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2019/09/como-devemos-tributar-servicos-de-escala-global-como-a-netflix.shtml/>. Acesso em: 21 de jul. de 2021.

REED Hastings, the Netflix chief with a global vision. *Financial Times*, 2018. Disponível em: <https://www.ft.com/content/801774be-43e9-11e8-803a-295c97e6fd0b/>. Acesso em: 21 de jul. de 2021.

ROXBOROUGH, Scott. European Parliament Approves Netflix Content Quota. *The Hollywood Reporter*, 2018. Disponível em: <https://www.hollywoodreporter.com/business/business-news/european-parliament-approves-netflix-content-quota-1148965/>. Acesso em: 21 de jul. de 2021.

SILVA, Rebecca. Um ano depois do início da pandemia, plataformas de streaming contabilizam ganhos. *Forbes*, 2021. Disponível em: <https://forbes.com.br/forbes-money/2021/03/um-ano-depois-do-inicio-da-pandemia-plataformas-de-streaming-contabilizam-ganhos/>. Acesso em: 21 de jul. de 2021.

SOUSA, Ana Paula. Governo Bolsonaro quer afrouxar as regras da TV paga longe dos holofotes. *Folha de S.Paulo*, 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2021/05/governo-bolsonaro-quer-afrouxar-regras-da-tv-paga-as-escondidas.shtml/>. Acesso em: 21 de jul. de 2021.

TUON, Ligia. Dilema na reforma tributária: como taxar os serviços digitais? *Exame*, 2019. Disponível em: <https://exame.com/economia/reforma-levanta-dilema-como-tributar-servicos-como-spotify-e-netflix/>. Acesso em: 21 de jul. de 2021.

URUPÁ, Marcos. Câmara aprova liberação de cobrança de Condecine-Título sobre VoD. *Tela Viva*, 2021. Disponível em: <https://telaviva.com.br/20/05/2021/camara-aprova-liberacao-de-cobranca-de-condecine-titulo-sobre-vod/>. Acesso em: 21 de jul. de 2021.

ZANETTI, Laysa. 'Não é sobre dinheiro': regulação do streaming pode ajudar toda a economia. *UOL*, 2021. Disponível em: <https://www.uol.com.br/splash/noticias/2021/07/19/regular-o-streaming-nao-e- apenas-sobre-o-dinheiro.htm/>. Acesso em: 21 de jul. de 2021.

ZAVERUCHA, Vera. *Desvendando a Ancine*. Rio de Janeiro: Edição do Autor, 2017.



# O DIREITO DAS ARTES

UMA VISÃO JURÍDICA  
DA CULTURA



Comissão de  
Direito das Artes