

O Direito Autoral Proibido

Flávia Romano de Rezende

Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Mestranda em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá. Professora da EMERJ.

RESUMO: Esse artigo trata das mudanças ocorridas na legislação brasileira com relação à prática do grafismo, apresentando argumentos que justificam a adoção de mecanismos de proteção à arte. Faz também uma análise de alguns julgamentos no Brasil, nos EUA e na Europa, trazendo subsídios para a discussão no âmbito do direito autoral.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Autoral. Grafismo e Arte de Rua.

ABSTRACT: This article refers to copyright protection of graffiti and gives us an overview of judicial decision in Brazil, United States and Europe.

KEYWORDS: Copyright, Graffiti. Street Art.

I. INTRODUÇÃO

Um evidente sinal da evolução dos tempos é a descriminalização da prática do grafite em edificações ou monumentos urbanos, a depender da autorização do particular ou do órgão competente, conforme o caso. Essa prática que antes era vista com ressalvas, aos poucos ganhou museus do mundo todo e hoje não há quem duvide tratar-se de arte.

Ocorre, porém, que a alteração legislativa¹ expressamente fez consignar que a prática do grafite somente será excluída do núcleo do tipo penal se a obra *valorizar* o patrimônio no qual foi feita. Senão, vejamos:

¹ Lei nº 12.408, de 25 de maio de 2011.

“Art. 6º O art. 65 da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 65. Pichar ou por outro meio conspurcar edificação ou monumento urbano:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

§ 1º Se o ato for realizado em monumento ou coisa tombada em virtude do seu valor artístico, arqueológico ou histórico, a pena é de 6 (seis) meses a 1 (um) ano de detenção e multa.

§ 2º Não constitui crime a prática de grafite realizada com o objetivo de valorizar o patrimônio público ou privado mediante manifestação artística, desde que consentida pelo proprietário e, quando couber, pelo locatário ou arrendatário do bem privado e, no caso de bem público, com a autorização do órgão competente e a observância das posturas municipais e das normas editadas pelos órgãos governamentais responsáveis pela preservação e conservação do patrimônio histórico e artístico nacional.”

Sem dúvida alguma, a valorização do patrimônio, após ter sido grafitado, vai depender da caracterização deste como obra artística.

E. H. Gombrich em **A História da Arte**² concluiu:

“Nada existe realmente a que se possa dar o nome de Arte. O que existe são os artistas – isto é, homens e mulheres favorecidos pelo maravilhoso dom de equilibrar formas e cores até ficarem “corretas” e, mais raro ainda, que possuem aquela integridade de caráter que jamais se contenta com meias soluções, e se dispõe a abandonar todos os efeitos fáceis, todos os êxitos superficiais, em nome do esforço, da angústia e do tormento do trabalho sincero. (...) Mas se haverá ou não arte vai depender também, em não pequeno grau, de nós mesmos, que somos o público”.

2 GOMBRICH, E.H., **A História da Arte**. Tradução Álvaro Cabral. Editora LTC – Grupo Editorial Nacional.

Por outro lado, Will Gompertz³, veterano à frente da Tate Gallery em Londres, descreve arte como sendo “um dos maiores prazeres da vida”, no livro cujo título empresta ao leitor a dificuldade do que virá à sua frente: **O que é arte?**.

A verdade é que os artistas são produto do seu tempo e costumam dar voz à sociedade. A transformação das belíssimas obras que retratavam com rigor e fidelidade a realidade de Michelangelo e Rafael, para simples pinceladas, já no impressionismo, quando os pintores começaram a abandonar seus ateliês para enxergar, nas ruas, as mudanças na construção de Paris, deixa evidente o sinal da mudança.

Segundo Gompertz⁴:

“Se eles queriam captar a sensação de um momento fugaz com algum senso de verdade, a rapidez pertencia agora à essência. Não havia tempo para se alongar em laboriosas gradações de luz, porque a próxima vez que o artista levantasse os olhos elas teriam mudado. Em vez disso, pinceladas urgentes, toscas, aplicadas com imprecisão, substituíam o refinamento estudado, combinado, do “grande estilo”, pinceladas que os impressionistas não faziam nenhuma tentativa de esconder; ao contrário, eles acentuavam seu manejo do pincel pintado em toques grossos, curtos, coloridos, parecidos com vírgulas, que acrescentavam uma impressão de energia jovem a suas pinturas, refletindo o espírito de seu tempo”.

Não que não houvesse barreiras capazes de tolher a criação e a liberdade de expressão, diante da presença constante da Academia, empenhada em manter a herança estética adquirida ao longo dos séculos, todavia, o público também se mostrava ávido por mudanças; e elas vieram.

Com a chancela dos que enxergam a arte como produto do seu tempo, o grafite somou à cultura várias pinceladas, com a linguagem dos excluídos, e trouxe para os muros das cidades, o cotidiano do belo e do horror provincianos dos guetos.

³ GOMPERTZ, WILL. **O que é arte?**

⁴ Ob. citada. P. 34.

Como no impressionismo, o grafite não recebeu qualquer favorecimento, mas, sim, um estímulo ao esquecimento de forma a retrain a nova cultura cosmopolita das ruas e impedir esse canal de denúncias marginais.

De qualquer forma, existe uma distinção evidente entre os vocábulos “pichação” e “grafite”, captada nos dicionários da língua portuguesa⁵, que nos favorece para fins de elucidação sobre a arte das ruas: *pichação* (ato de escrever ou rabiscar em muros, paredes, fachadas de edifícios etc.) e *grafitar* (desenhar ou escrever em muros ou paredes de locais públicos, geralmente com tinta spray).

A partir daí, Vinícius Borges de Moraes *in A pichação e a grafitegem na óptica do direito penal: delito de dano ou direito ambiental?*⁶ comenta:

“Diante dessas definições básicas, fica claro que a origem da palavra 'pichação' guarda estreita relação com o uso de 'mensagens escritas'. Logo, podemos entender como pichação a utilização de escrita de qualquer espécie (tinta ou relevo) para veicular mensagens ou palavras em paredes, muros ou qualquer fachada, seja com finalidade de protesto, ou não. Cuida-se de mensagens diretas, sem muita elaboração ou técnicas gráficas, desprovidas de caráter artístico.

Já o grafite, de acordo com suas origens morfológicas, seria uma forma de expressão artístico-visual (plástica ou não) que utiliza um conjunto de palavras e/ou imagens a fim de transmitir uma mensagem de reflexão. O grafite, em razão de sua forte conotação artística, não tentaria impor determinada ideia ao observador, mas sim permitiria sua reflexão, sua interpretação”.

Nestor Garcia Canclini⁷, ao escrever sobre o que faz de um objeto uma obra de arte, revela que, desde Kant até Humberto Eco, a experiência artística se manifesta enquanto um processo social e

⁵ Dicionário online Infopédia.

⁶ BORGES DE MORAES, Vinícius. Jus Navigandi: *A pichação e a grafitegem na óptica do direito penal: delito de dano ou crime ambiental?*

⁷ CANCLINI, Néstor Garcia. *A Socialização da Arte: teoria e prática na América Latina*. Tradução de Maria Helena Robeiro da Cunha e Maria Cecília Queiroz Moraes Pinto. São Paulo. Editora Cultrix. 1980, p. 10.

comunicacional, numa relação que se trava entre “autor, obra, difusores e o público”.

Para o autor, a análise do processo artístico compreende tanto a explicação da estrutura interna e subjetiva da obra quanto à ação concreta que a obra efetua de transformação ou mesmo de confirmação – real ou imaginariamente – das reações sociais.

Aliás, toda essa rebeldia da arte de rua que faz dela um movimento visual popular pressupõe a intervenção no espaço urbano, e, em algumas cidades do mundo a prática não só não é proibida, mas estimulada pelas autoridades, como em Melbourne (Austrália), Tesnov (Praga), bairro de Queens (Nova York), dentre outras.

II. ALGUMAS DECISÕES NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E EUROPA

Recentemente a discussão ganhou contornos judiciais na Corte Distrital da Califórnia, após a modelo Gigi Hadid ter desfilado em 2015 um vestido da Moschino⁸ para a coleção de outono/inverno da grife de luxo, nas passarelas de Milão, com uma estampa que reproduzia o grafite ‘Vandal Eyes’ do artista de rua Joseph Tierney, conhecido pelo pseudônimo de Rime.

Apesar do acordo feito em abril de 2016 entre Rime e o criador Jeremy Scott, a ação foi reaberta contra a Moschino. Segundo a imprensa local, Rime não formalizou qualquer acordo com a Moschino e pretende ser indenizado na medida dos lucros obtidos, pela empresa, quanto ao uso indevido de sua obra nos vestidos e outros itens da coleção. A obra seria fruto de um grafite feito pelo artista, em 2012, num edifício de Detroit.

A defesa da grife italiana, contudo, parece ter enveredado por um caminho nada usual, que poderá custar-lhe a causa. Isto porque, além de suscitar que uma obra grafitada não teria proteção autoral por ser ilegal, faz uma comparação tormentosa entre o pleito de Rime e eventuais direitos que o assassino de uma jovem mulher em Los Angeles, nos idos de 1947, poderia ter requerido à polícia e à imprensa pela divulgação indevida de imagens do corpo de Elizabeth

⁸ <http://observer.com/2015/08/moschino-tagged-with-lawsuit-by-graffiti-artist/>.

Short. O caso que, ficou conhecido como *Black Dalia*, chocou os Estados Unidos, não só pela brutalidade perpetrada contra uma jovem garçonne, pelas mutilações que deceparam em duas partes o corpo e pelas cicatrizes na face e nos membros, que deixaram marcas como desenhos de horror estampados na vítima.

Diz a defesa⁹:

“Tal pleito audacioso deve ser rejeitado. Depois de tudo, o copyright é um monopólio concedido pelo governo, um privilégio que somente pode ser conferido aqueles que ‘promovem o Progresso da Ciência e da arte utilitária’ U.S. Const. Art. I, § 8, cl. 8. E, não há qualquer fundamento para que assassinos devam ser recompensados com esse tal monopólio, pela fixação dessa atividade criminosa. Em resumo, descarada e intencional violação da lei não pode e não deve resultar em privilégio autoral. A prova incontroversa dos autos mostra que o autor cometeu um ato criminoso ao criar a obra objeto desta ação, o trabalho de grafite conhecido como ‘Vandal Eyes’. Como o próprio nome do grafite diz (e o vídeo de Rime no seu website demonstra quando da sua criação admite) o grafite representa ato de vandalismo e trespasse. E, ao contrário do que alega, sem provas, em seu pedido inicial, Rime não procurou obter permissão para os seus atos daquele que era o proprietário do prédio no endereço 4559 Wesson Street, Detroit, Michigan 48210. Em poucas palavras, a verdade sobre ‘Vandal Eyes’ é que se trata de um crime ¹⁰”.

A defesa de Rime mostrou-se eloquente para acirrar a discussão, *verbis*:

*“Pela logica do réu, não haveria proteção autoral para (...) Jack Kerouac se ele tivesse escrito **On the Road** com o uso de uma*

⁹ <https://streetartandlaw.wordpress.com/2016/05/01/rime-vs-moschino-does-illegal-street-art-have-copyright-protection/>.

¹⁰ Tradução livre de “*Such an audacious claim would properly be rejected. After all, copyright is a government-granted monopoly, a privilege given only to those who “promote the Progress of Science and useful Arts.” U.S. Const. Art. I, § 8, cl. 8. And there is no basis to think that felons should be rewarded with a government-sanctioned monopoly for the tangible fixation of their felonious activity. In short, brazen and willful violations of the law cannot and, indeed, should not result in the award of copyright privileges. The undisputed evidence in this suit shows that Plaintiff committed a felony in creating the subject matter of this lawsuit: the graffiti work known as “Vandal Eyes.” As the very name of his graffiti work (and the video RIME has posted on his website about his creation) admits, “Vandal Eyes” was an unapologetic act of vandalism and trespass. And, contrary to his conclusory and unsupported allegation in his Complaint, RIME unequivocally did not seek or obtain any permission for his actions from the owner of the building at 4559 Wesson Street, Detroit, Michigan 48210 which “Vandal Eyes” defaced. In short, true to its title, “Vandal Eyes” was a felony*”.

*máquina de escrever furtada. Ou mesmo para William Burroughs, se ele tivesse escrito **Naked Lunch** enquanto estivesse sob a influencia do uso de substâncias ilegais”.*

Em seguida, algumas breves considerações publicadas no **Street Art & Law**¹¹, sob o título: "*RIME vs. Moschino: does ilegal street art have copyright protection?*":

“1.) A lei de direitos autorais dá proteção às obras originais fixadas em meio tangível de expressão (e a obra feita num mural, ainda que efêmera, encontra amparo nos requisitos da lei;

2.) A natureza ilícita da realização da obra não a desnatura para efeitos de proteção autoral;

3.) Se a natureza ilícita do processo de criação afetasse sua proteção autoral, uma arte feita com spray roubado não deveria ser protegida;

4.) (...) marcas têm características de bens privados enquanto o copyright tem natureza de bem público; ao contrário do copyright, a legislação marcária não se relaciona com a disseminação de conhecimento e não enriquece o domínio público, marcas relacionam-se ao mercado de bens, enquanto o copyright refere-se ao mercado das ideias. The First Amendment protege a liberdade de expressão;

11 Tradução livre do **Street Art & Law**.

1. “Copyright law grants copyright protection to original works of authorship fixed in any tangible medium of expression (and the artwork on a mural even if ephemeral meets copyright’s fixation requirement).

2. Nature of a work (the illicit content of the work, but a fortiori the illicit process to realize the work) does not affect the rights or defenses that the Copyright Act provides.

3. If the illicit process of creation should affect the copyrightability of the work also an artwork realized with stolen spray cans or a painting of a landscape created by an artist trespassing someone else’s property would not be protected.

4. Unlike Copyright Act, Lanham Act prohibits registration of any trademark that “consists of or comprises immoral, deceptive, or scandalous matter; or matter which may disparage or falsely suggest a connection with persons, living or dead, institutions, beliefs, or national symbols, or bring them into contempt”. The reasons for denying the trademark registration in this context, is the potential risk that the government would be viewed as approving of such a scandalous mark (Timothy R. Holbrook, **The Expressive Impact of Patents**, 84 WASH. U. L. REV. 573); trademarks have characteristics of private goods, whereas copyright has characteristics of public goods; unlike copyright, trademark law is not concerned with the dissemination of knowledge and does not enrich the public domain; trademarks are concerned with the marketplace of goods while copyright mainly concerns with the marketplace of ideas. The First Amendment protect the right to freedom to speech.

5. The unclean hands defense should not be applicable when there is not a strong nexus between the illegal conduct and the copyrights, and if the Defendant (the infringer) is not directly harmed by the illegal conduct (the only one directly eventually affected by illegal graffiti is the property owner and not the third party infringer).

6. Copyright law distinguishes between the work and the physical support that embodies it. Consequently while the illicit conduct of the street artist is punished with civil sanctions and criminal penalties (the unlawful process on the physical support), copyright should be neutral towards works even if created by illegal means”.

5.) A teoria da defesa ‘unclean hands’ não deve ser aplicada quando não existe um forte nexos causal entre a conduta ilegal e o copyright;

(...)

7.) A lei do copyright faz distinção entre o trabalho/obra e o suporte físico que a apresenta. Consequentemente, enquanto uma conduta ilícita de um artista de rua é punível com sanções civis e criminais, o copyright deve ser neutro em relação as obras ainda que criadas por meios ilegais.”

Além desse caso, outros merecem a nossa reflexão, sobretudo diante da falta de um entendimento uníssono acerca da possibilidade ou não de se proteger uma obra grafitada, seja nos Estados Unidos da América, na Inglaterra ou em outras legislações esparsas.

Outro recente - *The Creative Foundation vs. Dreamland Leisure Limited and others*¹² (2015) -, envolveu a retirada, pelos locatários, da obra grafitada (*Art Buff*), supostamente pintada por *Banksy* nos muros de um prédio em Folkestone, cidade litorânea nos arredores de Londres. A intenção dos locatários era vender o grafite, que atinge cifras elevadas, em leilões nos Estados Unidos. O juiz Arnold, da mais alta Corte da Grã-Bretanha, no entanto, evitou ingressar na seara do direito autoral, apesar de sugerir que uma obra grafitada teria proteção do *copyright*.

A falta de consenso da proteção ou não das obras no campo do direito autoral provocou também um embate direto entre artistas de rua e José Carlos Martinat¹³, peruano, dono de uma galeria de artes em Buenos Aires. Martinat cuidadosamente removeu ‘pedaços’ de obras grafitadas das ruas, feitas nos imóveis, sem a permissão de seus proprietários. A venda e a exposição das peças causaram violentas reações dos grafiteiros locais, que, durante a noite de lançamento, destruíram as obras.

A digressão sobre a proteção do direito autoral do que seria proibido por ausência de autorização dos proprietários de imóveis ou da ‘superfície’ em que as mesmas são produzidas recebe atenção

¹² <http://swarb.co.uk/the-creative-foundation-v-dreamland-leisure-ltd-and-others-chd-11-sep-2015/>.

¹³ [Jipel.law.nyu.edu/vol-2-2-lerman/](http://jipel.law.nyu.edu/vol-2-2-lerman/).

quando pensamos em ‘criação original em suporte tangível’, sobretudo pela Constituição Americana, quando o tema pode ser inserido em “*The Progress of Science and Useful Arts*”.¹⁴

Antes de adentrarmos, contudo, na análise de outros casos que suscitam a discussão autoral das obras grafitadas, é fundamental que se diga que a proteção contra sanções civis depende da autorização do detentor do imóvel, ainda que feita por artista de renome.

Sob este aspecto, o **Journal of Intellectual Property & Entertainment Law NYU – JIPEL**¹⁵ dá vivos exemplos desta cultura, que permeia o *nonsense* quando mantém obras de artistas polêmicos, mas consagrados, como Keith Haring e Jean-Michel Basquiat, não sem antes mudar o nome da obra ou consultar a população sobre se a mesma é ou não adequada para os padrões morais consentâneos com a realidade.

O governo de Bristol, na Inglaterra, por exemplo, decidiu manter, segundo o jornal americano, um controvertido mural de Banksy após uma pesquisa aberta de opinião em que os cidadãos locais votaram maciçamente pela preservação da obra no local (93% a favor).

A tal obra que precisou ser ‘consultada’ para receber proteção estatal trazia a cena de uma mulher de roupa íntima, seu marido ciumento e o amante pendurado do lado de fora da janela.

Já a obra de Haring, intitulada “*Crack is Wack*” (1986), para denunciar a epidemia de crack, foi mantida pelo governo de Nova York, após a morte do renomado artista, sob a nova alcunha de “*The Crack is Wack Playground*”. Não é preciso dizer que a obra estava avaliada em milhões de dólares.

Todo esse cenário nos faz reavaliar valores e pensar se soa minimamente razoável que promotores de justiça, sobretudo nos Estados Unidos da América, lutem pela aplicação de sanções criminais, as mais severas na esfera jurídica, em determinados casos, e, em outros, o mesmo Estado consagre proteção ao grafite, reverenciando-os.

Da mesma forma, um julgamento da Corte Suprema da Alemanha em 1997 entendeu que uma obra grafitada na parede de Berlin seria beneficiada com a proteção do *copyright*, apesar de não se negar que o ato seja passível de condenação criminal.

¹⁴ U.S. Const. art. 1, § 8, cl. 8.

¹⁵ [Jipel.law.nyu.edu/vol-2-2-lerman/](http://jipel.law.nyu.edu/vol-2-2-lerman/).

Mas nenhum outro episódio parece ter causado tanta comoção quanto o ‘apagão’ das paredes do *5Pointz*, em Long Island City, conhecido como o ‘reduto sagrado’ dos artistas de rua do mundo todo, inclusive Banksy, que, por décadas, sem oposição de quem quer que seja, picharam seus prédios num franco exercício de liberdade de expressão. Os artistas buscavam o tombamento do bem, porém, a falta de aspectos arquitetônicos dos prédios e o tempo dos grafites com pouco menos de 30 anos inviabilizaram a referida pretensão.

Logo após o incidente que varreu de branco as paredes do *5Pointz*, durante uma noite de novembro de 2013, o **The New York Times**¹⁶ publicou matéria jornalística com duras críticas aos proprietários dos prédios, Jerry Wolkoff e seu filho David. Apesar de ambos afirmarem possuir uma autorização judicial para a demolição dos prédios, bem como o alvará da Prefeitura para a construção de um condomínio de luxo no local, não passou despercebida a ironia do proprietário de ser uma verdadeira ‘tortura’ a retirada ‘pedaço por pedaço’ das obras de mais de 1.500 artistas do local.

As discussões judiciais incorporam várias interpretações do *Visual Artists Rights Act of 1990* (VARA), que dispõe em seu § 113:

“§ 113. Scope of exclusive rights in pictorial, graphic, and sculptural works”

(a) Subject to the provisions of subsections (b) and (c) of this section, the exclusive right to reproduce a copyrighted pictorial, graphic, or sculptural work in copies under section 106 includes the right to reproduce the work in or on any kind of article, whether useful or otherwise.

(b) This title does not afford, to the owner of copyright in a work that portrays a useful article as such, any greater or lesser rights with respect to the making, distribution, or display of the useful article so portrayed than those afforded to such works under the law, whether title 17 or the common law or statutes of a State, in effect on December 31, 1977, as held applicable and construed by a court in an action brought under this title.

16 **Night Falls, and 5Pointz, a Graffiti Mecca, is Whited Out in Queens.** Cara Buckley and Marc Santora, nov. 19, 2013.

(c) In the case of a work lawfully reproduced in useful articles that have been offered for sale or other distribution to the public, copyright does not include any right to prevent the making, distribution, or display of pictures or photographs of such articles in connection with advertisements or commentaries related to the distribution or display of such articles, or in connection with news reports.

(d) (...)

(1) a case in which –

(A) a work of visual art has been incorporated in or made part of a building in such a way that removing the work from the building will cause the destruction, distortion, mutilation, or other modification of the work as described in section 106A(a)(3), and

(B) the author consented to the installation of the work in the building either before the effective date set forth in section 610(a) of the Visual Artists Rights Act of 1990, or in a written instrument executed on or after such effective date that is signed by the owner of the building and the author and that specifies that installation of the work may subject the work to destruction, distortion, mutilation, or other modification, by reason of its removal, then the rights conferred by paragraphs (2) and (3) of section 106A(a) shall not apply.

(2) If the owner of a building wishes to remove a work of visual art which is a part of such building and which can be removed from the building without the destruction, distortion, mutilation, or other modification of the work as described in section 106A(a)(3), the author's rights under paragraphs (2) and (3) of section 106A(a) shall apply unless-

(A) the owner has made a diligent, good faith attempt without success to notify the author of the owner's intended action affecting the work of visual art, or

(B) the owner did provide such notice in writing and the person so notified failed, within 90 days after receiving such notice, either to remove the work or to pay for its removal.”

No direito francês, o artigo L322-1 e alíneas do Código Penal¹⁷ pune severamente atos de terceiros que levem a destruição, a degradação ou a deterioração de bens de terceiros. E, apesar de reduzir a pena quando o ato decorre de inscrições, desenhos, plotagens em fachadas, muros ou veículos, a jurisprudência vem mantendo o entendimento de que se o dano causado ao bem não é de menor importância, i.e., é capaz de afetar a substância do bem, quando da retirada do grafite, a pena não deve ser reduzida.

Neste sentido, confira-se a decisão do *Tribunal de Grande Instance de Besaçon*¹⁸, 12 de setembro de 2005:

“Il a ainsi par exemple été jugé que le fait de «taguer» la façade d’un mur avec une peinture indélébile constituait un dommage lourd du fait de l’impossibilité d’enlever facilement les inscriptions sans dégrader la substance même du support. (numéro 050055669).”

Em que pese ser esse o entendimento dos Tribunais na França, a SNCF – La Société Nationale des chemins de fer français –, teve seu pedido de impedir a divulgação de imagens de vagões com pichações em revistas negado (CA Paris 27, setembro 2006, SNCF/Graffiti!Production!).

Para a doutrina especializada, entretanto, a repercussão da decisão do Tribunal francês vai além¹⁹:

“Seulement le Tribunal de commerce de Paris explique que ce trouble anormal ne peut pas s’appliquer dans la mesure où les wagons ne sont pas photographiés en tant que tels mais en tant que support des graffs. Cette réflexion paraît d’une évidence

¹⁷ La destruction, la dégradation ou la détérioration d’un bien appartenant à autrui est punie de deux ans d’emprisonnement et de 30000 euros d’amende, sauf s’il n’en est résulté qu’un dommage léger. Le fait de tracer des inscriptions, des signes ou des dessins, sans autorisation préalable, sur les façades, les véhicules, les voies publiques ou le mobilier urbain est puni de 3750 euros d’amende et d’une peine de travail d’intérêt général lorsqu’il n’en est résulté qu’un dommage léger Article L 322-1 du Code Pénal.

¹⁸ <http://dimeglio-avocat.com/la-protection-du-street-art/>.

¹⁹ <http://www.revueragain.com/lart-urbain-devant-les-juges/>.

banale du point de vue de la pratique artistique, mais ses implications en droit sont décisives: si les graffitis n'étaient qu'une simple dégradation, le sujet des photos aurait été les wagons dégradés. Si un graff peut être sujet en lui-même c'est qu'il existe autrement que pour la détérioration de son support, c'est qu'il n'est pas considéré comme un acte exclusif de dégradation».

Segundo Arnaud Dimeglio²⁰, in **La Protection du Street Art**, a jurisprudência francesa começa a reconhecer a arte de rua, ‘*malgrado a sua natureza ilícita, podendo inclusive beneficiar-se de proteção jurídica*’.

O que se percebe é que os julgados que concedam ao artista prazo para a retirada da obra²¹ o fazem também dentro de uma ponderação entre o direito moral do autor e o direito de propriedade do imóvel, prevalecendo este último.

Assim, como se vê das decisões prolatadas nos Estados Unidos e na Europa, a preocupação circunscreve-se ao direito de propriedade, deixando de lado, na maioria das vezes, a preocupação autoral.

III. OS TRIBUNAIS BRASILEIROS:

Veja-se o precedente da 10ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível nº 0139036-39.2009.8.26.0100, em 15/05/2014, sobre a matéria:

“GRAFITISMO. MANIFESTAÇÃO ARTÍSTICA E CULTURAL. PROTEÇÃO PELOS DIREITOS AUTORAIS. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO. USO COMERCIAL. AUSÊNCIA DE IDENTIFICAÇÃO DOS AUTORES NOS DESENHOS. PRESUNÇÃO DE CONHECIMENTO PELA RÉ QUE NÃO TEM SUSTENTAÇÃO. PROTEÇÃO LEGAL QUE ADVÉM DA POSSIBILIDADE DE IDENTIFICAÇÃO DO AUTOR DO GRAFITE. IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Grafite. Descriminalização da conduta pela Lei nº 9.605/98. Contribuição para o desenvolvimento da atividade. Manifestação artística e cultural. Proteção pelos direitos autorais. 2. Pedido de indenização. Uso de

²⁰ DIMEGLIO, Arnaud. Avocat à la Cour. **La protection du Street Art**.

²¹ Tribunal de Grande Instance de Paris, 13 octobre 2000, M.A et al.c/ M.L.

grafite dos autores em publicação de revista. Ausência de identificação da autoria do grafite nos desenhos. Proteção legal que exsurge da possibilidade de identificação da autoria. Presunção de conhecimento da autoria pela ré que não se sustenta. 3. Convenção de Berna. País signatário. Identificação como fato gerador de direitos. 4. Ausência de conduta ilícita da ré. Grafite em local público, sem assinatura. Ausência que faz incidir a regra do art. 45, inc. II, da Lei dos Direitos Autorais. Domínio público. Improcedência mantida. Recurso não provido.”

Apesar da improcedência do pedido, vale consignar que o voto exigiu a possibilidade de identificação *da autoria do grafite* para atender-lhe à proteção merecida na lei, o que, segundo o voto da maioria, não foi comprovado nos autos. Além disso, o voto discorre sobre a recuperação de jovens marginalizados pela arte, *in verbis*:

Conforme explicam Leonardo de Medeiros Garcia e Romeu Thomé, com abono da doutrina de Ivette Senise Ferreira, *“Grafite significa ‘palavra, frase ou desenho, geralmente de caráter jocoso, informativos, contestatório ou obsceno, em muro ou parede de local público’. A partir do movimento contracultural de maio de 1968, quando os muros de Paris foram suporte para inscrições de caráter poético-político, a prática do grafite disseminou-se pelo mundo. De lá pra cá, tal prática recebeu contornos antissociais. A conotação negativa do grafite tornou-se objeto de combate pelas sociedades”*.

E prosseguem os referidos autores: *“No Brasil, grafitar edificação ou monumento urbano passou a ser considerado crime ambiental em 1998, com a edição de Crimes Ambientais (Lei 9.605/98), que tipificou esta conduta em seu artigo 65. A redação originária de referido diploma cominava a sanção de detenção de três meses a um ano, além da multa, a quem desrespeitasse a norma legal. Mesmo com a criminalização da conduta de grafitar monumento urbano, os muros dos gran-*

*des centros urbanos passaram a ser palco de manifestação de pensamento com viés diverso daquela atividade outrora equiparada à pichação: além de apresentarem como pinturas e desenhos com conotação artística, os traços de grafite surgiam como instrumento para recuperação de jovens marginalizados e como oportunidade para o desenvolvimento e reconhecimento de talentos artísticos que provavelmente seriam ignorados pela sociedade. O grafite passou a ser considerado forma de expressão incluída no âmbito das artes visuais, distanciando-se gradativamente do conceito de pichação ou de mácula ao meio ambiente urbano". E concluem os autores: 'A legislação de proteção ambiental, sensível ao amadurecimento da opinião pública, entendeu por descriminalizar o ato de grafitar' (Direito Ambiental, Ed. Juspodvim, 6ª ed., p. 422/423). Prédios urbanos contribuíram para o desenvolvimento da atividade, que passou a ser vista, em âmbito social, como manifestação artística e cultural, e no âmbito individual passou a ser protegida pelos direitos autorais. Nesse passo, o grafite lícito, qual seja aquele efetuado com base nas regras contidas no referido § 2º do art. 65 da Lei nº 9.605/1998, chamado pelos apelantes de graffiti arte - está inserido no conceito estabelecido no *caput* do art. 7º da Lei nº 9.610/98, como obra intelectual protegida, porquanto criação do espírito, e está classificado no respectivo inc. VIII como 'as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética'. Com fundamento na Lei dos Direitos Autorais, os apelantes sustentaram que são os autores de grafite realizado em local privado, mas de acesso público, que foi indevidamente utilizado pela apelada em fotografias de editorial de moda de revista por ela editada. Não houve menção do grafite na revista e tampouco houve autorização e pagamento pelo uso dos desenhos utilizados como fundo dos retratos. Os apelantes pediram a condenação da ré em indenização e em obrigação de fazer, consubstanciada na divulgação da identidade dos autores do grafite em jornal de grande circulação. Sucede que a ré alegou em sua defesa que os*

grafites não estavam identificados e do exame das fotografias publicadas e dos documentos juntados aos autos é possível verificar a falta da identificação do autor da atividade artística nos desenhos realizados (fls. 33/37 e fls. 79/88) de Arte Contemporânea de São Paulo e que suas obras têm similitudes que permitem conhecer a autoria. Contudo, essas alegações não são suficientes a concluir que a ré tinha condições de saber que estava utilizando grafite de sua autoria. A produção intelectual e artística atual é vasta e acolhe número indeterminado de artistas nos mais amplos campos de manifestação cultural, inclusive na criação artística urbana, da qual os apelantes se dizem expoentes. Extrai-se dessa realidade que há uma intensa profusão de obras, pinturas e desenhos espalhados pela cidade, dos mais variados tamanhos, modelos e cores, em edificações públicas e privadas, que torna impossível ao leigo conhecer a autoria dos desenhos que não contém identificação.

Além disso, verifico que os apelantes tampouco trouxeram aos autos outros grafites por eles pintados, em locais urbanos conhecidos, ou outras publicações de desenhos por eles feitos que pudessem ao menos demonstrar que a apelada, dentro da linha de atividade que desenvolve, tinha meios de saber ou de encontrar o autor dos grafites.

É possível concluir, portanto, que a proteção legal conferida ao direito autoral reclamado pelos apelantes advém da possibilidade de identificação de sua autoria, o que não ocorreu no caso dos autos.

Vale lembrar que o Brasil é signatário da Convenção de Berna, promulgada pelo Decreto nº 75.699, de 06 de maio de 1.975, e da qual se extrai, no art. 15, item 1, que a proteção autoral surge a partir da identificação de seu autor: 'Para que os autores das obras literárias e artísticas protegidos pela presente convenção sejam, até prova em contrário, considerados como tais e admitidos em consequência, perante os tribunais dos países da União, a

proceder judicialmente contra os contrafatores, basta que os seus nomes venham indicados nas obras pela forma usual. O presente parágrafo é aplicável mesmo quando os nomes são pseudônimos, desde que os pseudônimos adotados não deixem quaisquer dúvidas acerca da identidade dos autores’.

Logo, não tendo os apelantes identificado seus grafites, não há como se reconhecer que a conduta da apelada foi ilícita, de modo que não procede o pedido de indenização, que tem por fundamento a utilização indevida de obra artística, situação não verifica no caso dos autos. O autor que não identifica a sua obra, gravada em muros e locais públicos, não pode esperar receber a proteção autoral, porque não é razoável impor a terceiro que credite a ele a autoria ou indenize o uso da obra deixada sem assinatura à própria sorte em local público (...)”(grifei)

E trechos do voto vencido que traz importante reflexão sobre o tema, *verbis*:

“(...) A r. sentença julgou improcedentes os pedidos, uma vez que “não constitui ofensa aos direitos autorais a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores” (...) “e, como se vê do caso em estudo, não consistia a reprodução da criação dos autores o objetivo da publicação da revista. Ao contrário, visa a edição, como salientado na própria réplica, a comercialização de vestuário esportivo, utilizando como cenário o graffiti, exposto na via pública”. Respeitado o entendimento do i. Magistrado de primeiro grau, a decisão não merece prosperar. De fato, não há expressa e indispensável autorização para reprodução das obras dos

autores, condição, por sinal, confessada pela ré. A alegação de que as obras, por se situarem em logradouros públicos, autorizam a sua livre representação por meio de pinturas, desenhos, fotografias e procedimentos audiovisuais, conforme o artigo 48 da lei nº 9.610/98, não afasta a responsabilidade da ré de remunerar os autores pela reprodução das obras, uma vez que valorizaram o resultado final do ensaio fotográfico realizado, obtendo lucro com a tiragem de exemplares da revista que divulgou o material publicitário.

Se os “graffitis” não agregassem valor ao material publicitário e, assim, ao produto a que se está pretendendo comercializar, como alega a ré, não teria ela elegido justamente o local onde se situam as obras artísticas para servirem de “pano de fundo” das fotos com os produtos postos à venda pela revista.

Além do mais, mesmo que fosse o caso de alienação pelos autores de suas obras à Municipalidade, não implica que se tornaram de domínio público, não se afastando a necessidade de autorização prévia e expressa, presumindo-se onerosa quando a finalidade é a obtenção de lucro, como no caso dos autos, com a pretensão de comercialização de artigos esportivos cujo material publicitário foi enriquecido com a reprodução das obras dos autores ao fundo dos produtos expostos, atraindo a atenção dos consumidores.

Fazendo uma interpretação analógica dos artigos 77 e 78 da Lei nº 9.610/98, referentes à utilização de obras de artes plásticas, extrai-se o entendimento, pela sistemática lógica da legislação, de possibilidade de sua aplicação para qualquer modalidade de arte nela tratada. Art. 77: “Salvo convenção em contrário, o autor de obra de arte plástica, ao alienar o objeto em que ela se materializa, transmite o direito de expô-la, mas não transmite ao adquirente o direito de reproduzi-la.” Art. 78: “A autorização para reproduzir obra de arte plástica, por qualquer

processo, deve se fazer por escrito e se presume onerosa”. O Colendo Superior Tribunal de Justiça bem elucidou sobre esta questão, da necessidade de se conjugar o artigo 48 com os artigos 77 e 78 da Lei nº 9.610/98: “À toda evidência, a mera reprodução por fotografia de uma obra exposta em logradouro não configura ilicitude. A aludida norma legal dá essa liberdade, bem como a sua representação por outros meios. Porém, o sentido da liberdade há que ser conjugado com os direitos assegurados nos arts. 77 e 78 do mesmo diploma, que versam sobre a utilização da obra, portanto o seu proveito de ordem econômica, como geradora de renda para terceiros, alheios à sua confecção. Se o intuito é comercial direta ou indiretamente, a hipótese não é a do art. 48, mas a dos arts. 77 e 78. Destarte, no momento em que a foto serve à ilustração de produto comercializado por terceiro para obtenção de lucro e sem a devida autorização, passa-se a ofender o direito autoral do artista, agravado, na espécie, pelo fato de não ter havido sequer alusão ao seu nome. Anoto que ainda poderia haver tolerância em relação a certas situações, como veiculação de propaganda turística, cultural e, outras do gênero, posto que inerente à atividade essencial à reprodução de paisagens, logradouros e outros bens públicos. Mas não é esse o caso dos autos. Importante, ainda, para a elucidação da presente demanda a distinção entre ‘logradouro público’ e ‘domínio público’, isto porque as referidas condições não resultam em igualdade de tratamento. A obra de arte colocada em logradouro público, embora seja um patrimônio público, gera direitos morais e materiais para o seu autor. (...) O certo é que a reprodução fotográfica das esculturas do autor embelezaram o produto da ré, sem qualquer contrapartida econômica para o artista, que vive dos frutos do seu trabalho.” (STJ, 4ª Turma, REsp. nº 951.521/MA, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 22.03.2011, m.v.). Caso também destes autos. Assim, embora as obras produzidas pelos autores se encontrem em

logradouro público, não se presume a autorização para reprodução por quem quer que seja, ainda mais quando há proveito econômico por quem as utilizou sem a prévia autorização e sem o retorno financeiro aos autores. (...) Daí porque, pelo meu voto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso”. (grifei)

A discussão quanto à exploração comercial da obra autoral, ainda que exposta em ruas e muros pela cidade, convém à correta aplicação dos artigos 77 e 78 da Lei 9.610/98.

Por outro viés, muito embora exista uma tímida discussão no cenário pátrio acerca do direito urbanístico e a proteção no campo ambiental, a jurisprudência pátria tem se concentrado nas questões de ordem penal.

Senão vejamos alguns arestos, *in verbis*:

JUIZADO ESPECIAL. DIREITO PROCESSUAL PENAL. CRIME DE PICHANÇA. CONDENAÇÃO. PROVA TESTEMUNHAL. POSSIBILIDADE DE LASTREAR O DECRETO CONDENATÓRIO. LAUDO. NAO VINCULAÇÃO DO MAGISTRADO. PRINCÍPIO DA LIVRE APRECIACÃO. RECURSO DESPROVIDO. 1 - A CONDENAÇÃO PENAL PODE SE LASTREAR APENAS NA PROVA TESTEMUNHAL, DESDE QUE HARMÔNICA E CONVERGENTE. E NO CASO PRESENTE, A PROVA ORAL É CORROBORADA PELA PRESUNÇÃO DECORRENTE DA PRISÃO EM FLAGRANTE E O FATO DO AUTOR DA INFRAÇÃO AINDA PORTAR A LATA DE TINTA (SPRAY), COM A QUAL HAVIA PINTADO O MURO DA IGREJA. 2 - PELO PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO, O JULGADOR NÃO ESTÁ ADSTRITO A QUAISQUER DOS MEIOS DE PROVAS. NESTE PASSO, É POSSÍVEL O AFASTAMENTO DO LAUDO PERICIAL REALIZADO NA LATA DE TINTA, QUAN-

DO A PROVA TESTEMUNHAL É IRREFUTÁVEL QUANTO AO FATO DE O AUTUADO EM FLAGRANTE SER O AUTOR DA PICHANÇA. ADEMAIS, AS CONCLUSÕES DESFAVORÁVEIS DA PERÍCIA FORAM APENAS PORQUE FALTAVA A VÁLVULA DA LATA DE TINTA, QUANDO DE SUA REMESSA AO INSTITUTO DE CRIMINALÍSTICA. 3 -RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJ-DF - APJ: 20120910071337 DF 0007133-80.2012.8.07.0009, Relator: LUÍS GUSTAVO B. DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 18/03/2014, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, Data de Publicação: Publicado no DJE : 24/04/2014. Pág.: 197)

APELAÇÃO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DESCRITO NO ARTIGO 65, *CAPUT*, DA LEI 9.605/98. ADOLESCENTE APREENDIDO NA POSSE DOS MATERIAIS USADOS PARA PICHANÇA DE IMÓVEL URBANO, LOGO APÓS A PRÁTICA DO FATO. VALIDADE DA PROVA. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70067414524, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em 16/03/2016). (TJ-RS - AC: 70067414524 RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Data de Julgamento: 16/03/2016, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 22/03/2016)

APELAÇÃO CÍVEL. ECA. PICHANÇAS. NEGATIVA DE AUTORIA. ANÁLISE DA PROVA PRODUZIDA NOS AUTOS. EXAME DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. O conteúdo das pichanças ratifica a tese inicial, que aponta os apelantes como autores do ato infracional análogo ao contido no art. 65 da Lei nº 9.605/98. Adequada a aplicação da medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade, pelo período de 01 mês, pois observa os princípios do ECA, características pessoais dos representados e do ato infracional. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. (Apelação Cível Nº 70055513535, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 31/10/2013) (TJ-RS - AC:

70055513535 RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Data de Julgamento: 31/10/2013, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 05/11/2013)

IV. MINIMALISMO JUDICIAL

Pode-se observar com certa facilidade que as decisões proferidas tanto nos EUA quanto na Europa abraçam o minimalismo judicial de Cass Sunstein, em oposição ao constitucionalismo democrático idealizado por Reva Siegel e Robert Post.

Sunstein²² explica, *verbis*:

“Em sua forma processual, o minimalismo judicial consiste em um esforço para limitar a amplitude e profundidade das decisões judiciais. Assim entendido, o minimalismo tem virtudes distintas, especialmente em uma sociedade heterogênea na qual pessoas razoáveis frequentemente divergem. Quando juízes carecem, e sabem que carecem, de informações relevantes, o minimalismo é uma resposta apropriada. Às vezes, o minimalismo é uma resposta razoável ou mesmo inevitável para o problema prático de obter consenso dentro do pluralismo.”

Em sentido oposto, Robert Post e Reva Siegel, ambos professores da Yale Law School, sustentam que, em muitos casos, decisões judiciais aparentemente simplistas não dão à Constituição a interpretação sensível que esta merece, deixando de lado as minorias estigmatizadas e os movimentos sociais que brotam das sociedades plurais. Esses autores do Constitucionalismo democrático defendem a prática do ativismo judicial, além de um maior aprofundamento das decisões diante do caso concreto.

É possível também enxergarmos as questões mais delicadas segundo a óptica das teorias do Direito, segundo Dworkin²³. Segundo o autor, em linhas gerais, “essas teorias foram divididas, tanto por seus autores quanto pelos críticos, em dois grupos: as teorias

22 SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court**. Harvard: Harvard University Press, 1999.

23 DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. Editora Martins Fontes. 2016. P. 342.

positivistas do direito, que insistem em que aquilo que o direito de qualquer jurisdição exige ou permite é apenas uma questão social de fato, e as teorias antipositivistas, para as quais aquilo que o direito exige depende às vezes não apenas de fatos sociais, mas também de questões normativas controversas que incluem questões morais”.

Ainda, segundo os defensores do minimalismo, os Tribunais não devem interferir em questões que vão além do caso concreto e que possam posteriormente “causar arrependimento e refluxo social”²⁴ como o polêmico caso - *Roe versus Wade* -, sobre o aborto.

V. CONCLUSÃO

A constatação de que é o minimalismo o suporte escolhido para ancorar as decisões judiciais não faz dele a melhor opção; ao contrário, traz insegurança num cenário já hostilizado e deixado à deriva para milhares de artistas de rua. Os juízes nos Estados Unidos e na Europa começam, no entanto, a deixar ‘escapar’ algumas linhas (boas ou ruins, não importa) quando discorrem sobre esse tipo de arte marginalizada, encarando-a no contexto do direito autoral.

A arte, enquanto forma de representação da realidade, não deve ser menosprezada mesmo que não compreendida. O silêncio dos muros coloridos há décadas contém imagens e denúncias que não escapam àqueles que percorrem as ruas das grandes cidades, e, a sua percepção por juízes, diante de eventual contenda, deveria ampliar-se para a seara do direito autoral. ❖

24 CRISTIANETTI, Jessica. FORTES DO REGO, Carlos Eduardo Reis. **Minimalismo, Constitucionalismo Democrático e o Refluxo Social em Roe Rage**.