



SOBRE OS DILEMAS DO DIREITO AUTORAL NA PERSPECTIVA URBANA BRASILEIRA

ON THE DILEMS OF COPYRIGHT IN BRAZILIAN URBAN PERSPECTIVE

<i>Recebido em:</i>	25/01/2020
<i>Aprovado em:</i>	10/06/2020

Tiago Martinez¹

Nilton Cesar da Silva Flores²

Reili de Oliveira Sampaio³

RESUMO

O direito autoral e o direito à propriedade são direitos individuais fundamentais de equivalente estatuto no ordenamento jurídico pátrio. Em razão disso, quando tais direitos entram em conflito, surgem dilemas e a necessidade de se buscar as soluções mais adequadas à sociedade. Nesse sentido, as questões que a pesquisa procura apresentar se desenvolvem

¹ Doutorando em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá (UNESA/RJ) com ênfase na área de Direitos Fundamentais e Novos Direitos. Mestre em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá (UNESA/RJ) com ênfase na área de Direitos Fundamentais e Novos Direitos. Bacharel em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA/RJ). cursando especialização em Direitos Humanos pela PUC/RJ. Assessor no Conselho Superior do Ministério Público do Rio de Janeiro. Endereço eletrônico: tiagomartinez94@Hotmail.com

² Doutor pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor Titular do Programa de Pós - Graduação da Universidade Estácio de Sá (UNESA/RJ). Professor associado da Universidade Federal Fluminense (UFF). Advogado. Endereço eletrônico: cesarflores2004@hotmail.com

³ Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Atua como Analista Tributário da Receita Federal do Brasil. Endereço eletrônico: reilisam@yahoo.com.br



diante da perspectiva urbana contemporânea e dizem respeito aos limites do direito do autor de obra de arte frente ao proprietário do suporte, espaço onde consta o fruto da atividade criativa. O leitor poderá notar que a lei autoral e a lei civil brasileira não dispõem de respostas diretas para as questões suscitadas. Assim, para compreender os dilemas e os conflitos que envolvem o tema, realizou-se uma análise da proteção constitucional conferida ao direito autoral, da legislação infraconstitucional, do direito de propriedade sobre o suporte, e de situações, casos concretos e tendências de julgamento nos tribunais. Ressalta-se que este estudo se baseou, sobretudo, em pesquisa bibliográfica e focou-se nos aspectos civilísticos do recorte apresentado.

Palavras-chave: Direito Autoral Urbano. Propriedade. Arte Urbana. Conflitos emblemáticos.

ABSTRACT

Copyright and property rights are fundamental individual rights of equal stature in the national legal system. As a result, when such rights come into conflict, dilemmas arise and the need to seek the most appropriate solutions for society. In this sense, the questions that the research seeks to present develop in the contemporary urban perspective and concern the limits of the right of the author of a work of art to the owner of the support, a space where the fruit of creative activity is found. The reader may notice that the copyright law and the Brazilian civil law do not have direct answers to the questions raised. Thus, in order to understand the dilemmas and conflicts surrounding the theme, an analysis was made of the constitutional protection afforded to copyright, of the infra-constitutional legislation, of the property right over the support, and of situations, concrete cases and trends of judgment in the courts. It is worth mentioning that this study was based, above all, on bibliographic research and focused on the civilistic aspects of the presented cut.

Keywords: Urban Copyrights. Property. Urban art. Emblematic conflicts.



1 INTRODUÇÃO

“O muro é meu!”, afirmou com toda a certeza o sr. João Batista ao ser indagado por qual razão teria apagado as obras de grafite que se situavam em parte da conhecida localidade chamada “Beco do Batman”, na Vila Madalena, em São Paulo. Tendo coberto toda a parede de cinza, o Sr. João havia mudado de ideia - por motivos dos quais discorreremos mais adiante - e voltado atrás no consentimento conferido aos artistas do grafite para que pintassem a parede externa que divide a sua propriedade da rua.⁴

Esse e outros casos, cada vez mais presentes nos debates atuais, levantam a importante discussão na perspectiva urbana contemporânea a respeito dos limites do direito do autor de obra de arte frente ao proprietário do suporte, espaço onde consta o fruto da atividade criativa. Pergunta-se, então: Até onde vai o direito do autor à integridade de sua obra? Qual o papel da função social da propriedade nesse contexto? Fica o direito real à propriedade do imóvel limitado pela obra de arte pela qual não tem mais interesse? São questões relevantes e que não encontram respostas diretas na legislação, sendo, inclusive, objeto de divergências doutrinárias.

Hoje, o direito autoral brasileiro, oriundo do pensamento europeu continental (*civil law*), tutela o direito do autor independentemente do seu suporte. O art. 7º, da Lei nº 9.610/98 (Lei de Direitos Autorais - LDA), define expressamente que “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”.⁵

⁴ FOLHA DE SÃO PAULO. 'Não é um protesto, o muro é meu', diz morador que pintou Beco do Batman. Disponível em: <<https://goo.gl/YwJnWk>>. Acesso em: 13 jan. 2020.

⁵ BRASIL. **Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 19 fev., 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em: 10 jan. 2020.



Por outro lado, o direito civil brasileiro também define, no art. 1.228, da Lei 10.406/02 (Código Civil - CC), os componentes principais do direito real à propriedade, versando que “o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa”.⁶

É importante ressaltar que, apesar de entendimentos doutrinários diversos, ambos os direitos contam com assento constitucional, como por exemplo, os incisos IX e XXII, da Carta da República. Isso mostra que tanto o direito autoral quanto o direito à propriedade são direitos individuais fundamentais de equivalente estatura no ordenamento jurídico pátrio.⁷

O problema se dá quando tais direitos entram em conflito. Na hipótese em que um artista plástico urbano produz sua obra em uma parede alheia, estão presentes o direito do autor, protegido legal e constitucionalmente, e o direito do proprietário do imóvel, com equivalente tutela normativo-positiva. Até que ponto o proprietário do muro pode “usar, gozar e dispor” de seu imóvel, uma vez que, em parte dele, se encontra a criação do espírito alheio?

Nem a lei autoral e nem a lei civil brasileira dispõem de resposta direta para essa questão. Em razão do exposto, objetiva-se apontar que a interpretação sistemática e teleológica do ordenamento jurídico brasileiro pode indicar possíveis respostas para esse aparente choque de direitos. Desse modo, para compreender os dilemas e os conflitos que envolvem o tema, realizou-se uma análise da proteção constitucional conferida ao direito

⁶ BRASIL. **Lei nº10.406/02**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 10 jan., 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 16 jan. 2020.

⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil 1988**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 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: (...) IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; (...) XXII - é garantido o direito de propriedade (...)”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16 jan. 2020.



autoral, da legislação infraconstitucional, do direito de propriedade sobre o suporte, e de situações, casos concretos e tendências de julgamento nos tribunais.

É importante ressaltar que este estudo se baseou, sobretudo, em pesquisa bibliográfica e focou-se nos aspectos civilísticos do recorte apresentado. As questões penais, administrativas, tributárias e atinentes às demais áreas do direito possuem vastos conteúdos a serem aprofundados, porém dignos de análises específicas e outras pesquisas.

2 O DIREITO AUTORAL URBANO NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

2.1 PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL AO DIREITO AUTORAL

As normas da lei magna, conforme a teoria constitucional contemporânea, estabelecem as bases, regras interpretativas e os limites de todo o arcabouço jurídico infraconstitucional. Por isso, pode-se afirmar que qualquer estudo jurídico atual procura dedicar-se primeiramente a dissecar os institutos constitucionais sobre o tema em análise.

Há importantes vozes na doutrina brasileira que entendem não contar o direito de autor com previsão constitucional. Fábio Ulhoa Coelho representa essa tese, apresentando interessantes argumentos que devem ser considerados neste estudo.⁸

Ulhoa defende que os direitos morais do autor não buscam sua tutela na Constituição Federal. Para ele, os incisos XXVII e XXVIII, da CRFB/1988, protegem apenas os direitos patrimoniais de exploração da obra, restando a proteção aos direitos extrapatrimoniais à normatividade infraconstitucional. Conforme o citado autor:

⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil - volume 4**: direito das coisas, direito autoral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.



Importa considerar, no exame dessa questão, que os direitos morais do autor não têm fundamento constitucional, enquanto o de propriedade tem. A Constituição protege apenas os direitos patrimoniais do autor (CF, art. 5º, XXVII e XXVIII). Os direitos morais encontram guarida apenas na lei ordinária. Desse modo, no conflito entre, de um lado, o interesse do proprietário em não gastar com a conservação do suporte físico da obra que lhe pertence (ou mesmo o de a destruir) e, de outro, o do autor em vê-lo restaurado (ou preservado), prevalece o primeiro em razão da supremacia das normas constitucionais.⁹

É preciso registrar também que relevantes estudiosos do tema, como Ciro Barbuda, enxergam a tutela constitucional do direito moral de autor como posituação implícita da Carta Federal.¹⁰ Segundo essa corrente, no texto constitucional não se encontra expressamente o resguardo dos direitos extrapatrimoniais autorais, mas isso se depreende da sua interpretação sistemática e teleológica, com os princípios implícitos, de postura constitucional.

Todavia, discordam dessas teses autores como Rodrigo Moraes e Fábio Vieira Figueiredo, que equiparam, jurídica e normativamente, o direito moral de integridade de sua

⁹ Ibidem, p.303.

¹⁰ BARBUDA, Ciro de Lopes e. **Princípios do Direito Autoral**: (Atualizado conforme a Lei n. 12.853, de 14 de agosto de 2013). Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2015, p. 165.



obra ao direito à propriedade¹¹, demonstrando inegável status constitucional ao direito de autor.¹²

Nesse olhar, o direito brasileiro reconhece o direito autoral desde o ápice de seu ordenamento. Inicialmente, é possível perceber a sua presença no rol de direitos e deveres individuais e coletivos, figurando, no art. 5º, IX, da CRFB/1988, o direito à liberdade de expressão artística, independente de censura ou licença. Nesse ponto, já merece destaque o fato de a produção artística ser considerada manifestação da tão cara liberdade de expressão, a qual decorre diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana.

Conforme o pensamento kantiano, a dignidade humana está presente quando a existência do indivíduo é fim e jamais meio.¹³ Nesse sentido, a liberdade, principalmente de expressão, mostra-se como elementar atributo da dignidade humana, apesar de não ser o único. Não é à toa que a Carta Republicana de 1988 consagra esse direito à categoria fundamental - cláusula pétrea, ou seja, parte inviolável da Lei Suprema.

Nas palavras de Sarlet:

Na perspectiva ora apontada, vale consignar a lição de Jürgen Habermas, considerando que a dignidade da pessoa, numa acepção rigorosamente moral e jurídica, encontra-se vinculada à simetria das relações humanas, de tal sorte que a sua intangibilidade resulta justamente das relações interpessoais marcadas pela recíproca consideração e respeito, de tal sorte que apenas no âmbito do espaço

¹¹ MORAES, Rodrigo. **Conflito entre direito moral à integridade da obra de arte plástica e direito de propriedade do dono do suporte**. Casos práticos e critérios de solução, p. 25. Disponível em: <<https://goo.gl/mmwtGy>>. Acesso em: 14 jan. 2020.

¹² FIGUEIREDO, Fábio Vieira. **Direito de Autor**: proteção e disposição extrapatrimonial. 2. ed. atualizada conforme o Novo CPC (Lei n. 13.105, de 16-3-2015). São Paulo: Saraiva, 2016, p. 21.

¹³ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.



público da comunidade da linguagem, o ser natural se torna indivíduo e pessoa dotada de racionalidade. Assim, como bem destaca Hasso Hofmann, a dignidade necessariamente deve ser compreendida sob perspectiva relacional e comunicativa, constituindo uma categoria da co-humanidade de cada indivíduo (*Mitmenschlichkeit des Individuums*).¹⁴

O inciso XXVII, do mesmo art. 5º, também se refere ao direito autoral, afirmando que “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras”. Apesar de não se referir ao direito de disposição da sua criação, tal norma garante aos criadores tutela perene dos direitos patrimoniais eventualmente frutos de sua composição.

Os arts. 215 e 216, III, da CRFB/1988, também merecem especial atenção neste mister. Compondo a seção que se refere à cultura, o primeiro garante a todos o pleno exercício dos direitos culturais, incumbindo ao Estado o incentivo e valorização dessas manifestações. O segundo, mais específico, inclui as criações artísticas como patrimônio cultural brasileiro, prevendo, em seu § 1º, que o Poder Público, com a colaboração da comunidade, o protegerá.

Por fim, o art. 220, § 2º, da Constituição Cidadã, reforça a regra da liberdade de expressão, vedando qualquer censura de natureza política, ideológica ou artística. A arte, mais uma vez, figura como caro valor à sociedade brasileira, não podendo ser obstada por quaisquer critérios subjetivos que visem prejudicar a sua manifestação.

Se entendemos que todas as normas da Constituição Federal possuem algum grau de eficácia e aplicabilidade, não podemos ignorar tais institutos. É de clareza solar o valor

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: Construindo uma Compreensão Jurídico-Constitucional Necessária e Possível. In: **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, jan.-jun., 2007. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/137/131>>. Acesso em: 10 jan. 2020.



que a Constituição dá às obras artísticas, prevendo fomentos e tutelas a essa atividade. Disso depreende-se que há fundamento constitucional tanto para os direitos patrimoniais quanto extrapatrimoniais do autor.

2.2 LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

Ao explicar o contexto e processo de criação da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998 (LDA), Eduardo Pimenta relata a participação, não só de representantes políticos, como também de artistas, escritores, jornalistas e juristas nos debates e discussões sobre o aglutinado de projetos que culminaram na sua promulgação. Essa atuação conjunta com a população diretamente interessada tende a conferir alto grau de legitimidade às normas, o que não foi diferente no caso em comento.¹⁵

A LDA, portanto, é a norma mais específica quanto ao assunto dos direitos autorais, pois, tendo sucedido a Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973, alterou, atualizou e consolidou a legislação sobre essa matéria no Brasil.

Para os fins deste estudo, um dos institutos principais é, sem dúvidas, o art. 7º dessa norma. Nele, visou-se indicar um caminho de compreensão para o conceito de obras intelectuais, através da criação de um rol exemplificativo, que consta de seus incisos.

Um amplo debate é realizado em torno do objeto do direito autoral, discutindo-se qual é o escopo de proteção desse ramo jurídico. Apesar da riqueza dessa questão, a fim de evitar o afastamento do objeto imediato da presente pesquisa, optamos pelas objetivas e ricas conclusões de Luciano Pinheiro e Carolina Panzolini, *in verbis*:

¹⁵ PIMENTA, Eduardo. **Princípios de Direitos Autorais**. Um Século de Proteção Autoral no Brasil. 1898 - 1998. Livro I. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 161.



(...) podemos afirmar que é viável a proteção pelo Direito Autoral de qualquer expressão do pensamento materializada em um suporte tangível ou intangível, desde que o fruto do gênio humano seja exteriorizado com originalidade e criatividade. Não há necessidade de registro para a proteção e ela independe do destino da obra ou de seu mérito.¹⁶

Ainda mais relevante à nossa análise, figura o *caput* do art. 7º, da LDA, conferindo proteção às criações do espírito “expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro”¹⁷. Esse é o cerne de nossa questão.

A LDA estabeleceu ampla proteção às obras intelectuais ao afirmar a independência do suporte em que são expressas e não fixando qualquer princípio ou regra para a limitação dessa tutela. Assim, passou-se a questionar a relação do direito de autor com a propriedade alheia do suporte, seja a obra realizada com ou sem a anuência do proprietário. A LDA não traz soluções claras a esses questionamentos.

Dilema interessante é o que envolve a arte urbana contemporânea, mais especificamente aquela expressa pelo chamado grafite. Nessa técnica, que surgiu na década de 70, em Nova Iorque/EUA, a obra de arte é expressa por tintas, normalmente spray, e visíveis a toda a comunidade. Tais obras são produzidas em paredes, viadutos, vagões de trem e quaisquer outros suportes com capacidade de alcançar toda a sociedade. São expostos, principalmente, em locais públicos. Os suportes, no entanto, podem ser tanto públicos quanto particulares.

¹⁶ PINHEIRO, Luciano Andrade; PANZOLINI, Carolina Diniz. **Direito autoral e o suporte da obra intelectual**. Disponível em: <<https://goo.gl/3QdDT3>>. Acesso em: 10/01/2020.

¹⁷ BRASIL. **Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998**. Op. cit.



No Brasil, a Lei nº 12.408, de 25 de maio de 2011, causou grande influência a essa manifestação artística, pois, ao alterar o art. 65, da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 (que define os crimes contra o meio ambiente), descriminalizou a prática do grafite, quando autorizado, mantendo o tipo penal apenas no caso da chamada “pichação”.

Sobre a distinção entre grafite e pichação, costuma-se vincular o primeiro aos desenhos realizados em paredes, com raízes em registros históricos, inclusive, existem pesquisas que apontam a interseção entre as pinturas rupestres e o grafite. O segundo, entretanto, é entendido como a aposição de marcas em paredes, explicado no verbete léxico: “pichação é dístico, em geral de caráter político, escrito em muro de via pública”¹⁸. Alguns autores entendem até que o grafite seria uma evolução da pichação.¹⁹

Todavia, essa distinção não é tão sólida. Explicam alguns dos estudiosos neste assunto:

Ainda que grafite e pichação mantenham aproximações, tais como o meio urbano, efemeridade das imagens nesse espaço e o fato de serem expressões legítimas da arte nas periferias, são manifestações distintas no que tange às suas intenções e à questão estética. Ainda que usem o mesmo material (spray) tenham o espaço urbano como suporte, a diferença se dá na linguagem ou expressão plástica apresentada e na recepção dos signos. No entanto, é importante destacar que, segundo Pereira (2005), essa distinção entre grafite e pichação é algo muito específico do Brasil e, principalmente, de São

¹⁸ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Minidicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 1083.

¹⁹ LOPES, Joana Gonçalves Vieira. **Grafite e pichação: os dois lados que atuam no meio urbano**. 2011. Monografia (Bacharelado em Comunicação Social). Universidade de Brasília, Brasília, 2011, p.37.



Paulo. Em outros países, o que é denominado por nós como pichação, seria apenas um estilo dentro do grafite, afirma o autor.²⁰

Desse modo, fica bastante prejudicada a criminalização da pichação e a descriminalização do grafite, correndo o risco de se tornar simples distinção subjetiva da arte, que deverá ser apreciada e julgada por um juiz da vara criminal, de quem não é exigido qualquer conhecimento prévio sobre arte contemporânea ou ciências afins.

Apesar da nebulosa ou, em alguns casos, impossível diferenciação apresentada, a Lei nº 16.612, de 20 de fevereiro de 2017, do Município de São Paulo, que “Dispõe sobre o Programa de Combate a Pichações no Município de São Paulo”, tenta estabelecer tal separação, a fim de tornar a pichação infração administrativa e valorizar a prática do grafite, nos seus termos:

Art. 3º Para fins de aplicação desta lei, considera-se ato de pichação riscar, desenhar, escrever, borrar ou por outro meio conspurcar edificações públicas ou particulares ou suas respectivas fachadas, equipamentos públicos, monumentos ou coisas tombadas e elementos do mobiliário urbano.

Parágrafo único. Ficam excluídos do programa instituído por esta lei os grafites realizados 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

²⁰ ZAN, Dirce, et al. Grafite e pichação: formas de resistência e participação juvenis? In: **Revista do Centro de Educação**, Universidade Federal de Santa Maria, v.35, set.-dez., 2010, pp.465-478. Disponível em: <<https://goo.gl/A9uLhY>>. Acesso em: 10 jan. 2020.



competente e a observância das posturas municipais e das normas editadas pelos órgãos governamentais responsáveis pela preservação e conservação do patrimônio histórico e artístico.²¹

Contudo, como se observará mais adiante, tal distinção, por ser impraticável diante da materialização das obras, pode gerar injustiças e deve ser, de plano, afastada das políticas públicas relativas ao nosso estudo. Nesse sentido, o parágrafo 2º, do art. 65, da Lei nº 9605/98, que foi transcrito no parágrafo único do art. 3º, na edição da lei municipal supracitada, é a norma específica que regulamenta essa questão e merece maior atenção. Confira-se:

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.²²

²¹ SÃO PAULO. **Lei nº 16.612, de 20 de fevereiro de 2017**. Dispõe sobre o Programa de Combate a Pichações no Município de São Paulo, dá nova redação ao inciso I do art. 169 da Lei nº 13.478, de 30 de dezembro de 2002, e revoga a Lei nº 14.451, de 22 de junho de 2007. Diário Oficial da Cidade de São Paulo. Disponível em: <<https://goo.gl/yXtmi2>>. Acesso em: 10 jan. 2020.

²² BRASIL. **Artigo 65, §2º, da Lei nº 9.605/98**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>. Acesso em: 10 jan. 2020.



É importante observar que a norma citada condiciona a licitude da prática do grafite ao consentimento do proprietário, locatário ou arrendatário do suporte privado. Caso trate-se de bem público, o artista deverá obter autorização do órgão competente na estrutura administrativa, normalmente, do município. Esse critério se apresenta de forma mais objetiva, no qual podem se basear as medidas administrativas com o desiderato de combater as pinturas indesejadas no âmbito das municipalidades.

Tal proteção é bem explorada nas palavras de Marcílio Toscano Franca Filho:

Situado em algum cruzamento entre os sistemas comunicacionais escriturais (como letra) e os sistemas comunicacionais picturais (como traço), o grafite merece amparo e proteção jurídica, afinal, a cidade é tela, museu, galeria, academia e escola de arte e, no Brasil atual, mais do que uma opção de um governo ou um gosto de um governante, é um dever fundamental do Estado não apenas garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional, mas também apoiar e incentivar a valorização e a difusão das manifestações culturais em geral – tudo conforme os termos do art. 215 da Carta Magna de 1988.²³

Aqui, entramos no núcleo do problema. Se o grafite é autorizado (pelo proprietário do bem particular ou pelo órgão público competente pelo bem público), poderá o dono do suporte dispor da obra ali fixada, mesmo após a autorização concedida?

²³ FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. O grafite e a preservação de sua integridade: a pele da cidade e o “*droit au respect*” no direito brasileiro e comparado. In: **Revista de Direito da Cidade**, 8 nov., 2016, p. 1358. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/24789>>. Acesso em: 10 jan. 2020.



Por outro lado, se o grafite foi realizado sem a autorização do proprietário do suporte, deve-se ignorar a proteção dada aos direitos morais do autor constantes no já analisado art. 7º, da LDA?

Para responder a essas questões sob o viés das teorias e normas do Direito Autoral, somente a análise de exemplos concretos e o estudo da doutrina especializada pode nos subsidiar do arcabouço fático-teórico adequado.

2.3 O DIREITO DE PROPRIEDADE SOBRE O SUPORTE

O direito à propriedade também conta com a previsão da Lei Maior. O *caput* do art. 5º, aliado aos seus incisos XXII e XXIII, garantem a inviolabilidade do direito à propriedade, desde que atendida a sua função social.

O critério trazido pelo inciso XXIII (função social) é compreendido pela doutrina civilista como verdadeiro “mandato”, da comunidade para o proprietário, a fim de que este exerça a gestão de bens em prol da satisfação geral, mesmo que se trate de bens particulares.²⁴ Rodrigo Moraes chega a rotular a propriedade como um direito-dever, uma vez que esse direito real transporta várias responsabilidades que limitam as vontades particulares, ora obrigando-o a certos atos, ora determinando a sua abstenção. Nos seus termos:

A propriedade, instituto basilar do Direito Privado, deve atender a sua função social (CF, art. 5º, XXIII). A funcionalização tornou-se direito fundamental. O direito de propriedade é, pois, um direito-dever, comportando uma missão social, o preenchimento do desiderato de

²⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 205.



sua utilização em prol da coletividade. Como já dito, no exercício do direito de propriedade, deve ser preservado o patrimônio histórico e artístico, com base no §1º do art. 1.228 do Código Civil. O hodierno viés funcionalizado do direito de proprietário faz essa exigência. Toda conduta egoística merece ser desprestigiada.²⁵

Para Francisco Eduardo Loureiro, Eros Grau foi quem expôs, da forma mais objetiva e concisa, o processo de transformação da propriedade absoluta para a propriedade com função social. Por este motivo, o autor cita os dizeres do jurista que foi Ministro do Supremo Tribunal Federal no período de 2004 a 2010:

A evolução do conceito da propriedade - que da plena *in re potestas* de Justiniano, da propriedade como expressão do direito natural, vai desembocar, modernamente, na ideia de propriedade-função social - apresenta momentos e matizes realmente encantadores, bastantes para desviar o estudioso da senda que tencione explorar. Tal evolução consubstancia, como afirmou André Piettre (...), a revanche da Grécia sobre Roma, da filosofia sobre o direito: a concepção romana, que justifica a propriedade pela origem (família, dote, estabilidade dos patrimônios), sucumbe diante da concepção aristotélica, finalista, que a justifica pelo seu fim, seus serviços, sua função.²⁶

²⁵ MORAES, Rodrigo. Op. Cit., p. 29.

²⁶ LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 105.



Apesar de ser largo o conceito de função social da propriedade, a legislação infraconstitucional, a doutrina e a jurisprudência têm construído delimitações, ou, pelo menos, marcadores relevantes para um contorno mais nítido desse instituto. Normas como os códigos de posturas municipais, zoneamentos, tombamentos e julgados com força de precedentes obrigatórios ou persuasivos são os principais exemplos nesse sentido.

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald explicam que:

A função social é um princípio que opera um corte vertical em todo o sistema de direito privado. Ela se insere na própria estrutura de qualquer direito subjetivo para justificar a razão pela qual ele serve e qual papel desempenha. Atualmente, cogita-se de uma função social das obrigações, da família e de outros modelos do Direito Privado.²⁷

O Supremo Tribunal Federal, na ADI nº 2.213-MC, sob a relatoria do Ministro Celso de Mello, exarou eloquente julgado em precedente vinculante que nos ajuda a compreender melhor aquela normativa da função social:

O direito de propriedade não se reveste de caráter absoluto, eis que, sobre ele, pesa grave hipoteca social, a significar que, descumprida a função social que lhe é inerente (CF, art. 5º, XXIII), legitimar-se-á a intervenção estatal na esfera dominial privada, observados, contudo, para esse efeito, os limites, as formas e os procedimentos fixados na própria Constituição da República.²⁸

²⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Direitos Reais**. 12. ed. rev. e atual. - Salvador: Ed. Juspodivm, 2016, p. 304.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.213 MC. Relator: Ministro Celso de Mello, j. 4-4-2002, P, DJ de 23-4-2004. **Pesquisa de Jurisprudência.** Disponível em: <



Nesse caminho, pode-se confirmar a regra de que não há direitos absolutos, nem mesmo os fundamentais como a propriedade. Nesse caso, além de limitada pelos demais direitos fundamentais, como a vida, a liberdade e a integridade física, a propriedade deve respeito também à função social que se lhe é exigida.

Ciro Barbuda, em obra que dissecar os princípios incidentes sobre o direito autoral, aborda com bastante clareza a função social nesse ramo jurídico. O autor privilegia o enfoque zetético do tema, questionando filosófica e criticamente os fundamentos desse atributo contemporâneo dos direitos. O autor expõe que a função social foi originalmente pensada para um novo olhar sobre o direito de propriedade. Apesar disso, expandiu-se para os demais ramos do direito, como o autoral.²⁹

Foi por força dela que se passou da ideia de propriedade absoluta para a propriedade funcionalizada.³⁰ Seguindo esse rumo, ocorreu também a funcionalização do direito de autor, mas adicionando à função social as funções de identificação, promocional, econômica e política.³¹

Para Roberta Mauro, a função social da propriedade se trata de um “poder-dever do proprietário, que deverá adequar o exercício do seu direito aos interesses coletivos”³². No mesmo sentido, Luiz Adolfo cita que, na interpretação clássica desse instituto, ele está vinculado a “uma tarefa que uma parte deve cumprir em relação ao todo”³³.

<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigo.asp?item=1743&tipo=CJ&termo=37>>. Acesso em: 12 jan. 2020.

²⁹ BARBUDA, Ciro de Lopes e. Op. Cit., p. 133.

³⁰ GRAU, Eros Roberto. Função Social da Propriedade (Direito Econômico). In: FRANÇA, Rubens Limongi (Org.). **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo, Saraiva, v. 39, 1977, p. 17.

³¹ CARBONI, Guilherme. **Função Social do Direito de Autor**. São Paulo: Juruá, 2006, p. 71.

³² MAURO, Roberta. A propriedade na Constituição de 1988 e o problema do acesso aos bens. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (Orgs.) **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, v. II, 2008, p. 37.

³³ ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. **Obras Privadas - Benefícios Coletivos**: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008, p. 308.



Atualmente, pode-se dizer que a função social tem passado por uma importante mudança de abordagem, que a transforma, de elemento accidental, externo ao direito, para o seu fundamento, justificação e fator intrínseco. Aplicando-a à classificação de Pontes de Miranda, Ciro Barbuda observa que a função social passou, de pressuposto de validade ou eficácia, para fundamento de existência da propriedade. Em suas palavras:

A função social não é mais encarada como um elemento accidental, ou mesmo um fator condicionante externo ao direito de propriedade. Ela abandona o caráter de limite imposto aos poderes do proprietário e passa a redimensionar o próprio direito de propriedade, modificando a sua substância e, como assevera Orlando Gomes, transmutando-se ‘no fundamento, na sua justificação, na sua *ratio*’. Tais ilações autorizam-nos a dizer que, hoje em dia, não subsiste o direito proprietário, senão o direito de propriedade funcionalizado. A função social, portanto, não deve ser compreendida como um pressuposto de eficácia ou de validade da titularidade proprietária – mas, isto, sim, como um pressuposto de existência da propriedade. Esse direito real não mais se esgota nos poderes do proprietário de usar, gozar, dispor e reivindicar o bem, mas em um dever-poder, que não possui o formato tradicional de um direito subjetivo, mas o de um direito-função.³⁴

Luiz Adolfo também defende que não se pode mais falar em “função social” no singular, mas sim em “funções sociais”, devido ao plural espectro de manifestações que esse instituto opera nos direitos em que incide. Segundo Adolfo:

³⁴ BARBUDA, Ciro de Lopes e. Op. Cit., p. 140.



Fica clara uma superação da função social como elemento meramente vinculado à propriedade, pois, se no novo Código Civil, além dela, se consagrou em outros institutos relevantes, como a função social do contrato e a função social da posse, vislumbrando, assim, que como princípio a função social se estende por todo o ordenamento jurídico adaptando as relações patrimoniais, em atendimento aos valores essenciais, pode-se então seguramente falar que, se ocorreu evolução ‘da propriedade às propriedades’, de igual modo se concretizou uma evolução da função social ‘da função às funções’ e, neste particular, ‘da propriedade ao Direito’, este visto em sua maior amplitude possível. O que equivale a dizer que o Direito em si, em sua totalidade, tem e deve observar sua função social, não ficando esta restrita à propriedade ou a outros institutos em uma visão estreitada a partir da positivação.³⁵

Os efeitos das funções sociais nos direitos autorais, de forma semelhante àqueles exercidos na propriedade, podem ser divididos, didaticamente, em obrigações positivas (de fazer) ou negativas (de abstenção).

As obrigações positivas vão desde a conservação do bem, no caso da propriedade, até a paternidade. Identificar a obra com o nome do seu criador vai ao encontro também do direito da coletividade em conhecer a origem daquela obra.

As obrigações negativas, por outro lado, exigem uma postura inerte do indivíduo perante ações de terceiros ou da coletividade. Pode significar a permissão para ingresso de agentes públicos temporariamente no imóvel para o combate a doenças, como a dengue, ou

³⁵ ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. Op. Cit., p. 311.



a sujeição ao licenciamento obrigatório, nos casos de medicamento cujo interesse público requeira a intervenção estatal na sua produção e distribuição.

A doutrina também ensina que as eventuais restrições causadas pelas funções sociais dos direitos podem ser de modalidade intrínseca ou extrínseca. Na seara autoral, as restrições intrínsecas são aquelas decorrentes da própria lei, ou seja, *ope legis*, atinentes à duração ou ao objeto do direito de autor. A espécie extrínseca diz respeito aos limites impostos pelo direito, *ope iudicis*, como a teoria do abuso de direito (art. 187, do Código Civil), a qual também classifica como ato ilícito as condutas que excedam manifestamente aos limites impostos pelos fins econômicos ou sociais do direito exercido, assim como à boa-fé ou aos bons costumes.

Assim, é possível afirmar que a função social (ou funções sociais) dos direitos tem, ao mesmo tempo, despatrimonializado e repersonalizado vários institutos jurídicos, tais como a propriedade e o direito de autor.

Apesar de reconhecer a importância desse efeito, Ciro Barbuda apresenta contundente crítica, na qual expõe o inegável caráter patrimonial dos direitos na sociedade contemporânea capitalista. Desse modo, afirma o autor que “a tergiversação à Pollyana, sobre a preponderância dos direitos morais em detrimento dos direitos patrimoniais, em plena sociedade capitalista, é um tanto quanto nefelibata, para não dizer demagógica”³⁶.

Defende, assim, que pouco importa ao autor ver tutelados todos os direitos morais, como paternidade, integridade, direito ao inédito etc., se os seus direitos patrimoniais são sobrepujados e deixados ao bel-prazer das grandes corporações que auferem grande parte ou todos os frutos do trabalho do artista. Nesses termos, alerta para o fato de que uma “repersonalização absoluta” somente interessa àqueles que lucram com a

³⁶ BARBUDA, Ciro de Lopes e. Op. Cit., p. 166.



despatrimonialização completa desse direito em nome de uma suposta moralidade ou dissimulado incentivo à cultura.

Barbuda arremata advertindo que, *a latere* à repersonalização dos direitos de autor, são necessários medidas e investimentos estatais e privados em educação, pesquisa e cultura, campanhas de conscientização para valorização do patrimônio histórico-cultural e do autor, concursos públicos para a promoção e fomento de obras artísticas, melhoria e valorização das entidades responsáveis pela fiscalização e arrecadação dos direitos autorais, dentre vários outros considerados de extrema importância e atualidade para a valorização do autor e da atividade intelectual.

Não obstante às defesas e críticas apresentadas, a função social da propriedade tem subsidiado importantes questões no âmbito do direito à integridade³⁷, por exemplo. A ordem do dia apresenta a possibilidade de limitação do direito de autor frente ao direito de propriedade do suporte e vice-versa, embora a LDA vise proteger indistintamente as obras.

Ascensão, ao tratar da função social do Direito Autoral, é contundente, afirmando que qualquer direito deve ter função e justificação próprias e que, por isso, o objeto do direito de autor (o chamado “exclusivo autoral”) deve ser a exploração econômica e as eventuais vantagens patrimoniais advindas da obra. Dessa maneira, visa combater, predominantemente, o monopólio autoral arbitrário, o qual tenta se impor em nome de uma

³⁷ A estrutura da integridade intelectual comporta o direito pessoal do autor científico, do inventor e do autor artístico. É neste ponto que as características da personalidade, como direito fundamental, tocam o Direito de Autor. Ao artista é dado o poder de defesa de sua integridade, na preservação de sua criação, tutelando assim a sua obra como emanção de seu espírito, logo, inafastável de sua pessoa. Essa tutela da integridade (*lato sensu*) revela-se, principalmente, conforme as disposições da LDA, em seu artigo 24. Vale dizer que o direito à integridade da obra de arte não é ponto pacífico na doutrina. Existem vozes, como Fábio Ulhoa, que defendem a tutela da integridade da obra somente na hipótese em que viole a honra do autor. Ulhoa entende que a lei autoral visa proteger a criação intelectual, e não o suporte físico em que ela se assenta. Se a obra não sofre alteração expressiva que viole, de alguma forma, a honra do autor ou outro direito fundamental seu, não cabe a ele opor-se ao modo pelo qual o proprietário do suporte decide dispor de seu bem. Nesse entendimento, o ordenamento privilegia a propriedade, mas relega o vínculo existente entre a obra e o espírito do seu criador. COELHO, Fábio Ulhoa. Op. Cit., p. 722.



ficta função social. Em razão disso, ensina que “todo direito atribuído deve servir simultaneamente ao interesse público e ao interesse privado”.³⁸

3 OS DILEMAS E AS TENDÊNCIAS DE JULGAMENTO

Superadas as questões atinentes à proteção constitucional do direito autoral, à legislação infraconstitucional e ao direito de propriedade sobre o suporte, ingressa-se, a partir da análise de alguns casos considerados relevantes, nas discussões e dilemas que envolvem a arte urbana, o direito autoral, a propriedade (particular e pública), e o direito de autor do projeto arquitetônico. Além disso, procura-se apresentar as tendências de julgamento e os fundamentos utilizados nas decisões judiciais referentes ao tema em análise.

3.1 SOBRE OS DILEMAS

3.1.1 “Robbo vs. Banksy”: O problema da definição de arte pelo ente governamental

O diretor Jane Preston, em seu documentário “*Graffiti Wars*” (2011)³⁹, mostra-nos o seu olhar sobre uma disputa ocorrida entre o conhecido artista de rua, Banksy, e uma das maiores referências do grafite mundial, King Robbo. Nessa obra, além da trama principal, onde são apresentados o início e o desenvolvimento das desavenças ocorridas entre os dois artistas, o diretor deixa evidente uma outra questão polêmica: a definição de arte pelo Poder Público londrino.

³⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. O Direito Autoral Numa Perspectiva de Reforma. In: WACHOWICZ, Marcos; DOS SANTOS, Manuel Joaquim Pereira (orgs). **Estudos de Direito de Autor e a Revisão da Lei de Direitos Autorais**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010, p. 20.

³⁹ PRESTON, Jane. ***Graffiti Wars***. Documentário. 2011. 47min.



O autor King Adz, que também explica as influências de Robbo e Banksy para a arte urbana em seu livro *“Street Knowledge”*⁴⁰, adiciona importantes contribuições ao documentário citado, apontando que, enquanto o grafite de Robbo era criminalizado, a arte urbana de Banksy era elogiada pelas celebridades e apoiada pelas autoridades. Isso era enxergado, pela maioria dos artistas urbanos, como uma grande injustiça.

De fato, o governo de Londres, alegando o ato criminoso que aquela conduta significava (crime de vandalismo), passou a apagar as obras de grafite, exceto as de Banksy. Quando entrevistado, o diretor do órgão responsável pela limpeza e pintura dos muros da cidade, Kenny Wilks, informou que o critério utilizado para apagar ou deixar uma obra seria o seu valor. Ao ser questionado sobre o que considerava “valor” em uma obra, explicou que algumas pinturas de Banksy eram vendidas por um elevado valor financeiro e atraíam pessoas para a cidade. Por isso, ordenava que as preservassem.

Martin, um dos funcionários do órgão, também confirmou que quando não tinham certeza se deveriam apagar ou deixar intacta uma obra, tiravam fotografias e as levavam ao diretor, este que decidia o destino das pinturas. Em alguns casos, a prefeitura chegava a preservar os trabalhos de Banksy, apagando outros grafites próximos ou até mesmo instalando placas de acrílico sobre paredes pintadas por ele para garantir uma proteção mais efetiva. Isso jamais era feito com as obras de outros artistas, para as quais a ordem era que fossem completamente apagadas.

King Adz declara: “chegamos a um ponto em que o grafite é 100% proibido, a menos que você seja o Banksy. Nesse caso, vai ser preservado. Isso é bom para o Banksy, mas é injusto com os outros”⁴¹. Esse é um dos pontos cruciais da nossa discussão.

Quando o Estado atua como curador da arte urbana, abrindo exceções a algumas obras as quais considera ter “valor”, viola um dos princípios mais fundamentais da justiça: a

⁴⁰ ADZ, King. *Street Knowledge*. Harper Collins Publishers, 2010.

⁴¹ PRESTON, Jane. Op. cit., 27min44seg.



igualdade. Tratar aqueles em situação idêntica de forma igual, reservando aos desiguais a desigualdade, é um preceito caríssimo à ideia de justo, conforme já ensinava Aristóteles.⁴²

No caso apresentado, o Estado se utiliza de valores e definições dos quais nem a própria classe artística lança mão. Escolhendo quais obras têm qualidade e quais não têm, por critérios puramente subjetivos, viola também o princípio da impessoalidade, este que se vincula estreitamente à igualdade, conforme já explicitado.

Vale dizer que, embora esta pesquisa foque no direito autoral urbano brasileiro, direcionar o olhar para esta discussão que se desenvolveu na Inglaterra é fundamental para problematizar as questões brasileiras, sendo esta a razão pela qual este caso foi incluído no presente trabalho.

3.1.2 O “Beco do Batman”: Direito Autoral e a Propriedade Particular

Outro interessante caso que merece destaque é o ocorrido na área conhecida como “Beco do Batman”, em São Paulo. Localizado nas ruas Gonçalo Afonso e Medeiros de Albuquerque, na Vila Madalena, é hoje uma das maiores e mais renomadas zonas dedicadas à arte do grafite no Brasil. É reconhecido mundialmente e conta até com sinalização turística da prefeitura devido à alta incidência de visitantes, inclusive estrangeiros.

Ressalta-se que trata de área residencial, na qual os moradores permitem que as obras de grafite sejam ali realizadas há mais de 30 anos. Afirma-se que o local seja um dos primeiros polos brasileiros de produção e difusão da arte contemporânea de rua.

No entanto, na manhã do dia 11 de abril de 2017, verificou-se um fato que chamou mais a atenção do que todas as obras que ali existem: um dos proprietários dos imóveis, o Sr. João Batista da Silva, havia pintado todo o seu muro de cinza, apagando todas as obras que o

⁴² O filósofo grego trata a questão da isonomia no capítulo V de sua obra “Ética à Nicomaco”. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução: Luciano Ferreira de Souza. São Paulo: Martin Claret, 2015.



utilizavam como suporte. Quando perguntado a respeito de seu ato, o morador informou que se tratava de sua propriedade, logo, poderia dispor da maneira que achasse mais conveniente. Em suas palavras: “Não é um protesto, o muro é meu”.⁴³

Na verdade, os motivos de seu ato tinham a ver com a própria transformação do local em museu de arte contemporânea ao ar livre. Conforme o Sr. João, tendo em vista a fama conquistada por aquele espaço público, a quantidade de visitantes aumentou exponencialmente, inclusive durante a noite. Isso, segundo ele, tem causado bastante incômodo, considerando o barulho que emite a passagem e aglomeração de pessoas a fim de observar as obras e vivenciar a cultura que orbita o grafite. Por isso, decidiu apagar as pinturas de seu muro. O objetivo seria evitar com que grupos de pessoas permanecessem diante de sua residência.

A história prosseguiu e, após contato da prefeitura prometendo melhorar a iluminação e a fiscalização no local, o proprietário voltou atrás e declarou permitir novamente realização de obras de grafite em seu muro. A subprefeitura informou que escolheria os artistas para a pintura do novo painel no local.⁴⁴

Como consequência do episódio, o qual foi muito bem abordado pelo jornalista Mauro Calliari em artigo do Estado de São Paulo,⁴⁵ este caso levantou importante debate sobre a dicotomia entre espaço público e privado. Além disso, observa-se também o conflito entre o direito de autor, imanente às obras do local - sempre realizadas com a autorização do proprietário - e os direitos do dono do imóvel, o qual se configura como suporte dos grafites que ali constavam.⁴⁶

⁴³ FOLHA DE SÃO PAULO. Op.cit.

⁴⁴ PORTAL G1 DE NOTÍCIAS. **Morador pinta muro do 'Beco do Batman' de cinza; horas depois, autoriza novo grafite.** Disponível em: <<https://goo.gl/d3TBNe>> Acesso em: 13 jan. 2020.

⁴⁵ ESTADO DE SÃO PAULO. **O homem que apagou o grafite do Beco do Batman ajudou a revelar o conflito entre o público e o privado.** Disponível em: <<https://goo.gl/BC3VMP>>. Acesso em: 13 jan. 2020.

⁴⁶ Destaca-se que também no ano de 2017, o prefeito da cidade de São Paulo à época, João Dória, implementou um projeto no município chamado de “Cidade Linda”, em que pichações e grafites estavam sendo apagados sob a justificativa de se encontrarem em péssimo estado de conservação. EL PAÍS. **A ‘maré cinza’ de Doria toma**



3.1.3 O “Mural da Av. 23 de Maio – São Paulo”: Direito Autoral e a Propriedade Pública

Os conflitos entre a Prefeitura da Cidade de São Paulo e o grafite, apesar de ocuparem importante espaço de discussão na mídia atual, não são fenômenos recentes. Em 2008, sob o governo de Gilberto Kassab, foi determinada a eliminação de várias obras de grafite e pichações no município. Dentre eles, foi coberto de tinta cinza um mural de mais de 700 m², de autoria de vários artistas, como “Os Gêmeos” (Otávio e Gustavo Pandolfo), “Nina Pandolfo” e “Nunca”, na alça de acesso à Avenida 23 de maio, no centro da cidade.⁴⁷

Ao ser questionada sobre o fato, a prefeitura informou que a eliminação da obra não passou de um equívoco da empresa contratada para a limpeza dos muros da cidade. A forma de trabalho dessa instituição é retratada no documentário “Cidade Cinza” (2013), dos diretores Marcelo Mesquita e Guilherme Valiengo. No filme, é mostrado justamente o caso desse mural em que a prefeitura se desculpou pelo erro cometido e autorizou os artistas a produzirem novas pinturas no mesmo suporte.

Tal fato também foi explorado na pesquisa de Júnia Martins, que relata o seguinte:

Em 2006, o prefeito Gilberto Kassab (2006-2008/ 2008- 2012) implantou o ‘Programa Cidade Limpa’ e promulgou a Lei nº 14.22317, que explicitou no artigo terceiro um de seus objetivos – ‘o bem-estar estético, cultural e ambiental da população’. Entre outras ações, seu cumprimento culminou na remoção de 680 metros de grafite que coloriam um mural coletivo na Avenida 23 de Maio. ‘Nina Pandolfo’,

São Paulo e revolta grafiteiros e artistas. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/01/24/politica/1485280199_418307.html>. Acesso em: 13 jan. 2020.

⁴⁷ PORTAL G1 DE NOTÍCIAS. **Empresa contratada pela prefeitura apaga grafite no centro de SP**. Disponível em: <<https://goo.gl/D7qHXu>> Acesso em: 14 jan. 2020.



‘Os Gêmeos’, ‘Nunca’, ‘Vitché’ e ‘Hebert Baglion’ foram alguns dos artistas que o confeccionaram. Após protestos, a Prefeitura teve que reavaliar o ato, que considerou “acidental”, e acabou contratando artistas para grafitarem no mesmo espaço.⁴⁸

No prazo de 15 dias fixado pela prefeitura, “Os Gêmeos”, “Nina”, “Nunca”, “Finok”, “Zefix” e “Ise” pintaram o novo painel. Para isso, captaram recursos junto à iniciativa privada a fim de que pudessem financiar o material e os equipamentos necessários. A entrega do trabalho contou com a presença do prefeito e de várias outras autoridades.

O documentário aponta também para o fato de que os artistas envolvidos no ocorrido são reconhecidos mundialmente, com obras admiradas em vários países, mas que em sua terra natal, têm suas grandes criações apagadas sem aviso prévio ou qualquer comunicação, como ocorreu nesse e em vários outros casos.

Contudo, o que mais chama a atenção para os fins deste estudo é a forma como é feita a escolha das obras a serem eliminadas e aquelas que deveriam ser alvo de preservação. O vídeo expõe a total liberdade dos empregados contratados pela subprefeitura de Pinheiros para a determinar quais os locais que deveriam ser cobertos de tinta cinza ou não. Uma equipe de cinco pessoas tinha a missão de transitar pela cidade, observar as paredes e avaliar, segundo o próprio gosto pessoal do chefe do grupo, quais as pinturas e desenhos julgavam dignos de imunidade à cobertura de tinta cinza. Em alguns casos, decidem até mesmo que parte de uma obra é bela e merece permanecer, enquanto a outra parte, do mesmo desenho, é considerada “feia” e, por isso, merece ser apagada, tal como ocorrido no supracitado caso britânico.

⁴⁸ MARTINS, Júnia. Cinza nos muros: gerenciamento da produção de grafite e criminalização da pichação na cidade de São Paulo. **Artigo apresentado ao GT 5: Cidadania e Sustentabilidade Ambiental, Social e Cultural, da XVIII Conferência Brasileira de Folkcomunicação**. Recife, 2017, p. 8.



A equipe tinha o foco principal nas propriedades públicas, como viadutos, praças e túneis, mas também realizava a pintura de muros particulares, desde que tivessem a autorização dos proprietários dos imóveis ou seus representantes.

Desse exemplo, podemos estabelecer um ponto relevante à presente análise. Sendo público o suporte, entendemos que uma empresa ou equipe contratada não tem legitimidade para escolher quais obras devem permanecer e quais devem ser apagadas, como se críticos de arte fossem, violando os princípios da legalidade e da impessoalidade, dispostos no *caput* do art. 37, da CRFB/1988.

3.1.4 O direito de autor do projeto arquitetônico

Além dos conflitos entre o direito do proprietário do imóvel e o direito de autor do grafite, há que ser sopesado também o direito de autor do projeto arquitetônico que venha a servir de suporte. Ao planejar e construir, um arquiteto ou engenheiro civil também manifesta alto grau de criatividade no plano do imóvel que edifica, tanto que a própria LDA tutela, em seu art. 7º, X, os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à engenharia, arquitetura e paisagismo, por exemplo.

O material utilizado, disposição das medidas, proporções, volumes, cores e tonalidades são algumas das variáveis levadas em consideração para o delineamento e construção do imóvel, seja ele uma casa, um prédio, um galpão ou uma loja.

As paredes externas, em uma visão materialística, são manifestações criativas dos profissionais que projetaram e supervisionaram a execução daquela obra arquitetônica. Sendo assim, é possível afirmar que gozam de proteção do direito de autor da mesma forma que as demais obras listadas no art. 7º, da LDA. A sua violação, mesmo por outra obra artística, como um grafite, pode invocar a tutela do ordenamento jurídico a fim de proteger o direito à integridade da parede originalmente projetada.



É possível afirmar, ainda, que o dono do muro também se manifesta social e artisticamente ao escolher as tintas, o tamanho e as formas de sua parede externa. O proprietário, por vezes, leva dias, meses ou até mesmo anos projetando o seu imóvel e sonhando com a fachada que o apresentará à sociedade, da mesma maneira que o artista plástico criador de uma pintura. Afinal, será esta a primeira impressão de sua residência. Nela, portanto, pode estar contida carga relevante da personalidade de seu criador, na mesma intensidade que em qualquer outra criação artística.

Por isso, não é somente o direito à propriedade que relaciona o dono do suporte com o seu bem imóvel. Outros direitos, como o próprio autoral, podem constar dessa relação jurídica pessoa-coisa e devem ser examinados com atenção antes de se fixar a prevalência de um dos direitos citados no processo de ponderação de valores, princípios e regras envolvidos na questão.

3.2 SOBRE AS TENDÊNCIAS DE JULGAMENTO

No decorrer da elaboração deste trabalho, buscou-se, através de pesquisas jurisprudenciais realizadas no âmbito dos tribunais brasileiros, encontrar julgados referentes ao conflito existente entre o direito autoral e o direito à propriedade do suporte de obras de arte urbana que pudessem subsidiar um olhar mais apurado sobre o tema, no entanto, não se logrou êxito.

Desse modo, para apresentar as tendências de julgamento no tocante aos dilemas e conflitos apresentados ao longo da pesquisa, o presente estudo se valeu do artigo elaborado por Rodrigo Moraes, este que é professor de Direito Autoral e Propriedade Industrial da



Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.⁴⁹ Neste artigo, Rodrigo Moraes analisa seis ações judiciais, sendo quatro nacionais e duas espanholas⁵⁰, bem como observou que o direito à integridade das obras de arte é o principal fundamento das lides.

De acordo com o professor, a partir da análise das ações brasileiras julgadas, verificou-se que o direito moral do autor à integridade prevaleceu perante o direito à propriedade do suporte. Os fundamentos foram, basicamente, a limitação da propriedade pelas suas funções sociais e o abuso de direito cometido pelos requeridos (proprietários dos suportes) nos processos.⁵¹

Com base nessas experiências, Moraes elabora sete critérios para a ponderação entre tais direitos fundamentais: a) saber se a deterioração da obra ocorreu por decurso do tempo ou conduta do proprietário; b) saber se houve culpa, dolo ou abuso de direito por parte do proprietário; c) verificar a intensidade das alterações causadas nas obras; d) verificar o grau de originalidade da obra; e) verificar se a obra possui outros exemplares; f) verificar os custos de restauração da obra; e g) verificar se existe interesse jurídico superior para a destruição.⁵²

Nesse sentido, Rodrigo conclui que a destruição da obra, unilateralmente pelo proprietário do suporte, sem o aviso prévio ao autor, configura abuso de direito. Afirma também que a preservação do patrimônio histórico e artístico deve fazer parte das funções

⁴⁹ MORAES, Rodrigo. **Conflito entre direito moral à integridade da obra de arte plástica e direito de propriedade do dono do suporte**. Casos práticos e critérios de solução. Disponível em: <<https://goo.gl/mmwtGy>>. Acesso em: 14 jan. 2020.

⁵⁰ No primeiro caso espanhol, uma das partes havia ingressado com a ação judicial antes da existência da lei de direitos autorais no país. Logo, os tribunais entenderam que os direitos morais não eram tutelados pelo ordenamento jurídico. Já o segundo caso não versou sobre propriedade, mas tendo em vista ser posterior à lei autoral, foi possível verificar a concessão da tutela do direito moral no Direito castelhano.

⁵¹ Rodrigo Moraes destaca que “não existe superioridade do direito moral à integridade em relação ao direito de propriedade, sendo necessário aplicar uma ponderação de valores”. O autor defende que “é preciso ir ao encontro de um *modus vivendi* entre as duas prerrogativas”. O direito moral à integridade não é ilimitado. “Haverá casos, sim, em que a destruição será inevitável”. Entretanto, para se chegar a essa atitude, é indispensável utilizar critérios de ponderação. MORAES, Rodrigo. *Ibidem*, p.25.

⁵² MORAES, Rodrigo. *Ibidem*, p.27.



sociais do direito de propriedade. Por fim, defende que deve ser buscado um ponto de equilíbrio em cada caso concreto, com soluções casuísticas que atendam às peculiaridades de cada conflito.⁵³

Nesse mesmo sentido caminha Marcílio Toscano Franca Filho, ao afirmar que:

Não parece razoável, hoje, deixar de conferir proteção jurídica adequada às imagens grafitadas em paredes e muros contemporâneas – sobretudo quando feitas licitamente. O direito moral à integridade da obra, porém, está longe de ser absoluto e pode ser relativizado em face das circunstâncias do caso concreto.⁵⁴

Por isso, os critérios apresentados por Moraes também podem ser estudados sob o viés da teoria das cláusulas gerais⁵⁵. Vale dizer que esta teoria tem adquirido cada vez mais a aderência de vozes no estudo do Direito de Autor.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito autoral contemporâneo, de forma geral, tem buscado progredir constantemente, não só em atenção às mudanças sociais, mas também com a devida contribuição das categorias desenvolvidas no âmbito das demais ciências humanas, como a filosofia, a sociologia e a antropologia.

⁵³ MORAES, Rodrigo. Ibidem, p.29

⁵⁴ FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. Op. cit., p.1358.

⁵⁵ A doutrina vem propondo a reformulação da LDA com a utilização da teoria das cláusulas gerais. Esta teoria visa transferir ao intérprete e aplicador do direito o poder de adequação das normas jurídicas ao caso concreto. Enquanto as cláusulas fechadas e as enumerações de hipóteses taxativas exigem a subsunção, as cláusulas abertas demandam do juiz um trabalho de concretização. Dar-se-ia, portanto, ao juiz e ao intérprete a margem de operabilidade jurídica necessária para revelar respostas justas e efetivas aos casos concretos que fossem apresentados. ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. Op. Cit., p. 49.



A partir da análise da proteção constitucional conferida ao direito autoral, da legislação infraconstitucional atinente ao tema, e das situações, casos concretos e tendências de julgamento apresentados, verifica-se que, em determinadas ocasiões, a atuação do Estado pode gerar grandes injustiças caso sejam utilizados critérios subjetivos, reducionistas ou supostos conceitos de “arte” para a implementação e execução de políticas públicas que afetem as obras de arte urbana.

Nem os próprios artistas ou estudiosos sobre a história da arte detêm um consenso ou uma resposta definitiva para a imemorial questão sobre o que seria a arte. Por isso, não pode a Administração Pública lançar mão de uma visão particular nesse sentido para a implementação e execução de políticas públicas que afetem as manifestações artísticas. Seus critérios, portanto, devem ser objetivos.

Quanto aos dilemas e conflitos de direitos fundamentais, identificados entre propriedade e direitos morais do autor, entendemos que a utilização do postulado da proporcionalidade como método jurídico-cognitivo para a ponderação de direitos fundamentais seja o melhor e mais justo caminho para a máxima efetividade dos direitos envolvidos, sem que se limite indevidamente um deles em prol do outro.

Além disso, a doutrina especializada nos ensina que a tutela do direito de autor não se volta pura e simplesmente à materialização da criação, embora esta seja importante, ao lado da originalidade, para a sua existência no cenário jurídico. A proteção do direito autoral é dada à obra: bem imaterial e incorpóreo. O direito à integridade, como um dos direitos extrapatrimoniais do autor, pretende guardar a originalidade da obra, evitando que seja modificada sem a sua concordância. O apagamento de uma obra não fere, necessariamente, os direitos autorais.

Conforme demonstrado nas situações e nos casos concretos citados, a interpretação sistemática e teleológica das normas de direito autoral pode resolver as



questões mais complexas. Entretanto, a ausência de referências expressas na LDA tem levado a divergências doutrinárias nesse contexto.

É por esse motivo que se advoga pela utilização, na LDA, de cláusulas gerais que, além de se referirem aos demais institutos da ordem jurídica globalmente considerada, limitem os direitos de autor sem a pretensão de se esgotarem todas as possibilidades fáticas em um rol taxativo, como o disposto no art. 46 do citado diploma.⁵⁶

REFERÊNCIAS

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. **Obras Privadas - Benefícios Coletivos**: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.

ADZ, King. **Street Knowledge**. Harper Collins Publishers, 2010.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução: Luciano Ferreira de Souza. São Paulo: Martin Claret, 2015.

ASCENSÃO, José de Oliveira. O Direito Autoral Numa Perspectiva de Reforma. In: WACHOWICZ, Marcos; DOS SANTOS, Manuel Joaquim Pereira (orgs). **Estudos de Direito de Autor e a Revisão da Lei de Direitos Autorais**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010.

BARBUDA, Ciro de Lopes e. **Princípios do Direito Autoral**: (Atualizado conforme a Lei n. 12.853, de 14 de agosto de 2013). Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2015.

⁵⁶ O artigo 46 da Lei nº9.610/1998 apresenta um rol de situações que não constituem ofensa aos direitos autorais.



BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil 1988**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16 jan. 2020.

_____. **Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 19 fev., 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em: 10 jan. 2020.

_____. **Artigo 65, §2º, da Lei nº 9.605/98**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>. Acesso em: 10 jan. 2020.

_____. **Lei nº 10.406/02**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 10 jan., 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 16 jan. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.213 MC. Relator: Ministro Celso de Mello, j. 4-4-2002, P, DJ de 23-4-2004. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigo.asp?item=1743&tipo=CJ&termo=37>>. Acesso em: 12 jan. 2020.

CARBONI, Guilherme. **Função Social do Direito de Autor**. São Paulo: Juruá, 2006.



COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil - volume 4: direito das coisas, direito autoral**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ESTADO DE SÃO PAULO. **O homem que apagou o grafite do Beco do Batman ajudou a revelar o conflito entre o público e o privado**. Disponível em: <<https://goo.gl/BC3VMP>>. Acesso em: 13 jan. 2020.

EL PAÍS. **A 'maré cinza' de Doria toma São Paulo e revolta grafiteiros e artistas**. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/01/24/politica/1485280199_418307.html>. Acesso em: 13 jan. 2020

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **Curso de Direito Civil: Direitos Reais**. 12. ed. rev. e atual. - Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Minidicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira. **Direito de Autor: proteção e disposição extrapatrimonial**. 2. ed. atualizada conforme o Novo CPC (Lei n. 13.105, de 16-3-2015). São Paulo: Saraiva, 2016.



FOLHA DE SÃO PAULO. '**Não é um protesto, o muro é meu**', diz morador que pintou **Beco do Batman**. Disponível em: <<https://goo.gl/YwJnWk>>. Acesso em: 13 jan. 2020.

FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. O grafite e a preservação de sua integridade: a pele da cidade e o "*droit au respect*" no direito brasileiro e comparado. In: **Revista de Direito da Cidade**, 8 nov., 2016, p. 1358. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/24789>>. Acesso em: 10 jan. 2020.

GRAU, Eros Roberto. Função Social da Propriedade (Direito Econômico). In: FRANÇA, Rubens Limongi (Org.). **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo, Saraiva, v. 39, 1977.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.

LOPES, Joana Gonçalves Vieira. **Grafite e pichação**: os dois lados que atuam no meio urbano. 2011. Monografia (Bacharelado em Comunicação Social). Universidade de Brasília, Brasília, 2011.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MAURO, Roberta. A propriedade na Constituição de 1988 e o problema do acesso aos bens. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (Orgs.) **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, v. II, 2008.



MARTINS, Júnia. Cinza nos muros: gerenciamento da produção de grafite e criminalização da pichação na cidade de São Paulo. **Artigo apresentado ao GT 5: Cidadania e Sustentabilidade Ambiental, Social e Cultural, da XVIII Conferência Brasileira de Folkcomunicação.** Recife, 2017.

MORAES, Rodrigo. **Conflito entre direito moral à integridade da obra de arte plástica e direito de propriedade do dono do suporte.** Casos práticos e critérios de solução. Disponível em: <<https://goo.gl/mmwTGy>>. Acesso em: 14 jan. 2020.

PIMENTA, Eduardo. **Princípios de Direitos Autorais.** Um Século de Proteção Autoral no Brasil. 1898- 1998. Livro I. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

PINHEIRO, Luciano Andrade; PANZOLINI, Carolina Diniz. **Direito autoral e o suporte da obra intelectual.** Disponível em: <<https://goo.gl/3QdDT3>>. Acesso em: 10/01/2020.

PRESTON, Jane. **Graffiti Wars.** Documentário, 2011, 47min.

PORTAL G1 DE NOTÍCIAS. **Morador pinta muro do 'Beco do Batman' de cinza; horas depois, autoriza novo grafite.** Disponível em: <<https://goo.gl/d3TBNe>> Acesso em: 13 jan. 2020.

_____. **Empresa contratada pela prefeitura apaga grafite no centro de SP.** Disponível em: <<https://goo.gl/D7qHXu>> Acesso em: 14 jan. 2020.

SÃO PAULO (Estado). **Lei nº 16.612, de 20 de fevereiro de 2017.** Dispõe sobre o Programa de Combate a Pichações no Município de São Paulo, dá nova redação ao inciso I do art. 169 da Lei nº 13.478, de 30 de dezembro de 2002, e revoga a Lei nº 14.451, de 22 de junho de



2007. Diário Oficial da Cidade de São Paulo. Disponível em: <<https://goo.gl/yXtmi2>>. Acesso em: 10 jan. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: Construindo uma Compreensão Jurídico-Constitucional Necessária e Possível. In: **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, jan.-jun., 2007. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/137/131>>. Acesso em: 10 jan. 2020.

ZAN, Dirce, et al. Grafite e pichação: formas de resistência e participação juvenis? In: **Revista do Centro de Educação**, Universidade Federal de Santa Maria, v.35, set.-dez., 2010, pp.465-478. Disponível em: <<https://goo.gl/A9uLhY>>. Acesso em: 10 jan. 2020.