

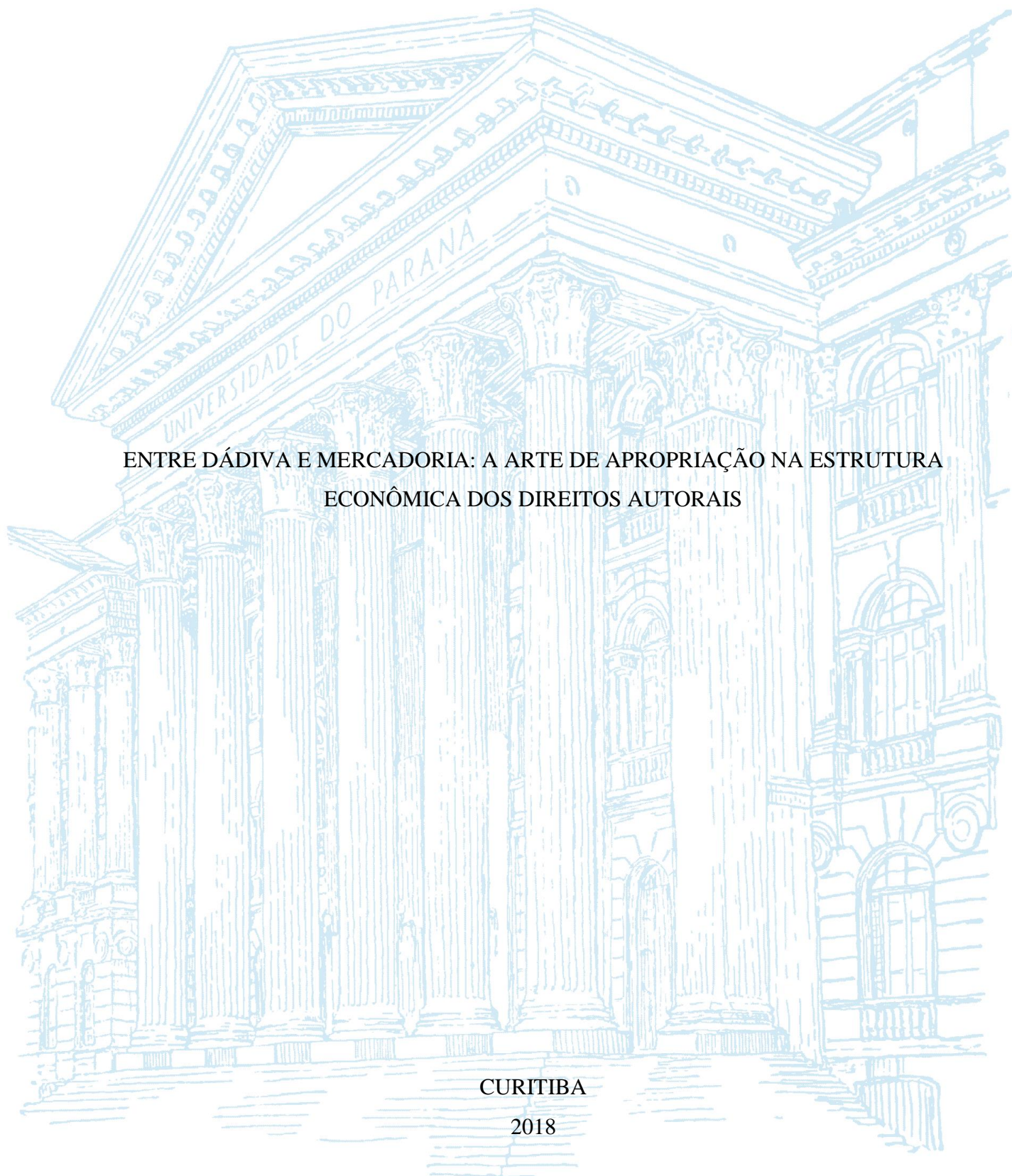
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

MARIANA BEATRICE VENTURELLI SCOZ

ENTRE DÁDIVA E MERCADORIA: A ARTE DE APROPRIAÇÃO NA ESTRUTURA
ECONÔMICA DOS DIREITOS AUTORAIS

CURITIBA

2018



MARIANA BEATRICE VENTURELLI SCOZ

ENTRE DÁDIVA E MERCADORIA: A ARTE DE APROPRIAÇÃO NA ESTRUTURA
ECONÔMICA DOS DIREITOS AUTORAIS

Artigo científico apresentado ao curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Marcelo Miguel Conrado

CURITIBA

2018

RESUMO

A arte e a autoria sofrem constantes transformações, enquanto o Direito está cada vez mais estagnado. O mercado da arte segue crescendo e atinge cifras inacreditáveis, exigindo uma proteção adequada aos seus propósitos econômicos e também à dádiva da criação artística. Dentro da arte contemporânea, a arte de apropriação é o movimento que tem mais êxito em conciliar os dois lados da arte - de mercadoria e de dádiva. Entretanto, o direito impede e restringe a base da qual o artista pode-se aproveitar para criar, seja por meio de uma jurisprudência incipiente quanto ao uso justo, seja por uma proteção considerável tanto em tempo quanto em direitos. A originalidade na arte foi ressignificada, mas o direito ainda exige a originalidade clássica como requisito de proteção, afastando-se da realidade e não atingindo o propósito do incentivo à criação. Por meio de revisão bibliográfica, dentro do estudo da autoria na arte em geral, da proteção dos direitos autorais e especialmente do *copyright* americano, bem como utilizando ferramentas da Análise Econômica do Direito, o presente artigo pretende trazer um panorama da estrutura econômica dos direitos autorais para a arte de apropriação. Complementarmente, propõe reformas necessárias para endereçar essas problemáticas e incentivar a produção da arte. O direito precisa compreender seu papel, seja por meio dos legisladores, advogados ou juízes, e atuar como incentivador e não como censor da livre criação na arte contemporânea.

Palavras-chave: Arte de Apropriação. Direitos Autorais. Análise Econômica do Direito.

ABSTRACT

Art and authorship undergo constant transformations, while law is increasingly stagnant. The art market continues to grow and reaches unbelievable figures, demanding an adequate protection for its economic purposes and also for the gift of artistic creation. Within contemporary art, the appropriation art succeeds better than other movements embodying both sides of art - of commodity and of gift. However, the law prevents and restricts the basis on which the artist can take advantage to create, either through incipient jurisprudence regarding fair use or by considerable protection both in time and in rights. Originality in art has been renamed, but the law still demands classic originality as a requirement of protection, moving away from reality and not reaching the purpose of creating incentive. Through a bibliographic review, within the study of authorship in art in general, copyright protection and especially American copyright, as well as using tools of economic analysis of law, this article aims to bring a panorama of the economic structure of copyright for the art of appropriation. In addition, it proposes reforms needed to address these issues and encourage art production. Law must understand its role, whether through legislators, lawyers and judges, and act as an incentive rather than as a censor of free creation in contemporary art.

Keywords: Appropriation Art. Copyright. Law and Economics.

LISTA DE FIGURAS

FIGURA 1 – Le Déjeuner sur l’herbe - Luncheon the Grass 6.....	7
FIGURA 2 - Sans titre - Erosões	12
FIGURA 3 - Alabama Tenant Farmer Wife – After Walker Evans	16
FIGURA 4 - Enfants - Naked.....	19
FIGURA 5 - Puppies – String of Puppies	23
FIGURA 6 – Exposição New Portraits de Richard Prince.....	28

SUMÁRIO

1 A CONSTRUÇÃO DA AUTORIA	7
2 OS DIREITOS AUTORAIS E O COPYRIGHT AMERICANO	12
3 A ARTE DE APROPRIAÇÃO.....	16
4 A APLICAÇÃO DA ANÁLISE ECÔNOMICA DO DIREITO NA ARTE DE APROPRIAÇÃO	23
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	28
REFERÊNCIAS	32

ENTRE DÁDIVA E MERCADORIA: A ARTE DE APROPRIAÇÃO NA ESTRUTURA ECONÔMICA DOS DIREITOS AUTORAIS

Mariana Scoz¹

SUMÁRIO: 1. A construção da autoria. 2. Os direitos autorais e o copyright americano. 3. A arte de apropriação. 4. A aplicação da análise econômica do direito na arte de apropriação. 5. Considerações finais. Referências bibliográficas.

1 A CONSTRUÇÃO DA AUTORIA

FIGURA 1 – Le Déjeuner sur l’herbe - Luncheon the Grass 6



FONTE: Edóaurd Manet (1863) - Pablo Picasso (1960)

"Quando eu vejo 'Le Déjeuner sur l'herbe' de Manet, eu me digo: há dor à frente" - Pablo Picasso

A autoria é um tema que muitas vezes provoca controvérsias entre o mundo da arte e o mundo jurídico. Enquanto o primeiro se encontra em visões mais fluidas, o segundo busca um engessamento, uma discussão com fundamentos objetivos que não são – e nem deveriam ser – aplicáveis à arte enquanto dádiva de um indivíduo. Entretanto, o aspecto econômico, a mercadoria derivada da obra de arte, não pode ser esquecida ou deixada de lado, uma vez que é parte fundamental desse universo.

As obras que abrem este capítulo, postas lado a lado, mostram que a influência sempre existiu na arte, para diferentes propósitos. Revisitar um dos seus artistas favoritos OU estudar com base nos grandes nomes é parte da arte, como base de criação.

O mercado da arte movimentava cifras altíssimas. Obras podem ser comercializadas em leilões por milhões de dólares. A pintura mais cara a ser leiloada, uma obra atribuída a Leonardo

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Paraná.

da Vinci chamada “Salvator Mundi”, foi vendida em novembro de 2017, pela casa de leilões Christie’s, por 450,3 milhões de dólares, por exemplo. Ao mesmo tempo, artistas têm questionado esse mercado, sendo o exemplo mais recente o artista de arte urbana britânico Banksy, cuja obra “Menina com Balão” se autodestruiu após receber o lance final de 1,4 milhão de dólares na Sotheby’s de Londres, em outubro de 2018. A compradora da obra optou por mantê-la: “Depois do susto inicial, comecei a perceber aos poucos que tinha nas mãos uma peça da história da arte”.²

Considerando esse impacto econômico da arte no mundo e o mercado que movimenta, não é de estranhar que legisladores tentaram proteger os direitos autorais de forma restrita em todos os países. Tanto a doutrina dos direitos de autor, utilizada pelos franceses, quanto o *copyright* americano, restringem o uso e criação de obras derivativas a partir de uma obra entendida como de primeira geração. Mas, para aprofundar-se na arte de apropriação, que contesta justamente essa proteção e, para entender como o direito, especialmente em seu viés econômico, deveria tratar o assunto, primeiro é necessário compreender como a autoria se transformou e como ela não é mais a mesma da visão romântica do século XVIII.

A ideia da autoria como uma dádiva, algo único, existe desde o início das legislações autorais. Sobre o conceito de dádiva Lewis Hyde³ destaca que há dois sentidos: algo que não advém de esforços próprios ou uma intuição, uma inspiração. Com isso, pode-se ver a arte como um dom do indivíduo. Algo inerente, momentâneo, passageiro.

Para Hyde, a arte existe em duas economias: da dádiva e da mercadoria. Apesar de existir simultaneamente nas duas, o autor considera a primeira a mais relevante. Isso porque a arte pode existir sem um mercado por trás dela, mas não poderia existir sem a dádiva.

Essa ideia foi bastante trabalhada por Marcel Mauss⁴, em seu Ensaio sobre a Dádiva, que mostra a economia das trocas em tribos primitivas. Para o francês, há três obrigações relacionadas à dádiva, sendo a obrigação de dar, de aceitar e de, por último, reciprocidade. Portanto, o artista oferece sua obra, mas a sociedade tem uma obrigação de devolver algo em troca.

Mauss também discute que houve demora em perceber a propriedade da obra artística além da obra original, já que se considerava que elas eram produtos não apenas do espírito

² MIGUEL, Rafa de. Uma ‘selfie’ para completar a provocação de Banksy. **El País**, Londres, 14 out. 2018. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/10/13/cultura/1539448175_257033.html>. Acesso em: 21 out. 2018

³ HYDE, Lewis. **The Gift: Creativity and the Artist in the Modern World**. Nova York: Vintage, 2009, eBook.

⁴ MAUSS, Marcel. **Ensaio sobre a dádiva**. São Paulo: Ubu, 2018, eBook.

individual, mas também do coletivo. Entretanto, com a valorização das pinturas e esculturas, foram criadas leis para que os artistas e seus herdeiros pudessem usufruir dessa riqueza.

Essas leis foram relevantes à época para compensar o fato de que muitos artistas só obtinham reconhecimento após a morte. É interessante entender como um dos primeiros artistas a quebrar esse estigma e que angariou tanto dinheiro quanto status sem o auxílio dos famosos mecenas, compreendia a autoria. Para Alexander Pope, poeta inglês do século XVIII, ser autor é ser o exclusivo responsável pela produção de um trabalho único. Com isso, como destaca Guilherme Carboni⁵, apenas esse autor deveria merecer crédito pela produção dessa obra.

“Après moi, le déluge!”. A célebre frase de Luís XV é essencial para entender a autoria desse mesmo século e também para compreender como muitos artistas pensam o ato criativo. Conforme explica Jonathan Lethem, o dilúvio são os “imitadores baratos”, já que a criação é vista como um imperativo da originalidade do artista sobre o universo.⁶

Essa noção de autoria como algo único e transcendental foi questionada por diversos filósofos e também pelos próprios artistas das vanguardas artísticas modernas. Michel Foucault, em seu clássico discurso “O que é um autor?”, contesta essa visão oitocentista ao declarar que “o autor deve se apagar ou ser apagado em proveito das formas próprias ao discurso”.⁷

Um exemplo de movimento que quebrou essa tradição e foi marcado pela postura de rebeldia e transgressão em todas as suas frentes foi o Dadaísmo. O artista, esse indivíduo que possui um dom e é proprietário da obra, é contestado, tendo essa vanguarda até mesmo um aspecto autodestrutivo, a exemplo do que Banksy fez recentemente, ao questionar o que é ou não arte e seu próprio conceito. Foucault, ao definir sua função-autor, explica que essa ideia não é imutável, mas sim construída a partir do modo de existir, de circular e de como funcionam discursos em uma sociedade.⁸ E, é claro que, como a sociedade se modifica e se altera permanentemente, essa função-autor não permanece a mesma eternamente, identificando-se aqui um ponto de crítica da legislação autoral, que não conseguiu acompanhar as transformações que surgiram ao longo do tempo, por exemplo com a internet.

⁵ CARBONI, Guilherme. **Direito Autoral e Autoria Colaborativa**: na Economia da Informação em Rede. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 49.

⁶ LETHEM, Jonathan. O êxtase da influência: um plágio. **Serrote #12**, São Paulo, p.117-147, nov. 2012, p. 132.

⁷ FOUCAULT, Michel. O que é um autor? In: **Ditos e escritos**: estética, literatura e pintura, música e cinema. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. V.3. p.14. Versão digital. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3238534/mod_resource/content/1/foucault%2C%20michel%20-%20o%20que%20%C3%A9%20um%20autor.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2018, p. 35.

⁸ Ibid. p. 14.

O mesmo Foucault entende o autor como um personagem, não o indivíduo em si. Para Fabrício Vaz Nunes, essa forma de compreendê-lo é certamente a melhor para assimilar as mudanças que ocorrem nas manifestações culturais modernas e contemporâneas.⁹

A construção da função-autor de Foucault traz à tona os sistemas jurídico e institucional que trabalham, segundo ele, para definir e articular os discursos. Há uma uniformidade em seu exercício sobre os discursos, independente da época e da realidade da sociedade. Essa função também não vê o autor como um indivíduo: “ela não remete pura e simplesmente a um indivíduo real, ela pode dar lugar simultaneamente a vários egos, a várias posições-sujeito que classes diferentes de indivíduos podem vir a ocupar”.¹⁰

Outro teórico francês da mesma época tratou do tema, mas de forma mais drástica. Para Roland Barthes, em papel transgressor, o autor deveria morrer e o mito deveria ser invertido para ter foco no leitor.¹¹ Ao trazer o leitor como cerne da interpretação da escritura, Barthes descreve que o autor não deve estar mais na posição de objeto sagrado, transferindo ao receptor da obra o papel soberano. É o leitor que percebe e interpreta, ao receber a mensagem, toda a relação da obra com outros elementos da cultura que essa dialoga ou contesta.¹² O autor não seria um deus, que impõe uma obrigação divina de uma leitura única aos seus inferiores, havendo um espaço de interpretação múltiplo.¹³

A leitura seria, como considera Lethem, “um ataque insolente ao patrimônio literário”.¹⁴ Ele vê o leitor como um nômade que invade uma propriedade de outro. O artista criador não teria como controlar a imaginação de quem o lê – apesar de Lethem considerar que é mais capaz de controlar seu leitor do que a indústria cultural consegue impedir o uso de suas obras.

Um exemplo desse descontrole que tem efeito direto na morte do autor é apresentado por Nicolas Bourriaud, ao aplicar as teorias de Barthes e Foucault às músicas sampleadas, uma característica muito forte do *hip-hop*, *rap* e *R&B* americanos. Segundo ele, essa reutilização de músicas contribui para a destruição da figura do autor na prática.¹⁵ É interessante ver que muitas

⁹ NUNES, Fabrício Vaz. Satã e o autor. In: CONRADO, Marcelo (Org.). **Dilemas da Arte Contemporânea: Autoria, Uso de Imagem, Processo de Criação e Outras Questões**. Curitiba: Profice, 2018. p. 20-43, p. 42.

¹⁰ FOUCAULT, 2001, p. 20.

¹¹ BARTHES, Roland. A morte do autor. In: **O rumor da língua**. São Paulo: Brasiliense, 1988. Disponível em: <<http://www2.eca.usp.br/Ciencias.Linguagem/L3BarthesAutor.pdf>>. Acesso em: 14 ago. 2018, p. 71.

¹² NUNES, op. cit., p. 40.

¹³ BARTHES, op. cit., p. 69.

¹⁴ LETHEM, 2012, p. 130.

¹⁵ BOURRIAUD, Nicolas. **Pós-produção: como a arte reprograma o mundo contemporâneo**. São Paulo: Martins, 2009, p. 99.

músicas se tornam muitas vezes mais conhecidas e reconhecidas que a obra de primeira geração, o *sample*, que as gerou.

Barthes, até mesmo, afirmou: “o texto é um tecido de citações, saídas dos mil focos da cultura”.¹⁶ Essa ideia de reutilização, da máxima de que nada se cria e que tudo se transforma, permeia o texto de Barthes, em um contexto em que a *pop art* retrabalhou a publicidade e o consumo. Para ele, o escritor imita um gesto anterior, não há uma originalidade. O autor possui um extenso dicionário, composto de todo o seu repertório, e seu trabalho está em mesclar esses conhecimentos e não se apoiar em apenas um.¹⁷

sucedendo ao Autor, o escritor não possui mais em si paixões, humores, sentimentos, impressões, mas esse imenso dicionário de onde retira uma escritura que não pode ter parada: a vida nunca faz outra coisa senão imitar o livro, e esse mesmo livro não é mais que um tecido de signos, imitação perdida, infinitamente recuada.

A arte, desde seu início, trabalhou com colagens visuais, sonoras e textuais. Se antes não havia um apropriação como há hoje, temos como exemplo os estudos feitos por artistas com base na obra de artistas anteriores, como os realizados por Picasso com base na obra de Manet. Movimentos de vanguarda no século XX trouxeram essa reutilização de forma mais central. Isso se estendeu pelo século seguinte, não apenas na pintura, mas também na música – com os já citados samples; na literatura – em que artistas repensaram histórias anteriores; entre outros. Para Lethem, esses exemplos evidenciam “que a apropriação, a imitação, a citação, a alusão e a colaboração sublimada consistem em uma espécie de condição *sine qua non* do ator criativo, permeando todas as formas e gêneros no campo da produção cultural”.¹⁸

Tal aspecto da *pop art* de incorporar objetos e imagens da publicidade de massa à produção artística é um dos exemplos dos problemas gerados pelas vanguardas contemporâneas ao conceito de artista e de autor individual. Isso, porque não há mais uma criação manual do artista, como o inaugurado por Duchamp. O artista entende a obra como a concretização de uma ideia e não há produção de algo artesanal. De acordo com Nunes, o autor passa a ser aquele que efetua uma operação em um contexto artístico, através da apropriação e da rerepresentação de elementos já existentes, independente do grau de alteração, e apresentando-os como obra de arte¹⁹:

¹⁶ BARTHES, 1988, p. 70.

¹⁷ Ibid., loc. cit..

¹⁸ LETHEM, 2012, p. 121.

¹⁹ NUNES, 2018, p. 35.

a obra pode ser composta de ações, discursos, intervenções diretas na realidade, em relação à qual o artista é um ideador, projetista ou motor inicial, contando com a colaboração de diversos profissionais, da área artística ou não, para a efetivação das suas propostas.

Esse envolvimento lembra a morte do autor, das teorias de Foucault e Barthes. O primeiro, inclusive, contemporiza que a obra, antes fonte de imortalidade para o autor, agora tem o direito de assassiná-lo. Para Nunes, entretanto, essa colaboração com outros profissionais não faz com que o artista deixe de existir.²⁰

A criação artística, hoje, não é mais uma atividade individual. Ela é coletiva, seja pensando nessa colaboração entre artista e executores, seja quando se pensa no leitor como cerne da existência da obra. Marcel Duchamp disse que “são os espectadores que fazem os quadros”. A citação, explica Bourriaud, só pode ser interpretada a partir da cultura do uso, em que a colaboração também acontece entre o artista e quem observa a obra criada por ele.²¹

Toda a transformação dentro do conceito de autor, entretanto, não encontra correspondência nos direitos autorais. Nem os tratados internacionais, nem as legislações que tratam desse tema incluem as formas de autoria colaborativas, tenham elas base no apropriação, execução externa e, acima de tudo, nas revoluções causadas pela internet e pela tecnologia digital. Conforme explica Carboni²², o que temos hoje retratado nas legislações, desenvolvidas no decorrer do século XIX, é a visão do autor como “gênio-criador”, como o deus impositivo, como o indivíduo dotado de dádiva.

2 OS DIREITOS AUTORAIS E O COPYRIGHT AMERICANO

FIGURA 2 - Sans titre - Erosões



FONTE: Vincent Mauger (2012) – Andrey Zignnatto (2015)

²⁰ NUNES, 2018, p. 38.

²¹ BOURRIAUD, 2009, p. 17.

²² CARBONI, 2012, p. 159.

A gente está numa fase de emergência do coletivo; a gente está numa passagem do individual, de valores individuais e individualistas para o coletivo, então, na realidade, a gente está dividido entre o mais individual e ao mesmo tempo emergindo nessa emergência do coletivo – Hélio Oiticica

A autoria também existe no inconsciente coletivo. Por conta disso, duas obras de artistas completamente diferentes, com histórias diversas, tanto socioeconomicamente, quanto geograficamente, podem ser parecidas. Um exemplo se encontra exposto acima, nas obras de Vincent Mauger e Andrey Zignatto. Olhadas lado a lado sem considerar esse contexto, poderiam parecer cópias. Mas ao se analisar os dois artistas, percebe-se que as obras deles nunca se interseccionaram, sendo um deles um ajudante de pedreiro que usou seu trabalho para criar e que nunca teria contato com a obra do francês. Por isso, percebe-se que a autoria clássica não é suficiente para expor a realidade atual e a legislação não consegue abranger esse fenômeno.

Como consequência desse conceito de autoria romântica, destacam-se duas questões que podem ser relevantes: ou temos uma forte proteção de direitos autorais para um autor que tenha criado a obra, ou seja, de primeira geração, ou temos uma interpretação abrangente da doutrina do “uso justo”, parte do *copyright* americano, para um autor considerado de segunda geração, que agiu de forma transformativa em um trabalho de primeira geração.

Existem dois sistemas principais de estruturação de direitos autorais presentes em legislações: o *droit d’auteur*, sistema francês ou continental, e o *copyright*, sistema anglo-americano. Entre os dois, a diferença encontra-se no núcleo de sua preocupação. O primeiro modelo foca na criatividade da obra a ser copiada e nos direitos morais do artista, enquanto o segundo preocupa-se com a possibilidade da reprodução de cópias.

O Brasil utiliza o sistema continental, porém a doutrina do *fair use*, do uso justo, citada anteriormente, tem grande relevância nas discussões apresentadas pela arte de apropriação. Essa cláusula geral pode ser entendida como excludente de violação aos direitos de autor para determinados usos da obra, incluindo a reprodução, para fins de crítica, comentário, informação, ensino, investigação.²³

No Estados Unidos, os direitos autorais, consagrados na Constituição, foram concebidos por Thomas Jefferson. O primeiro Secretário de Estado do país considerava os direitos autorais um mal necessário, como forma de incentivar a criação, promovendo por tempo limitado o direito exclusivo dos autores de utilizarem suas obras. Lethem considera que

²³ CONRADO, Marcelo. Arte e Direitos Autorais: Os dilemas da autoria na arte contemporânea. In: CONRADO, Marcelo (Org.). **Dilemas da Arte Contemporânea**: Autoria, Uso de Imagem, Processo de Criação e Outras Questões. Curitiba: Profice, 2018. p. 78-105, p. 93.

era uma forma de equilibrar a sociedade e os criadores, já que as obras derivadas e posteriores poderiam ser melhores que as dos autores da primeira ideia.²⁴

Outra concepção, dessa vez na Inglaterra, foi a do poeta William Wordsworth, na época das primeiras legislações autorais. Para ele, os direitos autorais tinham como dever proteger os “autores criativos”, responsáveis por uma herança cultural para a sociedade e financeira para outras pessoas. Carboni²⁵ destaca que essa mescla entre cultura e economia ainda possui reflexos na definição legal de autoria. Mais uma demonstração da intersecção entre dádiva e mercadoria.

O que os direitos autorais, especificamente o *copyright*, como explica William M. Landes, protegem são as obras originais de autorias fixadas em forma tangível. Landes destaca a questão da originalidade como limite, pois o original não significa algo novo ou criativo, mas algo que se criou com o autor.²⁶

A primeira concessão dos direitos autorais nos Estados Unidos estabeleceu um período inicial de 14 anos para o exercício desse direito exclusivo. Esse período era renovável por mais 14 anos, se o autor ainda estivesse vivo. Nos últimos trinta e cinco anos, esse período, que hoje em dia já é a vida do autor mais 70 anos, bem como os direitos concedidos aos detentores, cresceu de forma vertiginosa. Lethem questiona o porquê de tal aumento. Para ele, o ponto chave é o protagonismo do personagem Mickey Mouse, já que se pode dizer que toda a vez que o ratinho está para entrar em domínio público, os legisladores oferecem uma extensão do prazo.²⁷

Para Christina Bohannan e Herbert Hovenkamp²⁸, a extensão e proteção excessivas ameaçam a criatividade que a lei deveria proteger, o incentivo à criação buscado por Jefferson. A proteção precisa de um marco regulatório ótimo, que se encontra incerto: pois tanto muita, quanto pouca proteção pode ser prejudicial. Esse excesso protetivo torna as obras, por consequência, menos acessíveis ao público em geral, e a indústria da cultura pode produzir menos obras a um custo maior, sendo esta a maior beneficiária das atuais políticas regulatórias de direitos autorais. Os dois efeitos são prejudiciais ao leitor, ao consumidor da obra de arte.

²⁴ LETHEM, 2012, p. 126.

²⁵ CARBONI, 2012, p. 51

²⁶ LANDES, William M.. Copyright, borrowed images and appropriation art: an economic approach. **George Mason Law Review**, Arlington, v. 9, n. 1, p.1-24, Fall, 2000, p. 4.

²⁷ LETHEM, op. cit., p. 128.

²⁸ BOHANNAN, Christina; HOVENKAMP, Herbert. **Creation without restraint**: promoting liberty and rivalry in innovation. Nova York: Oxford University Press, 2012, p. 134.

Um ponto de interesse sobre os estatutos de direitos autorais, que remontam ao ideal oitocentista de autor e às legislações produzidas naquela época, sob influência do pensamento típico demonstrado por Wordsworth, é de que eles não protegem ideias, um aspecto central da arte contemporânea, como indicado por Marcelo Conrado²⁹.

Outro aspecto a ser abordado, quando se pensa em arte contemporânea é o da reutilização. Os direitos autorais têm dificuldade de enxergar as obras derivativas ou obras de movimentos como o da arte de apropriação como novas obras. Isso porque o texto ou imagem, mesmo que utilizados em outro contexto, ainda são o mesmo texto e imagem para as legislações de direitos autorais. Como exemplo, a necessidade de que se autorize a adaptação de um livro para o cinema. A obrigatoriedade da autorização do autor da obra original, especificamente a possibilidade de não concessão, é uma forma de proibir novas leituras e interpretações das obras.

Complementando esse ponto, Richard A. Posner destaca que a autorização só será necessária se houver uma diferença que traga originalidade à nova obra. Para ele, a impossibilidade de simplesmente transpor uma cópia idêntica a outro meio, através de alguma originalidade, é uma sensibilidade da lei em relação aos custos de operação do sistema legal.³⁰

Apesar dessas questões, a Lei de Direitos Autorais Brasileira, Lei 9.610/98, prevê o uso de obras de outros artistas, por meio dos limites aos direitos do autor. O art. 46, VIII, indica:

VIII - 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.³¹

Segundo Conrado³², esse dispositivo permitiria a apropriação inclusive de obra de artes visuais de forma integral, desde que considerado o prejuízo aos interesses dos autores, mostrando mais um aspecto dos direitos autorais que pode ter resultados econômicos.

Conforme mencionado anteriormente, há a necessidade de uma proteção de direitos autorais para que os autores recebam incentivo para a criação, especialmente quanto ao valor

²⁹ CONRADO, 2018, p. 87.

³⁰ POSNER, Richard A.. Intellectual Property: The Law and Economics Approach. **Journal Of Economic Perspectives**, Pittsburgh, v. 19, n. 2, p.57-73, Spring 2005, p. 69.

³¹ BRASIL. **Lei nº 9610, de 19 de fevereiro de 1998**. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9610.htm>. Acesso em: 29 set. 2018.

³² CONRADO, op. cit., p. 98.

econômico, mas, como destacam Bohannan e Hovenkamp, qual seria esse nível de proteção ótimo, tanto para a duração, quanto para o escopo, é uma questão incerta.³³

Essa incerteza gera dúvidas sobre o caráter de “direito” dos direitos autorais. Como escreve Lethem³⁴, os direitos autorais estão mais próximos de um monopólio de concessão estatal para o uso dos produtos criativos, chamado por ele de “usomonopólio”. A perda, de acordo com o autor, é sempre da comunidade e dos artistas que poderiam ter a seu dispor, como fonte de criatividade, essas obras em domínio público.

Entre os beneficiários, está o artista vivo, mas também seus herdeiros, os detentores dos direitos patrimoniais de autor. Inclusive, registra-se com alguma frequência processos de artistas e herdeiros contra outros artistas, o que, para Conrado³⁵, é uma decorrência da ideia de que os direitos autorais são uma propriedade, um direito que seria “intocável”. Entretanto, o autor mesmo destaca, até a noção de propriedade está se transformando por conta do compartilhamento, visão contemporânea que flui por diferentes assuntos e que encontra na arte um uso criativo. Entre os exemplos desse conceito de compartilhamento aplicados à arte está a arte de apropriação.

3 A ARTE DE APROPRIAÇÃO

FIGURA 3 - Alabama Tenant Farmer Wife – After Walker Evans



FONTE: Walker Evans (1936) – Sherrie Levine (1981)

³³ BOHANNAN; HOVENKAMP, 2012, p. 136.

³⁴ LETHEM, 2012, p. 129.

³⁵ CONRADO, 2018, p. 104.

Só podemos imitar um gesto que seja sempre anterior, nunca original. Sucedendo o pintor, o plagiador não tem mais dentro de si paixões, humores, sentimentos, impressões, mas sim esta imensa enciclopédia da qual ele desenha. O espectador é o tablet no qual todas as citações que compõem uma pintura são inscritas sem nenhuma ser perdida. O significado de uma pintura não está em sua origem, mas em seu destino. O nascimento do espectador deve ser à custa do pintor. – Sherrie Levine

"Primeiro de tudo, tirar de outros artistas não é ilegal no mundo da arte, como é na indústria da música, e segundo, é um reconhecimento direto de como trabalhamos na pintura".³⁶ A frase de Richard Rubenstein demonstra um pouco da mentalidade do artista e do porquê de a arte de apropriação existir. A apropriação pode ser difícil de entender. Como nas imagens acima, é impossível perceber uma diferença entre a obra de Walker Evans e a de Sherrie Levine. Trata-se ao olho nu de uma mera fotografia da fotografia. Mas o significado por trás é de uma obra feminista, que sequestra a autoridade patriarcal, além de criticar o modernismo. Não é uma mera cópia e ela não está sozinha dentro da arte, expandindo-se para além das artes visuais.

A afirmação de Rubenstein, portanto, pode ser contestada, pois, mesmo com os processos famosos por uso e plágio de músicas, a indústria fonográfica também tem cada vez mais se valido da reutilização – o compartilhamento mais temido pela indústria não é entre artistas em si, mas entre os consumidores por meio da chamada, por eles, “pirataria”.

Criar é se encantar pela arte através do dom do outro. Como os sentimentos de Picasso afloraram pela obra de Manet, a ponto de revisitar algumas de suas pinturas, outros também criam a partir de um repertório, a partir da escolha de inspirações, mestres e discursos. Como diz Lethem, “a invenção, deve-se admitir com humildade, não consiste em criar a partir do nada, mas a partir do caos”.³⁷ Esse caos é gerado por todo o conhecimento e toda a obra já existente no mundo artístico e também na realidade do indivíduo autor.

A arte de apropriação em si busca mostrar essa rede de signos e significações, tirando o protagonismo da originalidade e individualidade. “A arte de apropriação tem sido comumente descrita como ‘tirar a mão da arte e colocar o cérebro’”, explica Landes.³⁸ Essa mudança de mentalidade que o movimento traz está presente na realidade da sociedade atual, na era do compartilhamento.

Bourriaud trata da apropriação como a primeira fase da pós-produção. Para ele, há uma alteração no foco da arte, que deixa de ser em fabricar um objeto, para tratar da seleção entre os objetos existentes um ou vários, utilizá-los ou modificá-los, mas com um propósito próprio.³⁹

³⁶ LANDES, 2000, p. 1, tradução nossa.

³⁷ LETHEM, 2012, p. 121.

³⁸ LANDES, op. cit., loc. cit, tradução nossa.

³⁹ BOURRIAUD, 2009, p. 22.

Esse trabalho poder ser denominado como "meta-autoria", conceito que abrange de forma genérica diversas criações advindas no tempo do compartilhamento, como, por exemplo, obras realizadas por uma inteligência artificial. Carboni destaca a expressão engenheiro de mundos, de Pierre Lévy, que se referia ao artista do século XXI.

Diz Lévy: "O engenheiro de mundos surge, então, como o grande artista do século XXI. Ele provê as virtualidades, arquiteta os espaços de comunicação, organiza os equipamentos coletivos da cognição e da memória, estrutura a interação sensório-motora com o universo de dados".⁴⁰

Por conta dessa mudança, que deixa de focar em originalidade para se concentrar na reinserção em novos contextos, os conceitos de criação e da própria originalidade desaparecem, já que tudo é criado a partir de algo já existente. Como figuras gêmeas, que selecionam objetos e os colocam em quadros determinados, Bourriaud traz o DJ e o programador, personagens do mundo digital.⁴¹

Considerando ainda a questão musical, o artista sabe que sua criação pode ser utilizada como base para uma nova música, sendo isso algo normal em seu trabalho. Nas músicas que utilizam samples, a versão fonográfica da arte de apropriação, "o trecho representa apenas uma saliência numa cartografia móvel".⁴²

Apesar desse tipo de criação ter se tornado cada vez mais comum, o fato de que a apropriação muitas vezes opta por utilizar uma obra protegida por direitos autorais e não em domínio público faz com que o artista corra o risco de infringir os direitos autorais do criador original. Como exemplo de conflitos que chegam ao Judiciário, especialmente ao americano, um dos centros do mercado da arte, destaca-se o que envolveu dois artistas: Jeff Koons e Richard Prince.

Koons, um expoente da arte de apropriação, já se viu muitas vezes demandado judicialmente por utilização de obras protegidas. Do outro lado da disputa, encontram-se fotógrafos ou outros artistas com os mais diferentes estilos artísticos. Koons questiona a autoria em todo seu trabalho, seja pela apropriação ou pela simples construção de suas obras, em geral realizadas por outras pessoas. Como mencionado anteriormente, Koons utiliza a máxima de que a obra é a concretização da ideia e o artista não precisa necessariamente construí-la artesanalmente para ser seu autor.

⁴⁰ CARBONI, 2012, P. 90.

⁴¹ BOURRIAUD, op. cit., p. 8.

⁴² Ibid., p. 15.

O caso paradigmático de Koons é o cerne da ação Rogers v. Koons, de 1989, em que Rogers alega violação dos direitos autorais por conta das semelhanças entre a fotografia dele, de um casal com diversos filhotes de cachorros. O artista alegou como defesa o uso justo, que permite apropriações em determinadas situações, conforme anteriormente exposto. A comparação das imagens, entretanto, especialmente quanto à composição e outras características, levou ao reconhecimento da semelhança entre as obras a ponto de condenar Koons.

Esta não foi a única condenação do artista que, em 2017, sofreu com uma ação similar, envolvendo uma fotografia transformada em escultura. Desta vez, o fotógrafo que questionou Koons – e também o Centro Pompidou de Paris, onde a obra foi exposta – foi Jean Bauret-Allard, que havia retratado duas crianças nuas, uma menina e um menino, abraçados. A obra de Koons também traz duas crianças abraçadas, mas com flores e um pedestal que lembra imagens católicas de santos.

FIGURA 4 - Enfants - Naked



FONTE: Jean Bauret-Allard (1975) – Jeff Koons (1988)

Koons e o Centro Pompidou foram condenados na França por plágio, em uma sentença que traz consequências também para o trabalho das instituições culturais. A sentença apresenta um risco para essas instituições, que podem necessitar de uma avaliação preventiva para decidir

se expõem certas obras ou artistas. Com isso, a escolha deixa de ser artística e passa a ser jurídica.

Diante dessa situação, pergunta-se: serão os assessores jurídicos dos museus os "novos curadores" ao darem a última palavra sobre o que poderá ser exposto? Ou será então necessário que as instituições assinem apólice de seguro contra ações judiciais que eventualmente sejam propostas?⁴³

Pensando sob o prisma da apropriação e da arte, esse caso também apresenta questionamentos. Observando-se as duas imagens, percebe-se uma semelhança, porém teria Bauret-Allard o direito sobre a imagem de duas crianças nuas? Nenhum outro fotógrafo poderia refazer a cena? A fotografia por si só, como indica Conrado, seria uma apropriação do real e esses questionamentos mostram o quão complexo é o tema da apropriação artística.⁴⁴

Richard Prince é um outro artista famoso por suas batalhas judiciais por se apropriar de imagens de outros. O artista é conhecido pelas polêmicas, que fazem parte de sua arte, sendo intencionais e até mesmo um resultado esperado. Um caso emblemático a ser examinado é o de Cariou v. Prince. Em sua exposição Canal Zone, que contou com trinta obras no todo, Prince incorporou fotos tiradas por Cariou retratando os rastafáris jamaicanos e fez modificações como o acréscimo de guitarras e desenhos nos olhos e bocas dos personagens.

Em primeira instância, a Juíza Batts decidiu que não havia uso justo e a decisão foi baseada especialmente na declaração de Prince de que ele não teria uma mensagem por trás das obras. Entretanto, em segunda instância, o Segundo Circuito entendeu que ao menos 25 das obras possuíam uma estética diferente das fotografias originais, o que seria transformativo o suficiente para a lei. A sentença também trouxe a discussão do observador razoável de que o trabalho de Prince possuiria um público diferente. Prince arrecadou mais de 10 milhões de dólares com as obras, enquanto que Cariou, que não as teria divulgado o suficiente, de acordo com o Segundo Circuito, ganhou apenas royalties no valor de 8 mil dólares. A conclusão que se tira daqui é na disputa a relevância de um artista renomado pode ter mais importância que o trabalho de um artista menos conhecido.

Porém, mais recentemente, a exposição New Portraits trouxe ainda mais questionamentos para a obra de Prince, até mesmo de maneiras concorrenciais. Nessa série de obras, o americano não apenas se apropriou de fotos alheias, mas também da imagem de pessoas. As obras consistiam em prints impressos da rede social Instagram, que consistiam na

⁴³ CONRADO, 2018, p. 93.

⁴⁴ Ibid., p. 97.

fotografia postada por algum usuário comentadas pelo artista. Elas foram expostas na Gagosian Gallery de Nova York, em 2014.

Alguns usuários que tiveram suas imagens apropriadas aprovaram os trabalhos, enquanto outros não. As críticas foram de roubo de imagens à violação de direitos autorais e de direito à imagem. A internet, por ser um espaço de compartilhamento, aparece aqui como uma ferramenta artística, mas as discussões sobre o fluxo das informações e a impossibilidade de controlar a exposição dos usuários nas redes sociais ganham papel importante nessa obra.

No entanto, nesse espaço onde tudo se torna público e o usuário escolhe as informações e/ou as imagens que pretende inserir, pergunta-se: quais são os limites dessa exposição? Seriam esses os limites que interessam a Richard Prince? Em uma sociedade de vigilância, em que somos monitorados a todo o instante e a imagem do nosso rosto é capturado por câmeras que na maioria das vezes sequer sabemos que existem, indagamos: ainda temos instrumentos para controlar o uso de nossas imagens?⁴⁵

O Instagram se tornou um espaço artístico. Enquanto boa parte dos usuários dividem imagens suas ou de seus animais de estimação com os amigos, artistas renomados como Cindy Sherman compartilham obras virtuais – selfies alteradas e distorcidas que aludem aos famosos autorretratos encenados da artista - que discutem a auto obsessão causada (ou amplificada) pelas redes sociais.

Pelo menos dois fotógrafos levaram essa discussão para o Judiciário. Em sua defesa, Prince trouxe especialistas para comprovar a presença da transformação em suas obras. Lisa Phillips, diretora do New Museum, destaca que não é necessário alterar a imagem para transformá-la em uma nova obra de arte, enquanto Brian Wallis, curador da Coleção Walther, em Nova York, afirmou que o trabalho de Prince foca na transformação que os retratos já sofrem pelo Instagram como meio de comunicação.⁴⁶

Do outro lado, os fotógrafos também apresentaram especialistas para comprovar que não há transformação suficiente para gerar uma nova obra. Nate Harrison, presidente do departamento de artes midiáticas da Escola do Museu de Belas Artes da Universidade Tufts, traz como pano de fundo a internet e a recontextualização presente nos memes. Isto faria com que o observador médio não percebesse uma transformação intelectual na obra de Prince. Entretanto, o ponto mais interessante é o trazido por Amy Whitaker, professora assistente de

⁴⁵ CONRADO, 2018, p. 103

⁴⁶ GILBERT, Laura. Richard Prince defends reuse of others' photographs **ARTnews**, Nova York, 10 out. 2018. Disponível em: <<https://www.theartnewspaper.com/news/richard-prince-defends-re-use-of-others-photographs>>. Acesso em: 14 out. 2018.

Artes Visuais na Universidade Nova York, que afirma que a interpretação que leva a ver transformação em cinco palavras e um *emoji* – os comentários deixados por Prince nas publicações – está completamente baseada na marca do artista.⁴⁷

Essa exposição apresenta também uma questão econômica, demonstrada no uso da imagem das Suicide Girls. Suicide Girls é um site de assinatura para adultos, que dá acesso a fotos sensuais de mulheres no estilo *pin-up* de diversos países. As modelos do site também utilizam o Instagram como forma de fidelizar e adquirir fãs dispostos a pagar por suas imagens. Como o uso da imagem dessas pessoas é comercial, sua apropriação por Prince traz reflexos econômicos.

Diversamente dos casos anteriores, que foram parar nas cortes, as Suicide Girls preferiram atacar pelo viés concorrencial. Elas mesmas começaram a reproduzir as imagens apropriadas, por um valor 99,9% inferior. “Em outras palavras, trata-se de uma dupla apropriação. As Suicide Girls apropriaram-se de algo que já tinha sido apropriado delas, fazendo a imagem retornar para sua titularidade”.⁴⁸ Prince considerou a ideia das modelos como “esperta”.

Analisando as mudanças na arte, no compartilhamento e acesso a imagens graças à internet e à relevância da arte de apropriação no contexto da arte contemporânea, o questionamento que permanece é se leis cada vez mais restritivas não são um retrocesso ao fomento da criação. Nos Estados Unidos, a unidade mínima de compensação é a reprodução, o que teria surgido por conta da facilidade à época de identificar e contabilizar as cópias. Mas a era do compartilhamento tornou difícil essa mensuração já que a cópia é parte do dia a dia, seja ao encaminhar um e-mail ou ao escrever uma monografia. A colagem de outras obras anteriores segue a mesma linha.⁴⁹

Apesar disso, a questão que fica em aberto, é como reinventar o direito e a legislação para atingirem o seu propósito original de incentivo à criatividade. A Análise Econômica do Direito pode trazer respostas para os direitos autorais, especialmente considerando a relevância do valor monetário do mercado da arte e de como muitas ações judiciais questionam precisamente o ganho financeiro dos artistas de apropriação.

⁴⁷ GILBERT, 2018.

⁴⁸ CONRADO, 2018, p. 103

⁴⁹ LETHEM, 2012, p. 128.

4 A APLICAÇÃO DA ANÁLISE ECÔNOMICA DO DIREITO NA ARTE DE APROPRIAÇÃO

FIGURA 5 - Puppies – String of Puppies



FONTE: Art Rogers (1985) – Jeff Koons (1988)

Tenho uma teoria sobre como os direitos autorais ganharam má fama por si e posso resumi-la em uma palavra: Ganância – Jane C. Ginsburg

Como destacado por Hyde, a arte existiria simultaneamente em duas economias, a da dádiva, tratada anteriormente, e a da mercadoria. Pensando na questão mercadológica, pode-se perceber a relevância do valor das obras nos casos em tela. Como exemplo, a escultura de Koons, derivada da obra de Rogers, teve três cópias vendidas por 375 mil dólares, enquanto a fotografia original era apenas utilizada em pequenas mercadorias, como cartões postais. Além deste caso, a série *New Portraits* de Richard Prince trouxe à tona com muita força o aspecto econômico das obras de arte de apropriação. A “apropriação da apropriação”, a retomada de suas próprias imagens, realizada pelas *Suicide Girls*, mostrou o alto preço das obras de artes.

Para muitos, os direitos autorais acabam sendo um monopólio – ou “usomonopólio”. Lawrence Lessig e James Boyle⁵⁰ fazem uma crítica com fundamento econômico ao sistema atual. Aumentar os casos de livre disponibilização das obras intelectuais para esses autores não suscitaria motivos políticos ou intelectuais, mas sim econômicos, não havendo necessidade de simplesmente se negar os direitos autorais, mas de ampliar o domínio público.

Os custos para criar uma obra de arte são elevados. Geralmente, se inicia com uma ideia trabalhada em cima de um contexto já conhecido do artista, por meio do empréstimo ou construção realizada a partir de uma obra anterior, para criar sua própria expressão. Isso se dá em qualquer meio artístico, pois o repertório é a base da criatividade. Landes e Posner⁵¹

⁵⁰ CARBONI, 2012, p. 160.

⁵¹ LANDES, William M.; POSNER, Richard A.. An Economic Analysis of Copyright Law. **The Journal Of Legal Studies**, Chicago, v. 18, n. 2, p.325-363, jun. 1989. Disponível em: < <https://www.jstor.org/stable/3085624>>. Acesso em: 20 set. 2018, p. 332.

apresentam justamente a importância de uma lei de direitos autorais menos abrangente, pois com esta legislação o novo criador poderá emprestar trabalhos anteriores sem uma infração dos direitos autorais. Essa possibilidade certamente diminuiria os custos de criação de novas obras e trabalhos.

Entretanto, mesmo com os direitos autorais restritivos, esses não são um impeditivo para a produção de obras baseadas em outras ou a reprodução de cópias não autorizadas pelo detentor dos direitos. Contudo, para diminuir os riscos de uma infração, o autor criador teria um custo de pesquisa de obras em domínio público ou para evitar a cópia de obras protegidas, bem como, teria que pagar licenças para permissão do uso dessas. O custo da expressão, como definido por Landes e Posner⁵², para criar novas obras aumentaria – ou pode-se considerá-lo alto atualmente, com a proteção existente. O efeito negativo desse custo estaria na diminuição do número de obras criadas.

Esse custo é desencorajador e é fator decisivo na escolha para utilizar ou produzir obras criativas. Isso acontece porque os direitos autorais são amplos e o uso justo tem escopo indefinido, o que leva a mais condenações e infrações com danos pesados ao artista ou até mesmo para a população que opta por copiar alguma obra protegida.⁵³ Enquanto alguns optam por desistir do uso, outros procuram licenças e os artistas de apropriação optam pela arte acima do direito.

O licenciamento, inclusive, seria uma opção. Contudo, ele acarreta dificuldades. Landes enumera algumas, como o fato de o artista não conseguir sua primeira opção, ter que pagar mais do que esperava, ter limitações ao seu uso e a necessidade de aprovação do detentor – o que poderia diminuir a mensagem crítica que o artista quer transmitir.

Por outro lado, optar por não licenciar também acarreta em custos. Conforme levantado anteriormente, muitos casos vão parar no Judiciário. Há o custo do risco inerente a essa atividade, mas também os gastos de litigar e se defender frente a uma acusação de violação dos direitos autorais.

Porém, impor ao artista a tarefa de localizar o dono da obra e se submeter às suas exigências não é um impedor do processo criativo? Como obrigar o artista a ter um custo fixo anterior à comercialização da obra? Exigir pagamento por qualquer referência a obras não seria

⁵² Ibid. loc cit.

⁵³ BOHANNAN; HOVENKAMP, 2012, p. 142.

criminalizar admiradores do artista original?⁵⁴ Não se coloca com o licenciamento ainda mais uma barreira para a arte?

Para mitigar esse excesso de custos versus o pequeno incentivo de criação, uma opção seria criar uma regra geral que permitiria que o artista criasse ou uma única obra ou um número limitado de cópias. Inclusive, o uso justo poderia ajudar a diminuir os custos de transação e o acesso para que artistas de apropriação utilizem imagens protegidas. Mas, caso o artista criasse muitas cópias ou incorporasse em outros produtos auxiliares – uso comum que museus desenvolvem com as obras que expõem, como souvenirs da visita para o público -, ele se aproximaria do uso comercial realizado por empresas, tendo um argumento econômico relevante de que há uma violação dos direitos autorais.

Um exemplo de boa gestão de direitos autorais é a Fundação Warhol, que concentra os direitos também dos trabalhos derivados, evitando ações onerosas com diversos demandantes. Inclusive, ao proteger a obra original, a Fundação também protege as obras derivadas, pois cópias não autorizadas violariam, também, a obra de primeira geração.⁵⁵

A mitigação em campo patrimonial, com o licenciamento, também faria sentido na perspectiva do direito autoral francês, aplicado no Brasil. Entretanto, como o campo moral, a autoria em si, é entendida como um valor transcendental, a concessão de crédito ao autor original seria necessária.⁵⁶ Do ponto de vista artístico, entretanto, não parece fazer sentido licenciar, nem conceder crédito. O direito está distante da realidade da arte contemporânea.

Nos Estados Unidos, já houve a intenção de ampliar o domínio público. Era a necessidade de renovar o registro da obra após um determinado período. A renovação não era cara, durante a maior parte do tempo custou apenas 12 dólares, um valor irrisório frente a importância das obras. Mesmo assim, cerca de 85% das obras sob essa proteção nunca foram renovadas. Como esse sistema foi abandonado, os custos de pesquisa de materiais antigos aumentaram, inclusive dificultando encontrar o detentor, para solicitar a licença para uso.⁵⁷

Se as legislações adotassem a renovação, os interesses conflitantes dos detentores dos direitos autorais e do público poderiam ser equilibrados, já que as obras não renovadas pertenceriam ao domínio público, disponíveis para serem utilizadas por outros artistas e pela população em geral. Essa disponibilidade só aconteceria quando o detentor entendesse que a proteção não faria mais sentido do ponto de vista financeiro. Um novo registro facilitaria

⁵⁴ LETHEM, 2012, p. 131

⁵⁵ LANDES, 2000, p. 10.

⁵⁶ CARBONI, 2012, p. 159.

⁵⁷ BOHANNAN; HOVENKAMP, 2012, p. 144.

também a identificação, especialmente considerando obras antigas. Tal reforma ampliaria o domínio público e traria como consequência positiva uma redução no custo de expressão, facilitando a criação de novos trabalhos expressivos e sem que os detentores dos direitos autorais originais tivessem prejuízos.

Entretanto, o licenciamento não é o único ponto de discussão na análise econômica dos direitos autorais. O tempo de proteção também apresenta problemas semelhantes. Atualmente, o tempo de proteção é a vida do autor mais setenta anos. Essa extensão aumenta os custos de localizar o detentor dos direitos autorais, aumentando o custo de transação para conseguir a permissão de copiar o trabalho.

Quando se considera o incentivo para a criação de obras, ele não é alto por conta dessa proteção extensa, chega a ser um valor trivial, de acordo com Landes.⁵⁸ Mas para quem está do outro lado, para o artista que quer licenciar a obra ou simplesmente utilizá-la, esse período torna o custo extremamente alto, iniciando pela já mencionada dificuldade de localizar o detentor, mas também porque há uma quantidade menor de material em domínio público disponível a qualquer momento.

Entretanto, há obras protegidas que possuem um valor econômico tão alto que jamais poderiam cair em domínio público. Como o já citado Mickey Mouse, um dos motivos para a eterna extensão do prazo de proteção. O personagem possui valor inestimável e para mantê-lo gerando lucro ao seu detentor são necessários gastos contínuos com propaganda e atualizações, para garantir o interesse do público. Caso houvesse um excesso de cópias, o valor de mercado diminuiria e poderia haver um declínio na curva de demanda por conta da superexposição.⁵⁹

Não há dúvida de que um termo de proteção menor diminuiria os custos de acesso e manteria o incentivo para a criação de novos trabalhos. Mas aqui entra a importância de associar essa proteção, não tão longa com uma outra ferramenta – como as renovações de registro, citadas anteriormente – para que os direitos autorais reflitam as necessidades da sociedade contemporânea.

Quando as discussões chegam ao Judiciário, entretanto - pois atualmente não estão valendo as propostas apresentadas: mais hipóteses de livre disponibilização, necessidade de renovação de registro e um tempo mais curto de proteção -, é indispensável levar em conta o dano causado ao autor original e também ao mercado potencial das suas obras para realizar uma correta identificação de infração dos direitos autorais.

⁵⁸ LANDES, 2000, p. 11.

⁵⁹ POSNER, 2005, p. 61.

A Lei de Direitos Autorais proíbe para trabalhos derivados usos que provavelmente não teriam nenhum efeito negativo no incentivo do detentor dos direitos autorais de produzir a obra ou de criar os trabalhos derivativos que são previsíveis, como, por exemplo, um livro se transformar em um roteiro de cinema. A lei se estende até mesmo para usos dos quais os detentores nem esperariam obter lucro e, portanto, não poderiam ser incentivados a produzir.⁶⁰

Durante o julgamento em primeira instância do caso *Cariou v. Prince*, a juíza Batts destacou que o "mercado potencial" para derivativos é o que realmente importa para definir, se há um uso justo ou não, independentemente de o autor ter negado qualquer intenção de publicar a obra durante a sua vida. Já na segunda instância, a corte considerou que só haveria uma usurpação do mercado para obras derivativas se o público alvo fosse o mesmo do original. Inclusive, o Segundo Circuito considerou que as obras de Prince não ocupariam todo o mercado a ponto do trabalho de Cariou não ter interessados.⁶¹

Portanto, para presumir danos, o tribunal que analisa o conflito deve considerar uma infração na qual o artista entra em mercados em que um detentor de direitos autorais razoável, o homem médio, consideraria ao criar e distribuir o seu trabalho. Quando se fala de usos não tão lógicos, a comprovação de dano real seria necessária para caracterizar uma violação. Como exemplos desse dano real, Bohannan e Hovenkamp destacam:

Um autor de direitos autorais pode provar dano real mostrando que (1) o uso não autorizado do réu o privou de taxas de vendas ou licenças de outra fonte (de terceiros), ou (2) o autor estava explorando ativamente o mercado para o uso feito pelo réu e, se o pagamento fosse requerido, o réu estaria mais propenso a pagar pelo uso do que a renunciar.⁶²

Nem sempre a utilização de uma obra por outro autor obrigatoriamente causa prejuízos, mesmo quando se fala de um uso não licenciado. Obras que inspirem o artista podem ganhar maior relevância no mercado, com novas edições, no caso de livros que viraram filmes, ou com um reconhecimento posterior, no caso de fotógrafos que têm suas fotos utilizadas em arte de apropriação.

Em conclusão, o custo de expressão que deriva da criação das obras envolve muito tempo, dinheiro e esforço. Mas após essa criação inicial, obras adicionais teriam um custo de

⁶⁰ BOHANNAN; HOVENKAMP, 2012, p. 152.

⁶¹ GILDEN, Andrew; GREENE, Timothy. Fair Use for the Rich and Fabulous? **University Of Chicago Law Review Online**, Chicago, v. 80, n. 1, p.88-104, jan. 2017. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclev_online/vol80/iss1/6/>. Acesso em: 29 set. 2018, p. 93.

⁶² BOHANNAN; HOVENKAMP, op. cit., p. 162, tradução nossa.

cópia extremamente baixo, insignificante ou zero⁶³, o que incentivaria a criação com base nos trabalhos originais.

Entretanto, o problema econômico encontra-se verdadeiramente na demanda, que é variável. A proteção de direitos autorais além de encarecer a produção não é suficiente para cobrir o custo de expressão. Como em outras atividades econômicas, portanto, a criação de obras de arte deve compensar o risco de falha. Portanto, a diferença entre o preço pago e o custo marginal do trabalho que tenha sucesso deve cobrir esse risco e o custo de expressão.⁶⁴

Sabe-se que qualquer alteração na legislação, encontra uma barreira quase intransponível: as grandes corporações culturais. Seu forte interesse e lobby convencem o legislador, enquanto os consumidores têm pouca voz ativa para pressionar de forma contrária a indústria.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

FIGURA 6 – Exposição New Portraits de Richard Prince



FONTE: Rob McKeever (2014)

Soyez modernes, collectionneurs, musées. Si vous avez des peintures anciennes, ne désespérez pas. Gardez vos souvenirs mais détournez-les pour qu'ils correspondent à votre époque. Pourquoi rejeter l'ancien si on peut le moderniser avec quelques traits de pinceau ? Ça jette de l'actualité sur votre vieille culture. Soyez à la page, et distinguez du même coup. La peinture, c'est fini. Autant donner le coup de grâce. Détournez. Vive la peinture. – Asger Jorn

⁶³ LANDES, 2000, p. 5.

⁶⁴ LANDES; POSNER, 1989, p. 328.

Asger Jorn entende que todas as obras do passado devem ser reinvestidas ou desaparecer.⁶⁵ A arte de apropriação serve para esse propósito. Reinveste obras anteriores para que elas não se percam. Contudo, o direito coloca uma barreira para essa realização.

Quando a questão envolve textos, sejam eles literários (fictícios ou não) ou acadêmicos, ela abrange um “entremeado de citações, referências, ecos, linguagens culturais, que o atravessam a cada passo, em uma vasta estereofonia”.⁶⁶ Elas perdem as aspas ao entrar em uma repetição, texto após texto. São referências, são o repertório do criador. Por isso, a alma da criação é o plágio. Nada é original, seja de forma consciente ou inconsciente. Quando surge uma melodia na cabeça, a probabilidade de ela ter sido baseada em algo que você ouviu no rádio horas antes é gigantesca. Você pode ter a impressão da originalidade clássica e transformá-la a ponto de ser considerada pelo direito como tal, mas em verdade tudo é baseado em algo previamente criado – que foi baseado em algo previamente criado e assim até o início dos tempos.

“Se cortamos e colamos a nós mesmos, será que não podemos perdoar isso em nossas obras de arte?”⁶⁷ O questionamento de Lethem mostra como a arte de apropriação é apenas uma versão verdadeira do que fazemos todos os dias. Ela se aceita como tal e não esconde a sua realidade.

A legislação de direitos autorais tem como principal objetivo estimular novas criações, garantindo o direito do autor que expressou sua ideia, mas também promove a construção livre a partir do que uma obra possui. A legislação na forma atual só protege os direitos patrimoniais de grandes corporações ou de artistas renomados e estabelecidos.

O termo de proteção é algo quase que perpétuo, que cada vez mais se prorroga. Ele é uma “negação do aspecto de dádiva, essencial no ato criativo”.⁶⁸ Enquanto a obra se confunde entre suas duas economias, a de dádiva e a de mercadoria, a segunda se sobrepõe. Mesmo no aspecto econômico há muito o que progredir em relação aos direitos autorais, especialmente considerando as formas de expressão contemporâneas e todo o poder criativo proveniente da internet. Essa abordagem econômica, por si só, não inibe os movimentos artísticos contemporâneos, seja a arte de apropriação ou outras abordagens inovadoras das artes visuais.

Entretanto, não se pode simplesmente negar os direitos autorais. Eles têm sua importância e geram reflexos positivos para a criação e qualidade das obras, servindo de

⁶⁵ BOURRIAUD, 2009, p. 37-38.

⁶⁶ LETHEM, 2012, p. 138.

⁶⁷ Ibid., loc. cit.

⁶⁸ Ibid., loc. cit.

proteção para os usos abusivos ou cópias desenfreadas.⁶⁹ A legislação deve ser adequada a todo seu público, detentores dos direitos, artistas criadores e ao público em geral que busca o acesso. A mera cópia não é necessariamente um desestímulo ao artista médio de criar e distribuir novas obras e a infração não pode ser empurrada ao artista apropriador por simples interesse do Estado na promoção da criação, sem entender como essa funciona.

O foco legislativo nas grandes corporações ou em determinados artistas, tornar a cultura um benefício apenas para esses atores, é algo próximo do “plágio imperialista”⁷⁰. Esse termo especifica o uso gratuito de obras de artes e estilos vindos dos países menos desenvolvidos, do Terceiro Mundo, e utilizados por artistas privilegiados, recebendo quantias altíssimas pelas obras criadas a partir dessas.

Os casos abordados mostram justamente a importância de ser um artista renomado para que seu caso seja considerado de uso justo. Isto aconteceu com Prince, especialmente no caso *Cariou v. Prince*, mas também acontece com Jeff Koons, que ao se tornar legitimado pela sociedade contemporânea e ser exposto em museus de renome, consegue justificar o uso em alguns de seus casos.

A exposição *New Portraits* de Prince quando noticiada pela galeria trouxe uma informação que causa confusão: as obras estavam protegidas por direitos autorais e para serem reproduzidas necessitavam de permissão. Considerando o estilo artístico de Prince, essa imposição que ele não coloca para si mesmo, mas coloca para os outros é completamente questionável. Se um artista pode se valer da obra dos outros, por que os outros não poderiam se valer da obra dele para criar seus trabalhos derivativos?

Há, portanto, dois momentos para o mesmo artista. Como criador original, a proteção abrangente dos direitos autorais é válida, quanto mais melhor. Porém, como apropriador de uma obra anterior, para ele o custo de expressão seria reduzido se fosse livre para emprestar material, pedindo uma proteção mínima. O desafio dos direitos autorais é criar este balanço, que não seja proteção de mais ou de menos, beneficiando tanto autores de primeira geração quanto autores de segunda geração.

Apesar das reformas sugeridas ao longo do artigo, como a necessidade de renovar o registro ou diminuição do tempo de proteção, para que existam mais obras em domínio público a todo momento, a verdade é que, por enquanto, esses impasses serão resolvidos no Judiciário.

⁶⁹ POSNER, 2005, p. 62

⁷⁰ LETHEM, 2012, p. 131.

O juiz, enquanto leigo na arte, não é capaz de compreender todos os desdobramentos teóricos e práticos da arte, assim como os legisladores não conseguem abranger todos os aspectos na lei. Contudo, o juiz se vê obrigado a tomar essas decisões, levando em conta o observador razoável, o homem médio. Em geral, o juiz se vale dos argumentos de especialistas do ramo, mas o julgamento valorativo varia de acordo com o técnico: alguns mais conservadores, outros mais liberais.

Conforme destacou o juiz da Suprema Corte Americana Oliver Holmes, "seria uma tarefa perigosa para pessoas treinadas apenas para a lei se constituírem juízes finais do valor das ilustrações pictóricas, fora dos limites mais estreitos e óbvios".⁷¹

Lessig⁷² considera que o uso justo, ou seja, se encaixar em uma das hipóteses de liberação para o uso de obras protegidas, significa o direito de contratar um advogado para defender seu direito de criar. Essa afirmativa mostra o elitismo que o Judiciário impõe aos artistas – os custos processuais são altos e só seriam suportados pelos mais ricos.

Finalmente, percebe-se a estreita relação entre a arte e o dinheiro. Não há dúvida de que as obras existem enquanto dádivas e mercadorias simultaneamente. E o direito precisa entendê-las como ambos, protegendo o que é necessário, mas, acima de tudo, abrindo mais espaço para a livre criação, estendendo o domínio público ou objetivando o uso justo ou doutrinas similares nos países que utilizam a doutrina de direitos autorais francesa para que haja uma previsibilidade que incentive a criação e a transformação contínua da arte.

⁷¹ LANDES, 2000, p. 24.

⁷² LESSIG, Lawrence. **Cultura Livre**. Disponível em: <<https://www.ufmg.br/proex/cpinfo/educacao/docs/10d.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2018, p. 186.

REFERÊNCIAS

- BARTHES, Roland. A morte do autor. In: **O rumor da língua**. São Paulo: Brasiliense, 1988. Disponível em: <<http://www2.eca.usp.br/Ciencias.Linguagem/L3BarthesAutor.pdf>>. Acesso em: 14 ago. 2018.
- BRASIL. **Lei nº 9610, de 19 de fevereiro de 1998**. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9610.htm>. Acesso em: 29 set. 2018.
- BOHANNAN, Christina; HOVENKAMP, Herbert. **Creation without restraint: promoting liberty and rivalry in innovation**. Nova York: Oxford University Press, 2012.
- BOURRIAUD, Nicolas. **Pós-produção: como a arte reprograma o mundo contemporâneo**. São Paulo: Martins, 2009.
- CARBONI, Guilherme. **Direito Autoral e Autoria Colaborativa: na Economia da Informação em Rede**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- CONRADO, Marcelo. Arte e Direitos Autorais: Os dilemas da autoria na arte contemporânea. In: CONRADO, Marcelo (Org.). **Dilemas da Arte Contemporânea: Autoria, Uso de Imagem, Processo de Criação e Outras Questões**. Curitiba: Profice, 2018. p. 78-105.
- FOUCAULT, Michel. O que é um autor? In: **Ditos e escritos: estética, literatura e pintura, música e cinema**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. V.3. p.14. Versão digital. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3238534/mod_resource/content/1/foucault%20%20michel%20-%20o%20que%20%C3%A9%20um%20autor.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2018.
- GILBERT, Laura. Richard Prince defends reuse of others' photographs **ARTnews**, Nova York, 10 out. 2018. Disponível em: <<https://www.theartnewspaper.com/news/richard-prince-defends-re-use-of-others-photographs>>. Acesso em: 14 out. 2018.
- GILDEN, Andrew; GREENE, Timothy. Fair Use for the Rich and Fabulous? **University Of Chicago Law Review Online**, Chicago, v. 80, n. 1, p.88-104, jan. 2017. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev_online/vol80/iss1/6/>. Acesso em: 29 set. 2018.
- HYDE, Lewis. **The Gift: Creativity and the Artist in the Modern World**. Nova York: Vintage, 2009, eBook.
- LANDES, William M.. **Copyright, borrowed images and appropriation art: an economic approach**. George Mason Law Review, Arlington, v. 9, n. 1, p.1-24, Fall, 2000.
- LANDES, William M.; POSNER, Richard A.. An Economic Analysis of Copyright Law. **The Journal Of Legal Studies**, Chicago, v. 18, n. 2, p.325-363, jun. 1989. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/3085624>>. Acesso em: 20 set. 2018.
- LESSIG, Lawrence. **Cultura Livre**. Disponível em: <<https://www.ufmg.br/proex/cpinfo/educacao/docs/10d.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2018, p. 186.

LETHEM, Jonathan. O êxtase da influência: um plágio. **Serrote #12**, São Paulo, p.117-147, nov. 2012.

MAUSS, Marcel. **Ensaio sobre a dádiva**. São Paulo: Ubu, 2018, eBook.

MIGUEL, Rafa de. Uma 'selfie' para completar a provocação de Banksy. **El País**, Londres, 14 out. 2018. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/10/13/cultura/1539448175_257033.html>. Acesso em: 21 out. 2018

NUNES, Fabricio Vaz. Satã e o autor. In: CONRADO, Marcelo (Org.). **Dilemas da Arte Contemporânea: Autoria, Uso de Imagem, Processo de Criação e Outras Questões**. Curitiba: Profice, 2018. p. 20-43.

POSNER, Richard A.. **Intellectual Property: The Law and Economics Approach**. Journal Of Economic Perspectives, Pittsburgh, v. 19, n. 2, p.57-73, Spring 2005.