

“Ceci n’est pas une œuvre d’art”

O juiz como crítico e o conceito de obra de arte no direito

Marcílio Toscano Franca Filho

Mariana Lima Maia

Universidade Federal da Paraíba

“L’art dit non figuratif n’a pas plus de sens que l’école non enseignante, que la cuisine non alimentaire, etc.”

René Magritte

Resumo

A definição de obra de arte é elusiva e mutável, disputada há tempos no âmbito da filosofia e da teoria da arte. Contudo, as práticas e objetos envolvidos na atividade artística são suscetíveis à regulação jurídica. O direito, para cumprir sua função de tutelar interesses e dirimir conflitos numa sociedade complexa, adota definições operacionais vinculantes. Partindo dessas constatações, o caso *Brancusi v. Estados Unidos* serve como paradigma para uma análise do direito público comparado – em especial o direito tributário –, com o objetivo investigar se há um conceito jurídico definitivo de obra de arte, estabelecer um diálogo entre os conceitos jurídico e não-jurídico de obra de arte, identificar áreas em que proteção jurídica diferenciada é concedida a objetos classificados como arte e as tensões entre a abrangência cada vez maior da arte contemporânea e a necessidade de certeza jurídica do direito.

Palavras-chave: direito, arte, imposto de importação, teoria da arte.

Abstract

Art Work” is an elusive and mutable concept, object of dispute within philosophy and theory of art. Law regulates the practices and objects involved in artistic activities, and in order to perform its functions – protecting interests and settling disputes in a complex society –, it has to adopt operational and binding art work definitions. Based on these premises, the *Brancusi v. United States* case serves as a paradigm for a study of comparative public law – specially tax law –, with the aim of investigating the existence of a definitive legal concept of “art work”, identifying areas in which distinctive legal

protection is bestowed upon objects classified as art and the tensions arising between the ever enlarging contemporary art definition and law's need for certainty.

Keywords: law, art, tax law, art theory.



1. Introdução

Em outubro de 1926, o barco a vapor “Paris” aportava em Nova York, trazendo não apenas o artista e provocador Marcel Duchamp, mas também uma carga tão preciosa quanto peculiar que ele fora encarregado de escoltar. A estranheza dessa carga não passou despercebida pela fiscalização aduaneira americana, cujo oficial administrativo, ao se deparar com uma reunião de objetos aparentemente desconexos – discos, ovos, e objetos em formato de chama feitos de madeira entalhada, metal polido e mármore liso (GIRY, 2002) –, desconsiderou a declaração alfandegária dos itens como obras de arte e aplicou outra classificação tributária. Os itens foram categorizados a título de “objetos hospitalares, utensílios de cozinha ou artigos indefinidos de metal”, com aplicação do imposto de importação com alíquota *ad valorem* de 40%.

Essa reclassificação privou aquela carga do benefício da isenção fiscal, concedido a obras de arte por força da norma tributária (o *Tariff Act*) então vigente nos Estados Unidos. Diante da oposição de Duchamp à decisão da autoridade tributária nas docas de Nova York, um acordo foi obtido para resolver, ao menos temporariamente, o impasse: os objetos seriam liberados, sob a condição do pagamento do imposto respectivo, quando fossem vendidos (MANN, 2011). Essa solução, todavia, só foi possível em razão da particularidade da carga e graças à intervenção de personagens poderosos: os objetos eram esculturas do já célebre artista romeno Constantin Brancusi, destinadas a uma exposição na conceituada Brummer Gallery, e intercederam em seu favor figuras notáveis como a socialite Gertrude Whitney, futura fundadora do Whitney Museum.

Não era ainda o início do “bafafá”, como Brancusi posteriormente descreveria o caso, mas o conflito já estampava manchetes de jornais. Quando da decisão do pedido de revisão administrativa – a classificação inicial foi mantida –, o jornal *New York Post* publicou uma entrevista com as justificativas do chefe da fiscalização aduaneira em Nova York, F. J. H. Cracker. Segundo ele, o governo havia consultado vários indivíduos de posição elevada no mundo da arte e a opinião geral era a de que Brancusi “deixava coisas demais para a imaginação” (GIRY, 2002). Diante dessa segunda negativa, e como a decisão de autoridades administrativas é presumidamente correta e justa (KEARNS, 1998, p. 160), só restou a opção de se recorrer da decisão perante a Corte Aduaneira americana. Feita a reclamação nº 209109G, iniciava-se um imbróglio judicial bastante invulgar.

Mais que um ato de revolta contra uma classificação aduaneira injusta e do tributo indevido e exorbitante dela decorrentes – os preços das obras, sobre os quais é aplicada a alíquota, eram muito superiores ao valor das matérias primas –, a reclamação judicial foi uma ação estratégica, orquestrada por Duchamp tanto quanto desejada por Brancusi. Este defendia, por óbvio, o status artístico de suas obras. Mas, avesso ao assédio da imprensa, retornou à Paris assim que pôde. A condução do caso judicial ficou por conta de Duchamp, dos advogados pessoais de Gertrude Whitney, patrocinados por ela, de Maurice Speiser, advogado *pro bono* apaixonado por arte e, finalmente, de Edward Steichen – fotógrafo e admirador de Brancusi, comprador do *Pássaro no Espaço*, obra incluída na carga e escolhida para o papel de receptáculo das diversas teorias da arte que seriam discutidas durante o litígio (MANN, 2011).



Figura 1

Constantin Brancusi,
“Pássaro no Espaço” (“Oiseau dans l’Espace”),
1924, bronze polido.

Disponível em <https://goo.gl/AGvrCG>

O caso *Brancusi v. Estados Unidos* não foi o primeiro a tratar da definição da arte no Direito Tributário, nem seria o último. Tampouco seu desfecho foi ideal – é pouquíssimo provável que o desfecho de qualquer caso envolvendo obras de arte o fosse. Todavia, foi um caso paradigmático pela publicidade recebida – a imprensa e o público americanos acompanharam o caso como quem acompanha um escândalo picante ou uma telenovela de sucesso, absorvendo cada detalhe e discutindo à exaustão as circunstâncias –, que permitiu um debate público sem precedentes sobre a definição de arte, não apenas por servir de modelo quintessencial do embate entre a vanguarda artística e direito, mas também pela participação de extensão e relevância inéditas de grandes especialistas em artes. Quase cem anos depois da decisão final sobre o *Pássaro no Espaço*, ela ainda ecoa em todo caso que opõe artistas ou demais interessados na circulação da arte e as aduanas nacionais.

2. O Início: A Letra da Lei

Para os demandantes, levar o caso à corte aduaneira americana era uma simples questão de reconhecimento de um fato evidente: o status de obra de arte do *Pássaro no Espaço*, seguindo-se a ele a consequência jurídica cabível da isenção de imposto de importação. Para a Corte e para uma opinião pública pouco receptiva à arte contemporânea (EDELMAN, 2011, pp. 17-24), não figurativa, a questão assumia ares de verdadeira pesquisa científica: procurava-se descobrir por que um bastão de metal polido era chamado de pássaro, e por que um objeto amorfo podia ostentar o nobre título de obra de arte.

Essas questões não são, essencialmente, jurídicas. Todavia, passam a sê-lo por que a arte, como qualquer outra seara da vida humana, pode ser suscetível de regulação pelo Direito. O Direito Tributário em particular, encarregado de regular um aspecto da intervenção estatal sobre o direito fundamental da propriedade, tem de definir específica e taxativamente os objetos sobre os quais incide, garantindo segurança e previsibilidade da tributação. Essa necessidade, inscrita na Constituição Brasileira na forma do princípio da tipicidade tributária (AMARO, 2012, pp. 226-232), é o motivo pelo qual a legislação tributária é tão extensa, pormenorizada, labiríntica e hostil ao leigo – principalmente quando se tem em conta que a definição jurídica de um dado objeto tributável nem sempre corresponde à sua noção não-jurídica, leiga ou cotidiana.

Se a “artisticidade” do *Pássaro no Espaço* tinha de ser investigada com base em critérios jurídicos, o texto legal foi o primeiro indício a ser analisado pela corte competente. A classificação tributária americana para fins de aplicação de imposto de importação pela Aduana do porto de Nova York era definida, no ano de 1926, pelo *Tariff Act* de 1922. A escultura foi assim classificada sob o parágrafo 399, que dispunha sobre utensílios hospitalares de cozinha e, sobre produtos manufaturados indefinidos compostos por metal. O pleito judicial fora pela reclassificação sob o parágrafo 1704, *in verbis*:

Par. 1704. Pinturas originais a óleo, água, ou outros materiais, pastéis, desenhos e croquis originais feitos com caneta, tinta, lápis ou aquarelas, estampas, gravuras em metal e xilogravuras, esculturas e estatutária original, incluindo não mais que duas réplicas ou reproduções; os termos “escultura” e “estatutária” usados nesse parágrafo devem ser interpretados incluindo-se apenas produções profissionais de escultores, sejam elas feitas em redondo ou em relevo, em bronze, mármore, pedra, terracota, marfim, madeira, metal, ou cortadas, entalhadas ou forjadas à mão a partir de um bloco inteiro de mármore, pedra, alabastro, metal, ou fundido em bronze ou outro metal ou substância, ou ainda a partir de cera ou gesso, constituindo necessariamente produções profissionais de escultores; e os termos “pintura”, “escultura” e “estatutária” usados nesse parágrafo não incluem artigos utilitários, nem qualquer artigo feito total ou

parcialmente a partir de uma matriz ou outro processo mecânico; e os termos “estampas”, “gravuras” e “xilogravuras” usados nesse parágrafo incluem apenas os que são impressos a mão a partir de folhas ou blocos matrizes gravados ou entalhados com ferramentas manuais e não os que são feitos a partir de matrizes obtidas por meio de processos fotoquímicos ou outros processos mecânicos. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, *Tariff Act*, 1922. Tradução nossa.)

Os elementos que caracterizam a obra de arte são explicitados: a forma (pintura ou arte estatutária), a originalidade (com limitação das reproduções), o caráter profissional do artista, a artesanidade (só são considerados artísticos os objetos feitos à mão, sem a intervenção de processos mecânicos, fotoquímicos ou fotomecânicos) e, enfim, a exclusão de artigos utilitários. O contexto econômico americano dos anos 1920 era de protecionismo, característica presente também no *Tariff Act* (BERGLUND, 1923, pp. 14-33). O objetivo da legislação era, então, tributar a maior quantidade possível de objetos vindos do exterior, de modo a favorecer o produto nacional na disputa do mercado interno.

A isenção de impostos sobre obras de arte, portanto, era uma exceção à política tributária normal (MANN, 2011). Mas não sem razão: obras de arte não são, de fato, mercadorias comuns capazes de competir economicamente com produtos importados, mas sim o resultado de uma concepção particular de uma dada interpretação da realidade. A legislação, então, reconhece o caráter singularíssimo da obra de arte enquanto tenta garantir a tributação da maior quantidade de objetos não artísticos possíveis: a arte é definida por oposição (KEARNS, 1998, p. 162), elegendo-se para ela as características que excluem o caráter de mercadoria comum. Daí a exigência de produção tradicional à mão, a limitação de reproduções, a confecção por artista profissional.

Diante dessas exigências, o leitor moderno não deve deixar de se surpreender pela decisão administrativa americana. A escultura de Brancusi preenche de maneira evidente todos os requisitos depreendidos da interpretação textual imediata da letra da lei. Em primeiro lugar, a materialização em metal de uma forma tridimensional constitui, sem dúvidas, um exemplar de arte estatutária. O profissionalismo de Brancusi poderia ser facilmente atestado. Educado formalmente na escola de Belas Artes de Bucareste, em sua Romênia natal, Brancusi já gozava de reputação considerável na Europa: chegou a recusar um convite do próprio Rodin para trabalhar em seu ateliê, preferindo trabalhar sozinho e refinar o estilo próprio (GIRY, 2002). A exposição na Brummer Gallery seria a quarta ocasião de exibição de suas obras no país, depois de três mostras individuais. Mesmo argumentos jurídicos de outros ramos do direito servem para verificar a seriedade da produção artística do escultor: todas as suas obras eram protegidas pelo direito de autor americano, disposto na doutrina do *copyright*. Para a concessão dos direitos de autor, essa doutrina estabelece três requisitos: material passível de ser protegido pelo direito autoral, originalidade e fixação. O material passível de ser protegido é definido

pela lei por meio de formas materiais, incluída a escultura. Quanto à originalidade, o direito americano só exige a *faisca de criatividade*, a independência mínima do processo criativo (PROWDA, 2013, pp. 56-62). A fixação é meramente a concretização da obra num suporte físico – no caso, o bronze.

O norte interpretativo do Direito de Autor também poderia indicar a originalidade da obra. É verdade que *Pássaro no Espaço* não era a única escultura de Brancusi com temática ornitológica – outras também denominadas de “pássaro” foram produzidas, com formas e materiais diferentes, ao longo dos vinte anos anteriores da carreira do romeno. Todavia, como o próprio artista informou à corte americana, elas não consistiam em reproduções, mas sim em variações sobre o mesmo tema (GIRY, 2002) – tanto que sua forma evoluiu para uma última versão refinada, completamente destituída de elementos de representação figurativa de um pássaro –, todas confeccionadas pessoalmente e à mão, num esforço de representação da “essência” do pássaro – a “passaridade”.

Quando da consideração desses elementos da definição legal de obra de arte, já durante o processo, os Procuradores do Estado tentaram desqualificar tanto o profissionalismo de Brancusi quanto a originalidade de sua obra. A estratégia era acusá-lo de ser um mero técnico, um operário, um polidor de metal exímio e apenas isso. Afinal, que outro motivo teria alguém para polir um objeto de bronze de forma não identificada, se não por esmero técnico puro e simples? Essa linha de raciocínio foi explorada no interrogatório das testemunhas de Brancusi. Nessa senda, perguntou-se ao escultor Jacob Epstein se qualquer barra de bronze perfeitamente polida e dotada de uma leve curva simétrica, mesmo feita por um operário, poderia ser arte. A resposta simples parte da definição básica da arte como concepção: o operário poderia fabricar tal peça, polí-la, mas ela só seria arte se fosse concebida em suas formas e harmonia únicas (EDELMAN, 2011, p. 91-92). Diante do fato da criação, da concepção, até mesmo o operário é artista, e o que ele produz, obra de arte. Frank Crowninshield, outra testemunha de Brancusi, atesta que a forma, o equilíbrio harmonioso, a qualidade de sedução da obra são o critério definitivo para tê-la como artística, por isso, seu criador é um artista, qualquer que seja a profissão (*Id. Ibid.*, p. 97).

Se inicialmente a habilidade técnica de Brancusi é acusada de ser insuficiente para qualificá-lo como artista, e, conseqüentemente, como obras de arte suas esculturas, posteriormente a estratégia argumentativa estatal é de colocá-las como condição da produção artística, duvidando porém da presença pessoal do escultor na confecção do objeto. Edward Steichen, dono da obra em litígio, é então chamado a testemunhar o processo que presenciou no ateliê do artista em Paris. O fotógrafo conta que viu a peça de bronze inicial ser cortada e polida pelo artista romeno até diminuir em um quinto do tamanho, assumindo forma e textura completamente novos (GIRY, 2002). O próprio Brancusi também foi questionado sobre o mesmo processo, ocasião em que informou não ter realizado ou supervisionado apenas a fundição do bronze – um trabalho técnico específico e independente da concepção artística –, limitando-se a oferecer a fórmula da liga de metal. Todas as outras fases da produção foram realizadas pessoalmente: a ideia

Se a lei é o ponto de partida para a análise judicial que precede a decisão processual, o parágrafo 1704 do *Tariff Act* aponta antes para um desfecho favorável para Brancusi que para a taxação do *Pássaro no Espaço* pelo fisco americano. A interpretação mais literal do dispositivo legal leva o observador contemporâneo a classificar imediatamente o objeto em discussão como obra de arte, o que indica que a “interpretação literal” nunca é tão óbvia quanto parece. Hodiernamente, é perfeitamente aceitável que um objeto tridimensional sem forma identificável seja tido como escultura. As autoridades aduaneiras americanas, todavia, consideram que uma escultura é um artigo com uma forma específica – neste caso, seria a forma figurativa de um pássaro. Para defender esta interpretação e desqualificar aquela, mais literal, uma argumentação problemática foi empregada. Inicialmente, o esforço é no sentido de taxar o artista de mero operário, reles técnico, pondo em dúvida sua capacidade de concepção: um bastão de metal polido não exigiria esforço intelectual. Mas, por outro lado, que esforço intelectual haveria na reprodução figurativa mimetizada da natureza? O artista seria um operário muito mais restrito se seu papel fosse tão somente o de copiar a natureza...

Em um segundo momento, ao artista é exigida a prova de seu domínio técnico sobre a coisa. Esse domínio, que antes o colocaria na posição de simples operário, agora é condição fundamental do caráter artístico da obra. Embora Brancusi tivesse, de fato, trabalhado pessoal e manualmente em todo o processo de produção da obra, ele jamais descreveria seu trabalho nos termos das oposições concepção/trabalho manual, forma/matéria, arte/utilidade, representação/invenção que permeiam a argumentação estatal. Em suas declarações à imprensa, declarou como objetivo do artista a criação como a natureza e não pela imitação da aparência desta, a materialização de objetos com vida e características próprias e que, por seu próprio funcionamento, são capazes de oferecer as sensações oferecidas pela natureza (EDELMAN, 2011, p. 16). Dessa maneira, o artista é capaz de transcender as aparências e atingir a real essência das coisas (SHANES, 2010, p. 108-114). Dentro dessa visão, há uma unidade entre pensamento e materialização, a matéria é um elemento com vida própria, pronto para se reorganizar e dar vida à forma. A distinção entre arte e utilidade nem sequer é cogitada: a característica fundamental da arte é representar, imitar a natureza não em sua aparência, mas em seu funcionamento.

Diante dessas considerações, é possível observar que, assim como a interpretação de um dispositivo legal, por óbvia que pareça, está ancorada em pressupostos subjacentes nem sempre explícitos, também a ideia de representação na arte não é necessariamente evidente ou unívoca. No caso *Brancusi v. Estados Unidos*, a segunda afirmação é, em verdade, a justificativa para a primeira. A existência de várias interpretações possíveis significa, para o direito moderno, a necessidade de oferecer argumentos na defesa de uma delas. Tais argumentos têm de ser aceitáveis juridicamente, e, na evidente au-

também de tecnologia e até de arte. A *techné* abrigaria tanto o fazer e poder manuais como também as belas artes, num sentido que não deixa de ser próximo da mesma definição de “técnica enquanto modo de desvelamento contínuo de uma verdade” – a verdade estética.

sência de uma narrativa coerente por parte dos procuradores do Estado para sustentar a interpretação de que a representação pictórica acurada é um requisito da obra de arte – interpretação restritiva, pois a letra da lei não impõe essa condição –, foi essencial o recurso a um mecanismo jurídico particularmente importante no direito americano: o precedente.

3. O Precedente Desfavorável: *Olivotti & Co. v. Estados Unidos*

Nos sistemas jurídicos de *common law*, como o americano, o precedente judicial dispõe de autoridade maior que nos sistemas jurídicos chamados continentais, como o brasileiro. O precedente que estabelecia o critério interpretativo para a definição da arte no Direito Tributário americano era o do caso *Olivotti & Co. v. Estados Unidos*, de 1916. Numa decisão sobre a isenção de impostos de um conjunto composto por uma fonte e um par de assentos de mármore decorados com motivos florais esculpidos em alto-relevo. Na ocasião, foi especificada a noção de “escultura” que não incluía os objetos em litígio:

A escultura é o ramo das belas artes que cinzela ou entalha em pedra, ou outros materiais sólidos, ou modela em argila ou outra substância plástica, para posterior reprodução por talha ou modelagem, imitações de objetos naturais, principalmente a forma humana, e representa estes objetos em suas reais proporções de comprimento, altura e largura, ou apenas comprimento e altura. [...] Em nossa opinião, a expressão “obras de arte” [...] não foi empregada pelo Congresso para abarcar tudo que é bonito e artístico, apenas as produções de artista que são mais que ornamentais ou decorativas e que são melhor classificadas como exemplos das belas artes, ou possivelmente o ramo das belas artes que imita objetos naturais da maneira que o artista os vê, apelando às emoções apenas pelo aspecto visual.” (CORTE ADUANEIRA AMERICANA, *apud* DEMARSIN, 2013, pp. 132-133. Tradução nossa.)

A descrição de formas consideradas como obras de arte, por mais neutra e independente do arbítrio de gostos pessoais que se pretenda, depende de uma certa compreensão da arte subjacente: selecionar formas artísticas já é um juízo de valor. Mas, para além da forma, o precedente do caso *Olivotti* adiciona um conteúdo e uma maneira fixa de representá-lo à definição da arte, cristalizando rudimentarmente a noção de arte como mimese e ignorando a lógica da forma artística, por meio da qual a linguagem artística se organiza independentemente da realidade.

O precedente *Olivotti & Co.* estabelece uma conjugação de forma e conteúdo tão estreita para a definição de obra de arte estatutária que até mesmo esculturas clássicas

cairiam fora da classificação. Essa estreiteza não vem da completa ignorância da concepção artística da escultura (a noção de que esta é a representação de objetos da maneira como vistos pelo artista existe no mundo da arte); mas a ideia de que essa representação é um fac-símile com correspondência perfeita de dimensões é uma leitura precária e simplificada da história da criação artística, é um senso comum deturpado elevado a status de norma jurídica. A análise do precedente gera perplexidade porque o padrão Olivotti exclui não só a escultura moderna, como também muito da produção artística ocidental – basta pensar, por exemplo, na notória falta de consideração pela proporção real dos objetos na arte medieval.

Diante da autoridade do precedente judicial no sistema jurídico anglo-saxão, sua discussão em juízo é inevitável, mas isso não significa que a nova decisão judicial deve espelhar a da jurisprudência estabelecida – congelando a jurisprudência. O juiz pode considerar que o novo caso é essencialmente diferente, e, assim, não cabe decidir com base na decisão anterior. Numa segunda hipótese, pode também o juiz, fundamentadamente, rejeitar o precedente, estabelecendo um novo.

O abismo entre a decisão do *Olivotti & Co. v. Estados Unidos* poderia ser facilmente demonstrado em juízo: a defesa de Brancusi apresentou uma figura egípcia de um gavião, sem penas ou garras, e perguntou às testemunhas se elas reconheciam ali um pássaro. A resposta geral foi negativa: ninguém, nem mesmo os juízes, se atreveria a negar o status de pássaro do gavião egípcio (DELAVAUX; VIGNES, 2013, p. 16). Demonstrada a incoerência do fundamento principal dos Procuradores do Estado, restava aos advogados do artista desenvolver uma linha argumentativa coerente, garantir que a narrativa dentro da qual o *Pássaro no Espaço* era, ao mesmo tempo, um pássaro e uma obra de arte, fosse convincente representação da realidade da prática artística. Para tanto, um conjunto de testemunhas do mundo da arte foi chamada para apresentar seu ponto de vista.

4. O Testemunho dos Especialistas: a Relevância da Autoridade

A possibilidade de usar testemunhas como meio probatório se estende a ambas as partes do processo, e ela não passou despercebida por nenhum dos interessados envolvidos no caso Brancusi. Considerando que os fatos pertinentes ao caso eram conhecidos – a chegada dos objetos em território americano, o imbróglie classificatório, as características da escultura que, inclusive, foi exibida como evidência para todos os presentes durante todos os atos do processo, e os textos legais fundamentadores da controvérsia – a perquirição judicial teve um caráter majoritariamente teórico e referente a um assunto externo ao direito: a definição de obra de arte. Tratava-se demonstrar qual era a concepção de arte aceita na comunidade artística e a necessidade do direito de aceitá-la – cabendo ao juiz decidir sobre esta última questão. Por isso, as testemunhas foram ouvidas enquanto especialistas em arte, capazes de iluminar o julgador quanto a um tema

que ele não tinha domínio técnico absoluto. Não por acaso, tanto juiz quanto advogados poderiam dirigir perguntas às testemunhas.

Como já foi exposto, o caso Brancusi interessou a muitas personalidades da época – de Duchamp a Ezra Pound, de socialites a artistas, de advogados a jornalistas. Daí a reunião de importantes agitadores do mundo da vanguarda artística nova-iorquina do início dos anos 20: Edward Steichen, fotógrafo e comprador da escultura, Jacob Epstein, escultor britânico, Watson Forbes, editor da revista *The Arts*, Frank Crowninshield, editor da *Vanity Fair*, e William Henry Fox, diretor do Museu de Arte do Brooklyn. Para apoiar o Estado, foram chamados os escultores Thomas Jones e Robert Aitken, ambos de grande reputação acadêmica à época (DELVAUX; VIGNES, 2013, p. 14).

Se os depoimentos de Jones e Aitken demonstraram a firmeza de seus pontos de vista, seu caráter categórico fez pouco para convencer a corte de que o *Pássaro no Espaço* não era uma obra de arte. Ambos foram confrontados com a mesma questão: por que a escultura não era arte? Jones respondeu que ela era abstrata demais, uma perversão da escultura formal (GIRY, 2002). Essa resposta não ofereceu nenhum critério generalizado e justo capaz de indicar os elementos constituintes: se o *Pássaro* era abstrato demais, isso significa que algum nível de abstração é aceitável na arte escultural? Se sim, qual é esse nível e quem ou o quê o determina? A testemunha adicionou, ainda, que a peça não era artística por não exprimir um “sentimento de beleza”. Ao ser questionado pelo juiz Waite se a percepção da existência ou não da expressão desse sentimento era uma opinião pessoal, Jones respondeu honestamente que sim (EDELMAN, 2011, pp. 124-125). Aitken, por sua vez, pareceu francamente intransigente quando do seu interrogatório por Maurice Speiser, advogado de Brancusi:

Speiser: Sr. Aitken, você poderia explicar por que isso (Evidência 1) não é uma obra de arte?

Aitken: Em primeiro lugar, eu diria que não tem beleza.

Speiser: Em outras palavras, ela não despertou reação emocional no senhor?

Aitken: Exatamente. Não despertou.

Speiser: Você limitaria sua resposta inicial somente ao fato de que a escultura não despertou reação emocional no Senhor?

Aitken: Bem, não é uma obra de arte para mim.

Speiser: Essa é sua única justificativa para a afirmação?

Aitken: Não é uma obra de arte para mim.

(GIRY, 2002. Tradução nossa.)

Em nome de uma certa neutralidade ou objetividade, o direito tem por hábito não fazer julgamentos de valor (ou fazê-los de modo o mais sutil possível, pelo menos). Essa situação tem o objetivo de evitar que a proteção de direitos seja submetida a um

claro arbítrio individual. Os depoimentos das testemunhas estatais, por sua vez, parecem sobrepujar essa determinação: os dois artistas admitem que não consideram o *Pássaro* o fazem em razão de opiniões pessoais, e essa é uma motivação insustentável para um direito que se pretende um solucionador neutro e objetivo de conflitos.

Já as testemunhas de Brancusi foram questionadas primeiramente sobre a relação nome-forma, que era, para os Procuradores dos Estados Unidos, uma relação forma-conteúdo. Steichen, chamado a dar novas declarações, reconhece a soberania do artista sobre a obra ao dizer que chama a escultura de pássaro simplesmente por que esse foi o nome dado pelo escultor. O Procurador dos Estados Unidos insiste, perguntando se o fotógrafo chamaria a escultura de peixe (sim) ou tigre (não), e chega ao nonsense de perguntar se, vendo a escultura na floresta, Steichen tiraria uma foto. A razão dada pelo dono do objeto em litígio para considerá-lo como obra de arte é a sensação de vôo rápido, a sugestão do impulso rumo ao firmamento (EDELMAN, 2011, p. 132). Epstein, inquirido segundo a mesma linha de pensamento, lista várias qualidades artísticas da obra: o sentimento de prazer e de beleza proporcionado, ter sido feito por escultor, mas, acima de tudo, ser um belo objeto (*Id. Ibid.*, p. 92).

O status de “especialistas” de Steichen e Epstein, que fizeram carreira sem nunca ter passado por treinamento artístico formal, deve ter sido visto com desconfiança pelos juízes. As outras testemunhas – Watson Forbes, Frank Crowninshield e William Henry Fox – dispunham de títulos bem mais “evidentes”. A eles também foi dedicada uma cansativa repetição das mesmas perguntas: é um pássaro? Um peixe? Um tigre? O leitor dos autos chega a imaginar que, fosse o julgamento realizado algumas décadas depois, perguntariam sobre o super-homem... As respostas confirmavam: sim, eles chamavam a escultura de pássaro por que esse era o nome dado pelo artista, e não acham que ela representaria outro animal se o nome fosse modificado. Watson Forbes dá início à retificação dos termos da discussão: não importa o nome da escultura e este não altera o significado da obra. É a sugestão do voo do pássaro que interessa. Frank Crowninshield continua essa linha de raciocínio: a escultura sugere a graça, a velocidade aliada à força, a pujança, a beleza do voo do pássaro. William Henry Fox concorda, resumindo a opinião: o objeto estudado é artístico por que é expressivo, tem uma forma que sugere, de maneira original, a ideia abstrata do voo do pássaro (EDELMAN, 2011, pp. 132-133 e 139-141).

Os depoimentos daqueles experts trazem para a discussão um segundo aspecto da criação artística: a forma. O artista concebe a obra de modo que a ideia não se resuma à imagem de um objeto existente natureza, sua subjetividade sempre media a relação entre natureza e obra. O interesse na relação entre forma e ideia é, para as testemunhas, uma questão acessível e essencial para o público: é o observador que experimenta as sensações de elegância, potência e força da ideia de voo encapsulada pelo *Pássaro*. Não por acaso, Fox assegura que exporia a escultura no Museu de Arte do Brooklyn, pelo mero fato do mérito artístico da obra e de seu autor (EDELMAN, 2011, 134-136). Se o curador de um museu renomado considera Brancusi como artista digno de exibição, sobre que base uma corte poderia negar esse status? Cansado da repetição de perguntas e do refor-

ço dos mesmos argumentos, o próprio juiz-presidente da corte se viu obrigado a admitir (MANN, 2011) que nenhuma lei exigia que obras de arte representassem literalmente objetos da natureza.

5. A Decisão: o Argumento de Autoridade

A decisão final do caso colocou as autoridades judiciais sob o escrutínio de uma comunidade artística de língua afiada e de um público desconfiado das vanguardas, entre a obrigação de decidir o que é arte e a proibição de fazê-lo com base em julgamentos de valor estético arbitrários. Tendo a investigação judicial demonstrado que o padrão *Olivotti* é insustentável, cabia ainda à sentença erigir um fundamento explícito para desbancar o precedente estabelecido e justificar a classificação do *Pássaro no Espaço*. Daí a redação da decisão, dada pelo presidente da corte, o juiz Waite:

“Desde *Olivotti*, [...] vem-se desenvolvendo uma dita nova escola de arte, cujos expoentes procuram retratar ideias abstratas em vez de imitar objetos naturais. Sejam simpáticos ou não a essas novas ideias e escolas que as representam, pensamos que o fato de sua existência e sua influência sobre o mundo da arte, da maneira também reconhecida pelos tribunais, devem ser levadas em consideração. [...] O objeto em consideração... é bonito e simétrico em seu desenho, e, apesar das dificuldades encontradas na associação com um pássaro, é prazeroso de se observar e bastante ornamental, e, provando as evidências que é uma produção original de um escultor profissional, é de fato uma obra de arte nos termos a que se referem as autoridades. Aceitamos o recurso e decidimos que é isento de impostos, nos termos do parágrafo 1704 supracitado.” (WAITE *apud* BURR; DUBOFF; MURRAY, 2010, p. 12, tradução nossa)

A sentença reconhece o fato demonstrado na investigação judicial: o *Pássaro no Espaço* preenche todos os requisitos da obra de arte do *Tariff Act*. Mas, para suplantar a decisão do caso *Olivotti* e fundamentar o novo entendimento, o juiz Waite se baseou na existência de uma “nova escola de arte”. Não apenas um meio artístico, mas um meio artístico, como diz Mann (2011) coerente, com uma organização hierárquica estável e figuras de autoridade reconhecidas. As limitações dessa fundamentação são patentes: em primeiro lugar, a hierarquia e a organização desse meio artístico não são homogêneas e estão em constante discussão e modificação, tanto que muitos movimentos de vanguarda só foram aceitos pelo *establishment* muito depois de seu surgimento. Em segundo lugar, o rol de formas protegidas pelo direito ainda continuou limitada às formas tradicionais dispostas em lei – pintura, escultura, gravura –, enquanto a arte do século XX continuava a desafiar expectativas por meio da criação de formas completamente

novas. Os problemas decorrentes dessa evolução seriam, posteriormente, enfrentados em novos casos judiciais que ecoariam o caso *Brancusi*.

Acusar a decisão sobre o *Pássaro no Espaço* de não estabelecer um conceito jurídico definitivo de arte é, todavia, uma injustiça. Por um lado, nem a teoria da arte é capaz de fazê-lo, e o juiz não seria capaz de prever os desdobramentos teóricos e práticos que a arte tomaria. Por outro, o juiz é obrigado a decidir de maneira previsível ao cidadão médio (o “sensato juízo do homem médio” ou, segundo a boa expressão da jurisprudência alemã, o “*vernünftige Urteil der billig und gerecht Denkenden*”), dentro de limites jurídico-legais pré-definidos e sem fazer uso (excessivo) de julgamentos de valor pessoais. Nessa perspectiva, o recurso à opinião de autoridade de alguns especialistas é um mecanismo curioso de estabelecer diálogo entre o direito e um ramo não jurídico da vida: garante a existência de critérios prévios para reconhecer o que é arte, e, diante da proibição de julgar valorativamente, delega essa atribuição para um grupo que dispõe de credenciais para fazê-lo. A autoridade, conceito caro ao direito e reconhecível por ele mesmo em outros ramos da vida, garante a força jurídica da decisão.

Uma solução semelhante talvez fosse satisfatória mesmo na atualidade. Diante da expansão do conceito e das formas de arte, a distinção mais corrente no ramo não é mais arte e não arte, mas sim entre arte boa e arte ruim. Também não deve ser negligenciado o papel da própria obra na confecção da decisão. Exibida diante de todos os presentes, incluindo o presidente da corte, a escultura certamente emanava alguma imponência, uma autoridade muito particular: sua elegância, beleza, simetria e qualidade ornamental foram consideradas notáveis o suficiente para figurar na sentença e, diante da consideração desses elementos, finalmente a exigência de correspondência entre o nome e a aparência, de literalidade na relação entre palavra e coisa, foi finalmente deixada de lado.

Embora admitida judicialmente a autonomia entre arte e realidade, não se pode, contudo, deixar de apontar as consequências bastante concretas desse divórcio. Antes do caso *Brancusi*, o mercado de arte contemporânea nos Estados Unidos era incipiente. A alta carga tributária sobre as obras e a timidez do público pagante interessado em comprá-las ou pagar para ver exposições eram os dois obstáculos ao desenvolvimento desse mercado. A decisão do juiz Waite derrubou o primeiro e o burburinho na imprensa fez surgir o segundo (MANN, 2011). Derrubando um precedente, a corte aduaneira americana ergueu enfim todo um setor econômico.

6. A Globalização da Definição da Arte: os Conflitos no Âmbito do Sistema Harmonizado

Atualmente, mais de duas centenas de países adotam, para fins de classificação tributária de mercadorias, as bases do Sistema Harmonizado de Designação e de Codificação de Mercadorias, ou simplesmente Sistema Harmonizado (SH), um método internacional de classificação de mercadorias, baseado em uma estrutura de códigos numéricos

e suas respectivas descrições. Esse sistema, desenvolvido pela Organização Mundial de Aduanas (OMA), consiste num esquema classificatório composto por capítulos, posições e subposições, sendo facultado aos Estados signatários também adicionar às subposições as categorias adicionais de itens e subitens. Cada mercadoria importada ou exportada tem uma posição unitária dentro desse sistema, e cada posição corresponde a um número de identificação. O número de identificação tem no mínimo seis dígitos – cada dois correspondendo ao capítulo, posição e subposição, respectivamente – e no máximo oito – os dois últimos indicam o item e o subitem, respectivamente.

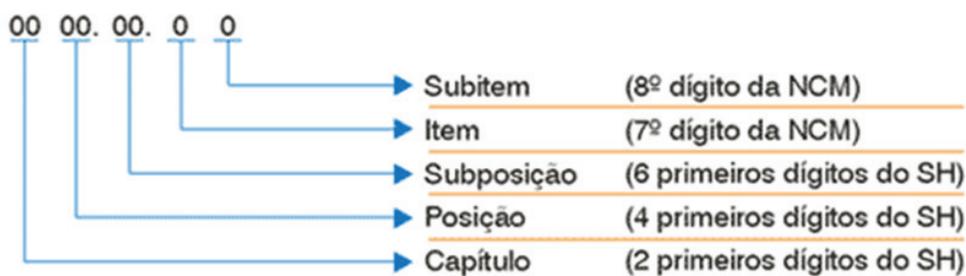


Figura 2. A classificação de objetos no Sistema Harmonizado. Disponível em <http://goo.gl/o1WPtR>

Há um conjunto de regras interpretativas gerais, destinadas a resolver conflitos classificatórios entre diferentes posições do Sistema Harmonizado. Cada capítulo também dispõe de um conjunto de notas interpretativas determinadas pelos signatários. Além disso, a Organização Mundial de Aduanas emite notas interpretativas vinculantes (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE ADUANAS, 2010). Em caso de reclamação quanto à decisão classificatória da autoridade administrativa nacional, as questões são levadas às cortes locais. Como a adoção ao Sistema pode ser conjunta, dentro da moldura de acordos regionais, pode ser que comissões regionais emitam interpretações, vinculantes, como ocorre na União Europeia (DEMARSIN, 2013, p. 144-146).

O Brasil adotou o Sistema Harmonizado junto com Argentina, Uruguai e Paraguai, na forma da Nomenclatura Comum do Mercosul, que é a base desses países para a adoção de uma Tarifa Externa Comum de padronização tributária. A alíquota de imposto de importação sobre obras de arte é de 4% sobre o valor da mercadoria (incluídos frete e seguro), mas o Brasil cobra também os tributos PIS (alíquota 1,65%) e COFINS (alíquota 7,65%), além da cobrança estadual do ICMS (LATITUDE, 2013, p. 58).

As obras de arte estão categorizadas e descritas no Capítulo 97 (Tabela 1) do Sistema Harmonizado, e emerge da análise das notas explicativas dos capítulos e das posições que a descrição não difere muito da legislação envolvida no caso Brancusi: a exclusão expressa de itens obtidos por processos mecânicos ou fotomecânicos, de esculturas de caráter comercial produzidas em série, a ênfase na originalidade dos itens e exigência de que desenhos sejam feitos à mão. Tudo indica a mesma *mens legis* do *Tariff Act*, que era distinguir a obra de arte de mercadorias industrializadas competitivas.

SEÇÃO XXI

OBJETOS DE ARTE, DE COLEÇÃO E ANTIGUIDADES

Capítulo 97

Objetos de arte, de coleção e antiguidades

NOTAS.

- O presente Capítulo não compreende:
 - Os selos postais, selos fiscais, inteiros postais e semelhantes, não obliterados, da posição 49.07;
 - As telas pintadas para cenários teatrais, para fundos de estúdio ou para usos semelhantes (posição 59.07), salvo se puderem classificar-se na posição 97.06;
 - As pérolas naturais ou cultivadas e as pedras preciosas ou semipreciosas (posições 71.01 a 71.03).
- Consideram-se "gravuras, estampas e litografias, originais", na acepção da posição 97.02, as provas tiradas diretamente, a preto e branco ou a cores, de uma ou mais chapas executadas inteiramente a mão pelo artista, qualquer que seja a técnica ou matéria utilizada, exceto qualquer processo mecânico ou fotomecânico.
- Não se incluem na posição 97.03 as esculturas com caráter comercial (por exemplo, reproduções em série, moldagens e obras artesanais), mesmo quando estas obras tenham sido concebidas ou criadas por artistas.
- A) Ressalvadas as disposições das Notas 1, 2 e 3 anteriores, os artigos suscetíveis de se classificarem no presente Capítulo e noutros Capítulos da Nomenclatura, devem classificar-se no presente Capítulo.
B) Os artigos suscetíveis de se classificarem na posição 97.06 e nas posições 97.01 a 97.05 devem classificar-se nas posições 97.01 a 97.05.
- As molduras de quadros, pinturas, desenhos, colagens e quadros decorativos semelhantes, gravuras, estampas e de litografias classificam-se com estes artigos quando as suas características e valor sejam compatíveis com os dos referidos artigos. As molduras cujas características ou valor não sejam compatíveis com os artefatos referidos na presente Nota, seguem o seu regime próprio.

NCM	DESCRIÇÃO	TEC(%)
97.01	Quadros, pinturas e desenhos, feitos inteiramente a mão, exceto os desenhos da posição 49.06 e os artigos manufaturados decorados a mão; colagens e quadros decorativos semelhantes.	
9701.10.00	Quadros, pinturas e desenhos	4
9701.90.00	Outros	4
9702.00.00	Gravuras, estampas e litografias, originais.	4
9703.00.00	Produções originais de arte estatutuária ou de escultura, de quaisquer matérias.	4
9704.00.00	Selos postais, selos fiscais, marcas postais, envelopes de primeiro dia (first-day covers), inteiros postais e semelhantes, obliterados, ou não obliterados, exceto os artigos da posição 49.07.	4
9705.00.00	Coleções e espécimes para coleções, de zoologia, botânica, mineralogia, anatomia, ou apresentando interesse histórico, arqueológico, paleontológico, etnográfico ou numismático.	4
9706.00.00	Antiguidades com mais de 100 anos.	4

Tabela 1. O Capítulo 97 da Nomenclatura Comum do MERCOSUL. Elaborada a partir dos dados disponíveis no site do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, em <http://goo.gl/VqKqbC>

Desde a criação do Sistema Harmonizado, em 1988, um corpo de decisões relevantes já se desenvolveu sobre a questão da classificação das obras de arte, principalmente na Europa. Essa jurisprudência, se nem sempre positiva, é importante ferramenta inovadora para que formas e técnicas artísticas contemporâneas que não se enquadram nas técnicas tradicionais do Sistema Harmonizado sejam também alcançadas com a isenção de imposto de importação que vigora para obras de arte na União Europeia e nos Estados Unidos (DEMARSIN, 2013, p. 125-130).

6.1. A Jurisprudência Favorável: o Direito reconhece a Vanguarda

Nos casos paradigmáticos com decisões favoráveis aos demandantes, a interpretação extensiva – aquela que amplia o sentido da norma para além da letra (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 297) – é o mecanismo encontrado pelos juízes para expandir a definição de obra de arte quando a novidade das formas artísticas não está incluída no Capítulo 97 do Sistema Harmonizado, mas a classificação sob outra posição se mostra problemática.

No caso *Reinhard Onnasch v. Hauptzollamt Berlin-Packhof*, um mural em relevo denominado “Modl . Motor Section – Giant Soft Fan”, executado em polistireno e revestido de pintura e óleo, foi considerado por decisão última do Tribunal de Justiça da União Europeia como escultura, mesmo que não tivesse sido elaborado a partir das técnicas tradicionais previstas no Sistema Harmonizado. Segundo a corte, a palavra “escultura” deveria ser entendida pela inclusão de “todas as produções de arte tridimensionais, independentemente das técnicas utilizadas na produção” (DEMARSIN, 2013, pp. 134-136). A decisão se baseou na posição da Comissão Europeia, cristalizada em nota interpretativa no capítulo 97 – com equivalente na Nomenclatura Comum do Mercosul (item 4-a) da tabela 1) – de que, em caso de dúvida de classificação sob o capítulo 97 ou outro, o primeiro prevalece. De qualquer maneira, na ausência de previsão específica no Capítulo 97, uma regra interpretativa geral do SH prevê que, na dúvida de classificação entre duas categorias, a que for mais específica prevalece.

Também na Alemanha, o caso *Gmurzynska v. Bundesfinanzhof* ampliou o conceito de quadro feito à mão, colagens e quadros decorativos similares. A obra em questão era o *Telefonbild*, do artista húngaro Lazslo Moholy-Nagy, uma placa de aço revestida de envidraçados esmaltados coloridos. A produção da obra seguiu um método bem particular: o artista pediu, por telefone, um conjunto de tabletes de porcelana esmaltada e descreveu seu projeto para o diretor da usina de pinturas que, do outro lado da linha, tentou seguir as instruções. A autoridade administrativa classificou-o como “objeto ornamental em metal comum” (posição 83.06). A parte defendeu a reclassificação de arte estatutária, baseada na decisão do caso *Reinhard Onnasch v. Berlin-Packhof*. A corte, todavia, observou a estrutura bidimensional do *Telefonbild* e considerando os materiais irrelevantes para fins classificatórios, enquadrou a obra entre quadros feitos à mão pelo

artista, colagens e quadros decorativos similares, especificando que estes últimos são compostos pela organização de elementos de diferentes materiais resultando num motivo pictórico ou decorativo fixado em suporte (DEMARSIN, *op. Cit.*, pp. 136-138). O fato do objeto não ter sido realizado à mão pelo artista foi ignorado quando da decisão.

6.2. As Decisões desfavoráveis: a Interpretação Literal

Nem sempre os juízes aplicam uma interpretação evolutiva ou extensiva a objetos artísticos. Nesses casos, por mais que os bens ou mercadorias funcionem como obras de arte, a classificação da aparência imediata prevalece, pois entende-se que a autoridade tributária/aduaneira deve decidir com base nos aspectos “objetivos e ostensivos” dos objetos.

A maior prejudicada por essa rigidez hermenêutica é a fotografia, mais amplamente aceita como forma de arte do que grande parte da produção artística contemporânea. No caso *Ingrid Raab v. Hauptzollamt Berlin-Packhof* (KEARNS, 1998, p. 168), a demandante, dona de uma galeria berlinense e compradora das fotografias do americano Robert Mapplethorpe, pleiteou a classificação na categoria de gravuras, litografias e estampas originais, ou, subsidiariamente, na categoria de serigrafias artísticas, ambas isentas de imposto de importação. O pedido não foi acatado, em razão da existência de um capítulo do Sistema Harmonizado para fotografias e do princípio interpretativo segundo o qual a classificação da mercadoria deve sempre ser a mais específica possível. A corte argumentou também a impossibilidade de conceder o benefício da isenção fiscal para fotografias artísticas por causa da ausência de critérios seguros para a distinção entre arte fotográfica e fotografias comuns. As imagens de Mapplethorpe não eram fotografias comuns: importadas por uma galeria de arte, de preço consideravelmente superior à matéria prima constituinte. O número limitado de cópias era produzido a partir de uma placa original artisticamente preparada, mas para as autoridades judiciais, a categorização em qualquer uma das posições pleiteadas por Raab só seria possível quando a placa original fosse feita inteiramente à mão pelo artista, sem o auxílio de qualquer processo fotoquímico ou fotomecânico.

No caso *Farfalla Flemming und Partner v. Hauptzollamt Munchen-West*, um conjunto de “pesos de papel” – na verdade, itens de colecionador em série limitada e assinados por artistas famosos – foi classificado na posição 70.13 (“artigos de vidro para decoração e usos similares”) do Sistema Harmonizado. Nesse caso, pode-se observar a questão de objetos de arte enfrentando, novamente, a obsessão com o nome e a aparência, a forma e a função das coisas. A insistência em chamar os artigos de “pesos de papel”, mesmo que eles nunca tivessem sido ou fossem usados como tal, certamente não favoreceu a pretensão processual. Tampouco contribuiu a dúvida quanto à classificação dentro do tal capítulo 97 do Sistema Harmonizado: os chamados “pesos de papel” eram esferas

achatadas de vidro, pintadas a partir da aplicação direta de tinta sobre a superfície. A técnica empregada transforma os objetos em pinturas, ou a tridimensionalidade deles determinaria a classificação na posição de arte escultural? A classificação no capítulo 97, na posição 9701 ou 9703, pleiteada em juízo foi negada, sob o pretexto de que a nota 3 do referido capítulo exclui da classificação as obras de caráter comercial e que a classificação tributária é operada a partir de elementos objetivos e ostensivos do artigo, excluindo-se considerações sobre fatores como a finalidade e considerações artísticas, impossíveis de verificação pela fiscalização ou defesos de apreciação pela lei. Mas ora, se há uma categoria de arte na legislação, é certo que os aplicadores do direito são compelidos a fazer apreciações artísticas, e elementos identificáveis como a assinatura dos artistas, as características do importador e a diferença entre o valor do objeto e o da matéria prima podem oferecer critérios seguros para tanto (KEARNS, 1994, pp. 115-120).

O caso mais recente, que causou furor na comunidade artística, foi o *Haunch of Venison v. Her Majesty's Commissioners of Revenue*, no qual a demandante obteve judicialmente a classificação como arte e a consequente isenção de tributos para os componentes das obras de seus artistas representados – o conjunto de luzes de Dan Flavin e os aparelhos de vídeo do vídeo-artista Bill Viola. Após a decisão do caso, todavia, a Comissão Europeia editou o regulamento nº 731/2010, com o fito de uniformizar a interpretação do Sistema Harmonizado. O regulamento determinava que a classificação aduaneira deveria ser determinada pelas partes componentes, diante da impossibilidade das autoridades fiscalizadoras de verificar características não objetivas (DEMARSIN, 2013, pp. 138-146). A Comissão também considerou que as obras de arte não eram os componentes em si, mas o resultado de seu funcionamento e que este, ademais, não fora alterado (DELAVAUX; VIGNES, 2013, p. 19). Na prática, a Comissão determinou que uma alíquota considerável de imposto (20%) fosse aplicada sobre o valor elevado de componentes eletrônicos como tal, mesmo que ninguém compre as obras de Flavin ou Viola para usar como lâmpada ou DVD...

Esses casos apresentam uma característica em comum: neles, a forma externa dos objetos corresponde a uma categoria comum de mercadoria, não artística, e por isso desprovida de privilégio aduaneiro. Assim como no caso Brancusi, a incompatibilidade entre a forma e a ideia pré-concebida de arte das autoridades estatais é um obstáculo. O fato deles serem, também, obras de arte não é tido como relevante para fins classificatórios por que os fiscais aduaneiros só teriam condições de cotejar as características aparentes das mercadorias, fugindo-lhes a destinação posterior dos itens. Mas ora, a existência de recursos, tanto administrativos quanto judiciais, não serve para demonstrar e corrigir os equívocos de classificação? De qualquer maneira, há outros critérios evidentes capazes de apontar o caráter artístico do objeto em análise: o importador local ou exportador de origem serem galerias de arte, a limitação de reproduções, a assinatura do artista, a diferença de valor entre o objeto e sua matéria prima constituinte. É claro que a interposição frequente de recursos é um dispêndio indesejável de energia e recursos financeiros, e, por isso, a solução ideal seria a adição de uma posição de obras de arte

de forma indeterminada no Capítulo 97, junto com notas interpretativas sugestivas com os critérios supracitados, além de quaisquer outros cabíveis, para guiar a classificação.

7. Considerações finais

A análise do caso *Brancusi* e de outros de mesma natureza mostra que o conceito jurídico de arte nem sempre coincide com a noção socialmente aceita de arte. Não se pode dizer nem que há um conceito jurídico único de arte, uma vez que ele parece mudar ao sabor do tempo e do órgão que profere as decisões judiciais. É verdade que essa falta de critério unitário e seguro é prejudicial tanto para o direito quanto para o meio artístico: o primeiro deixa de garantir a segurança e a previsibilidade de suas decisões, enquanto o segundo vê suas expectativas frustradas por que qualifica os objetos de maneira distinta da qualificação jurídica.

Irônica e paradoxalmente, essa insegurança decorre da própria pretensão de eliminá-la que é, também, uma das características fundamentais do direito moderno. O conceito de “direito moderno” aqui se refere a uma maneira específica de produção jurídica da sociedade ocidental atual, segundo a qual a função do direito é dirimir conflitos numa sociedade complexa – a palavra “dirimir” é aqui usada em lugar de “resolver” por que os conflitos de uma sociedade complexa nunca são solucionados definitivamente, apenas neutralizados ou suspensos temporariamente (ADEODATO, 2012, pp. 248-252).

O direito regula de maneira cogente elementos da vida social, impondo conceitos que nem sempre correspondem aos da vida real e cotidiana das pessoas. Isso é uma mostra da liberdade e do artificialismo do mundo jurídico, e, ao mesmo tempo, de suas limitações. É verdade que a função reguladora também é criadora: o dever-ser em algum momento se transforma em ser, prescrever a realidade também é recriá-la. Em outras palavras, o direito, assim como a arte, pode criar uma realidade autônoma de funcionamento próprio. Essa semelhança não é novidade: tanto direito quanto arte podem ser considerados como *ars*, práticas, áreas do fazer humano baseado em regras e na prática, operações tendo em vista um resultado (ECO, 1989, pp. 130-133). Os resultados visados por direito e arte são, contudo, opostos: o primeiro se preocupa em ordenar e categorizar de maneira pretensamente segura, e toda a criação em seu âmbito é guiada por esse *telos*; à segunda, por outro lado, importam principalmente a expressão, a comunicação e a forma, e não raro isso significa que a arte quebra ou supera as regras (inclusive jurídicas) estabelecidas.

Direito e arte estão sempre em mutação, embora com velocidades e objetos diferentes. As decisões presentemente analisadas demonstram a adaptabilidade do direito. Obrigado a decidir questões numa sociedade cada vez mais complexa, ele dispõe necessariamente de alguma flexibilidade nos seus conceitos, capaz de servir a interesses diversos e distintos, e de critérios decisórios para os casos em que a letra da lei se mostre

insuficiente. Dentre esses mecanismos, destaca-se a interpretação, instância da prática jurídica em que o contexto de aplicação, a percepção dos receptores e as consequências da norma são levadas em consideração. Assim como a interpretação artística, interpretação jurídica – mesmo dentro de limites mais estreitos – nunca é dada nem unívoca. Sempre há um conjunto de premissas que sustentam uma interpretação, e é por meio de seu questionamento e discussão que conceitos não jurídicos são integrados ao ordenamento jurídico.

Na ausência das mudanças político-legislativas desejáveis para uma melhor tutela de interesses artísticos pelo Direito Tributário – a criação de uma categoria genérica de obras de arte no quadro do SH, com um rol exemplificativo de critérios como atividade dos importadores, assinatura do artista, limitação de reproduções, entre outros, para conferir maior segurança às decisões aduaneiras, além das políticas de isenção e incentivo fiscal desejáveis no plano nacional –, a interpretação é o principal instrumento de comunicação entre Direito e Arte. Essa comunicação seria favorecida por um maior conhecimento artístico e das decisões judiciais sobre arte – ou seja, um conhecimento maior sobre os problemas técnicos específicos da tutela da arte pelo direito e do valor autônomo desta quando em face de valores jurídicos contrapostos – por parte dos aplicadores do direito. Ao mediar os elementos da realidade através da forma do direito estatal, o operador do direito cria e expande a realidade jurídica, e chega o mais próximo quanto possível do artista.

Mas, se o direito admite a criatividade no âmbito da interpretação, nada impede que também os artistas e demais interessados na produção e circulação de arte se interessem pelo conhecimento jurídico, encarando-o como instrumento na defesa de interesses. Os conflitos de uma sociedade complexa exigem respostas, ainda que temporárias, inovadoras; ainda mais no contexto de um sistema constitucional dotado de enunciados amplos e genéricos, carecedores de relevante e constante esforço interpretativo para concretização. Ora, quem melhor para testar e questionar limites – principalmente quando estes concernem à arte – que artistas? Para fins determinados, o Direito impõe um conceito de arte, mesmo desconectado da realidade do mundo artístico. Por isso, pode-se dizer que o direito tem a soberania de decidir quem pode ser chamado de artista. Manipulando instrumentos tipicamente jurídicos, o artista participa decisão e assim passa a dispor de uma soberania que só o Estado e o Direito moderno são capazes de proporcionar.

Referências bibliográficas

ADEODATO, João Maurício Leitão. **Ética & Retórica – Para uma teoria da dogmática jurídica**. São Paulo: Saraiva, 5ª Ed. 2012 [kindle].

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 18ª Ed., 2012.

BERGLUND, Adam. The tariff act of 1922. **The American Economic Review**, Vol. 13, No. 1 (Mar., 1923), pp. 14-33. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/1804045?origin=JSTOR-pdf> Acesso em 16 de agosto de 2015.

BRASIL. Códigos de produtos e serviços na Nomenclatura Comum do Mercosul. In: Portal da Exportação. Disponível em <http://brasilexport.dpr.gov.br/NCM/frmPesquisaNCMFull.aspx>. Acesso em 18 de agosto de 2015.

_____. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. A Nomenclatura Comum do Mercosul. In: Portal do Desenvolvimento. Disponível em <http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/interna/interna.php?area=5&menu=1090>. Acesso em 18 de agosto de 2015.

DELAVAUX, Céline; VIGNES, Marie-Hélène. **Les Procès de l'Art**. Paris: Éditions Palette, 2013.

DEMARSIN, Bert. Quést-ce qu'une oeuvre d'art em droit de douane? Anthologie des manifestations perturbantes et des juges perturbés. In: DEMARSIN, Bert e PUTTEMANS, Andrée (dir.). **Aspects juridiques de l'art contemporaine**. Bruxelles: Éditions Larcier, 2013.

ECO, Umberto. **Arte e Beleza na Estética Medieval**. Rio de Janeiro: Editora Globo, 1989.

EDELMAN, Bernard. **L'adieu aux arts – Rapport sur l'affaire Brancusi**. Paris: Éditions de L'Herne, 2011.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **The Tariff Act of 1922**. Disponível em http://www.forgottenbooks.com/readbook_text/Tariff_Act_of_1922_With_Index_1000565990/87. Acesso em 15 de agosto de 2015.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Editora Atlas. 2003, 4ª ed. Revista e ampliada.

GIRY, Stéphanie. An odd bird. **Legal Affairs**, September/October 2002. Disponível em http://www.legalaffairs.org/issues/September-October-2002/story_giry_sepoct2002.msp. Acesso em 15 de agosto de 2015.

HEIDEGGER, Martin. A Questão da Técnica. **Scientiæ Studia**, v. 5, n. 3, 2007.

KEARNS, Paul. **The Legal Concept of Art**. Oxford: Hart Publishing, 1998.

_____. Works of Art in EC Customs Law: The problem of the paperweights. **International Journal of Cultural Property**, Volume 3, Primeira Edição, Janeiro de 1994, pp. 115-120. Disponível em <http://journals.cambridge.org/action/displayAbstract?fromPage=online&aid=1034356>. Acesso em 18 de agosto de 2015.

LATITUDE. **Manual de Importação e Exportação de Obras de Arte**. São Paulo, 2013. Disponível em http://media.latitudebrasil.org/uploads/publicacoes/issuu/manual-exportaca_1.pdf

MACEDO, Leonardo Correia Lima. *Objetos de Arte no Comércio Internacional*. In: MAMEDE, Gladston; FRANCA FILHO, Marcílio Toscano; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Direito da Arte**. São Paulo: Atlas, 2015.

MANN, Tamara. *The brouhaha: when the bird became art and art became anything*. **Spencer's Art Law Journal**, Vol. 2, No. 2, Fall 2011. Disponível em <http://www.artnet.com/magazineus/news/spencer/spencers-art-law-journal-12-9-11.asp>. Acesso em 18 de agosto de 2015.

McCLEAN, Daniel (Ed.). **The Trials of Art**. Manchester: Ridinghouse, 2007.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DAS ADUANAS. **What is the Harmonized System?** Disponível em <http://www.wcoomd.org/en/topics/nomenclature/overview/what-is-the-harmonized-system.aspx>. Acesso em 17 de agosto de 2015.

PROWDA, Judith B. **Visual Arts and the Law: a handbook for professionals**. Surrey: Lund Humphries Publishing, 2013.

SALA, Cristina. **The Definition of Art in the Customs Law**. Working Papers Series – International Trade Law. Istituto Universitario di Studi Europei. 2014-1/13-ITL. Disponível em <http://goo.gl/lreW6y>

SHANES, Eric. **Ideal forms: Brancusi the platonist**. *Apollo*, número 171.574, Março de 2010, pp. 108-116. Disponível em <http://go.galegroup.com/ps/i.do?id=G-ALE%7CA223598088&v=2.1&u=capes&it=r&p=AONE&sw=w&asid=5b66cbb28db29806c36c31ba962a95ec>