

XII CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Capítulo VIII Direito de Autor e Expressões Artísticas

**TÍTULO:
OS FATOS E A APLICAÇÃO DO
DIREITO AUTORAL BRASILEIRO
POR TRÁS DA CAMPANHA
“FEARLESS GIRL”**

**Isabella Neumann Esquenazi
Rodrigo Luiz Ferraz Caetano**



OS FATOS E A APLICAÇÃO DO DIREITO AUTORAL BRASILEIRO POR TRÁS DA CAMPANHA “FEARLESS GIRL”

Isabella Neumann Esquenazi¹

Rodrigo Luiz Ferraz Caetano²

RESUMO

O presente trabalho busca analisar a obra publicitária conhecida como Fearless Girl, frente à controvérsia que a obra levantou quando foi instalada em frente à icônica Charging Bull, o touro de Wall Street, principalmente em relação a alegação do autor da primeira obra de que a tal obra nova fere seus direitos autorais, pedindo para que fosse retirada do local onde foi instalada. O presente trabalho irá analisar o caso frente à legislação brasileira, analisando a as alegações do autor da primeira obra, assim como as da autora da obra nova, primeiro em uma análise estritamente técnica do texto legislativo pátrio, identificando quatro critérios a serem levados em consideração no caso: (i) a possibilidade de violação dos direitos morais do autor sem modificar fisicamente a obra de artes plásticas; (ii) a proteção do significado da obra localizada em logradouro público; (iii) a possibilidade de a obra nova ser considerada derivada da primeira obra; (iv) a possibilidade de o fair use ser usado como defesa da obra nova; Por Conclui-se que há sim possibilidade de violação dos direitos morais do autor sem modificação física da obra original, que o significado da obra é protegido por direito moral do autor e que a obra nova não deve ser considerada obra derivada da primeira. Conclui-se que é importante fazer um exercício de ponderação onde repare-se o dano constatado ao autor da primeira obra sem retirar a obra nova do local, o que também penalizaria o coletivo.

Palavras-chave: Direito Autoral. Artes Plásticas. Obra Derivada

¹ Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

² Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Advogado.

1. INTRODUÇÃO

No dia 08 de março de 2017, dia internacional da mulher, foi fixada no coração financeiro de Nova York a estátua de uma menininha com olhar confiante, forte, desafiador, encorajador, inspirador, empoderador, e aos seus pés, a placa “*Know the power of women in leadership. SHE makes a difference*”³. A singela estátua, com seus um metro e vinte centímetros de altura, foi criada pela artista plástica Kristen Visbal, sob encomenda, para a campanha de 2017 “*Fearless Girl*”⁴ produzida pela agência McCann New York para a State Street Global Advisors. A corretora de valores de Wall Street tinha a finalidade de promover a igualdade de gênero no mercado financeiro e a nomeação de mulheres em quadros corporativos de liderança através dessa ação publicitária.

“*The Fearless Girl*” é uma obra que pode provocar variadas interpretações e possuir diversos significados, que vão muito além da campanha de gênero para qual ela foi criada — representando, inclusive, a própria indústria da propaganda enfrentando o mundo, se renovando e de fato sendo destemida. A genial e criativa campanha publicitária conquistou três Grand Prix, nas categorias de Relações Públicas, Outdoor e Glass no Festival de Criatividade Cannes Lions desse ano e foi contemplada com o Grand Prix de Titanium, reconhecimento máximo do festival que estabelece novas diretrizes e tendências a serem seguidas pela indústria de publicidade e propaganda.

Se a contextualização desse artigo terminasse no parágrafo anterior, não teríamos grandes questões de direitos autorais a serem trabalhadas, entretanto o ponto central deste estudo passa a ser abordado a partir daqui.

A “*Fearless Girl*” não foi colocada apenas em Wall Street; ela foi criada para ser fixada exatamente em frente à estátua “*The Charging Bull*”, criada pelo escultor Arturo Di Modica em 1986 e colocada em Wall Street em 1989. A estátua de Kristen Visbal foi encomendada desde o início para ser inserida justamente no local onde está e naquele contexto,

3 “Conheça o poder das mulheres na liderança. ELA faz diferença” em tradução livre.

4 “Garota destemida” em tradução livre.

encarando o “*Charging Bull*” — a altura da menininha, inclusive, teve que ser ajustada para que as obras pudessem se conectar e criar a concepção artística pretendida pela campanha⁵. Para a “*Fearless Girl*” estar completa ela depende da interação com o “*Charging Bull*”.

Isso provocou uma das maiores polêmicas e controvérsias sobre artes plásticas em locais públicos dos últimos anos. Di Modica disse que a introdução da estátua da menininha infringiu seus direitos autorais, ao passo que ela se relaciona diretamente com o touro, propiciando uma alteração de significado em sua escultura. E declarou, ainda, que o touro fora criado para demonstrar a força financeira da bolsa americana após o *Crash do Dow Jones* e a *Black Monday*, sendo projetado para transmitir otimismo; representando um símbolo de força em meio à adversidade e não o retrato machista de um mercado específico, muito menos representando uma ameaça à mulheres, ainda mais a uma criança.

A escultora, em defesa de sua criação, disse em entrevista que quando um artista coloca seu trabalho em local público, ele automaticamente renuncia ao controle sobre a obra; ela enfatiza que o autor do touro presenteou os cidadãos americanos com o seu trabalho ao fixá-lo em local público, e a campanha *Fearless Girl* também o está fazendo ao colocar a estátua na cidade de Nova York⁶.

É fundamental estabelecer, de antemão que a relevância política e social do caso será completamente afastada, no primeiro momento deste estudo, para que a devida análise técnica de direito autoral pela legislação brasileira possa ser realizada de maneira mais fria. Em seguida, tendo essa análise feita, veremos como a resposta dada pelo direito autoral, analisado friamente, interage com esse contexto social e político, em uma análise, inclusive, das consequências dessa resposta a este contexto.

5 VISBAL, Kirsten. Wall Street’s ‘Fearless Girl’ speaks, via sculptor Kristen Visbal. Em entrevista para The Enquirer. <http://www.philly.com/philly/business/personal_finance/Fearless-Girl-Speak-Sculptor-Kristen-Visbal-to-Raise-Funds-For-Girls-Inc-of-Delaware-Speak-May-18.html>. Atualizado em 23 de maio de 2017. Acessado em 18 de agosto de 2017.

6 VISBAL, Kirsten. Idem.

2. Dos Direitos Autorais envolvidos no caso

Dos discursos de ambos artistas plásticos podem ser extraídos diversos aspectos envolvendo direitos autorais e que serão tratados neste primeiro momento do estudo:

É possível violar a integridade da obra e o direito moral sem alterá-la fisicamente? Os direitos morais do Di Modica foram violados pela campanha da State? Os direitos autorais morais abordam a proteção dos significados ao proteger a integridade e o direito de não modificação da obra?

Obra protegida por direitos autorais em logradouro público tem seu significado protegido?

Pode a obra nova ser considerada uma obra derivada da obra de Di Modica?

O fair use poderia ser aplicado como defesa para manter a menininha no local onde está?

Para abordar os aspectos acima elencados e questionados, é preciso dar um passo atrás e discorrer sobre os direitos morais do autor previstos no ordenamento brasileiro para esse tipo de obra. Para tanto, faz-se necessário destacar que o legislador brasileiro se baseou no sistema internacional, que é dividido em dois, para formular a legislação interna: o sistema do “*copyright*”, com enfoque no direito de cópia e nos direitos patrimoniais, e o sistema continental europeu, que valoriza os direitos morais.

No Brasil, a constituição se prova fonte — ao menos direta — bastante limitada em termos de direito autoral, prevendo apenas a proteção determinada pelos incisos XXVII e XXVIII do seu artigo 5^o⁷, cabendo então à legislação ordinária aprofundar o tema. A proteção legal por direitos autorais recai sobre a expressão materializada da criação de espírito do autor, sendo, portanto, obra protegível aquela expressa por qualquer meio ou fixada em qualquer suporte, de acordo com o art. 7^o da Lei 9.610 de 1998, a Lei de Direitos Autorais — a “LDA”⁸. As obras em questão são obras de artes plásticas, esculturas, e, portanto, obras

7 BRASIL, República Federativa do. Constituição Federal de 1988.

8 BRASIL, República Federativa do. Lei 9.601 de 19 de fevereiro de 1998.

tuteladas por direitos autorais, art. 7º, inciso VIII da LDA.

Carlos Alberto Bittar diz que, para se constituírem os direitos autorais, o “*corpus mysticum*” — o corpo místico proveniente da criação de espírito do autor — deve ser incluído em um suporte material ou aparato físico, o “*corpus mechanicum*”, sendo a obra, portanto, o resultado da emanção da personalidade do autor. Os direitos autorais são um direito híbrido que, pela sua natureza, observa dois direitos distintos: um relacionado aos vínculos morais, correlatos à defesa da personalidade do criador, e outro, relacionado aos vínculos pecuniários que estão ligados à exploração econômica da obra⁹.

Os direitos morais são atribuídos ao autor pelo esforço criativo. Bittar fala ainda que os direitos morais são ligados à operação psicológica-criativa que resulta na verdadeira exteriorização da personalidade do autor, ou seja, na obra. “A obra revela aquilo que somente aquela personalidade poderia sintetizar (...) esses direitos constituem a sagração, no ordenamento jurídico, da proteção dos mais íntimos componentes da estrutura psíquica do seu criador”¹⁰.

Fundamental destacar, ainda, que nas artes plásticas em geral, inclusive nas esculturas, a distinção entre o “*corpus mechanicum*” e o “*corpus mysticum*” não é tão simples, já que costumam se confundir, sendo inseparáveis; por isso as obras de artes plásticas, como são as obras em análise, merecem uma atenção especial.

Para Rodrigo Moraes, os direitos morais fazem parte do rol de direitos da personalidade. Ele entende que a criação intelectual é a projeção da personalidade do seu criador, prolongamento de seu espírito criativo. Uma obra de arte plástica possui, então, a característica de unicidade. Ela tem existência única, sendo irrepetível pelo autor e é, para este, como um “filho desgarrado”¹¹.

9 BITTAR, Carlos Alberto. Direito de Autor. 6ª Ed. atual e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015 p. 47.

10 Ibidem. p. 69.

11 MORAES, Rodrigo. Os Direitos do Autor: Repersonalizando o Direito Autoral. pp. 25, 198 e 188. Disponível em: <http://www.rodrigomoraes.com.br/arquivos/downloads/Os_Direitos_Morais_do_Autor___Rodrigo_Moraes.pdf>. Acessado em 01 de setembro de 2017.

Moraes ainda define o direito moral “como prerrogativa de o autor assegurar a integridade da obra, opondo-se à modificação, deformação ou mutilação desautorizadas, que possam atingi-lo, como autor, em sua dignidade. É o direito que visa proteger tanto o criador quanto criação, tendo em vista que esta constitui um reflexo da personalidade daquele, e, conseqüentemente, uma emanção de sua própria dignidade como pessoa humana”¹². Os direitos morais são, portanto, a proteção integral do vínculo autor-obra, entendendo a obra como a expressão de mundo do autor.

Na legislação internacional os direitos morais estão previstos no art. 6, bis, 1 da Convenção de Berna e no art. 27 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Na legislação interna brasileira, eles foram elencados no art. 24 da LDA, e abrangem o direito do autor de reivindicar a paternidade da obra; a atribuição do nome do autor à obra, ou o direito de crédito; o direito da comunicação ao público e da retirada de circulação da obra; o ineditismo da obra; o direito de acesso à obra; a proteção integridade da obra; e os direitos de permitir a modificação ou de impedir que a obra seja modificada.

Esses direitos são pessoais, perenes, inalienáveis, imprescritíveis e impenhoráveis, perduram pelo prazo máximo de proteção da obra, sendo certo que após a ascensão da obra a domínio público, passa a ser competência de o Estado reivindicar a defesa pela integridade da obra e sua autoria, conforme o disposto no parágrafo 2º do artigo 24 da LDA.

Tendo isto bem estabelecido, podemos partir para a análise da primeira das perguntas que essa seção do artigo pretende analisar:

a) É possível violar a integridade da obra sem alterá-la fisicamente? Os direitos morais de Di Modica foram violados pela campanha da State? Os direitos autorais morais abordam a proteção dos significados ao proteger a integridade e o direito de não modificação da obra?

12 MORAES, Rodrigo. Conflito entre Direito Moral à Integridade da Obra de Arte Plástica e Direito de Propriedade do Dono do Suporte. Casos Práticos e Critérios de Solução. p. 4 . Disponível em: http://www.rodrigomoraes.adv.br/arquivos/downloads/O_direito_moral_do_artista_plastico_em_conflito_com_o_direito_de_propriedade_do_dono_do_suporte___versao_final_5B1_5D.pdf Acessado em 08 de setembro de 2017.

Para fins desta resposta, o direito moral mais relevante é aquele previsto no inciso IV do artigo 24 da LDA, qual seja, o direito do autor de assegurar a integridade de sua obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la (a obra) ou atingi-lo (o autor) em sua reputação ou honra. A conotação que se obtém em uma primeira leitura é uma aceção de mudança física da obra, contudo, esse caso requer a reflexão se é possível a proteção da integridade dos significados.

É importante ressaltar que a inserção da “*Fearless Girl*” não modificou fisicamente o “*Charging Bull*”; ela apenas convidou e provocou um novo olhar para a obra de Di Modica, uma nova interpretação. Contudo, indispensável ponderar se é possível a proteção legal do touro transcender seu elemento físico contemplando seu sentido, significado e concepção artística, à medida que a menina não o prejudica em sua integridade física.

A legislação autoral não estabelece explicitamente a proteção sobre sentidos, conceitos e significados da obra. Estes são pessoais, intrínsecos ao olhar de quem a analisa, independentes da intenção de seu criador e da definição dada por este. O artista não possui ingerência nem controle sobre a interpretação que é atribuída à sua obra, nem sobre a essência que é extraída por quem a contempla. Claro que o significado atribuído pelo autor de uma obra não deve ser ignorado, não é isso que esse artigo intenciona.

Apesar de não ter previsão legal explícita na LDA, não há que se negar que o significado com o qual o touro nasceu foi modificado a partir do momento em que a escultura “*Fearless Girl*” foi colocada a sua frente. Analisando tecnicamente o caso, a introdução da estátua da menininha não altera fisicamente a escultura do touro, entretanto, de fato, modifica sua concepção artística, seu sentido, já que há clara interação entre a nova obra com a obra anterior¹³.

O Prof. Allan Rocha de Souza explicita que o inciso IV do artigo 24 da LDA não se refere meramente a integridade física da obra, quando diz que “o inciso quarto garante ao autor a defesa da integridade da obra,

13 Interação esta proposital, como já apontado acima.

de protegê-la contra alterações substanciais, que atingem a projeção da personalidade do autor”. Essa interpretação se reforça quando o autor pontua que é o inciso V aquele mais voltado para a proteção contra alterações físicas da obra, apontando que é “similar ao direito à integridade, mas que concentra-se na alteração de forma, não de conteúdo, o inciso quinto reserva ao autor os direitos de modificações”¹⁴.

Esse caso rodou o mundo, principalmente após Di Monica argumentar que a menininha é resultado de uma interpretação negativa da sua criação e que se trata apenas de uma jogada de marketing e não de arte propriamente dita.

Entretanto, esse discurso do criador não seria um dilema legal se Di Modica não tivesse falado em honra e reputação. Caso Di Modica claramente não tivesse argumentado no sentido de que a estátua da “*Fearless Girl*” prejudicou sua criação e violou sua reputação e honra como autor, não haveria tantas questões legais envolvendo direitos autorais a serem abordadas. Contudo, seu argumento principal; é que sua obra nunca foi o símbolo machista que o novo contexto em que ela foi inserida pressupõe. Isso reflete diretamente tanto na obra, prejudicando-a, como no autor, que passa a ser visto como autor de uma obra que vai contra os valores sociais como, por exemplo, a igualdade de gênero.

Para Rodrigo Moraes, a honra citada no art. 24 da LDA é a honra subjetiva, juízo de valor que o indivíduo faz de si próprio, e a reputação é a honra objetiva sendo esta o juízo de valor que a sociedade faz do autor¹⁵. “O dano moral, que propicia lesão à personalidade, à honra da pessoa, é de difícil constatação já que alcança a parte mais íntima do indivíduo, o seu interior. Foi com o objetivo de obter uma ampla reparação ao dano que o sistema jurídico chegou à conclusão de não se cogitar da prova do prejuízo para demonstrar a violação do moral humano”¹⁶.

14 SOUZA, Allan Rocha de. A Função Social dos Direitos Autorais: Uma interpretação Civil-Constitucional dos limites da proteção jurídica. Col. José do Patrocínio. V.4. Ed. Faculdade de Direito de Campos. Campos dos Goytacazes. 2006. p.153

15 MORAES, Rodrigo. Op. Cit. p. 134.

16 BRASIL, República Federativa do. Recurso Especial no. 617130/DF – Superior Tribunal de Justiça – Min. Rel. Antônio de Pádua Ribeiro. Julgado em 17 de março de 2005.

Contudo, a violação dos direitos morais do autor ficará constada quando se comprovar que a obra do autor foi prejudicada e/ou quando a honra e reputação do autor forem afetadas. Fica, portanto, evidenciado que o autor tem a faculdade de contestar quaisquer modificações e ações não autorizadas envolvendo sua obra, mesmo que meramente contextuais.

Portanto, indagamos se os direitos morais de autor deveriam ou não proteger o significado das obras, e entendemos que o sentido de uma obra pode sim ser passível de proteção pelos direitos morais, a partir do momento em que o criador se sinta ofendido em sua honra e reputação e que a sua obra seja prejudicada. Se Di Modica puder comprovar que a percepção da sua obra foi alterada negativamente e sua pessoa prejudicada pela inserção da “*Fearless Girl*”, ao menos no Brasil, ele poderia buscar a proteção legal aos seus direitos morais.

Ainda se faz necessário refletir sobre o local onde as esculturas estão fixadas, logradouro público. Isto nos traz a nossa próxima questão:

b) Obra protegida por direitos autorais em logradouro público tem seu significado protegido?

A legislação brasileira, no artigo 48 da LDA, estabelece que obra situada permanentemente em logradouros públicos pode ser representada livremente. Fundamental destacar que essa determinação é uma forma expressa de limitação especificamente ao direito patrimonial e não moral do artista plástico. Já em seu artigo 37, a LDA evidencia a dissociação entre o suporte físico e o direito autoral ao estabelecer que a tradição do suporte material não garante a cessão dos direitos da obra; isso fortalece a argumentação de quem defende o escultor do touro já que, a fixação da obra em ambiente público não significa que qualquer uso dela possa ser feito livremente, sem sua devida autorização.

Isso fica ainda mais claro ao interpretar o texto do artigo 77 da LDA, do qual é possível se extrair que a transferência da propriedade sobre *corpus mechanicum* da obra de arte plástica significa apenas a transferência do direito de expor a obra e não alcança os direitos morais do autor, nem o direito de exploração econômica desta. Portanto, resta claro que, frente à legislação brasileira, o argumento de Visbal de que o touro está em local público e por isso seu criador renunciou automaticamente ao controle

sobre sua obra ao ali colocá-lo não pode se sustentar.

Agora, faz-se necessário abordar o posicionamento da “*Fearless Girl*” como obra derivada do “*Charging Bull*”

c) *Pode a obra nova ser considerada uma obra derivada da obra de Di Modica?*

As obras protegidas por direito autoral podem ser autônomas, quando nascem sem vinculação à uma obra anterior, primígena — é o que diz a alínea *f* do inciso VIII do artigo 5º da LDA — ou podem ser obras derivadas, quando dependem da obra originária para ser criada, por meio de transformação, conforme a alínea *g* do inciso VIII do artigo 5º da LDA. Nas obras derivadas, não existe necessária participação do autor da obra primígena para a sua consecução e, por isso, caso a obra original ainda esteja protegida pelos direitos autorais, ele deve ser consultado para a respectiva autorização, conforme o disposto no artigo 29 da LDA¹⁷.

Como bem apontado por Landes e Posner, “os limites externos do conceito de obra derivada não são claros”¹⁸. José de Oliveira Ascensão diz que a obra derivada é aquela que, constituindo criação autônoma, resulta da transformação da obra originária ou primígena; sendo baseada na criação preexistente. O doutrinador também destaca a necessidade de autorização do autor da obra preexistente para a transformação, uma vez que a obra será utilizada por outrem e a transformação será resultado da atividade de criação de uma obra que incorpora a essência da obra originária¹⁹.

Neste sentido, como destacado anteriormente, é cediço que a localização da “*Fearless Girl*” não foi meramente acidental. A obra de Visbal foi criada com a expressa intenção de dialogar e interagir com a obra de Di Modica, não apenas extraindo dela parte de seu significado — o desafio ao touro — como também impondo à obra primígena um novo significado — uma ameaça, seja às mulheres ou a uma criança.

17 BITTAR, Carlos Alberto. Idem. pp. 47 a 50.

18 LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. Massachusetts, London; Harvard University Press. 2003. p. 114.

19 ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. pp. 84, 85 e 447.

Contudo, a resposta para essa pergunta não pode ser deduzida apenas pelas análises acima. Como bem aponta Carolina Tinoco Ramos, “não há determinação jurídica mais precisa do que seja obra derivada (...). Não há um consenso sobre o tema pois nem todo tipo de criação que se utilize de parte de uma obra ou até mesmo que a descreva é uma obra derivada. Em relação ao uso de parte de uma obra, não necessariamente cria uma obra derivada, como ocorre, por exemplo, com os casos de citação e outras modalidades de uso previstas em lei (como as chamadas ‘limitações’ no Brasil, o *fair use* nos Estados Unidos, o *fair dealing* da Inglaterra)”²⁰.

Assim, mesmo que não se entenda friamente pela modificação da obra primígena apenas pela mudança de seu significado, é necessário, ainda, fazer uma segunda análise, desta vez, sobre o significado isolado e independente da segunda obra.

Como apontado, a “*Fearless Girl*” não poderia existir da mesma maneira se não houvesse, ali, a obra anterior de Di Modica. O significado imprimido sobre a obra, principalmente aquele intencionado pela campanha de marketing que a originou, só sobrevive se ela estiver frente ao touro em Wall Street. Pode-se entender, com certa tranquilidade, que o destemor que qualifica a menina é representado pelo suposto temor natural de uma pessoa comum frente a um touro que avança em sua direção.

Com isso em mente, e seguindo os ensinamentos de Landes e Posner, para que não se considere a obra como derivada de outra original é necessário constatar que “os elementos expressivos da ‘cópia’ dominam os elementos expressivos do original’. Assim, compreende-se que, para se obter uma resposta definitiva a esta pergunta, é necessário ir além do texto legal e comprovar se o significado da menina, ainda que originalmente derivado de sua contraposição ao touro, conseguiria sobreviver sem ele.

Alcançado este ponto, nos resta então atacar a última das perguntas elencadas no início do presente trabalho:

20 RAMOS. Carolina Tinoco; BARBOSA, Denis Borges; SOUTO MAIOR, Rodrigo. O Contributo Mínimo na Propriedade Intelectual: Atividade Inventiva, Originalidade, Distinguibilidade e Margem Mínima. Rio de Janeiro. Ed. Lumen Juris. 2010. p. 475.

d) O fair use poderia ser aplicado como defesa para manter a menininha no local onde está?

O instituto do “*fair use*”, ou uso justo, constitui uma das exceções ao escopo dos direitos autorais impostos pelo nosso ordenamento jurídico. É importante notar, como bem ensina o Prof. Allan Rocha, que estas exceções aos direitos autorais não podem ser confundidos, de forma alguma, com os limites dos direitos autorais. Assim, esses limites devem ser sempre interpretados extensivamente, enquanto os termos contratuais privados devem ser entendidos de maneira estrita, conforme o mandamento legal.²¹

O caso específico do uso justo, como o conhecemos atualmente, foi primeiro instituído pelo teste de três passos elencados no artigo 9º (2) da Convenção de Berna²². Ele existe para resguardar ao público o direito de, em certos casos especiais, se utilizar de obras protegidas por direitos autorais sem que esse uso configure como uma violação ao direito autoral. Para isso, de acordo com o texto do acordo, o uso da obra protegida tem de ocorrer em circunstâncias específicas delimitadas pelas legislações internas dos países signatários do tratado — primeiro passo; não pode conflitar com o uso comum dado a obra utilizada — segundo passo; e não pode prejudicar de maneira não justificável os interesses legítimos do autor — o terceiro passo.

Tal princípio foi bem abarcado pela legislação nacional, especificamente na redação do inciso VIII do artigo 46 da LDA, ao determinar que um uso não constitui ofensa aos direitos autorais quando ele não for o objetivo principal da obra nova, não prejudicar a exploração normal da obra reproduzida nem prejudica injustificadamente os direitos legítimos do autor da obra reproduzida.

Dessa forma, para que a autora da “*Fearless Girl*” possa se defender com base no uso justo da obra de Di Modica, seria preciso argumentar, primeiramente, que o significado extraído do touro de Wall Street não é o objetivo principal de sua obra — ainda que, de seus depoimentos,

21 SOUZA, Allan Rocha de. Idem. pp. 273 a 275, e 318 a 319.

22 BRASIL, República Federativa do. Decreto 75.699 de 6 de maio de 1975 – Convenção de Berna.

se restem comprovadas a intenção de diálogo entre as duas obras, essa intenção pode não necessariamente se configurar como objetivo principal da obra nova. Em seguida, deverá provar que a escultura da menininha não gera prejuízos à exploração do touro — o que parece ser razoável supor, vez que não há exploração, pelo menos econômica, de nenhuma das obras — para, por fim, provar que tal uso não prejudicam os direitos legítimos de Di Modica, inclusive seus direitos morais de autor — tema também controvertido, como vimos ao explorar a primeira pergunta do presente artigo.

Concluimos, assim, que, para que se defenda das alegações do criador do “*Charging Bull*”, a “*Fearless Girl*” teria de provar não ser uma obra derivada, sendo capaz de sobreviver à obra original e, então, comprovar que a sua inserção no contexto público da obra anterior não gerou nenhum prejuízo na percepção que o público e o próprio autor da escultura tinham da obra pré-existente.

3. A “*Fearless Girl*” e o “*Charging Bull*” contextualizados.

Tendo bem estabelecido os conceitos mais importantes do direito autoral, em uma análise mais fria do caso em tela e da estrutura legal de proteção dos direitos autorais no Brasil, nos resta apenas, agora, tratar do contexto histórico, político e social envolvendo o caso das esculturas, para que possamos fazer uma análise mais profunda das possíveis respostas oferecidas pelo direito autoral ao impasse que a realidade, com todas as suas nuances, nos apresenta.

As notícias ao redor do mundo e o próprio prêmio recebido pela campanha de marketing demonstram de maneira clara que a “*Fearless Girl*” ganhou sim o mundo. A própria existência do presente estudo serve de prova do alcance e da relevância da obra e da mensagem que ela busca passar ao público. Principalmente se considerando a era da internet e das revoluções digitais, poucos poderiam esperar que seria uma escultura de bronze de uma menina a gerar tamanho alvoroço, inclusive no mundo jurídico dos direitos autorais.

O tema da igualdade de gênero vem ganhando força no cenário político mundial exponencialmente há algumas décadas e, cada vez mais, as possibilidades mais amplas de discurso e de distribuição de uma

mensagem ampliam o poder das diversas formas de expressão. Não se pode esperar, portanto, que o direito autoral, justamente o instituto do nosso ordenamento destinado a lidar com as mais poderosas formas de expressão — as artísticas — possa ser aplicado friamente, sem as demais considerações político e sociais que o devem acompanhar.

Seria insensível, pouco razoável e tecnicamente inapropriado fazer uma mera leitura dos termos da LDA, como vimos fazendo até aqui, para dar uma posição definitiva sobre o caso — até porque, como vimos, essa leitura fria não é capaz de responder de forma satisfatória todas as perguntas que o caso traz à tona. E isso está refletido não apenas no pensamento autoral contemporâneo, mas no modo de ver e interpretar a constituição.

Inicialmente é preciso considerar que os artigos 25, 215 e 216 da constituição garantem o direito a acesso à cultura, especificamente aos bens de natureza material ou imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos da sociedade.

Não há restam dúvidas da importância e da complexidade do direito à cultura, como bem elucidada o Prof. Allan Rocha de Souza: “Os direitos culturais tem peculiar relevância na integração da pessoa. Referem-se tanto a aspectos individuais quanto coletivos. Refletem ao mesmo tempo interesses públicos e privados. A justificativa dos interesses culturais remetem, assim, à formação da pessoa para uma existência digna, à construção de identidades, onde o particular e o social se encontram, à inclusão e exercício da cidadania cultural, a capacitação para o diálogo intercultural e ao desenvolvimento socialmente sustentável. Todas estas circunstâncias interagem na justificação dos direitos culturais e informam o seu conteúdo”²³.

Não à toa Eduardo Ariento entende que o direito cultural e o acesso à cultura é um problema de alta complexidade a ser resolvido frente a nossa estrutura legal e social. E não há dúvidas que a estrutura legal de propriedade intelectual, onde está inserida o direito de autor, esteja

23 SOUZA, Allan Rocha de. Direitos Culturais no Brasil. Rio de Janeiro. Azougue. 2012. p. 46.

estruturalmente colocada nesta cena²⁴.

Com ele concorda também Carolina Tinoco, que realça que “em matéria de direito do autor, para sabermos se o balanceamento justificados do mesmo — entre o exclusivo autoral e o acesso à cultura — possui índole constitucional, não basta olharmos para as normas contidas em enunciados expressos. Estamos aqui diante de um chamado *caso difícil*”²⁵.

Dessa forma, ao constatar normas de mesma hierarquia constitucional em claro conflito, nos lembramos dos ensinamentos de Barroso, quando trata do tema da ponderação. “Em suma, consiste ela em uma técnica de decisão jurídica, aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente. A insuficiência se deve ao fato de existirem normas da mesma hierarquia indicando soluções diferenciadas. Nos últimos tempos, a jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, incorporou essa técnica à rotina de seus pronunciamentos”²⁶.

Assim, e concordando com o entendimento de Carolina Tinoco, entendemos que o ponto de equilíbrio que justifica o direito do autor, principalmente frente ao direito de acesso à cultura giram também entorno do conceito de contributo mínimo, de originalidade. E tal conceito, de difícil aceção, é central para ajudar a responder as questões deixadas em aberto, especificamente quanto ao uso justo e a classificação da *Fearless Girl* como obra derivada.

Seguindo a técnica da ponderação, é importante considerar a estrutura econômica e social que o direito autoral visa regular. Temos de lembrar que a concepção de toda obra nova exigem custos, sejam eles financeiros²⁷ ou o que Lander e Posner chamam de custo de expressão²⁸.

24 ARIENTE, Eduardo Altomare. *A Função Social da Propriedade Intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2015. p. 219.

25 RAMOS, Carolina Tinoco; BARBOSA, Denis Borges; SOUTO MAIOR, Rodrigo. *Idem*. pp. 395 e 396.

26 BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5ª Edição. Saraiva. Rio de Janeiro. 2015. p.373.

27 LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *Ibidem*.

28 Carolina Tinoco bem ressalva que “Nenhuma criação sugre do nada cultural. Dessa forma, importantíssimo ressaltar que para que uma criação possua o contributo mínimo ela não deve ter sido criada a partir do nada; ela não precisa ser inovadora a ponto de não conter nenhum element disponível em contexto cultural. Pelo

E, como nos ensina Lessig: “esses custos são o ônus de um tipo de regulamentação (...). O Governo define o escopo destes direitos e o escopo definido determina o quanto custará negociá-los”²⁹.

Assim, ao analisar, por exemplo, o ponto sobre a obra de Visbal como obra derivada, esses custos devem também ser levados em conta. É necessário compreender que impor um nível maior de originalidade à obra para que ela não seja considerada como derivada aumentaria consideravelmente os custos de expressão não apenas para Visbal, mas para a sociedade como um todo³⁰.

Além disso, a tendência de, cada vez mais, impor aos novos autores a obrigatoriedade de buscar autorizações — através, por exemplo, de uma interpretação expansiva do conceito de obra derivada — aumenta exponencialmente os custos da reutilização criativa. E, como bem apontado mais uma vez por Lessig, “esses custos se igualam ao do uso justo: ou você paga um advogado para defender seus direitos, ou paga um advogado para conseguir permissões, para não precisar depender do direito de uso justo. De qualquer forma, o processo criativo é um processo de *pagar advogados* — de novo um privilégio, ou talvez uma maldição, reservada à poucos”³¹.

contrario, as criações de um modo amplo, inclusive as autorais, acabam sendo fruto do meio cultural disponível. Já era assim para Shakespeare, foi assim com Walt Disney e continua sendo assim hoje em dia. RAMOS. Carolina Tinoco; BARBOSA, Denis Borges; SOUTO MAIOR, Rodrigo. Idem. p. 327.

29 LESSIG, Lawrence. Cultura Livre. São Paulo. Trama. 2005. p. 119

30 Já dizia Aristóteles, em sua poética, que o instinto humano de imitação é implantado desde a infância, sendo que a diferença entre o humano e os animais era que o humano era a criatura mais copiadora de todas as criaturas vivas, e é através dessa capacidade de imitação que aprendemos nossas lições. Indo além, o clássico filósofo grego ainda assevera que “não menos universais são os prazeres sentidos ao imitar as coisas”. ARISTÓTELES, Poética. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bk000425.pdf>>. Acesso em 08 de setembro de 2017.

31 LESSIG, Lawrence. Idem. p. 122.

4. CONCLUSÃO

Tendo tecido essas considerações, é importante também lembrar que não se pode abandonar a aplicação da lei. E, como vimos, o caso é controvertido quando se olha friamente para a estrutura legal disponível, sendo necessário um grande exercício de ponderação para fazer com que a estrutura legal esteja de acordo com o contexto social do caso.

Fato continua restando que é possível caracterizar o dano a personalidade do autor, o que ensejaria violação de seu direito moral; além disso, também é importante considerar que tratamos de uma campanha de marketing. Ainda que ela não trate da venda de produtos, existe uma promoção da marca da corretora de valores, ainda muito claramente associada a obra, o que daria a escultura um caráter mais comercial.

E, como bem aponta o professor Allan Rocha de Souza, “a definição da função social dos direitos autorais é o reflexo da expressão dos direitos da coletividade na estrutura jurídica de proteção aos direitos autorais. Devem guiar a configuração desta função social os seguintes critérios: ausência de fins lucrativos; finalidade instrucional, cultural ou informativa; não causa prejuízo relevante ou injustificado à exploração comercial da obra; aplicabilidade exclusiva sobre os direitos patrimoniais”³².

Dessa forma, se poderia considerar sim uma intervenção judicial no caso, como, por exemplo, a obrigação de retirada da placa aos pés da menina que indica a marca da empresa que patrocinou a campanha, porém, nunca para retirada de uma ou outra obra do local onde estão, sob pena de ferir a coletividade e o acesso à cultura.

É importante analisar o dano causado a Di Modica, sim, e importante tentar repará-lo, mas isso deve ser feito levando em conta os impactos socioeconômicos que a justificativa para essa punição acarretaria, principalmente nos custos de expressão e nos custos financeiros envolvidos com a atividade artística.

E, por último, ainda que se leve em consideração que a “*Fearless Girl*” teve claro propósito de dialogar exclusivamente com o “*Charging Bull*” nos parece difícil comprovar que a escultura da menina perderia

32 SOUZA, Allan Rocha de. Op. Cit. p. 319.

o seu significado e poder caso o touro não estivesse ali — a retirada posterior do touro, especialmente, poderia até aumentar o significado da escultura da menina, significando uma vitória no embate. Talvez o seu impacto social tivesse sido diminuído e talvez a campanha de marketing não tivesse sido tão bem sucedida, ganhando tantos prêmios; talvez até o seu título pudesse ser diferente, porém ,tratamos de uma avaliação autoral e não comercial da obra. Não nos pareceria razoável crer que tal estátua, colocada no centro da ainda que sozinha, não pudesse passar uma mensagem clara sobre empoderamento, mesmo que uma menos eficaz.

Por isso, defendemos, de acordo com o ordenamento brasileiro, tanto que o uso da obra de Di Modica tenha sido justo como que — e consequentemente — a obra de Visbal possui um grau suficiente de contributo mínimo para que possa ser considerada uma obra original — que, sim, dialoga com outra — e não meramente uma obra derivada.

BIBLIOGRAFIA

ARIENTE, Eduardo Altomare. A Função Social da Propriedade Intelectual. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2015. 330 p;

ARISTÓTELES, Poética. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bk000425.pdf>>. Acesso em 08 de setembro de 2017;

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Autoral. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.754 p.;

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5ª Edição. Saraiva. Rio de Janeiro. 2015. 576p;

BITTAR, Carlos Alberto. Direito de Autor. 6ª Ed. atual e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015;

BRANCO, Sérgio. A natureza jurídica dos direitos autorais. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Branco-civilistica.com-a.2.n.2.2013.pdf>. Acessado em 01 de setembro de 2017;

BRASIL, República Federativa do. Constituição Federal de 1988;

___ Decreto 75.699 de 6 de maio de 1975 – Convenção de Berna;

___ Lei 9.601 de 19 de fevereiro de 1998;

___ Recurso Especial no. 617130/DF – Superior Tribunal de Justiça – Min. Rel. Antônio de Pádua Ribeiro. Julgado em 17 de março de 2005;

LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. Massachusetts, London; Harvard University Press. 2003. 442 p;

LESSA, Isabella. As Mulheres por Trás da “Fearless Girl”. Disponível em: <http://cannes.meioemensagem.com.br/cobertura2017/2017/06/25/as-mulheres-por-tras-de-fearless-girl/>. Acessado em 19 de agosto de 2017;

LESSIG, Lawrence. *Cultura Livre*. São Paulo. Trama. 2005. 339 p.;

MCARTHY, Tom. Fearless Girl vs. Charging Bull: New York’s Biggest Public Art Controversy in Years. Disponível em: <https://www.theguardian.com/us-news/2017/apr/14/fearless-girl-statue-women-new-york-bull>. Acessado em 18 de agosto de 2017.

MARTINEZ, Nicole. Is “Fearless Girl” a Derivative Work? “Charging Bull” thinks so. Disponível em: <https://artlawjournal.com/fearless-girl-derivative-work/>. Acessado em 28 de agosto de 2017.

MORAES, Rodrigo. Conflito entre Direito Moral à Integridade da Obra de Arte Plástica e Direito de Propriedade do Dono do Suporte. Casos Práticos e Critérios de Solução. p. 4 . Disponível em: http://www.rodrigomoraes.adv.br/arquivos/downloads/O_direito_moral_do_artista_plastico_em_conflito_com_o_direito_de_propriedade_do_dono_do_suporte__versao_final_5B1_5D.pdf Acessado em 08 de setembro de 2017.

___ Os Direitos do Autor: Repersonalizando o Direito Autoral. pp. 25, 198 e 188. Disponível em: <http://www.rodrigomoraes.com.br/arquivos/downloads/Os_Direitos_Morais_do_Autor___Rodrigo_Moraes.pdf>. Acessado em 01 de setembro de 2017.

ROONEY, Jennifer. 'Fearless Girl': State Street Global Advisors' CMO On The Rationale, The Controversy And What's Next. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/jenniferrooney/2017/04/21/fearless-girl-state-street-global-advisors-cmo-on-the-rationale-the-controversy-and-whats-next/#3bfe3103382a>. Acesso em 20 de agosto de 2017.

RAMOS. Carolina Tinoco; BARBOSA, Denis Borges; SOUTO MAIOR, Rodrigo. O Contributo Mínimo na Propriedade Intelectual: Atividade Inventiva, Originalidade, Distinguibilidade e Margem Mínima. Rio de Janeiro. Ed. Lumen Juris. 2010. 578 p.

SOUZA, Allan Rocha de. A Função Social dos Direitos Autorais: Uma interpretação Civil-Constitucional dos limites da proteção jurídica. Col. José do Patrocínio. V.4. Ed. Faculdade de Direito de Campos. Campos dos Goytacazes. 2006. 339 p;

___ Direitos Culturais no Brasil. Rio de Janeiro. Azougue. 2012.

VISBAL, Kirsten. Wall Street's 'Fearless Girl' speaks, via sculptor Kristen Visbal. Em entrevista para The Enquirer. <http://www.philly.com/philly/business/personal_finance/Fearless-Girl-Speak-Sculptor-Kristen-Visbal-to-Raise-Funds-For-Girls-Inc-of-Delaware-Speak-May-18.html>. Atualizado em 23 de maio de 2017. Acessado em 18 de agosto de 2017.

