

RESTITUIÇÃO DE BENS CULTURAIS: UMA ANÁLISE JURÍDICA SOBRE A AQUISIÇÃO DE OBRAS DE ARTE PELO MASP NO PERÍODO PÓS-GUERRA

RESTITUTION OF CULTURAL GOODS: A LEGAL ANALYSIS ON THE ACQUISITION OF PIECES OF ART BY MASP IN THE POST-WAR PERIOD

GABRIELA PINTO BRITO DE FIGUEIREDO¹

RESUMO: Este trabalho investiga a situação jurídica de algumas obras de arte presentes no acervo do Museu de Arte de São Paulo – MASP, através do estudo das normas de direito interno e de direito internacional. A criação desse artigo científico tem por objetivo explicar o instituto da Restituição, que é tão pouco conhecido no Brasil, fornecendo exemplos práticos e fontes normativas, além de contextualizar historicamente todos os casos. A metodologia adotada baseia-se na narrativa do momento histórico ensejador do problema jurídico-social abordado, qual seja a perda de bens culturais por judeus em decorrência do Nazismo; na análise do Código Civil Brasileiro no que diz respeito aos negócios jurídicos e as suas causas de invalidade, à evicção e à responsabilidade civil; na análise das Convenções e Declarações Internacionais que abarcam a proteção de bens culturais; e no estudo de casos semelhantes ocorridos em outros países. Por fim, pretende-se encontrar o melhor e mais adequado caminho jurídico a se tomar diante dos fatos apresentados, propiciando mais do que uma justiça entre as partes, mas, uma justiça social e histórica entre povos.

PALAVRAS-CHAVE: restituição; obras de arte; MASP; Nazismo; direitos humanos.

ABSTRACT: This work investigates the legal situation of some pieces of art held in the São Paulo Museum of Art - MASP, studying the rules of domestic and international law. The creation of this paper intends to explain the institute of Restitution, which is not well known in Brazil, providing practical examples, normative sources and the historical context of all cases. The methodology is based

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, Paraíba. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3069350562958573>. E-mail: amaranta_vas@hotmail.com

on the narrative of the historical moment responsible for emerging the legal and social problem focus of this study, which is the loss of cultural property by jews as a result of the Nazism; on the analysis of the Brazilian Civil Code regarding legal transactions and its causes of invalidity, the eviction and civil responsibility; on the analysis of International Conventions and Declarations concerning the protection of cultural property; and also on the study of similar cases in other countries. Finally, it intends to find the best and most appropriate legal path to take accordingly to the facts presented, providing more than justice between people, but a social and historical justice between nations.

KEYWORDS: restitution; pieces of art; MASP; nazism; human rights.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo pode ser entendido como fruto de uma influência recíproca do Direito e a Arte. Mais especificamente, trata-se de um estudo analítico das normas de direito interno e externo sobre algumas obras de arte contidas no acervo do Museu de Arte de São Paulo, o MASP, as quais foram adquiridas no período do pós-guerra e que são alvos de reivindicações, por enquanto extrajudiciais, envolvendo famílias judias que foram vítimas da ideologia nazista durante a 2.^a Guerra Mundial. Além do mais, busca-se, através desse presente estudo, encontrar a mais justa e adequada instrumentalização jurídica para se concretizar o Direito nesses casos.

Se a relação de direito e arte se dá como a penetração da forma jurídica na arte, pode-se vislumbrar também uma relação de sentido reverso: a penetração da forma artística no direito. Neste caso, mais propriamente, caberia falar a respeito de duas possíveis relações: a da forma artística com o direito e a da forma artística com o justo (Gladston Mamede *et al.*, 2015, p. 24).

Aos olhares dos iniciantes ou leigos, a relação entre direito e arte parece ser um vínculo de mera exterioridade: o direito, por suas próprias razões, dá apenas a proteção dos direitos do autor da obra de arte e daquele que venha a adquiri-la, ou seja o proprietário de seus direitos patrimoniais. Ocorre que, além dessa relação de exterioridade, há uma íntima e recôndita conexão entre direito e arte: das mesmas estruturas sociais advém a forma jurídica e a forma pela qual a arte é tomada historicamente (Gladston Mamede *et al.*, 2015, p. 17).

Atravessando a História, conhecendo o contexto de formação do acervo artístico do MASP, e compreendendo a legislação pátria, mais precisamente, o Código Civil

Brasileiro, e as convenções e declarações internacionais que versam sobre a proteção do patrimônio histórico-cultural, torna-se possível a cognição e previsão do que o futuro reserva aos bens culturais, presentes nesse museu, e que são hoje requisitados por herdeiros de família judias.

A análise do diploma brasileiro enriquece esse estudo apenas por fornecer uma ideia da postura acolhida pelo Brasil diante de eventos semelhantes aos que serão narrados, uma vez que não há aplicabilidade de suas normas, pois o instituto da prescrição impede tal feito.

É com o exame dos tratados e declarações internacionais, entretanto, que se adquire soluções e meios mais práticos, tal qual a restituição, para resolução desses conflitos, uma vez que suas normas e princípios jurídicos são perfeitamente adequados aos fatos objeto desse estudo.

Ao final, serão apresentados alguns casos, ocorridos na Europa, que envolvem também a requisição e restituição de obras de arte por herdeiros judeus, permitindo um melhor entendimento sobre esse assunto que se apresenta como novidade, pelo menos no Brasil. Entre os casos estudados estão: a petição de devolução de 6 quadros de Gustave Klimt por Maria Altman perante a Áustria; o processo que envolve a restituição da obra *Le Grand Pont* de Gustave Courbet, acionado pelos herdeiros de Weinmann contra Herbert Schaefer e a galeria de arte da Universidade de Yale; e o caso da obra de Jan Van Scorel *Madonna and Child with Wild Roses*, requisitado pelos herdeiros de Gross-Eisenstadt, frente ao Conselho Municipal de Utrecht, na Holanda.

2 SOBRE O MASP

O MASP, acrônimo adotado para Museu de Arte de São Paulo, é um museu privado, sem fins lucrativos, fundado e idealizado, em 1947, por Assis Chateaubriand, proprietário do Diário e Emissoras Associados. É considerado o mais importante museu, em relação a arte ocidental, de todo o Hemisfério Sul. Situado na famosa Avenida Paulista, captura atenção de todos por sua moderna e inovadora construção, obra da arquiteta Ana Maria

Bardi, esposa de Pietro Maria Bardi, este que foi peça fundamental para a formação desse estimado museu.

Chateaubriand, que tinha enorme influência na sociedade local, conseguiu muitas doações de peças artísticas junto a pessoas e famílias ricas, assim como convidou o crítico e *marchand* – palavra de origem francesa que adquiriu o sentido de negociador de obras de arte – Pietro Maria Bardi, que permaneceu na função de diretor do MASP por 45 anos, para selecionar obras no Brasil e no exterior, e, dessa forma, fundar o primeiro museu de arte moderna do Brasil.

Hoje, esse museu conta com mais de 8.000 artefatos, dentre eles pinturas, esculturas, fotografias, vestuário de diversos períodos, abrangendo a cultura europeia, africana, asiática e das Américas. Seu acervo possui obras de artistas de grande renome nacional, como Candido Portinari, Di Cavalcanti, Anita Malfatti, Almeida Júnior, e internacional, como Rafael, Mategna, Botticelli, Delacroix, Renoir, Monet, Cezanne, Picasso, Modigliani, Toulouse-Lautrec, Van Gogh, Matisse e Chagall.

Em 1982, o MASP foi tombado pelo CONDEPHAAT – Conselho de Defesa do Patrimônio Histórico, Arqueológico, Artístico e Turístico do Estado – e, em 2003, pelo IPHAN – Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Integra, inclusive, o “Clube dos 19”, por possuir acervo de arte europeia do século 19.

3 POR QUE RELACIONAR O ACERVO DO MASP COM O DIREITO?

Para poder responder a esse pertinente questionamento, é necessário voltar ao período da 2.^a Guerra Mundial, momento marcante da História, que possui repercussão até os dias atuais. Adolf Hitler, em suas ideologias, não apenas tinha interesse por unificar e “purificar” a “raça” ariana e formar o seu território “vital”, através de conquistas espaciais. Ele também possuía um outro tipo de ambição, que, para uns, era supérflua, e para outros, mais profunda e essencial que qualquer outra: fundar o Museu do Fuhrer, na sua cidade natal, Linz.

A fim de realizar tal desejo, foi necessário estabelecer o que era arte para a cultura germânica e eliminar toda aquela que não se enquadrava nessa tipologia, a chamada arte “degenerada”, que diziam estar influenciada pelo “perverso espírito judaico”. Tais obras

pertenciam principalmente ao movimento modernista e eram associadas normalmente aos judeus, por estes terem sido grandes mecenas de seus artistas contemporâneos. Os diretores dos museus pertencentes ao Terceiro Reich foram obrigados a desfazer-se de obras da família da “arte degenerada”, produzidas pelos mais notáveis pintores da época, de Vincent Van Gogh a Pablo Picasso. Em um de seus discursos, Hitler pronunciou:

No tocante aos artistas degenerados, eu os proíbo de levar ao povo suas experiências”. “Se eles veem campos azuis, é porque estão transtornados, deveriam ir para um hospício. Se só querem vê-los azuis, são criminosos e devem ser mandados para a prisão. Limparei a nação da presença deles e não permitirei que qualquer um participe de sua corrupção. O dia do castigo chegará (Trecho do discurso de Hitler em Munique, 1937, Forster; Gardner, 1987, *apud* O’Connor, 2013, p. 110).

Dessa forma, as artes esteticamente marginalizadas pelo Nazismo ou eram destruídas, ou eram guardadas por apreço, paradoxal e silencioso, nas casas e gabinetes particulares do alto comissariado alemão.

Mas os judeus não possuíam apenas arte moderna em suas residências, muito pelo contrário, tinham coleções de porcelanas, esculturas, quadros, relógios, entre outros objetos antiquíssimos, assim como perfeitamente encaixados no estereotipo de arte “ariana”. Para usurpá-las, as autoridades nazistas se utilizaram de argumentos sem fundamentos, inventando dívidas e atribuindo crimes fiscais aos grandes empresários judeus – quando forneciam explicações, que, algumas vezes, nem isso faziam. Assim, milhares de obras valiosíssimas foram saqueadas, tendo como possíveis destinos: a destruição, o acervo particular das autoridades nazistas, o acervo do Museu do Fuhrer e a venda em leilões para se adquirir dinheiro a fim de manter o império nazista.

Por outro lado, muitas obras saíram da propriedade de judeus, por estes não verem outra solução senão vendê-las e, assim, conseguir arrecadar dinheiro necessário para sair de seus países, que àquela época pertenciam ao domínio nazista. Eram cobrados pelas autoridades valores altíssimos para se conseguir esses passes. Outras vezes, simplesmente não permitiam e os encaminhavam para campos de concentração.

Com a economia europeia em crise no pós-guerra, essas obras adquiridas por todos os meios ilícitos, com procedência totalmente obscura, foram vendidas em leilões e

compradas por *marchands* de todas as nacionalidades. Eram obras inestimáveis que voltavam ao mercado de arte por preços baixíssimos.

Como consequência, coleções artísticas de milhares de judeus estão espalhadas por todo o mundo, fruto de um caos tenebroso gerado pela 2.^a Guerra Mundial.

E foi assim que Pietro Maria Bardi arrematou diversas peças artísticas para o MASP, indo a leilões europeus, na segunda metade do século XX, onde havia grande oferta de obras de valor histórico e artístico altíssimos, entretanto com valores econômicos, pelas circunstâncias de crise, baixíssimos. Além disso, como o MASP foi formado por muitas doações, e não apenas, por compras às expensas de Chateaubriand e olhos técnicos de Bardi, poderá haver obras também de origem desconhecida, herdadas ou compradas por famílias ricas brasileiras e que foram doadas posteriormente ao museu.

No ano de 1951, Harry Fisher, proprietário da galeria Marlborough, ofereceu ao MASP uma coleção de 73 bronzes de Edgar Degas (1834-1917), pintor e escultor francês muitíssimo renomado. Após negociação, as obras chegaram ao Brasil em 1954. Em 2013, representantes dos herdeiros do *marchand* alemão Alfred Flechtheim (1878-1937), entraram em contato com o MASP e com a galeria Marlborough a fim de conseguir informações sobre a proveniência de cinco das setenta e três bailarinas esculpidas em bronze de Degas, que se encontram no museu paulista. Os advogados alegaram que as peças pertenceram ao galerista judeu, que saiu da Alemanha, em decorrência do regime nazista, deixando para trás grande parte de sua coleção. Como o *marchand* não deixou filhos, seu espólio foi herdado pelo seu sobrinho, hoje representado legalmente por sua esposa e por seu filho.

Outro caso semelhante é o do quadro “Casamento Desigual” que, atribuído a um discípulo de Quentin Metsys (1466-1530) e presente no MASP desde 1965, através de doação, está também sob o foco do acerto de contas da História, desde 2008. Segundo um escritório de advocacia alemão, representante dos herdeiros do banqueiro Oscar Wassermann, a pintura deveria pertencer aos quatro netos dos banqueiros, pois ela teria sido vendida pelas duas filhas de Wassermann, dois anos após sua morte, de forma forçada, para assim conseguir pagar a taxa de saída da Alemanha nazista exigida aos

judeus. Para o advogado Henning Kahmann, de acordo com entrevista dada ao jornal “O Globo”, a família judia está aberta a negociar uma indenização, embora idealmente queira a devolução da tela.

Diante dessas situações geradas pelo Nazismo, necessária se faz uma análise jurídica casuística, através do conhecimento das normas que vigoram em nosso ordenamento pátrio e das normas de direitos humanos estabelecidas no âmbito internacional, a fim de encontrar soluções para dirimir esses conflitos históricos.

4 ANÁLISE ATRAVÉS DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Através da leitura do artigo 206 do Código Civil Brasileiro, é de fácil percepção que a legislação brasileira, devido ao instituto da prescrição, não pode mais ser aplicada aos casos que este presente estudo trata, uma vez que ocorreram há décadas. Entretanto, conhecer a doutrina e as normas que vigoram domesticamente sobre os negócios jurídicos, as suas causas de invalidade, sobre a evicção e sobre responsabilidade civil é importante para se obter uma inteligência do que o ordenamento jurídico brasileiro defende como um todo diante de situações semelhantes as ora apresentadas, em obediência, primordialmente, a Carta Magna.

A categoria dos negócios jurídicos foi desenvolvida graças ao esforço da doutrina germânica, em período relativamente recente. Por isso, o Código Civil de 1899 ainda não dispensava a devida atenção a esse instituto civil.

Com a elaboração do Código Civil de 2002, tal inconveniente foi eliminado, ao ser estabelecido, na Parte Geral, o conteúdo exaustivo dos negócios jurídicos.

É preciso salientar que o Direito Contemporâneo vem adotando uma concepção bastante diferente da clássica teoria do negócio jurídico. A vontade, que era o centro e o foco de todo negócio jurídico, foi perdendo sua conotação absoluta - que se moldava no individualismo francês, fruto do racionalismo, da era iluminista -, sendo condicionada, paulatinamente, por normas de ordem pública.

Os agentes emissores da vontade passaram a ser considerados como partes nem sempre iguais, em uma dada relação jurídica, tendo em vista a priorização dos princípios

da igualdade material e da dignidade da pessoa humana, pois a igualdade formal estava servindo como argumento para se justificar situações de inegável injustiça.

O que se pretende demonstrar, simplesmente, é que a moderna teoria geral do direito civil, erigida em sólida base constitucional, deve firmar seus alicerces na autonomia da vontade e na livre iniciativa, sem que se deixem de observar os princípios de direito e de moral que devem pautar o solidarismo social (Stolze; Pamplona Filho, 2013, p. 358).

Ao analisar a manifestação de vontade livre e de boa-fé, que é um dos pressupostos de validade do negócio jurídico, a doutrina nos faz perceber quão nulos ou anuláveis seriam os atos praticados pelos nazistas se os fizessem nos dias atuais e em solo brasileiro, demonstrando indubitavelmente sua posição de reprovamento diante das situações de vendas forçadas pelos judeus de seus bens.

Como já mencionado, no início deste tópico, esta análise dos atos nazistas, tendo por base o Código Civil, serve apenas para estimular uma reflexão acerca do entendimento geral do ordenamento jurídico brasileiro, que apenas poderá servir de norte no momento de aplicação das normas dos tratados internacionais, que serão as mais adequadas para esses casos, que extrapolaram os contornos temporais de sua época, produzindo efeitos até os dias hodiernos.

Segundo a doutrina brasileira dominante, portanto, dois princípios devem convergir para que se possa reconhecer como válida a manifestação de vontade: o princípio da autonomia privada e o princípio da boa-fé, sendo este o que mais importa para presente estudo.

A boa-fé erige-se como o preceito ético informador da vontade negocial válida. É preciso compreender que, além da noção de boa-fé subjetiva, que se relaciona com o estado psicológico do agente, deve-se atentar para a boa-fé objetiva, que é estabelecida através de um padrão ético médio de confiança recíproca em uma relação, como bem informa, Bruno Lewick:

Para além da análise de uma possível má-fé subjetiva no agir, investigação eivada de dificuldades e incertezas, faz-se necessária a consideração de um patamar geral de atuação, atribuível ao homem médio, que pode ser resumido no seguinte questionamento: de que maneira o bônus *pater familiae*, ao deparar-se com a situação em apreço? Quais seriam as suas expectativas e as suas atitudes, tendo em

vista a valoração jurídica, histórica e cultural do seu tempo e de sua comunidade? (*apud* Stolze; Pamplona Filho, 2013, p. 382).

O capítulo IV do Código Civil de 2002 traz os defeitos do negócio jurídico, que, ao serem identificados em casos concretos, ensejam a anulação dos seus atos, atingindo inclusive o plano da existência do negócio jurídico.

Um desses vícios se intitula “Erro ou Ignorância”, cujo entendimento se extrai do próprio diploma: “Art. 138. São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio” (Brasil, *Código Civil Brasileiro*, 2002).

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho, seguindo obra do professor italiano Roberto Ruggiero, elaboraram um esquema dos diferentes tipos de erro: *error in negotio*, *error in corpore*, *error in substantia* e *error in persona*.

O *error in substantia* seria o que caracterizaria o defeito do negócio jurídico realizado entre Pietro Maria Bardi e Assis Chateaubriand e os vendedores das obras de arte na Europa. Esse tipo de erro é o que versa sobre a essência de determinado objeto ou de suas propriedades principais. É o erro que incide sobre suas qualidades. Isso sendo aplicável, hipoteticamente, apenas se não comprovado o conhecimento pelos adquirentes das obras, à época, da procedência obscura dos bens à venda.

Art. 151. A coação, para viciar a declaração da vontade, há de ser tal que incuta ao paciente fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens.

[...]

Art. 156. Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.

[...]

Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta (Brasil, *Código Civil Brasileiro*, 2002).

Quando da observação dos defeitos do negócio jurídico provenientes de coação, do estado de perigo e da lesão (artigos 151 a 157 do CC/02), percebe-se com clareza também a possível interligação aos fatos ocorridos sob o regime nazista, pois famílias judias

tiveram que vender seus bens, para conseguirem escapar das perseguições que assolavam todo o território dominado pelo Fuhrer e que ameaçavam suas vidas. Para poder melhor enquadrar cada situação em uma dessas hipóteses de anulabilidade, faz-se necessário um mais aprimorado detalhamento dos casos concretos, pois como se percebe da leitura dos artigos, há possibilidade de subsunção dos fatos a qualquer um deles.

A evicção é outro instituto jurídico, acolhido pelo Código Civil Brasileiro, bastante pertinente a esse estudo. É uma figura que remete à ideia de perda e que a proteção contra seus efeitos se apresenta como uma garantia contratual dos contratos onerosos, prezando pela reparação da situação, tornando-a ao *status quo ante*. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho conceituam-na assim:

Consiste a evicção na perda, pelo adquirente (evicto), da posse ou propriedade da coisa transferida, por força de uma sentença judicial ou ato administrativo que reconheceu o direito anterior de terceiro, denominado evictor (Stolze; Pamplona Filho, 2014, p. 243).

Nota-se que sua previsão legal é fruto da necessidade de proteção ao adquirente de boa-fé (evicto) em uma eventual alienação de coisa não pertencente ao alienante.

Art. 447. Nos contratos onerosos, o alienante responde pela evicção. Subsiste esta garantia ainda que a aquisição se tenha realizado em hasta pública.

[...]

Art. 450. Salvo estipulação em contrário, tem direito o evicto, além da restituição integral do preço ou das quantias que pagou:

I - à indenização dos frutos que tiver sido obrigado a restituir;

II - à indenização pelas despesas dos contratos e pelos prejuízos que diretamente resultarem da evicção;

III - às custas judiciais e aos honorários do advogado por ele constituído.

Parágrafo único. O preço, seja a evicção total ou parcial, será o do valor da coisa, na época em que se evenceu, e proporcional ao desfalque sofrido, no caso de evicção parcial.

[...]

Art. 457. Não pode o adquirente demandar pela evicção, se sabia que a coisa era alheia ou litigiosa (Brasil, *Código Civil Brasileiro*, 2002).

Por certo, mais uma vez, o diploma civil brasileiro se apresenta com forte conexão ao princípio da boa-fé objetiva, entendimento que se extrai do artigo 457, acima transcrito.

Compreendendo esse instituto, torna-se muito simples reconhecer a postura da legislação brasileira diante dos fatos aqui narrados inicialmente.

Saber se Chateaubriand e Bardi tinham conhecimento da proveniência obscura das obras que adquiriram no mercado europeu e que hoje são objetos de discussão, é imprescindível para a análise através do Código Civil, e, mais ainda, reputar se era um dever deles atinar, antes da compra, para o exame detalhado dos registros das peças de arte, uma vez que, sendo considerado isso uma obrigação, haveria uma supressão da boa-fé objetiva por parte deles, que descumpriram um dever conexo ao negócio jurídico, não possuindo direito algum em relação ao alienante, que nesse caso estaria representado pelas galerias ou pelas casas de leilões europeias, pois considerar-se-ia que a conduta deles foi de má-fé, acobertando uma situação irregular e ilícita, qual seja a compra e venda de bens pertencentes a terceiros.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito (Brasil, *Código Civil Brasileiro*, 2002).

Pela leitura do artigo do Código Civil acima transcrito, adentramos na concepção civil de ato ilícito. E, ainda através dele, extraímos os elementos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil, quais sejam: conduta humana (positiva ou negativa), dano ou prejuízo, e nexos de causalidade.

A responsabilidade civil é uma das ramificações jurídicas do instituto da responsabilidade e consiste no dever de reparar o dano, causado por meio de um ato ilícito, à esfera patrimonial ou moral da vítima, buscando-se restaurar o status quo ante, que, não sendo possível a realização dessa restauração, converte-se a sanção em uma indenização (importância equivalente ao valor do bem material) ou em uma compensação (direito não redutível pecuniariamente).

Essa responsabilidade pode ser dividida em: subjetiva e objetiva. A primeira é a decorrente de dano causado em função de ato doloso ou culposos (sua caracterização se dá através da interpretação da primeira parte do artigo 186, supramencionado). A noção básica da responsabilidade civil subjetiva é o princípio segundo o qual cada um responde pela própria culpa. Por se apresentar como fator constitutivo do direito a pretensão

reparatória, a culpa deverá sempre ser provada por esforços do autor da ação, ou seja, a vítima, vez que o ônus da prova recai sobre ele.

Há casos em que o elemento “culpa” é presumido, em função do dever geral de vigilância que está obrigado o réu, é a chamada responsabilidade civil indireta. Caio Mário da Silva Pereira elucida bem esse tema:

Na tese da presunção de culpa subsiste o conceito genérico de culpa como fundamento da responsabilidade civil. Onde se distancia da concepção subjetivista tradicional é no que concerne ao ônus da prova. Dentro da teoria clássica da culpa, a vítima tem de demonstrar a existência dos elementos fundamentais de sua pretensão, sobressaindo o comportamento culposo do demandado. Ao se encaminhar para a especialização da culpa presumida, ocorre uma inversão do *onus probandi*. Em certas circunstâncias, presume-se o comportamento culposo do causador do dano, cabendo-lhe demonstrar a ausência de culpa, para se eximir do dever de indenizar. Foi um modo de afirmar a responsabilidade civil, sem a necessidade de provar o lesado a conduta culposa do agente, mas sem repelir o pressuposto subjetivo da doutrina tradicional.

Em determinadas circunstâncias, é a lei que enuncia a presunção. Em outras, é a elaboração jurisprudencial que, partindo de uma ideia tipicamente assentada na culpa, inverte a situação impondo o dever ressarcitório, a não ser que o acusado demonstre que o dano foi causado exclusivamente pelo comportamento da própria vítima (Pereira *apud* Stolze; Pamplona Filho, 2014, p. 58).

Entretanto, há situações em que sequer é necessária a presença da culpa, nas quais se vislumbra a denominada responsabilidade civil objetiva. O parágrafo único do artigo 927 do Código sob análise, estabelece:

Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (Brasil, *Código Civil Brasileiro*, 2002).

Indispensável, porém, para a configuração da responsabilidade civil, é a existência de um dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não, responsabilidade sem dano. Pode-se conceituar esse elemento como sendo a lesão a um interesse juridicamente protegido, patrimonial ou não, ocasionado por uma conduta, comissiva ou omissiva, do sujeito infrator: “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano” (Brasil, *Código Civil Brasileiro*, 2002).

Para que o dano seja efetivamente reparado, é necessário constatar dois requisitos mínimos: a violação de um interesse juridicamente relevante de uma pessoa, física ou jurídica, e a certeza da ocorrência de um dano. Ninguém será obrigado a reparar um dano hipotético. Maria Helena Diniz, com propriedade, diz: “A certeza do dano refere-se a sua existência, e não, a sua atualidade, ou ao seu montante” (2002, p. 60).

Tratando-se das formas de reparação de danos, Orlando Gomes, brilhantemente, elucida:

Reposição natural quando o bem é restituído ao estado em que se encontrava antes do fato danoso. Constitui a mais adequada forma de reparação, mas nem sempre é possível, e muito pelo contrário. Substitui-se por uma prestação pecuniária, de caráter compensatório. Se o autor do dano não pode restabelecer o estado efetivo da coisa que danificou, paga a quantia correspondente a seu valor. É rara a possibilidade da reposição natural. Ordinariamente, pois, a prestação de indenização se apresenta sob a forma de prestação pecuniária, e, às vezes, como objeto de uma dívida de valor. Se bem que a reposição natural seja o modo próprio de reparação do dano, não pode ser imposta ao titular do direito à indenização. Admite-se que prefira receber dinheiro. Compreende-se. Uma coisa danificada, por mais perfeito que seja o conserto, dificilmente voltará ao estado primitivo. A indenização pecuniária poderá ser exigida, concomitantemente com a reposição natural, se esta não satisfizer suficientemente o interesse do credor. Se o devedor quer cumprir a obrigação de indenizar mediante reposição, o credor não pode exigir a substituição de coisa velha, por nova, a menos que o reparo não restabeleça efetivamente o estado anterior. Por outro lado, o devedor não pode ser compelido à restituição in natura, se só for possível mediante gasto desproporcional (Orlando Gomes, 1994 apud Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho, 2014, p. 102).

Sobre isso, nosso diploma civil prevê:

Art. 952. Havendo usurpação ou esbulho do alheio, além da restituição da coisa, a indenização consistirá em pagar o valor das suas deteriorações e o devido a título de lucros cessantes; faltando a coisa, dever-se-á reembolsar o seu equivalente ao prejudicado (Brasil, *Código Civil Brasileiro*, 2002).

Dessa forma, finalizamos a análise do que seria aplicável do Código Civil Brasileiro às situações ora relatadas neste artigo, com o entendimento da responsabilidade civil. Notando-se que a restituição do bem artístico, objeto que foi alvo de atos ilícitos, é a melhor e mais apropriada opção para a resolução de conflitos, contudo, sem afastar

necessariamente, a reparação pecuniária, pelos danos eventualmente causados a moral e ao patrimônio da vítima ou do adquirente de boa-fé. Interessante perceber que essa é a posição também defendida pelo sistema normativo internacional, como ficará demonstrada no próximo tópico.

5 ANÁLISE ATRAVÉS DO DIREITO INTERNACIONAL

Independentemente de altos valores, as obras de arte, na maioria dos casos, são a única ligação da memória ao passado, anterior à Guerra, que os reais proprietários possuem. Mais do que um direito patrimonial, a restituição se configura como um direito humano, possibilitando a restauração do vínculo psicológico dos herdeiros com a sua cultura e memória, que foram menosprezadas não muito tempo atrás.

Como bem preleciona, André de Carvalho Ramos, a proteção dos direitos humanos integra o contemporâneo espaço do Direito Internacional, pois quando se positiva os direitos fundamentais em convenções e declarações universais, eles passam a ser reconhecidos simultaneamente para toda a humanidade. Hoje, temos no Direito Internacional um estabelecido rol de direitos humanos que são protegidos através de mecanismos, também consolidados, de supervisão e controle das ações preventivas ou corretivas de violações a esses direitos por parte dos Estados. Nesse sentido, de forma a complementar o entendimento da importância do Direito Internacional, transcrevo os dizeres de Antônio Augusto Cançado Trindade:

O desenvolvimento histórico da proteção internacional dos direitos humanos gradualmente superou barreiras do passado: compreendeu-se, pouco a pouco, que proteção dos direitos básicos da pessoa humana não se esgota, como não poderia se esgotar, na atuação do Estado, na pretensa e indemonstrável 'competência nacional exclusiva' (Trindade, 1991).

Nesse contexto, necessária foi a criação de convenções que pudessem proteger o patrimônio cultural da humanidade, uma vez que a cultura se insere no rol dos direitos humanos carecedores de proteção internacional.

Dessa forma, em 1954, foi elaborada a Convenção da Unesco para a proteção de bens culturais em caso de conflitos armados. Contudo, seu conteúdo se restringiu apenas

à criação de um sistema protetivo desse patrimônio em um eventual conflito armado, não estabelecendo regras e meios de restituir os bens aos seus verdadeiros proprietários.

Ainda no âmbito da Unesco, em 1970, foi criada a Convenção relativa às medidas a serem adotadas para proibir e impedir a importação, exportação e transferência de propriedades ilícitas de bens culturais, com intuito de elaborar estratégias políticas e sociais para salvaguardar esses bens. Entretanto, ela é apenas aplicada a casos ocorridos posteriormente à sua entrada em vigor:

ARTIGO 7º Os Estados-Partes na presente Convenção, se comprometem a:

a) tomar as medidas necessárias, em conformidade com a legislação nacional, para impedir que museus e outras instituições similares situadas em seu território adquiram bens culturais, procedentes de outro Estado-Parte, que tenham sido ilegalmente exportados *após a entrada em vigor da presente Convenção para os Estados em questão*; informar, sempre que possível, um Estado-Parte na presente Convenção sobre alguma oferta de bens culturais ilegalmente removidos daquele Estado *após a entrada em vigor da presente Convenção para ambos os estados*;

b) (i) proibir a importação de bens culturais roubados de um museu, de um monumento público civil ou religioso, ou de uma instituição similar situados no território de outro Estado-Parte na presente Convenção, *após a entrada em vigor desta para os Estados em questão*, desde que fique provado que tais bens fazem parte do inventário daquela instituição;

(ii) tomar as medidas apropriadas, mediante solicitação do Estado de origem Parte na Convenção, para recuperar e restituir quaisquer bens culturais roubados e importados *após a entrada em vigor da presente Convenção para ambos os Estados interessados*, desde que o Estado solicitante pague justa compensação a qualquer comprador de boa fé ou a qualquer pessoa que detenha a propriedade legal daqueles bens. As solicitações de recuperação e restituição serão feitas por via diplomática. A parte solicitante deverá fornecer, a suas expensas, a documentação e outros meios de prova necessária para fundamentar sua solicitação de recuperação e restituição. As partes não cobrarão direitos aduaneiros ou outros encargos sobre os bens culturais restituídos em conformidade com este artigo. Todas as despesas relativas à restituição e à entrega dos bens culturais serão pela parte solicitante (Casa Civil da Presidência da República, 1973, grifos meus).

Em 1995, surge também a Convenção Unidroit – Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado, organização intergovernamental da qual o Brasil é parte – sobre bens culturais furtados ou ilicitamente exportados. Como bem destaca André de

Carvalho Ramos, em um trabalho publicado recentemente sobre arte, guerra e o direito internacional privado:

A Convenção Unidroit inova ao indicar o mecanismo da cooperação jurídica internacional para efetivar suas obrigações. O artigo 5.º estabelece que um Estado parte pode requerer ‘a um tribunal ou a qualquer outra autoridade competente’ de outro estado que determine a restituição do bem cultural ilícitamente exportado de seu território. Para tanto, cria um mecanismo próprio a ser seguido visando efetivar a cooperação (Ramos, 2015).

Embora inove ao tratar exclusivamente das questões privadas concernentes a matéria, a referida convenção também apenas se aplica a casos ocorridos após a sua vigência.

Em 1998, com a elaboração dos Princípios da Conferência de Washington sobre Artes Confiscadas pelo Nazismo (decorrente da “*The Washington Conference on Holocaust Era Assets*”), o instituto da Restituição começa a ser considerado sob a ótica do Holocausto.

- 1- Art that had been confiscated by the Nazis and not subsequently restituted should be identified.
- 2- Relevant records and archives should be open and accessible to researchers, in accordance with the guidelines of the International Council on Archives.
- 3- Resources and personnel should be made available to facilitate the identification of all art that had been confiscated by the Nazis and not subsequently restituted.
- 4- In establishing that a work of art had been confiscated by the Nazis and not subsequently restituted, consideration should be given to unavoidable gaps or ambiguities in the provenance in light of the passage of time and the circumstances of the Holocaust era.
- 5- Every effort should be made to publicize art that is found to have been confiscated by the Nazis and not subsequently restituted in order to locate its pre-War owners or their heirs.
- 6- Efforts should be made to establish a central registry of such information.
- 7- *Pre-War owners and their heirs should be encouraged to come forward and make known their claims to art that was confiscated by the Nazis and not subsequently restituted.*
- 8- *If the pre-War owners of art that is found to have been confiscated by the Nazis and not subsequently restituted, or their heirs, can be identified, steps should be taken expeditiously to achieve a just and fair solution, recognizing this may vary according to the facts and circumstances surrounding a specific case.*

9- If the pre-War owners of art that is found to have been confiscated by the Nazis, or their heirs, can not be identified, steps should be taken expeditiously to achieve a just and fair solution.

10- Commissions or other bodies established to identify art that was confiscated by the Nazis and to assist in addressing ownership issues should have a balanced membership.

11- Nations are encouraged to develop national processes to implement these principles, particularly as they relate to alternative dispute resolution mechanisms for resolving ownership issues (USA, 1998, grifos meus).

Esses princípios, embora de suma relevância por sua especificidade, tratam apenas de obras confiscadas, e não, daquelas que foram vendidas sob pressão.

É então com a Declaração de Terezín, concebida por meio da reunião de vários países, incluindo o Brasil, na “*Holocaust Era Assets Conference*”, realizada em Praga, na República Tcheca, que todo o assunto tratado em Washington, no ano de 1998, é revisto e analisado, avaliando-se os avanços obtidos depois de passados dez anos da primeira reunião, e estabelecidas novas metas, incluindo a recomendação para devolução de obras obtidas por vendas *forçada* ou sob coação, entre 1933 e 1945, ampliando, assim, a tutela da propriedade judaica sobre seus bens artísticos perdidos nessa época. Para Stuart Eizenstadt, chefe da delegação norte-americana, trata-se da "declaração mais completa e mais aprofundada sobre os bens do Holocausto, cobrindo pontos nunca antes abordados, como a ajuda social aos sobreviventes e a restituição de propriedades privadas"².

A declaração, por apresentar apenas princípios norteadores da conduta que os Estados devem adotar, necessita, para ser posta em prática, da criação de leis domésticas que venham a complementá-la para ter plena eficácia, ou ser associada, por meio de interpretação analógica, às convenções acima mencionadas.

Como o Brasil ainda não possui normas regulamentadoras dos princípios amparados na Declaração de Terezín, o mecanismo analógico é a única ferramenta para que de fato os herdeiros das obras de arte saqueadas, ou vendidas a força, consigam

² Alexandre Schossler, *DW*, <http://dw.com/p/Ie8T> (acesso em 15 de maio de 2016).

reaver os bens que um dia pertenceram as suas famílias e que hoje se encontram no Brasil.

Dessarte, a Declaração de Terezín pode perfeitamente ser associada a Convenção Unidroit, para produzir efeitos sobre o caso das obras de arte existentes no MASP, de possível propriedade de herdeiros de judeus que foram vítimas do Holocausto. Embora, como já dito, essa convenção apenas se aplique a casos que ocorreram posteriormente a sua entrada em vigor, ela pode ser analogicamente empregada nos casos irrompidos durante a 2.ª Guerra Mundial, ou seja, anteriores a sua vigência, em consonância com a Declaração de Terezín.

A referida convenção diz que “o possuidor de um bem cultural furtado deve restituí-lo”, tendo o direito a uma indenização, caso tenha adquirido o bem de boa-fé³. Assim, caso comprovada a boa-fé do MASP ao adquirir, na Europa, as obras de arte, que estão sendo requisitadas por herdeiros judeus, aquele seria merecedor, ao restituir, de uma indenização. Por outro lado, se restar comprovado que era um dever dos compradores exigir a completa proveniência das obras no momento do negócio, evidencia-se uma falta de boa-fé objetiva, portanto, motivo suficiente para não gerar o dever, para aquele que teve o bem restituído a si, de indenizar.

6 CASOS SEMELHANTES EM OUTROS PAÍSES

Sob a mesma ótica dessa conjuntura, vários países, entre eles França, Holanda e Áustria, criaram comitês com o intuito de possibilitar a restituição de obras de arte de procedência incerta, que estão à sombra de seu domínio, para seus verdadeiros herdeiros.

Através de estudos de decisões tomadas nas esferas judiciais e extrajudiciais no contexto internacional, no que diz respeito à restituição de obras de arte, é possível analisar a postura que os diversos países europeus vêm adotando.

Entre os casos estudados estão: a petição de devolução de 6 quadros de Gustave Klimt por Maria Altman perante a Áustria; o processo que envolve a restituição da obra

³ *Holocaust Era Assets Conference*, <http://www.holocausteraassets.eu/program/conference-proceedings/declarations/> (acesso em 9 de maio de 2016).

“*Le Grand Pont*” de Gustave Courbet, acionado pelos herdeiros de Weinmann contra Herbert Schaefer e a galeria de arte da Universidade de Yale; e o caso da obra de Jan Van Scorel “*Madonna and Child with Wild Roses*”, requisitado pelos herdeiros de Gross-Eisenstadt, frente ao Conselho Municipal de Utrecht, na Holanda.

É perceptível, ao longo de suas leituras, a dificuldade e até impossibilidade, em determinadas situações, de comprovar, em face dos comitês, a legítima propriedade das obras que foram ora saqueadas, tornando dispendioso e exaustivo o procedimento de restituição, que por tantas vezes é dificultado pelo próprio interesse do país em manter tais obras sob seu domínio.

Tanto o caso da “*Madonna and Child with Wild Roses*”, como a questão que envolve os 6 quadros de Klimt foram levados a Comitês estabelecidos com o mesmo propósito: a restituição de obras de arte que foram comprovadamente retiradas da posse de família judias, no período da 2.a Guerra Mundial, pelos nazistas. Entretanto, é notável a participação indireta e direta, respectivamente, dos países, que são sede dos litígios, como partes nos processos. Ora, um país estabelece um comitê com julgadores, escolhidos por suas próprias autoridades governamentais, para solucionar emblemáticas situações, em que serão partes também. Como não perceber a imparcialidade nesses casos, uma vez que os julgadores e as partes têm uma ligação política inegável?

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, verifica-se a existência de uma recém-nascida problemática no sistema jurídico internacional: a dispersão de obras de arte, decorrente do caos provocado pela 2.a Guerra Mundial, e a conseqüente busca, pelos atuais herdeiros, da restituição desses bens, invocando demasiada atenção e importância, por ser um procedimento que criará precedentes para casos que emergirão sob o mesmo contexto e para futuros e possíveis episódios de novos conflitos armados envolvendo saques e vendas forçadas de bens culturais.

O conhecimento da história do MASP, então, faz-se pertinente frente a essa crescente onda de pretensões de reparação e restituição de obras de arte. Por sua

notabilidade como um dos melhores museus do país e por ameaçar seu acervo artístico, que possui grande destaque nacional, qualquer conflito envolvendo suas obras ganha grande repercussão midiática e fomenta uma preocupação nos estudiosos e admiradores de arte, residentes no Brasil, de perder a proximidade com tão emblemáticas obras que sem encontram neste solo.

Ao perpassar o estudo dos casos que envolvem a propriedade desses bens culturais pelo Código Civil, por mais que seja aparentemente de pouca utilidade prática, isso nos faz constatar qual a posição e o entendimento jurídico adotado no Brasil quanto a situações de mesmo gênero e facilitar assim a conquista da melhor postura a se adotar dentro do Direito Internacional. O reconhecimento da existência do princípio da boa-fé no Código Civil, que o permeia do início ao fim, apenas comprova a importância desse estudo, pois vê-se quão significativo esse princípio é dentro das convenções internacionais que versam sobre a restituição de bens culturais.

Penetrando o estudo na seara internacional, nota-se um crescente aprimoramento nas elaborações dos tratados e declarações que versam sobre esse tema, abrangendo não só os bens que compõem o patrimônio da humanidade, mas também os que integram o patrimônio individual.

Tomando como paradigmas alguns casos semelhantes acontecidos na Europa, torna-se evidente quão falho vem se tornando o meio pelo qual se concretiza a restituição de bens culturais a seus verdadeiros donos, qual seja a criação de Comitês, que são compostos por autoridades umbilicalmente ligadas ao governo. Há necessidade de olhar para tais fatos e não repetí-los, buscando sempre aperfeiçoar a via jurídica que servirá de meio para o procedimento da restituição.

A tentativa de resolução doméstica, com as nossas próprias cortes, obedecendo-se ao princípio do juiz natural, sem criação de outras específicas para isso, é bastante adequada e de fácil acesso ao cidadão. Entretanto, não sendo notável a realização e a aplicação do que se preceitua nas convenções internacionais por esse meio, seria conveniente levar tais casos para serem analisados por um órgão de competência internacional para resolução desses conflitos, fazendo-se, portanto, imprescindível que a comunidade internacional volte-se sua atenção para a criação de um com essa

finalidade, para, assim, alcançarmos a plena eficácia do que há disposto nos diplomas internacionais que tratam sobre patrimônio histórico e cultural.

REFERÊNCIAS

ARTHEMIS, University of Geneva's Art-Law Centre – *Le Grand Pont - Weinmann Herdeiros e Yale University Art Gallery*. Disponível em <<https://plone.unige.ch/art-adr/cases-affaires/le-grand-pont-2013-weinmann-heirs-and-yale-university-art-gallery>> Acesso em: 13 nov. 2015.

ARTHEMIS, University of Geneva's Art-Law Centre – *Madonna and Child with Wild Roses – Gross-Eisenstadt Heirs and Utrecht City Council*. Disponível em <<https://plone.unige.ch/art-adr/cases-affaires/madonna-and-child-with-wild-roses-2013-gross-eisenstadt-heirs-and-utrecht-city-council>> Acesso em: 13 nov. 2015.

ARTHEMIS, University of Geneva's Art-Law Centre – *Six Klimt paintings – Maria Altmann and Austria*. Disponível em <<https://plone.unige.ch/art-adr/cases-affaires/6-klimt-paintings-2013-maria-altmann-and-austria?searchterm=klimt>> Acesso em: 13 nov. 2015.

BRASIL. *Código Civil Brasileiro*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 2002.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Decreto n. 72.312. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1973.

CANÇADO TRINDANDE, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos*. Fundamentos e instrumentos básicos. São Paulo: Editora Saraiva, 1991.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

FELICIANO, Héctor. *O Museu Desaparecido*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil 1*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil 3*. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil 4*. São Paulo: Editora Saraiva, 2014

Holocaust Era Assets Conference. Terezin Declaration. Disponível em: <<http://www.holocausteraassets.eu/program/conference-proceedings/declarations/>>. Acesso em: 9 maio 2016.

MAMEDE, Gladston; FRANCA FILHO, Marcilio Toscano; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Direito da Arte*. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

MOLINA, Camila. *Estadão*. Disponível em: <<http://cultura.estadao.com.br/noticias/artes,especial-trata-de-conexoes-de-paises-latino-americanos-com-saque-de-obras-durante-a-2-guerra,10000022717>> Acesso em 9 maio 2016.

Museu de Arte Moderna de São Paulo. *Sobre o MASP*. Disponível em: <http://masp.art.br/masp2010/sobre_masp_missao.php> Acesso em 18 de maio de 2016.

O'CONNOR, Anne-Marrie. *A Dama Dourada*. Rio de Janeiro: José Olympio, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. *Arte, Guerra e o Direito Internacional*. Revista Jurídica Consulex. Brasília: Consulex, n.º 431, 2015.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SCHOSSLER, Alexandre. *DW*. Disponível em: <<http://dw.com/p/Ie8T>> Acesso em: 15 de maio de 2016.

SÃO PAULO. Site Oficial de Turismo da Cidade de São Paulo. *Masp*. Disponível em: <<http://www.cidadedesaopaulo.com/sp/br/museus/4081-masp>> Acesso em 18 de maio de 2016.

USA. Department of State. Under Secretary for Political Affairs, Bureau of European and Eurasian Affairs. *Washington Conference Principles on Nazi-Confiscated Art*. Disponível em <<http://www.state.gov/p/eur/rt/hlcst/122038.htm>> Acesso em: 15 maio 2016.

VELASCO, Suzana; Herdy, Thiago. *O Globo*. Disponível em: <<http://cultura.estadao.com.br/noticias/artes,especial-trata-de-conexoes-de-paises-latino-americanos-com-saque-de-obras-durante-a-2-guerra,10000022717>> Acesso em: 10 maio 2016.