

**Revista da
Escola da Magistratura
do TRF da 4ª Região**



FICHA TÉCNICA

Diretor

Des. Federal Márcio Antônio Rocha

Vice-Diretora

Desa. Federal Claudia Cristina Cristofani

Conselho Consultivo

Des. Federal João Pedro Gebran Neto

Des. Federal Leandro Paulsen

Assessoria

Isabel Cristina Lima Selau

Direção da Divisão de Publicações

Arlete Hartmann

Revisão e Formatação

Carlos Campos Palmeiro

Leonardo Schneider

Marina Spadaro Jacques

Projeto Gráfico

Ricardo Lisboa Pegorini

Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4. Região. – Vol. 1, n. 1 (out. 2014)- . – Porto Alegre: Tribunal Regional Federal da 4. Região, 2014- .
v. ; 23 cm.

Quadrimestral.

Inicialmente semestral.

Repositório Oficial do TRF4 Região.

ISSN 2358-4602

1. Direito – Periódicos. I. Título. II. Brasil. Tribunal Regional Federal. 4. Região.

CDU 34(051)

Tribunal Regional Federal da 4ª Região

Rua Otávio Francisco Caruso da Rocha, 300

CEP 90.010-395 | Porto Alegre | RS

www.trf4.jus.br/emagis

e-mail: revista@trf4.jus.br

Tiragem: 600 exemplares

Restituição internacional de obras de arte*

Lisiane Feiten Wingert Ody

Professora da Faculdade de Direito da Ufrgs, Doutora em Direito e Mestre em Direito Privado pela mesma universidade

Sumário: Introdução. I Proteção de patrimônio cultural, histórico e artístico. A. Devolução de bens culturais. a. O caso dos mármores do Parthenon. b. O caso do busto de Nefertiti. c. O caso do Codex Sinaiticus. d. O caso da Bibliotheca Palatina. B. Nacionalidade da obra de arte. II Subtração ilegal e restituição. A. Casos de tomada em conflito armado ou em ocupação de Estado soberano, por perseguição a grupo étnico específico e por não apreciação da obra em si. a. O caso da Sala Âmbar. b. O caso do Monet de Gerda Dorothea DeWeerth. c. O caso do retrato de Adele Bloch-Bauer. d. O caso de Sophie Lissitzky-Küppers e da arte considerada degenerada. e. O caso Gurlitt. B. Proveniência e construção jurisprudencial para a solução uniforme desses casos. Conclusão.

Introdução

O tema da restituição internacional de obras de arte insere-se no âmbito do Direito da Arte, matéria que, embora seja reconhecida como ramo jurídico e área de pesquisa desde a década de 1980 nos Estados Unidos e desde a década de 1990 na Alemanha, na Suíça e na Áustria,¹ teve sua primeira obra monográfica no Brasil em 2018.² A origem da matéria está na proteção do patrimônio histórico e de bens culturais, mas seu conteúdo integra, ainda, direitos autorais, direito da ciência (que diz respeito a questões de ensino e pesquisa, como plágio) e direito à cultura (atinentes ao patrocínio e ao incentivo dela pelo Estado, como em museus, teatros e universidades), pois o

* Trabalho apresentado no evento “Direito Internacional e Cinema”, realizado pela Escola da Magistratura – Emagis do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, “Direito Internacional e Cinema”, no dia 29.04.2019, organizado a partir da exibição do filme **A dama dourada**. A autora agradece à Des. Federal Marga Tessler, pelo convite para tomar parte no evento e pelo instigante debate, assim como ao Des. Federal Victor Laus, pela acolhida em nome da Escola da Magistratura desse tribunal.

¹ SCHACK, Haimo. **Kunst und Recht: Bildene Kunst, Architektur, Design und Fotografie im deutschen und internationalen Recht**. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017. p. VII.

² Obra da autora, escrita como pós-doutorado na Universidade de Heidelberg, utilizada como base deste artigo, denominada **Direito e arte: o Direito da Arte brasileiro sistematizado a partir do paradigma do direito alemão**. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

“Direito da Arte” tem por objeto a arte, sendo que as normas que disciplinam as questões a ela atinentes são, por vezes, contraditórias, porque concebidas isoladamente, para proteção do autor, do proprietário, do patrimônio cultural ou histórico e da sociedade, não considerando, portanto, o todo, orgânico e funcional, que compõem.

Seu substrato legislativo é, dessa forma, o direito constitucional, o direito civil, o direito autoral e, ainda, tratados internacionais, incumbindo à jurisprudência realizar pontes entre esses ramos, a fim de promover a concordância entre as finalidades das leis.

Este artigo examina o tema da restituição internacional das obras de arte sob dois aspectos: o primeiro, em que eventual pedido de restituição é apresentado no contexto da proteção de patrimônio cultural, histórico e artístico, não sendo flagrante a ilegalidade na transferência da titularidade do bem, motivo pelo qual se analisa a questão de como se define a nacionalidade de uma obra; o segundo, em que há ostensiva ilegalidade da transferência da titularidade do bem, subtraído de seu proprietário, expondo-se casos paradigmáticos de restituição.

I Proteção de patrimônio cultural, histórico e artístico

Arte não é mercadoria ordinária, pois não tem aplicação no cotidiano, como escovas de dentes ou aparelhos de telefone. Seu valor transcende o dos materiais nela empregados, especialmente quando a obra reflete a história ou a identidade de um país, como bem cultural seu, incumbindo ao Estado preservá-la para gerações futuras.

No Brasil, o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Iphan), autarquia federal vinculada ao Ministério da Cultura, responde pela preservação do patrimônio cultural brasileiro, mediante proteção e promoção dos bens culturais do país. Ao Instituto Brasileiro de Museus (Ibram), criado pela Lei nº 11.906/2009, compete, entre outras atribuições, regular, fomentar e fiscalizar o setor museológico; coordenar o Sistema Brasileiro de Museus (SBM); e regular, coordenar e manter atualizado para consulta o registro de museus, o cadastro nacional de museus, o inventário nacional dos bens culturais musealizados e o cadastro nacional de bens culturais musealizados desaparecidos. O Sistema Brasileiro de Museus, por sua vez, tem por objetivo a gestão integrada e o desenvolvimento dos museus, dos acervos e dos processos museológicos brasileiros, tendo previsão legal na Lei nº 11.904/2009, que instituiu o Estatuto dos Museus.³

³ Em 11.09.2018, logo após o incêndio do Museu Nacional, no Rio de Janeiro, o governo

Bens culturais são obras que testemunham o passado e o presente, por isso sua preservação para o futuro é obrigação moral de qualquer nação civilizada.⁴ Contudo, o tema geralmente é acompanhado de controvérsia, pois determinar a quem pertence o passado não é tarefa simples.

A fim de contextualizar a questão, primeiramente serão expostos casos proeminentes de pedidos de “devolução” de bens culturais, como o dos mármores do Parthenon expostos no British Museum, em Londres, o do busto de Nefertiti, que compõe o acervo do Neues Museum, em Berlim, ou o do Codex Sinaiticus, dividido entre quatro nações – todos transferidos em tempos de paz. Serão examinados, ainda, casos de obras tomadas em conflitos armados havidos há muitos séculos, como o da Bibliotheca Palatina, cujo destino foi selado ainda ao tempo do Tratado de Tolentino.⁵

A seguir, será examinada a complexa questão da nacionalidade da obra, relevante no caso de a propriedade ser disputada entre nações, porque delas se constituíam bem cultural.

Deve-se refletir sobre as diferenças no substrato fático desses casos, comparando-os com os de subtração flagrantemente ilegal havida no con-

federal emitiu a MP 850/2018, extinguindo o Ibram e criando a Abram (Agência Brasileira de Museus), que, como pessoa jurídica de direito privado, poderia receber recursos particulares. Contudo, pouco antes do prazo da referida MP expirar, em 18.03.2019, o Congresso a rejeitou. Atualmente, discute-se a possibilidade de criação de fundação privada, voltada a arrecadar, gerir e aplicar fundos e recursos para o setor.

⁴ Exemplo interessante de como obras de arte são importantes elementos de identidade nacional tem-se no caso da Dinamarca, cujo ministro da cultura, em 2004, teve iniciativa de reunir em livro as obras mais representativas da arte dinamarquesa, para que a população as conhecesse. Ele instalou comissões para determinar quais seriam as 12 “pérolas” da pintura, da arquitetura, do *design*, do teatro, da música e da literatura dinamarquesas, as quais foram reunidas no livro, integrado também por CD e DVD, entregue a cada cidadão dinamarquês, a fim de conscientizá-lo de sua identidade. Muito antes disso, no período do processo de unificação alemão e italiano, Canova envolvia-se com obras de arte **nacionais** italianas, enquanto seu discípulo Christian Daniel Rauch fazia o mesmo na Alemanha. Sobre o tema, veja-se: Globalization in Art Law: clash of interests and international tendencies. **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, Symposium International Legal Dimensions of Art and Cultural Property, v. 38, n. 4, p. 933, outubro 2005.

⁵ O Tratado de Tolentino é acordo diplomático firmado entre a França e os Estados Papais, assinado nessa cidade, em 19.02.1797, por imposição de Napoleón Bonaparte ao Papa Pio VI, como condição de obter a paz. Por meio dele, “legitimou-se” a espoliação de obras de arte italianas pelos franceses. Para o significado desse tratado no âmbito de roubos de arte, veja-se o artigo de: JAYME, Erik. Der Vertrag von Tolentino (1797) und seine Auswirkungen auf das Internationale Recht des Kunstraubs. In: WELLER, Mathias; KEMLE, Nicolai; DREIER (org.). **Raub – Beute – Diebstahl**: Tagungsband des Sechsten Heidelberger Kunstrechtstags am 28. und 29. September 2012. Baden-Baden: Nomos, 2013. p. 17-33.

texto da II Guerra Mundial, a fim de determinar se também se caracterizam como hipóteses de restituição ou se pode haver outra compreensão jurídica deles.

A. Devolução de bens culturais

a. O caso dos mármore do Parthenon

Os mármore do Parthenon – também conhecidos como “*Elgin Marbles*”, em referência a Thomas Bruce, o Lord Elgin, embaixador inglês no Império Otomano desde 1799, quando este dominava a Grécia, e que os trouxe de Atenas para Londres em 1806 – constituem-se em conjunto de métopas, tríglifos, frisos e esculturas em mármore, cuja demanda de restituição tornou-se *cause célèbre* entre os casos que envolvem patrimônio cultural.⁶

O Parthenon situa-se no ponto mais alto da Acrópolis de Atenas e servia de cidadela e local de culto a Athena, deusa padroeira e protetora da cidade. Foi concebido por Péricles, sendo que as peças do friso, atribuídas ao escultor Fídias, hoje em sua maioria no British Museum, descrevem, em baixo relevo, datado de 438 a.C., a procissão *Panathenaea*, festival que acontecia em Atenas a cada quatro anos em honra à deusa Athena, e culminam no canto leste com uma descrição dos deuses gregos sentados, atendidos por serviçais ao centro. As métopas, executadas em alto relevo (prática até então usada somente em metais preciosos), são atribuídas a Cálamis: as do lado leste descrevem a Gigantomaquia (a luta entre os deuses do Olimpo e os gigantes); as do oeste, a Amazonomaquia (a batalha dos atenienses contra as amazonas); as do sul mostram a Centauromaquia Tessaliana (a batalha entre os lápios, ajudados por Teseu, e os centauros); enquanto as do norte, apesar de danificadas, parecem se referir ao saque de Troia.⁷

Além de refletirem os efeitos do tempo, as peças apresentam danos causados também por uma bala de canhão lançada em 1687 de navio da armada de Francesco Morosini, general veneziano, o que destruiu 14 colunas, relegando a construção a paiol do Império Otomano. Outrossim, as peças também sofreram danos substanciais no próprio British Museum, devido a limpeza procedida com materiais não apropriados na década de 1930.

Consta que o objetivo inicial de Elgin era simplesmente copiar, com moldes de gesso, parte das peças, para o fim de decorar a mansão que prepa-

⁶ GREENFIELD, Jeanette. **The return of cultural treasures**. Cambridge: Cambridge University Press, 1989. p. 47 e seguintes; e MERRYMAN, John; ELSÉN Albert. **Law, ethics and the visual arts**. 5. ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law, 2007. p. 345 e seguintes.

⁷ GREENFIELD, Jeanette. **The return of cultural treasures...** p. 47 e seguintes.

rava para receber sua esposa, na Escócia. Para tanto, obteve autorização do dirigente local da fortaleza. Eventualmente, contudo, teria decidido “salvar” as peças de novos danos e, aproveitando-se de sua condição de embaixador do Império Britânico, fortalecido pela vitória de Nelson na Batalha do Nilo diante das tropas de Napoléon, pediu e obteve *firman*⁸ para levar para o Reino Unido “*qualche’ pezzi di pietra con iscrizione e figure*” (o italiano era, à época, a língua franca) – expressão que posteriormente foi objeto de grande controvérsia, pois o termo “*qualche*” poderia ter significado “umas poucas” ou “quaisquer” peças.

O fato é que, munido do documento que alegadamente o autorizava, Elgin trouxe ao Parthenon, no ano de 1803, equipe de 300 homens que trabalharam durante mais de um ano na retirada das peças, que foram encaixotadas para transporte até a Escócia – o que foi retardado por alguns anos, enquanto o embaixador foi feito prisioneiro na França, ainda em hostilidades com o Império Britânico.

De volta a Londres, em 1806, após cerca de três anos de cativeiro na França de Napoléon, à época em permanente conflito com o resto da Europa, Elgin foi duramente criticado pela tomada das peças, inclusive por Byron, que escreveu “*what the goths spared, the Scots destroyed*”, mas assim mesmo o conjunto foi exposto em Piccadilly e Burlington House.⁹

Em 1816, Elgin inquiriu o Parlamento se haveria interesse na aquisição das peças. Após cuidadosa consideração das circunstâncias que envolveram sua extração, apesar das persistentes dúvidas acerca das intenções de Elgin,¹⁰ o Parlamento decidiu, diante do *fait accompli*, adquiri-las, claramente com o propósito de protegê-las em um dos maiores e melhores museus do mundo, pelo preço de £ 35.000, menos da metade do que teria custado a Elgin removê-las.¹¹

Em ato específico do Parlamento, os mármores foram atribuídos perpetuamente ao British Museum como *trustees*.

⁸ *Firman* (persa) ou *ferman* (turco) significa um comando ou ordem real ou decreto de um soberano de estado islâmico, notadamente no Império Otomano. Singelamente, um *firman* era permissão escrita, outorgada pela autoridade islâmica oficial.

⁹ GREENFIELD, Jeanette. **The return of cultural treasures...** p. 62.

¹⁰ Na literatura, muito se questiona sobre o agir de Elgin. Contudo, parece haver consenso de que, pelo menos, não agiu de forma premeditada e dolosa, mas oportunista (GREENFIELD, Jeanette. **The return of cultural treasures...** p. 74). Não obstante, o termo “*elginism*” designa a tomada de patrimônio cultural de um país por outro, sendo clara a sua conotação pejorativa (veja-se: <https://www.britannica.com/topic/elginism>)

¹¹ GREENFIELD, Jeanette. **The return of cultural treasures...** p. 72.

Em 1832, a Grécia libertou-se do jugo otomano e, desde então, fez esforços informais para a devolução das peças. No período durante a II Guerra Mundial, o governo britânico cogitou devolvê-las em um gesto de boa vontade para com o país, que também se opunha ao nacional-socialismo alemão, porém essa iniciativa foi adiada para maior reflexão após o término do conflito, mas não teve seguimento mesmo depois de seu fim.

Na década de 1980, a então ministra da cultura grega, a atriz Melina Mercouri iniciou a reivindicação pelo retorno das peças. Um comitê da Unesco foi formado com o fim específico de tratar da questão, tendo concluído pela restituição das peças **para reincorporação ao prédio do Parthenon** – o que, contudo, afigura-se fisicamente impossível.

Na oportunidade, o Icom exarou resolução favorável ao pleito restitutivo, apesar de pelo menos 10 abstenções (5 delas dos representantes britânicos) – o que foi considerado como uma vitória moral da Grécia. Uma reviravolta no caso veio a seguir, com a tomada de resolução pela Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa,¹² sigla APCE (en. Parliamentary Assembly of the Council of Europe, sigla PACE), que, entre outras coisas, considerou *“the unity of the European cultural heritage”* e declarou que *“claims for the return of cultural property within the **European area** must be considered differently from claims for the return of property outside this area”*. O conselho utilizou a expressão “retorno” (*return*), e não restituição (*restitution*) em seu relatório, por considerar que esta última implicitamente indica posse ilegal, sendo que seria “incontroversa a propriedade de boa-fé” do British Museum no caso. Concluiu que a questão diria respeito mais a julgamento cultural, histórico e social, senão político, do que jurídico, e que seria admissível eventual compensação, secundariamente.

Legalmente, a questão é duvidosa, subsistindo, ainda, a controversa questão da prescrição, já que os gregos demoraram mais de 150 anos para formalizar o pedido de retorno das peças.

b. O caso do busto de Nefertiti

Outro caso de grande repercussão internacional envolve Egito e Alemanha. Desde o início do século XX em Berlim e recentemente com nova

¹² APCE é um dos dois órgãos estatutários do Conselho da Europa, que é organização internacional fundada a 5 de maio de 1949, tendo por propósitos a defesa dos direitos humanos, o desenvolvimento democrático e a estabilidade político-social na Europa. Tem personalidade jurídica reconhecida pelo direito internacional e serve cerca de 800 milhões de pessoas em 47 Estados, incluindo os 28 que formam a União Europeia, não se confundindo, portanto, com esta.

residência no Neues Museum, na Museuminsel, é ainda hoje muito controversa a presença do busto de Nefertiti (ou Nefretete) na Alemanha, demandando o Egito sua devolução.¹³

Não há retrato da antiguidade mais conhecido do que o de Nefertiti, cujo nome significa “*the beautiful one has come*”. Ela foi a primeira esposa do faraó Amenhotep IV (ca. 1350-1333 a.C.), depois denominado Akhenaten.¹⁴ A obra, imputada ao escultor Thutmose, foi encontrada em 1912 em Tel-el-Amarna por uma expedição de arqueólogos alemães, autorizada pelo governo egípcio.

Desde 1883 o Egito conta com lei protetiva de suas antiguidades, a qual prevê, todavia, por exceção, que obras descobertas em atividades arqueológicas **autorizadas** sejam divididas igualmente entre o Serviço de Antiguidades Egípcio e os seus descobridores.

Segundo lei egípcia de 14.06.1912, vigente ao tempo da descoberta da escultura que retrata Nefertiti, o possuidor de autorização tinha direito de escolher a parte que desejava tomar como sua propriedade, para exportá-la do Egito, em um sistema denominado *Partage*.¹⁵ No entanto, o país teria prerrogativa de escolher peça dessa porção, negociando o preço. Essa sistemática, comum até a II Guerra Mundial, proporcionava vantagens, como a de incentivar a escavação por arqueólogos estrangeiros, que agiam sob bases científicas e com conhecimento histórico, o que muitas vezes resultava na formação de profissionais locais, além de enriquecer museus e despertar interesse sobre as peças em muitos países no mundo.

Contudo, o *Partage* posteriormente passou a ser visto negativamente, como instrumento de exploração do Ocidente, deixando de ser procedimento aceito.

O busto de Nefertiti estava compreendido na parte que incumbiu ao escavador autorizado James Simon, que posteriormente transferiu a titularidade da peça ao Estado da Prússia, em 1920. Este último transferiu, em 1957, por sua vez, a sua propriedade à fundação que gere o patrimônio cultural prussiano.

¹³ SCHÖNENBERGER, Beat. Restitution von Kulturgütern: Ein Überblick über die rechtlichen Möglichkeiten. In: MOSIMANN, Peter; SCHÖNENBERGER, Beat (org.). **Kunst & Recht 2010**: Referate zur gleichnamigen Veranstaltung der Juristischen Fakultät der Universität Basel vom 18 Juni 2010. Bern: Stämpfli, 2011. p. 99-119.

¹⁴ MERRYMAN, John; ELSEN Albert. **Law, ethics and the visual arts**. 5. ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law, 2007. p. 414.

¹⁵ Denomina-se *Partage*, do francês “*partager*” (dividir), a sistemática legal que permitia a escavador exportar legalmente a metade de suas descobertas.

Apesar de nunca ter formalizado pedido de restituição da peça, que desde 1922 esteve exposta com sucesso no museu egípcio em Berlim,¹⁶ o Egito requereu em 2003 a repatriação do busto, motivado, provavelmente, pela obra de arte contemporânea dos artistas húngaros Balint Havas e András Gálik, que, juntos, denominando-se “*Little Warsaw*”, criaram **The body of Nefertiti**, exposto na Bienal de Veneza daquele ano. A obra deles constituiu-se em escultura de bronze de um torso nu e sem cabeça, com dimensões e proporções adequadas ao busto de Nefertiti, tendo ficado em exposição junto a ele no museu em Berlim até que seu diretor e um restaurador os reuniram por alguns instantes, o que foi filmado.¹⁷

Essa apropriação e recontextualização resultou em instalação notável, que ganhou reconhecimento no mundo artístico, mas recebeu censuras severas do Egito, que a considerou um desrespeito à cultura antiga, passando a exigir, então formalmente, o retorno da peça.¹⁸

c. O caso do Codex Sinaiticus

Para além desses casos controversos, existem casos de sucesso envolvendo a devolução, *mutatis mutandis* restituição, de bens culturais. O melhor exemplo de composição envolvendo diferentes países é o do Codex Sinaiticus, que é o mais antigo manuscrito conhecido da Bíblia, descoberto pelo pesquisador alemão Konstantin Tischendorf em 1844 no mosteiro ortodoxo de Santa Catarina, na península do Sinai, onde certamente a obra se encontrava desde o século VI.¹⁹

Na oportunidade, o pesquisador obteve 43 páginas da obra, que levou consigo para a biblioteca da Universidade de Leipzig. Ocorre que o pesquisador retornou ao Sinai em 1859, quando recebeu 347 páginas da obra para fins de cópia. Desta feita, todavia, encontrava-se a serviço do czar russo, motivo pelo qual levou essa grande parte do Codex Sinaiticus para São Petersburgo, onde a expôs e a publicou.

¹⁶ Porém, em pelo menos três oportunidades buscara negociar seu retorno: em 1925, negou a escavadores alemães permissão de trabalho, exceto se retornassem o busto; em 1929, ofereceu outras antiguidades valiosas em troca da peça; e, nos anos 1950, inquiriu se a Alemanha teria interesse em negociá-la.

¹⁷ Veja-se: <http://divus.cc/praha/en/article/little-warsaw-2002-2004-displaced-monuments-and-deconstructive-strategie>.

¹⁸ MERRYMAN, John; ELSEN Albert. *Law, ethics and the visual arts*. 5. ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law, 2007. p. 416.

¹⁹ SCHÖNENBERGER, Beat. *Restitution von Kulturgut: Anspruchsgrundlagen, Restitutionshindernisse, Entwicklung*. Bern: Stämpfli, 2009. p. 20-22.

A controvérsia sobre a titularidade desse documento extraordinário teve início em 1960, quando foi localizada nos arquivos do mosteiro de Santa Catarina correspondência de Tischendorf em que ele se compromete a devolver o Codex Sinaiticus quando solicitado. Foram localizadas, ainda, correspondências do ano de 1869 que davam conta de que o arcebispo tencionava oferecer o Codex Sinaiticus ao czar, que, por sua vez, pretendia realizar doação substancial de dinheiro, mas nada além disso.

Ainda em digressão histórica, cumpre anotar que, em 1933, os soviéticos venderam ao British Museum o Codex por £ 100.000, ficando com apenas 6 fragmentos dele em São Petersburgo. Dessa forma, os fragmentos da obra ficaram divididos entre a Alemanha, a Rússia, a Inglaterra e o Egito (no mosteiro, que hoje é considerado patrimônio mundial pela Unesco).

No exitoso acordo, foi estabelecido que as partes do Codex deveriam ser digitalizadas, reunidas digitalmente e tornadas acessíveis ao público, em um processo de conservação, digitalização em sentido estrito, transcrição e adição de comentários científicos.

Os resultados, que falam por si, podem ser verificados em consulta ao *site* da British Library.²⁰

d. O caso da Bibliotheca Palatina

Outro caso bem-sucedido foi o da biblioteca do Palatinado (Bibliotheca Palatina), que foi a biblioteca mais importante do renascimento alemão, com cerca de 5.000 livros impressos e 3.524 manuscritos, tendo sido iniciada em 1430, na Igreja do Espírito Santo (Heiliggeistkirche), em Heidelberg.

O Palatinado sofreu na Guerra dos Trinta Anos (nos anos de 1618 a 1648), entre estados protestantes e católicos do fragmentado Sacro-Império Romano-Germânico. Em 1622, Heidelberg, onde Luther estivera para a Disputa de 1528 (*Heidelberger Disputation*),²¹ fora saqueada pela liga católica, sob o comando de Von Tilly, a serviço de Maximilian I, da Baviera, que decidiu oferecer ao papa Gregório XV as obras em sinal de lealdade.²²

A biblioteca ficou no Vaticano até que, pelo Tratado de Tolentino, em 1797, o papa cedeu 39 manuscritos à República Francesa, que os depositou na Biblioteca Nacional da França, em Paris.²³

²⁰ <http://www.bl.uk/turning-the-pages/?id=b00f9a37-422c-4542-bfbd-b97bf3ce7d50&type=book>

²¹ No sistema escolástico de educação da Idade Média, *disputatio* (lt.) era método formal de debate para descobrir “verdades” na teologia e nas ciências.

²² SCHACK, Haimo. *Kunst und Recht...* p. 245.

²³ JAYME, Erik. *Kunstwerk und Nation: Zuordnungsprobleme im internationalen Kulturgüterschutz*. Heidelberg: Winter, 1991. p. 25 e seguintes.

No Congresso de Viena de 1814-1815, restou decidido que as obras de arte tomadas pelos franceses nas invasões de Napoléon deveriam ser devolvidas – oportunidade em que, assim como a notória Quadriga de Schadow, do Brandenburger Tor, foi devolvida a Berlim, se considerou adequada a restituição da biblioteca a Heidelberg, e não a Roma, que decidiu, por sua vez, também devolver 852 manuscritos, que foram entregues à Universidade de Heidelberg, onde atualmente podem ser estudados.

B. Nacionalidade da obra de arte

Embora esses casos não se constituam apenas em exemplos exitosos de devolução, já que subsiste controvérsia quanto aos mármores do Parthenon e ao busto de Nefertiti, eles têm em comum o fato de dizerem respeito à disputa de obras de arte, que também se configuram como bens culturais e/ou históricos desses países, não se revestindo – pelo menos flagrantemente – de ilegalidade os respectivos atos de aquisição pelos poderes públicos que hoje possuem essas obras, pois a transferência delas ocorreu dentro da percepção de legalidade daqueles períodos históricos.

A mesma reflexão cabe em relação ao patrimônio cultural brasileiro, pois vigem atualmente restrições antes inexistentes à exportação de (i) artefatos, coleções ou acervos tombados pelo Iphan (pinturas, esculturas, gravuras, peças de mobiliário, peças ou coleções de moedas e medalhas antigas e outros objetos cujo valor excepcional esteja reconhecido individualmente ou em conjunto); (ii) obras de arte e ofícios produzidos ou introduzidos no Brasil até o fim do período monárquico, nos termos da Lei nº 4.845/65; (iii) objeto de interesse arqueológico ou pré-histórico, incluindo peças ou coleções de moedas e medalhas antigas, consoante prescreve a Lei nº 3.924/1961; e (iv) livros e acervos documentais constituídos de obras brasileiras ou sobre o Brasil, editadas nos séculos XVI a XIX, conforme a Lei nº 5.471/68.

Refletindo sobre a história do país, é forçoso considerar que houve no passado exportações de obras que, sob a percepção atual, seriam tidas como ilegais. Porém, deve-se considerar que esse mesmo contexto – de descobrimento, colonização, independência e república, em que se desenvolveram a arte brasileira indígena, a barroca e a neoclássica – é parte inseparável do processo histórico de formação da nação brasileira, que não ocorreu de forma estanque, mas com interconexões com outros países, como Portugal, Holanda, Espanha, por exemplo, que **hoje guardam parte da nossa memória como parte da memória de seu próprio processo histórico** – o que torna complexo qualquer pedido de restituição porventura formulado.

O mesmo ocorre com o Brasil, que eventualmente também guarda

memória de outras nações, como ilustra o caso *El Cristiano* (pt. O Cristão), canhão assim denominado por ter sido forjado com 12 toneladas de bronze dos sinos das igrejas paraguaias.²⁴ Foi levado para a Batalha de Curupaiti, na Guerra do Paraguai (1864-1870), travada entre esse país e a Tríplice Aliança, composta por Brasil, Argentina e Uruguai. Foi trazido após o fim do conflito para o Brasil, onde foi tombado como patrimônio histórico brasileiro, encontrando-se hoje exposto no Pátio Epitácio Pessoa do Museu Histórico Nacional. O Paraguai, porém, insiste há décadas na sua devolução, o que tem sido sistematicamente negado pelo governo brasileiro.²⁵

Não obstante, é preciso ponderar que a Guerra do Paraguai foi um episódio traumático da história latino-americana, especialmente penoso para o país cujo nome em português denomina o conflito (es. *Guerra Grande*, no Paraguai; *Guerra de la Triple Alianza*, na Argentina e no Uruguai), pois perdeu três quartos de sua população e teve por décadas seu desenvolvimento social e econômico prejudicado como consequência dela.

Quase 150 anos após o final da contenda, eventual restituição dessa peça tão simbólica, que traduz um esforço heroico de resistir pelo uso dos derradeiros meios disponíveis – sacrificando até mesmo os sinos de suas igrejas –, poderia representar verdadeira conciliação entre os países envolvidos.

Afinal, a conservação desse “troféu de guerra” representa o antagonismo passado, enquanto sua devolução representaria o relacionamento harmônico no presente e seria símbolo de otimismo quanto ao futuro.

No mesmo contexto de obras com valor histórico, o Superior Tribunal de Justiça julgou, recentemente, recurso, fazendo valer a norma que proíbe a exportação de bens culturais anteriores ao advento da república. O Ministério Público Federal ajuizara ação civil pública diante de ofensa a dispositivos da Lei 4.845/65, que proíbe a saída, para o exterior, de obras de arte e ofícios produzidos no país, até o fim do período monárquico.²⁶ No caso, a parte-ré pretendia transportar para o Uruguai obras de arte diversas, porém “teve seus objetivos obstados por agentes da Receita Estadual do Rio Grande do

²⁴ A autora agradece à Desa. Federal Marga Tessler pela possibilidade de refletir sobre a questão, a partir de suas indagações sobre o tema no evento que deu origem a este artigo.

²⁵ <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2013/04/1264506-paraguai-exige-do-brasil-a-volta-do-cristao-trazido-como-trofeu-de-guerra.shtml>; <https://web.archive.org/web/20140714201625/http://www.lanacion.com.py/articulo/114977-franco-pidio-a-brasil-devolucion-de-trofeos-de-la-guerra-de-la-triple-alianza-.html>; <https://historiamilitaronline.com.br/index.php/2019/01/16/o-canhao-el-cristiano-e-a-guerra-do-paraguai/>.

²⁶ AgInt no AREsp 622.585/RS, rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 16.02.2017, DJe 08.03.2017.

Sul – que interceptaram veículo de transporte de cargas em cujo interior se encontravam peças de arte históricas, desacompanhadas da documentação respectiva (própria para transporte desse matiz)”. Determinada a avaliação dos bens, sobreveio laudo pericial informando que, dos 129 objetos apreendidos, apenas 13 não estariam abrangidos pela Lei nº 4.845/1965, estando os demais sujeitos a pena de perdimento em favor do Estado, diante da tentativa de exportação ilegal (artigo 5º da Lei nº 4.845/1965), em violação ao patrimônio histórico nacional, motivo pelo qual os bens foram encaminhados ao Museu Nacional de Belas Artes, onde são mantidos aos cuidados do Iphan.

Reconhecer obra como patrimônio cultural de um país, atribuindo-lhe **nacionalidade** para o fim de evitar sua exportação – ou mesmo justificar sua restituição –, é tema delicado e complexo, pois o artista pode ter realizado sua criação fora de seu território de origem, o qual, por sua vez, pode ter tido o respectivo processo de formação como Estado recentemente. Veja-se a situação de Veneza, outrora pertencente ao Império Austro-Húngaro, hoje cidade italiana, ou mesmo do Brasil, antes parte do Reino de Portugal.

Assim, deve-se questionar se a **nacionalidade da obra de arte** deveria ser reconhecida de acordo com a do artista que a concebeu, de acordo com o território onde atuou ou, ainda, de acordo com o Estado atualmente estabelecido no local em que a obra fora criada ou onde hoje a obra se situa.

Veja-se o exemplo do retrato do presidente alemão Theodor Heuss, realizado por Oskar Kokoschka, pintor de nacionalidade austríaca que, desde 1947, se tornou britânico, e que morou, nos anos que antecederam seu falecimento, em 1980, na França. Certamente a tela é patrimônio cultural alemão, estando hoje situada no Museu Ludwig, de Köln. Todavia, não se pode afirmar que a obra seja bem cultural **apenas** da Alemanha.²⁷

Para determinar a nacionalidade de uma obra de arte, devem-se considerar a nacionalidade do artista ou sua residência (no caso de ser estrangeiro no país em que concebeu a obra) e o local onde a peça se encontra. Deve-se ter em conta, outrossim, se a peça foi negociada ou presenteada com o consentimento do país de origem ou se se insere em culto religioso particular. Esses elementos auxiliam na determinação da nacionalidade de uma obra de arte, mas não têm, contudo, o condão de determinar a nacionalidade por si só. **Nação** é termo menos compreensível que Estado. Considera **características objetivas**, como língua, usos, leis, religião, etnias e país, mas também a

²⁷ SCHACK, Haimo. **Kunst und Recht...** p. 286. Sobre o tema, veja-se: JAYME, Erik. **Kunstwerk und Nation: Zuordnungsprobleme im internationalen Kulturgüterschutz.** Heidelberg: Winter, 1991. p. 11 e seguintes.

característica subjetiva da “consciência de pertencer”.²⁸

Cada nação deve poder preservar sua identidade. Por isso a nacionalidade do artista, ainda que esteja em primeiro plano, deve ceder à nação, que vem em primeiro lugar.

Assim, consideradas essas circunstâncias, a nacionalidade de uma obra de arte deve ser determinada **menos pela do artista que a concebeu e mais pela recepção e pela apreciação que ela desfruta em um determinado país, que é determinante do interesse nacional em preservá-la como bem cultural em seu território.**²⁹ De fato, o interesse nacional deve estar associado a uma **consciência e sentimentos atuais** da sociedade, no sentido de considerar a obra como parte de sua identidade.³⁰

Não há melhor exemplo dessa conclusão do que a reflexão acerca da nacionalidade do monumento do “Cristo Redentor”, no Rio de Janeiro, o qual, embora tenha sido idealizado por brasileiro, Heitor da Silva Costa, foi esculpido por Paul Landowski, francês de origem polonesa, com o auxílio do engenheiro e escultor francês especializado em concreto armado Albert Caquot e do escultor romeno Gheorghe Leonida, incumbido pelo primeiro da realização do rosto da estátua.

É claro que “o Cristo” é especialmente recepcionado e apreciado no Brasil, que tem especial interesse em preservá-lo como bem cultural brasileiro em seu território, já que são evidentes a consciência e os sentimentos atuais da sociedade brasileira no sentido de considerar a obra como parte da identidade nacional.

O mesmo ocorre com a “Estátua da Liberdade” (fr. *La liberté éclairant le monde*), instalada na Ilha da Liberdade, em Nova Iorque, que foi projetada pelo escultor francês Frédéric Auguste Bartholdi e construída em cobre por

²⁸ JAYME, Erik. **Kunstwerk und Nation**: Zuordnungsprobleme im internationalen Kulturgüterschutz. Heidelberg: Winter, 1991. p. 31.

²⁹ Não obstante, vejamos os casos Goya, em que tribunal inglês rejeitou pedido de restituição da tela **Marquesa de Santa Cruz**, de autoria desse pintor, porque não pertenceria ao Estado Espanhol, e Matisse, em que a Itália requereu inexistosamente a restituição da tela **Portrait sur Fond Jaune** em tribunal americano, tendo sido fundamentada a decisão no fato de ser pintor de nacionalidade francesa (Jeanerett v. Vichey). Exemplos expostos em: JAYME, Erik. Die Nationalität des Kunstwerks als Rechtsfrage. In: **Wiener Vorträge**: Internationales Privat- und Verfahrensrecht, Rechtsvergleichung, Kunst- und Kulturrecht. Wien: Manzschke, 2001. p. 129-153; JAYME, Erik. Rechtsbegriffe und Kulturgeschichte. In: REICHEL, Gerte (org.). **Neues Recht zum Schutz von Kulturgut**: Internationaler Kulturgüterschutz. Wien: Manz, 1997. p. 16; e JAYME, Erik. **Kunstwerk und Nation**: Zuordnungsprobleme im internationalen Kulturgüterschutz. Heidelberg, Winter, 1991. p. 16-17.

³⁰ JAYME, Erik. **Globalization in Art Law...** p. 935.

Gustave Eiffel, constituindo-se em presente do povo francês aos Estados Unidos. É inegável seu “pertencimento” a esse país.

De acordo com essa compreensão, uma peça criada por brasileiro, no território nacional, pode ser perfeitamente considerada bem cultural de outro país, como Portugal, por exemplo, ou qualquer outro. Por esse motivo, as questões que dizem respeito ao tema não são tão singelas como se poderia imaginar à primeira vista.

Essas reflexões não se aproveitam, todavia, em caso de manifesta ilegalidade na tomada do bem – situação que passo a examinar na parte seguinte.

II Subtração ilegal e restituição

A tomada de bens culturais dos derrotados pelos conquistadores (*dt. Beutekunst*) é prática desde a Antiguidade. Em Roma, objetos de arte dos povos conquistados costumavam ser levados à capital como troféus de guerra (*dt. Kriegstrophäe*), sendo prática comum a decoração de jardins romanos com estátuas gregas. Durante muitos séculos essa prática condenável existiu, podendo-se referir em tempos não tão remotos o saque promovido por Napoleão.³¹

A percepção de que bens culturais de nações conquistadas não devem ser espoliados é recente,³² conduzindo à conclusão de que esses bens devem ser objeto de restituição. Porém, os mecanismos para procedê-la têm se revelado pouco eficientes.

A base fundamental da restituição é o direito internacional público,

³¹ SCHOEN, Susanne. *Beutekunst: Von der Kriegstrophäe zur Handelsware*. In: WELLER, Mathias; KEMLE, Nicolai; DREIER (org.). **Raub – Beute – Diebstahl: Tagungsband des Sechsten Heidelberger Kunstrechtstags am 28. und 29. September 2012**. Baden-Baden: Nomos, 2013. p. 77.

³² Desde o final do século XIX e início do século XX, as convenções de Haia (*Law and customs of war on land; Hague Conventions of 1899 and 1907*) proibem a tomada de propriedade do inimigo e pilhagem mesmo em cidades ocupadas – o que foi inclusive confirmado pelo Tribunal de Nürnberg (*United States and others v. Hermann Wilhelm Göring and others*, 6 Federal Rules Decisions, 69, 120-123 – International Military Tribunal at Nürnberg, 1946). Contudo, isso não significa que antes disso o procedimento era aceitável. O roubo pelos soldados, se não autorizado pelo comandante, sempre foi considerado crime, pois a pilhagem era considerada como **direito do Estado conquistador sobre o Estado inimigo conquistado**. O próprio Napoleão proclamou em 1798 que seus soldados que desrespeitassem o patrimônio do inimigo, tomando-o para si, deveriam ser fuzilados, e buscou incluir em acordos de rendição a entrega de determinados bens pelos vencidos. Veja-se: SIEHR, Kurt. *Restitution of looted art in private international law*. In: RENOLD, Marc-André; GABUS, Pierre. **Claims for the restitution of looted Art**. Basel: 2004. p. 71-95.

notadamente no âmbito do direito humanitário e da proteção de bens culturais. A causa para a proteção de bens culturais em tempo de guerra está na circunstância de que as nações travam a luta entre si, sendo os bens culturais indiferentes na condução do conflito. Isto é, a tomada deles não representa enfraquecimento do inimigo. Ainda, esses bens são, em regra, insubstituíveis, motivo pelo qual a tomada deles importa em uma lacuna no acervo do seu país de origem, comprometendo a identidade de sua cultura.

A proteção dos bens culturais, portanto, contribui para a conservação da identidade nacional do país, apesar do conflito, assim como para o bem da humanidade, considerando que a subtração de bens culturais reforça e renova o sentimento de derrota, podendo resultar em um efeito encorajador de novos conflitos revanchistas.³³

Para casos de subtração de bens culturais como troféus de guerra, tratados de paz, como o de Versailles (I Guerra Mundial) e os da II Guerra, previam “*restitution in kind*”, isto é, não uma recomposição em dinheiro, mas a entrega de obras de mesma natureza e valor, o que é bastante controvertido.³⁴

Muitos casos de subtração ilegal têm origem na tomada das obras durante conflito armado ou após o fim dele, em ocupação de Estado soberano, como ocorreu, respectivamente, com a Sala Âmbar, na Rússia, e com a tela **Champs de Blé à Vetheuil**, de Claude Monet, pertencente a Gerda Dorothea DeWeerth, que passo a expor a seguir. Após, serão expostos casos de tomada ilegal de obra em perseguição a grupo étnico específico e em virtude da não apreciação da obra em si, de que são exemplos o caso Maria Altmann v. República da Áustria e o do acervo de Sophie Lissitzky-Küppers. Ao final, será apresentado o rumoroso caso Gurlitt.

A. Casos de tomada em conflito armado ou em ocupação de Estado soberano, por perseguição a grupo étnico específico e por não apreciação da obra em si

a. O caso da Sala Âmbar

A Sala de Âmbar é uma câmara mundialmente famosa, decorada com painéis de âmbar apoiados com folhas de ouro e espelhos, localizada no Palácio Tsarskoye Selo, nas proximidades de São Petersburgo. Originalmente construída no século XVIII, na Prússia, desapareceu durante a Segunda Guerra Mundial, sendo considerada por muitos a “oitava maravilha do mundo”.

³³ SCHOEN, Susanne. **Beutekunst...** p. 78.

³⁴ SCHOEN, Susanne. **Beutekunst...** p. 78.

A sala foi projetada pelo escultor barroco alemão Andreas Schlüter e pelo artesão dinamarquês Gottfried Wolfram, que se dedicaram à obra por pelo menos seis anos, quando então os trabalhos foram assumidos por Gottfried Turau e Ernst Schacht, de Gdansk. O também designado “gabinete âmbar” permaneceu em Berlim até 1716, quando foi dado pelo rei prussiano Frederick William I ao seu então aliado, o czar Pedro, o Grande, do Império Russo. Na Rússia, a sala foi ampliada e, depois de várias reformas, chegou a conter mais de 6 toneladas de âmbar.

Subtraída durante a II Guerra Mundial pelo exército nazista, foi levada para Königsberg para reconstrução e exposição, porém seu paradeiro é ignorado até a atualidade.

Desde 1979 foram envidados esforços para reconstrução da sala, que, em 2003, depois de décadas de trabalho por artesãos russos e doações da Alemanha, foi reinaugurada na Rússia.

Em 13.05.1997, a polícia alemã apreendeu em Bremen, em negociações de venda, um advogado e uma obra de arte que, após avaliação por peritos, restou identificada como **um dos quatro mosaicos florentinos de mármore da Sala de Âmbar**, de valor de vários milhões de dólares. Segundo foi apurado, um soldado alemão trouxera a peça para casa em 1941, não tendo sido encontrada senão por seu filho em 1978, após seu falecimento. Consta que o herdeiro desconhecia o valor e a natureza excepcional da peça, até identificá-la em um programa de TV, quando passou a invocar deter direito de propriedade, por usucapião.

Sobre o caso, em artigo publicado em 1997, Krämer fundamentou veementemente que não poderia ter havido aquisição de boa-fé, porque o próprio possuidor não acreditava que a peça teria pertencido legitimamente ao pai.³⁵

Em uma réplica³⁶ publicada dez anos mais tarde, Finkenauer³⁷ sustentou que haveria apenas sucessão do lapso temporal, mas não do elemento subjetivo, aduzindo que eventual má-fé do sucessor deveria restar demonstrada – entendimento que prevalece majoritariamente na literatura alemã, mas é diametralmente oposto à compreensão da *common law*, que veda

³⁵ KRÄMER, Gerd. Bernsteinzimmermosaik, das Bernsteinzimmer-Mosaik: Ersitzung durch den gutgläubigen Erben des bösgläubigen Besitzers? *NJW*, 1997, 2.580.

³⁶ É comum na academia alemã que os cientistas contraponham seus argumentos e suas teses em publicações consecutivas. A réplica a uma tese é comumente designada *Erwiderung*.

³⁷ FINKENAUER, Thomas. Gutgläubiger Erbe des bösgläubigen Erblassers: das Bernsteinzimmer-Mosaik. *NJW*, 1998, 960.

aquisição advinda de ilícito, porque ninguém pode transferir a outrem mais direitos do que os que tem (lt. *nemo plus iuris transfere potest quam ipse habet*), i. é, da posse de má-fé não poderia advir posse de boa-fé.³⁸

b. O caso do Monet de Gerda Dorothea DeWeerth

Outro exemplo envolvendo a II Guerra Mundial diz respeito à tela pertencente a Gerda Dorothea DeWeerth. Ela foi cidadã alemã e proprietária da pintura Champs de Blé à Vetheuil, de Claude Monet, datada de 1879, que recebera, juntamente com outras obras de arte, por ocasião da partilha dos bens de seu pai, o banqueiro Karl von der Heydt, falecido em 1922. Em 1943, temendo pela segurança das peças diante dos constantes bombardeios aliados a Berlim, encaminhou a pintura e outras obras para o castelo de sua irmã, a baronesa Gisela Maria Elisabeth von Palm, em Oberbalzheim, com o objetivo de mantê-las em segurança. Não obstante, em 1945, soldados americanos estavam aquartelados no local onde a pintura estava sendo mantida, tendo sido percebido, depois de sua partida, o desaparecimento da tela. Informada pela irmã do ocorrido, DeWeerth escreveu cartas para um advogado, um professor de história da arte e o escritório de investigação federal da Alemanha Ocidental ao longo de três anos, solicitando assistência na localização da pintura desaparecida, sem que tenha havido qualquer descoberta. Em 1957, Edith Marks Baldinger comprou a pintura de uma galeria de arte na cidade de Nova Iorque, alegadamente de boa-fé, desconhecendo a proveniência ilegal. Em 1982, um sobrinho de DeWeerth descobriu em uma publicação que a tela havia sido negociada nos Estados Unidos, ensejando a tomada de providências da proprietária para a recuperação da pintura.

Requerida e recusada a restituição da tela, DeWeerth processou Baldinger no Tribunal Distrital de Nova Iorque buscando recuperar a pintura, tendo sido o julgamento originariamente favorável à autora, pois o tribunal considerou que era a proprietária da obra, fora desapossada ilegalmente e, apesar de transcorridos muitos anos desse fato, empreendeu esforços de diligência razoável na sua localização. Segundo o estatuto de Nova Iorque, a recuperação de bens roubados deve ser demandada em três anos, mas o prazo deve ser contado a partir da exigência, pelo proprietário, de que os bens roubados sejam devolvidos e essa demanda seja recusada (en. *demand and refusal rule*).

³⁸ Para maiores informações, confira-se: FEITEN WINGERT ODY, Lisiane. **Direito e arte: o Direito da Arte brasileiro sistematizado a partir do paradigma do direito alemão**. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

Baldinger apelou para o Tribunal de Apelações dos Estados Unidos (Segundo Circuito), argumentando que a demora em requerer a restituição da obra tornaria a decisão irrazoável, já que estava há cerca de 30 anos com ela.

No julgamento final, houve inversão do julgamento originário, determinando-se que a tela seria de Baldinger, porque a investigação de DeWeerth teria sido mínima (en. *due diligence; reasonable diligence*), sendo “injusto” sujeitar o comprador de arte à devolução de obras de arte tanto tempo após a compra, já que o proprietário original deveria ter descoberto com esforços razoáveis a localização da tela (en. *discovery rule*), tendo sido acolhida a defesa baseada na *equity* (en. *laches*).

A decisão, minudentemente tratada, inclusive com cópia das peças processuais, em obra de introdução ao direito norte-americano³⁹ de metodologia singular, é suscetível de críticas, pois não faz sentido reputar aplicável essa compreensão a casos como o do Monet, em que o proprietário não sabe com quem nem onde a obra está. De fato, que outras diligências seriam exigíveis de proprietário desapossado além de buscar orientação legal e auxílio de autoridades estatais, especialmente considerando as condições pós-guerra?⁴⁰ Contudo, prevaleceu o entendimento de que DeWeerth poderia ter localizado a tela, se tivesse simplesmente consultado o *catalogue raisonné* de Monet, do qual a obra constava desde 1957.

c. O caso do retrato de Adele Bloch-Bauer

O caso de restituição que talvez tenha despertado mais interesse no público mundial é o que envolveu o retrato de Adele Bloch-Bauer,⁴¹ conhecida obra de Klimt, também designada **A dama dourada**, que foi resolvido

³⁹ HUMBACH, John. **Whose Monet?** An introduction to the American legal system. Nova Iorque: Wolters Kluwer, 2016.

⁴⁰ Nesse sentido, veja-se o caso *Solomon Guggenheim Foundation v. Lubell*. Nele, o museu, que tivera a tela **Ménageries**, de Chagall, furtada em 1965, demandou do casal Lubell, que a adquirira do renomado negociante de arte Robert Elkon em 1967, a restituição da obra. O tribunal de Nova Iorque julgou o pedido procedente em 1991, aplicando a *demand and refusal rule* e afastando a prescrição, abstendo-se, todavia, de aplicar *laches* em desfavor do museu, porque considerou que uma busca pública do objeto poderia ter sido prejudicial ao próprio museu, fazendo com que a obra desaparecesse no *underground* do mundo da arte. Sobre o caso, veja-se: SIEHR, Kurt. 50 Jahre nach Entdeckung von Dürer-Portraits in New York: zum Rechtsstreit “Kunstsammlungen zu Weimar v. Elicofon” im Kontext neuer amerikanischer Rechtsprechung. **Bulletin Kunst & Recht**, 2016/2-2017/1, p. 39-40; LERNER, Ralph; BRESLER Judith. **Art Law: the guide for collectors, investors, dealers, and artists**. v. 1, 2 e 3. 3. ed. Nova Iorque: Practising Law Institute, 2005. p. 272 e seguintes.

⁴¹ A obra pode ser visualizada em: <http://www.artslife.com/2017/01/20/opere-arte-piu-costose-di-sempre-capolavori-piu-pagati-al-mondo/>.

em 2006 após uma longa disputa jurídica entre Maria Altmann e a República da Áustria,⁴² posteriormente exposto no filme de mesmo título, dirigido por Simon Curtis – exibido no evento que deu ensejo a este artigo.

O quadro fora encomendado a Klimt, considerado o “príncipe” dos pintores austríacos nos séculos XIX e XX, pelo tio da autora do pedido resolutório, Ferdinand Bloch-Bauer, casado com a retratada, sendo eles representantes da nova elite da sociedade vienense: burgueses, industriais ou banqueiros, não raramente judeus. O pintor, que havia visitado a Igreja de San Vitale, em Ravena, na Itália, cerca de 3 anos antes, ficara então muito impressionado com o mosaico bizantino da imperatriz Theodora, esposa de Justiniano, que transmitia toda sua glória em dourado, inspirando-se nessa obra para compor sua tela.

A autora, Maria Altmann, era a única herdeira sobrevivente de Ferdinand, que, por ocasião de seu testamento, nomeara também como sucessores Luise Guttmann e Robert Bentley, seus irmãos, e por esse motivo buscou a restituição da obra, primeiramente sob a via administrativa, na Áustria. Diante do insucesso, buscou o auxílio do advogado Eric Randol Schoenberg, também descendente de sobreviventes do holocausto, que intentou ação judicial nos Estados Unidos.⁴³

O caso teve três pontos de interesse jurídico: o primeiro, determinar se o documento subscrito por Adele, que manifestava vontade de que os quadros fossem entregues à galeria nacional de Viena depois da morte do esposo, teria valor como testamento; o segundo dizia respeito à subtração da obra, que fora retirada das paredes da residência familiar durante a *Anschluss*,⁴⁴ e à possibilidade de uma pessoa privada demandar Estado estrangeiro em virtude desse fato; o terceiro, como e onde ocorreria essa demanda.

Sobre a primeira questão, Adele firmara testamento de mão própria em 1923, no qual, entre disposições de caridade e a indicação de seu marido como herdeiro universal, pedia ao marido que, depois de sua morte, seus dois retratos e quatro paisagens de Klimt fossem entregues à galeria estatal austríaca de Viena. Em alemão, “*bitte ich meinen Ehegatten nach seinem Tode der oesterr. Staats-Gallerie*”.⁴⁵ O testamenteiro, por ocasião de sua

⁴² <http://adele.at>.

⁴³ MERRYMAN, John; ELSEN, Albert. **Law, ethics and the visual arts**. 5. ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law, 2007. p. 42 e seguintes.

⁴⁴ Anexação da Áustria à Alemanha nazista ocorrida em 1938.

⁴⁵ O termo “*bitte*” designa pedido. A transcrição do documento encontra-se na monografia sobre o caso escrita por WELSER, Rudolf; RABL, Christian. **Der Fall Klimt: die rechtliche Problematik der Klimt-Bilder im Belvedere**. Wien: Manzsche, 2005. p. 1 e seguintes.

morte, de meningite, em 1925, consignou que o documento não teria valor de testamento no que se refere à destinação das telas (além do “Retrato de Adele”, outras obras de Klimt estavam envolvidas no procedimento de restituição), pois, segundo os recibos de pagamento, elas pertenciam a seu marido. Assim, não seriam dela para as oferecer.

Em 1936, Ferdinand ofereceu uma das telas de Klimt, chamada “*Schloss Kammer am Attersee III*”, à Galeria Nacional, permanecendo com as demais em sua residência em Viena até sua fuga para a Suíça em 1938. Na sua ausência, foram-lhe impostas grandes penalidades tributárias, que ensejaram a expropriação de seu patrimônio, então administrado pelo Dr. Führer no período compreendido desde a fuga até 1945, quando Ferdinand Bloch-Bauer faleceu. Em seu testamento, firmado no mesmo ano, não há qualquer disposição quanto aos quadros nem quanto ao pedido manifestado pela esposa de que estes fossem entregues ao museu estatal.

Nesse contexto configurou-se a “causa” para o pedido de restituição.

A ação proposta por Schoenberg foi ajuizada nos EUA porque a autora não dispunha de recursos para demandar diretamente o Estado austríaco na Áustria, em que o valor da causa constitui base de cálculo das custas processuais a serem recolhidas previamente (no caso, o quadro tinha valor estimado de 100 milhões de dólares).⁴⁶ Maria Altmann vivia uma vida confortável, porém sem maiores riquezas, na Califórnia, Estados Unidos, não dispondo de 1,8 milhão de dólares para antecipar como custas processuais para a ação judicial. Ao contrário do Brasil, em que a regra é o deferimento de assistência judiciária gratuita (AJG), a Áustria, assim como a Alemanha, não conhece benefício comparável, reservando as hipóteses de isenção de custas a pessoas mais humildes. Assim, a alternativa seria o foro norte-americano, onde o advogado assume as despesas processuais, não vinculadas ao valor controvertido, ressarcindo-se do outorgante do mandato em caso de êxito – ou suportando o prejuízo, em caso de derrota.

Todavia, a imunidade entre Estados soberanos (dt. *Staatenimmunität*; en. *Foreign Sovereign Immunities*; sigla em inglês da lei americana regulamentadora: FSIA), estabelecida em 1976, deveria impedir a Áustria de ser ré em tribunal americano, especialmente por fato ocorrido antes disso. Porém, o tribunal da Califórnia decidiu em outros precedentes que isso poderia ocorrer em hipótese de violação aos direitos humanos, o que se considerou ter

⁴⁶ SCHOENBERG, Randol; BURRIS, Donald. Reflections on litigating holocaust stolen art cases. *Vanderbilt Journal of transnational law*, Symposium International Legal Dimensions of Art and Cultural Property, v. 38, p. 1.044-1.046, out. 2005.

ocorrido no caso da subtração da tela no contexto do nacional-socialismo.

Levada a controvérsia à Suprema Corte americana, restou confirmado que sim, a Áustria poderia ser ré em tribunal americano porque atendidos os requisitos desse sistema legal, quais sejam: a subtração da tela fora ilegal, estando ela na posse desse país estrangeiro, o qual estendia e perpetuava a ilegalidade no território americano por estar “*doing business*” nos Estados Unidos, na medida em que o catálogo da galeria Belvedere, onde a tela estava, era comercializado em livrarias americanas, assim como eram anunciadas em agências de turismo viagens à Áustria para visitá-la.

Com efeito, uma vez que a Áustria lucrava com a subtração da obra em território americano, explorando a comercialização de publicações sobre essas telas, isso foi tido como suficiente para afastar sua imunidade.

Apesar de vitoriosa na Suprema Corte, prosseguir na corte americana não era a melhor opção para a autora, porque já contava com idade avançada, sendo de se presumir que eventual decisão favorável não seria de execução simples. Diante disso, o advogado propôs que a causa fosse decidida em um procedimento de arbitragem (dt. *Schiedsverfahrenvereinbarung*), na Áustria, em que um árbitro seria escolhido por cada uma das partes, e um terceiro, designado pelo Ministério da Cultura, com o que o governo austríaco concordou. Foi nesse procedimento que a restituição foi reconhecida como devida, pois o “*Bitte*” (pedido) de Adele foi tido como não vinculante, mas como mero desejo, já que as telas pertenciam a seu marido. Daí por que o fato de ter o Dr. Führer entregue parte das telas à Áustria, referindo, ainda, o pedido de Adele, tampouco constituiria título de aquisição.

Assim, aplicou-se a lei de restituição austríaca (dt. *Kunstrückgabegesetz*) de 1998,⁴⁷ determinando-se a entrega da tela à demandante, o que foi bastante polêmico, apesar da proveniência ilegal, devido ao fato de o quadro ser considerado patrimônio cultural austríaco.

Uma vez restituído, foi adquirido por Ronald Lauder, filho de Estée Lauder, da mundialmente conhecida marca de cosméticos de mesmo nome, por USD 135.000.000,00, estando exposto em sua galeria em Nova Iorque.

O caso Maria Altmann v. República da Áustria é especialmente relevante pelo peso conferido aos direitos humanos, assinalando marco para a retroatividade das normas que os protegem. Da mesma forma, a invocação dos princípios de Washington no seu julgamento mostrou avanços no senti-

⁴⁷ Título formal: *Bundesgesetz über die Rückgabe von Kunstgegenständen und sonstigem beweglichem Kulturgut aus den österreichischen Bundesmuseen und Sammlungen und aus dem sonstigen Bundeseigentum*. Ou, simplesmente: *Kunstrückgabegesetz*, abrev. KRG.

do da transnacionalidade para a solução de casos envolvendo restituição e instituições estatais.

d. O caso de Sophie Lissitzky-Küppers e da arte considerada degenerada

Não foram apenas os colecionadores judeus e suas famílias vítimas do confisco de obras de arte no tempo do nacional-socialismo. Muitos museus e colecionadores privados alemães tiveram seu acervo comprometido diante da circunstância de terem sido as obras confiscadas por terem sido consideradas como **arte degenerada** (dt. *entartete Kunst*). Obras que foram posteriormente alienadas em leilões, principalmente na Suíça.⁴⁸

No caso da designada *entartete Kunst*, a subtração não se fundamentava na propriedade da obra por um inimigo do Estado, mas em uma oposição ao próprio artista e à sua obra, autorizada pela lei sobre o confisco de peças de arte degenerada (dt. *Gesetz über Einziehung von Erzeugnissen entarteter Kunst*), de 31.05.1938. Assim como a já referida lei de 14.07.1933 (*Gesetz über die Einziehung volks- und staatsfeindlichen Vermögens*), esse ato também foi posteriormente apontado como inválido desde o início, já que a apreciação de gosto e qualidade das obras também era orientada pela equivocada compreensão racial daquela corrente política.⁴⁹

Não obstante, em casos julgados logo após a guerra, pedidos de restituição foram indeferidos, sob argumentos como os de que as obras tinham sido colocadas sob os cuidados do então poder estatal, comumente mediante uma indenização, e de que museus e galerias não poderiam ser tidos como “perseguidos”, no contexto da *Rückstellungsgesetz*⁵⁰ (lei de restituição). Da fundamentação das decisões nesses casos chegou a constar que admitir a restituição de *entartete Kunst* poderia favorecer pessoas que contribuíram para o regime nacional-socialista, o que “não poderia ser o espírito da lei” restitutória.⁵¹

⁴⁸ JAYME, Erik. Der Gurlitt-Fall: Grundfragen des Kunstrechts. MOSIMANN, Peter; Schönenberger, Beat (org.). **Kunst & Recht 2014**: Referate zu der gleichnamigen Veranstaltung der Juristischen Fakultät der Universität Basel. Bern: 2014. p. 140.

⁴⁹ BverfG, 14.02.1968, BVerfGE 23, 98.

⁵⁰ *Bundesgesetz zur Regelung der rückerstattungsrechtlichen Geldverbindlichkeiten des Deutschen Reichs und gleichgestellter Rechtsträger*, lei de restituição dos passivos do império alemão e equiparados [leia-se, Partido Nazista], entre 30.01.1933 e 08.05.1945. As controvérsias envolvendo essa lei eram julgadas pelo Oberste Rückerstattungsgericht (abrev. ORG; pt. Tribunal Superior de Restituição).

⁵¹ OLG Düsseldorf, 26.07.1952, RzW 1952, 266 e ORG 11.01.1967, RzW 1967, 299. Veja-se, ainda: OLG München 30.10.1967 (escultura de Wilhelm Lehmbruck, **Große Knieende**), em

Essa, todavia, não é a melhor compreensão da questão, assim como se pode concluir pelo caso envolvendo a tela **Sumpflgende**,⁵² criada em 1919 e adquirida diretamente de seu ateliê, no Schloss Suresnes, em München, por Paul Küppers, diretor da associação de artistas de Hannover, falecido de gripe espanhola em 1922, e sua esposa, Sophie Lissitzky-Küppers, historiadora de arte.

Em 1926, Sophie emprestou a tela, juntamente com quinze outras obras modernas, ao Museu de Hannover, de onde foram tomadas pela comissão de arte degenerada nacional-socialista em 05.07.1937. Em 19.07.1937, a tela foi exposta em München na exposição de arte degenerada, junto a outras obras do dadaísmo ("*Dada-Wand*"). Em 1941, consta que o negociante de arte Hildebrand Gurlitt adquiriu o quadro do "terceiro império alemão" (*Drittes Reich*), a quem pagou SFr. 500,00. Em 1962, a galeria Lempertz, em Köln, leiloou a tela, apesar de estar ciente da proveniência, tendo-a arrematado o colecionador Ernst Beyeler, que a vendeu, posteriormente, à galeria Rosengart, de Luzern, onde permaneceu entre 1973 e 1982. A obra foi adquirida, então, pela fundação Gabriele Münter e Johannes Eichner e pela cidade de München, por DM 700.000,00, passando a compor o acervo da galeria Lenbachhaus.⁵³

Jen Lissitzky, filho de Sophie Lissitzky-Küppers, ajuizou, em 1992, ação objetivando a restituição do quadro. Todavia, a pretensão foi julgada improcedente em virtude da prescrição. O tribunal não considerou o fato de que Sophie havia se casado em segundas núpcias com o pintor e arquiteto russo El Lissitzki, tendo-o acompanhado, em 1927, para a União Soviética, onde passou a ser considerada inimiga do Estado desde a morte do esposo, em 1941, e banida para Nowosibirsk, na Sibéria, local em que permaneceu até a morte, em 1978.⁵⁴ Outrossim, não foram considerados aplicáveis os princípios de Washington (que poderiam ter afastado a prescrição), de observância

que da fundamentação do julgador consta que a subtração de obra de arte representa uma agressão menor, comparada com a perseguição e o extermínio dos judeus.

⁵² LG München, 08.12.1993, IPRAX 1995, 43. Sobre o caso: SCHNABEL, Gunnar; TATZKOW, Monika. **Nazi looted art: Handbuch Kunstrestitution weltweit**. Berlin: Proprietas, 2007. p. 289; JAYME, Erik. "**Entartete Kunst**" und Internationales Privatrecht. Heidelberg: Winter, 1994. p. 7-8.

⁵³ JAYME, Erik. "**Entartete Kunst**" und Internationales Privatrecht. Heidelberg: Winter, 1994. p. 17.

⁵⁴ Com a morte de Stalin, Sophie pôde deixar a Rússia pelo menos uma vez, mas não teve autorização para trazer o filho. Na oportunidade, buscou reaver a coleção, sem êxito. Retornando à URSS, onde se reuniu com o filho, foram-lhe sucessivamente denegados novos pedidos para deixar o país.

obrigatória por museus estatais alemães, porque a hipótese fora de *entartete Kunst* e por ser a Lenbachhaus instituição privada.

Em 2012, o herdeiro de Lissitzky-Küppers intentou nova ação, desta feita sob a tese de dispor de novos documentos, tendo sido tornado público em 2017 que as partes realizaram acordo, de forma a manter a tela no museu, mediante pagamento de indenização.⁵⁵

e. O caso Gurlitt

Talvez o mais controverso e atual caso envolvendo restituição de arte seja o **caso Gurlitt**,⁵⁶ deflagrado por um acaso, mas que denota a fragilidade da distinção entre os casos de *Kunstraub*.

Cornelius Gurlitt levou uma vida de décadas de isolamento desde o falecimento de seu pai, o historiador de arte e negociante célebre Hildebrand Gurlitt, já referido. Em uma viagem de Zurique para Munique, foi controlado no trem pela polícia aduaneira alemã, que apurou que transportava consigo € 9.000,00. Embora não houvesse ilegalidade (o máximo admissível, no caso, seria € 10.000,00), a Receita Federal alemã suspeitou de Gurlitt, porque ele nunca trabalhara nem recolhera tributos, embora portasse quantia substancial de dinheiro em espécie. Insinua-se que seu nome constasse das listas apresentadas pelos bancos suíços, que informaram a diferentes países estrangeiros a manutenção de contas em seus estabelecimentos por seus nacionais, mas não há prova disso. Em qualquer caso, foi deflagrada uma investigação.

Em fevereiro de 2012, na apuração de possível evasão fiscal na moradia de Gurlitt, em um apartamento em Schwabing, Munique, o promotor distrital de Augsburg confiscou 121 obras emolduradas e 1.285 obras não enquadradas. Imediatamente, suspeitou-se de que algumas das pinturas

⁵⁵ Detalhes do acordo e os valores envolvidos não foram divulgados. Informação obtida em: http://www.deutschlandfunkkultur.de/einigung-im-streit-um-kllee-bild-sumpflegende.265.de.html?drn:news_id=773026. Outro caso de substrato fático semelhante envolveu a obra **Improvisation Nr. 10**, de Kandinsky, que também pertencera a Sophie Lissitzky-Küppers e fora adquirida pelo colecionador Ernst Beyeler, tendo sido realizado acordo entre a fundação deste último e os sucessores da primeira no ano de 2002. Veja-se: SCHÖNENBERGER B. **Restitution von Kulturgut**: Anspruchsgrundlagen, Restitutionshindernisse, Entwicklung. Bern: Stämpfli, 2009. p. 5-6; SCHNABEL, Gunnar; TATZKOW, Monika. **Nazi looted art**: Handbuch Kunstrestitution weltweit. Berlin: Proprietas, 2007. p. 297 (LG Frankfurt am Main, 06.03.2006).

⁵⁶ Sobre o caso, veja-se, principalmente: JAYME, Erik. Der Gurlitt-Fall: Grundfragen des Kunstrechts. In: Mosimann/Schönenberger (org.). **Kunst und Recht 2014**. Berna, p. 127 e seguintes; ERNST, Wolfgang. Bilderbesitz im Rechtsstaat, **JZ**, 2014, p. 28 e seguintes; e KÄHLER, Lorenz. Vom bleibenden Wert des Eigentums nach der Verjährung des Herausgabeanspruchs, **NJW**, 2015, p. 1.041.

confiscadas teriam sido saqueadas pelos nazistas durante a Segunda Guerra Mundial, pois a coleção estava em grande parte intacta, sendo de qualidade notável. De fato, continha mestres antigos, além de pinturas impressionistas, cubistas e expressionistas de artistas como Claude Monet, Pierre-Auguste Renoir, Henri Matisse, Franz Marc, Marc Chagall, Otto Dix e Max Liebermann, entre muitos outros. Embora as autoridades alemãs tenham apreendido toda a coleção, Gurlitt não foi detido senão após 3 de novembro de 2013, quando a revista alemã Focus noticiou o achado, provocando alvoroço mundial.

Até então, sabia-se apenas que Gurlitt havia negociado em um leilão em Colônia o quadro **Löwenbändiger**, de Max Beckmann, por € 864.000,00, como meio de obter recursos para tratamento de sua saúde. Antes do leilão, contudo, soube-se por meio das pesquisas de proveniência que o quadro pertencera ao colecionador judeu Alfred Flechtheim, falecido em 1937, em Londres. Gurlitt pagara, então, aos sucessores dele uma compensação.⁵⁷

Inicialmente, Gurlitt recusara-se a cooperar com os investigadores alemães. Em abril de 2014, porém, finalmente chegou a acordo no sentido de que a coleção confiscada em Munique devia ser devolvida a ele em troca da sua cooperação com uma força-tarefa liderada pelo governo encarregada de determinar quais das peças teriam sido roubadas e seriam devolvidas aos legítimos herdeiros. No entanto, Gurlitt morreu apenas um mês depois, deixando, em seu testamento, todos os seus bens ao Museu de Belas Artes de Berna, na Suíça. A validade da liberalidade, questionada em juízo por familiar do doador, foi confirmada. Embora surpreso, pois não havia contato anterior, o conselho de curadores do museu decidiu por assumir a propriedade das obras, anunciando expô-las para posteriormente buscar eventuais restituições. Isso porque paira a suspeita de que pelo menos parte das obras tenha origem em subtrações ilegais ocorridas sob o regime nacional-socialista.

Consta que o pai de Cornelius Gurlitt ocupara na década de 1920 posições de destaque no mundo das belas artes. Porém, perdera, em 1930, o cargo de diretor do museu König Albert em Zwickau porque exibiu artistas modernos. Depois que os nazistas chegaram ao poder, foi removido de outro emprego como diretor de um museu porque uma de suas avós era judia (segundo as leis de Nuremberg, ele seria 1/4 judeu, o que o tornava apenas parcialmente pertencente à “raça” e à nação alemãs, embora conservasse a cidadania desse país), o que motivou uma mudança com a família para Dresden, onde construiu um negócio próspero como um negociante de arte,

⁵⁷ JAYME, Erik. **Der Gurlitt-Fall...** p. 130.

especializando-se na arte moderna. Mais tarde, Hildebrand foi indicado para compor a Comissão para a Exploração da Arte Degenerada, assim designada então a arte moderna, tendo sido posteriormente instruído a vender essas obras no exterior em moeda estrangeira para fazer um bom lucro para investir em obras (clássicas) para o museu que o Führer tencionava construir em Linz, sua terra natal, na Áustria. Acredita-se que durante esse processo tenha Hildebrand Gurlitt formado a sua extraordinária coleção, com obras tomadas de colecionadores judeus ou por terem sido consideradas degeneradas, estimando-se que o trabalho de catalogação das obras e levantamento da procedência delas leve ainda muitos anos de pesquisa histórica.

Muitas questões se apresentam ainda em relação ao caso, especialmente considerando a dupla nacionalidade do falecido colecionador e o fato de a coleção se encontrar em pelo menos dois países (outras obras foram localizadas em sua residência austríaca), tendo havido doação para instituição localizada em um terceiro – circunstâncias que se somam ao fato de que parte do acervo pertence provavelmente a nacionais ou residentes em outros países.⁵⁸ Questiona-se, outrossim, se, em lugar de buscar a restituição dessas obras, elas não deveriam ser desapropriadas para compor patrimônio estatal, ou mesmo que os princípios de Washington não deveriam ser aplicados ao caso.⁵⁹

Por ora, pode-se referir que três peças foram escolhidas pelo Museu de Berna para retorno imediato: **Femme Assise**, de Henri Matisse, devolvida aos descendentes do negociante de arte judeu Paul Rosenberg; **Zwei Reiter am Strand**, de Max Liebermann, para o sobrinho-neto do industrial e colecionador de arte David Friedmann; e a obra de Carl Spitzweg **Playing the Piano**, aos herdeiros do editor de música Henri Hinrichsen, que foi assassinado em Auschwitz.

B. Proveniência e construção jurisprudencial para a solução uniforme desses casos

Com o propósito de facilitar a restituição de obras tomadas de seus proprietários durante a II Guerra Mundial, a partir de pesquisa de proveniên-

⁵⁸ Sobre a dimensão de direito internacional privado do caso, veja-se o artigo de JAYME, Erik. Die internationalprivatrechtliche Dimension des Falles "Gurlitt". In: WELLER, Mathias; KEMLE, Nicolai (org.). **Eigentum – Kunstfreiheit – Kulturgüterschutz**: Tagungsband des Achten Heidelberger Kunstrechtstags am 31. Oktober und 1. November 2014. Baden-Baden: Nomos, 2015. p. 39-52.

⁵⁹ ERNST, Wolfgang. Bilderbesitz im Rechtsstaat: Einsatz von Strafprozessrecht zu Restitutionszwecken?, **KUR**, 3/4, p. 67-72, 2014.

cia e mediante instituição de registros, foram estabelecidos os *Washington Principles*.⁶⁰

A às vezes referida como “Declaração de Washington” é uma declaração sobre a restituição de arte confiscada pelo regime nazista na Alemanha antes e durante a Segunda Guerra Mundial, lançada em conexão com a Conferência de Washington sobre os Ativos da Era do Holocausto, realizada em Washington, D.C., Estados Unidos, em 3 de dezembro de 1998. O objetivo da conferência foi discutir as perdas judaicas em particular, incluindo obras de arte, livros e arquivos, bem como reivindicações de seguros e outros tipos de ativos. Quarenta e quatro países, incluindo a Alemanha reunificada, enviaram delegados, assim como treze organizações internacionais não governamentais. A declaração contém 11 princípios que, em tradução livre da autora,⁶¹ preceituam:

⁶⁰ Para maiores informações, confira-se: FEITEN WINGERT ODY, Lisiane. **Direito e arte: o Direito da Arte brasileiro sistematizado a partir do paradigma do direito alemão**. São Paulo: Marcial Pons, 2018. V parte, p. 275 e seguintes.

⁶¹ Texto original dos Princípios de Washington, em inglês:

- “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.”* Disponível em: <https://www.state.gov/p/eur/rt/hlcst/270431.htm>.

Washington Principles

1. Arte que tenha sido confiscada pelos nazistas e não posteriormente restituída deve ser identificada.

2. Os registros e arquivos relevantes devem ser abertos e acessíveis a pesquisadores, de acordo com as diretrizes do Conselho Internacional de Arquivos.

3. Devem ser disponibilizados recursos e pessoal para facilitar a identificação de toda a arte confiscada pelos nazistas e não posteriormente restituída.

4. Ao estabelecer que uma obra de arte foi confiscada pelos nazistas e não posteriormente restituída, devem ser consideradas as lacunas ou ambiguidades inevitáveis na proveniência à luz da passagem do tempo e das circunstâncias da era do Holocausto.

5. Todos os esforços devem ser feitos para divulgar a arte que foi descoberta como confiscada pelos nazistas e não posteriormente restituída, a fim de localizar os seus proprietários pré-guerra ou seus herdeiros.

6. Esforços devem ser feitos para estabelecer um registro central de tais informações.

7. Os proprietários pré-guerra e seus herdeiros devem ser encorajados a apresentar-se e a divulgar suas reivindicações de arte que foi confiscada pelos nazistas e não posteriormente restituída.

8. Se os proprietários pré-guerra de arte que foi descoberta confiscada pelos nazistas e não posteriormente restituída, ou seus herdeiros, puderem ser identificados, devem ser tomadas medidas expeditas para alcançar uma solução justa (*just and fair*), reconhecendo que isso pode variar de acordo com fatos e circunstâncias do caso específico.

9. Se os proprietários pré-guerra de arte que tenha sido confiscada pelos nazistas, ou seus herdeiros, não puderem ser identificados, deve-se tomar medidas expeditas para alcançar uma solução justa.

10. Comissões ou outros órgãos estabelecidos para identificar arte que foi confiscada pelos nazistas e para ajudar a resolver questões de propriedade devem ter uma composição equilibrada.

11. As nações são encorajadas a desenvolver processos nacionais para implementar esses princípios, particularmente no que se refere a mecanismos alternativos de resolução de conflitos para resolver questões de propriedade.

Embora se trate de *non-binding principles, softlaw*, portanto, eles captam o espírito da conferência para as nações envolvidas no processo de restituição.

Esses princípios, como normas narrativas que são, podem atuar como ponte entre o Direito e as visões extrajurídicas da vida social, como cláusulas gerais (dt. *Generalklauseln*) e conceitos gerais de direito (dt. *allgemeine Rechtsbegriffe*). São preceitos que aproximam direito e moral, promovendo a reconciliação entre vítima e seus opressores por meio da verdade.

Esses princípios, de observância obrigatória por órgãos públicos alemães, não são aplicáveis senão em casos de subtração decorrente de perseguição a grupo étnico específico. Não obstante, casos de subtração que tiveram lugar no caos da guerra ou da ocupação ao final do conflito, ou por motivo de não apreciação das obras, consideradas degeneradas, são também ilegais, inserindo-se no mesmo contexto social-político.

Quando os atos de subtração foram praticados fora do contexto de perseguição aos judeus pelo nacional-socialismo, a **questão moral** da procedência de uma obra amplia-se para **questão política**.

Todavia, se não houver um **tratamento uniforme** dessas questões, não haverá reconciliação, pois o **passado** dos terríveis anos da II Guerra Mundial seguirá rondando e perseguindo o **presente**.

Por tudo isso, problemas de **proveniência** de obra de arte deveriam ser disciplinados uniformemente. Não obstante, as dificuldades de materializar norma de direito internacional público dessa envergadura são enormes, considerando que as peças estão dispersas, **potencialmente em qualquer país do mundo**, cada qual com sistema jurídico próprio.

Nessas condições, uma solução mais efetiva para esses casos poderia se dar a partir de construção jurisprudencial, que tomasse o vício de proveniência como **defeito da obra, já que lhe compromete o uso regular**, incumbindo ao alienante assegurar a ausência dele, e não excluir sua responsabilidade por sua eventual configuração, constituindo, outrossim, dever do adquirente examinar a origem da obra (en. *due diligence*),⁶² e não atribuir a responsabilidade exclusivamente ao vendedor, especialmente quando não se trata de profissional.

Por outro lado, em se tratando de profissionais de leilões, que estão em uma posição de confiança em relação ao ofertante e ao arrematante,

⁶² Embora o termo seja mais utilizado no contexto em que um provável investidor avalia o negócio, com intenção de participar dele, a investigação prévia do passado de uma obra de arte é fundamental para trazer segurança ao adquirente dela, pois qualquer obra tem uma história. Sobre a amplitude desse dever, inclusive dando conta de serviço profissional específico, veja-se: HASLER, Jerome. What is due diligence? Making the case for a more responsible art Market. *KUR*, 6, p. 157-159, 2014.

especialmente, não se poderia admitir a exclusão da responsabilidade nos casos em que tenham oferecido em catálogo informações que tenham inspirado confiança no adquirente.

Uma falha grosseira na observação desses deveres de pesquisa da proveniência, pelo alienante ou pelo adquirente, deveria resultar na imputação do prejuízo à parte oposta.

Os preceitos gerais relativos à **prescrição** não podem ter aplicação nesses casos, como têm em situações ordinárias: trata-se de circunstâncias extraordinárias, que justificam a construção jurisprudencial no âmbito do *civil law* para incorporar a *demand and refusal rule*, do Estado de Nova Iorque, ou mesmo a *discovery rule*, invocada na Califórnia e em outros estados americanos, segundo a qual o prazo começa no momento em que o titular do direito descobre – ou deveria ter descoberto, se tivesse empregado diligência esperada, suficiente – todos os elementos que constituem a base de sua pretensão,⁶³ isto é, onde o bem está e com quem, demandando sua restituição. Assim, o prazo prescricional teria início apenas quando o proprietário de uma obra de arte interpelasse terceiro que aparecesse na posse da obra desaparecida, pedindo que a devolvesse, não sendo atendido, ou, pelo menos, quando soubesse onde se encontra a obra, reunindo condições para requerer sua restituição.

Contudo, essa compreensão deve ser reservada apenas aos casos em que as obras permaneceram desaparecidas, sem conhecimento de seu paradeiro pelos seus proprietários pré-guerra. Em casos em que os próprios proprietários das obras não alegaram ilegalidade na transferência nem postularam restituição contemporaneamente, apesar de terem podido fazê-lo, por conhecerem o destino das telas, os pleitos restitutórios não devem ser acolhidos, porque os próprios proprietários das obras ao tempo da II Guerra Mundial não consideraram ilícita a transferência da obra, e eventual restituição prejudicaria apenas os direitos de terceiros de boa-fé.⁶⁴

Por fim, apesar da consideração de ser a restituição física das obras às vítimas o ideal para recompor as injustiças havidas, é forçoso reconhecer que muitas delas, em vida, ou seus sucessores diretos, contemporaneamente,

⁶³ SCHÖNENBERGER, Beat. **Restitution von Kulturgut**: Anspruchsgrundlagen, Restitutionshindernisse, Entwicklung. Bern: Stämpfli, 2009. p. 138.

⁶⁴ Como ocorreu com Max Stern, no caso do Carracci adquirido por Feigen; com Tekla Hess, em relação à tela de Kirchner; e com os herdeiros de Pringsheim e de Glaser, relativamente às respectivas coleções. Para maiores informações sobre esses e outros casos, confira-se: FEITEN WINGERT ODY, Lisiane. **Direito e arte**: o Direito da Arte brasileiro sistematizado a partir do paradigma do direito alemão. São Paulo: Marcial Pons, 2018. V parte, p. 275 e seguintes.

superaram a perda das peças e aceitaram indenizações em dinheiro. Rever casos assim, em lugar de promover a pacificação, renova o conflito, desta feita entre as novas gerações. Passados mais de 70 anos desde o fim da guerra, sucessores daqueles que fizeram as pazes com o passado devem respeitar as decisões que eles tomaram em vida, e não reabrir feridas cicatrizadas.

Conclusão

O Direito da Arte é instigante. A questão da restituição internacional de obras de arte examinada sob sua perspectiva traz importantes reflexões sobre a proteção do patrimônio cultural, histórico e artístico, notadamente quanto à natureza (i)legal da subtração e ao conseqüente cabimento de restituição ou devolução, especialmente porque é complexa a determinação da nacionalidade de uma obra de arte, dada a questão do pertencimento.

Já as hipóteses de subtração flagrantemente ilegal também ensejam reflexão por receberem tratamento distinto no âmbito internacional, o que não se coaduna com o propósito do direito de promover a paz social. Os casos de tomada de obras em conflito armado ou de ocupação de Estado soberano, de perseguição a grupo étnico específico ou decorrentes da não apreciação da própria obra deveriam ser igualmente tratados sob o enfoque de **ausência de proveniência “limpa”**. Pelas dificuldades de estabelecer norma de direito internacional dessa envergadura, já que as obras estão dispersas, potencialmente em qualquer lugar do mundo, incumbe à magistratura consolidar construção jurisprudencial que promova solução uniforme desses casos, considerando a ausência de proveniência limpa como defeito da obra que lhe prejudica o uso regular, já que não poderiam ser expostas ao público.