

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ  
CURSO DE DIREITO

GILSON REGINO DE OLIVEIRA JÚNIOR

**AS EXPRESSÕES CULTURAIS E A PROPRIEDADE INTELECTUAL DAS  
COLETIVIDADES:** o paradigma da apropriação cultural no âmbito da sociedade de massa

RECIFE  
2018

GILSON REGINO DE OLIVEIRA JÚNIOR

**AS EXPRESSÕES CULTURAIS E A PROPRIEDADE INTELECTUAL DAS  
COLETIVIDADES:** o paradigma da apropriação cultural no âmbito da sociedade de massa

Monografia apresentada à Faculdade Damas da Instrução Cristã como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador(a): Prof.<sup>a</sup>. Dr.<sup>a</sup>. Renata Cristina Othon Lacerda Andrade

RECIFE  
2018

Ficha catalográfica  
Elaborada pela biblioteca da Faculdade Damas da Instrução Cristã

O48e Oliveira Júnior, Gilson Regino de.  
As expressões culturais e a propriedade intelectual das coletividades: o paradigma da apropriação cultural no âmbito da sociedade de massa / Gilson Regino de Oliveira Júnior. - Recife, 2018. 51 f.

Orientador: Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Renata Cristina Othon Lacerda Andrade.  
Trabalho de conclusão de curso (Monografia - Direito) –  
Faculdade Damas da Instrução Cristã, 2018.  
Inclui bibliografia

1. Direito. 2. Comunidades tradicionais. 3. Expressões culturais. 4. Massificação cultural. 5. Identidade. 6. Propriedade intelectual. I. Andrade, Renata Cristina Othon Lacerda. II. Faculdade Damas da Instrução Cristã. III. Título

34 CDU (22. ed.)

FADIC (2018-156)

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ  
CURSO DE DIREITO

GILSON REGINO DE OLIVEIRA JÚNIOR

**AS EXPRESSÕES CULTURAIS E A PROPRIEDADE INTELECTUAL DAS  
COLETIVIDADES:** O paradigma da apropriação cultural no âmbito da sociedade de massa.

**Defesa Pública em Recife, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ 2018.**

BANCA EXAMINADORA:

Presidente:

---

Orientador (a):

---

Dedico esta Monografia a meus pais e à  
minha irmã.

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente a minha mãe, Maria José, que é a principal responsável pela construção da minha formação como pessoa e agora também no âmbito acadêmico.

Em segundo momento, todo o agradecimento a meu pai, Israel Filho e minha irmã, Danielle Oliveira, que implementaram todo o esforço possível para me auxiliar nesta caminhada. Agradeço, ainda, a todos os Professores que contribuíram ao longo desses cinco anos, com seus ensinamentos.

Por fim, aos meus queridos amigos que sempre estiveram ao meu lado, transmitindo positividade e incentivando a persecução das principais conquistas, especialmente Richard Cavalcanti, Thomas Santana e Luiz Ricardo.

*E aquilo que nesse momento se revelará  
aos povos, surpreenderá a todos não por  
ser exótico, mas pelo fato de poder ter  
sempre estado oculto, quando terá sido o  
óbvio.*

(Caetano Veloso)

## RESUMO

O presente estudo visa analisar a ausência de regulação jurídica apta a coibir certos níveis de apropriação cultural em relação às comunidades tradicionais. Para tanto, faz-se necessário traçar um panorama conceitual sobre a evolução da indústria cultural, a partir do pensamento de Adorno e Horkheimer, e como o fenômeno subsequente, a massificação cultural, a partir da ideia de Hannah Arendt, atinge negativamente estas coletividades que vivem, muitas vezes, à margem da configuração social predominante. O uso desmedido de objetos culturais próprios da simbologia alegórica de um povo pode ser prejudicial para estes grupos, tanto dentro do âmbito econômico, quanto do âmbito moral, na proporção em que tal violação pode afetar a noção identitária da coletividade. Desta forma, levando em consideração as lacunas relativas aos direitos ligados à diversidade cultural, e ainda a falta de previsão concernente à propriedade intelectual de entes coletivos, serão projetadas conjecturas acerca do tema, de acordo com as tendências doutrinárias e as discussões existentes no plano teórico.

**Palavras-chave:** Comunidades tradicionais. Expressões culturais. Massificação Cultural. Identidade. Propriedade Intelectual.

## **ABSTRACT**

The present study intends to analyse the absence of a legal regulation that could be able to cease certain levels of cultural appropriation toward traditional cultures. To make this possible, it's necessary to trace a conceptual prospect upon the cultural industry evolution, from Adorno and Horkheimer perspectives, and how the following phenomenon, the cultural massification, as suggested by Hannah Arendt, negatively affects these collectivities that live, oftentimes, outside the predominant social configuration. The excessive use of cultural objects proper to the allegorical symbology of a community can be harmful to these groups, both within the economic scope and the moral scope, in the proportion in which such violation can affect the identity notion of the collectivity. Thus, considering the gaps related to rights linked to cultural diversity, as well as the lack of prediction concerning the intellectual property of collective entities, conjectures about the subject will be projected, according to the doctrinal tendencies and the theoretical discussions.

**Keywords:** Traditional Communities. Cultural expressions. Cultural Massification. Identity. Intellectual property.

## **LISTA DE ABREVIACÕES**

CDB: Convenção sobre Diversidade Biológica

DPI: Departamento do Patrimônio Imaterial

FUNAI: Fundação Nacional do Índio

IPHAN: Instituto de Patrimônio Histórico e Artístico Nacional

PNPCT: Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais

PNPI: Programa Nacional do Patrimônio Imaterial

PNUD: Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento

TRIPS: Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio

UNESCO: Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>2. MASSIFICAÇÃO CULTURAL E A PROTEÇÃO À IDENTIDADE DE UM POVO .....</b>	<b>13</b>
2.1. Noções Semânticas .....	13
2.2. Da Instrumentalização da Cultura .....	14
2.3. O Multiculturalismo e o Processo de Hibridização Cultural .....	16
2.4. Globalização e Neutralização da Identidade Nacional .....	17
<b>3. COMUNIDADES TRADICIONAIS E A INTANGIBILIDADE DO OBJETO .....</b>	<b>23</b>
3.1 A Eliminação da “Aura” Artística na Realidade Pós-Moderna .....	24
3.2 A Obra: O Objeto de Proteção do Direito à Propriedade Intelectual .....	25
3.3 O Saber Científico e O Saber Tradicional .....	27
3.3.1 O Conhecimento Tradicional Como Patrimônio Cultural Imaterial .....	30
3.4 O Titular do Direito .....	32
<b>4. IMPLICAÇÕES LEGAIS .....</b>	<b>35</b>
4.1 A Evolução da Proteção Legal à Cultura Tradicional no Âmbito Internacional .....	36
4.2 Legislação Autoral Nacional e Prognósticos para a Virada do Paradigma .....	40
<b>5. CONCLUSÃO.....</b>	<b>46</b>
<b>6. REFERÊNCIAS .....</b>	<b>49</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A partir da noção que define o Direito como expressão do espírito da época a que se aplica, moldado aos aspectos que constituem o respectivo panorama social e integralizado aos anseios morais contemporâneos, faz-se premente observar os novos paradigmas criados a partir da complexidade inerente à era do fluxo digital, dentro do contexto da produção de elementos que constituem uma identidade cultural.

Atentando para as novas diretrizes dos direitos autorais, percebe-se a profusão de debates acerca do limite da proteção da produção intelectual, bem como do raio do objeto a ser protegido, culminando em questionamentos próprios tanto do direito em sua essência geral, quanto antropológicos. Nesta esteira, o problema apresentado se sustenta na seguinte indagação: como seria possível para o Estado manter o controle do fluxo de informações e a proliferação de ideias respeitando os direitos inerentes à propriedade intelectual de grupos marginalizados, produtores de expressões culturais intangíveis?

A chave para a obtenção de uma resolução para o problema é reconhecer a necessidade de se estabelecer regramentos e um maior apoio à salvaguarda de tais elementos. Isso se dará a partir do reconhecimento de direitos coletivos essenciais, nos moldes daqueles que se propõem à proteção de direitos personalíssimos, em prol da proteção das comunidades tradicionais frente aos interesses corporativos. Tal providência obstará a incidência de insegurança jurídica e possíveis abusos no âmbito comercial, estabelecendo os bens culturais como objetos de proteção nos moldes das obras salvaguardadas por direitos autorais e patentes.

Desta forma, o presente trabalho se destina a analisar o panorama da utilização atual dos aspectos culturais de comunidades tradicionais por membros diversos da sociedade, e como o uso desmedido pode ser prejudicial para alguns grupos, tanto dentro do âmbito econômico, quanto do âmbito moral, na proporção em que tal violação pode afetar a noção identitária de uma coletividade, ainda mais se levarmos em consideração as lacunas legislativas acerca do tema.

Foram realizados alguns estudos sobre a necessidade da proteção do patrimônio cultural imaterial, inclusive em âmbito global, já que não se trata de um objeto restrito ao âmbito nacional, apenas. Tendo em vista que se trata de matéria exponenciada pela revolução digital, fruto de complicações próprias da modernidade globalizada, a anomia que cerca o

tema do controle da apropriação cultural pode ser observada inclusive em países como os EUA, sendo o artigo “Can Culture Be Copyrighted?”, de Brown (1998), um importante documento antropológico na análise do impacto causado pela desproteção às comunidades tradicionais nativas no âmbito da produção cultural.

As prerrogativas de proteção à propriedade intelectual, em virtude das lacunas legislativas presentes no ordenamento jurídico atual, não servem para amparar as chamadas expressões culturais, culminando em debates de teor econômico e legal acerca da apropriação cultural. No âmbito dos direitos autorais, temos como sujeito proprietário do direito moral e patrimonial aquele que com a força de seu trabalho físico ou intelectual logrou a realização da obra. Com a característica do direito ocidental de proteção precípua à figura do indivíduo, sendo os direitos personalíssimos prezados como canais garantidores das liberdades individuais, a indústria cultural, enquanto produtora coletiva, depara-se dependente das entidades gestoras de direitos coletivos, tendo como obstáculo o fato de que a legislação específica não abarca as expressões culturais de maneira apropriada, as relegando ao panteão do domínio público, ou pior, ao limbo.

Como exemplo dos danos causados pela falta de previsão legal, temos a cultura indígena à mercê das atividades predatórias das grandes corporações, que utilizam elementos de um povo de forma a estabelecer uma apropriação desmedida, sem gerar qualquer tipo de retorno moral ou econômico aos verdadeiros criadores. Ocorre que, como explicita Cunha (2009), os conhecimentos tradicionais não são universais e hegemônicos como os conhecimentos científicos, sendo uma tarefa árdua chegar a um consenso em prol da elaboração de um marco legal para a matéria. Assim, nos deparamos com uma legislação escassa a respeito da proteção das expressões culturais imateriais, bem como aos conhecimentos tradicionais das comunidades, relegados na sua maioria ao domínio público e, desta forma, ao livre acesso, sem gerar qualquer tipo de reconhecimento legal. Tal fato se dá em razão da dificuldade do Estado em manter o controle do fluxo de informações e a proliferação de ideias tradicionais.

Soma-se a isto a dificuldade quanto ao estabelecimento da capacidade civil dos silvícolas à luz do regime de tutela instituído pelo Estatuto do Índio, o qual delegava à FUNAI a função da representação dos seus interesses, e o impasse em relação às previsões contidas no Código Civil vigente, o qual instituiu a necessidade de uma legislação especial para dispor sobre a capacidade dos indígenas, e na Constituição Federal, que por sua vez reconheceu a capacidade processual dos índios para defender seus interesses e direitos.

Dentro deste viés paradigmático, o presente estudo tem como objeto, a partir da utilização da pesquisa bibliográfica e descritiva, as problemáticas acerca da necessidade de proteção ao conteúdo cultural não só material como também imaterial das comunidades, levando em consideração o caráter difuso deste tipo de produção, cujo qual é fruto de uma coletividade criativa, bem como as lacunas legislativas a respeito do tema.

Assim, o objetivo geral da presente pesquisa não se restringe à análise pura da questão, mas também à necessidade do reconhecimento de coletividades como ostentadoras legítimas de direitos sobre a produção de expressões culturais, o que se dá através do método hipotético-dedutivo, no decorrer dos três capítulos que compõem o projeto, os quais irão, respectivamente, ter como objetivos específicos: analisar os aspectos da apropriação cultural frente aos interesses comerciais, examinar a dificuldade de estabelecer o objeto a ser tutelado e, por fim, avaliar o cabimento de instrumentos legais aptos a abarcarem a questão.

Quanto ao desenvolvimento dos capítulos, temos que a primeira parte do trabalho, à luz de conceitos idealizados por Arendt (1961), será voltada à análise da massificação cultural, a qual se dá a partir de um processo de absorção dos elementos culturais de acordo com os desejos do mercado.

O segundo capítulo trata da intangibilidade do objeto a ser tutelado no âmbito da propriedade intelectual, a partir de conclusões jurídicas e antropológicas, demonstrando a dificuldade de se chegar a um consenso em prol da elaboração de um marco legal para a matéria.

Por fim, o terceiro capítulo traz as implicações legais que circundam o tema, a partir da proposição de possibilidades legislativas que agregariam ao contorno do problema da apropriação cultural das expressões tradicionais. Tais possibilidades, como será observado, passam por uma adaptação da aplicação de lei de direitos autorais, chegando ao advento de uma legislação *sui generis*, que leve em consideração as particularidades do tema.

## 2 MASSIFICAÇÃO CULTURAL E A PROTEÇÃO À IDENTIDADE DE UM POVO

Segundo Hannah Arendt (1961), a cultura é o objeto pelo qual os povos demonstram sua singularidade, elemento primordial à obtenção de uma identidade, transmitindo por gerações uma essência própria. Nesta esteira, o processo atual de absorção das expressões culturais das comunidades tradicionais evidencia a noção de “industrialização da cultura”, onde esta pureza da essência secular é submetida a transformações axiológicas que culminam no esvaziamento de sentido da proposição originária da obra, pondo em cheque toda a constituição identitária de uma comunidade.

Com isto, a Escola de Frankfurt debate a existência de um “caos cultural” proporcionado por esta indústria cultural e sua mentalidade essencialmente capitalista, restando suplantada a noção de obra enquanto emissora de uma ideia pela noção de obra enquanto produtora de um efeito adequado às necessidades dos consumidores. Sendo esta necessidade, segundo Adorno e Horkheimer (2006, p. 112), fruto do direcionamento manipulado pela “indústria da diversão”.

### 2.1 Noções Semânticas

A relação entre o indivíduo e o seu meio, bem como o produto do interesse do homem pela natureza é o que define, ao menos no sentido etimológico, o que se entender por cultura no seu sentido mais estrito e menos abstrato. Terry Eagleton destaca a complexidade da palavra: “trata-se de uma das duas ou três palavras mais complexas da língua inglesa” (EAGLETON, 2003, p. 11), reforçando se tratar de “conceito que deriva da natureza”. Na visão de Eagleton, a cultura seria o que modifica o indivíduo a partir da natureza, ao passo que é também o que modifica a natureza, a partir de predisposições internas do indivíduo, como crenças e conhecimentos próprios. Para o autor, a expressão advém da noção de trabalho agrícola, da ideia da “lavoura”, e daria lugar, posteriormente, à noção metafórica que hoje impera: a cultura e os chamados “assuntos do espírito”. A partir de então, o termo “cultura” estaria ligado ao instrumento definidor de uma civilização, bem como adquiriria conotações religiosas, artísticas e intelectuais, e se tornaria uma acepção de refinamento social eurocêntrico.

Desta forma, é latente o quão inflacionada se tornou a noção semântica de cultura atualmente, o que se estendeu para o campo da política e rendeu debates que expuseram a contrariedade dos conceitos variados do termo.

## 2.2 Da Instrumentalização da Cultura

A cultura, segundo Arendt (1961), é o objeto pelo qual os povos pretendem demonstrar sua singularidade. Trata-se de instrumento que dá identidade, capaz de transmitir por gerações uma essência própria, não obstante a influência de costumes externos. Para a autora, há uma distinção entre a funcionalidade de um objeto e a durabilidade do objeto cultural que pode sintetizar a relação consumerista e predatória das culturas de massa que absorvem as expressões culturais secularizadas:

Um objeto é cultural na medida em que pode durar; sua durabilidade é o contrário mesmo da funcionalidade, que é a qualidade que faz com que ele novamente desapareça do mundo do fenomênico ao ser usado e consumido. O grande usuário e consumidor de objetos é a própria vida, a vida do indivíduo e a vida da sociedade como todo. A vida é indiferente à qualidade de um objeto enquanto tal; ela insiste em que toda coisa deve ser funcional, satisfazer algumas necessidades. A cultura é ameaçada quando todos os objetos e coisas seculares, produzidos pelo presente ou pelo passado, são tratados como meras funções para o processo vital da sociedade, como se aí estivessem somente para satisfazer a algumas necessidades, e nessa funcionalização é praticamente indiferente saber se as necessidades em questão são de ordem superior ou inferior. (ARENDRT, 1961, p. 261)

Dentro do contexto contemporâneo, é evidente que a absorção se dá de forma a adequar os elementos culturais aos desejos do mercado, de maneira igualmente favorável à sociedade de massa, culminando no conceito de “cultura de massa”. Para Arendt (1972, p. 256), o que se tem por cultura nos moldes atuais se dá a partir de uma transfiguração, uma “depravação” oriunda da modernidade e da busca pela ascensão econômica que lhe é própria. Trata-se de um tempo em que se perdeu a carga axiológica da cultura antiga, reconhecida principalmente pela arte carregada de valores e significados puros:

[...] os valores culturais eram tratados como outros valores quaisquer, eram aquilo que os valores sempre foram, valores de troca, e, ao passar de mão em mão, se desgastaram como moedas velhas. Eles perderam a faculdade que originariamente era peculiar a todos os objetos culturais, a faculdade de prender nossa atenção e de nos comover. Quando isso sobreveio, começou-se a falar da "desvalorização dos valores" e o processo chegou a um fim com o "leilão de valores" (Ausverkauf der Werte) nos anos 20 e 30 na Alemanha, e nos anos 40 e 50 na França, em que se vendiam juntos "valores" culturais e morais.

A perda do interesse no objeto cultural enquanto “valor” e instrumento de transcendência imaterial deu lugar ao interesse da sociedade em manejar tal seguimento, precipuamente, como fonte de renda e de status, culminando em um embate entre o polo em ascensão e a aristocracia:

A sociedade começou a monopolizar a "cultura" em função de seus objetivos próprios, tais como posição social e status. Isso teve uma íntima conexão com a posição socialmente inferior das classes médias europeias, que se viram — tão logo adquiriram a riqueza e o lazer suficientes — em uma luta acirrada contra a aristocracia e o desprezo desta pela vulgaridade do mero afã de ganhar dinheiro. (ARENDR, 1972, p. 254)

Cita-se aqui a instrumentalização da cultura enquanto meio de galgar uma posição social, a busca pelo refinamento das massas em ascensão econômica e a deterioração do real sentido lírico das obras.

A partir disso, é possível traçar um paralelo histórico com a ascensão burguesa a partir da visão de expoentes pensadores socialistas. O panorama estabelecido de superação da cultura “pura”, sob a visão de Karl Marx e Friedrich Engels (1848), é um processo oriundo da suplantação dos interesses da burguesia sobre os interesses idílicos, inclusive como uma ação que visava atingir todas as regiões do mundo e criar uma espécie de unificação geral sob o domínio burguês: “Impelida pela necessidade de mercados sempre novos, a burguesia invade todo o globo. Necessita estabelecer-se em toda parte, explorar em toda parte, criar vínculos em toda parte.” (ENGELS; MARX, 1848, p.12).

Identificam-se nas tentativas de expansão da burguesia retratada no Manifesto Comunista, de 1848, traços que podem ser analisados em paralelos à uniformização cultural proveniente da noção instituída pela chamada cultura de massa trazida por Hannah Arendt e debatida pelos demais pensadores da Escola de Frankfurt:

Em lugar do antigo isolamento de regiões e nações que se bastavam a si próprias, desenvolve-se um intercâmbio universal, uma interdependência das nações. As criações intelectuais de uma nação tornam-se propriedade comum de todas. A estreiteza e o exclusivismo nacionais tornam-se cada vez mais impossíveis; das inúmeras literaturas nacionais e locais, nasce uma literatura universal. (ENGELS; MARX, 1848, p.13)

O pragmatismo burguês, pautado exclusivamente na instrumentalização do senso prático e na “filosofia de resultados”, alcançava a cultura, e da tentativa de padronização dos povos surge o que se conhece por “Indústria Cultural”, onde o padrão pré-estabelecido deve ser seguido em prol da integração na coletividade. Tal dinâmica, além de renegar os

socialmente desfavorecidos, ao passo que apenas cria e recria padrões palatáveis à grande massa, sistematicamente abre espaço para a intolerância às diferenças.

### 2.3 O Multiculturalismo e o Processo de Hibridização Cultural

Em sentido oposto à padronização cultural alvitrada pela burguesia no século XIX, para Bhabha (1998), a Europa, ao buscar implementar sua cultura no mundo colonizado, gerou a hibridização entre os costumes impostos e os já estabelecidos nas colônias, colaborando com o surgimento de uma infinidade de culturas e novas especificidades. O autor afirma que não existem culturas dissociadas umas das outras, existindo uma relação entre elas, oriunda dos elementos que as originaram. Desta forma, é citada a existência de um “terceiro espaço”, cujo qual é o produto da junção de elementos culturais diversos, afastando-se a ideia de homogeneização e maniqueísmo entre eles:

A intervenção do terceiro espaço da enunciação, que torna a estrutura de significação e referência um processo ambivalente, destrói esse espelho da representação em que o conhecimento cultural é em geral revelado como um código integrado, aberto, em expansão. Tal intervenção vai desafiar de forma bem adequada nossa noção de identidade histórica da cultura como força homogeneizante, unificadora, autenticada pelo Passado originário mantido vivo na tradição nacional do Povo. (BHABHA, 1998, p. 67)

Assim, a tese da “cultura como força homogeneizante”, bem como da “autenticação via passado originário”, seria derrubada pelo mundo hibridizado, lotado de expressões que se misturam e operam longe de uma padronização. Por exemplo, atualmente, a intensidade com que ocorrem imigrações colabora com a criação de mutações culturais: costumes de seu país natal não são abandonados, da mesma forma que os costumes da sua nova localização não são totalmente incorporados. O resultado deste impasse é a formação de uma nova diretriz cultural, híbrida, a qual se denomina de multiculturalismo, uma vez que implica na convivência de uma variedade de culturas em uma mesma localidade.

O multiculturalismo resultante dos processos migratórios atuais é duramente criticado por alguns filósofos contemporâneos, como é o caso de Slavoj Žižek (2016), quando indagado pelo portal “O Globo” sobre a viabilidade do convívio entre culturas distintas:

Se você fala do multiculturalismo em geral, que diferentes culturas devem tolerar umas às outras, é claro que todo mundo é a favor disso, com exceção de alguns loucos fanáticos religiosos. Mas, ao olhar a questão de perto, os problemas começam a aparecer. Um Estado de Direito que garanta a coexistência de diferentes culturas

não funciona. Por quê? Porque toda cultura não fala apenas sobre si mesma, mas prescreve como você deve lidar com outras. Uma cultura não tolera o que outra considera normal. (ZIZEK, 2016, p. 1)

Este multiculturalismo, como visto em Bhabha (1998), levando em consideração aspectos da colonização, traz à tona a figura da estereotipia: a exaltação de um determinado povo ou raça, bem como de seus costumes que atravessaram gerações geram o repúdio à tudo que não se enquadrar ao modelo estabelecido. O estereótipo é a recusa da diferença, o repúdio ao que atenta ao nacionalismo, sendo instrumentalizada para construir um discurso de poder de uma sociedade sobre outra: “O objetivo do discurso colonial é apresentar o colonizado como uma população de tipos degenerados com base na origem racial de modo a justificar a conquista e estabelecer sistemas de administração e instrução” (BHABHA, 1998, p. 111).

A estereotipia, enquanto intolerância à diferença, é também ligada à intolerância étnica. Para Zizek (2015, p. 44), “em geral, o racismo é considerado a versão mais forte e mais radical do desprezo cultural: há racismo quando o simples desprezo pela cultura do outro é elevado à noção de que tal grupo étnico é inferior ao nosso”. Desta forma, o preconceito advém da incompreensão, bem como do desrespeito à individualidade do próximo.

A ideia de utilização de estereótipos na reprodução de elementos culturais é um dos pontos que podem ser enquadrados na utilização predatória destas no mundo globalizado. Trata-se da desconsideração completa em relação ao que dá substância às expressões tradicionais de outros povos. Na contramão da teoria da hibridização cultural, sobre a particularidade e a essência das culturas, Eagleton (2003, p.77) discorre: “As culturas são absolutamente particulares, parecem-se apenas consigo mesmas, e sem estas diferenças desapareceriam”. Assim, a diferenciação entre cultura universal e cultura específica se dá puramente por ser a especificidade o que dá a identidade: “É na singularidade de cada coisa que o espírito do mundo pode sentir-se mais intimamente” (ibidem, p.78). Desta forma, pode-se inferir que a utilização de expressões culturais específicas no meio universal, de forma inapropriada, fora de seu contexto originário, serviria tão somente à sua neutralização e consequente retirada da essência e de sua carga histórica.

#### 2.4 Globalização e Neutralização da Identidade Nacional

A partir da análise da evolução histórica do meio social e sua relação com o meio cultural, depreende-se um viés extremamente utilitarista substituindo o senso de autenticidade que permeava a produção de expressões artísticas. A arte passa a ser criada para atingir

determinadas finalidades, e não para exprimir uma sensibilidade propriamente artística ou nacional:

Não há dúvida de que está aqui em jogo muito mais que o estado psicológico do artista; é o status objetivo do mundo cultural, que, na medida em que contém coisas tangíveis – livros e pinturas, estátuas, edifícios e música – compreende e testemunha todo o passado registrado de países, nações e, por fim, da humanidade. (ARENDDT, 1978, p. 154)

A permanência da obra no imaginário da sociedade durante a passagem dos tempos é o que define, para a corrente purista, o seu espaço como objeto cultural. O panorama contemporâneo de produção em massa de cultura descartável, incapaz de permanecer na memória ativa do povo é o que caracteriza a “crise na cultura”:

O único critério não social e autêntico para o julgamento desses objetos especificamente culturais é sua permanência relativa e sua eventual imortalidade. Somente o que durará através dos séculos pode se pretender em última instância um objeto cultural. O ponto crucial da questão é que tão logo as obras imortais do passado se tornam objeto de refinamento social e individual e do status correspondente, perdem sua qualidade mais importante e elementar, qual seja, a de apoderar-se do leitor ou espectador, comovendo-o durante os séculos. (ARENDDT, 1978, p. 155)

O imaginário cultural é o elemento que permeia e define a identidade nacional durante os tempos. Os pilares concretos de uma nação são edificados a partir da construção imaginária, que se dá, segundo Canclini (1998, p. 98) “para formar o sentido nacional, selecionando e combinando suas referências emblemáticas, dando-lhe até hoje uma unidade e coerência imaginárias”. Em cada povo, os costumes enraizados desde os movimentos originários é o que lhes confere o senso de pertencimento na sociedade. Ocorre que os pressupostos de preservação do patrimônio cultural nacional vêm sendo prejudicados pela desigualdade social e econômica que predomina sobre o âmbito cultural, na realidade hodierna.

O patrimônio cultural serve, assim, como recurso para produzir as diferenças entre os grupos sociais e a hegemonia dos que gozam de um acesso preferencial à produção e distribuição dos bens. Os setores dominantes não só definem quais bens são superiores e merecem ser conservados, mas também dispõem dos meios econômicos e intelectuais, tempo de trabalho e de ócio, para imprimir à esses bens maior qualidade e refinamento. (CANCLINI, 1998, p. 98)

O ocidente, enquanto dominante do mercado cultural homogeneizante, por deter o domínio do capital, aliado aos pressupostos da globalização, ameaça impor seu modelo cultural sobre o resto do mundo. Brown (1998, p. 193) entende que os avanços no campo

tecnológico propiciaram um aumento na capacidade de indivíduos e corporações se apropriarem e lucrarem a partir do conhecimento cultural de comunidades tradicionais, como os povos indígenas. Ou seja, além da subjugação da cultura marginalizada, há ainda a apropriação e desfiguração desta.

Nesta toada, a globalização seria, para antropólogos como Hall (2006, p. 67), o propulsor para a “poderosa deslocação” das identidades culturais. No entanto, apesar de ensejar um distanciamento da noção estabelecida de sociedade como uma organização delimitada, o autor citado (2006, p. 69) vê como exageradas as visões que alertam para a homogeneização cultural. Ele infere que a resistência à globalização pode reforçar as identidades nacionais e identidades locais diversas, além de culminar no aparecimento de novas identidades híbridas, como visto em Bhabha (1998). No que tange à matéria da cultura enquanto patrimônio, Brown (2005, p. 50) defende que a globalização é capaz de contribuir na conscientização em âmbito internacional da necessidade de proteção dos bens culturais de natureza intangível.

A ideia de patrimônio cultural como instrumento de representação de uma nação, a partir da coleção de bens e valores marcantes capazes de construir um legado identitário, vem sendo cada vez mais abordado por pesquisadores, historiadores, antropólogos e afins. Valorizando o patrimônio cultural como fonte de criatividade e buscando alertar a sociedade acerca da importância deste elemento essencial à nação, a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) traz no artigo 7º da Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural, de 2001, a seguinte disposição:

Toda criação tem suas origens nas tradições culturais, porém se desenvolve plenamente em contato com outras. Essa é a razão pela qual o patrimônio, em todas as suas formas, deve ser preservado, valorizado e transmitido às gerações futuras como testemunho da experiência e das aspirações humanas, a fim de nutrir a criatividade em toda sua diversidade e estabelecer um verdadeiro diálogo entre as culturas.

Levando em consideração a globalização e o consumo da cultura de massa, característica inerente à sociedade massificada, conforme Arendt (1978), a Declaração supracitada, enquanto instrumento que objetiva instaurar uma política participativa sobre o tema da preservação cultural, buscar distinguir os bens e serviços culturais das mercadorias e bens de consumo, no seu artigo 8º:

Frente às mudanças econômicas e tecnológicas atuais, que abrem vastas perspectivas para a criação e a inovação, deve-se prestar uma particular atenção à diversidade da oferta criativa, ao justo reconhecimento dos direitos dos autores e artistas, assim

como ao caráter específico dos bens e serviços culturais que, na medida em que são portadores de identidade, de valores e sentido, não devem ser considerados como mercadorias ou bens de consumo como os demais. (grifo nosso)

Como se observa, destacam-se os bens e serviços culturais como portadores de identidade, valores e sentido. Além disso, o texto sublinha como eles devem ser encarados como bens dignos de uma proteção diferenciada, reconhecendo-se a importância dos direitos da propriedade intelectual em prol dos envolvidos na criatividade cultural.

A formulação de políticas difusas de proteção à produção cultural é louvável na medida em que estimulam-se debates, cooperação e ciência acerca não só da diversidade cultural, como também da necessidade de se instituir o justo reconhecimento dos autores e de se proteger a memória:

Trata-se de um desafio constante a instauração de políticas participativas que engendrem no homem o interesse pelo patrimônio como ferramenta para a obtenção da justiça social. Compreender o patrimônio de maneira plural auxilia na formação de uma sociedade mais suscetível à diversidade e de um cidadão mais crítico, diminuindo a possibilidade de manipulação do passado e de constituição de memórias específicas e regionalizadas. (BLANK, 2014)

Esta conscientização pretendida passa pela necessidade de se instaurar uma compreensão da identidade nacional, bem como de se estabelecer uma noção de que o sentimento original ou primitivo de uma expressão cultural pode ser perdido se não for respeitada. Seguindo esta lógica, Cunha (2009, p. 239) discorre:

[...] a cultura não é algo dado, posto, algo dilapidável também, mas sim algo constantemente reinventado, recomposto, investido de novos significados; e é preciso perceber (como muito bem apontou Eunice Durham [1977]) a dinâmica, a produção cultural.

[...].

O significado de um signo não é intrínseco, mas função do discurso em que se encontra inserido e de sua estrutura. A construção da identidade étnica extrai assim, da chamada tradição, elementos culturais que, sob a aparência de serem idênticos a si mesmos, ocultam o fato essencial de que, fora do todo em que foram criados, seu sentido se alterou.

Como defende a antropóloga supracitada (2009, p. 239), a etnicidade é capaz de transformar a tradição em ideologia, e ideologia não pode ser usurpada, retirada de contexto e manter intacto seu valor e significado: “Extraídos de seu contexto original, eles adquirem significações que transbordam as primitivas”. É sobre tal noção que trata o já citado artigo 8º da Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural.

Para Cunha (2009), o problema se estende, dentro do prisma nacional, quando os elementos ligados à determinada comunidade são apropriados em prol de um “discurso

oficial” da nação na qual se insere. É a chamada “apropriação nacional” do símbolo de resistência de comunidades mais específicas de um país. Assim, tal símbolo torna-se, muitas vezes, o estereótipo de um país inteiro, havendo a utilização da identidade étnica como “autoconsciência de grupos” (CUNHA, 2009, p. 240).

Desta forma, é notório o desrespeito com que os países manejam a diversidade cultural que comportam dentro de si mesmos. Dentro da noção de variabilidade de significados e simbologias das expressões culturais, Fry (1982, p. 47) traça, a partir do empirismo, um paralelo de como o que é transformado em símbolo nacional em um determinado local, pode ser encarado como símbolo étnico de uma determinada comunidade:

Em julho último, em Nova York, decidi oferecer a meus amigos um prato brasileiro típico. Com muita dificuldade consegui encontrar feijão-preto, costeletas de porco defumadas, couve e demais pertences e assim pude preparar uma feijoada, que servi com a devida pompa. Foi aí que um de meus amigos, um preto do Alabama, depois de ter cuidadosamente olhado e cheirado a travessa, destruiu todo o suspense observando que se tratava simplesmente da comida à qual estava acostumado desde criança. O que é, no Brasil, um prato nacional é, nos Estados Unidos, *soul food*<sup>1</sup>.

[...].

A diferença está no significado simbólico do prato. Na situação brasileira, a feijoada foi incorporada como símbolo da nacionalidade, enquanto nos Estados Unidos se tornou símbolo de negritude, no contexto de liberação negra.

Desta forma, o antropólogo expõe como elementos tais quais o samba, ritmo musical advindo do candomblé, que por sua vez é uma religião de matriz essencialmente étnica, foram absorvidos de forma esquemática pela atenção midiática e ganharam valor turístico, de exportação, gerando lucro ao conferir uma “cara” pronta para vender o Brasil para o resto do mundo. Para tanto, nota-se como o candomblé foi perseguido por boa parte da população adepta de religiões ligadas ao catolicismo, e passou a ser abraçado como elemento cultural brasileira, pela elite:

[...] está claro que o que era originalmente província dos negros de classe baixa foi transformado, em parte, pelos membros brancos das classes médias e superiores. Os produtores originais deste item cultural foram, em certa medida, desapropriados de seu papel de liderança e relegados à posição de “extras” adicionais.” (ibidem, p. 51)

Sendo assim, não é à toa que a imagem preponderante do país no exterior é ligada ao multiculturalismo e à miscigenação. Reconhecendo a força e a originalidade das culturas ligadas ao samba e ao candomblé, sendo inclusive “capazes de distinguir simbolicamente o Brasil das outras nações latino-americanas” (FRY, 1982, p. 52), foi notado pelo antropólogo

---

<sup>1</sup> Referente à culinária eminentemente afro-americana, a expressão se tornou popular nos anos 1960 ao descrever a cultura dos grupos de raízes atingidas pela escravidão.

citado, durante o estudo realizado pouco antes da virada do século, um esforço para ocultar racismo, discrepâncias sociais e a situação de dominação submetida às culturas marginalizadas desde o regime colonialista português:

[...] a conversão de símbolos étnicos em símbolos nacionais não apenas oculta uma situação de dominação racial mas torna muito mais difícil a tarefa de denunciá-la. Quando se convertem símbolos de “fronteiras” étnicas em símbolos que afirmam os limites da nacionalidade, converte-se o que era originalmente perigoso em algo “limpo”, “seguro” e “domesticado”. Agora que o candomblé e o samba são considerados chiques e respeitáveis, perderam o poder que antes possuíam. Não existe *soul food* no Brasil.” (ibidem, p. 52-53)

Considerando as comunidades tradicionais do Brasil, outro aspecto da absorção cultural se dá à luz da inoperância dos direitos dos índios no campo da propriedade intelectual. Tal problemática atinge não só as populações tradicionais brasileiras, mas também as estrangeiras. Nos EUA, como destacou Brown (1998, p. 195), foi realizada uma série de ensaios jurídicos e antropológicos com o intuito de instituir novos regimes legais de proteção à cultura indígena, a partir da expansão da noção propriamente dita de *copyrights*.

Desta forma, buscava-se um meio de incutir nas comunidades alheias às burocráticas noções jurídicas o que se entende por direitos autorais, uma vez que estudos detectavam, entre outras atividades, a aquisição de variados elementos nativos pela indústria de farmacólogos, transformando-se as ervas medicinais das comunidades tradicionais em drogas comerciáveis, e a incorporação de desenhos e *designs*, bem como de elementos musicais indígenas pela indústria do consumo, sem conferir qualquer tipo de reconhecimento aos verdadeiros produtores nativos.

No Brasil, tais modos de apropriação são visíveis na mesma medida, ao passo que inexistente instrumento legal apto a conferir proteção efetiva aos artistas advindos das comunidades tradicionais, produtores de expressões culturais materiais ou imateriais.

Instituído pelo Decreto nº 3.551, de 4 de agosto de 2000, o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial (PNPI) busca a proteção da produção cultural de caráter difuso a partir da viabilização de projetos de reconhecimento e salvaguarda dos elementos de caráter mais abstratos do Patrimônio Cultural Brasileiro.

Ocorre que, infelizmente, trata-se de um programa que, na prática, se apresenta como mero instrumento de fomento da preservação da cultura secular que, não obstante sua natureza, não ensejou, até hoje, proteção efetiva. Isso se dá pela inexistência de leis específicas, somando-se ao fato de que não há aplicação análoga das leis autorais.

### 3 COMUNIDADES TRADICIONAIS E A INTANGIBILIDADE DO OBJETO

O senso de objetificação que permeia as relações sociais, dentro do âmbito da contemporaneidade pós-moderna, é ponto central de um desafio às noções de materialidade prezadas por vertentes do direito. “Vivemos em tempos líquidos. Nada foi feito para durar.” (BAUMAN, 2010).

A máxima de Zygmunt Bauman evidencia como a perspectiva de relações líquidas, bem como todo o modelo constantemente mutável das operações científicas e sociais atuais representam mudanças paradigmáticas que ensejam rupturas nos mais variados segmentos jurídicos.

Dentre tais, a noção de propriedade privada, abalizada por John Locke como direito inerente ao homem, possui viés de instituição aparentemente estática: o trabalho do indivíduo constitui sua propriedade. A propriedade intelectual, sob tal enfoque, dentro dos contornos do capitalismo liberal, encontra proteção legal ampla, capaz de conferir segurança jurídica a um bem abstrato, intangível, e de combater o monopólio estatal.

Tais prerrogativas, em virtude das lacunas legislativas presentes no ordenamento jurídico atual, não servem para amparar as chamadas expressões culturais, culminando em debates de teor econômico e legal acerca da apropriação cultural.

Observando as disposições legislativas em consonância aos anseios da sociedade atual, destacam-se as problemáticas criadas a partir da complexidade inerente ao processo de globalização e seu viés excludente. Como visto, tal processo permitiu que as grandes corporações pudessem extrair elementos culturais originados a partir de grupos marginalizados, como as comunidades tradicionais indígenas, sem importar em qualquer repercussão no âmbito da proteção intelectual.

Os direitos coletivos exprimem-se a partir da identificação de um grupo homogêneo, uma vez que todos os seus integrantes possuem uma mesma relação jurídica base, cujos interesses devem ser tutelados de forma indivisível a partir do reconhecimento do caráter coletivo destes. Na produção cultural dentro das comunidades tradicionais temos a entidade como o autor, e não um indivíduo discriminado, o que implicaria na necessidade de harmonizar a legislação voltada à personalidade unitária para atender às necessidades transindividualizadas.

Além disso, olhando para as novas diretrizes do ramo da propriedade autoral, percebe-se a profusão de debates acerca do limite da proteção da produção intelectual, surgindo a

indagação acerca de quais seriam os objetos passíveis de proteção, questionamento próprio tanto do direito quanto da antropologia, como no caso da questão aqui tratada.

A problemática se intensifica em razão da natureza do objeto. Para a antropóloga Manuela Carneiro da Cunha (2009, p. 302), os conhecimentos tradicionais não são universais e hegemônicos como os conhecimentos científicos, sendo difícil chegar a um consenso em prol da elaboração de um marco legal para a matéria, uma vez que se caracterizam por serem proeminentemente locais, pautados no empirismo, na diversidade e na integralidade. A título exemplificativo, a maneira de encarar a possibilidade de venda de um artefato advindo da produção tradicional pode diferir de um povo indígena para outro, ou seja, a política de transações não é única, mas sim própria de cada comunidade, o que dificulta ainda mais a elaboração de leis que complementem a atuação do PNPI.

### 3.1 A Eliminação da “Aura” Artística na Realidade Pós-Moderna

A facilidade com que se dá a absorção de instrumentos culturais em prol de finalidades desviantes na realidade pós-moderna, indubitavelmente, aponta a premência da ampliação de políticas de proteção aplicáveis à produção cultural das comunidades tradicionais.

Por estar se tratando das chamadas “criações do espírito”, como no conceito mais primário dado à obra cultural, onde o homem transforma o seu redor a partir de suas próprias transformações, e vice-versa, se faz necessário analisar o estágio atual, em que a instrumentalização da natureza em prol da criação ultrapassa mídias físicas e encontra um fluxo virtual apto a conferir um nível importante de preservação cultural e informacional para a história.

Sendo uma obra uma ideia representada por algum veículo apto a lhe expressar, a ideia agora passa a ser representada, a partir de algum meio de linguagem, em meios virtuais. Há de se imaginar que em alguns anos a chamada cultura digital seja a regra e a cultura rústica, impressa, a exceção, em atenção aos anseios da “sociedade de risco” e a necessidade de preservação ambiental em razão do esgotamento dos recursos naturais, conforme termo cunhado por Ulrich Beck, em seu livro *Risikogesellschaft*<sup>2</sup> (1986).

---

<sup>2</sup> Em sua obra, Ulrich Beck teoriza acerca de uma nova forma de organização social a partir da fase pós-industrial, atentando para o fato de que, para lidar com as novas complexidades advindas da transformação social ensejada pelos avanços técnico-econômicos e pelo processo de modernização, deveriam ser elaboradas novas teorias, afeitas a esta nova conjuntura social.

A obra, mesmo que de materialidade virtual e, por conseguinte, dotada de aprimorada capacidade de preservação e multiplicação, deve, conforme ensinamento de Walter Benjamin (1934), primordialmente atingir a sua “aura”, que nada mais é que a autenticidade, a sensação de presenciar um acontecimento único e irrepetível. Acontece que a técnica de reprodução, advinda do meio digital, teria destruído esta unicidade e gerado o esvaziamento da imagem e de seus significados tradicionais, em prol do modelo de indústria cultural atual. Neste sentido, explicita o filósofo alemão:

A autenticidade de uma coisa é a quintessência de tudo o que foi transmitido pela tradição, a partir de sua origem, desde sua duração material até o seu testemunho histórico. Como este depende da materialidade da obra, quando ela se esquia do homem através da reprodução, também o testemunho se perde. Sem dúvida, só esse testemunho desaparece, mas o que desaparece com ele a autoridade da coisa, seu peso tradicional. (BENJAMIN, 1985, p. 168)

Em contrapartida à facilidade para desviar a carga inventiva-criativa do seu propósito no cenário atual, também é notório o quão complicado seria indicar, de forma precisa, o caminho para a elaboração de tais medidas de proteção, uma vez que o objeto de salvaguarda compreende interesses que ultrapassam a tangibilidade.

### 3.2 A Obra: O Objeto de Proteção do Direito à Propriedade Intelectual

À medida que observamos a evolução dos meios de representação cultural, torna-se cada vez mais incerta a noção do que propriamente se define por “obra”, dotada de significados que expressem uma determinada manifestação humana a partir de um fator estético, e o que se define por uma simples “ideia”. A chave da diferenciação está no nível de abstração de cada uma delas, aliada ao poder transformador que a obra possui, ao dar concretude a uma ideia, no âmbito social. Poder este de interferência cultural e política, sobretudo. Desta maneira, Bittar (2015, p. 16) ressalta:

Em resumo, sem concreção (ainda que a concreção se dê em meios virtuais, nos vapores e nuvens de teletransmissões de comunicação) não há propriamente “obra”, apenas ideia. Por isso, a obra criada pode ser registrada, pois é capaz de fazer-se ver pela alteridade, e por isso, ganhar significação social, na circulação que passa a admitir (controlada ou não) na vida social, e, portanto, na vida econômica, na comercial, na política, na cultural de uma comunidade de intérpretes e usuários. As diversas e múltiplas linguagens de que se reveste a obra estética permitem que ela exista e persista como um significado forte, de relevância não apenas cultural, mas também política.

Neste sentido, são as obras instrumentos capazes de evocar itens primordiais ao ciclo social, como aspectos econômicos, culturais e políticos, a partir do esforço intelectual humano, sendo o raio de proteção no âmbito do direito autoral limitado pela doutrina às “emanações do gênio humano das artes, da literatura e da ciência” (BITTAR, 2015, p. 43).

No que tange à sua ontologia, a finalidade estética da obra é o primordial para sua definição e alcance do regimento, sendo excluídas pelo artigo 8º da Lei de Direitos Autorais (Lei 9.610, de 19/02/1998) criações que não carregam qualquer elemento desta natureza, como: ideias, métodos e projeções matemáticas; planos para realizar atos mentais, jogos ou negócios; instrumentos normativos e informações de uso comum, como o calendário.

As expressões culturais tradicionais se enquadram no rol de elementos que, mesmo na sua projeção imaterial, possuem concretude e veiculação estética que deveriam conferir a elas status de “obra”. No entanto, existe uma dificuldade para determinar quando ocorre o uso destas expressões como violação à criatividade originária, e quando se trata, segundo Bittar (2015, p. 47) de mero “aproveitamento, até inconsciente, do acervo cultural comum”.

A originalidade destas criações são, muitas vezes, tratadas apenas como inspiração para obras derivativas. Sabe-se que a obra deve ser dotada de originalidade, elemento que confere distinção e destaque ao poder de criação do autor. Entretanto, práticas de extração destes elementos a título de uso de acervo comum da cultura muitas vezes não fazem jus à realidade e só cooperam com a neutralização da expressão e o chamado “embranquecimento comercial”.

Como exemplo, podemos citar como a cultura indígena é desvirtuada na indústria da moda e como o conteúdo étnico é visto como “tendência”. Para tanto, notemos o texto da propaganda veiculada pelo site de vendas nacional Continental Shopping<sup>3</sup>: “Tendência à vista! O étnico é uma tendência que vem ganhando força através das temporadas e promete ser o hit do próximo verão trazendo influências africanas, indígenas, árabes e orientais”. Como se depreende da peça publicitária, há um fomento desmedido a apropriação cultural a partir de estereótipos e arquétipos que reforçam a mercantilização da tradição desses povos, sob o argumento da inspiração ou prestação de homenagem.

---

<sup>3</sup> Fonte: <http://continentalshopping.provisorio.ws/blog/index.php/tendencia-a-vista/>

### 3.3 O Saber Científico e O Saber Tradicional

A dificuldade enfrentada pelo saber tradicional no que concerne à sua constatação como objeto de proteção do direito sobre a propriedade intelectual não se apresenta com a mesma intensidade no âmbito do saber científico, cujo interesse é amplamente abarcado pela legislação.

Para Cunha (2009, p. 302), o saber tradicional e o saber científico parecem ser semelhantes e distantes na mesma medida, uma vez que “ambos são também obras abertas, inacabadas, se fazendo constantemente”. A partir desta ideia, afasta-se a noção de que o saber tradicional é imutável, impassível de acréscimos e passado entre gerações apenas para ser preservado.

Assim, defende-se a semelhança entre os saberes, os quais se distinguem nos seus regramentos, uma vez que o número de comunidades dissociadas e suas consequentes peculiaridades impedem que torne homogênea a maneira de encarar a questão da proteção autoral. Nesta esteira, discorre a Antropóloga:

Há pelo menos tantos regimes de conhecimento tradicional quanto existem povos. É só por comodidade abusiva, para melhor homogeneizá-lo, para melhor contrastá-lo ao conhecimento científico, que podemos usar no singular a expressão “conhecimento tradicional”. Pois enquanto existe por hipótese um regime único para o conhecimento científico, há uma legião de saberes tradicionais (CUNHA, 2009, p.302).

A multiplicidade de maneiras de lidar com o objeto, variando de uma comunidade tradicional para outra, é um obstáculo importante imposto ao reconhecimento desta vertente. Hoje, de acordo com dados disponibilizados pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), estima-se que existem aproximadamente 5 milhões de brasileiros pertencentes à estas comunidades, as quais representam uma grande diversidade de crenças e costumes, resultando na variação heterogênea entre uma infinidade de designações e credos:

São considerados povos ou comunidades tradicionais os Povos Indígenas, Quilombolas, Seringueiros, Castanheiros, Quebradeiras de coco-de-babaçu, Comunidades de Fundo de Pasto, Catadoras de mangaba, Faxinalenses, Pescadores Artesanais, Marisqueiras, Ribeirinhos, Varjeiros, Caiçaras, Povos de terreiro, Praieiros, Sertanejos, Jangadeiros, Ciganos, Pomeranos, Açorianos, Campeiros, Varzanteiros, Pantaneiros, Geraizeiros, Veredeiros, Caatingueiros, Retireiros do Araguaia, entre outros (MORIM, 2014).

O fator de complicação se torna maior se pensarmos que dentro de cada um destes segmentos existem variações próprias. Por exemplo, é sabido que as crenças e pensamentos de cada povo indígena podem perfeitamente diferir das de outro povo indígena, de forma que as políticas de venda de um objeto próprio desta produção tradicional não são as mesmas em todos eles, o que inviabiliza a reunião e o respeito a todos esses modelos sociais em uma só legislação.

Em atenção à pluralidade das comunidades tradicionais presentes no país, a própria definição dada a elas pelo art. 3º, inciso I, do Decreto Lei 6.040 de 2007, que instituiu a chamada Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais (PNPCT), destaca as diferenciações presentes entre estes grupos:

Povos e Comunidades Tradicionais: grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição (BRASIL, 2007).

Desta forma, podemos definir o conhecimento tradicional como o produto do esforço intelectual destes grupos culturalmente diferenciados, sendo esta diferenciação, mesmo que mínima ou sensorialmente imperceptível, capaz de carregar em sua aura, como em Benjamin (1955), aquilo que singulariza o saber.

Assim, estabelecer uma diretriz para a cultura tradicional pode não fazer jus à sua singularidade destes povos, como destaca Franz Boas (2005, p. 107), quando fala sobre a antropologia cultural das sociedades em um aspecto amplo:

Os fenômenos culturais são de tal complexidade, que me parece duvidoso que se possa encontrar qualquer lei cultural válida. As condições causais das ocorrências culturais repousam sempre na interação entre indivíduo e sociedade, e nenhum estudo classificatório das sociedades irá solucionar esse problema. A classificação morfológica das sociedades pode nos chamar a atenção para vários problemas, mas não os resolverá. Cada caso será redutível à mesma fonte: a interação entre indivíduo e sociedade. É verdade que podemos encontrar algumas inter-relações válidas entre aspectos gerais da vida cultural, tais como entre densidade e tamanho da população constitutiva de uma comunidade e ocupações industriais; ou entre solidariedade e isolamento de uma pequena população e seu conservadorismo. Elas são interessantes como descrições estáticas de fatos culturais. Também se podem reconhecer processos dinâmicos, tais como a tendência dos costumes a mudar de significado de acordo com as mudanças culturais. Mas seu sentido só pode ser compreendido por uma análise penetrante dos elementos humanos presentes em cada caso.

Contraopondo-se a esta noção de ausência de determinação taxativa no aspecto da cultura, o saber científico é determinável e dotado de “hegemonia” e homogeneidade, como aduz Manuela Carneiro da Cunha (2009, p. 303), a partir do pensamento de Lévi-Strauss (1962):

[...] As diferenças, afirma Lévi-Strauss, provém dos níveis estratégicos distintos a que se aplicam. O conhecimento tradicional opera com unidades perceptuais, o que Goethe defendia como iluminismo vitorioso. Opera com as assim chamadas qualidades segundas, como cheiros, cores, sabores... No conhecimento científico, em contraste, acabam por imperar definitivamente unidades conceituais. A ciência moderna hegemônica usa conceitos, a ciência tradicional usa percepções. É a lógica do conceito em contraste com a lógica das qualidades sensíveis.

Como denota-se, a produção científica propriamente dita é capaz de proporcionar um nível de reconhecimento mais palpável ao seu autor, seja por descobertas, invenções ou conceitualizações. Não obstante, a legislação brasileira não abarca as descobertas científicas na Lei de Patentes (Lei 9.279/96), e tampouco na Lei de Direitos Autorais (9.610/98), que traz no seu art. 7º, § 3º: “No domínio das ciências, a proteção recairá sobre a forma literária ou artística, não abrangendo o seu conteúdo científico ou técnico, sem prejuízo dos direitos que protegem os demais campos da propriedade imaterial”. (BRASIL, 1998)

A despeito da ausência na legislação nacional, defende-se de forma considerável na doutrina a tutela das descobertas científicas que ensejarem alguma invenção *a posteriori*, garantindo desta forma ao seu autor uma vantagem econômica, através de premiação ou sobretaxa na patente, sobre a invenção advinda por meio da descoberta.

Tendo em vista esta “celebração” da invenção proporcionada pelo conhecimento científico, Cunha (2009, p. 305) aponta e rechaça a ocorrência de uma espécie de diminuição do conhecimento tradicional:

Outra forma ainda de diminuir a ciência tradicional é dizer que, contrariamente à ciência *tout court*, ela não procede por invenção, somente por descoberta e até, quem sabe, por imitação de outros primatas, macacos que usam plantas medicinais. Bastaria lembrar o ayahuasca, uma preparação de duas plantas, em que uma só tem efeito por via oral na presença da outra, para desmontar esse argumento. Não me consta que primatas façam essas preparações.

Nesta esteira, é notória a resistência da indústria farmacológica em reconhecer o mérito das comunidades tradicionais na descoberta de instrumentos medicinais advindos da natureza. Para este segmento, a finalidade encontrada pela medicina moderna para estas ervas difere da utilização das comunidades. “O uso tradicional não seria o que acaba sendo o “verdadeiro” uso ou o mais importante”. (CUNHA, 2009, p. 305). Tal desvalorização, como se depreende, contribui para a manutenção do status de marginalização do conhecimento tradicional.

Este panorama de desvalorização começou a ser modificado com a promulgação da Lei 13.123 de 2015, que deu voz para as comunidades tradicionais no manejo do patrimônio genético das suas descobertas, conforme disciplina o artigo 8º:

Ficam protegidos por esta Lei os conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético de populações indígenas, de comunidade tradicional ou de agricultor tradicional contra a utilização e exploração ilícita. § 1º O Estado reconhece o direito de populações indígenas, de comunidades tradicionais e de agricultores tradicionais de participar da tomada de decisões, no âmbito nacional, sobre assuntos relacionados à conservação e ao uso sustentável de seus conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético do País, nos termos desta Lei e do seu regulamento. § 2º O conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético de que trata esta Lei integra o patrimônio cultural brasileiro e poderá ser depositado em banco de dados, conforme dispuser o CGen ou legislação específica. § 3º São formas de reconhecimento dos conhecimentos tradicionais associados, entre outras: I - publicações científicas; II - registros em cadastros ou bancos de dados; ou III - inventários culturais. § 4º O intercâmbio e a difusão de patrimônio genético e de conhecimento tradicional associados praticados entre si por populações indígenas, comunidade tradicional ou agricultor tradicional para seu próprio benefício e baseados em seus usos, costumes e tradições são isentos das obrigações desta Lei. (BRASIL, 2015)

Considerando o panorama de total desamparo no que tange à proteção da produção cultural das comunidades tradicionais, trata-se de um pequeno avanço no que tange ao reconhecimento do saber tradicional como objeto passível de proteção no âmbito da propriedade intelectual.

### 3.3.1 O Conhecimento Tradicional Como Patrimônio Cultural Imaterial

A noção de patrimônio cultural imaterial está atrelada ao conteúdo que confere identidade a um povo. Trata-se do produto do conjunto de bens e valores que remetem à identificação de um determinado grupo. Este processo se dá ao longo das gerações, sendo fundado a partir de uma base histórica que confere significado e por isso deve ser preservado. Para Cecília Londres (2001, p. 69), “patrimônio é tudo o que criamos, valorizamos e queremos preservar: são os monumentos e obras de arte, e também as festas, músicas e danças, os folguedos e as comidas, os saberes, fazeres e falares. Tudo enfim que produzimos com as mãos, as ideias e a fantasia.”.

Desta forma, o patrimônio cultural imaterial compreende o supracensível, sendo os valores e significados que ele traz consigo o primordial para sua classificação como tal. Enquanto o patrimônio material possui uma expressão física, tangível, o patrimônio imaterial é demonstrado por expressões, saberes e ações. Neste sentido, a UNESCO (2003) define o patrimônio imaterial como “as práticas, representações, expressões, conhecimentos e técnicas,

com os instrumentos, objetos, artefatos e lugares culturais que lhes são associados, que as comunidades, os grupos e, em alguns casos os indivíduos, reconhecem como parte integrante de seu patrimônio cultural.” (CASTRO e FONSECA, 2003, p. 11).

A tendência para o reconhecimento do patrimônio imaterial como objeto de proteção do Estado teve um marco importante com a Constituição Federal de 1988, a qual ampliou a definição de patrimônio cultural trazida pelo Decreto Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937 a partir da substituição da denominação Patrimônio Histórico e Artístico, por Patrimônio Cultural Brasileiro. Tal alteração incluiu o caráter imaterial no conceito de objeto cultural passível de reconhecimento.

Assim, o artigo 216 da CFRB/88 define patrimônio cultural, *in verba*:

Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I - as formas de expressão; II - os modos de criar, fazer e viver; III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico” (BRASIL, 1988).

Como se depreende, a pluralidade cultural brasileira é a base para o tratamento constitucional da matéria, apontando para o reconhecimento da existência de uma sociedade heterogênea, bem como para a preservação da diversidade cultural.

O saber tradicional, enquanto exemplo de patrimônio imaterial, encontra-se amparado pela descoberta e preservação de diversidades biológicas pela já citada Lei 13.123 de 2015, a qual trata da contribuição das comunidades tradicionais associadas ao patrimônio genético no âmbito das pesquisas científicas sobre a diversidade de espécies de plantas, animais e microorganismos.

Não obstante este reconhecimento no campo científico, a proteção da obra tradicional, seja ela um saber ou um objeto material, ainda é precário nos demais segmentos, muito devido ao fato de que a preservação do patrimônio histórico nacional é revestida de interesses políticos da classe que detém o *status quo* econômico. Além disso, a já destrinchada dificuldade quanto à indicação do quê seria propriamente o objeto de proteção, enquanto muitas vezes intangível, inconstante e heterogêneo, é somada a um questionamento ainda mais tortuoso para o legislador: quem seria o detentor da propriedade sobre a produção cultural, o autor enquanto sujeito individualizado ou a coletividade em que ele está inserido?

### 3.4 O Titular do Direito

Em função do sistema estabelecido pelo Direito Autoral, a criação de uma obra é capaz de instituir um sujeito como figura titular de um direito, qual seja à propriedade intelectual. Sabendo que a criação resulta de uma relação pessoal do autor com o objeto produzido, Bittar (2015, p. 55) infere:

[...] Trata-se, pois, de Direito inerente à criação, instituído para defesa dos aspectos apontados e que nasce com a inserção, no mundo material, de ideação sob determinada forma. Portanto, é com a ação do autor, ao plasmar no cenário fático a sua concepção – artística, literária ou científica –, que se manifesta o Direito em causa, revelando-se, de início, sob o aspecto pessoal do relacionamento criador-obra (grifo nosso).

Este “aspecto pessoal do relacionamento criador-obra” não significa necessariamente que o titular deste direito deva ser singularizado, haja vista que a Lei 9.610/98, além de abarcar a possibilidade de coautoria (artigo 5º, inciso VIII, alínea a), também contempla a pessoa jurídica como sujeito pelo qual podem ser atribuídas criações de obras intelectuais (artigo 11, parágrafo único, e artigo 5º, inciso VIII, alínea h), como no caso das empresas especializadas em propagandas publicitárias.

A proteção delegada à obra oriunda do esforço coletivo de membros de uma comunidade tradicional não se enquadraria em nenhuma das hipóteses citadas, sendo a noção de obra coletiva trazida pela Lei de Direitos Autorais a que mais se aproximaria da ideia que se busca atingir. Para tanto, observa-se que a obra coletiva é construída a partir do esforço de um ente organizador, seja ele pessoa natural ou jurídica, que comporta uma pluralidade de elaboradores, sendo este ente coletivo responsável pela coordenação das atividades e por representar juridicamente todos os membros da organização, se tornando ele o titular da obra, de forma que a “incindibilidade”, conforme Bittar (2015, p. 61) é a maior característica desta modalidade, fazendo com que se torne perceptível como a legislação busca estabelecer um número determinado ou determinável de titulares do direito autoral.

Tendo em vista a impossibilidade de determinação da autoria, as expressões do folclore são tomadas como de domínio público. O mesmo não acontece com a cultura tradicional, a qual possui uma origem identificável<sup>4</sup>. Não obstante esta possibilidade de identificação da sua fonte, a noção de conjugação de esforços em torno da produção se torna nebulosa no âmbito das comunidades tradicionais.

---

<sup>4</sup> O folclore é uma espécie de conjunto de tradições e costumes pelo qual não é possível atribuir uma origem determinada. Assim, se enquadra como obra de autoria anônima (art. 5º, inc. VIII, alínea ‘b’), e entra no rol das obras de domínio público.

Muitas vezes, um único autor é responsável por uma criação, mas, no entanto, o material pelo qual recorre o artista individualizado é extraído dos costumes da coletividade em que ele está inserido, sendo capaz de evocar todo um aspecto cultural pretérito. Estes traços particulares da cultura já estão tão arraigados no imaginário da comunidade, que se considera que o artista tem apenas o ônus de materializar a obra.

Trata-se de um trabalho automático, uma vez que todas as ferramentas para a sua realização já foram trazidas por gerações antepassadas, cabendo ao autor individualizado apenas reproduzir o que já está estabelecido, seja na produção de um artesanato ou de músicas.

Neste sentido, Baptista e Valle (2004, p. 17) recorrem à análise da produção de grafismos indígenas para defini-las como obras de “caráter estético, com significados e representações” e por isso passíveis de proteção no âmbito autoral, afastando a noção de que seriam meras ideias perpetuadas e definindo as suas peculiaridades a partir do senso de coletividade que circundam a sua realização:

[...] esse grafismo, diferentemente das obras em geral, apresenta algumas características peculiares: a) não tem, do ponto de vista de nosso sistema, um autor ou conjunto de autores imediatamente identificáveis, pois sua “autoria” é produto de sucessivas recriações individuais ocorridas ao longo de gerações; e b) sua reprodução, apesar de poder comportar pequenas variações, segue padrões semelhantes transmitidos também ao longo de gerações, já que de forma geral serve como um meio de expressão visual que deve ser compreendido por aquele determinado grupo étnico. Isso significa que, embora um artesão individualmente seja responsável por traçar uma determinada sílaba gráfica, usando para isso de seu talento e habilidade individual, a concepção artística e estética daquela obra não é fruto de sua criatividade individual, mas advém de uma criação coletiva, a qual não se limita, neste caso, à mera soma de contribuições individuais.

A utilização de grafismos dos povos da etnia Yawalapiti pela indústria da moda ganhou manchetes de jornais a partir de pleito judicial dos indígenas em 2015, quando a marca de sandálias ‘Havaianas’ lançou uma coleção intitulada “Tribos”, a partir de ilustrações desenhadas por um dos membros da comunidade que se concentra no Alto Xingu, no estado do Mato Grosso, que comercializou o direito de reprodução das mesmas sem a autorização do chefe da comunidade, que seria o responsável por representar a coletividade.

Segundo reportagem do jornal ‘El País’<sup>5</sup>, especialistas da causa indígena apontaram que, nessa situação, “o ideal seria que os caciques dos demais povos do Alto do Xingu (são 15, ao todo, incluindo os Yawalapitis) fossem consultados para autorizar a reprodução dos

---

<sup>5</sup> Fonte: < [https://brasil.elpais.com/brasil/2015/02/13/politica/1423839248\\_331372.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2015/02/13/politica/1423839248_331372.html) > Acesso em 22 set. 2018

desenhos”. Sobre a identificação do responsável legitimado a tratar dos interesses da comunidade, Baptista e Valle (2004, p. 24) salientam:

Sabemos que identificar um representante legítimo de uma etnia ou povo indígena nem sempre é fácil. Há povos cuja distribuição espacial é extremamente ampla e, portanto, não têm uma pessoa ou instituição que os represente enquanto coletividade. Outros, mesmo que se agrupem num espaço definido, também são divididos em aldeias e comunidades, e muitas vezes a legitimidade de uma liderança para representar a coletividade é reconhecida apenas dentro de cada aldeia. Isso tudo demonstra, mais uma vez, que não há como se fixar regras de aplicação universal, pois as exceções seriam tantas que as descaracterizariam enquanto tal. E a situação se complica quando o interessado não tem nenhum contato prévio com o povo ou comunidade com o qual quer contratar, pois nesse caso ele não saberá identificar de plano quem é (são) esse(s) representante(s), por desconhecer completamente os mecanismos de representação social internos àquele grupo.

No caso do povo Yawalapiti, que pertence a uma etnia compartilhada com outros povos do Xingu, entende-se doutrinariamente que a permissão deveria ter sido dada pelos respectivos chefes de cada um deles, caso contrário o contrato firmado entre o autor e a empresa deveria ser considerado nulo, por não corresponder a um ato jurídico perfeito.

Além disso, a reportagem traz uma fala importante do advogado dos Yawalapiti, Marco Vendramini: “a grande preocupação da etnia é não fechar as portas com as empresas, que podem ser parceiras dos povos do Xingu em projetos futuros.”.

O caso evidencia como é importante que se estabeleça um norte de segurança jurídica em relação às inconstâncias do tema. Além de ser um instrumento capaz de fornecer renda a ser dividida entre os membros da comunidade, há de reconhecer a potencialidade que um contrato desta natureza possui para ensejar a exposição e a difusão da cultura tradicional. No entanto, assumindo a posição do direito atual quanto a titularidade coletiva, a maioria das tribos, por não possuírem um representante legal formalmente estabelecido, ficam expostas ao risco de um contrato que as onere e dê espaço para a apropriação predatória.

#### 4 IMPLICAÇÕES LEGAIS

Dentro da noção de massificação cultural trazida pela Escola de Frankfurt, o processo atual de absorção das expressões culturais das comunidades tradicionais, o qual se dá de maneira desarrazoada, em função de fins essencialmente capitalistas, evidencia a necessidade da ampliação dos institutos de proteção à produção da cultura secular.

O reconhecimento dos bens culturais de natureza imaterial como Patrimônio Cultural brasileiro está expresso no artigo 216 da Constituição Federal de 1988. Nesta esteira, o parágrafo 1º da disposição traz as respectivas medidas de proteção:

**Art. 216, § 1º** O poder público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

A proteção por meio de registros ventilada pelo texto constitucional só materializou-se com a criação do Programa Nacional do Patrimônio Imaterial (PNPI) pelo Decreto 3.551 de 4 de Agosto de 2000, o qual paralelamente instituiu o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial.

O Instituto de Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Iphan), por meio do Departamento do Patrimônio Imaterial (DPI), regula, no âmbito federal, a inscrição dos bens nos livros de registros correspondentes. Tal registro se dá sobre os bens que se enquadram às categorias estabelecidas pelo artigo 1º do Decreto 3551/00: Celebrações, Lugares, Formas de Expressão e Saberes, itens traduzidos pelas práticas, expressões, representações, lugares, conhecimentos e técnicas, reconhecidos pelos grupos sociais como parte integrante do seu patrimônio cultural.

Ocorre que a ação destes órgãos não vem sendo capaz de estabelecer uma proteção ampla no que toca ao uso comercial inadequado das expressões culturais tradicionais. Atente-se para o fato de que a utilização se dá muitas vezes sob o disfarce de homenagem ou mera inspiração, onde toda a carga identitária de um povo é retirada de contexto em prol de fins que não condizem com a carga valorativa e simbólica pretendida originariamente, podendo gerar danos nos mais variados segmentos, seja à dignidade ou no que tange ao campo econômico.

Não obstante a legislação autoral não abarcar as expressões culturais tradicionais, segundo Bittar (2015), os direitos autorais estariam vivendo um processo de desenvolvimento onde seus aspectos mais basilares seriam suscetíveis de questionamentos:

Fundado na categoria do sujeito de direito, seja pessoa física, seja pessoa jurídica, o direito autoral vive um dilema histórico em sua transformação. Quando essas categorias não são mais suficientes para descrever o núcleo central das formas de exercício destes direitos, ou quando estas categorias se tornam impeditivas ao avanço da própria característica livre e criativa da área, afinal, envolvimento com o processo do desenvolvimento intelectual, cultural e tecnológico de um povo, então impera a necessidade de revisão de seu marco normativo. (BITTAR, 2015, p. 40)

Por isso, na falta da instituição de regramentos próprios, vislumbra-se a possibilidade de adaptação da legislação autoral, permitindo-se uma aplicação análoga de instrumentos de proteção capaz de garantir um retorno moral e econômico aos grupos criadores.

#### 4.1 A Evolução da Proteção Legal à Cultura Tradicional no Âmbito Internacional

Compreendendo a defesa dos interesses do autor em relação à reprodução da sua criação, os direitos autorais foram definidos pela primeira vez na Convenção Internacional sobre Direitos do Autor, realizada em Genebra em 1952, como “direitos fundamentais que asseguram a proteção dos interesses patrimoniais do autor” (CONVENÇÃO, 1952).

A compreensão das expressões culturais enquanto objeto de proteção aparecia como pauta de discussões, no âmbito internacional, de órgãos como a OMPI - Organização Mundial da Propriedade Intelectual -, instituída pela Organização das Nações Unidas na década de 70, quando firmou-se a responsabilidade das nações signatárias para conferir, no âmbito individual de cada país, a devida proteção aos autores das expressões culturais populares.

No entanto, o tema sempre enfrentou resistência no plano internacional, tendo em vista as dificuldades quanto ao objeto e a pluralidade de sujeitos envolvidos:

As alegações contrárias à aplicação dos direitos autorais para o conhecimento tradicional se apoiavam no princípio de que os direitos de propriedade não se aplicavam às obras sem autoria definida, sobretudo no que tange à exploração econômica e à cobrança de direitos, uma vez que não há como definir a titularidade. Alegavam que não havia como proteger o direito de propriedade quando ele é coletivo, ou seja, pertence a uma comunidade (ZANIRATO; RIBEIRO, 2007, p. 43)

Tendo em vista esta resistência, a UNESCO procurou atuar em função do reconhecimento do folclore e das expressões imateriais como objeto de atenção legal, ensejando a edição das chamadas “Recomendações da UNESCO para a Salvaguarda da Cultura Tradicional e Popular”, aprovada em 1989.

Neste documento, foram traçados paralelos de identificação e de preservação do patrimônio imaterial, além de ter sido sublinhado o valor da cultura tradicional como parte primordial do patrimônio cultural nacional, reconhecendo-se a fragilidade desta vertente cultural, que por ter aspectos de intangibilidade, como nas criações pautadas na tradição oral, se encontram vulneráveis pela possibilidade de perda. Além disso, ficou estabelecido que a cultura tradicional, por seu caráter dinâmico, de constante e evolução e mutabilidade, cujo qual dificulta a sua salvaguarda, merece uma atenção especial no campo da proteção eficaz.

Desta forma, os Estados-Membros ficaram incumbidos da manutenção dos objetos que remetem à evolução histórica das culturas tradicionais. Para tanto, fomentou-se a instituição de sistemas de registros e inventários pertinentes ao tema:

A cultura tradicional e popular, enquanto expressão cultural, deve ser salvaguardada para e pelo grupo (familiar, profissional, nacional, regional, religioso, étnico, etc.) cuja identidade exprime. Para o efeito, os Estados membros deveriam fomentar, a nível nacional, regional e internacional, pesquisas adequadas com vista a: a) Estabelecer um inventário nacional das instituições que se ocupam da cultura tradicional e popular, para fins da sua inclusão nos registos regionais e mundiais de instituições desta ordem; b) Criar sistemas de identificação e registo (recolha, indexação, transcrição) de informação, ou desenvolver sistemas já existentes através de manuais, guias de procedimentos de recolha, catálogos-tipo, etc., tendo em consideração a necessidade de uniformizar os sistemas de classificação utilizados por diferentes instituições (RECOMENDAÇÃO, 1989)

O registo agiria como forma de dar um suporte material ao objeto cultural, conferindo a este uma certa concretude. Neste sentido, a Recomendação (1989) entendeu que a documentação de aspectos da cultura tradicional auxiliaria neste processo de materialização:

Ainda que a cultura tradicional e popular viva, dado o seu carácter evolutivo, nem sempre possa ser diretamente protegida, aquela que tenha sido objeto de documentação através de suportes materiais deverá ser protegida eficazmente. Para este fim deveriam os Estados membros: a) Estabelecer arquivos nacionais, com vista à adequada conservação e disponibilização dos suportes documentais relativos à cultura tradicional e popular; b) Estabelecer uma unidade arquivística central nacional para fins de prestação de determinados serviços (indexação central, divulgação de informação relativa aos suportes documentais materiais da cultura tradicional e popular e às normas a ela aplicáveis, incluindo sobre a sua conservação);

[...]

g) Fornecer meios com vista à realização de cópias de segurança e de trabalho dos suportes documentais da cultura tradicional e popular, bem como a realização de cópias destinadas às instituições regionais, assim garantindo à comunidade cultural implicada o acesso aos materiais recolhidos.

Não obstante as noções de manutenção da identidade da comunidade expressas pela Recomendação da UNESCO quanto à instituição de registros e documentação das obras, o

seu raio de proteção parece limitado à produção, deixando de lado o viés do produtor, uma vez que o texto não adentra nas questões mais espinhosas ligadas à titularidade do autor e todas as complicações para a sua definição objetiva, bem como nas questões de conjectura comercial.

Em 1992, surge a Convenção sobre a Diversidade Biológica (CBD), que alia as diretrizes de proteção à cultura tradicional com as questões voltadas à conservação da diversidade biológica. Nela, a proteção do conhecimento tradicional faz menção à exploração da indústria farmacêutica, haja vista a dependência que as práticas tradicionais impõem sobre a produção de medicamentos, sem que exista a devida atribuição das patentes<sup>6</sup> sobre esta. O que ocorria, na verdade, era a atribuição da propriedade intelectual para os entes com maior poder econômico.

Destas dificuldades resultou a criação dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (Acordo TRIPS), em 1995, onde ficou estabelecido que todos os países membros da Organização Mundial do Comércio (OMC), estariam incumbidos de respeitar a ascendência da patente. No entanto, o viés individualizante, de direito privado, conferido ao tema por este acordo privilegiava o direito de propriedade privado de indivíduos e de empresas, sem abarcar a possibilidade da produção coletiva da comunidade, de forma que, segundo Zanirato e Ribeiro (2007, p. 46), os direitos de propriedade intelectual definidos nos TRIPS passaram a se tornar um entrave aos direitos coletivos das populações tradicionais, ao passo que, ao se voltarem para o fomento da máquina comercial, redundaram na promoção de lucro para grandes empresas privadas, contribuindo preponderantemente com a formação de monopólios econômicos.

---

<sup>6</sup> Segundo definição do INPI (Instituto Nacional da Propriedade Industrial), a Patente é “um título de propriedade temporária sobre uma invenção ou modelo de utilidade, outorgado pelo Estado aos inventores ou autores ou outras pessoas físicas ou jurídicas detentoras de direitos sobre a criação. Com este direito, o inventor ou o detentor da patente tem o direito de impedir terceiros, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar a venda, vender ou importar produto objeto de sua patente e/ ou processo ou produto obtido diretamente por processo por ele patenteado. Em contrapartida, o inventor se obriga a revelar detalhadamente todo o conteúdo técnico da matéria protegida pela patente”. Disponível em <<http://www.inpi.gov.br/servicos/perguntas-frequentes-paginas-internas/perguntas-frequentes-patente>>. Acesso em 30 out. 2018.

Tais disposições entraram em conflito com os termos estabelecidos pela CBD, os quais prezavam pela participação das comunidades sobre o auferido a partir de seus conhecimentos:

As claras diferenças entre a CBD e a OMPI se acentuaram com a aprovação do TRIPS. Como responder a questões como: o saber das populações a respeito da manipulação de plantas, deveria ou não ser patenteado? A quem pertence esse saber? Como protegê-lo? Como remunerar o uso desse conhecimento? (ZANIRATO; RIBEIRO, 2007, p. 47)

Desde então, diversas Convenções foram realizadas com o intuito de dirimir as controvérsias envolvendo toda a questão, sopesando as vertentes econômicas, morais e jurídicas envolvidas, culminando no fomento da adoção, pelos Governos, de modelos *sui generis* de proteção dos conhecimentos, inovações e práticas tradicionais, reconhecendo o direito da participação das comunidades nos lucros deles oriundos.

Em 2001 a UNESCO desenvolveu a Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural, que viria a ser atualizada pela Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, em 2003, com viés de proteção à produção cultural, tanto material quanto imaterial, das comunidades tradicionais, mais próxima da estabelecida pela CBD.

Em 2005, celebrando a diversidade das expressões culturais enquanto patrimônio, foi realizada em Paris a Convenção Sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, que trouxe, em seu artigo 4º, a definição de “proteção” para o contexto da promoção da diversidade das expressões culturais, objetivando a salvaguarda destas em face do risco ou ameaça de extinção.

Como se depreende da Convenção de 2005, ainda não ratificada, a posição da UNESCO busca viabilizar a proteção do objeto cultural entre os tempos a partir de medidas para a sua identificação e conservação, deixando em segundo plano a celeuma acerca dos direitos dos autores, de forma que não se advoga em prol de uma dinâmica que reconheça que a etapa da criação de uma expressão é fundamental para o processo renovatório da mesma entre as gerações, o que pode dificultar o processo de transmissão cultural, cara aos movimentos identitários da cultura tradicional.

Tal posição se distingue da tomada pela CBD, pautada pelo respeito aos direitos de autor das comunidades tradicionais, conforme indicam Zanirato e Ribeiro (2007, p. 53):

A CBD afirma o respeito às comunidades tradicionais e o direito à repartição equitativa dos benefícios oriundos da utilização das práticas culturais tradicionais e

procura assegurar esses direitos de modo que não sejam obstaculizados pelos direitos de propriedade intelectual. Não é essa a preocupação da OMPI.

[...]

Para a OMPI, proteção é salvaguardar interesses do autor. Para tal, é preciso definir a autoria, a quem se destina os recursos da exploração comercial da criatividade cultural e estabelecer as condições de reparo no caso de uso inadequado da criatividade cultural.

Isto se dá em função da noção distinta tida pelo órgão que cuida da Biodiversidade, em relação aos órgãos como a Organização Mundial da Propriedade Intelectual, os quais não reconhecem o direito coletivo dos grupos tradicionais.

Nesta toada, o direito autoral brasileiro se assume com um viés individualizador, ao assumir como sujeito titular do direito de autor um ente singularizado, determinado ou determinável. Não obstante, em 2015 entrou em vigor o chamado Marco da Biodiversidade, Lei 13.123, que estabeleceu o direito de repartição dos benefícios auferidos a partir da exploração do patrimônio genético e dos conhecimentos tradicionais, com as comunidades. Como já visto no trabalho, a legislação regula a exploração deste patrimônio genético descoberto por membros de grupos tradicionais, representando um passo significativo para os demais segmentos da produção tradicional.

#### 4.2 Legislação Autoral Nacional e Prognósticos para a Virada do Paradigma

Com viés pautado nas diretrizes do *civil law*, a lei 9610 de 1998 regula o Direito Autoral, no âmbito nacional, a partir de pressupostos de incentivo à produção cultural, artística e científica, englobando os direitos morais e patrimoniais pertinentes, sendo devida uma contraprestação pecuniária pelo uso de obra de autoria alheia, bem como o reconhecimento e o respeito a esta autoria.

A estrutura normativa aplicada no âmbito do direito de autor permite que a obra seja protegida a partir da sua criação, independentemente de registro, conforme o art. 18 da lei. No entanto, aconselha-se, como medida de prevenção, a realização do registro da obra no órgão competente, qual seja a Biblioteca Nacional.

Ocorre que, no que concerne às criações culturais concebidas a partir de conhecimentos tradicionais, a ausência de tangibilidade, proporcionada pela ausência de um suporte material que o traduza para a realidade fática dificulta a proteção a partir do

instrumento legal existente. As circunstâncias de dificuldade para definir o objeto cultural também delimitam o escopo do registro da obra.

O artigo 7º da lei 9610/98 define como obras intelectuais passíveis de proteção aquelas apoiadas por um suporte material que as exteriorize. Desta forma, os conhecimentos tradicionais aplicados a instrumentos como grafismos, cantos tradicionais, desenhos, pinturas, escrituras e esculturas estariam abrangidas pela legislação atual, uma vez que são plenamente decifráveis materialmente. Por outro lado, as expressões culturais imateriais, como saberes, celebrações, costumes e formas de expressões variadas, são passíveis de apreciação legal apenas a partir do momento que encontram um meio de expressão material para que possam ser exteriorizadas e delineadas ao gosto do aparato jurídico afeito a simplificações.

De forma semelhante, a ausência de suporte material é um dos fundamentos para a exclusão das ideias como objeto de proteção da legislação autoral. Em caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, onde a reclamante ajuizou ação de indenização por danos morais e materiais sob a alegação da usurpação de itens de um roteiro de sua autoria por um autor de novelas, a linha argumentativa da decisão foi de que a ideia em si não tem proteção, por não ser um suporte material autônomo:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO AUTORAL. AQUARELA DO BRASIL. ROTEIRO/SCRIPT. MINISSÉRIE. ART. 8.º, INC. I, DA LEI 9.610/1998. APENAS AS IDÉIAS NÃO SÃO PASSÍVEIS DE PROTEÇÃO POR DIREITOS AUTORAIS.

1. É pacífico que o direito autoral protege a criação de uma obra, caracterizada como sua exteriorização sob determinada forma, não a ideia em si nem um tema determinado. É plenamente possível a coexistência, sem violação de direitos autorais, de obras com temáticas semelhantes. (art. 8.º, I, da Lei n. 9.610/1998).

2. O fato de ambas as obras em cotejo retratarem história de moça humilde que ganha concurso e ascende ao estrelato, envolvendo-se em triângulo amoroso, tendo como cenário o ambiente artístico brasileiro da década de 40, configura identidade de temas. O caso dos autos, pois, enquadra-se na norma permissiva estabelecida pela Lei n. 9.610/1998, inexistindo violação ao direito autoral 3. Por mais extraordinário, um tema pode ser milhares de vezes retomado. Uma Inês de Castro não preclui todas as outras glosas do tema. Um filme sobre um extraterrestre, por mais invectivo, não impede uma erupção de uma torrente de obras centradas no mesmo tema" (ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito autoral. 2. ed., ref. e ampl. Rio de Janeiro: renovar, 1997. p. 28).

4. Recurso especial a que se dá provimento para julgar improcedente o pedido inicial.

(STJ, 2013, online)

No entanto, os conhecimentos tradicionais, enquanto expressões culturais imateriais, em que pese a ausência de instrumento de materialização, não podem ser colocadas no mesmo panteão das ideias, uma vez que o fundamento da insegurança jurídica que a proteção destas ideias poderia ensejar, devido a impossibilidade de controle sobre a produção desenfreada das

mesmas, não se aplica à problemática das expressões culturais imateriais, as quais são criações que carregam toda uma carga identitária e simbólica ausentes nas ideias *per se*. Pelo contrário, a insegurança jurídica, neste caso, é suportada pelas comunidades tradicionais, as quais têm suas criações muitas vezes usurpadas, sob escusas de inspiração ou homenagem, permanecendo à margem da lei.

Tendo em vista este panorama que exclui os conhecimentos tradicionais do aparato de proteção legal, urge a criação de um sistema *sui generis*, ou até uma aplicação análoga a conferida a todas as outras criações materializadas, que abarque a possibilidade de registro do conhecimento, nos moldes da Recomendação da UNESCO (1989), o que contribuiria na manutenção do conteúdo identitário e simbólico da comunidade enquanto ente coletivo, garantindo assim a perpetuação da sua cultura.

Foi com este pensamento que realizou-se em 2000 o Decreto 3.551, que instituiu o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial, a partir da criação do Programa Nacional do Patrimônio Imaterial (PNPI), órgão que seria responsável pela proteção ao patrimônio cultural nacional ventilada pelo texto constitucional, concebido pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN).

Ocorre que a atuação do PNPI deixa a mesma lacuna das elucubrações trazidas pelas convenções da UNESCO nas décadas passadas, uma vez que, não obstante ser utilizado como mecanismo de manutenção e perpetuação do patrimônio cultural, a partir da abertura de inventários de registros e do desenvolvimento de um sistema de documentação das expressões imateriais, mapeando estas a partir da divisão segmentada em Livros de Registro de saberes, formas de expressão, celebrações e lugares, não apresenta uma atuação eficaz no combate à apropriação e uso indevido das expressões registradas.

Apesar de representar uma aproximação entre o sujeito titular do direito autoral, o registro a partir do PNPI se mostra insuficiente para garantir a proteção da propriedade intelectual. Isto se dá pela ausência de regulações específicas que se atenham aos meandros da complexidade do tema.

Diferentemente do que ocorre no âmbito das marcas, onde o registro garante ao titular o direito de licenciamento do uso e o zelo ao seu conteúdo e a sua reputação, culminando em uma proteção moral e material, o registro de expressões culturais imateriais volta-se a salvaguarda da obra, apenas.

Além de observar do objeto em si, um novo tratamento legal para o tema deve se ater à problemática relacionada à figura do autor enquanto ente coletivo, frente à noção individualizante do Direito Autoral vigente.

Como visto no presente estudo, até por motivações práticas de garantia da satisfação do direito, a legislação buscar restringir o número de autores de uma criação para um número determinável, como uma fórmula taxativa.

Via de regra, a complexidade para definir a origem de uma expressão cultural difundida em matrizes culturais compartilhadas afasta qualquer possibilidade de proteção dentro do modelo atual: “São obras intelectuais que possuem uma dimensão coletiva que a legislação autoral desconhece. São frequentemente de autoria desconhecida e criadas originalmente sem o objetivo de comercialização ou de difusão fora do contexto que as inspira e lhes insufla existência.” (FARIA, p. 22, 2012).

A complexidade delimita um limbo legislativo evidenciado, ainda, pelo fato de que as expressões culturais tradicionais não podem ser consideradas como obras de Domínio Público, como se depreende do art. 45 da Lei de Direitos Autorais:

Além das obras em relação às quais decorreu o prazo de proteção aos direitos patrimoniais, pertencem ao domínio público: I – as de autores falecidos que não tenham deixado sucessores; II – as de autor desconhecido, ressalvada a proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais.

Desta forma, depreende-se que os conhecimentos tradicionais não encontram espaço no âmbito do direito autoral vigente. O que não é aceitável, mesmo diante de tamanha complexidade, tendo em vista que as comunidades tradicionais são responsáveis por criações de espírito, resultantes da criatividade de indivíduos, dentro de uma realidade que é coletiva e homogênea. Tal fato não pode ser ignorado, e a difusão para dimensões coletivas não deveria ser objeto de entrave na legislação:

[...] não há como pensar a proteção jurídica de expressões culturais indígenas fora da perspectiva de um direito coletivo. “O próprio pensamento indígena é um pensamento circular, que faz de tudo o mesmo movimento. É um pensamento holístico e não fragmentado. É um pensamento coletivo, pois o holístico e a totalidade se contrapõem ao fragmentado e à compartimentação” (MUNDURUKU *apud* FARIA, p. 24-25, 2012).

Nesta esteira, ganha força o entendimento doutrinário no sentido de que cabe aos representantes das comunidades tradicionais a titularidade das obras realizadas por seus membros, o que não evidencia uma abertura para o reconhecimento da autoria coletiva, inerente à noção de produtividade cultural das comunidades, como já evidenciado no estudo, mas sim uma tentativa de singularizar o autor a partir da figura individualizada que representa a coletividade.

Tendo em vista a necessidade de proteção especial ainda não regulamentada das criações culturais de caráter coletivo e individual dos povos indígenas, a Portaria nº 177/2006 da Fundação Nacional do Índio (FUNAI) surgiu, a partir da reprodução de elementos de outros regulamentos e com base nas noções difundidas pelas Recomendações da UNESCO, para auxiliar estes povos no segmento do Direito Autoral e do Direito de Imagem<sup>7</sup>. A função do órgão seria a de avaliar e autorizar contratos nestes dois pólos, com base na ideia de proteção dos elementos axiológicos, históricos e simbólicos das expressões culturais indígenas.

Atentando à questão da autoria, o artigo 2º, parágrafo 1º do instrumento traz a possibilidade do reconhecimento do direito coletivo:

Direitos autorais dos povos indígenas são os direitos morais e patrimoniais sobre as manifestações, reproduções e criações estéticas, artísticas, literárias e científicas; e sobre as interpretações, grafismos e fonogramas de caráter coletivo ou individual, material e imaterial indígenas. § 1º. O autor da obra, no caso de direito individual indígena, ou a coletividade, no caso de direito coletivo, detêm a titularidade do direito autoral e decidem sobre a utilização de sua obra, de protege-la contra abusos de terceiros, e de ser sempre reconhecido como criador. (FUNAI, 2006)

Ocorre que a atuação da FUNAI por meio da citada Portaria, além de corresponder a uma proteção voltada apenas a comunidade indígena, não abarcando as demais comunidades tradicionais espalhadas pelo país, é puramente assistencial, limitada pela ausência de uma lei regulamentadora que confira a ela força normativa e fundamento de validade. No panorama atual, o reconhecimento da autoria fica condicionado às balizas da lei existente, as quais não são capazes de alinhar a questão da autoria à proteção objeto cultural.

Sobre o anseio das comunidades tradicionais pelo reconhecimento legislativo ainda inexistente, Zanfaroni e Ribeiro (2007, p. 51) explicam:

As comunidades indígenas reivindicam o direito a controlar o acesso, a divulgação e o uso de seus conhecimentos e expressões culturais tradicionais. A proteção que reivindicam diz respeito tanto à obtenção de direitos de propriedade intelectual sobre as expressões culturais tradicionais para comercializá-las e/ou impedir que outros a façam, quanto à proteção defensiva para impedir a obtenção de direitos de propriedade intelectual sobre as expressões culturais tradicionais e suas derivações.

---

<sup>7</sup> O Direito de Imagem está previsto no art. 5, inc. X da CRFB/1988 e no art. 20 do Código Civil, prezando pela proteção do indivíduo de uma utilização não autorizada de sua imagem, especialmente pelo conteúdo moral e econômico que o uso implica.

Desta forma, a proteção deve reconhecer que as expressões culturais devem ser tratadas a partir de duas vertentes: a cultural e a econômica, sendo a primeira voltada à salvaguarda e à perpetuação da obra, e a segunda voltada à satisfação do direito material e moral dos responsáveis pela criação deste objeto cultural. E só então, a partir de previsões taxativas, reconhecer a criação coletiva dessas expressões, tendo em vista que tal reconhecimento por si só já implicaria numa forma de salvaguarda do objeto cultural, qual seja a comunidade cultural enquanto objeto vivo portador de simbologias e significados únicos.

Estas previsões taxativas devem contornar as limitações técnicas que rondam o instituto do direito autoral coletivo a partir da utilização de analogias a própria legislação autoral, com arranjos que atendam às especificidades do objeto e dos titulares, e da incorporação das noções de proteção trazidas pelas recomendações da UNESCO já aplicadas na atuação da FUNAI.

De qualquer maneira, este tratamento legal específico deve ser concebido, primordialmente, para conferir às comunidades tradicionais o poder de decisão que a torne apta a repelir a apropriação desmedida pela indústria cultural.

## 5 CONCLUSÃO

Este estudo buscou observar os desdobramentos da influência exercida pela mudança da configuração social, onde novas dinâmicas são moldadas a partir da velocidade da informação, no contexto da proteção jurídica da identidade cultural de povos tradicionais.

A dinâmica social atual, em que todos os elementos passam a ser exponenciados pelo nível de globalização atingido, permite que o fenômeno da massificação cultural atinja o núcleo da criação tradicional a partir de uma incorporação que desvirtua elementos carregados de simbologia e identidade, resultando em uma apropriação sem nenhum retorno moral ou econômico ou reconhecimento às comunidades criadoras. Por isso, a presente pesquisa buscou evidenciar a necessidade de expansão da noção de direitos autorais a partir da criação de políticas legais de proteção às expressões culturais destas coletividades, assegurando a estas o provimento moral e econômico devido.

As prerrogativas de proteção à propriedade intelectual, em virtude das lacunas legislativas presentes no ordenamento jurídico atual, não servem para amparar as chamadas expressões culturais, enquanto objetos imateriais, culminando em debates de teor econômico e legal acerca da apropriação cultural.

No âmbito dos direitos autorais, temos como sujeito proprietário do direito moral e patrimonial aquele que com a força de seu trabalho físico ou intelectual logrou a realização da obra.

Com a característica do direito ocidental de proteção precípua à figura do indivíduo, sendo os direitos personalíssimos prezados como canais garantidores das liberdades individuais, a indústria cultural, enquanto produtora coletiva, se depara dependente das entidades gestoras de direitos coletivos, tendo como obstáculo o fato de que a legislação específica não abarca as expressões culturais das comunidades tradicionais de maneira apropriada, as relegando ao limbo legal, uma vez que, como visto, não poderiam ser enquadradas nem ao menos como obras de domínio público, conforme indica o art. 45 da lei 9.610/98.

Trata-se de uma lacuna que permeia não só o ordenamento jurídico brasileiro, como também de outros países, gerando a instabilidade da proteção às comunidades tradicionais num âmbito global. Em razão disso, a UNESCO realizou diversas convenções e recomendações objetivando estabelecer a proteção autoral das expressões culturais, incluindo as imateriais, como meio de preservação da diversidade cultural.

Esta preservação deve se dar a partir de uma bifurcação que reconhece que estas expressões culturais comunicam valores identitários e significados que não podem ser desvirtuados como bens de consumo, ao passo que identifiquem a relação econômica que existe no tratamento da cultura, com a necessidade de se garantir o provimento pecuniário devido.

Nos moldes da Recomendação de 1989 da UNESCO, o IPHAN (Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional), por meio do PNPI (Programa Nacional do Patrimônio Imaterial) instituiu um sistema de registro e documentação das obras culturais apto a inventariar e mapeá-las. Ocorre que o registro não vai além de um instrumento para a tomada de ações de salvaguarda do bem cultural, não representando um meio direto de geração de direitos patrimoniais ou morais. Trata-se não mais do que de um meio de documentação e, por conseguinte, um meio de difusão e perpetuação da diversidade cultural.

Por exemplo, o registro das artes gráficas da tribo Yawalapiti, as quais foram protagonistas da celeuma jurídica analisada no presente estudo, não influenciaria em nada na resolução da atribuição da autoria da obra. Isto se dá em razão da ausência de relação entre o registro e a aplicação da obra registrada no mercado.

Desta forma, cabe aduzir que os instrumentos legais existentes para a proteção jurídica das expressões tradicionais, ao buscar materializá-las através de mecanismos de documentação, são voltadas a proteção da diversidade cultural, ao passo que a proteção no âmbito da propriedade intelectual resta esvaziada pela dificuldade em contornar as dificuldades do reconhecimento da coletividade como autora.

A criação de uma legislação específica, nos moldes da ensaiada pelas recomendações da UNESCO, no contexto internacional, e da defendida pela FUNAI, no âmbito nacional, unindo a salvaguarda dos objetos culturais ao aspecto do respeito à propriedade intelectual destes povos, obstará a incidência de insegurança jurídica e possíveis abusos no âmbito comercial, estabelecendo os bens culturais como objetos passíveis de proteção. Esta medida pode tomar como inspiração a lei 13.123 de 2015, que protege o acesso aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade e proporciona o devido reconhecimento da contribuição das comunidades tradicionais para a obtenção da descoberta científica, inclusive com o percebimento de benefícios econômicos.

A proteção do viés autoral da criação tradicional deve enxergar na produção cultural do ente coletivo uma atividade orgânica de união de esforços, que não pode ser esvaziada ou tratada genericamente como simples ideias.

Acima de tudo, deve ser garantida uma proteção que coíba a apropriação cultural e que, concomitantemente, ajude a preservar a diversidade cultural.

## 6 REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor Wiesengrund; HORKHEIMER, Max. **Dialética do Esclarecimento**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2006.

ARENDT, Hannah. A crise na cultura: sua importância social e política. In: **Entre o passado e o futuro**. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2007.

\_\_\_\_\_. A crise na cultura: sua importância social e política. In: **Entre o passado e o futuro**. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1972.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. 258p.

\_\_\_\_\_. “Vivemos tempos líquidos. Nada é para durar.”. **Revista Isto É**, São Paulo, 24 set. 2010. Disponível em <[https://istoe.com.br/102755\\_VIVEMOS+TEMPOS+LIQUIDOS+NADA+E+PARA+DURA](https://istoe.com.br/102755_VIVEMOS+TEMPOS+LIQUIDOS+NADA+E+PARA+DURA)>. Acesso em 10 abr. 2018

BAPTISTA, Fernando Mathias; VALLE, Raul Silva Telles do. **Os povos indígenas frente ao direito autoral e de imagem**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004.

BHABHA, Homi K. **O Local da Cultura**. Belo Horizonte, Ed. UFMG, 1998.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: Ruma a uma Outra Modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2010.

BENJAMIN, Walter. A Obra de Arte na Era da Sua Reprodutibilidade Técnica. In: **Magia e Técnica: arte e política**. São Paulo: Brasiliense, 1985.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

BLANK, D. M. P. **Repensando o patrimônio (cultural): cultura, identidade e memória**. Prisma Jurídico, São Paulo, v. 13, n. 1, p. 37-70, jan./jun. 2014.

BOAS, Franz. **Antropologia Cultural**. Org. Celso Castro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

BRASIL. **Decreto 6.040 de 7 de fevereiro de 2007**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm)>. Acesso em: 15 set. 2018.

\_\_\_\_\_. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 22 set. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei 13.123 de 20 de maio de 2015**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm)>. Acesso em 22 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Fundação Nacional do Índio. Portaria n. 177, de 16 de fevereiro de 2006. Regulamenta o procedimento administrativo de autorização pela Fundação Nacional do Índio - FUNAI – de entrada de pessoas em terras indígenas interessadas no uso, aquisição e ou cessão de direitos autorais e de direitos de imagem indígenas; e orienta procedimentos afins, com o propósito de respeitar os valores, criações artísticas e outros meios de expressão cultural indígenas, bem como proteger sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições. Brasília: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, 20 fev. 2006.

BROWN, Michael F. Can Culture Be Copyrighted?. **Current Anthropology**, Chicago, Volume 39, n. 2, Abr, 1998. Disponível em <<http://lanfiles.williams.edu/~mbrown/Brown-CopyrightingcultureCA98.pdf>>. Acesso em: 01 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Heritage trouble: recent work on the protection of intangible cultural property. **International Journal of Cultural Property**, n. 12, p. 40-61, 2005. Disponível em <<http://lanfiles.williams.edu/~mbrown/Brown,%20Heritage%20Trouble,%20IJCP,%202005.pdf>> . Acesso em: 23 mai. 2018.

CANCLINI, Nestor Garcia. O patrimônio cultural e a construção imaginária do nacional. **Revista do IPHAN**, Brasília, n. 23, p. 94-115, 1994.

CASTRO, M. L. V. de; FONSECA, M. C. L. Patrimônio imaterial no Brasil. Brasília: **UNESCO**, Educarte, 2008.

CONVENÇÃO para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial. **UNESCO**. 2003.

CONVENÇÃO universal sobre direitos de autor. **UNESCO**. 1952. Disponível em <[http://www2.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2008/02/convencao\\_universal.pdf](http://www2.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2008/02/convencao_universal.pdf)>. Acesso em 27 out. 2018

CUNHA, Manuela Carneiro da. **Cultura com aspas e outros ensaios**. São Paulo: Cosac Naify, 2009.

DECLARAÇÃO universal da UNESCO sobre a diversidade cultural. **UNESCO**. 2002. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160por.pdf>>. Acesso em 01 jun. 2018.

EAGLETON, Terry. **A ideia de cultura**. São Paulo: Editora Unesp, 2003.

FARIA, Victor Lúcio Pimenta de. **A proteção jurídica de expressões culturais de povos indígenas na indústria cultural**. São Paulo : Itaú Cultural : Iluminuras, 2012.

FRY, Peter. “Feijoada e “Soul Food”: notas sobre a manipulação de símbolos étnicos e nacionais”. In: **Para Inglês Ver – identidade e política na cultura brasileira**. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006.

LONDRES, Cecília (org.). Patrimônio Imaterial. **Revista Tempo Brasileiro. Patrimônio Imaterial**, n. 147. Rio de Janeiro, out./dez., 2001.

MARX, Karl.; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do Partido Comunista**. São Paulo: Editora Ridendo Castigat Mores, 1999.

MORIM, Júlia. Povos e Comunidades Tradicionais. **Pesquisa Escolar Online**, Fundação Joaquim Nabuco, Recife. Disponível em:  
<<http://basilio.fundaj.gov.br/pesquisaescolar/>>. Acesso em: 15 set. 2018.

RECOMENDAÇÃO sobre a Salvaguarda da Cultura Tradicional e Popular. **UNESCO**. 1989.

STJ, Recurso Especial: Resp 1189692 RJ, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, DJe 01/07/2013). **JusBrasil**, 2013. Disponível em  
<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/497285347/agint-no-recurso-especial-agint-no-resp-1381616-sp-2013-0072358-9>>. Acesso em 30 out. 2018

VELOSO, Caetano. **Um Índio. Bicho**. Universal Music Ltda, 1977.

ZANIRATO, Silvia Helena; RIBEIRO, Wagner Costa. Conhecimento tradicional e propriedade intelectual nas organizações multilaterais. **Ambiente & Sociedade**. São Paulo, v.10, n.1, p.39-55, 2007.

ŽIŽEK, Slavoj. **O absoluto frágil**. São Paulo: Boitempo, 2015.

\_\_\_\_\_. “Para Slavoj Zizek, tolerância entre culturas é necessariamente limitada”. **O Globo**. São Paulo. 21. nov. 2016. Entrevista a Leonardo Cazes. Disponível em  
<<https://oglobo.globo.com/cultura/livros/para-slavoj-zizek-tolerancia-entre-culturas-necessariamente-limitada-18102924#ixzz5HkqUmiT9>>. Acesso em 25 mai. 2018.