

## **Patrimônio Cultural, patrimônio de quem? Apropriação e uso indevido de Bens Culturais Imateriais<sup>1</sup>**

Taís Garone – UnB/DF<sup>2</sup>  
Pedro Junqueira – UnB/DF<sup>3</sup>

Palavras-Chave: patrimônio imaterial; apropriação cultural, direitos autorais.

### **1. Apresentação**

A apropriação e o uso indevido de bens culturais imateriais, oficialmente reconhecidos ou não, são reclames constantes por parte dos grupos e das comunidades detentoras desses bens. Para citar apenas alguns exemplos, temos a polêmica sobre a venda de acarajés como “bolinhos de Jesus”, a apropriação de símbolos e cânticos rituais pela indústria do turismo e do entretenimento, o uso comercial não autorizado de grafismos indígenas e, mais recentemente, uma eminente Yalorixá veio a público manifestar sua indignação com uso da palavra “acarajé” para nomear a 23ª fase da investigação da Polícia Federal contra crimes de corrupção, conhecida como *Operação Lava Jato*.

O Programa Nacional do Patrimônio Imaterial (PNPI) vem encontrando dificuldades no enfrentamento dessas questões: não há marcos regulatórios específicos e as leis incidentes que possuem interface com a temática nem sempre tem sido utilizadas para se tentar garantir alguma forma de proteção. O direito de imagem, por exemplo, poderia ser evocado para se tentar inibir o uso não autorizado de imagens e gravações. A jurisprudência em torno da patente e do segredo comercial, como aquele que protege a fórmula do refrigerante Coca-Cola, poderia ser utilizada para se evitar a publicização de conhecimentos tido como secretos, ou restritos a iniciados, por uma determinada comunidade tradicional. Os nomes comerciais são protegidos por lei, especialmente as marcas consagradas, mas o uso comercial de nomes de expressões culturais tradicionais ou mesmo de etnias indígenas não encontra obstáculos e nem se pensa em repartir-lhes os lucros.

- 
- 1 Trabalho apresentado na 30ª Reunião Brasileira de Antropologia, realizada entre os dias 3 e 6 de agosto de 2016, João Pessoa/PB.
  - 2 Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social da Universidade de Brasília (PPGAS/DAN/UnB).
  - 3 Mestre em Ciências Sociais pelo Centro de Pesquisa e Pós-Graduação Sobre as Américas (Ceppac/UnB).

Há no âmbito da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco) e da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) o consenso quanto à necessidade de criação de leis nacionais e de tratados internacionais que protejam as expressões culturais tradicionais do seu uso não autorizado, e que estabeleça, tal como ocorre no direito autoral, direitos morais e patrimoniais de uma comunidade sobre as suas manifestações tradicionais. No Brasil, a criação de um marco legal de proteção dos conhecimentos e das expressões tradicionais compõe a meta 4 do Plano Nacional de Cultura e deveria ser concluída até o ano de 2020, embora pareça improvável que tal prazo seja cumprido.

Em nosso artigo realizaremos um exercício de imaginação sobre como direitos culturais e patrimoniais mais abrangentes como, por exemplo, as leis de Direitos Autorais e da Propriedade Industrial, poderiam evocar direitos coletivos com vistas à salvaguarda de bens culturais imateriais, sem, contudo, se perder de vista as limitações do arcabouço legal atualmente existente, que apontam para a necessidade da criação de uma legislação específica. Diante do consenso quanto à necessidade de criação de marcos legais para conferir direitos coletivos a comunidades tradicionais sobre seus conhecimentos e expressões culturais, reflexões sobre direitos análogos existentes no ordenamento jurídico podem nos guiar em diálogos e divagações quanto à nova legislação por vir, e sobre como ela poderia complementar as ações e as políticas que vem sendo atualmente desenvolvidas no âmbito do PNPI<sup>4</sup>.

## **2. O Programa Nacional do Patrimônio Imaterial**

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 216, reconhece os bens culturais de natureza material e imaterial como constitutivos do Patrimônio Cultural brasileiro, de modo que devem ser promovidos e protegidos pelo poder público, em colaboração com a comunidade, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento, desapropriação e de outras formas de acautelamento e preservação, prevendo-se, ainda, punição aos danos e as ameaças a esse patrimônio, na forma da lei.

Consoante o texto constitucional, não há oposição ou mesmo hierarquização entre a dimensão material e imaterial do Patrimônio Cultural, ainda que nos seja forçoso

---

<sup>4</sup> Este artigo tem a finalidade de apresentar o tema da proteção jurídica do patrimônio cultural apresentando as leis e políticas existentes de forma rápida e geral. Eventuais incorreções no uso de termos jurídicos ou na interpretação de dispositivos legais, por não ser essa a nossa área de formação, não deve comprometer os argumentos apresentados.

admitir que o reconhecimento formal da dimensão imaterial é relativamente recente quando comparada à dimensão material do Patrimônio Cultural, que dispõe de diplomas legais e de políticas de promoção e acautelamento desde a promulgação do Decreto-lei 25, de 30 de novembro de 1937.

Diante da ausência de instrumentos e de marcos regulatórios especificamente voltados aos bens culturais imateriais, sessenta após a edição do Decreto-lei 25/1937, realizou-se, em 1997, o seminário *Patrimônio Imaterial: estratégias e formas de proteção*, em Fortaleza/CE, atividade que pode ser considerada marco inicial do processo que deu origem, em 1998, no Ministério da Cultura, ao Grupo de Trabalho do Patrimônio Imaterial e a Comissão de Assessoramento do Grupo de Trabalho<sup>5</sup>. A partir das reflexões elaboradas por esses dois grupos, editou-se o Decreto nº 3.551 de 4 de agosto de 2000 que instituiu o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial e que criou o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial (PNPI), mais de uma década após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Atualmente, a principal estrutura do governo federal voltada aos bens culturais imateriais é o Departamento do Patrimônio Imaterial (DPI) do Instituto de Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Iphan). Ele foi criado pelo Decreto nº 5.040, de 6 de abril de 2004, e substituiu o antigo Departamento do Patrimônio Imaterial e Documentação de Bens Culturais (Decreto nº 4.811, de 19 de agosto de 2003). Estão vinculados ao DPI o Centro Nacional de Folclore e Cultura Popular (CNFCP) e as ações desenvolvidas pelas superintendências estaduais do Iphan voltadas à política patrimonial imaterial.

O PNPI viabiliza projetos de identificação, inventário, registro e salvaguarda da dimensão imaterial do Patrimônio Cultural, constituindo-se como o principal mecanismo de fomento dessa política na esfera federal. Grosso modo, pode-se dizer que o PNPI tem como escopo principal a elaboração de inventários voltados ao registro de bens culturais imateriais e, em decorrência do registro, o desenvolvimento de ações de promoção e de proteção em torno do que se convencionou chamar de salvaguarda dos bens culturais imateriais registrados. O PNPI também desenvolve outros tipos de ações como o fomento à criação de conselhos e de órgãos gestores do Patrimônio Cultural

---

5 A referida Comissão foi criada pela Portaria nº 37 de 4 de março de 1998 e o Grupo de Trabalho pela Portaria nº 229 de 6 de julho de 1998, ambas assinadas pelo então Ministro da Cultura, Francisco Weffort.

Imaterial e à realização de atividades voltadas à educação patrimonial imaterial, mas, sem sombra de dúvidas, por força do Decreto nº 3.551/2000, o registro e a salvaguarda dos bens culturais imateriais registrados concentram a maior parte dos recursos e dos esforços empreendidos no âmbito do PNPI.

A criação pelo Decreto nº 3.551/2000 dos diferentes Livros de Registro sugere a percepção de distintos domínios na composição da dimensão imaterial do Patrimônio Cultural. Os bens culturais de natureza imaterial estão incluídos, ou contextualizados, nas seguintes categorias, que constituem os distintos Livros do Registro:

1. Saberes: conhecimentos e modos de fazer enraizados no cotidiano das comunidades;
2. Formas de expressão: manifestações literárias, musicais, plásticas, cênicas e lúdicas;
3. Celebrações: rituais e festas que marcam a vivência coletiva do trabalho, da religiosidade, do entretenimento e de outras práticas da vida social;
4. Lugares: mercados, feiras, santuários, praças e demais espaços onde se concentram e se reproduzem práticas culturais coletivas.

Os procedimentos a serem observados quando da instauração e da instrução dos processos de registro são regidos pela Resolução 001/06 do Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural que prevê, entre outras coisas, que os materiais produzidos durante a fase de pesquisa e documentação devem ser sistematizados na forma de um dossiê que apresente o bem, composto de: I. texto, impresso e em meio digital, contendo a descrição e contextualização do bem, aspectos históricos e culturais relevantes, justificativa do registro, recomendações para sua salvaguarda e referências bibliográficas; II. produção de vídeo que sintetize os aspectos culturalmente relevantes do bem por meio da edição dos registros audiovisuais realizados e/ou coletados; III. fotos e outros documentos pertinentes.

A análise do dossiê e de todos os materiais produzidos na fase de instrução do processo são de competência do Iphan, cujo parecer técnico e demais informações pertinentes, após exame da Procuradoria Federal, deverão ser publicizados na imprensa oficial para que a sociedade possa se manifestar num prazo de 30 dias. Decorrido o prazo fixado o processo é encaminhado para apreciação do Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural e, caso a decisão do conselho seja favorável, o Iphan procederá à

inscrição do bem no livro correspondente e emitirá a Certidão de Registro. O Presidente do Conselho Consultivo concederá ao bem, em documento próprio, o título de *Patrimônio Cultural do Brasil*, formalizando-se, assim, o compromisso e o dever do Estado brasileiro em assegurar a ampla divulgação, a proteção e a promoção do bem cultural registrado, por meio da sua salvaguarda, passando também a ser obrigação do Iphan promover as ações necessárias à conservação, guarda e acesso à documentação produzida ao longo do processo de registro.

Em linhas bastante gerais, podemos descrever a salvaguarda como uma política continuada que tem como horizonte o desenvolvimento de ações de curto, médio e longo prazo que visem assegurar a autonomia, a continuidade e a sustentabilidade dos bens culturais imateriais registrados. Essas ações são elaboradas durante a fase de documentação e inventário, constituindo-se como item obrigatório do dossiê de registro, nos termos da Resolução 001/06 do Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural.

Após o registro e uma maior aproximação entre o Estado e os detentores dos bem registrado, as recomendações de salvaguarda elencadas no dossiê poderão ser revistas, detalhadas e complementadas, a partir da inserção de novos atores e do aprofundamento dos debates em prol da salvaguarda do bem registrado.

Em geral, não é possível determinar um período de tempo para a completa implementação da salvaguarda. A previsão é de que seja iniciada no decorrer da primeira década após o registro. Conforme o estabelecido pelo artigo 7º do Decreto nº 3551/2000, dez anos após a Titulação, o bem passará por um processo de reavaliação e revalidação do registro, no qual se observará, dentre outros aspectos, o impacto das ações de salvaguarda desenvolvidas.

Não objetivamos em nosso artigo nos debruçar sobre as ações e as políticas que vêm sendo desenvolvidas no âmbito do PNPI, atendo-se, como já anunciado, à problemática da apropriação e do uso indevido dos bens culturais de natureza imaterial. Conforme pretendemos argumentar, o PNPI, a despeito dos avanços que o programa tem significado para a política patrimonial imaterial, vem encontrando dificuldades no enfrentamento dessa questão, atuando de forma pontual e, por vezes, pouco eficaz, não tendo ainda sido realizado um amplo diagnóstico capaz de apontar caminhos para o delineamento de políticas de proteção mais efetivas, frustrando demandas da sociedade quanto a esse problema, principalmente quando comparado aos efeitos da política de

tombamento dos bens culturais de natureza material<sup>6</sup>.

Nessa perspectiva, dedicaremos o próximo tópico à exposição de alguns casos e situações concretas como forma de ilustrar diferentes facetas em que essa questão se apresenta, buscando refletir sobre a insuficiência do arcabouço legal atualmente existente e de que maneira a construção de arranjos legais e institucionais criativos poderiam constituir, nos limites do realizável, novos parâmetros para a proteção dos bens culturais de natureza imaterial.

### **3. Apropriação e Uso Indevido de Bens Culturais Imateriais**

O capitão da guarda de moçambique Nossa Senhora da Conceição, Sr. Manoel Francisco, ganhador do Prêmio Culturas Populares 2008 da extinta Secretaria da Identidade e da Diversidade Cultural do Ministério do Cultura (MinC), espantou-se ao ver um boleto de cobrança que lhe chegara em casa. A prefeitura de Sete Lagoas havia utilizado uma foto da sua guarda nos carnês de cobrança do IPTU, na qual o Sr. Manoel Francisco aparecia como figura de destaque. Tratava-se, muito provavelmente, de uma homenagem ao capitão que acabara de ser agraciado com o título de Mestre da Cultura Popular.

O fotógrafo, certamente, deve ter recebido pela fotografia, teve o seu nome citado e autorizou aquela utilização. Nada disso ocorreu aos fotografados que não sabiam da existência da foto. Nem mesmo o Sr. Manoel Francisco, em destaque na capa do carnê do IPTU, sequer fora informado de que se tornaria “garoto-propaganda” da municipalidade, e que, em vez de receber por isso, teria que pagar aquele boleto.

O fato parece curioso, não fosse corriqueiro. Em tempos em que quase todos têm uma máquina fotográfica e uma filmadora em seus celulares, impedir a propagação de imagens não autorizadas parece um desafio do tamanho de conter a imensa massa de bytes que trafegam na internet. É claro que quando se faz um uso comercial ou institucional das imagens costuma-se agir com mais cautela e maior segurança jurídica, com a autorização, por escrito ou gravada em vídeo, da pessoa fotografada. Ou então escolhendo uma foto que mostrasse a manifestação cultural sem o *close* em alguns de

---

6 A política de tombamento do Patrimônio Cultural de natureza material implica uma série de restrições quanto ao estado de conservação, a propriedade, a guarda, o uso, a exposição e a circulação dos bens móveis e imóveis tombados, bem como penalidades e multas às infrações observadas. Para mais informações, consultar o Decreto-lei 25 de 30 de novembro de 1937, o Decreto-lei 3.886 de 29 de novembro de 1941 e os artigos 215 e 216 da Constituição Federal de 1988.

seus integrantes. Como é uma expressão cultural que ocorre na rua, em área pública, não haveria, possivelmente, obstáculos jurídicos para o uso livre de fotografias, seja para a promoção do governo municipal ou, tão assustador quanto, para promover grandes marcas comerciais e alavancar a venda de produtos e serviços os mais diversos.

Assim, fotos de expressões culturais tradicionais, como, por exemplo, o Maracatu de Baque Solto, são fartamente utilizadas para vender serviços de entretenimento, pacotes turísticos e passagens aéreas. As cores, os movimentos, a exuberância, tudo parece convergir para ser o escolhido dos marqueteiros. Ganham os publicitários, os vendedores, a indústria do turismo, as companhias aéreas, os cruzeiros. Os Maracatus, é preciso dizer, ficam a ver navios.

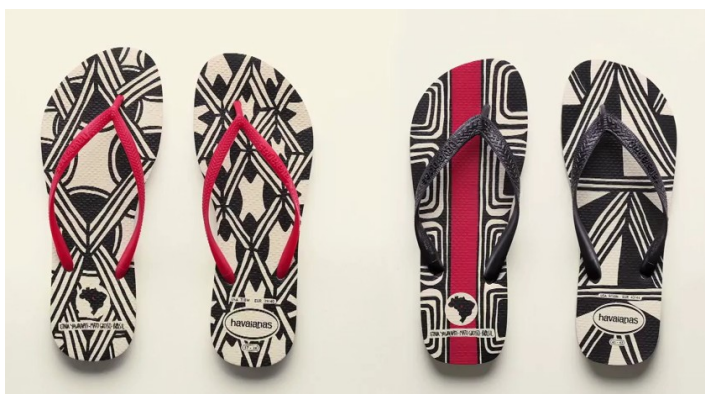
O uso não autorizado de imagens e registros visuais é apenas a ponta do iceberg de um amplo leque de uso comercial e indevido das expressões culturais tradicionais.

A coleção Tribos das Havaianas, em 2015, de chinelos com grafismos indígenas Yawalapiti, causaram polêmica e protestos nas redes sociais. Segundo matéria publicada pelo Jornal El País, a agência de publicidade Almap BBDO, que atende o grupo Alpargatas, fabricante das Havaianas, obteve o direito de uso e de reprodução dos grafismos indígenas para a produção de 10.000 kits promocionais. No entanto, a pessoa que produziu as ilustrações e que assina o contrato, embora pertença à etnia, não é o chefe do grupo, além dos grafismos serem considerados propriedade coletiva de várias etnias do Xingu. Ainda segundo o jornal, o autor dos desenhos teria recebido 7.500 reais pela cessão dos direitos de reprodução das ilustrações, mas ele alega que não sabia que precisava pedir autorização à comunidade, já que os desenhos eram dele, e que ele chegou a ser procurado por representantes de oito etnias para se explicar. O advogado Marco Vendramini, que representa os povos Yawalapiti, avalia a possibilidade de tomar alguma medida jurídica, por entender que contrato é nulo, uma vez que ele não foi firmado da maneira correta e que autor dos desenhos deveria ter sido assessorado por um advogado representante dos direitos dos índios Yawalapiti<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Fonte: [http://brasil.elpais.com/brasil/2015/02/13/politica/1423839248\\_331372.html](http://brasil.elpais.com/brasil/2015/02/13/politica/1423839248_331372.html) Acesso em 13/06/2016.

### Imagem 1: Coleção Tribos Havaianas<sup>8</sup>



Nessa mesma direção, também temos o caso das sandálias Ipanema com grafismos dos índios Kisedjê, fabricada pela Grendene, que destinava parte da renda com a venda das sandálias para o projeto socioambiental *Y Ikatu Xingu* (Salve a Água Boa do Xingu, na língua Kamayurá) e que cuja campanha internacional, lançada no Brasil em 2006 e na Europa em 2007, misturava elementos de diferentes povos para caracterizar a protagonista da peça de marketing, a modelo Gisele Bündchen, como indígena. Segundo matéria publicada pela revista Exame, o responsável pelo marketing da Grendene afirmou, à época, que assim que o produto foi lançado no Brasil as vendas teriam sido 40% superiores às da antiga Ipanema Gisele Bündchen no mesmo período do ano anterior, o que levou aos executivos da Grendene a partirem para uma ofensiva de marketing mais robusta no mercado internacional, acreditando terem encontrado o produto certo com o “apelo” certo<sup>9</sup>.

### Imagem 2: Peça Publicitária Grendene *Y Ikatu Xingu*<sup>10</sup>



8 Fonte: <http://www.havaianomaniacos.com.br/2015/01/projeto-havaianas-tribos.html> Acesso em 13/06/2016.

9 Fonte: <http://exame.abril.com.br/revista-exame/edicoes/888/noticias/nos-passos-das-havaianas-m0123997> Acesso em 13/06/2016.

10 Fonte: [http://www.explorergirls.com/Grendene\\_Gisele\\_Bundchen\\_Sandals](http://www.explorergirls.com/Grendene_Gisele_Bundchen_Sandals) Acesso em 20/06/2016.



Ao que parece, diferentemente da coleção Tribos Havaianas, a campanha da Grendene com os índios, mesmo tendo sido alvo de críticas, não foi objeto de maiores polêmicas, tendo a empresa agido com maior cautela e segurança jurídica ao buscar a intermediação do Instituto Socioambiental<sup>11</sup> no estabelecimento da parceria com os povos indígenas e ao destinar a parte da renda obtida com a venda das sandálias a um projeto coletivo que beneficia todos as etnias do Xingu. Após a exitosa e lucrativa campanha que logrou à empresa firmar as sandálias Ipanema no mercado internacional, o produto saiu de linha, cessando a fonte de recursos que era revertida para o projeto socioambiental.

Grafismos indígenas também são utilizados em adesivos para personalizar carros, em embalagens de cosméticos, em estampas pela indústria da moda, não apenas em função do seu conteúdo estético, mas também para agregar valor à marcas comerciais nacionais e internacionais, por meio de produtos e campanhas que se autointitulam sustentáveis, *eco-friendly*, em sintonia com a valorização da diversidade e de movimentos e processos de certificação como o *Fashion Positive* e o *Cradle to Cradle*<sup>12</sup>. Observa-se, ainda, o uso frequente de expressões culturais tradicionais, cuja contribuição é disfarçada sob a forma de eufemismos como “referência”, “inspiração”, “releitura” e “homenagem”<sup>13</sup>.

---

11 O Instituto Socioambiental (ISA) é uma Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSICIP) que atua na defesa dos direitos indígenas e das comunidades tradicionais desde de 1994. Para mais informações, conferir <https://www.socioambiental.org/pt-br> Acesso em 13/06/2016.

12 *Fashion Positive* (Moda Positiva) é um movimento internacional que visa promover mudanças positivas na indústria da moda, por meio da adoção de boas práticas em toda a cadeia produtiva do setor e da adesão a protocolos de certificação como o *Cradle to Cradle* (Do Berço ao Berço), ancorado em cinco categorias de sustentabilidade: segurança dos materiais, reutilização de materiais, energias renováveis, proteção da água e justiça social. Para mais informações, conferir: <http://www.c2ccertified.org/resources/collection-page/cradle-to-cradle-certified-resources> Acesso em 20/06/2016.

13 Vale destacar que, mesmo nos casos em que essas não possam ser enquadradas como simples reprodução, ela poderiam ser consideradas como uma espécie de “obra derivada” (obra baseada em obras preexistentes), conforme disposto na Lei de Direitos Autorais.

**Imagem 3: Coleção de Verão de 2016 do Estilista Cavallera<sup>14</sup>**



---

<sup>14</sup> Coleção “inspirada” no *Kene*, pintura corporal símbolo do misticismo e da espiritualidade dos índios Yawanawás do Acre. Foto: Backstage do Cavallera, São Paulo Fashion Week. Fonte: <http://www.cavallera.com.br/blog/tag/alberto-hiar/> Acesso em 13/06/2016.

**Imagem 4: Coleção de Verão de 2016 da Estilista Helô Rocha<sup>15</sup>**



Frente ao exposto, convém registrar que não se pretende defender a posição de que as comunidades tradicionais deveriam ser impedidas de firmar contratos comerciais ou de estabelecer parcerias seja com o setor público ou privado da indústria cultural, proposição que violaria tratados internacionais e prerrogativas legais que asseguram a essas comunidades seu direito à autogestão. Ou ainda que o debate em torno da sustentabilidade, do comércio justo e da positivação de direitos por parte do setor empresarial sejam necessariamente mera demagogia ou casos de *greenwashing*<sup>16</sup>. Intenta-se aqui tão somente indicar que a não fixação de limites e a completa ausência de marcos regulatórios para o uso do patrimônio cultural imaterial das comunidades tradicionais por parte de terceiros, quer autorizado ou não autorizado, nos parece ser o grande problema a ser enfrentado. Num contexto em se observa a existência de uma verdadeira sanha pelo uso indiscriminado de expressões culturais tradicionais, o registro dessas expressões como patrimônio cultural é uma política que precisa ser analisada

---

15 Coleção “inspirada” nos “Orixás da Bahia, crença do candomblé e o axé”, nos dizeres da estilista. Foto: Desfile Têca por Helô Rocha. São Paulo Fashion Week/2016. Fonte: <http://ffw.com.br/desfiles/sao-paulo/verao-2016-rtw/teca/1496753/colecao/20/> acess em 20/06/2016.

16 *Greenwashing* (lavagem verde, em português) é uma expressão que vem sendo utilizada para tipificar as ações ou estratégias de marketing que buscam criar uma imagem pública positiva acerca do grau de responsabilidade ambiental por parte de marcas, empresas, produtos, pessoas e organizações, mas que, na realidade, objetivam ocultar ou desviar a atenção dos impactos ambientais negativos gerados.

criticamente. O grafismo Wajãpi, por exemplo, registrado em 2002 como Patrimônio Cultural Imaterial do Brasil, ficou, desde então, mais protegido ou mais sujeito ao uso indevido/não autorizado?

Os exemplos poderiam continuar, envolvendo não só a imagem e as expressões gráficas de uma comunidade tradicional, como também suas expressões musicais, coreográficas, seus textos sagrados, sua artesanaria, sua arquitetura, seus trajes e indumentárias, suas formas de expressão e tudo o mais que, compondo o patrimônio cultural de uma comunidade, são retiradas do seu contexto para uso comercial, pela indústria cultural e também pela indústria não cultural, a exemplo da indústria farmacêutica e seu interesse nos conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético<sup>17</sup>.

Há ainda uma série de problemas relacionados ao uso indevido e desrespeitoso que atentam contra a dignidade dessas comunidades, envolvendo questões que vão desde o cometimento de crimes previstos em lei como racismo, injúria racial, incitação à violência e ofensa moral, mas que também abarcam outras situações nem sempre passíveis de tipificação como crime ou de interdição expressa.

As polêmicas em torno do Ofício das Baianas do Acarajé, registrado em 2005 como Patrimônio Cultural Imaterial do Brasil, são bastante ilustrativas a esse respeito. Em 25 novembro de 1998, o prefeito de Salvador/BA, uma das cidades berço desse ofício ancestral, editou o Decreto Municipal 12.175 estabelecendo regras quanto à localização e funcionamento do comércio informal exercido pelas baianas de acarajé e de mingau em logradouros públicos. Entre as regras estabelecidas estava a obrigatoriedade do uso de vestimenta típica de acordo com a tradição da cultura afro-brasileira mas, diante da falta de fiscalização e de punição por parte da prefeitura, a edição do decreto não foi capaz de impedir o crescimento da ofensiva evangélica em comercializar o acarajé, iguaria vinculada à cultura do candomblé, como “bolinho de Jesus”.

No final do ano de 2000, uma evangélica ganhou o concurso “Acarajé de Ouro” que tinha como objetivo eleger a melhor quituteira da cidade na modalidade, causando forte indignação, principalmente entre os candomblecistas. A polêmica acabou motivando a

---

17 Não abordaremos, nesse artigo, os conhecimentos relacionados ao patrimônio genético, joia da coroa da indústria farmacêutica que, pelas suas características e complexidade, demandaria um esforço de análise específico que se afastaria do que é comumente considerado expressões do patrimônio cultural imaterial, fugindo do tema do Grupo de Trabalho. Considera-se, contudo, que a alusão interconecta-se ao tema do artigo e corrobora nossos argumentos.

Associação Nacional das Baianas de Acarajé, juntamente a outras entidades ligadas à preservação da cultura negra, a entrarem com o pedido de registro do ofício, reconhecido no ano de 2005 como Patrimônio Cultural Imaterial do Brasil. Após o título, foram editadas portarias e impetradas ações na justiça para fazer valer a obrigatoriedade do uso da vestimenta tradicional. Embora tendo se constituído como medidas de proteção importantes, sua eficácia foi apenas relativa e a presença dos “bolinhos de Jesus” nas ruas de Salvador ainda persiste, assim como também são frequentes outros tipos de situações relacionadas a problemas como descaracterização, uso indevido e intolerância religiosa, não apenas em Salvador, mas em todas as cidades em que se observa a existência desse ofício.

Recentemente a Sra. Beatriz Moreira Costa, Mãe Beata de Iemanjá do terreiro Ilé Omiojúârò, no município de Nova Iguaçu/RJ, veio a público manifestar sua indignação com uso da palavra “acarajé” para nomear a 23ª fase da investigação da Polícia Federal contra crimes de corrupção, conhecida como *Operação Lava Jato*. A eminente Yalorixá manifestou suas críticas por meio de uma carta, publicizada no site oficial do seu terreiro, que circulou intensamente pelas redes sociais, em blogs e na imprensa<sup>18</sup>.

Outro caso recente que gerou protestos nas redes sociais envolveu a abertura de um Bistrô vegetariano, em Brasília/DF, chamado Café Oyá, orixá para quem o acarajé é ofertado no candomblé. O Bistrô comercializa em seu menu uma versão vegetariana do prato, descrita em seu cardápio como “almoço do bem”, o que foi interpretado pelos adeptos das religiões de matriz africana como uma ofensiva contra o sacrifício de animais presente na ritualística dos povos de terreiro, prática alvo frequentemente envolvida em episódios de flagrante intolerância religiosa.

São inúmeras e de natureza diversa as polêmicas que envolvem o uso indevido e desrespeitoso do acarajé o que, por si só, já demonstra a fragilidade do registro e do PNPI como instrumento de proteção dos bens culturais imateriais registrados. Nem por isso pode-se perder de vista que a situação poderia ser ainda mais dramática caso essas ações e políticas não existissem, tendo, por exemplo, o título de Patrimônio Cultural

---

18 A referida carta se inicia com os seguintes dizeres: “*Eu, Beatriz Moreira Costa, Mãe Beata de Iemanjá, é com pesar que vejo dia a dia como a questão cultural no Brasil está piorando. Que País é esse Olorum? A que ponto chegamos? Dar o nome do saboroso e sagrado ACARAJÉ a uma ação policial contra as falcatruas e ladroeiros promovida por elementos vis e perversos que não merecem ser comparados à palha que tiramos do feijão para fazer o acarajé, quanto mais ao ACARAJÉ*”. Versão integral disponível em <http://www.ileomiojuaro.com.br/carta-mae-beata-de-iyemonja-as-autoridades-sobre-o-uso-da-palavra-acaraje/>. Acesso em 13/06/2016.

Imaterial do Brasil se mostrado relevante para que as baianas de Salvador ganhassem ações na justiça proibindo a venda do acarajé sem o uso da vestimenta tradicional, bem como para que as elas pudessem exercer o direito de comercializar o acarajé durante a última edição da Copa das Confederações e da Copa do Mundo, sediados no Brasil<sup>19</sup>.

No ano de 2014, tivemos oportunidade de acompanhar as atividades do Comitê Gestor de Salvaguarda do Frevo e eram constantes os reclames contra a apropriação e o uso banalizado de imagens e de símbolos do frevo<sup>20</sup>. No Estado de Pernambuco, berço dessa tradição, o frevo é ostensivamente utilizado para se vender pacotes turísticos, gêneros alimentícios, artigos de moda e vestuário, eletrodomésticos, chegando-se ao ponto de existir marca de cerveja, suco em pó, água mineral e refrigerante *Frevo* e título de capitalização de nome *Frevocap*. Causava estranheza aos detentores do frevo que possuíam assento no Comitê o fato do bem ter sido reconhecido como Patrimônio Cultural Imaterial do Brasil, em 2007, e como Patrimônio Imaterial da Humanidade pela Unesco, em 2012, não ser suficiente para impedir o uso comercial não autorizado, sendo, ao contrário, utilizado de modo ostensivo e banalizado. À época tal reclame não foi formalizado junto aos órgãos e agentes públicos que atuam na salvaguarda do bem registrado, mas caso o fosse, quais medidas poderiam ser efetivamente tomadas? Quais os instrumentos legais, atualmente vigentes, poderiam proteger, não apenas o Frevo, mas o conjunto de bens culturais imateriais de um uso imoral, indevido, ou não autorizado? Seriam eles suficientes?

---

19 Em 2012 as baianas de acarajé protagonizaram diversos protestos contra a possibilidade de proibição da venda de acarajé nas ruas de Salvador e na arena Fonte Nova durante a realização da Copa das Confederações, em 2013, e da Copa do Mundo, no ano de 2014, em função da Lei 12.663/2012 que ficou conhecida como Lei Geral da Copa. A referida lei proibia a presença de ambulantes ou qualquer outro vendedor em um raio de dois quilômetros dos estádios, sem autorização da FIFA (Fédération Internationale de Football Association). Após os protestos, a FIFA acabou recuando, permitindo a presença de um número reduzido de baianas de acarajé em espaços previamente definidos.

20 Esse acompanhamento se deu em função da realização de uma consultoria junto à Superintendência Estadual do Iphan em Pernambuco, relativa ao “Projeto 914BRZ4012 – Difusão da Política do Patrimônio” da Unesco.

**Imagem 5: Produtos da Marca de bebidas Frevo<sup>21</sup>**



**Imagem 6: Logomarca Frevocap<sup>22</sup>**



#### **4. Instrumentos Legais de Proteção das Expressões Culturais Tradicionais e Divagações Sobre Direitos Análogos no Ordenamento Jurídico Brasileiro**

O uso de imagens e de expressões artísticas e culturais dos povos indígenas é regulado pela Portaria n°. 177/2006 da Fundação Nacional do Índio (Funai) que, expressando a história de tutelamento da instituição e repetindo regulamentações anteriores, estabelece, entre outros pontos, a necessidade de autorização do órgão

21 Fonte: <http://www.frevo.com.br/> Acesso em 20/06/2016.

22 Fonte: <https://twitter.com/frevocap> Acesso em 20/06/2016.

federal para reportagens jornalísticas e pesquisas, e prevê assistência da Funai, se solicitada, para autorizar contratos de cessão de direitos autorais e de direitos de imagem indígenas, 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 (Art. 1º).

Cabe-nos analisar um pouco mais profundamente os dois pilares a que se volta a proteção das imagens e do patrimônio cultural indígena nesta Portaria da Funai: os direitos autorais e o direito de imagem, começando por este último.

O direito de imagem, no Brasil, embasa-se no quinto artigo, inciso X, da Constituição Federal, e no artigo 20 do Código Civil, não havendo leis ou decretos que regulamente este direito mais pormenorizadamente. Diz-nos a hermenêutica jurídica e a jurisprudência tratar-se de um direito personalíssimo que protege o indivíduo de um uso não autorizado de sua imagem, especialmente se lhe atingir a respeitabilidade ou for destinado a fins comerciais. A imagem, no caso, não se esgota no registro fotográfico ou audiovisual de alguém, mas também pode abranger sua voz, sua silhueta ou qualquer outro traço característico, que permitam reconhecer o indivíduo especificamente. A proteção à imagem se dá tanto no plano moral, para proteger a honra do indivíduo, como no plano comercial, possibilitando por exemplo as transações milionárias entre as emissoras de televisão e seus atores, apresentadores, jogadores e times de futebol.

Mesmo as escolas de samba, uma das detentoras do patrimônio do samba do Rio de Janeiro e de São Paulo, auferem dividendos com a venda dos direitos de imagem à Rede Globo, ou ao menos é o que ocorre com as escolas de samba do grupo especial. A Globo, por sua vez, vende os direitos de transmissão a outras emissoras e canais de TV a cabo de diversos outros países.

Apesar da característica abrangedora do direito de imagem, tal direito mostra certa inadequação para a proteção do patrimônio cultural imaterial. O fato de ser um direito personalíssimo faz com que só possa ser exigido pelo indivíduo que se sentiu lesado, e não como uma espécie de dano moral coletivo, com o que poderia ser invocado por terceiros que não aqueles diretamente prejudicados. Além disso, a jurisprudência mais consolidada refere-se às brigas judiciais entre celebridades e paparazzi, buscando um equilíbrio entre direito de imagem e direito à informação. A oposição entre o público e privado, transforma-se, sob o ângulo do direito de imagem, no direito à privacidade, por



um lado, e à remuneração pelo uso comercial, de outro, com o que não se mostra muito adequado à proteção de direitos coletivos de imagem.

Tal inadequação é, na verdade, fundamento do direito ocidental, baseado essencialmente na figura do indivíduo. Dela decorrem, igualmente, as dificuldades em usar o direito autoral para a proteção das expressões culturais tradicionais.

O direito autoral é parte dos direitos culturais previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que prevê em seu Artigo XXVII, 2: “Todo ser humano tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica literária ou artística da qual seja autor”.

Pensado para proteção dos direitos de artistas, compositores, escritores e cientistas sobre suas “criações do espírito”, bem como o *copyright* das editoras frente a outras editoras, os direitos autorais se constituíram historicamente como as engrenagens pelas quais se movem as indústrias de livros, de espetáculos, de música e posteriormente até mesmo a indústria de softwares, programas e jogos de videogame e de computador<sup>23</sup>.

Sigamos por partes: o que é protegido pelo direito autoral?

O direito autoral tem por objeto a obra artística ou intelectual. Conforme dispõe a Lei 9.610/1998, para serem assim consideradas, as obras precisam cumprir dois requisitos básicos: a) encontrarem-se “expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível” e b) serem “criações do espírito”, ou seja, a expressão artística ou intelectual é, necessariamente, criativa. Tal proteção independe de registro, que é facultativo.

O sujeito do direito é o autor da obra, que sobre ela possui direitos morais e direitos patrimoniais. Entre os direitos morais encontram-se os referentes a ter o autor o nome citado junto à obra, manter a obra fora de circulação ou mesmo retirá-la de circulação se houver, por meio da utilização daquela obra, afronta à sua reputação e imagem. Esse último foi o caso, por exemplo, de Roberto Carlos que, por convicções religiosas, proibiu a circulação de seu sucesso Quero que vá tudo pro inferno.

O direito patrimonial sobre a obra se fundamenta no direito de exclusividade na exploração econômica da obra criativa, ou seja, somente o autor pode autorizar o uso,

---

<sup>23</sup> Os programas de computador, embora protegidos por direito autoral, possuem uma legislação específica, na forma da lei 9.609/1998, e não serão abordados nesse artigo. De toda forma, ilustram como uma demanda empresarial e internacional por proteção de programas de computador encontrou abrigo na legislação autoral, eis que as instruções em linguagem de código foram consideradas equivalentes a um texto artístico ou científico.

comercial ou não, de sua obra. Essa exclusividade perdura por todo o tempo de vida do autor e se prolonga por 70 anos após a sua morte. Tal patrimônio, que pertence ao autor e a seus herdeiros, pode ser transferido a outrem, por meio da cessão dos direitos, que é o instrumento usualmente empregado pela indústria cultural. Se o autor cede seus direitos patrimoniais a uma editora, por exemplo, por todo o tempo da sua vida, mais o período de 70 anos após a sua morte, qualquer utilização da obra (reprodução, divulgação, tradução, interpretação, radiodifusão etc) necessitará de autorização prévia e expressa do titular dos direitos autorais, que passou a ser a editora. Após esse período, a obra entra em domínio público, ou seja, passa a ser de uso livre, mas atentando-se a certos limites. No domínio público os direitos patrimoniais caducaram, mas os direitos morais continuam vigentes, ou melhor, pelo menos dois deles, o de autoria e o de manter a integridade da obra, cuja defesa passa a ser responsabilidade do Estado (art. 24 §2º).

Vale lembrar que, mesmo a obra estando em domínio público não necessariamente é livre a reprodução ou utilização do suporte da obra. Além dos direitos autorais a legislação autoral abarca os direitos conexos ao autoral, conferindo proteção também ao intérprete da obra (como atores e cantores), ao fonograma e à radiodifusão. Assim, a obra de Machado de Assis está em domínio público, mas o livro, com suas especificidades de escolha da fonte, editoração, projeto gráfico, revisão das normas ortográficas, etc, é também protegido por direitos, o que impede, por exemplo, a sua reprodução integral. As sinfonias de Villa Lobos estarão em domínio público em 2030, mas não se pode copiar um CD do compositor porque aquele fonograma é protegido. Essa proteção tem validade de 70 anos após a gravação, à transmissão ou à interpretação, conforme o caso. Logo, somente as gravações de músicas de Villa Lobos realizadas enquanto ele estava vivo é que poderão, em 2030, ser livremente utilizadas, reproduzidas, copiadas, independentemente de autorização.

Percebe-se assim que há muitos direitos conferidos aos autores, aos intérpretes e às empresas que operam as cadeias culturais. Tal profusão de direitos, exigindo-se uma autorização prévia e expressa de cada titular de direitos, individualmente, comprometeria a própria existência da indústria cultural não fosse a forma de gestão coletiva de direitos, feita por entidades específicas para esse fim.

A primeira entidade de gestão coletiva de direitos autorais no Brasil é a Sociedade

Brasileira de Autores Teatrais - SBAT, fundada por Chiquinha Gonzaga em 1917 para gerir os direitos dos autores das peças encenadas nos teatros, e que onze anos depois também passou a arrecadar os direitos de execução pública de músicas nas rádios, tarefa que a partir de 1973 ficaria a cargo do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD. A gestão coletiva de direitos autorais permite, por exemplo, que emissoras de rádio e TV paguem um valor definido, mensalmente, como o que ficam as rádios e TVs autorizadas a utilizar qualquer música que desejem, cabendo ao ECAD, no caso, repartir o dinheiro arrecadado entre os titulares de direitos autorais e conexos, utilizando técnicas de amostragem como critério de repartição. Além da radiodifusão, o ECAD arrecada as execuções públicas de músicas, como festas, shows, música ao vivo, música ambiente ou mesmo televisões em bares, restaurantes e consultórios médicos.

Como poderíamos pensar a proteção das expressões culturais tradicionais sob a ótica da legislação autoral?

Parece-nos claro que as expressões culturais poderiam ser consideradas “criações do espírito” seja por conterem evidente conteúdo intelectual e criativo, seja pela semelhança que apresentam com as expressões artísticas ao usarem dos mesmos suportes textual, musical, coreográfico, visual, etc. Considerando-se a abrangência da lei autoral ao delimitar o raio de obras protegidas, dever-se-ia incluir as expressões tradicionais como uma delas.

O imbróglio se dá então na atribuição da autoria, já que tais expressões geralmente foram criadas há muito tempo e se desconhece o autor originário ou, mais comumente, a tradição é uma multiplicidade de vozes em que é impossível identificar as contribuições individuais. Se considerarmos a criação como sendo de um autor desconhecido, a Lei de direitos autorais é ambígua ao dizer no art. 45 que ela pertence ao domínio público, e estabelecer no art. 40 que, na falta de um autor definido, os direitos patrimoniais serão de quem publicar a obra. Assim, teríamos a situação curiosa de que a obra esteja em domínio público somente enquanto não for publicada<sup>24</sup>.

Vale lembrar, nesse sentido, sobre o funcionamento de uma expressão cultural tradicional e patrimônio cultural brasileiro, o samba, frente à legislação autoral. Como nos apresenta Vaz, a gravação da música “‘Pelo telefone’ é a cesura definitiva que separa o samba – enquanto expressão cultural tradicional – do samba enquanto gênero musical,

---

24 Seja pela ambiguidade da lei, seja pelos direitos autorais e conexos que ficam garantidos ao editor, impedindo a reprodução da obra mesmo que de domínio público.

cuja criação singular passava a ser objeto de apropriação privada, portanto, capaz de gerar uma remuneração para o seu autor” (2012:254). Por conseguinte, a gravação do que ficou conhecido como o primeiro samba gravado gerou brigas e polêmicas entre diversos frequentadores da roda de samba, que reconheciam como seus alguns dos versos dessa música. Foi Sinhô, que reivindicava parte da autoria de “Pelo telefone”, quem, ao ser interpelado por outro autor pela usurpação de versos, soltou que “Samba é que nem passarinho, é de quem pegar primeiro”.

Antes que as expressões culturais tradicionais sejam caracterizadas como uma revoada de passaredos, ao alcance de qualquer caçador, retornemos à busca pelo nosso autor criativo. Suponhamos que uma comunidade tradicional tenha registrado todos os nomes de seus descendentes, e queira registrá-los todos como coautores da expressão tradicional. Nesse caso, a obra não estaria necessariamente em domínio público. Por mais que o autor mais antigo tenha morrido há muito tempo, muito mais que o prazo de 70 anos definidos na lei, a obra em coautoria renderia direitos patrimoniais considerando a morte do último coautor que tenha contribuído criativamente com a formação daquela obra. Mas isso somente caso se consiga provar em juízo que é possível fazer uma obra criativa ao longo de gerações.

Parece-nos que a lei autoral é elaborada sobre uma premissa fundante de que o indivíduo, como ser pensante e subjetivo, cria obras como expressão de sua personalidade, mas bebendo da fonte da tradição, que seria o domínio público.

As expressões artísticas e culturais, à medida que vão perdendo o ineditismo e ficando muito antigas, vão perdendo o valor comercial e vão sendo assim incorporadas ao patrimônio cultural comum.

Ao mesmo tempo, a lei de direitos autorais, no art. 45, faz uma separação entre o domínio público e “conhecimentos étnicos e tradicionais”, com o que exclui as expressões culturais tradicionais de dentro do domínio público, ressalvando que serão objeto de uma outra lei, específica, ainda inexistente.

Assim, a lei de direitos autorais, que inicialmente parecia adequada quanto aos objetivos demandados e aos mecanismos existentes para garantir direitos coletivos às coletividades criativas, mostra-se inadequada para proteger o patrimônio cultural. Vale uma exceção, que é o já mencionado art. 24, §2, de que “Compete ao Estado a defesa da integridade e autoria da obra caída em domínio público”. Certamente tal dispositivo

legal confere uma competência ao Estado que se desconhece se alguma vez foi exercida.

Assim como a legislação de direitos autorais, também a de propriedade industrial apresenta importantes princípios, objetos de proteção e mecanismos legais que poderiam nos exemplificar soluções legais para problemas concretos assemelhados.

Outrossim, a Lei 9.279/1996 refere-se não só a patentes, mas também à indicações geográficas, ao uso indevido de nomes e marcas, à proteção de segredos comerciais e dados confidenciais. Será que tal legislação, voltada a manter um ambiente concorrencial respeitoso e que não busque enganar o consumidor, não poderia garantir a correta indicação geográfica das manifestações culturais quando de seu registro e divulgação? Ou evitar o uso de nomes consagrados referentes ao universo cultural, como proibir o uso do nome “Frevo” em títulos de capitalização, ou de “Acarajé” para operações policiais, ou o uso de nomes de etnias como marcas, tal como ocorre nas “Lojas Kalunga” ou na “Orquestra Tabajara”? Ou, ainda, coibir a divulgação ampla e irrestrita de segredos religiosos ou conhecimentos repassados somente a iniciados, sendo considerados equivalentes a segredos comerciais?

Novamente, encontramos problemas na aplicação desta lei a expressões culturais estranhas ao seu escopo. Quanto às indicações geográficas, por exemplo, elas precisam ser registradas previamente no Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI, e constituem processo burocrático complexo. O mesmo ocorre quanto ao registro de nomes e marcas, que deve especificar o produto ou serviço a que está relacionado, embora o que seria necessário quanto ao patrimônio cultural seria uma proteção especial na forma da existente para as “marcas notoriamente conhecidas”, que veda a utilização daquele nome ou marca mesmo para outros produtos e serviços. Assim como não se pode fazer um título de capitalização ou uma operação policial chamada “Coca-Cola”, não se poderia usar “Frevo” ou “Acarajé” para esses fins. Por fim, a proibição de divulgação, exploração ou utilização, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais se restringe a dados utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, e cujo acesso tenha ocorrido mediante relação contratual ou empregatícia.

Assim, a utilização da Lei de propriedade industrial para proteção do patrimônio cultural só seria possível, se muito, de forma analógica.

Ao mesmo tempo, as legislações sobre direito de imagem, direitos autorais e

propriedade industrial, ao conferirem fortes garantias ao indivíduo, sobre seu nome, sua imagem e suas criações, bem como às indústrias, suas marcas, seus documentos e suas patentes, nos apontam a legitimidade de que se confirmem direitos semelhantes às coletividades criadoras assim entendidas as comunidades tradicionais, com seus nomes, sua localização geográfica, suas expressões, suas imagens e conhecimentos. A nosso ver, tal inovação legislativa não contrariaria as disposições constitucionais sobre a proteção e promoção do patrimônio cultural, pelo contrário, complementaria as leis e políticas existentes, oferecendo soluções para problemas ainda não solucionados pelas leis e políticas em vigor, ao mesmo tempo fortalecendo os direitos das comunidades sobre as expressões culturais que lhes são próprias.

Tal é o entendimento consolidado nas organizações internacionais que tratam desses temas, a Unesco e a OMPI, que em 1982 divulgaram um documento conjunto com um modelo de lei nacional para se garantir a proteção às expressões culturais tradicionais. A Convenção da Unesco sobre a Promoção e Proteção da Diversidade das Expressões Culturais também corrobora a criação de instrumentos legais de proteção cultural, embora a elaboração de um tratado internacional sobre o tema, há décadas em discussão e elaboração no âmbito da OMPI, não ter data prevista para sair. Porquanto seja de grande interesse dos países em desenvolvimento, mormente aqueles ricos em diversidade cultural e com um extenso patrimônio cultural, a iniciativa enfrenta resistências dos países desenvolvidos, onde uma próspera indústria cultural não quer que direitos de terceiros interfiram na exploração de obras artísticas e culturais até então consideradas de domínio público.

Não obstante, se a ausência do tratado internacional dificulta as garantias legais da exploração comercial de expressões culturais tradicionais dentro das cadeias multinacionais de produção cultural, não impede por outro lado que os Estados nacionais promulguem suas próprias leis que ao menos estabeleçam direitos coletivos no que concerne ao seu território.

Dessa forma, consta na meta 4 do Plano Nacional de Cultura brasileiro a determinação na formulação, aprovação e regulamentação de lei de proteção aos conhecimentos e expressões tradicionais, como parte da política nacional de proteção e promoção da diversidade cultural.

Considerando que a criação desta legislação é um imperioso lógico, ético, político e

econômico, mais que acompanhar e refletir sobre o processo, caberia à comunidade acadêmica contribuir com sua expertise na orientação desta construção legal.

Em primeiro lugar, cabe definir os sujeitos de direitos. Garantida a proteção aos criadores individuais por meio dos direitos autorais e a proteção do patrimônio cultural comum por determinação constitucional, caberia ao novo marco legal ocupar o vazio normativo referente aos sujeitos coletivos criadores, conferindo assim direitos coletivos aos grupos, comunidades e povos sobre suas expressões culturais, com o que se preencheria assim, com justiça, o continuum, que vai da criação individual, na qual recaem direitos individuais, ao patrimônio cultural comum, objeto de direitos difusos. Dentre o universo das expressões culturais tradicionais, a lei poderia definir aquelas objeto de proteção legal pela caracterização a) do objeto da proteção; ou b) pelo sujeito de direitos. A definição pelo objeto, por sua vez, traz duas possibilidades. Ou se define a expressão cultural tradicional por suas características mais amplas, gerais e inerentes, a exemplo da legislação autoral ao definir genericamente a obra intelectual, permitindo tantas interpretações quanto a jurisprudência assim o permite; ou atrelando essa definição à exigência de registros e “chancelas” de políticas de patrimônio cultural, com o que se aproximaria da propriedade industrial. A delimitação da proteção legal pelo sujeito, por outro lado, debruça-se não na caracterização da expressão, mas na dos sujeitos coletivos na qual essa expressão acontece e se reatualiza ao longo do tempo. Caso essa fosse a opção, uma alternativa existente seria utilizar-se da definição de povos e comunidades tradicionais trazida nos decretos federais 6.040/2007 e 8.750/2016, incluindo povos indígenas; comunidades quilombolas; povos e comunidades de terreiro/povos e comunidades de matriz africana; povos ciganos; pescadores artesanais; extrativistas; extrativistas costeiros e marinhos; caiçaras; faxinalenses; benzedeiros; ilhéus; raizeiros; geraizeiros; caatingueiros; vazanteiros; veredeiros; apanhadores de flores sempre vivas; pantaneiros; morroquianos; povo pomerano; catadores de mangaba; quebradeiras de coco babaçu; retireiros do Araguaia; comunidades de fundos e fechos de pasto; ribeirinhos; cipozeiros; andirobeiros; e caboclos.

Tal lista, quer seja considerada ou não exaustiva, já nos apresenta a diversidade e a complexidade dos novos sujeitos de direitos, cuja participação ativa na construção do instrumento legal é um aspecto imperioso, inescapável e imprescindível, e não só na elaboração da lei como também na sua implantação, monitoramento, avaliação e

alterações contínuas, tendo domínio sobre todo o ciclo da política pública.

Uma vez definidos pelos povos e comunidades tradicionais a forma de abordagem que melhor lhes atendam, cabe estabelecer os direitos.

Alguns dos direitos basilares seriam o direito à correta indicação do nome da expressão, do nome da comunidade detentora e da localização geográfica. O direito à integridade da expressão também merece acolhida, eis que se já aplica, como vimos, a todas as expressões culturais em domínio público. Outros direitos como o de manter a expressão em segredo, inédita, sob sigilo ou retirar de circulação também poderiam figurar no rol de direitos morais dos grupos tradicionais. Se os direitos morais extrapolassem o âmbito usualmente abarcado pela lei autoral e incorporassem princípios da propriedade industrial, também dentre eles poderia subjazer a restrição ao uso de nomes de manifestações culturais e de comunidades tradicionais por terceiros estranhos a essas comunidades. Tal dispositivo legal daria guarida a soluções jurídicas para alguns dos problemas apontados neste artigo como exemplos de uso indevido de nomes.

Afora os direitos morais, cabe também às coletividades detentoras de expressões culturais tradicionais os direitos patrimoniais sobre a utilização destas expressões, ao que a nova legislação deveria estabelecer as formas de exercício deste direito. Por ser de propriedade coletiva, parece-nos claro que um representante dessa coletividade possa autorizar o uso dessa expressão, mas nunca ceder totalmente os direitos sobre essa expressão. Ademais, por definição, a proteção à tradição cultural não pode ser limitar a um prazo prescricional, com o que, diferentemente da patente e da criação artística ou científica, o bem cultural poderia render *royalties* indefinidamente no tempo. Mas ainda cabem muitas dúvidas. Se a coletividade criadora fosse desconhecida ou extinta, tal direito seria exercido pelo Estado, pelas demais comunidades tradicionais, ou voltaria aí sim ao domínio público? Quais as limitações legais haveria ao direito coletivo sobre expressões tradicionais? Seria permitido, por exemplo, independentemente de autorização prévia e expressa, o uso não-comercial? O uso para pesquisas e registros? O uso por outras famílias, outros grupos ou mesmo outras comunidades tradicionais?

As discussões também precisariam se aprofundar sobre a gestão coletiva desses direitos. Ela é possível? É desejável? Suponhamos que seja criado um fundo, de depósito compulsório quando da utilização de expressões culturais tradicionais, gerido por um conselho, a exemplo do Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa dos



Direitos Difusos. Por um lado, é possível reunir, num conselho, tanto a expertise técnica e jurídica necessária para o exercício destes direitos, quanto uma representatividade satisfatória dos grupos envolvidos, com o que se estabeleceriam parâmetros mínimos de utilização e de remuneração pelo uso das obras. Por outro lado, a gestão coletiva de direitos tradicionais, se espelhada no que ocorre na seara musical, poderia representar um foco exclusivo nos direitos remuneratórios, substituindo na prática a necessidade de autorização prévia e expressa por uma tabela de valores. Com isso os titulares perdem o controle efetivo sobre a utilização da obra, inclusive para exercer seus direitos morais. Nada impede, porém, que se faça um arranjo misto, ou outra configuração peculiar que atenda às especificidades próprias do objeto de proteção e dos novos sujeitos de direito, até onde permitam a criatividade, a diversidade, a executabilidade, a eficácia. A gestão coletiva de direitos autorais nos mostra que, garantidos os direitos, é possível estabelecer uma sistemática de fiscalização e cobrança e, por meio de critérios preestabelecidos, técnicas de estatísticas e amostragem, e vasta informação em base de dados, fazer com que esses *royalties* retornem, até onde as informações permitem, aos legítimos titulares de direitos. A complexidade envolvida na atribuição de autoria se transforma, assim, em limitação técnica, contornável por outros instrumentos como a amostragem, a ampliação da base de dados, o desenvolvimento de dispositivos tecnológicos etc<sup>25</sup>.

A complexidade da proteção a expressões culturais tradicionais ganha assim outra forma ao se explicitarem as questões essenciais, bem como ao sugerir os espaços de resolutividade, não como fim dessas problemáticas, e sim na normatização de interesses e conflitos em uma linguagem procedimental, estendendo às expressões culturais tradicionais a proteção conferida tanto ao patrimônio cultural comum quanto às criações culturais autorais.

O patrimônio cultural é por um lado cultura, assim entendida como modos de ser de um povo ou comunidade, sua forma de pensar e de estar no mundo. Nessa acepção, deve ser protegido e promovido pelo Estado brasileiro, por força constitucional. Por outro lado é patrimônio, um bem de valor, que compõe o patrimônio de alguém. Assim, ainda que se considere a “Garota de Ipanema” é símbolo representativo de brasilidade, há direitos sobre essa música e para utilizá-la é preciso pagar os *royalties* a quem de

---

25 Ver, por exemplo, <http://www.tecmundo.com.br/direito/31569-ecad-usa-tecnologia-para-cobrar-direitos-autorais.htm>. Acesso em 13/06/2016.

direito, que geralmente são as gravadoras/editoras multinacionais. Tais *royalties*, intangíveis como é a natureza dos bens culturais, são o que movimenta toda a cadeia da indústria cultural, que por isso podem enxergar o patrimônio cultural como uma mina de diamante, no qual a matéria-prima é pesquisada, garimpada, processada, lapidada e encrustada num anel dourado para ser então vendida. Porém, há prerrogativas constitucionais e legais que protegem o patrimônio cultural, bem como atribuem propriedade sobre os bens culturais, como o direito de imagem, os direitos autorais, os direitos sobre a propriedade industrial. Apesar das limitações existentes nessas legislações, seus escopos, ainda que restritos, são grande o suficiente para lançar insegurança jurídica sobre o uso comercial de expressões culturais tradicionais sem a anuência ou justa retribuição aos seus detentores, de forma análoga ao que já ocorre quanto aos conhecimentos tradicionais sobre conhecimentos genéticos. Tais leis e princípios, não obstante os seus limites intrínsecos, poderiam, potencialmente, resolver algumas querelas e desafios nos quais o patrimônio cultural imaterial se envolve, isto se houvesse mais casos jurídicos abrindo precedentes e, com o que está intimamente ligado, um maior ativismo jurídico das comunidades tradicionais e dos agentes públicos que atuam junto a esses povos, ou seja, grupos de advogados que ofereçam apoio e suporte jurídico aos povos e comunidades tradicionais, promovendo a discussão e alargamento de conceitos, explorando as brechas e fissuras legais, promovendo a elasticidade de conceitos e interpretações para que direitos voltados especificamente ao indivíduo ou a empresas possam resguardar grupos e comunidades tradicionais.

A ausência de uma legislação específica sobre expressões culturais tradicionais, ao mesmo tempo em que deixa espaços para abusos, torna seu uso comercial um negócio arriscado em termos jurídicos, e passíveis de questionamentos tanto no plano jurídico como de repercussões negativas na imagem institucional. Talvez daí advenha o interesse da Organização Mundial da Propriedade Intelectual em incorporar os bens culturais tradicionais com bem transacionável, ao lado das obras protegidas por direitos autorais e das patentes. Ela, assim, torna-se uma *commoditie*, por assim dizer<sup>26</sup>, pronta para entrar nas grandes cadeias de valor internacional. Trata-se, sob várias perspectivas, de um processo contraditório, seja porque à tradição seriam concedidos os direitos de

---

26 O que aproxima o bem cultural da *commoditie* é ter valor global, o que o diferencia é que, se a condição da *commoditie* é ser um produto padronizado, a natureza intrínseca do bem cultural é a diferença e peculiaridade.

exclusividade típicos da inovação (criação, patentes), seja porque se conferiria um patrimônio a comunidades que nunca se beneficiaram com a sociedade industrial e seu ordenamento jurídico, com as quais quase sempre estão em atrito senão em aberto conflito. Não se trata de uma caridade, é necessário afirmar, mas de uma maneira de, conferindo direitos equivalentes aos de propriedade intelectual, promover uma equalização dos sujeitos para que possam negociar e transacionar esses direitos conferidos. A alternativa à criação de leis nacionais e tratados internacionais específicos de proteção às expressões culturais tradicionais é a omissão, a não-ação, deixar perdurar esse vácuo de proteção que inibe a utilização responsável dos bens tradicionais em escala comercial pela indústria cultural, permitindo ainda abusos e usos indevidos, em detrimento das comunidades tradicionais. Trata-se, assim, da confluência conjuntural de interesses díspares, cuja aliança transitória para a formulação de instrumentos legais só será passível de perdurar se atendidos dois requisitos mínimos: a) que se reconheça direitos das comunidades sobre suas expressões de forma análoga aos direitos intelectuais de pessoas e empresas e b) que o processo seja amplamente participativo, sendo as comunidades tradicionais protagonistas do debate e da luta por mais direitos, bem da implementação das políticas e instrumentos, sua avaliação e aperfeiçoamento. Não cumprir esses dois requisitos representaria uma apropriação do patrimônio cultural tradicional pelas indústrias culturais, com o que se abriria nova frente de atrito ou conflito com a sociedade industrial.

Buscamos demonstrar o imperativo da criação de um novo marco legal, bem como o caminho sinuoso pelo qual ele deverá necessariamente passar para que sobre ele não parem questionamentos irrefutáveis de legitimidade e justiça. Tais dificuldades de formulação e implementação, em vez de inviabilidade, demonstram a grandiosidade do desafio. Ao criar condições legais para que os povos e comunidades tradicionais possam exercer controle sobre o uso de suas expressões culturais, encaminha-se para resolução tanto dos problemas de uso indevido quanto dos de retribuição justa pelo seu uso comercial. Ao mesmo tempo, a discussão sobre novos diplomas legais abre um terreno fértil a se imaginar novos direitos coletivos e arranjos legais institucionais específicos que lancem devires e desejos e, explorando os limites do realizável, possam complementar as políticas atualmente existentes e, assim, fortalecer o patrimônio cultural.

## 5. Referências Bibliográfias

Código Civil, instituído pela Lei Federal nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002.

Constituição Federal de 1988.

Declaração Universal dos Direitos Humanos

Decreto Federal nº 3.551 de 4 de agosto de 2000.

Decreto Federal nº 5.040, de 6 de abril de 2004.

Decreto Federal nº 6.040 de 07 de fevereiro de 2007.

Decreto Federal nº 8.750 de 09 de maio de 2016.

Decreto-lei 25 de 30 de novembro de 1937.

Decreto-lei 3.886 de 29 de novembro de 1941.

Decreto Municipal nº 12.175 25 de novembro de 1998 da cidade de Salvador.

DRUMMOND, Victor. A tutela das expressões culturais tradicionais - a necessidade de implementação de uma nova política legislativa. Disponível em [https://www.academia.edu/5633415/Relatório\\_sobre\\_Expressões\\_Culturais\\_Tradicionais\\_para\\_Minc](https://www.academia.edu/5633415/Relatório_sobre_Expressões_Culturais_Tradicionais_para_Minc). Acesso em 13/06/2016.

FARIA, Victor Lúcio Pimenta de. A proteção jurídica de expressões culturais de povos indígenas na indústria cultural / Organização da coleção Lia Calabre. – São Paulo : Itá Cultural : Iluminuras, 2012. (Rumos Pesquisa)

Lei Federal nº 9.279 de 14 de maio de 1996.

Lei Federal nº 9.610 de 19 de fevereiro de 1998.

Lei Federal nº 12.663 de 05 de junho de 2012.

OMPI. Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions. 2015. Disponível em [http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/tk/933/wipo\\_pub\\_933.pdf](http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/tk/933/wipo_pub_933.pdf). Acesso em 13/06/2016.

Plano Nacional de Cultura, instituído pela Lei Federal nº 12.343 de 02 de dezembro de 2010.

Portaria nº 123/2011 do Ministério da Cultura, que “Estabelece as metas do Plano Nacional de Cultura – PNC”

Portaria nº 177/2006 da Fundação Nacional do Índio (Funai).

Resolução 001/06 do Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural.

UNESCO. Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais. Disponível em

<http://unesdoc.unesco.org/images/0015/001502/150224por.pdf>. Acesso em 13/06/2016.

UNESCO. Model Provisions for National Laws on the Protection of Expressions of Folklore Against Illicit Exploitation and other Forms of Prejudicial Action, 1982.

Disponível em [http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file\\_id=186459](http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=186459). Acesso em 13/06/2016.

VAZ de Souza Filho, José. Quando o Direito Autoral dá Samba. In: MIRANDA, Jair Martins de; ULHÔA, Martha Tupinambá de (orgs.): Anais do 2º Congresso Nacional do Samba. Unirio, 2012.