

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 46 • nº 184
Outubro/dezembro – 2009

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

A proteção dos conhecimentos tradicionais e expressões de folclore

Patrícia Pereira Tedeschi

Sumário

1. Introdução. 2. O contexto internacional da proteção ao folclore e ao conhecimento tradicional. 2.1. A Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial. O conteúdo da Convenção. 2.2. O atual estágio das discussões na OMPI. 2.3. Convenção de Berna. 3. Considerações gerais sobre o direito autoral. O conhecimento tradicional e o folclore em relação ao direito autoral. 4. Conclusão.

1. Introdução

A proteção ao conhecimento tradicional e às expressões de folclore é uma questão complexa e polêmica devido a inúmeros fatores. Questiona-se o que se deve proteger, contra quem, com que objetivo e para benefício de quem (WIPO, 2009, p. 4). Até mesmo as definições de folclore e conhecimento tradicional apresentam dificuldades, por abarcarem todo o conteúdo de tais expressões.

Quanto ao conhecimento tradicional, consideraremos as definições adotadas pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual – OMPI, uma vez que, como se verá adiante, a definição nacional é incompleta e insatisfatória.

O secretariado da OMPI (WIPO, 2009, p. 4) tem duas definições para conhecimentos tradicionais: “o conhecimento que é resultado da atividade intelectual em um contexto tradicional e inclui *know how*, habilidades,

Patrícia Pereira Tedeschi é Mestranda em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo, advogada em São Paulo e assessora jurídica da Agência USP Inovação.

inovações, práticas e aprendizados que formam parte do sistema de conhecimentos tradicionais, e conhecimento que é incorporado no estilo de vida de uma comunidade ou povo, ou está contido em sistemas de conhecimento codificados passados entre gerações”; ou se refere aos trabalhos literários, artísticos ou científicos; invenções, descobertas científicas, desenhos, marcas, nomes e símbolos; informações confidenciais baseadas na tradição (que foram transmitidas de geração em geração e pertencem a um povo ou seu território). O folclore estaria inserido nessa definição.

Quando não considerado parte do conhecimento tradicional, o folclore pode ser definido como “o conjunto de costumes, lendas, crenças, superstições, indumentárias, danças, cantos e festas que, entre outras inúmeras manifestações artísticas tradicionais populares, caracterizam a essência de um povo” (ABRÃO, 2006, p. 327). As Disposições Tipo para as Leis Nacionais sobre a Proteção das Expressões de Folclore contra a Exploração Ilícita e outras Ações Lesivas preparadas pela Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura – UNESCO e pela OMPI estabelecem que as expressões de folclore consistem em elementos da herança artística tradicional desenvolvida e mantida por uma comunidade ou por indivíduos de um país, refletindo as expectativas artísticas tradicionais de tal comunidade.

Em âmbito internacional, as discussões vêm-se desenvolvendo especialmente na OMPI e na UNESCO.

Na OMPI, além das discussões sobre a compatibilização dos princípios da Convenção da Diversidade Biológica – CDB¹ ao sistema de patentes, que não serão objeto deste artigo, existe um foro de debate para

¹ A CDB prevê a proteção aos recursos genéticos e ao conhecimento tradicional associado, estabelecendo a divulgação da origem nos documentos de patentes e repartição de benefícios do titular da tecnologia protegida com as comunidades provedoras do recurso genético ou do conhecimento tradicional associado.

o desenvolvimento de mecanismos que protejam os conhecimentos tradicionais e o folclore contra a apropriação e o uso indevidos (WIPO, 2009).

Na UNESCO, as discussões sobre a proteção ao conhecimento tradicional e ao folclore estão relacionadas à Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial e são realizadas pelo Comitê Intergovernamental criado para promover os objetivos da Convenção.

No Brasil, as questões relacionadas à proteção do conhecimento tradicional e do folclore ainda são muito difusas em debates no Ministério do Meio Ambiente, no Ministério das Relações Exteriores e no Ministério da Cultura por meio do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.

O parágrafo 1º do artigo 215 da Constituição Federal estabelece que:

“§ 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.”

Seu artigo 216 também define a forma de constituição do patrimônio cultural brasileiro e sua proteção:

“Art. 216. 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.

§ 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.”

Na legislação ordinária, ainda existe uma lacuna sobre a forma como as expressões culturais devem ser protegidas. A única fonte legislativa que estabelece normas para a exploração econômica do conhecimento tradicional é a MP 2186-16/01.

No entanto, a referida medida provisória apenas aborda o entendimento do conhecimento tradicional associado como “informação ou prática individual ou coletiva de comunidade indígena ou de comunidade local, com valor real ou potencial, associada ao patrimônio genético” (art. 7º, V da MP 2186-16/01), e quando ele for “relevante à conservação da diversidade biológica, à integridade do patrimônio genético do País e à utilização de seus componentes.” (art. 1º, II, da MP 2186-16/01).

Verifica-se que a legislação existente não se preocupa com a proteção ao conhecimento tradicional e ao folclore considerados em si mesmos, mas apenas (e aqui só se refere ao conhecimento tradicional) quando relevante para a conservação da biodiversidade.

Portanto, a legislação nacional é insuficiente para regular todas as diferentes situações que podem envolver o conhecimento tradicional, além de não ter previsões sobre a proteção ao folclore.

Devido a essa lacuna existente, questiona-se qual a natureza jurídica do conhecimento tradicional e do folclore, bem como a forma como eles devem ser protegidos. Além disso, a própria legislação autoral (Lei 9210/98) agrava a situação ao prever que:

“Art. 45. Além das obras em relação às quais decorreu o prazo de proteção aos direitos patrimoniais, pertencem ao domínio público:
(...)

II – as de autor desconhecido, ressalvada a proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais.” (grifo nosso)

Ora, a legislação hoje existente é clara quanto ao folclore e ao conhecimento tradicional pertencerem ao domínio público, mas não estabelece qualquer proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais.

Assim, o objetivo do presente artigo é discorrer sobre o tratamento conferido pelas organizações internacionais em relação à proteção do folclore e do conhecimento tradicional, bem como o atual estágio da proteção no Brasil.

2. O contexto internacional da proteção ao folclore e ao conhecimento tradicional

Tendo em vista a insuficiência da legislação nacional, é necessário o estudo de alguns tratados internacionais que versam sobre a proteção ou salvaguarda das expressões culturais tradicionais, especialmente a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial e a Convenção de Berna, além de analisar o atual estágio das discussões na OMPI.

2.1. A Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial

A Convenção, que foi adotada em 2003, resultou de debates que começaram na década de 70. A partir da adoção da Convenção do Patrimônio Cultural e Natural, em 1972, alguns membros demonstraram interesse, também, na proteção do patrimônio imaterial.

Em 1973, a Bolívia apresentou na UNESCO um protocolo que visava proteger o folclore. Tal documento deveria ser adicionado à Convenção Universal de Direito Autoral (*The Universal Copyright Convention*).

Nas décadas de 80 e 90, inúmeras conferências foram organizadas pela UNESCO com o fim de discutir a proteção ao patrimônio imaterial, o que culminou, em 2003, com a adoção da Convenção para a

Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial durante a 32ª Conferência Geral da UNESCO. A Convenção entrou em vigor em 20 de abril de 2006.

No Brasil, ela foi ratificada e ingressou no ordenamento jurídico nacional por meio do Decreto 5.753 de 12 de abril de 2006.

O conteúdo da Convenção

O objetivo da Convenção é estabelecido em quatro princípios: salvaguardar o patrimônio cultural imaterial; respeitar o patrimônio cultural imaterial das comunidades, grupos e indivíduos envolvidos; realizar a conscientização sobre a importância do patrimônio cultural imaterial e a cooperação e assistência internacionais.

Os Estados Partes da Convenção devem tomar as medidas necessárias para salvaguardar seu patrimônio imaterial mediante sua identificação, documentação, investigação, preservação e proteção, promoção, valorização, transmissão e revitalização (art. 11 da Convenção).

Patrimônio cultural imaterial é definido no artigo 2º como

“as práticas, representações, expressões, conhecimentos e técnicas – junto 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.”

A convenção também estabelece quais as formas de manifestação do patrimônio imaterial:

- a) tradições e expressões orais, incluindo o idioma como veículo do patrimônio cultural imaterial;
- b) expressões artísticas;
- c) práticas sociais, rituais e atos festivos;
- d) conhecimentos e práticas relacionados à natureza e ao universo;
- e) técnicas artesanais tradicionais.”

Um elemento previsto na Convenção é a necessidade do estabelecimento de

inventários, pelos Estados Partes, do patrimônio imaterial presente em seu território. Tal medida é importante para que se identifiquem a origem e o conteúdo do conhecimento e qual é a comunidade provedora do patrimônio imaterial para que, no caso de disputas por uso indevido ou apropriação, por exemplo, a origem do patrimônio seja facilmente identificada, evitando discussões desnecessárias, como se verá abaixo.

Outras medidas para salvaguardar o patrimônio imaterial estão previstas no artigo 13 da Convenção e compreendem:

- a) adotar uma política geral visando promover a função do patrimônio cultural imaterial na sociedade e integrar sua salvaguarda em programas de planejamento;
- b) designar ou criar um ou vários organismos competentes para a salvaguarda do patrimônio cultural imaterial presente em seu território;
- c) fomentar estudos científicos, técnicos e artísticos, bem como metodologias de pesquisa, para a salvaguarda eficaz do patrimônio cultural imaterial, e em particular do patrimônio cultural imaterial que se encontre em perigo;
- d) adotar as medidas de ordem jurídica, técnica, administrativa e financeira adequada;
- i) favorecer a criação ou o fortalecimento de instituições de formação em gestão do patrimônio cultural imaterial, bem como a transmissão desse patrimônio nos foros e lugares destinados à sua manifestação e expressão;
- ii) garantir o acesso ao patrimônio cultural imaterial, respeitando ao mesmo tempo os costumes que regem o acesso a determinados aspectos do referido patrimônio;
- iii) criar instituições de documentação sobre o patrimônio cultural imaterial e facilitar o acesso a elas.”

Apesar de apresentar regras relevantes para o gerenciamento do patrimônio cultural imaterial, existem aspectos não abordados pela Convenção, mas que são importantes para a proteção de tal patrimônio. Não se estabeleceu uma medida efetiva para que se impeça o uso e apropriação indevida do patrimônio cultural. Tais medidas são essenciais para que se efetive um sistema eficiente de proteção às manifestações culturais, conhecimentos tradicionais e folclore.

2.2. *O atual estágio das discussões na OMPI*

A OMPI participou, em 1982, da elaboração das Disposições Tipo UNESCO-OMPI contra a exploração ilícita e outras ações lesivas às expressões de folclore. O documento serviria de base para as legislações nacionais.

Em 1996, com a adoção do *WIPO Performances and Phonograms Treaty* - WPPT (do qual o Brasil não é membro), passou-se a proteger, conforme o art. 2.(a), a pessoa que interpreta a expressão de folclore.

Recentemente, o Comitê Intergovernamental da OMPI desenvolveu novas provisões para a proteção das expressões culturais tradicionais, mas que continuam sendo objeto de impasse devido, por um lado, ao valor econômico agregado ao folclore e aos conhecimentos tradicionais e, de outro, à necessidade de que tais conhecimentos não sejam tratados apenas como um objeto comercialmente explorável, dando-se o devido reconhecimento à sociedade que os criou e difundiu.

2.3. *Convenção de Berna*

A previsão aplicável aos conhecimentos tradicionais e expressões de folclore está presente no artigo 15, (4), que dispõe:

“4) a) Quanto às obras não publicadas cujo autor é de identidade desconhecida, mas, segundo tudo leva a presumir, nacional de um país da União, é reservada à legislação desse país a

faculdade de designar a autoridade competente para representar esse autor e com poderes para salvaguardar e fazer valer os direitos do mesmo nos países da União.”

Observa-se que a Convenção estabelece um tipo de proteção para obras de autor desconhecido, mas que seja originário de um determinado país. Nesse caso, o próprio país será o representante do autor para garantir a proteção dos direitos. Essa previsão pode ser aplicada aos conhecimentos tradicionais e ao folclore, uma vez que, como será discorrido adiante, trata-se de obra de autor desconhecido.

3. *Considerações gerais sobre o direito autoral*

Os direitos autorais são protegidos tanto pela ordem constitucional quanto pela legislação ordinária. No Brasil, está elencado entre os direitos fundamentais do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

O inciso XXVII do referido artigo estabelece que:

“XXVII – aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar.”

Segundo Bittar (1992, p. 27), os direitos autorais fazem parte dos direitos privados que são protegidos em razão da evolução tecnológica e intelectual dos povos.

Tais direitos outorgam um exclusivo ao seu titular, que poderá explorar a obra que, se não fosse protegida, teria o uso livre. Segundo Ascensão (2007, p. 3), o que se busca é “compensar o autor pelo contributo criativo trazido à sociedade.”

Ascensão (2007, p. 27) considera que os direitos de autor tutelam as “criações do espírito”. A Lei de Direitos Autorais (Lei 9.610/98), seguindo a mesma tendência, estabelece, no artigo 7º, que são protegidas pelo direito autoral “as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em

qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro”.

Como requisitos para a proteção autoral, a obra deverá ser criativa, característica derivada da tutela às “criações do espírito”, e individual, ou seja, “sendo a obra uma criação personalizada, em toda a obra há-de estar impressa a marca do seu autor” (ASCENSÃO, 2007, p. 51).

Assim, a presença do “autor” é essencial para que o direito se caracterize. Segundo Abrão (2002, p. 71), “sujeito de direito autoral é o ser humano que, no exercício de uma atividade mental, criativa, dá origem a uma obra de espírito.” Importante citar que, ao diferenciar o autor da obra anônima da obra de autor desconhecido, Abrão (2002, p. 71) explica que “... naquele há indicativos de autoria, enquanto neste a obra é conhecida, mas seus autores não. E nem se darão a conhecer. É o caso das obras de domínio comum, muitas vezes transmitidas pela tradição oral, como as obras de folclore.”

Ainda, outra característica dos direitos autorais no sistema romano-germânico é a divisão entre direitos morais e patrimoniais de autor que, segundo Bittar (1992, p. 28), são considerados os elementos integrantes dos direitos autorais. Na Lei de Direitos Autorais, a matéria é tratada nos capítulos II e III respectivamente.

Por fim, relacionado aos direitos morais e patrimoniais do autor, surge a questão do prazo e do objeto de proteção conferida ao autor.

O artigo 27 da Lei de Direitos Autorais estabelece que os direitos morais são inalienáveis e irrenunciáveis. Alguns desses direitos, como o de paternidade da obra², são intransmissíveis.

² O artigo 6º bis (1) da Convenção de Berna estabelece que “independentemente dos direitos patrimoniais de autor, e mesmo após a cessão dos referidos direitos, o autor conserva o direito de reivindicar a paternidade da obra e de se opor a qualquer deformação, mutilação ou outra modificação da obra ou a qualquer outro atentado contra a mesma obra, prejudicial à sua honra ou à sua reputação.”

Os direitos patrimoniais, por sua vez, enumerados no artigo 29 da Lei de Direitos Autorais, possuem prazo de vigência limitado e, uma vez a obra tenha caído em domínio público, deixam de ser exigíveis.

Como mencionado acima, a legislação nacional considera os conhecimentos tradicionais e o folclore pertencentes ao domínio público, de onde se pode inferir que seu uso é livre e independe de autorização.

O conhecimento tradicional e o folclore em relação ao direito autoral

Não obstante a legislação estabelecer que o conhecimento tradicional e o folclore pertençam ao domínio público, é interessante a comparação de duas características dos direitos autorais com tais direitos.

a) Os direitos autorais são direitos privados: tal característica é inegável e está ligada ao período de exclusividade que é dado ao autor para que explore sua obra e tenha seu esforço reconhecido pela sociedade. No caso dos conhecimentos tradicionais e folclore, o caráter privado conflita com a principal característica de tais manifestações, que é a multiplicidade de colaboradores para a criação da obra. Ora, poderíamos mesmo dizer que se tratam de direitos que integram o domínio público em sentido restrito³, sendo, portanto, impossível a concessão da exclusividade de exploração a quem quer que seja.

b) Individualidade: “sendo a obra uma criação personalizada, em toda a obra há-de estar impressa a marca do seu autor” (ASCENSÃO, 2007, p. 251), os conhecimentos tradicionais e expressões de folclore não apresentam tal característica em si mesmos, uma vez que são obras coletivas. Assim, segundo Ascensão (2007, p. 54), não poderiam ser atingidos pelo

³ Segundo Di Pietro (2008, p. 634), o domínio público em sentido restrito compreende aqueles bens destinados ao uso comum do povo, sendo que seu titular seria o povo.

direito de autor. Evidente que a obra não necessariamente partiu de uma sociedade como um todo, mas de um ou mais indivíduos que criaram e divulgaram seu conhecimento tradicional ou expressão cultural, os quais foram difundidos ao longo de várias gerações, de tal forma que acabou sendo incorporada à cultura da sociedade, despersonalizando a autoria da obra.

Assim, podemos verificar que a proteção autoral aos conhecimentos tradicionais e às expressões de folclore não parece adequada. Faltam elementos básicos e essenciais para que a proteção autoral, tal como definida na doutrina, seja aplicável.

4. Conclusão

A dificuldade para a proteção do conhecimento tradicional e do folclore pode ser resumida no binômio: como evitar a apropriação e uso indevido sem que a sociedade seja impedida de utilizar sua própria cultura.

Ao dispor no artigo 45 que as obras de autor desconhecido estão no domínio público, a Lei de Direitos Autorais claramente estabelece a inapropriabilidade dos conhecimentos étnicos e tradicionais. A ressalva presente no artigo tende a ser voltada, como já mencionado, a evitar a apropriação e a deformação da expressão cultural. Essa conclusão pode ser inferida do artigo 215 da Constituição Federal, ao estabelecer que “o Estado protegerá as manifestações das culturas populares”.

Se não fosse assim, estaria garantida uma exclusividade a um grupo de pessoas em detrimento de toda a população do país ao qual as expressões culturais pertencem e se incorporaram ao cotidiano. Considerando a exploração internacional, a exclusividade a um grupo também parece abusiva, uma vez que impediria a circulação e divulgação de conhecimento entre as sociedades.

Segundo Abrão (2002, p. 124), a proteção ao folclore interessa por três motivos:

“o primeiro, para reafirmar sua inapropriabilidade decorrente da expressa disposição da lei: *encontra-se desde sempre em domínio público e do domínio público não se restaura*. O segundo, para indicar que tanto as expressões e manifestações culturais populares como os conhecimentos étnicos tradicionais possuem um *nível diferenciado de regulamentação*, sendo espécie de propriedade imaterial. O terceiro, para declarar que as manifestações em si são *inapropriáveis, mas que qualquer fixação delas em suportes conhecidos, ou obras protegidas e não pertencentes à tradição popular, será de titularidade de quem as fixou, gravou ou transmitiu*.” (grifo nosso)

Em resumo, a autora conclui que o conhecimento tradicional está em domínio público, deve ter um nível diferenciado de proteção e é inapropriável em si, mas não a sua fixação em qualquer meio.

Quanto ao domínio público, deve-se lembrar que a legislação atual não prevê o domínio público remunerado, conforme o fazia a Lei 5988/73, ao estabelecer:

“Art. 93. A utilização, por qualquer forma ou processo que não seja livre, das obras intelectuais pertencentes ao domínio público depende de autorização do Conselho Nacional de Direito Autoral.

Parágrafo único. Se a utilização visar a lucro, deverá ser recolhida ao Conselho Nacional de Direito Autoral importância correspondente a cinquenta por cento da que caberia ao autor da obra, salvo se se destinar a fins didáticos, caso em que essa percentagem se reduzirá a dez por cento.”

Inexistindo tal previsão, conclui-se que a utilização do conhecimento tradicional e do folclore com o objetivo de fixação para a criação de uma obra não está sujeita a qualquer tipo de pagamento.

No entanto, isso não significa que o Brasil tenha aberto mão da previsão do artigo 15º, 4, da Convenção de Berna. A salvaguarda ao conhecimento tradicional e ao folclore existe e é prevista na Constituição Federal. Ou seja, a proteção ao conhecimento tradicional e ao folclore será conferida pelo Estado.

Quanto à proteção imaterial especial necessária, em virtude da complexidade em identificar as expressões, a opção do inventário prevista na Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural é adequada. Além de evitar a apropriação e o mau uso, permite que se crie uma obrigação internacional para o respeito à cultura de outros países, sem que isso impossibilite ou dificulte a circulação da informação e do conhecimento. Evidentemente que o mau uso e a apropriação deveriam ser sancionados, sendo qualquer benefício daí resultante revertido ao gestor do banco de dados das expressões culturais. Daí a necessidade de lei que regule especificamente a matéria

Por fim, respeitados outros direitos relacionados à fixação da expressão cultural, como o de imagem, o uso de tais expressões deve ser livre e independente de remuneração.

Referências

ABRÃO, Eliane Yachouh. *Direitos de autor e direitos conexos*. São Paulo: Editora do Brasil, 2002.

_____. (Org.). *Propriedade imaterial: direitos autorais, propriedade industrial e bens de personalidade*. São Paulo: Editora Senac, 2006.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007.

BITTAR, Carlos Alberto. *Contornos atuais de direito do autor*. São Paulo: Editora RT, 1992.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GONÇALVES, Nuno. O folclore e a gestão coletiva de direitos. In: *Revista da ABPI*. n. 60, p. 53-55, Rio de Janeiro, set./out. 2002.

LEITE, Eduardo Lycurgo. *Direito de autor*. Editora Brasília Jurídica, 2004.

ORGANIZAÇÃO Mundial da Propriedade intelectual (OMPI). *Intellectual property and traditional knowledge*. Booklet, 2007.

SOUZA, Carlos Fernando Mathias. *Direito autoral*. Editora Brasília Jurídica, 1998.

WIPO. *Traditional Cultural Expressions (Folklore)*. Disponível em: <<http://www.wipo.int/tk/en/folklore/>>. Acesso em: 8 jun. 2009.

UNESCO. *Brief history of the Convention for the safeguarding of the intangible cultural heritage*. Disponível em: <<http://www.unesco.org/culture/ich/index.php?pg=00007>>. Acesso em: 8 jun. 2009.