

A proteção das expressões culturais tradicionais pela propriedade intelectual e sua transformação em mercadoria

Guilherme Carboni¹

Daniele Maia Teixeira Coelho²

Resumo: A proteção das expressões culturais tradicionais por mecanismos de propriedade intelectual e a sua consequente transformação em mercadoria, além de poder gerar distorções no que diz respeito à importância de tais expressões no plano simbólico para as comunidades tradicionais, introduzem nas mesmas uma lógica de autoria, uma dinâmica econômica calcada no mercado e conceitos jurídicos que talvez lhes sejam totalmente estranhos. Por se basearem em informação, os bens imateriais (neles incluídas as expressões culturais tradicionais) não são bens naturalmente escassos, o que é condição essencial para que lhes possa ser atribuído valor econômico. Pelo fato de a propriedade intelectual conferir um direito de uso exclusivo ao seu titular, a sua principal função econômica é a transformação de bens não escassos (como as expressões culturais) em bens escassos. As expressões culturais tradicionais não precisam de proteção para impedir o seu uso “não autorizado”, mas, sim, de identificação para que, por meio de instrumentos de política pública (e não de propriedade intelectual) possam ser acompanhadas e apoiadas em nome do direito à diversidade cultural.

Palavras-chave: Propriedade intelectual. Expressões culturais tradicionais. Autoria em comunidades tradicionais. Autoria e diversidade cultural.

Abstract: The protection of traditional cultural expressions by means of intellectual property rights and their consequent transformation in commodities may not only cause distortions in respect of the symbolic importance of such expressions for traditional communities, but also introduce into such communities the logic of authorship, the market economy and unfamiliar legal concepts. Due to the fact that they are based on information, the intangible assets (which include the traditional cultural expressions) are not naturally scarce, whose condition would be essential for them to be given an economic value. Since intellectual property gives exclusive rights to their holders, its primary economic function is the transformation of non-scarce assets (such as traditional cultural expressions) in scarce assets. Traditional cultural expressions do not need

¹ Mestre e Doutor em Direito Civil pela Faculdade de Direito da USP; Pós-Doutor pela Escola de Comunicações e Artes (ECA) da USP

² Pós-Graduada em Direito da Propriedade Intelectual e em Direito Ambiental pela PUC-RJ; Mestranda no Programa de Pós Graduação em Ciência Ambiental (PROCAM) da USP

protection to prevent their "unauthorized" use, but rather their identification by means of public policy (and not intellectual property) mechanisms in order to be monitored and supported on behalf of the right to cultural diversity.

Keywords: *Intellectual property. Traditional cultural expressions. Authorship in traditional communities. Authorship and cultural diversity.*

Introdução

Festas, danças, rituais, jogos, cerimônias, hábitos, modos de fazer, formas de expressão: o patrimônio cultural imaterial, inegavelmente, faz parte do cotidiano dos seres humanos.

No caso das comunidades tradicionais, muitas de suas expressões culturais são simplesmente instintivas e representam práticas que lhes são inerentes, sem que seja atribuído valor econômico a elas ou, ainda, sem que sejam consideradas mercadorias passíveis de transação no mercado.

Porém, na atualidade, verifica-se uma tendência de transformação das expressões culturais em mercadorias, por meio da adoção de mecanismos de proteção que conferem o direito de uso exclusivo, o que pode gerar distorções no que diz respeito à importância de tais expressões no plano simbólico para as comunidades, além da introdução de uma lógica de autoria, de uma dinâmica econômica calcada no mercado e de conceitos jurídicos que talvez lhes sejam totalmente estranhos.

Nesse processo de transformação das expressões culturais em mercadoria, a ideia de propriedade intelectual é fundamental, pois é ela que confere o direito de uso exclusivo ao criador de um determinado objeto, no sentido de que somente ele poderá utilizá-lo, bem como obter lucros com a sua comercialização.

Os bens materiais são escassos. Um lápis, uma casa ou um automóvel são únicos e somente podem ser utilizados por quem os possui. Por essa razão, há uma escassez natural desses bens. Por sua vez, os bens imateriais (como as expressões culturais, as obras de arte, um software, por exemplo), por serem baseados em informação, não se submetem à lei da escassez, pois a pessoa que transmitiu a informação não se desfez desta, o que significa que a mesma informação pode estar com mais de uma pessoa, simultaneamente.

Para que seja possível a transformação dos bens imateriais em mercadorias, os mesmos têm que se submeter às regras da escassez. No entanto, como tais bens não são naturalmente escassos, foi preciso criar um mecanismo que, artificialmente, os transformasse em bens escassos. Tal mecanismo é a propriedade intelectual, que tem por função econômica transformar bens não escassos, baseados na informação, em bens escassos.

Tendo em vista que as expressões culturais, pertencentes ao patrimônio cultural imaterial, não são bens escassos, o conceito de propriedade intelectual, como instrumento de apropriação desses bens, tende a ser introduzido nas comunidades tradicionais como um discurso voltado para a “proteção” de tais criações, quando, na verdade, funciona como mecanismo de dominação.

A seguir, examinaremos os aspectos econômicos desse processo de transformação das expressões culturais em mercadoria, por meio da criação de uma escassez artificial desses bens com base na propriedade intelectual.

1. Informação, conhecimento e expressões culturais tradicionais

Segundo Claude Shannon e Warren Weaver, “informação é uma medida de remoção de incertezas, dado um conjunto predefinido de eventos passíveis de ocorrer”³. Ou ainda, nas palavras de Gregory Bateson, informação é “uma diferença que faz diferença”⁴.

O conhecimento distingue-se da informação pelo fato de ser constituído pelos dados e eventos necessários ao processamento da informação. O conhecimento é, assim, a fonte e também o limite da incerteza. Marcos Dantas diz que, “com base no conhecimento, a informação é produzida (ou ainda, a incerteza é removida) e um novo conhecimento é obtido”⁵.

A informação é, portanto, desde uma simples conversa sobre um tema qualquer, como uma obra de arte (seja ela qual for: livros, música, filme, artes plásticas), processos de fabricação de um produto, folclore, marcas, patentes e, também, as expressões culturais de uma comunidade tradicional, que compõem o nosso patrimônio cultural imaterial, entendido 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. Esse patrimônio cultural imaterial, que se transmite de geração em geração, é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente, de sua interação com a natureza e de sua história, gerando um sentimento de identidade e de

³ SHANNON, Claude e WEAVER Warren. *The mathematical theory of communication*. 6ª ed. Urbana: University of Illinois, 1975, p. 53.

⁴ BATESON, Gregory. BATESON, G. *Steps to an ecology of mind*. New York: Ballantine Books, 1972, p. 459.

⁵ DANTAS, Marcos. “Piratária”... ou as razões da informação? Brasília: Revista Reportagem, 1º de outubro de 2003, p. 1.

continuidade e contribuindo assim para promover o respeito à diversidade cultural e à criatividade humana.⁶

No Brasil, a ideia de patrimônio cultural imaterial vem sendo discutida desde 1922 por Mário de Andrade na Semana de Arte Moderna e, no âmbito internacional, especialmente a partir de 1972, quando vários países assinaram a Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO).

Comunidades tradicionais brasileiras, por sua vez, seriam, entre outras, as indígenas, caiçaras e quilombolas, as quais teriam como característica o fato de serem “grupos humanos diferenciados sob o ponto de vista cultural, que reproduzem historicamente seu modo de vida, de forma mais ou menos isolada, com base na cooperação social e relações próprias com a natureza”⁷.

A Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) não traz definição de comunidades tradicionais, mas indica como critério a consciência da própria identidade como pertencente a uma comunidade ou povo. Alguns diplomas legais já abordaram o tema, sendo importante citar o Decreto Federal nº 6.040/2007, que instituiu a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, tendo contribuído com a seguinte definição:

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.

No Brasil, Aloísio Magalhães, seguindo o entendimento de Mário de Andrade, defendeu que o conceito de patrimônio cultural precisava ser ampliado, a fim de comportar um olhar mais antropológico que considerasse os saberes, ofícios, festas, rituais, expressões artísticas, conhecimentos tradicionais como fundamentais para a identidade cultural de um povo, rompendo com a visão elitista de outrora (calcada na ideia de que patrimônio cultural imaterial seria apenas

⁶ Cf. artigo 2º da Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, ratificada no Brasil pelo Decreto nº 5.753/2006.

⁷ Para maiores informações, sugerimos a leitura de DIEGUES, Antonio Carlos e ARRUDA, Rinaldo S.V. *Saberes tradicionais e biodiversidade no Brasil. Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal*. São Paulo: COBIO, NUPAUB, 2000.

aquilo que tivesse excepcional valor histórico e artístico), e incorporando bens anteriormente tidos como “não-consagrados”, advindos de classes e grupos mais populares.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 216, ampliou o conceito de patrimônio cultural ao tratar não apenas da sua dimensão material (conjuntos urbanos e sítios de valor arqueológico, paisagístico, histórico, artístico, acervos museológicos, documentos e objetos destinados às manifestações artístico-culturais, por exemplo), como também da imaterial (formas de expressão, modos de fazer, criar e viver, criações artísticas, por exemplo), sendo ambas consideradas complementares pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN).

O patrimônio cultural imaterial passou, gradativamente, a ser objeto de outras importantes normas de direito internacional da UNESCO, como a Recomendação sobre a Salvaguarda da Cultura Tradicional e Popular (1989), o Programa de Proclamação das Obras-Primas do Patrimônio Oral e Imaterial da Humanidade (1997), a Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural (2002), a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial (2003) e a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais (2005).

Conforme Maria Laura Viveiros de Castro Cavalcanti,

a noção de patrimônio cultural imaterial vem, portanto, dar grande visibilidade ao problema da incorporação de amplo e diverso conjunto de processos culturais – seus agentes, suas criações, seus públicos, seus problemas e necessidades peculiares – nas políticas públicas relacionadas à cultura e nas referências de memória e de identidade que o país produz para si mesmo em diálogo com as demais nações⁸.

Na prática, a preservação do patrimônio cultural imaterial, no Brasil, tem se dado, principalmente, pela atuação do Departamento do Patrimônio Imaterial do IPHAN, que se vale de ferramentas essencialmente etnográficas como o Inventário Nacional de Referências Culturais e o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial, instituídos pelo Decreto nº 3.551/2000, que também criou o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial, com o intuito de conhecer a fundo a realidade da comunidade envolvida e atender às suas necessidades, no formato, por exemplo, de cursos capacitantes, construção de escola, posto de saúde, documentação de práticas culturais.

Não trataremos, aqui, das questões econômicas relativas aos instrumentos jurídicos que, no

⁸ CAVALCANTI, Maria Laura Viveiros de Castro e FONSECA, Maria Cecília Londres. *Patrimônio imaterial no Brasil*. Brasília: UNESCO, Educarte, 2008, p. 12.

âmbito do direito público, são voltados para a preservação do patrimônio cultural imaterial, mas apenas daquelas relativas à sua proteção por direitos de propriedade intelectual, por serem direitos privados que, ao conferirem direito de uso exclusivo aos titulares, criam uma escassez artificial dos bens protegidos, como veremos a seguir, ou seja, excluem a possibilidade de pessoas desautorizadas utilizarem-se de "matéria prima" que antes circulava livremente.

2. A dinâmica econômica da informação e do conhecimento

Nas últimas décadas do século XX, começou a surgir uma nova economia em escala global. Manuel Castells chama-a de economia informacional, global e em rede, para identificar as suas características fundamentais. Segundo Castells, é informacional porque a produtividade e a competitividade dos agentes dependem da sua capacidade de gerar, processar e aplicar, de forma eficiente, a informação baseada em conhecimentos; é global porque as suas principais atividades produtivas, o consumo e a circulação, assim como seus componentes (capital, trabalho, matéria prima, administração, informação, tecnologia e mercados) estão organizados em escala global, mediante uma rede de conexões entre agentes econômicos; e, finalmente, é em rede porque a produtividade é gerada e a concorrência ocorre em uma rede global de interação entre pessoas e empresas⁹.

Nesse estágio de produção capitalista – pós-industrial ou informacional –, a admissão do conhecimento como a principal força produtiva provocou uma mudança nas categorias econômicas do trabalho, valor e capital¹⁰.

Na economia pós-industrial, o trabalho deixa de ser mensurável em unidades de tempo. Os fatores que, agora, determinam a criação de valor são o “componente comportamental”, a “motivação”, a utilidade simbólica do bem e o desempenho do trabalho; não mais o tempo de trabalho despendido¹¹. O trabalho simples é substituído por um trabalho complexo. O trabalho de

⁹ CASTELLS, Manuel. *A era da informação: economia, sociedade e cultura, Vol. I: A sociedade em rede*. (Trad.. de Roneide Venâncio Majer). 6ª edição. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 119.

¹⁰ Cf. CARBONI, Guilherme. *Direito autoral e autoria colaborativa na economia da informação em rede*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 118.

¹¹ *Ibidem*, p. 118.

Liliana R. Petrilli Segnini diz que, de acordo com a teoria marxista, o trabalho é tomado como medida para a determinação do valor das mercadorias. Para tanto, verifica-se o tempo que é necessário para a realização de uma mercadoria, com base no denominado tempo médio de trabalho, que é o tempo de trabalho requerido para se produzir um valor de uso qualquer, nas condições de produção socialmente normais existentes, e com o grau social médio de destreza e intensidade do trabalho. (*O que é mercadoria*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1984, p. 18 e 19). Entretanto, essa lógica não se aplica à mercadoria-informação. De acordo com André Gorz, “o conhecimento, diferentemente do trabalho social geral, é impossível de traduzir e de mensurar em unidades abstratas simples. Ele não é redutível a uma quantidade de trabalho abstrato de que ele seria o equivalente, o resultado ou o produto. Ele recobre e designa uma grande diversidade de capacidades heterogêneas, ou seja, sem medida comum, entre as quais o julgamento, a intuição, o senso estético, o nível

produção material, mensurável em unidades de produtos por unidades de tempo, é substituído por um outro, denominado trabalho imaterial, ao qual os padrões clássicos de medida não mais podem se aplicar¹².

A venda de mercadorias materiais (como roupas, veículos, eletrodomésticos) pressupõe a sua alienação definitiva e a redução do estoque de quem as vendeu. Portanto, na transação com mercadorias materiais, há sempre uma troca, um perde-ganha. Marcos Dantas explica que o mesmo não acontece com a mercadoria-informação. De fato, “quem comunica algo a alguém não perde a condição de comunicar este mesmo algo, novamente, a outro alguém”, pois, com a comunicação, não há “baixa do estoque de informação”, uma vez que a pessoa que comunicou não se desfez do seu “produto informacional”¹³.

Como o conhecimento contido na produção de determinado bem é desvinculado e independente do suporte físico que o comporta, sendo possível reproduzi-lo e trocá-lo sem o sentimento de perda na transação, desequilibra-se a teoria marxista e neoclássica de valor, abrindo espaço para a utilização do conhecimento separadamente do capital e do trabalho¹⁴. Portanto, o conhecimento só tem valor se for trocado, isto é, quando se difunde, não funcionando segundo as leis que fundamentam a valoração das mercadorias.

Nesse contexto, informação e conhecimento não são apenas produtos finais, mas também matéria prima para a geração de novas informações e conhecimentos. Se informação e conhecimento são matérias primas na sociedade informacional, o grande paradoxo do sistema capitalista, nos dias de hoje, é de que, ao mesmo tempo em que a informação precisa ser protegida por meio de direitos de propriedade intelectual para que seja transformada em mercadoria passível de comercialização, a informação também tem que ser livre para a geração de novas informações¹⁵.

No caso das expressões culturais de comunidades tradicionais, elas sempre foram livres, isto é, nunca houve qualquer barreira no que diz respeito à sua utilização, seja por integrantes da mesma comunidade, como de outras, com base em fluxos e trocas entre comunidades. Dessa forma,

de formação e de informação, a faculdade de aprender e de se adaptar a situações imprevistas; capacidades elas mesmas operadas por atividades heterogêneas que vão do cálculo matemático à retórica e à arte de convencer o interlocutor; da pesquisa técnico-científica à invenção das normas estéticas”. (*O imaterial: conhecimento, valor e capital*. São Paulo: Annablume, 2005, p. 29).

¹² GORZ, André. *Op. cit.*, p. 15.

¹³ DANTAS, Marcos. *Op. cit.*, p. 2.

¹⁴ Cf. CARBONI, Guilherme. *Op. cit.*, p. 124 e 125.

¹⁵ Segundo Antonella Corsani, “a novidade, assim, não consiste tanto na ideia de conhecimento como força produtiva, como algo a ser aplicado na indústria, mas no fato de que o conhecimento tornou-se, agora, ao mesmo tempo, um recurso e um produto, desincorporado de qualquer recurso e de qualquer produto. Esse é o sentido da produção de ‘conhecimentos por conhecimentos’. Tais conhecimentos não são apenas tecnológicos, mas científicos, técnicos, artísticos, ideológicos, pois são produzidos em locais exteriores à fábrica.” (*Elementos de uma ruptura: a hipótese do capitalismo cognitivo*. In: *Capitalismo cognitivo: trabalho, redes e inovação*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003, p. 26 e 27)

a imposição de um regime de uso exclusivo tende a gerar, em nossa opinião, uma escassez dessas informações no interior das comunidades tradicionais, uma vez que o seu uso como matéria prima se torna mais restrito.

A ideia da proteção das expressões culturais pela propriedade intelectual vem sendo estudada pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) como algo benéfico para as comunidades tradicionais¹⁶, quando, na verdade, trata-se de atender aos interesses de dominação de grandes grupos econômicos que desejam institucionalizar e legalizar suas ações de exploração, legitimando a entrada do capital nas comunidades¹⁷.

Como há um crescente interesse da indústria em geral pela utilização de expressões culturais na composição de seus produtos, tal postura gera, nas comunidades tradicionais, a percepção de que suas criações podem ser objeto de troca. Com isso, surge a questão de como valorar - se é que é possível e desejável em razão do forte simbolismo inerente - essas expressões culturais, vez que elas não possuem valor de troca como as mercadorias tradicionalmente produzidas para o comércio.

Segundo André Gorz, “o sentido econômico de valor de troca, não se aplica senão às mercadorias, ou seja, aos bens e aos serviços que foram produzidos em vista de sua troca comercial”. E acrescenta o seguinte:

o que não se pode produzir, ou ainda o que não é permutável nem destinado à troca, não tem "valor" no sentido econômico. É o caso, por exemplo, das riquezas naturais que, como o sol, a chuva, não se podem produzir, nem deles pode-se apropriar; é principalmente o caso dos bens comuns a todos e que não podem ser nem divididos, nem trocados por nada, como o patrimônio cultural. (...). se não podem ser apropriadas ou "valorizadas", as riquezas naturais e os bens comuns podem ser confiscados pelo viés das barreiras artificiais que reservam o usufruto delas aos que puderem pagar um direito de acesso. A privatização das vias de acesso permite transformar as riquezas naturais e os

¹⁶ O mais recente documento a respeito do assunto é o WIPO/GRTKF/IC/22/5, elaborado pelo Comitê Intergovernamental sobre Propriedade Intelectual e Recursos Genéticos, Conhecimentos Tradicionais e Folclore, da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), conforme consulta realizada em 19 de maio de 2012, no endereço eletrônico www.wipo.int.

¹⁷ É neste sentido que Vandana Shiva discorre sobre o que chama de "a segunda chegada de Colombo", sendo a primeira relativa à apropriação de terras e bens materiais e a segunda, que vivemos na atualidade, à apropriação da informação, que pode estar presente no DNA de uma planta até num código-fonte de um software. Por esta razão, referida autora diz que "A criação da propriedade por meio da pirataria da riqueza alheia permanece a mesma de 500 anos atrás". E acrescenta que "(...) A terra, as florestas, os rios, os oceanos e a atmosfera têm sido todos colonizados, depauperados e poluídos. O capital agora tem que procurar novas colônias a serem invadidas e exploradas, para dar continuidade a seu processo de acumulação." (SHIVA, Vandana. *Biopirataria. A pilhagem da natureza e do conhecimento*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001, p. 24 e 28).

bens comuns em quase-mercadorias que proporcionarão uma renda aos vendedores de direitos de acesso. (...). Essa irredutibilidade dos conhecimentos será uma fonte de dificuldades, de incoerências, de trapaças e de fantasias econômicas. O capital não pode deixar de tratar e de fazer funcionar o conhecimento como se ele fosse um capital.¹⁸

Há uma evidente ligação das comunidades tradicionais com a natureza, muitas vezes, considerando-se parte dela. Também há, nas comunidades tradicionais, um diálogo constante com seus ancestrais, especialmente com os seus conhecimentos, os quais são quase sempre transmitidos oralmente. É por essa razão que Marcel Mauss diz que deveria existir uma espécie de conta corrente relativa ao fluxo das expressões e dos conhecimentos tradicionais, desde que respeitados os direitos das comunidades envolvidas, as quais poderiam livremente decidir por permitir ou não o acesso e pela “contraprestação” que julgarem mais apropriadas. Nas palavras de Mauss: “dá tanto quanto tomas, tudo estará muito bem”¹⁹.

3. A propriedade intelectual sobre expressões culturais tradicionais e a escassez de recursos

O chamado “conhecimento tradicional”²⁰ é protegido pela propriedade intelectual em dois campos distintos, dependendo do objeto da criação intelectual: um campo voltado para o acesso ao patrimônio genético, resultando no conceito de “conhecimento tradicional associado”, e um campo cultural, que pode incluir desde criações técnicas a estéticas, resultando no conceito de “expressões culturais tradicionais”, isto é, aquelas “que resultam da criatividade de indivíduos, grupos e sociedades e que possuem conteúdo cultural”, nos termos da Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais da UNESCO, de 2005, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 485/2006. No conceito de expressões culturais estão incluídas as expressões por palavras (contos, poesia); musicais (canções); corporais (danças, rituais, jogos); e apostas em objeto material (pinturas, esculturas, cerâmica, cestaria, bordado, tapeçaria, vestimentas).

Nessa dimensão privada da propriedade intelectual e considerando o campo cultural mencionado acima, as expressões culturais de comunidades tradicionais podem ser objeto de

¹⁸ GORZ, André. *Op. cit.*, p. 30 e 31.

¹⁹ MAUSS Marcel. *Ensaio sobre a dádiva. Forma e razão da troca nas sociedades arcaicas*. In: Sociologia e Antropologia. São Paulo: Cosac & Naify, 2003, p. 300.

²⁰ Segundo a OMPI, entende-se por conhecimento tradicional, “as inovações e criações de base tradicional resultantes de atividade intelectual nos campos industrial, científico, literário ou artístico” (mais informações disponíveis no endereço eletrônico www.wipo.int).

apropriação e de uso exclusivo por parte do titular de direitos autorais sobre as mesmas. Consequentemente, podem ser colocadas no comércio como uma mercadoria qualquer²¹.

A propriedade intelectual, por meio dos direitos autorais, protege apenas a materialização das expressões culturais e não os conhecimentos, sistemas e processos responsáveis por tal materialização, ou seja: enquanto a “ideia”, a “intenção”, o “pensamento” de escrever um livro, compor uma música ou pintar um quadro não se tornar efetivamente um livro, uma música ou uma pintura, por exemplo, não há que se falar na incidência de proteção por direitos de propriedade intelectual.

Como expressões culturais são informação e considerando que o valor da informação é de difícil mensuração, é necessário haver algum tipo de monopólio, que garanta a exclusividade na sua exploração, e que é constituído pelos direitos de propriedade intelectual.

Assim, a questão econômica crucial relativa à proteção das expressões culturais de comunidades tradicionais por meio de direitos de propriedade intelectual é que tal proteção pode levar a uma redução das experiências culturais dessas comunidades, especialmente pelo fato de que, muitas delas, são baseadas em processos criativos anteriores, da mesma ou de outras comunidades, na forma de trocas simbólicas. Consequentemente, os recursos culturais dessas comunidades poderão tornar-se escassos, com a sua apropriação pelos direitos de propriedade intelectual.

Na produção das expressões culturais são utilizados recursos. Partindo-se da premissa de que toda sociedade possui recursos que são livres e recursos que são controlados, a questão crucial deixou de ser se o controle deveria ser exercido pelo Estado ou pelo mercado, passando à indagação mais profunda, a respeito da adequação da própria existência de controle sobre tais recursos²².

Não é difícil concluir que livres são os recursos que podem ser utilizados sem a necessidade de autorização e que a propriedade intelectual, ao proibir a utilização e a reprodução de uma determinada expressão cultural por alguém que não seja o seu criador, torna a informação e o conhecimento nela contidos (e que, naturalmente, não são escassos) em bens escassos.

Por essa razão, como os direitos de propriedade intelectual protegem as obras individualmente criadas, uma vez que, pelo menos, até o presente momento, não há um direito

²¹ De acordo com Liliana R. Petrilli Segnini, “a mercadoria é, antes de mais nada, um objeto externo, uma coisa que, por suas propriedades, satisfaz necessidades humanas, seja qual for a sua natureza, a origem delas, provenham do estômago ou da fantasia”, nos diz Marx. As mercadorias possuem valor de uso para os homens que as utilizam”. (*Op. cit.*, p. 14)

²² Cf. LESSIG, Lawrence. *The Future of ideas. The fate of the commons in a connected world*. New York: Random House, Inc., 2001, p. 12.

coletivo das comunidades tradicionais sobre suas expressões culturais²³, a imposição de tais direitos exclusivos tende a gerar escassez de informação para a criação de novas expressões culturais, sem falar de outros impactos indesejados, como, por exemplo, a competição entre os indivíduos das comunidades pela autoria e, conseqüentemente, pela titularidade dos direitos sobre tais expressões.

Entendemos que a utilização crescente, desordenada e não consciente de bens materiais por muitos indivíduos nas áreas ocupadas pelas comunidades tradicionais pode levar à chamada “tragédia dos bens comuns”, isto é, à ruína destes, pelo fato de serem limitados e, portanto, escassos²⁴.

Alternativamente à obrigatoriedade de soluções por meio da privatização desses bens comuns ou do seu controle por meio do Estado, concordamos com o entendimento de Elinor Ostrom que já demonstrou que, em diversas situações, usuários e proprietários desses bens souberam criar instituições que permitem o aproveitamento sustentável dos mesmos, evitando, assim, a “tragédia dos bens comuns”²⁵. Referida iniciativa está, em nossa opinião, em total consonância com o respeito que se deve ter ao direito costumeiro das comunidades tradicionais brasileiras, conforme determina, inclusive, nossa Constituição Federal ao assegurar o pluralismo jurídico.

4. Conclusão

Tendo em vista que cada comunidade tradicional tem sua própria dinâmica e seu direito costumeiro quanto aos processos criativos e autorais, a implantação de mecanismos de propriedade intelectual nessas comunidades criará uma escassez artificial de bens comuns que não são naturalmente escassos.

²³ O Comitê Intergovernamental sobre Propriedade Intelectual e Recursos Genéticos, Conhecimentos Tradicionais e Folclore, da OMPI, diz o seguinte, conforme consulta realizada em 19 de maio de 2012, no endereço eletrônico www.wipo.int:

“(...). 2. Os Estados membros garantirão que os beneficiários correspondentes gozem de direito coletivo, exclusivo e inalienável a autorizar e proibir os seguintes atos:

a) com respeito às expressões culturais tradicionais que não sejam palavras, signos, nomes e símbolos: (i) fixação; (ii) reprodução; (iii) interpretação e execução em público; (iv) tradução ou adaptação; (v) colocação a disposição ou comunicação ao público; (vi) distribuição; e

b) com respeito às expressões culturais tradicionais que sejam palavras, signos, nomes e símbolos: (i) todo uso com fins comerciais distintos ao seu uso tradicional; (ii) a aquisição ou o exercício de direitos de propriedade intelectual; (iii) a oferta para a venda ou a venda mesma de artigos que são falsificações de expressões culturais tradicionais feitas pelos beneficiários previstos no artigo 2; (iv) todo uso que desacredite ou ofenda ou sugira uma falsa vinculação com os beneficiários que se definem no artigo 2, ou os menospreze ou desprestige. (...)”. (tradução nossa)

²⁴ Cf. HARDIN, Garrett. *The tragedy of the commons*. In: Science, vol. 162, 1968, p. 1243-1248.

²⁵ Ver OSTROM, Elinor. *El gobierno de los bienes comunes. La evolución de las instituciones de acción colectiva*. México: FCE, UNAM, IIS, 2011.

Observemos o olhar que lançamos ao pajé quando ele entrega um chá para um índio doente. Na visão simplista – e não dizemos isso de forma pejorativa, pois talvez seja a única maneira que nossa cultura permita que vejamos, mas não significa que devamos aceitá-la e deixar de buscar novos pontos de vista –, a infusão de uma planta com determinada propriedade é dada ao integrante de determinada aldeia para curá-lo. Mas, já sabemos que não se trata somente disso. Há inúmeros outros elementos ignorados, a começar pelo ritual envolvido, pela evocação dos ancestrais, pelo canto, pela dança e pela própria entrega do chá, que é acompanhada por toda a tribo. Para nós, podem nada significar, mas para as comunidades tradicionais podem representar muito mais do que o elemento orgânico curativo contido no chá²⁶.

Propomos, assim, uma reflexão sobre o próprio objeto que os direitos de propriedade intelectual pretendem tanto proteger. Quaisquer instrumentos de proteção deverão equalizar, equilibrar e ponderar os direitos envolvidos, por meio de um diálogo aberto e sincero com as comunidades tradicionais, que muitas vezes querem, apenas, ser respeitadas e ter suas práticas "valorizadas" - e não "valoradas" economicamente -, sem que seja necessário conferir um direito de uso exclusivo por mecanismos de propriedade intelectual.

O sistema que imaginamos como mais adequado para proteger as expressões culturais insere as comunidades tradicionais no processo como agentes ativos e plenamente conhecedores de suas necessidades e considera o dinamismo de sua produção cultural.

Apesar de os bens imateriais baseados na informação e no conhecimento (como é o caso das expressões culturais tradicionais) não serem naturalmente escassos, razão pela qual não há que se falar em “tragédia” para esses bens, a introdução de direitos de propriedade intelectual nas comunidades tradicionais, ao criar escassez artificial, pode conduzir à “tragédia” dos mesmos.

Portanto, os direitos de propriedade intelectual não são, em nossa opinião, adequados para proteger as expressões culturais de comunidades tradicionais porque representam a forma por meio da qual o sistema capitalista as transforma em mercadoria com o intuito de torná-las negociáveis, sem levar em consideração características intrínsecas ao “produto final” (imbuído de valor simbólico e sentimental) e sem ouvir as próprias comunidades.

As expressões culturais que compõem o patrimônio imaterial das comunidades tradicionais não precisam de proteção para impedir o seu uso “não autorizado”. Essas expressões sempre foram livres e assim devem continuar. Precisam, isso sim, de identificação para que, por meio de instrumentos de política pública (e não de propriedade intelectual) possam ser acompanhadas e

²⁶ A esse respeito, sugerimos a leitura de VILLAS-BÔAS, Orlando. *A arte dos pajés*. São Paulo: Editora Globo, 2000.

apoiadas em nome do direito à diversidade cultural²⁷. Neste sentido, o já citado Decreto Federal 3.551/2000, ao criar o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial, disponibilizou ferramentas interessantes.

Como os mecanismos de identificação atualmente existentes não têm como intuito estabelecer um direito de uso exclusivo das expressões culturais, não há criação de escassez artificial, o que, por sua vez, acaba gerando menor impacto interno para as comunidades tradicionais, as quais poderão continuar se valendo de suas informações e conhecimentos para a criação de novas expressões culturais.

Bibliografia

BATESON, Gregory. *Steps to an ecology of mind*. New York: Ballantine Books, 1972.

CARBONI, Guilherme. *Direito autoral e autoria colaborativa na economia da informação em rede*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

CASTELLS, Manuel. *A era da informação: economia, sociedade e cultura*, Vol. I: A sociedade em rede. 6ª ed.. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CAVALCANTI, Maria Laura Viveiros de Castro; FONSECA, Maria Cecília Londres. *Patrimônio imaterial no Brasil*. Brasília: UNESCO, Educarte, 2008.

CORSANI, Antonella. *Elementos de uma ruptura: a hipótese do capitalismo cognitivo*. In: *Capitalismo cognitivo: trabalho, redes e inovação* (Giuseppe *et al* org.). Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

DANTAS, Marcos. “Pirataria”... ou as razões da informação? Brasília: Revista Reportagem, 1º de outubro de 2003.

DIEGUES, Antonio Carlos; ARRUDA, Rinaldo S. V. *Saberes tradicionais e biodiversidade no Brasil*. Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, São Paulo: COBIO, NUPAUB, 2000.

GORZ, André. *O imaterial: conhecimento, valor e capital*. São Paulo: Annablume, 2005.

²⁷ Esse é o entendimento da Comissão Interinstitucional e do Grupo de Trabalho Patrimônio Imaterial do IPHAN: “O patrimônio imaterial não requer ‘proteção’ e ‘conservação’ – no mesmo sentido das noções fundadoras da prática de preservação de bens culturais móveis e imóveis –, mas identificação, reconhecimento, registro etnográfico, acompanhamento periódico, divulgação e apoio. Enfim, mais documentação e acompanhamento e menos intervenção” (*Os sambas, as rodas, os bumbas, os meus e os bois. A trajetória da salvaguarda do patrimônio cultural imaterial no Brasil*. P. 21. Texto integral disponibilizado em 2006, pelo IPHAN, no endereço eletrônico <http://portal.iphan.gov.br/portal/montarDetalheConteudo.do?id=13237&sigla=Noticia&retorno=detalheNoticia>, conforme consulta realizada em 19 de maio de 2012).

HARDIN, Garrett. *The tragedy of the commons*. Science, vol. 162, 1968, p. 1243-1248.

LESSIG, Lawrence. *The future of ideas. The fate of the commons in a connected world*. New York: Random House, 2001.

MAUSS Marcel. *Ensaio sobre a dádiva. Forma e razão da troca nas sociedades arcaicas*. In: Sociologia e Antropologia. São Paulo: Cosac & Naify, 2003.

OSTROM, Elinor. *El gobierno de los bienes comunes. La evolución de las instituciones de acción colectiva*. México: FCE, UNAM, IIS, 2011.

SEGNINI, Liliana R. Petrilli. *O que é a mercadoria*. São Paulo: Brasiliense, 1984.

SHANNON, Claude; WEAVER, Warren. *The mathematical theory of communication*. 6ª ed.. Urbana: University of Illinois, 1975.

SHIVA, Vandana. *Biopirataria. A pilhagem da natureza e do conhecimento*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001.

VILLAS-BÔAS, Orlando. *A arte dos pajés*. São Paulo: Editora Globo, 2000.