

# A PROTEÇÃO JURÍDICA DE EXPRESSÕES CULTURAIS DE POVOS INDÍGENAS NA INDÚSTRIA CULTURAL

Victor Lúcio Pimenta de Faria

A PROTEÇÃO JURÍDICA  
DE EXPRESSÕES CULTURAIS  
DE POVOS INDÍGENAS  
NA INDÚSTRIA CULTURAL

**Victor Lúcio Pimenta de Faria**

Centro de Documentação e Referência Itaú Cultural

Faria, Victor Lúcio Pimenta de.

A proteção jurídica de expressões culturais de povos indígenas na indústria cultural / organização da coleção Lia Calabre. – São Paulo : Itaú Cultural : Iluminuras, 2012.

148 p. – (Rumos Pesquisa)

ISBN 978-85-7979-030-0

1. Cultura indígena 2. Arte indígena. 3. Indústria cultural. 4. Direito autoral. Título.

CDD 305.8



# A PROTEÇÃO JURÍDICA DE EXPRESSÕES CULTURAIS DE POVOS INDÍGENAS NA INDÚSTRIA CULTURAL

**Victor Lúcio Pimenta de Faria**

São Paulo, 2012



**Itaú  
cultural**

Itaú Cultural  
ISO 9001  
ADMINISTRAÇÃO DE VERBAS



**ILUMINURAS**

Ministério da  
Cultura

**BRASIL**  
PAÍS RICO E PAÍS SEM POBREZA

## **DEDICATÓRIA**

*Este estudo é dedicado aos povos indígenas brasileiros, que, em pleno século XXI, criam e recriam as suas expressões culturais tradicionais.*

## AGRADECIMENTOS

À professora Andréa Borghi Moreira Jacinto, que orientou esta pesquisa com a habilidade e a alquimia que somente possuem os verdadeiros professores.

Ao meu amor, Dio, e à sua maravilhosa capacidade de absorver novos elementos na recriação de nossa vida conjunta.

Às professoras Rosangela Pereira de Tugny e Glauro Lucas, que despertaram a minha curiosidade e me lançaram na prática de muitas reflexões desenvolvidas neste estudo. A admiração e o respeito que tenho pelos povos indígenas e pelas comunidades culturais se devem, em grande medida, às práticas, ao carinho e à deferência que observei em seus trabalhos.

Aos colegas de mestrado Sheilla Borges Dourado e Alex Justos da Silveira, que foram capazes de insuflar ânimo onde parecia não haver mais vontade.

Às amigas da Rede Norte de Propriedade Intelectual, Biodiversidade e Conhecimento Tradicional, fonte constante de aprendizado e de vivências de muitas discussões examinadas neste estudo.

Ao Samuel, ao Luca e ao Francisco, para que – em qualquer opção que façam – se animem com os estudos ao longo de toda a vida.

A papai, mamãe, irmãozinho, irmãzinha, tia Miri, tia Lu, Gil, Maria Fernanda, Breno, Nina, Matias, dona Glória, seu Chico, Ró, Fabrícia, Flavinha, Fábio Santos, Coquinho, Mateus, Digo, Claudinho, Nino, Pimentel, Lenda, Bruno Faria, Alessandra Barros e João Carlos, compadres e comadres, que estiveram – cada um do seu jeito – afetivamente presentes durante a jornada.

Ao Serviço Público Federal, que me concedeu horário especial de servidor-estudante para cursar as disciplinas do mestrado, origem desta publicação.

## LISTA DE ILUSTRAÇÕES

**Figura 1** Esquema geral da Portaria da Funai nº 177 sobre direitos autorais

**Figura 2** *Aramari Jiboia Aramari*. Arte de Siro Wajãpi, 2000-01

# SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO .....	15
ANTELÓQUIO .....	18
<b>I – INTRODUÇÃO .....</b>	<b>19</b>
<b>II – A PLENÍSSIMA POTESTADE DOS REIS DE COROA DE PENAS .....</b>	<b>39</b>
<b>III – A PROTEÇÃO JURÍDICA DE EXPRESSÕES CULTURAIS DE POVOS INDÍGENAS SOB O ESTALÃO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL .....</b>	<b>53</b>
<b>3.1 – A propriedade intelectual é um livro que ainda não foi fechado .....</b>	<b>54</b>
<b>3.2 – As origens do direito autoral .....</b>	<b>59</b>
<b>3.3 – Direitos autorais na indústria cultural .....</b>	<b>65</b>
<b>3.4 – Existe um direito autoral indígena? .....</b>	<b>73</b>
3.4.1 – Um caso hipotético para examinar o problema da representação da titularidade .....	80
3.4.2 – A proteção <i>sui generis</i> .....	84
<b>IV – A PROTEÇÃO JURÍDICA DE EXPRESSÕES CULTURAIS DE POVOS INDÍGENAS SOB O ESTALÃO DA DIVERSIDADE CULTURAL .....</b>	<b>91</b>
<b>4.1 – “Cultura” em um caleidoscópio .....</b>	<b>92</b>
<b>4.2 – A ideia de cultura em regulações jurídicas .....</b>	<b>95</b>
<b>4.3 – Indústria e proteção da diversidade das expressões culturais .....</b>	<b>102</b>
<b>4.4 – Proteção da diversidade das expressões culturais de povos indígenas no Brasil .....</b>	<b>109</b>
<b>V – CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>125</b>
POSFÁCIO .....	132
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	137

## COLEÇÃO RUMOS PESQUISA

O campo cultural como objeto de pesquisa apresenta uma singularidade: de um lado, há escassez de coleta de dados e de análises consistentes sobre dados já coletados; de outro, são poucos os canais para a circulação de resultados, trocas e reflexões.

Com o intuito de colaborar para a mudança desse cenário e visando ampliar o acesso à produção de conhecimento em torno de dados coletados por pesquisadores do campo cultural, o edital 2010-2011 do programa Rumos Pesquisa está organizado em duas categorias de premiação: uma, voltada para pesquisa desenvolvida por estudiosos ligados a programas de pós-graduação – Pesquisa Acadêmica Concluída; outra, voltada para o financiamento a projetos de estudo independentes, sem a obrigatoriedade de o pesquisador estar vinculado a programas acadêmicos de pós-graduação – Pesquisa Aplicada.

Ao todo foram inscritos 706 trabalhos. Uma comissão independente e autônoma, formada por pesquisadores, gestores e professores universitários, reuniu-se ao longo de um mês, em vários encontros presenciais, e leu e avaliou minuciosamente as propostas. Dos trabalhos premiados, as quatro pesquisas acadêmicas concluídas agora são publicadas em forma de livro, numa linguagem mais acessível ao amplo conjunto de leitores a que se destinam, constituindo a *Coleção Rumos Pesquisa Gestão Cultural*.

Neste volume, apresentamos o título *A Proteção Jurídica de Expressões Culturais de Povos Indígenas na Indústria Cultural*, de Victor Lúcio Pimenta de Faria. O livro é um estudo sobre as formas de expressão cultural dos índios, seus modos de criar, fazer e viver ante as criações e apropriações da indústria cultural e sobre as perspectivas de proteção do direito autoral e da diversidade das expressões culturais a partir do conceito adotado pela Unesco.

Os outros três títulos que compõem a série são: *Os Cardeais da Cultura: O Conselho Federal de Cultura na Ditadura Civil-Militar (1967-1975)*, de Tatyana de Amaral Maia; *Por uma Cultura Pública: Organizações Sociais, Oscips e a Gestão Pública Não Estatal na Área da Cultura*, de Elizabeth Ponte; e *Discursos, Políticas e Ações: Processos de Industrialização do Campo Cinematográfico Brasileiro*, de Lia Bahia.

O Observatório Itaú Cultural elabora o programa Rumos Pesquisa como um instrumento de incentivo à investigação e coleta de informações culturais e de divulgação de resultados provenientes dessas ações. E, segundo seu ideário, a ampla visibilidade dos estudos é o caminho para fortalecer debates e consolidar conhecimentos.

### Milú Villela

## APRESENTAÇÃO

O convite à leitura do trabalho de Victor Lúcio Pimenta de Faria é também um convite ao encontro de um tema tão importante quanto nebuloso. A proteção jurídica de expressões culturais indígenas, de suas formas de expressão, de seus modos de criar, fazer e viver, propõe ao direito uma série de desafios – como o de se reinventar diante de sujeitos coletivos de direito e diante de relações com a criação intelectual que não cabem na noção de propriedade nem na ideia da autoria assentada na propriedade e no indivíduo, ou tampouco na noção de domínio público. Este livro enfrenta o tema diante do contexto da indústria cultural e do mercado, observando-o em alguns de seus aspectos mais contraditórios. Se esse é um caminho tortuoso, Victor procurou, ao mesmo tempo, percorrê-lo deixando sua análise ser tomada pela beleza, ora leveza, por humor, cores e sons que atravessam as noções de expressão ou conteúdo cultural, quando observadas em mundos habitados. Rer ler seu trabalho para esta apresentação foi, também por isso, razão de alegria.

Escrito originalmente como dissertação de mestrado, foi apresentado ao Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas. A notícia de que tinha sido selecionado pelo Rumos Pesquisa 2010-2011 foi comemorada entre os que acompanharam e participaram de algum modo de seu projeto, como eu, colegas, professores e amigos do mestrado e outras redes que passam por Manaus, ligadas a questões pertinentes a povos indígenas e tradicionais, a direitos intelectuais, à produção de conhecimentos e saberes em diferentes contextos, tradições e práticas.

Entre as razões da complexidade de seu objeto estão as tensões e contradições entre dois subsistemas jurídicos, observados por Victor pelas perspectivas do “estalão da propriedade intelectual” e do “estalão da diversidade cultural”, principalmente em relação ao mercado e à indústria cultural. Após introduzir e situar sua perspectiva e pressupostos analíticos, seus dois capítulos centrais buscam mergulhar na lógica de cada um desses subsistemas. A proteção dos direitos de propriedade intelectual é analisada, entrelaçando-se à observação de aspectos históricos do modelo, elementos do quadro contemporâneo, a partir da Organização Mundial do Comércio, do acordo Trips, dos contrapontos estabelecidos com a Convenção 169 da OIT e a Convenção sobre a Diversidade Biológica; ou, no caso brasileiro, da Portaria nº 177 da Funai. A proteção jurídica de expressões culturais dos povos indígenas é analisada, por sua vez, inicialmente tentando se movimentar entre debates teóricos sobre a ideia de cultura



e o tratamento dado por regulações jurídicas à ideia de cultura. Esse percurso toma documentos internacionais, como a Declaração Universal da Diversidade Cultural e a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, bem como os principais documentos no ordenamento jurídico brasileiro a respeito: os artigos da Constituição Federal de 1988 relativos ao patrimônio cultural e aos povos indígenas; o Decreto nº 3.551, que institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial; o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e um de seus instrumentos centrais, o Inventário Nacional de Referências Culturais.

O que poderia ter se tornado um texto de caráter mais normativo e técnico, até dogmático, vai se transformando e se humanizando pelo olhar descortinado. Logo de início, Victor Lúcio narra ao leitor sua entrada no tema, contando sobre experiências e dilemas enfrentados entre a atuação como advogado em um escritório de propriedade intelectual, em Belo Horizonte, e o Congado e Reinado de Nossa Senhora do Rosário, em Contagem, Minas Gerais. A primeira pessoa, conjugação tão controlada e evitada em trabalhos acadêmicos, é caminho para contar também uma história de conhecimento em relação ao mundo e às coisas do direito.

Sua escrita, que acompanhei como orientadora do trabalho, foi um esforço contra as “caixinhas” que os formalismos acadêmicos e metodológicos muitas vezes acabam por conduzir o pensamento. Essa direção entrelaça-se também ao exercício de pensar sobre sistemas normativos, ora no direito internacional, ora no direito do Estado, no caso do Brasil, sobretudo, considerando estruturas de poder e controle, organizações e estruturas, agências e arenas de controle e confronto. O movimento na análise aparece pelas escolhas teóricas que fez e também pelos casos e situações descritos, centrados em desafios que são para o direito e são também para os povos indígenas. Entre eles, os pontos já mencionados relativos a sujeitos coletivos de direito; à profusão e à diversidade de referências e contextos de sociedades e culturas indígenas; à noção de propriedade, à indústria cultural; ou às razões de mercado. Embora não tenha realizado uma pesquisa de campo, Victor busca refletir com base em situações ligadas a povos específicos, em suas relações com o Estado e o mercado. Entre eles estão os Wajãpis, no Amapá, com base na discussão de Gallois sobre a “etnificação dos bens culturais indígenas”; os Kisêdjês, no Xingu, com base no relato sobre a campanha publicitária com Gisele Bündchen e o lançamento de uma sandália; ou os Tikunas, seu ritual da moça nova e sua dança e o Corpo de Baile do Amazonas.

O texto de Victor traz também o desejo inicial de seu autor de refletir não somente sobre povos indígenas diante dessa proteção jurídica, mas também sobre outros grupos e povos tradicionais. Indicam essa tendência referências como as do já citado congado, ou sobre a viola de cocho, e sua perturbadora situação jurídica enquanto bem cultural reconhecido no Livro de Registro dos Saberes e seu registro como marca mista no Instituto Nacional de Propriedade Intelectual. Essas outras referências e situações representam, de certo modo, também a porosidade das relações entre grupos e mercados, a dimensão das redes, as agências dos sujeitos e os imperativos do mercado ou do Estado presentes nos debates e embates. Ao trazer, para pensar realidades indígenas diante do mercado e do Estado, situações referidas ao Creative Commons, à perpetuação da propriedade intelectual em torno de Mickey Mouse ou ao interesse sobre ringtones, o texto oferece uma visão sobre cultura em movimento, vivida, reproduzida e reinventada em relações sociais e materiais entre grupos. Essa visão denota um diálogo com a sociologia, a antropologia e outras ciências sociais que são apresentadas não de modo estanque, mas que participam da construção do seu objeto jurídico, formado não na abstração da norma, mas entrelaçado aos mundos de pessoas e práticas.

Ao leitor que atua nesse campo ou ao leitor que queira nele se iniciar, o trabalho de Victor poderá mostrar as pedras do caminho e as dificuldades e os obstáculos colocados diante da “proteção jurídica de expressões culturais de povos indígenas na indústria cultural”. Mas, bem, lembra ao leitor que estará acompanhado por um autor que tem o dom de fazer com que se tenha vontade de seguir a trilha e continuar na busca por outros horizontes sociais e jurídicos.

**Andréa Borghi Moreira Jacinto**

Antropóloga e professora do Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental

Universidade do Estado do Amazonas

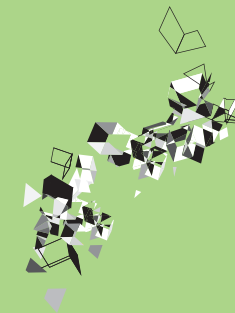
## ANTELÓQUIO

Esta publicação tem a sua origem na dissertação A Proteção Jurídica de Expressões Culturais de Povos Indígenas na Indústria Cultural, trabalho de conclusão do mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas (PPGDA/UEA). A pesquisa, iniciada em 2007 e desenvolvida junto à linha Direitos da Sócio e Biodiversidade do PPGDA/UEA, foi apresentada para defesa oral em Manaus no dia 21 de outubro de 2009.

Em novembro de 2010 o Instituto Itaú Cultural divulgou a seleção da dissertação como um dos quatro trabalhos agraciados com o prêmio concedido pela Carteira Pesquisa Acadêmica Concluída do seu programa Rumos Pesquisa, biênio 2010-2011.

Em meados de 2011 reordenou-se a dissertação para este novo e presente formato, fruto do prêmio granjeado. Procurou-se respeitar o texto original – avaliado tanto pela banca examinadora do mestrado quanto pela comissão de seleção estabelecida pelo Instituto Itaú Cultural – ao mesmo tempo que se tentou, tanto quanto possível, deixar a sua leitura mais agradável, incorporando notas mais extensas ao corpo do texto, explicitando abreviações ou oferecendo o limite temporal dos dados apresentados.

## I INTRODUÇÃO



## I – INTRODUÇÃO

Victor Lúcio Pimenta de Faria

Os antecedentes que me levaram a refletir sobre a proteção jurídica discutida neste estudo datam de 1999. Naquela época, recém-formado em direito, estabeleci em Belo Horizonte, Minas Gerais, um escritório especializado em propriedade intelectual e uma agência de gestão e registro desses direitos, a Insígnia Marcas, Patentes e Direitos Autorais SC Ltda.

Naquele mesmo período uma amiga musicóloga, Glaura Lucas, que realizava a sua dissertação de mestrado sobre o congado mineiro na USP<sup>1</sup>, me procurou pedindo orientações que auxiliassem uma comunidade de congadeiros a celebrar contrato com uma editora musical. A editora, especializada em expressões culturais tradicionais, estava interessada nas músicas que compunham os rituais do Reinado de Nossa Senhora do Rosário, que é a principal tradição do congado. Tive a oportunidade de conferir parte desse reinado e de participar da sua festa de cores, fogos de artifício, sinos, apitos, rezas, ladainhas e tambores que ecoaram naquele domingo, na periferia de Contagem, em Minas Gerais. O congado, bonito e cheio de significados, se recria anualmente por intermédio dos corpos, das expressões e da fé da comunidade que a pesquisadora auxiliava e também por todos os grupos dessa tradição religiosa e cultural.

Os rituais do Reinado de Nossa Senhora do Rosário, ou Congado, constituem uma das mais importantes expressões da religiosidade e da cultura afro-brasileira presentes em Minas Gerais. A cada ano, sob o comando dos tambores, das caixas e demais instrumentos, milhares de pessoas, das pequenas vilas à capital, cantam e dançam sua fé, prestando homenagens a Nossa Senhora do Rosário, aos seus antepassados e aos santos de sua

1 A dissertação de mestrado “Os Sons do Rosário – Um Estudo Etnomusicológico do Congado – Arturos e Jatobá” foi apresentada em abr. 1999 ao Departamento de Música da Escola de Comunicação e Artes da Universidade de São Paulo e transformada em publicação em 2002: LUCAS, Glaura. *Os sons do Rosário, o congado mineiro dos Arturos e Jatobá*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002. p. 360.

devoção, sobretudo os negros, Santa Efigênia e São Benedito, reatualizando e recriando a memória ancestral<sup>2</sup>.

Na elaboração do contrato pensei em garantir, além da proteção sobre a execução e a interpretação das músicas (direitos conexos<sup>3</sup>), a proteção autoral. Verifiquei, contudo, que a autoria da maioria das músicas havia se perdido no tempo e que muitas eram interpretadas e compartilhadas por outros grupos, em outros lugares. A proteção autoral imaginada por mim poderia ser um desastre para todos os celebrantes do congado, já que a lei autoral determina a autorização prévia e expressa do autor para qualquer utilização da obra protegida<sup>4</sup>. Uma comunidade, apenas, não poderia deter direitos que pertencem a todas as outras comunidades da mesma tradição cultural religiosa, ou seja, de executar, reproduzir, divulgar, publicar e adaptar as obras daquele repertório musical específico.

Assim, resignei-me a tratar as músicas, objeto daquele contrato, como obras em domínio público. Foi o meu primeiro contato com o ainda vigente Artigo 45 da Lei de Direitos Autorais:

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

I – as de autores falecidos que não tenham deixado sucessores;

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

2 LUCAS, Glaura. *Os sons do Rosário, o congado mineiro dos Arturos e Jatobá*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002. p. 17.

3 A legislação autoral brasileira considera direitos conexos as normas de direitos de autor que se aplicam, no que couber, aos direitos de artistas, intérpretes ou executantes, dos produtores fonográficos e das empresas de radiodifusão. Artigo 89.

4 BRASIL. Lei Ordinária nº 9.610, de 19 fev. 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Publicada no *DOU* de 20 fev. 1998. Artigo 29.

A maioria dos autores daquelas músicas era desconhecida. A ressalva sobre a proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais também não ajudava muito, já que não havia na legislação nenhuma ressalva que pudesse ser aplicada. Isso tornava a minha pretensão inicial de proteção inexequível. Em outras palavras, se uma banda de *heavy metal* adaptasse uma música sagrada para os congadeiros e a colocasse no mercado musical não haveria norma jurídica específica para protegê-la de uma presumida *profanação*. A banda teria o direito da adaptação musical, apesar do provável dano que isso poderia causar à fé dos devotos congadeiros.

A legislação brasileira de direitos autorais consubstancia um conjunto de regras destinado a regular a produção e a circulação de obras intelectuais (artísticas, científicas e literárias). É uma legislação voltada para a proteção individual do autor, das participações individuais em obras coletivas e do mercado de obras intelectuais. Regula as relações que envolvem negócios entre autores e aqueles que comercializam, por qualquer meio ou forma, as criações do espírito protegidas, sejam elas obras de engenho, sejam de arte.

A maior preocupação do legislador ao atualizar a lei autoral anterior<sup>5</sup> parece ter sido a manutenção dos privilégios autorais à indústria que se vale desses conteúdos, diante da nova realidade criada pela tecnologia, que revoluciona as formas de comunicação e difusão das obras intelectuais. A legislação atual diz muito pouco sobre as obras do congado com que eu lidava naquele momento. Tais músicas pertencem a uma matriz cultural específica e compartilhada. São obras intelectuais que possuem uma dimensão coletiva que a legislação autoral desconhece. São frequentemente de autoria desconhecida e criadas originalmente sem o objetivo de comercialização ou de difusão fora do contexto que as inspira e lhes insufla existência.

Para a legislação vigente, que toma por pressuposto único o indivíduo como sujeito da criação, obra coletiva é aquela “criada por iniciativa, organização e responsabilidade de uma pessoa física ou jurídica, que a publica sob seu nome ou marca e que é constituída pela participação de diferentes autores, cujas contribuições se fundem numa criação autônoma” (Artigo 5º, VII, h). Quando trata do domínio público a regra é a do já citado Artigo 45, que remete a proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais para fora da legislação autoral.

5 BRASIL. Lei Ordinária nº 5.988, de 14 dez. 1973. Regula os direitos autorais e dá outras providências. Publicada no *DOU* de 18 dez. 1973.

As expressões culturais manifestadas pelo congado geram criações do espírito protegidas<sup>6</sup>. Assim como as expressões culturais dos povos indígenas, que também geram criações do espírito protegidas. Tais obras possuem características peculiares e constituem um acervo de obras criadas sob a inspiração de um contexto coletivo. Um contexto coletivo totalmente ignorado pela legislação autoral. As criações do espírito originadas nesses contextos delimitam características peculiares justamente em razão de seu contexto. Muitas vezes seus *autores* não nutrem sentimentos de posse sobre tais criações ou, mesmo, elas são compreendidas como dádivas divinas que devem ser ofertadas e cuja propriedade não pode ser reivindicada. São obras que possuem uma noção de autoria diferente dos critérios adotados pela legislação autoral. São obras coletivas totalmente diversas do conceito de obra coletiva da legislação autoral.

Este trabalho, no seu primeiro esboço, trataria das expressões culturais tradicionais, abrangendo não somente as expressões dos povos indígenas como de quilombolas e outras comunidades e grupos tradicionais. No entanto, durante o processo de qualificação, verificou-se que o cronograma estipulado não seria suficiente para cobrir todas as questões propostas envolvendo outras comunidades e grupos. Optou-se pela redução do escopo, recortando a proteção jurídica sobre as expressões culturais de povos indígenas.

As expressões culturais dos povos indígenas consubstanciam obras intelectuais vivas e dinâmicas, que representam um universo criativo heterogêneo, fluido e compartilhado, em que seus agentes vão construindo o conhecimento por meio dos diálogos e embates de seu próprio contexto cultural. E a importância do livre trânsito e compartilhamento de repertórios, expressões, sentidos, conhecimentos, adaptações e versões torna ainda mais complexas as suas relações com a propriedade intelectual e as possibilidades jurídicas de proteção.

A análise dessa realidade toca questões relacionadas à proteção dos direitos de propriedade intelectual, mas também pressupõe a incidência de direitos que asseguram a diversidade cultural. Esses dois microsistemas legais definem o *locus* da proteção jurídica que se procura verificar.

6 A lei autoral brasileira define as obras intelectuais protegidas como as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro.

Essa análise da proteção jurídica das expressões culturais de povos indígenas na indústria cultural vai se valer do conceito de expressões culturais adotado pela Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais da Unesco<sup>7</sup>. Tal convenção compreende as expressões culturais como as expressões – portadoras de conteúdo cultural – resultantes da criatividade de indivíduos, grupos e sociedades. Conteúdo cultural, por sua vez, refere-se tanto ao caráter simbólico quanto à dimensão artística e aos valores culturais que têm por origem ou expressam identidades culturais.

O sujeito criador de expressões culturais para o nosso estudo são os povos indígenas. Interessa-nos a dimensão coletiva de tais expressões culturais. E tanto melhor assim, pois o direito somente muito recentemente reconheceu essa dimensão. O Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.087, de 11 de setembro de 1990, enriqueceu o ordenamento jurídico brasileiro com os seguintes dispositivos sobre interesses e direitos difusos e coletivos:

Artigo 81 A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeito deste Código, os transindividuais de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

A manifestação da criatividade individual sempre foi o foco privilegiado da proteção jurídica, como será visto no capítulo destinado ao exame da propriedade intelectual. Entretanto, não há como pensar a proteção jurídica de expressões culturais indígenas fora da perspectiva de um direito coletivo. “O próprio pensamento indígena é um pen-

7 O texto dessa convenção foi ratificado pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 485, de 2006.

samento circular, que faz de tudo o mesmo movimento. É um pensamento holístico e não fragmentado. É um pensamento coletivo, pois o holístico e a totalidade se contrapõem ao fragmentado e à compartimentação”<sup>8</sup>.

Assim, tendo como sujeito criador os povos indígenas, nossa atenção se volta para os instrumentos jurídicos que vão incidir na proteção de histórias e da literatura baseada na tradição oral desses povos, dos grafismos, dos rituais, das músicas, dos ritmos e das danças, do artesanato e da tecnologia da produção de artefatos, instrumentos e utensílios, dos símbolos e dos sinais que distinguem e expressam identidades.

Para estruturar o diálogo pretendido, os instrumentos jurídicos que vão incidir na proteção das expressões culturais indígenas serão agrupados e analisados em dois blocos: o primeiro, relacionado à proteção dos direitos de propriedade intelectual. O segundo, relacionado aos direitos que asseguram a diversidade cultural.

Reconhecer os povos indígenas como sujeitos criadores de expressões culturais importa admitir a titularidade de alguns direitos sobre tais acervos. Em ambientes econômicos específicos esses direitos assumem um papel ativo, tendo, dentre outras, a função de redistribuidor de riquezas. Derani assinala esse papel do direito:

Hoje, já se constatou que a mera intervenção do direito como corretor de falhas eventuais não é mais suficiente. O papel mais ativo e empreendedor que ele vem assumindo atribui-se ao fato de que tomou para si uma função de redistribuidor de riquezas, objetivando a diminuição de problemas e diferenças sociais, decorrentes da livre negociação. Tal atividade do direito é hoje um fato incontestável. A sociedade contemporânea não consegue imaginar-se prescindindo dessa atividade social do direito, destinada a ordenar e prescrever atividades estatais, com vistas à conservação da dinâmica reprodutiva do capital, própria do sistema capitalista<sup>9</sup>.

8 MUNDURUKU, Daniel. *As riquezas culturais: respeito e proteção aos conhecimentos tradicionais*. São Paulo: Associação Paulista da Propriedade Intelectual, 22 jun. 2009, 14 h. Palestra proferida no 2º painel do X Congresso Internacional de Propriedade Intelectual.

9 DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 2. ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 97.

Essa atividade social do direito, que para Derani é um fato incontestável da atualidade, vincula-se neste estudo aos povos indígenas, à proteção de suas expressões culturais. Essa proteção, para fins do recorte epistemológico, será pensada e projetada na ideia de indústria cultural.

Em 2005, a Unesco adotou um conceito de indústria cultural na Convenção sobre a Proteção e a Promoção da Diversidade das Expressões Culturais. Para os fins dessa convenção, ficou entendido que “indústrias culturais referem-se às indústrias que produzem e distribuem bens e serviços culturais, tais como definidos no parágrafo 4”. Já o parágrafo 4 define que atividade, bens e serviços culturais se referem “às atividades, bens e serviços que, considerados sob o ponto de vista da sua qualidade, uso ou finalidade específica, incorporam ou transmitem expressões culturais, independentemente do valor comercial que possam ter. As atividades culturais podem ser um fim em si mesmas, ou contribuir para a produção de bens e serviços culturais”.

Indústria cultural (*Kulturindustrie*) é uma ideia originalmente forjada e discutida na década de 1940 pelos filósofos e sociólogos alemães Theodor Adorno (1903-1969) e Max Horkheimer (1895-1973), na obra *Dialética do Esclarecimento*<sup>10</sup> (*Dialektik der Aufklärung: Philosophische Fragmente*). O termo indústria cultural aparece no capítulo A Indústria Cultural: O Esclarecimento como Mistificação das Massas (*Kulturindustrie: Aufklärung als Massenbetrug*) e é cunhado para realizar uma abordagem essencialmente crítica da produção e da função da cultura no capitalismo. O citado capítulo é um radical ataque à influência do capitalismo na cultura, e a obra *Dialética do Esclarecimento* é tradicionalmente considerada a baliza histórico-filosófica da Escola de Frankfurt<sup>11</sup>, onde se desenvolveu a chamada Teoria Crítica da Sociedade<sup>12</sup>.

Os autores da *Dialética do Esclarecimento* criam o conceito de indústria cultural para criticar a conversão da cultura em mercadoria. Na indústria cultural tudo se torna negócio, e na cultura contemporânea a tudo se confere um ar de semelhança. Para

10 ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. *Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1985. p. 223. A obra foi publicada pela primeira vez em 1947, pela Editora Querido, em Amsterdã.

11 FREITAS, Verlaïne. Indústria cultural: o empobrecimento narcísico da subjetividade. *Kriterion*. Belo Horizonte, n. 112, p. 332-344, dez. 2005.

12 HORKHEIMER, Max. Teoria tradicional e teoria crítica. In: *Benjamin, Max. Adorno, Habermas*. Tradução de Edgard A. Malagodi e Ronaldo Pereira Cunha. São Paulo: Abril Cultural, 1980. (Col. *Os Pensadores*).

Adorno e Horkheimer, os veículos e as tecnologias utilizados para a difusão cultural formariam um sistema. Eles trabalharam muitos exemplos do cinema e do rádio, que, na década de 1940, eram tecnologias que espelhavam as suas ideias de produção cultural. Mesmo no cenário tecnológico hodierno, as ideias dos autores permanecem úteis. “Elas constituem uma teoria que atribui à verdade um núcleo temporal, em vez de opô-la ao movimento histórico como algo imutável”<sup>13</sup>. Conquanto a impossibilidade de preverem as novas mídias, pouca coisa mudou no que concerne à lógica industrial que difunde a cultura mediante o emprego da técnica.

O cinema e o rádio não têm mais necessidade de serem empacotados como arte. A verdade de que nada são além de negócio lhes serve de ideologia. Esta deverá legitimar o lixo que produzem de propósito. O cinema e o rádio se autodefinem como indústrias, e as cifras publicadas dos rendimentos de seus diretores-gerais tiram qualquer dúvida sobre a necessidade social de seus produtos.

Para Adorno e Horkheimer a ideologia da indústria cultural é o negócio; os consumidores são divididos em grupos de renda; as qualidades e as desvantagens dos produtos servem apenas para manifestar uma aparência de concorrência e possibilidades de escolha; a linguagem musical, pictórica e verbal é traduzida numa unidade e acolhida nas formas dominantes da universalidade. Essa é a unidade implacável da indústria cultural, que permanece a indústria da diversão, em louvor do progresso técnico, nas construções das corporações internacionais.

A unidade evidente demonstra para os homens o modelo de sua cultura: a falsa identidade do universal e do particular. Sob o poder do monopólio, toda cultura de massas é idêntica, e seu esqueleto, a ossatura conceitual fabricada por aquele, começa a se delinear.

13 ADORNO & HORKHEIMER, op.cit. Comentários dos autores sobre a nova edição alemã de *Dialética do esclarecimento*, de 1969.

A totalidade da indústria cultural consiste na repetição, na subordinação de elementos da cultura, da arte e do entretenimento. A diversão é o prolongamento do trabalho sob o capitalismo. “Ela [a diversão] é procurada por quem quer escapar do processo de trabalho mecanizado, para se pôr de novo em condições de enfrentá-lo”. Rir de alguma coisa é sempre ridicularizar.

Depreende-se da crítica que a indústria cultural organiza um sistema e que esse sistema funciona como um mecanismo econômico de seleção cultural: “A determinação comum dos poderosos executivos, de nada produzir ou deixar passar que não corresponda a suas tabelas, à ideia que fazem dos consumidores e, sobretudo, que não se assemelha a eles próprios”. Mediante seus mecanismos (de seleção, exclusão e proibição), a indústria cultural fixa uma linguagem, “com uma síntese e um léxico próprios”. A necessidade permanente de conteúdos novos permanece ligada ao velho esquema. E quem não se adapta é massacrado pela impotência econômica. “Excluído da indústria, é fácil convencê-lo da sua insuficiência”<sup>14</sup>. A standardização das técnicas de produção transforma o indivíduo (e as coletividades!) em ilusão. “[...] o indivíduo só é tolerado à medida que sua identidade sem reservas com o universal permanece fora de contestação”:

A pseudoindividualidade é um pressuposto para compreender e tirar da tragédia sua virulência: é só porque os indivíduos não são mais indivíduos, mas sim meras encruzilhadas das tendências do universal, que é possível reintegrá-los totalmente na universalidade<sup>15</sup>.

Em Adorno e Horkheimer, o termo *Aufklärung* (esclarecimento) é usado para designar o processo de “desencantamento do mundo”. Nesse processo as pessoas se libertam do medo de uma natureza desconhecida. No prefácio de 1944, anterior à publicação de 1947, os autores dizem que se propunham a “nada menos do que descobrir por

14 ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. *Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1985. p. 223 (na página 101); ADORNO, Theodor W. *Indústria cultural e sociedade*. Seleção de textos: Jorge M. B. de Almeida. São Paulo: Paz e Terra, 2002. p. 119.

15 Idem.

que a humanidade, em vez de entrar em um estado verdadeiramente humano, está se afundando em uma nova espécie de barbárie”. Quando falam de indústria cultural eles procuram demonstrar a regressão do esclarecimento à ideologia:

O esclarecimento consiste aí, sobretudo, no cálculo da eficácia e na técnica de produção e difusão. Em conformidade com seu verdadeiro conteúdo, a ideologia se esgota na idolatria daquilo que existe e do poder pelo qual a técnica é controlada.

É nesse sentido – no cálculo da técnica e do controle – que a indústria cultural vai se valer das expressões culturais de povos indígenas. E é também nesse sentido que a proteção jurídica de tais expressões vai servir somente para a apropriação dessas expressões pela indústria cultural. Nessa lógica, as regras de acesso às expressões culturais indígenas vão se prestar muito mais à segurança jurídica do usuário (a indústria) do que necessariamente à proteção das expressões ou de seus titulares.

Esse problema será levantado na medida em que descrevemos e historiamos alguns instrumentos jurídicos específicos sobre a matéria. Os efeitos dessa vinculação da cultura à indústria são a diluição daquela como um discurso vago e descompromissado veiculado pela mídia moderna. Nesse ambiente as expressões culturais indígenas poderiam se comportar da mesma maneira que os juízos de valor, segundo Adorno e Horkheimer:

Os juízos de valor são percebidos ou como publicidade ou como conversa fiada. A ideologia assim reduzida a um discurso vago e descompromissado nem por isso se torna mais transparente e, tampouco, mais fraca. Justamente sua vagueza, a aversão quase científica a fixar-se em qualquer coisa que não se deixe verificar, funciona como instrumento de dominação. Ela se converte na proclamação enfática e sistemática do existente. A indústria cultural tem a tendência de se transformar



num conjunto de proposições protocolares e, por isso mesmo, no profeta irrefutável da ordem existente.

Assim, da mesma maneira que a indústria cultural tem poderes para agregar valor a produtos mediante o emprego de expressões culturais indígenas, ela também tem poderes para tratar expressões culturais indígenas como conversa fiada. É nesse momento que expressões culturais se convertem em instrumento de dominação.

Para Adorno e Horkheimer, a indústria cultural não pode ser pensada de maneira absoluta. Ela possui uma origem histórica e, portanto, pode desaparecer – ao contrário da ideia de cultura, como será visto no capítulo dedicado ao estudo dos direitos que asseguram a diversidade cultural.

No final da década de 1960, quando os autores da *Dialética do Esclarecimento* ainda modificavam ou comentavam o texto original, eles viam como expressão da regressão do esclarecimento à ideologia o cinema e o rádio. Falaram pouco da televisão, embora profetizassem alguns mecanismos da interatividade.

[...] e se a técnica pudesse impor sua vontade, os filmes já seriam fornecidos em cada apartamento segundo o modelo do rádio. Eles já tendem para o *commercial system*. A televisão anuncia uma evolução que poderia facilmente forçar os irmãos Warner a assumir a posição, certamente incômoda para eles, de produtores de um teatro doméstico e de conservadores culturais.

E de modo notável adiantaram um estranho paradoxo: a cultura, na indústria cultural, fica tão completamente submetida à lei da troca que não é mais trocada.

Ela se confunde tão cegamente com o uso que não se pode mais usá-la. É por isso que ela se funde com a publicidade. Quanto mais destituída de sentido esta parece ser no regime de monopólio, mais todo-poderosa ela se torna. Os motivos são marcadamente econômicos. Quanto maior é a certeza de que se poderia viver sem toda essa indústria cultural, maior a saturação e a apatia que ela não pode deixar de produzir entre os consumidores.

A publicidade é o elixir da vida da indústria cultural. Para Adorno e Horkheimer, a publicidade consolida os grillhões que encadeiam os consumidores às grandes corporações. “Tudo aquilo que não traga o seu sinete é economicamente suspeito.” É esta a lógica: apesar de todo o progresso da técnica, “o pão com que a indústria cultural alimenta os homens continua a ser a pedra da estereotipia”. E as expressões culturais de povos indígenas participam cada vez mais desse processo alimentar. Para ficar num único exemplo relacionado à publicidade, em 2006, uma produção de proporções épicas levou a modelo internacional Gisele Bündchen até uma aldeia do povo Kisêdjê no Parque Indígena do Xingu, localizado no nordeste do estado de Mato Grosso. A modelo *estrelou* uma campanha publicitária de sandálias de borracha. A campanha associava a imagem da modelo à de uma grande iniciativa ambiental do Instituto Socioambiental (ISA) para a conservação das cabeceiras do Rio Xingu, o projeto Y Ikatu Xingu (Salve a Água Boa do Xingu). Essa associação de imagens e interesses comerciais e ambientais se estabeleceu mediante o uso publicitário de grafismos, pinturas corporais, danças, trajes, arquitetura, utensílios, música e rituais do povo Kisêdjê. Segundo os idealizadores da campanha:

Dentre as tribos afetadas, os Kisêdjê foram os escolhidos para este projeto. Eles são conhecidos pelas suas músicas, aprendidas com os seres e espíritos que, segundo suas tradições, habitam aquelas terras, por suas manifestações de ideais de beleza, pela sua vida harmoniosa em comunidade e pela integração dos dois mundos que os cercam: o humano e o não humano. Além disso, lutam pela integridade do seu território e contra a ocupação desordenada das cabeceiras do Rio Xingu. A escolha dos Kisêdjê foi o segundo passo.



Em abril, começou a terceira etapa: o produto da Grendene começava a ser desenhado. Durante três dias, oficinas de grafismos em plena tribo Kisêdjê, envolvendo os próprios índios, começavam a definir os padrões que seriam usados nas sandálias. *Anhi ro roptxi* (“[fiz] uma onça em mim mesmo”), *tepsók nhõ sôgô* (“pintura do botoque”) e *anhi ro küntêmtêm* (“[fiz] uma espiral em mim mesmo”) foram os selecionados.

Projeto escolhido, tribo selecionada, sandálias em produção, hora de levar Gisele Bündchen até a aldeia Kisêdjê. A produção do filme consumiu 3 meses e ele foi rodado em 5 dias.

Priorizando a veracidade do filme, não há atores ou figurinos preparados. Os atores são os índios da própria aldeia usando unicamente trajes característicos de festas e rituais. A trilha também é autêntica, composta e tocada por eles. Até a Ipanema que aparece nos pés da Gisele tem um toque Kisêdjê: os 3 grafismos obtidos na tribo dominam toda a superfície da sandália [...]¹⁶.

Tanto técnica quanto economicamente, a publicidade e a indústria cultural se confundem enquanto as demandas da última vão sendo mediadas pela primeira. E novas demandas brotam com as mesmas facilidades com que hoje surgem novas possibilidades técnicas.

Na aldeia São Pedro, do povo Xavante, em Mato Grosso do Sul, seis canções típicas da etnia¹⁷ estão disponíveis na forma de toques de celular (ringtones) para clientes de diversas operadoras desse tipo de telefonia. As canções podem ser escutadas no site <http://g1.globo.com/Noticias/0,,11F1341-6174,00.html>¹⁸.

16 Disponível em: [http://sitedaw.com.br/campanhas/content/ikatu\\_xingu.wbr](http://sitedaw.com.br/campanhas/content/ikatu_xingu.wbr). Acesso em: 11 fev. 2009.

17 “Animação para os velhos”, “Canto de caça”, “Dança da cura”, “Darini”, “Festa das mulheres” e “Segredo dos homens”. Autoria atribuída à Associação Abadzinhorodzé. Disponível em: <http://www.cidade.usp.br/blog/catalogo-xavante>. Acesso em: 14 ago. 2009.

18 Acesso em: 14 ago. 2009.

A iniciativa é do grupo de pesquisa Cidade do Conhecimento, da USP, em convênio e colaboração com outros órgãos e instituições¹⁹:

A iniciativa parte de um projeto chamado de Cidade Móvel e foi desenvolvida pela Cidade do Conhecimento, instituição ligada à Universidade de São Paulo (USP) e o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação (ITI). Segundo os responsáveis, o conteúdo digital seria utilizado para a geração de renda e de ocupação para os membros da comunidade indígena. O projeto, que teve investimento de R\$ 930 mil do ITI, prevê o usuário baixando um desses arquivos por cerca de três reais. A comunidade Xavante receberia uma porcentagem. Segundo a reportagem, geralmente as operadoras ficam com cinquenta por cento do valor do conteúdo oferecido. Schwartz, um dos responsáveis pelo projeto, admitiu que a experiência na aldeia São Pedro foi marcada pelo choque cultural. Eles tinham que explicar e demonstrar aos índios, como os ringtones funcionavam e como poderiam ajudá-los financeiramente. “Levamos um telefone até a aldeia para mostrar exatamente como seria o projeto. Ensinaamos os participantes das oficinas a produzir o conteúdo no computador e, como eles são curiosos, tiveram facilidade para aprender a mexer com os programas”. Cerca de 20 dos 300 membros da tribo assistiram às aulas, realizadas em 2005, durante três visitas dos paulistanos à aldeia. A tribo também escolheu um índio para liderar o projeto, que visitou a USP em 2005. A comunidade autora de seis ringtones tem um PC que funciona com gerador elétrico, pois não há luz no local – essa mesma fonte de energia é utilizada para a TV durante os jogos do Flamengo, time oficial da comunidade. Em breve, quando também tiverem acesso à internet, os índios

19 “A Cidade do Conhecimento é um grupo de pesquisa que desenha e implementa iniciativas de emancipação digital conectando a USP a centros de pesquisa, empresas, instituições públicas e organizações da sociedade civil. O projeto é associado ao Núcleo de Política e Gestão Tecnológica (PGT) da USP e liderado no Departamento de Cinema, Rádio e TV pelo professor Gilson Schwartz.” Disponível em: <http://www.cidade.usp.br/blog/missao-2/>. Acesso em: 14 ago. 2009.

poderão acessar a biblioteca de sons, com arquivos gratuitos para aqueles que querem produzir conteúdo digital. <http://g1.globo.com/Noticias/Tecnologia/0,,AA1359166-6174,00.html> acesso em 22.11.2006. Último acesso em 14 ago. 2009.

Em 2005, o antropólogo francês Claude Lévi-Strauss ganhou dos idealizadores do projeto um celular que toca um dos cantos xavantes e exibe o *wallpaper* de um ritual<sup>20</sup>. A homenagem se deveu ao fato de Lévi-Strauss ter estudado aquela comunidade Xavante na década de 1930 e de ter sido um dos fundadores da universidade que encampa o projeto de Emancipação Digital. Sobre este último, os idealizadores explicam o conceito:

### Inclusão e Emancipação Digital

De acordo com a enciclopédia virtual Wikipedia, Inclusão Digital (ID) é a universalização do acesso aos meios, ferramentas, conteúdos e saberes da Sociedade da Informação e Comunicação, através das Tecnologias da Informação e Comunicação [...]

Desde a sua fundação em 2001, o projeto "Cidade do Conhecimento" tem feito a crítica a esses modelos de inclusão digital que focam exclusiva ou excessivamente no desafio do acesso, sublinhando a importância do novo paradigma de "Economia da Informação" e não apenas de acesso à sociedade da informação. Em 2005, as pesquisas e projetos-piloto conduziram a Cidade do Conhecimento ao conceito de "Emancipação Digital", em oposição às noções mais comezinhas de "inclusão" excessivamente focadas na questão do acesso. [...]

Nesse modelo, capaz de organizar a produção e a demanda por bens e serviços produzidos digitalmente pelas comunidades

20 Informações sobre a homenagem a Lévi-Strauss podem ser obtidas em: <http://www.cidade.usp.br/blog/oficina-de-emancipacao-digital-xavante-2/> e em <http://idgnow.uol.com.br/telecom/2005/09/19/idgnoticia.2006-03-12.2572543562/>. Acesso em: 14 ago. 2009.

atendidas por programas de inclusão digital, as populações menos favorecidas passam a ter não apenas acesso, mas os meios de conhecimento (software, hardware e conhecimento) para o controle dos processos produtivos de conteúdo digital (os meios de produção de valor na sociedade do conhecimento, do entretenimento e das artes audiovisuais). Nesse contexto, os cidadãos conseguem emancipar-se, ou seja, agir individual e coletivamente em função de projetos de desenvolvimento humano<sup>21</sup>.

Os dois casos, do ponto de vista Kisêdjê e Xavante, demonstram o uso, a publicação, a distribuição, a transmissão e a reprodução de suas expressões culturais na indústria? Ou, do ponto de vista da indústria, demonstram a inclusão dos Kisêdjê e Xavantes na economia atual?

Certo que nos dois casos as expressões culturais transacionadas extrapolam a esfera individual de seus autores e o circuito cultural de origem para atingir novas dimensões. São casos que, de qualquer forma, evidenciam o *transporte*<sup>22</sup> das expressões culturais, como a música tradicional Xavante, para um contexto que, se não é completamente alheio à realidade comunitária, com certeza levará a experiência comercial Xavante a outro patamar. Além disso, o ringtone poderá soar na Sibéria ou em Sydney, na Austrália, com a mesma facilidade. E o padrão gráfico Kisêdjê ganhará novos caminhos (literalmente) nos pés dos(as) donos(as) daquele modelo de sandália. Será que toda expressão cultural pode ser transacionada da mesma maneira? E quando se trata de cultura indígena? Este trabalho vai tentar responder a essas indagações no momento das considerações finais, na consolidação da análise dos conceitos e dos instrumentos apresentados.

Por ora, importa ressaltar que as pesquisas bibliográficas e os primeiros esboços deste estudo iniciaram no segundo semestre de 2007. Entretanto, sua consolidação na forma de dissertação coincidiu exatamente com a crise econômica de 2008 e 2009. Tal evento, também chamado de crise financeira internacional, se precipitou com a falência do banco norte-americano de investimentos Lehman Brothers e com a consecutiva falência técnica

21 Disponível em: <http://www.cidade.usp.br/blog/inclusao-e-emancipacao-digital-2/>. Acesso em: 14 ago. 2009.

22 Usamos a expressão "transporte" para insinuar uma relação que não se caracteriza por um intercâmbio cultural no sentido da interculturalidade, de uma interação equitativa, compartilhada e equivalente em força e interesses.

da maior empresa de seguros daquele país, a American International Group (AIG). Uma recessão que se expandiu para além das suas origens e afetou toda a economia globalizada. Alguns sinais indicam que a razão dessa crise não está somente no capitalismo norte-americano e suas hipotecas *subprimes*<sup>23</sup>, mas na própria lógica econômica hegemônica, que procura a ampliação dos mercados para uma atuação global. Esse modelo, pouco importa o lugar de sua realização, coisifica a cultura e o conhecimento, reduzindo-os a valores exclusivamente materiais. Tudo está no mercado e de tudo se pode fazer negócio. Esse modelo, regido pela razão utilitarista, atinge práticas que durante muito tempo se mantiveram fora do mercado e demonstra, cada vez mais claramente, os seus efeitos colaterais negativos. Travassos aponta um desses efeitos relacionados à música tradicional:

[...] na medida, ainda, em que a comercialização da música avança, atingindo práticas que durante muito tempo se mantiveram afastadas do mercado, é praticamente inevitável deparar-se com casos de conflito em torno da autoria e dos direitos de reprodução de obras musicais. Possivelmente os processos judiciais que têm origem em reclamações e direitos estarão cada vez mais entre os materiais empíricos de interesse etnomusicológico<sup>24</sup>.

Também, depois de 300 anos, a proteção dos direitos de propriedade intelectual vem sofrendo os mais profundos questionamentos desde a sua origem, no século XVIII. O velho conceito de propriedade intelectual está em xeque por causa do surgimento da internet e das novas tecnologias de comunicação e mídia. Enquanto uns acham que a legislação precisa tornar-se mais dura, outros apostam na direção oposta, na dispensa dos direitos autorais em todos os conteúdos baixados na internet e na redução dos prazos de proteção.

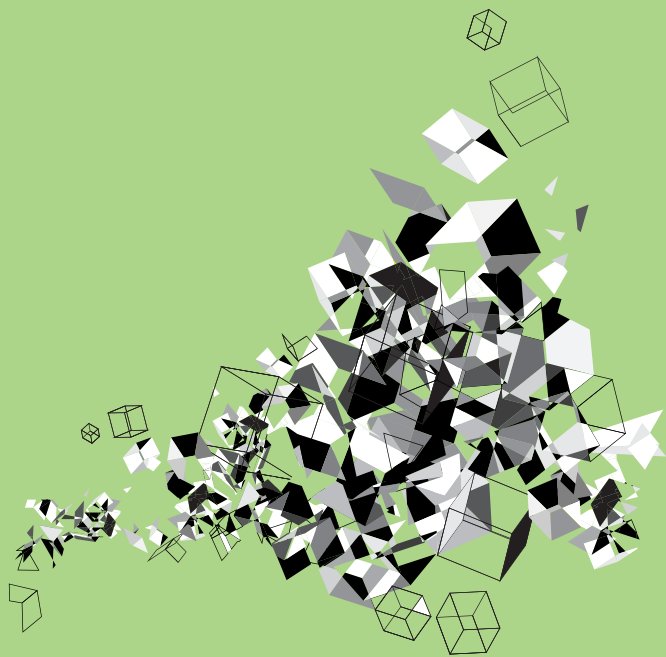
23 Hipoteca é a sujeição de um bem ao pagamento de uma dívida sem transferir ao credor a posse do bem gravado. Hipoteca *subprime* é uma hipoteca supervalorizada que, no caso norte-americano, financiou a compra de imóveis aproveitando um *boom* imobiliário. Muitas instituições financeiras aceitaram os riscos dessa garantia de empréstimo, já que os imóveis gravados em pouco tempo estariam valendo mais do que o valor do empréstimo.

24 TRAVASSOS, Elizabeth. Repente e música popular: a autoria em debate. Revista quadrimestral da Academia Brasileira de Música. Rio de Janeiro, n° 1, 1 jan. 1999.

Em meio a tantas dúvidas e indagações, a utilização de expressões culturais indígenas pela indústria cultural é questionada por alguns atores como fonte de grandes distorções sobre valores humanos fundamentais ligados à cultura. É o caso da convergência de opiniões durante o Fórum Social Mundial, realizado em janeiro de 2009 em Belém, no Pará. O evento, que congregou pessoas, grupos, movimentos e instituições que rejeitam a ordem mundial fundada nas leis do mercado e buscam outra ordem mundial na qual valores como a solidariedade humana e o meio ambiente ecologicamente equilibrado sejam prioritários, formalizou uma chamada à recuperação dos bens comuns, numa clara rejeição à lógica do mercado sobre os *bens de cultura*<sup>25</sup>:

O Fórum Social Mundial de 2009, em Belém do Pará, no Brasil, desenvolve-se em um momento onde a globalização neoliberal, dominada pelas finanças fora de qualquer controle público, fracassa espetacularmente. Mas também quando ocorre uma tomada de consciência de que a natureza e bens de uso comum a todos os seres humanos não podem ser privatizados ou considerados como mercadorias. [...] As iniciativas alternativas estão se desenvolvendo em numerosos domínios para defender a água e os rios, a terra, as sementes, as florestas, os mares, o vento, o conhecimento, as ciências, a moeda, a comunicação e as intercomunicações, a cultura, a música e outras artes, as tecnologias abertas e os softwares livres, a biodiversidade, os saberes ancestrais [...]

25 Disponível em: <http://www.fsm2009amazonia.org.br/programação/6º-dia/resultados-das-assemblys/chamado-a-recuperacao-dos-bens-comuns>. Acesso em: 10 fev. 2009.



## **II** A PLENÍSSIMA POTESTADE DOS REIS DE COROA DE PENAS

Bartolomé de las Casas afirmava que todos os reinos da América eram possuídos da mesma pleníssima potestade dos reinos de Europa, mas nem Portugal nem Espanha reconheceram a “pleníssima potestade” dos reis de coroa de penas, nem seus domínios como territórios independentes. A ordem não expressa, velada e silenciosa foi saquear, invadir, expulsar e, em consequência, aumentar o território colonial<sup>1</sup>.

No Brasil, a Constituição de 1988 criou as bases para a proteção jurídica das expressões culturais de povos indígenas. Segundo Souza Filho<sup>2</sup>, até 1973 a lei brasileira considerava apenas o indivíduo indígena. O Estatuto do Índio, de 1973, introduziu o conceito de comunidade indígena ou grupo tribal<sup>3</sup>. E ao introduzir o conceito a lei lhes assegurou alguns direitos, como a titularidade de direitos de propriedade de bens móveis e imóveis. O estatuto estabelece que as comunidades são titulares dos direitos sobre o patrimônio indígena (Artigo 40), composto de vários bens e direitos.

A ideia de “povo” indígena não aparece na legislação nem na Constituição Federal. Sobre esse fato Souza Filho observa:

De qualquer forma a palavra povo não está inserida na legislação, mas lentamente a doutrina começa a admitir como o termo tecnicamente mais adequado. A lei, porém, prefere chamá-los de grupos tribais ou comunidades, muitas vezes usando como sinônima. A Constituição de 1988 introduziu o termo

1 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. 1. ed. 5. tir. Curitiba: Juruá, 2006. p. 45.

2 Ibid., p. 153.

3 O Estatuto do Índio, introduzido pela Lei nº 6.001, de 1973, conceitua comunidade indígena ou grupo tribal como “um conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem contudo estarem neles integrados” (Artigo 3º, II).

organização social e a nova lei que tramita no Congresso Nacional trata estes povos de sociedades indígenas. Apesar de o sinal linguístico ser arbitrário, a opção por um termo revela sempre uma opção ideológica, política, filosófica ou doutrinária, entretanto, seguramente não é o termo o mais importante, mas o conteúdo que se lhe dá, ainda que velado<sup>4</sup>.

Foi a Convenção 169 sobre Povos Indígenas e Tribais da Organização Internacional do Trabalho de 1989 que difundiu o uso da noção de “povos indígenas” em documentos jurídicos. E mesmo assim com cautela, lembrando logo no primeiro artigo que a utilização do termo “povos” não deve ser interpretada no sentido de ter implicação no que se refere aos direitos que possam ser conferidos ao termo no direito internacional. A ressalva soava importante pelo receio de sua aplicação em reivindicações indígenas por Estados Nacionais. E, no direito, o sentido do termo continua em movimento. Em 2007, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas afirmou que os povos indígenas são iguais a todos os demais, reconhecendo o direito de todos os povos de ser diferentes e de se considerar diferentes.

Voltando à questão indígena no direito brasileiro, a Constituição Federal de 1988 aprofundou a dimensão coletiva do direito indígena ao reconhecer aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, além dos direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas (Artigo 231). Além disso, como já fazia o Estatuto do Índio de 1973 no Artigo 37, a Constituição reconhece os índios, suas comunidades e organizações como partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo (Artigo 232).

Dito isso, retomamos o problema das expressões culturais para afirmar que cada povo indígena tem uma ideia própria do que se caracteriza como pertencente ao seu acervo cultural comum. Estão contidas nesse acervo as expressões culturais resultantes da criatividade de seus membros. Em alguns contextos indígenas, tais expressões são compartilhadas e recriadas por intermédio de unidades sociais específicas ou até mesmo geridas por organizações formais representativas. Em outros contextos, determinadas expres-

4 SOUZA FILHO, op. cit., p. 154.

sões vão pertencer a um grupo familiar específico, ou sua exteriorização será consentida somente por intermédio de uma liderança espiritual. O fato é que pode haver uma miríade de possibilidades concernentes às suas formas de manifestação e disposição.

Também a organização social e o direito de cada um desses povos diferem entre si, porque diferentes são as suas cosmovisões. “Tantos e tão diversos eram, e são, os povos indígenas na América Latina, que qualquer tipo de generalização é temerária”<sup>5</sup>. Assim, a reflexão sobre o diálogo e a interação que esses povos realizam com a indústria cultural deve atentar para a pluralidade social e cultural de cada um desses povos. Algo possível na reflexão, mas de difícil aplicação, sobretudo na indústria cultural, em que, “sob o poder do monopólio, toda cultura de massa é idêntica, numa unidade evidente, que falseia a identidade do universal e do particular”<sup>6</sup>.

A incursão de expressões culturais indígenas na indústria cultural acontece de diversas formas, muitas vezes sem atenção à pluralidade social e cultural indígena ou sem uma devida e adequada regulação jurídica. “Por regulação jurídica entende-se esse tipo de regulação social que passa pelo canal do direito. Que quando falamos de direito, entendemos um conjunto de regras positivas estabelecidas e controladas pelo Estado, o ‘direito imposto’”<sup>7</sup>.

Dantas<sup>8</sup> descreve os elementos dessa equação, resultante do diálogo entre povos indígenas e os modelos hegemônicos, que até hoje acontece e que parece abstrair de uma adequada regulação:

Como o modelo de sociedades (organizadas em Estados), de economia (capitalista), de conhecimento (estruturado em formas e fórmulas científicas) e de direito (monisticamente forma-

5 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. 1. ed. 5. tir. Curitiba: Juruá, 2006. p. 212.

6 ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. *Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1985. p. 223.

7 ARNAUD, André-Jean. Da regulamentação pelo direito na era da globalização. *Anuário Direito e Globalização*. Rio de Janeiro, v. 1, Programa Interdisciplinar Direito e Globalização (Pidig), Uerj, Renovar, 1999.

8 DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. Os povos indígenas brasileiros e os direitos de propriedade intelectual. *HILÉIA - Revista de Direito Ambiental da Amazônia*. Manaus, 2003.

lizado), ao longo da história apropriou-se e, constantemente, busca apropriar-se de determinados aspectos socioculturais das diferenças que lhes pareçam relevantes, reelaborando-os e traduzindo-os em formas e fórmulas culturais dominantes.

Para colocar todas essas questões sob a perspectiva dos povos indígenas primeiro será necessário considerar o direito desses povos.

Segundo Souza Filho<sup>9</sup>, “o direito nessas sociedades não pode ser concebido como normas programadas, preparadas e orientadas para reger a sociedade, mas normas que se confundem com a própria sociedade. Exatamente por isso esses direitos, de forma geral, não conhecem instâncias de modificação formal, mas sua mutação acompanha a mutação existente internamente na sociedade”. O autor argumenta sobre uma situação de inadequação entre o direito dos povos indígenas e o sistema jurídico clássico. Para ele, tal inadequação é também uma demonstração da própria incompletude do sistema clássico, que não reconhece um arranjo social diferente do modelo capitalista burguês e contemporâneo. Afirma ainda que, numa sociedade indígena, relações como família, propriedade, sucessão, condutas criminosas e antissociais são reconhecidas por todos e estabelecem um sistema jurídico complexo<sup>10</sup>. No entremeio de suas assertivas, Souza Filho postula uma importante proposição sobre o direito indígena:

O grande equívoco em relação às análises do Direito indígena é a tentativa de encontrar traços comuns a todas as Nações, fazendo tabula rasa das profundas diferenças sociais e culturais de cada um dos povos que viviam e vivem em território brasileiro.

Esta determinação de considerar todos os povos indígenas numa única categoria é uma constante na história das relações dos colonizadores com os povos indígenas, tendo gerado o termo único “índio” em contraposição ao nome de cada uma das

9 SOUZA FILHO, op. cit., p. 67.

10 Ibid, p. 71.

nações, e a “língua-geral”, pela qual os missionários queriam que todos os povos os entendessem e se entendessem entre si e, principalmente, entenderem a “boa-nova” da evangelização.

A dimensão do preconceito, discriminação e etnocentrismo está clara nesta tentativa de unificar a religião, a língua, a cultura e o Direito, negando a diversidade<sup>11</sup>.

A lição acima se aplica ao modo como o direito pode tratar as diversas formas de uso, gozo e fruição das expressões culturais dos povos indígenas, inclusive na definição da titularidade de algumas expressões, que nem sempre deve ser compreendida como genericamente coletiva ou pertencente à totalidade daquele coletivo cultural:

Os índios Suyá, no Amazonas, tradicionalmente pensam que os peixes e outros animais compõem músicas, e que os músicos são somente os guardiões da música. A noção de que certa música pertence a uma família ou grupo de pessoas, considerados como responsáveis por uma tradição musical específica, é muito comum no mundo todo<sup>12</sup>.

Tratando da commoditização do conhecimento tradicional, Shiraishi Neto e Fernando Dantas alertam para o problema de direito se apresentar como se fosse de toda a comunidade. Isso se colocaria como um “obstáculo”, “impedindo as possibilidades de reflexão para além dos esquemas preconcebidos que se colocam como autoevidentes”<sup>13</sup>.

11 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. 1. ed. 5. tir. Curitiba: Juruá, 2006. p. 73.

12 MALM, Krister. A expansão dos direitos de propriedade intelectual e a música, uma área de tensão. Rio de Janeiro, 6 nov. 2003. Palestra traduzida por Luiz Fernando Nascimento de Lima. [s. ed.].

13 SHIRAISHI NETO, Joaquim; DANTAS, Fernando A. de C. A “comoditização” do conhecimento tradicional: notas sobre o processo de regulamentação jurídica. In: ALMEIDA, A. W. B. de. *Conhecimento tradicional e biodiversidade: normas vigentes e propostas*. Manaus: PPGDA/UEA, PPGSCA/Ufam, Fundação Ford, Ufam, 2008. p. 60.

A diversidade cultural se torna um importante pressuposto para pensar a proteção jurídica das expressões culturais de povos indígenas. E para tratar da titularidade coletiva sobre determinados acervos culturais será necessário verificar a noção de sujeito de direito. Tal noção é um importante instrumento teórico para pensar o direito que tem como sujeito povos indígenas e como objeto a miríade cultural que representam. Aliás, o direito que esquecer esses pressupostos de coletividade e diversidade se tornará tão mudo quanto o aborígine australiano do filme de Herzog<sup>14</sup>, que era o último remanescente de sua cultura e de sua língua. Ele era mudo por não ter com quem falar.

Segundo Fernando Antonio de Carvalho Dantas<sup>15</sup>, foi a noção de pessoa nos sistemas jurídicos modernos que gerou o conceito de sujeito de direito ou de sujeito da modernidade. Tal sujeito é caracterizado pela universalidade, como um modelo único que interage com a história, a política e o direito.

Para o direito ocidental moderno, o sujeito é o ser pensante, que participa dos processos políticos. Em sua qualidade ideal, esse sujeito está situado em condição de igualdade formal em relação aos demais. É dotado de consciência e vontade para decidir e por isso responde pelos atos que pratica. O sujeito de direito é o suporte das relações sociojurídicas. Dantas usa o termo “suporte” no sentido positivista, conforme empregado por Agostinho Ramalho Marques Neto em seminário jurídico<sup>16</sup>.

Acontece que esse sujeito de direito está configurado e se confunde com a noção de indivíduo, o exemplar orgânico da espécie *Homo sapiens*. Referindo-se a Michel Mialle, Dantas afirma que o indivíduo é o sujeito da modernidade, e o sujeito de direito é uma categoria histórica que está diretamente relacionada ao modo de produção capitalista<sup>17</sup>. Em outras palavras Mialle mostraria que não há naturalidade na equivalência entre indivíduo/sujeito de direito e que tal correspondência foi criada e se presta ao capitalismo.

Dantas aduz que a equivalência entre indivíduo/sujeito de direito justifica a propriedade privada, que é princípio basilar do direito civil. O clássico sujeito de direito é aquele que

14 *Onde sonham as formigas verdes (Where the green ants dream)*. Direção: Werner Herzog. Alemanha, 1984.

15 DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. A noção de pessoa e sua ficção jurídica: a pessoa indígena no direito brasileiro. *HILÉIA - Revista de Direito Ambiental da Amazônia*. Manaus, n° 5, p. 121-144, jul.-dez. 2005.

16 MARQUES NETO, Agostinho Ramalho apud DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho, 2005, p. 122.

17 MIALLE, Michel apud DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho, 2005, p. 123.



pode ser proprietário de algum bem<sup>18</sup>. “O sujeito não é somente aquele que pensa, que tem autonomia e que tem vontade, mas sobretudo aquele que tem propriedade.” Para Dantas, esse conceito de sujeito levaria a influência do *cientismo* das correntes dominantes que formulam o pensamento moderno e as ciências sociais. O conceito, abstrato e genérico, faria sentido em um conjunto ideal de normas, consideradas enquanto uma unidade com validade universal. Corroborando tal assertiva, o autor reproduz Roberto José Vernengo para explicar essa construção do sujeito de direito: “Era, assim, uma construção teórica da ciência do direito, requerida para elaborar o material normativo oferecido pelo direito positivo. E essa abstração não deveria corresponder a nenhum ser humano real”<sup>19</sup>.

Segundo Dantas, a visão ideal de pessoa parece insuficiente para conceituar a pluralidade de sujeitos e modos de ser existentes no mundo. E ele reforça essa afirmação citando Joaquín Herrera Flores, quando este critica a universalidade dos direitos humanos: um dos problemas com o conceito universal de sujeito de direito é não levar em conta as circunstâncias nas quais se desenvolve a vida das pessoas<sup>20</sup>.

Dantas leciona que o clássico sistema de direito privado foi concebido a partir das ideias geradas pela Revolução Francesa, no final do século XVIII e ao longo do século XIX, acompanhando o desenvolvimento do capitalismo. Nas tramas deste último se encontrariam entrelaçados os princípios da igualdade e da liberdade, “enquanto orientadores de uma nova era, que deixava para trás o regime das desigualdades e permitindo a todo homem – em geral – ter acesso ao estatuto do sujeito de direito”<sup>21</sup>. Dessa forma, a nova formulação de direito privado instituiu os princípios libertadores da velha ordem (feudal) da desigualdade enquanto criava o germe de uma nova desigualdade. Uma desigualdade lastreada na propriedade privada e no individualismo.

18 O novo Código Civil brasileiro, instituído pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, considera as seguintes “classes” de bens considerados em si mesmos (no Livro II, Título Único, Capítulo I): bens imóveis, e móveis; bens fungíveis e consumíveis; bens divisíveis; e bens singulares e coletivos. Também aqui os bens coletivos são de natureza diversa dos levantados pelo presente estudo.

19 VERNENGO, Roberto José apud DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. A noção de pessoa e sua ficção jurídica: a pessoa indígena no direito brasileiro. *HILÉIA - Revista de Direito Ambiental da Amazônia*. Manaus, n° 5, p. 121-144, jul.-dez. 2005. DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho, 2005. Citação original: “[...] era así una construcción teórica de la ciencia del derecho, requerida para elaborar el material normativo ofrecido por el derecho positivo. Y no correspondía confundir esa abstracción con ningún ser humano real”.

20 FLORES, Joaquín Herrera apud DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho, 2005, p. 132.

21 SERRÉS, Michel apud DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho, 2005, p. 135.

Um modelo que se pretenderia absoluto, mas no qual certamente não caberia toda a realidade: nesse modelo não caberiam as pessoas indígenas:

Além disso, como parte integrante do contexto social brasileiro os povos indígenas, enquanto pessoas e sociedades com culturas diferenciadas da sociedade nacional, ficaram à margem do sistema civilista, englobados pelo “estatuto da exclusão”.

O problema se mostra dicotômico. De um lado, o sujeito de direito da modernidade, pontuado pelo individualismo. De outro, o sujeito diferenciado, das sociedades tradicionais, pontuado pelo coletivismo. “O contraponto supõe a existência de racionalidades diferenciadas e conseqüentemente modelos de sociedades também diferenciadas, assim como identidades diversas”<sup>22</sup>. Tais diferenças repercutem no direito. Por exemplo, nas palavras de Souza Filho, a separação entre civil e penal como ramos do direito somente vai fazer sentido numa sociedade que separa o público do privado. Uma organização social indígena, que não acumula excedente, na qual todos os lugares são públicos, não pode ter essa divisão: “A violação da norma pública ou a inadimplência contratual têm o mesmo peso de repugnância para uma sociedade coletiva e haverá de diferir de povo para povo em grau e intensidade”<sup>23</sup>.

Dantas diz que as pessoas nas sociedades tradicionais (holísticas) são construídas pela cultura, ao contrário da noção moderna de indivíduo como ser isolado, com verdade interior. É nesse sentido que descortina a seguinte proposição:

De modo particular, focalizaremos nossa atenção sobre uma tese: que a originalidade das sociedades tribais brasileiras (de modo mais amplo, sul-americana) reside numa elaboração particular-

22 Ibid, p. 136.

23 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. 1. ed. 5. tir. Curitiba: Juruá, 2006. p. 167.



mente rica da noção de pessoa, com referência especial a corporalidade enquanto idioma simbólico local. Ou, dito de outra forma, sugerimos que a noção de pessoa e uma consideração do lugar do corpo humano na visão que as sociedades indígenas fazem de si mesmas são caminhos básicos para uma compreensão adequada da organização social e cosmológica dessas sociedades<sup>24</sup>.

Para Dantas, a questão da identidade étnica na contemporaneidade tem fundamental importância para a concretização dos direitos humanos. E a cultura é o elemento que permite esse processo de reconhecimento. O autor funde a reflexão tomando emprestadas as palavras de Maria Manuela Carneiro da Cunha:

A cultura é um elemento de distinção, talvez o elemento por excelência da distinção: através dela, uma sociedade afirma-se diante de outras. Uma minoria étnica faz de sua cultura – original, recuperada, recriada, pouco importa como vimos – o sinal mais importante de seu confronto com uma “maioria étnica”. Apega-se às suas tradições, eventualmente simplifica-as para melhor realizá-las e estabelecer assim sua identidade. Tudo isso não é consciente: ao contrário, cada inovação é colocada sob o signo da tradição<sup>25</sup>.

Mas não é fácil determinar as características de uma sociedade. Determinar a noção de pessoa nessa sociedade é ainda menos fácil. Existem muitas variáveis e, segundo Dantas, é justamente por isso que a categoria abstrata, genérica, unívoca e isolada de sujeito da modernidade não serve de paradigma para definir o sujeito coletivo em que

24 DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. A noção de pessoa e sua ficção jurídica: a pessoa indígena no direito brasileiro. *Hiléia – Revista de Direito Ambiental da Amazônia*. Manaus, n° 5. p. 138, jul.-dez. 2005.

25 Ibid., apud CARNEIRO DA CUNHA, Maria Manuela. Definições de índios e comunidades indígenas nos textos legais. In: SANTOS, Silvio Coelho dos et al. (org). *Sociedades indígenas e o direito. Uma questão de direitos humanos*. Florianópolis: Editora da UFSC, 1985. p. 33, p. 140.

se constituem as sociedades e pessoas indígenas. “É necessário um novo paradigma, possivelmente aberto, que possibilite um espectro de contextualização tão plural e concreto quanto diverso e real é o panorama da sociedade brasileira”<sup>26</sup>.

Enunciamos na Introdução deste trabalho que expressões culturais dos povos indígenas consubstanciam obras intelectuais, como histórias e literatura baseadas na tradição oral, grafismos, coreografias, músicas, manufaturas artesanais, entre outros. Enunciamos também que o reconhecimento dessa realidade – expressões culturais que resultam da criatividade de grupos e sociedades indígenas corporificando obras intelectuais – toca questões relacionadas à proteção dos direitos de propriedade intelectual, mas também pressupõe o reconhecimento de direitos que asseguram a diversidade cultural. Esses dois microsistemas legais constituem o *locus* no qual a proteção jurídica de expressões culturais de povos indígenas será analisada e discutida.

Algumas dimensões possíveis para a troca, para o negócio<sup>27</sup> em torno de expressões culturais indígenas no mundo atual serão mencionadas. Nos dizeres de Marcel Mauss, “onde o mental e o social se confundem cabe a preocupação com a apropriação das expressões culturais”<sup>28</sup>. E não há como empreender essa tarefa sem fazer uma análise do moderno sistema de propriedade intelectual, que compreende a propriedade industrial (patentes de invenção e de modelo de utilidade, registro de desenho industrial, marcas e indicações geográficas); direito de autor e conexos; e a proteção de cultivares<sup>29</sup>.

Alguns aspectos técnicos da propriedade intelectual serão analisados neste estudo. Mas abordar a intensa discussão que seus instrumentos vêm recebendo na atualidade também é útil para cingir e contextualizar o nosso tema. Sobre os direitos auto-

26 Ibid., p. 140.

27 O novo Código Civil brasileiro, instituído pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, não define o Negócio Jurídico, mas determina que a sua validade requer: I – agente capaz; II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III – forma prescrita ou não defesa em lei (Artigo 104).

28 MAUSS, Marcel. *Essai sur le Don*, 2007.

29 “Cultivar: a variedade de qualquer gênero ou espécie vegetal superior que seja claramente distinguível de outras cultivares conhecidas por margem mínima de descritores, por sua denominação própria, que seja homogênea e estável quando aos descritores através de gerações sucessivas e seja de espécie passível de uso pelo complexo agroflorestal, descrita em publicação especializada disponível e acessível ao público, bem como a linhagem componente de híbridos” BRASIL. Lei nº 9.456, de 25 abr. 1997. Institui a Lei de Proteção de Cultivares e dá outras providências. In: *Diário Oficial da União*, Brasília, v. 20, n° 20, 28 abr. 1997. Seção 1.

rais, cuja lógica sobrevive tepidamente por diversas razões, inclusive pela convergência digital e seus desdobramentos sobre a reprodução de obras literárias, artísticas e científicas executadas nos meios *cibernéticos*. Nas palavras de Villares:

É possível identificar diversas manifestações de que o sistema de PI [Propriedade Intelectual] está erodindo os próprios pilares sobre os quais se assenta o discurso de sua legitimação. Dito de outra forma, o aprofundamento e o alargamento de sua aplicação estão dificultando a inovação em diversos campos do saber, assim como obstruindo a criação e difusão da arte e do conhecimento, fontes fundamentais do desenvolvimento humano e, por essa razão, utilizados há longa data como justificativa para a existência desse tipo de monopólio<sup>30</sup>.

A abordagem dos dois microsistemas legais poderia ser estabelecida de diversas formas. Optamos por fazê-la em dois capítulos, um mais focado na propriedade intelectual e o outro na diversidade cultural. Como o nosso interesse ao verificar essas duas plataformas jurídicas é delimitado pela proteção jurídica das expressões culturais de povos indígenas na indústria cultural, elas ficam subordinadas a esse objetivo. O entrelaçamento entre uma e outra é inevitável e ajudará a urdir a rede do pensamento, assim como outros meios adjuvantes que emprestam sentido a determinados elementos do estudo, como a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho e a Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB).

Na verdade, independentemente da forma empregada, este trabalho trata de novos direitos. De direitos sobre bens jurídicos intangíveis, numa era em que os patrimônios físicos reais perdem a relevância e a economia passa a valorizar o intangível, sempre que este se torna passível de aplicação industrial para o consumo em massa. Nas palavras de Souza Filho:

30 VILLARES, Fábio (Org.). *Propriedade intelectual: tensões entre o capital e a sociedade*. São Paulo: Paz e Terra, 2007. p. 11.

O patrimônio de uma grande empresa não se conta mais pelo número de lojas que tenha, porque não lhe pertencem as lojas, nem os locais, nem móveis que a adornam, porque tudo é franqueado, é de terceira pessoa. O patrimônio se conta, e vale, pela marca que ostenta ou o sabor que descobriu, ou a forma da embalagem que a contém. O patrimônio se desmancha no ar, mas não perde valor nem poder, ao contrário, potencializa-se<sup>31</sup>.

O capítulo relacionado à propriedade intelectual e o relacionado à diversidade cultural fazem uso do termo *estalão*. *Estalão* significa medida, padrão ou modelo. Nessa acepção, é sinônimo de paradigma ou arquétipo, que são vocábulos carregados de significados e sobejamente apropriados por outros campos do saber. Adotar o termo *estalão* nos pareceu mais acertado por ser uma palavra que poderia ser empregada sem trazer consigo outros conceitos e valores que não os apresentados nas respectivas averiguações das matérias. A reflexão, tributária desses dois *estalões*, procurará compreender as bases de uma possível proteção jurídica de expressões culturais de povos indígenas quando em contato com a indústria e seus sucedâneos.

31 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. 1. ed. 5. tir. Curitiba: Juruá, 2006. p. 175.



**III** A PROTEÇÃO JURÍDICA DE  
EXPRESSÕES CULTURAIS DE POVOS  
INDÍGENAS SOB O ESTALÃO DA  
PROPRIEDADE INTELECTUAL

Este capítulo trata do papel exercido pela propriedade intelectual na economia atual. Nesse escopo, a propriedade intelectual é compreendida como um sistema. E nesse sistema estão contidos o direito autoral e o conexo. Assim, o segundo momento do capítulo vai procurar as origens dos direitos autorais para averiguar se eles poderiam ser um instrumento adequado de proteção às expressões culturais de povos indígenas. O terceiro momento do capítulo vai discutir o papel desses direitos na indústria cultural. Tal ligação é importante porque o aproveitamento de expressões culturais de povos indígenas como insumos intelectuais para obras derivadas e produtos da indústria cultural é sempre uma possibilidade. O quarto momento discute a existência de um direito autoral indígena. Para esse fim, vai se valer das discussões em torno dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, trazidas pela Convenção sobre Diversidade Biológica. Discutirá também as normas atinentes ao tema, dispostas pela Funai mediante portaria.

### 3.1 – A propriedade intelectual é um livro que ainda não foi fechado

Segundo Basso<sup>1</sup>, a proteção dos direitos de propriedade intelectual pode ser estudada sob a perspectiva de um “modelo tradicional ou histórico”, iniciado com as Convenções das Uniões de Paris<sup>2</sup> e Berna<sup>3</sup> no século XIX e sob a perspectiva do “modelo atual”, iniciado com a Organização Mundial da Propriedade Intelectual, em 1967, e “revigorado” com a Organização Mundial do Comércio (OMC) e o Acordo sobre os Aspectos

1 BASSO, Maristela. *O direito internacional da propriedade intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000. p. 15.

2 A Convenção da União de Paris para a proteção da propriedade intelectual trata dos privilégios de invenção, dos desenhos e modelos industriais e das marcas e indicação de procedência. Seu anteprojeto foi redigido em uma conferência diplomática realizada em Paris no ano de 1880. Nova conferência foi convocada em 6 de março de 1883, para aprovação definitiva do texto, que entrou em vigor um mês depois do depósito dos instrumentos de ratificação, em 7 jul. 1883. A convenção previu em seu Artigo 14 a celebração de conferências periódicas de revisão para aperfeiçoar o texto original com a experiência obtida em sua aplicação. Várias modificações foram introduzidas no texto de 1883. A primeira revisão, em Roma, não foi ratificada por nenhum país. Seguiram-se as revisões de Bruxelas (1900), Washington (1911), Haia (1925), Londres (1934), Lisboa (1958) e Estocolmo (1967). O Brasil é signatário original e aderiu à revisão de Estocolmo em 1992.

3 A Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas foi celebrada em 9 set. 1886, completada em Paris (1896), revista em Berlim (1908), completada em Berna (1914), revista em Roma (1928), em Bruxelas (1948), em Estocolmo (1967) e em Paris (1971).

dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio (*Trips*, da sigla em inglês), em 1994. Os dois modelos conceituais propostos por Basso, que permanecem vigentes na ordem internacional na esfera das negociações entre blocos, países e entre empresas transnacionais e grupos capitalistas, são agrupados neste trabalho e compreendidos como o Sistema de Propriedade Intelectual (SPI).

A atualidade do SPI é pontuada de forma bastante objetiva na obra organizada por Fábio Villares<sup>4</sup>, na qual os autores levantam os aspectos mais relevantes desse sistema na economia e na sociedade contemporâneas. Relacionamos os seguintes aspectos que repercutem na discussão organizada neste capítulo:

Primeiro aspecto: o SPI, especialmente por meio do controle na utilização de marcas e patentes, é um dos pilares sobre os quais repousa o modelo de acumulação da atual economia global.

Segundo aspecto: a centralidade do SPI no presente estágio do capitalismo global tem suas raízes nas revoluções tecnológicas e nos modos de produção propiciados pela hodierna tecnologia. A importância do SPI nasce com o advento das novas tecnologias, mas outros fatores também contribuem para o seu vigor nos meios produtivos.

A terceirização da produção, por exemplo, jogou por terra o instituto do segredo industrial, até então forma predominante de controle sobre a manufatura de produtos. De outra parte, o acirramento da concorrência vem encurtando as margens e os ciclos de vida dos produtos, requerendo dos grupos capitalistas a ampliação de seus mercados em direção a uma atuação global, mantendo marcas e produtos. Adicionalmente, o processo de convergência digital praticamente levou a zero o custo de reprodução e recriação de todo e qualquer produto que possa ser digitalmente registrado<sup>5</sup>.

4 VILLARES, Fábio (Org.). *Propriedade intelectual: tensões entre o capital e a sociedade*. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

5 VILLARES, Fábio (Org.), op. cit. Introdução. p. 10.

Terceiro aspecto: além de influenciar o processo de acumulação de capital e a relação entre as nações, o SPI influencia a criação e a difusão cultural em seu sentido amplo. Desse ângulo, o aprofundamento e o alargamento da aplicação da propriedade intelectual dificultam a inovação em diversos campos do saber e obstruem a criação e a difusão da arte e do conhecimento.

O economista Gilberto Dupas, falecido em 2009, colaborou na obra explicando de forma didática o *modus operandi* do SPI na economia de mercado:

A Propriedade Intelectual fundamenta-se na ideia de que a inovação é elemento essencial do modelo schumpeteriano de “destruição criativa”, motor da dinâmica capitalista; cumpre a ela garantir monopólios mais longos possíveis sobre novas tecnologias, produtos e processos, de modo a estimular o investimento inovador.

[...]

Schumpeter colocou a evolução tecnológica como o motor indutor de um permanente impulso do capitalismo, pela “destruição criativa”; cada nova tecnologia destrói o valor das anteriores, criando um valor maior e garantindo adequada acumulação e crescimento econômico. O papel da ciência nessa dinâmica capitalista seria promover um permanente estado de inovação, sucateando e substituindo produtos, bem como criando novos hábitos de consumo<sup>6</sup>.

Dupas afirma que a partir do final do século XX o capitalismo transformou a *tecnociência* em parte integrante de sua própria lógica, orientando-a exclusivamente para a criação de valor econômico. E que, além disso, o discurso hegemônico capitalista sempre defendeu rigorosos dispositivos de garantia da propriedade intelectual sob o pretexto do estímulo

6 DUPAS, Gilberto. Propriedade intelectual: tensões entre a lógica do capital e os interesses sociais. In: VILLARES, Fábio (Org.). *Propriedade intelectual: tensões entre o capital e a sociedade*. São Paulo: Paz e Terra, 2007. p. 15.

à inovação, à pesquisa e ao desenvolvimento tecnológico. A falta da propriedade intelectual desestimularia a inovação e prejudicaria todo o sistema econômico global.

A pesquisa tecnológica privada tem como ideal permitir à empresa que concretize um monopólio – ainda que temporário – do novo conhecimento que lhe proporcione um rendimento exclusivo. Apoiada por investimentos em inovações e campanhas publicitárias de alto custo, o objetivo da corporação é chegar antes dos concorrentes a uma posição monopolista, com o *marketing* e a propaganda criando desejos e necessidades e manipulando valores simbólicos, estéticos e sociais. Assim, passa a ser uma contingência da própria lógica capitalista a reprodução contínua de ciclos de escassez – novos produtos como objetos de desejo – seguidos de ciclos de abundância, quando esses mesmos produtos se tornam consumo de massa. Para que a engrenagem da acumulação funcione assiste-se a um sucateamento contínuo de produtos em escala global, gerando imenso desperdício de matérias-primas e recursos naturais ao custo enorme de degradação contínua do meio ambiente e de escassez de energia. É a opção privilegiada e inexorável pela acumulação de capital, em detrimento do bem-estar social amplo<sup>7</sup>.

Assim, na nova lógica do poder econômico mundial, o controle da tecnologia de ponta se revela um componente estratégico fundamental. Ainda segundo Dupas, é a liderança tecnológica que define a condição hegemônica dos capitais e dos *grandes* países, já que por meio dela são produzidos os padrões gerais da acumulação pelos ganhos tecnológicos. “É por isso que os Estados Unidos, por sua pujança econômica, pela liderança tecnológica e poder das transnacionais lá sediadas e pela função irradiadora do padrão cultural dominante, conseguiram colocar-se na vanguarda desse processo e traçar as linhas dominantes na globalização das cadeias produtivas”.

7 Ibid., p. 18.

A questão do controle da tecnologia e a sua relação com o SPI não teria relação direta com a proteção jurídica de expressões culturais indígenas se, na condição atual, a própria noção de propriedade intelectual não estivesse sendo ampliada para além da inovação tecnológica. Hoje, os produtos deixam de valer pela sua utilidade objetiva e passam a ser valorizados pelo seu valor simbólico, estético ou social. Essa realidade é assim comentada por Dupas:

O que agrega valor é a capacidade mercadológica de transformação da invenção em objeto de desejo em forma de mercadoria ou serviço patenteado. Dessa forma, a marca quase que substitui o produto por um valor simbólico que prevalece sobre seu valor utilitário. Essas marcas, e as empresas que as controlam, em muitos casos influenciam de tal modo o imaginário coletivo que gerações inteiras as sobrepõem a instituições seculares como escolas, igrejas e partidos políticos. Casos emblemáticos são a Coca-Cola e o McDonald's<sup>8</sup>.

Dupas se pergunta como lutar contra essa lógica relacionada à propriedade intelectual, que mantém a máquina econômica em movimento: "Como flexibilizar a propriedade intelectual sem abalar os alicerces da acumulação capitalista?". Sem apresentar uma resposta pronta, ele acrescenta que nenhum outro sistema aparece no horizonte como alternativa real. Essa alternativa real parece ser compreendida pelo autor como a alternativa que teria o condão de adaptar a propriedade intelectual sem mexer com a estrutura econômica vigente de acumulação capitalista. De qualquer forma, a mudança viria da sociedade, dos Estados nacionais e não do mercado:

O sistema capitalista reserva às empresas o papel fundamental de transformadores de capital, mão de obra e tecnologia em mer-

8 DUPAS, Gilberto. Propriedade intelectual: tensões entre a lógica do capital e os interesses sociais. In: VILLARES, Fábio (Org.). *Propriedade intelectual: tensões entre o capital e a sociedade*. São Paulo: Paz e Terra, 2007. p. 19.

cadorias e serviços, alimentando a capacidade de acumulação do sistema pela maximização do lucro do seu negócio. Mas não faz parte da lógica capitalista a autorregulação do capital. Cabe à sociedade, por intermédio dos Estados nacionais e de regulamentações internacionais, enquadrá-la em limites legais cabíveis em cada circunstância; e cabe a ela, também, procurar conciliar a tendência inexorável das empresas para a concentração, automação e maximização de rentabilidade com os interesses fundamentais e legítimos das sociedades que acabam conflitando com estratégias corporativas: entre outros, crescimento econômico dos países periféricos, nível de emprego e preservação do meio ambiente<sup>9</sup>.

Já que nenhum outro sistema aparece no horizonte como alternativa real ao SPI, vale rememorar as proféticas palavras do presidente da Conferência de 1880, que redigiu o anteprojeto da Convenção da União de Paris para proteção da propriedade industrial. Naquela ocasião ele disse: "Nós escrevemos o prefácio de um livro que vai se abrir e que não será fechado senão após longos anos"<sup>10</sup>.

### 3.2 – As origens do direito autoral

Falar sobre a historicidade do direito autoral não é o mesmo que contar a sua história: parafraseando um recente estudo sobre a historicidade da norma, por mais importante que seja a análise das suas raízes, não importa tanto entender como o direito autoral evoluiu historicamente, mas sim como pode evoluir em circunstâncias diferentes<sup>11</sup>.

9 Ibid., p. 21.

10 Disponível em: [www6.inpi.gov.br](http://www6.inpi.gov.br). Acesso em: 30 jul. 2008.

11 LEWICKI, Bruno. *A historicidade do direito autoral. Direito da propriedade intelectual: subsídios para o ensino*. 2. ed. São Leopoldo: Unisinos, 1998. p. 281.

Os direitos autorais estão presentes em quase todas as atividades de comércio, indústria e serviços do mundo contemporâneo e constituem um dos mais recentes ramos do direito privado.

Embora sejam sempre relativas as certezas históricas, pode-se afirmar, com bastante segurança, que o Direito Romano não contém nenhuma disposição relativa ao direito que os autores das obras de seu tempo haveriam de gozar, já que as principais prerrogativas desse direito são fundadas diretamente no Direito Natural. A consciência, porém, de que essas coisas incorpóreas haveriam de ser reconhecidas como bens de seus autores sempre existiu. Por isso é que, passados quase 2.500 anos, ainda sabemos, como era sabido na sua época, que *Antígona*, *Édipo Rei*, *Electra*, são obras de Sófocles: pertencem-lhe hoje, tal como sempre lhe pertenceram, indubitavelmente<sup>12</sup>.

Foi a invenção da impressão gráfica<sup>13</sup> com os tipos móveis no século XV o marco das primeiras normas sobre privilégios ou direitos incidentes sobre as obras intelectuais.

Com Gutenberg, que inventou a impressão gráfica com os tipos móveis (século XV), fixou-se definitivamente a forma escrita, e as ideias e suas diversas expressões puderam finalmente, e aceleradamente, atingir divulgação em escala industrial. Aí, sim, surge realmente o problema da proteção jurídica do direito autoral, principalmente no que se refere à remuneração dos autores e de seu direito de reproduzir e de qualquer forma utilizar suas obras. Começa então a surgir também uma certa forma de cen-

12 MANSO, Eduardo J. Vieira. *O que é direito autoral*. São Paulo: Brasiliense, 1987.

13 A prensa de impressão já era conhecida na China desde 1040. Pi Sheng é considerado o seu inventor.

sura, pois os privilégios concedidos por alguns governantes (e por prazos determinados) estavam sujeitos a ser revogados, de acordo com os interesses dos próprios concedentes. Cumpre ainda assinalar que os privilégios, quase sempre, eram concedidos aos editores, e não aos autores<sup>14</sup>.

A prensa de Gutenberg foi a inovação tecnológica que possibilitou o surgimento do direito autoral. Segundo Alessandra Tridente<sup>15</sup>, essa ligação entre a inovação tecnológica e o aparecimento das normas de direito autoral não deve ser vista com estranheza. “Ela reforça a constatação de que as normas jurídicas não são, como por vezes se supõe, resultado exclusivamente da vontade humana”.

No século XVII foram criados na Inglaterra alguns dispositivos legais para conferir proteção às obras intelectuais. Em 14 de abril de 1709 surge o Act Anne C5, também conhecido como Copyright Act, ou ato do direito de cópia. Destinava-se a proteger os editores contra a reprodução ilegal e desautorizada de seus impressos. Ficou conhecido como privilégio de impressão. O Copyright Act, de 1709, protegia por 21 anos, após registro formal, cópias impressas de determinadas obras. O prazo de proteção era contado da data da impressão, e as obras não impressas somente eram protegidas por 14 anos. Antes, o Licensing Act, de 1662, já proibia a impressão de qualquer livro que não estivesse licenciado ou registrado devidamente. O Licensing Act não nasce exatamente para a proteção das obras intelectuais. Era, antes, um instrumento de censura política às obras inconvenientes aos interesses dos que exerciam o poder<sup>16</sup>.

Analisando a origem dos primeiros instrumentos normativos sobre as obras intelectuais, Mattia observa<sup>17</sup>:

14 GANDELMAN, Henrique. *De Gutenberg à internet: direitos autorais na era digital*. Rio de Janeiro: Record, 1997. p. 28.

15 TRIDENTE, Alessandra. *Direito autoral: paradoxos e contribuições para a revisão da tecnologia jurídica no século XXI*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 4.

16 GANDELMAN, Henrique. op. cit. p. 254.

17 MATTIA, Fábio M. de. Do privilégio do editor ao aparecimento da propriedade literária e artística em fins do século XVIII. *Revista Interamericana de Direito Autoral*. v. 3, n° 2, p. 51, 1980.



Em verdade, há uma relação de causa e efeito entre a existência do privilégio do editor e o aparecimento do direito de autor. Só a reação dos autores ao monopólio estabelecido em favor dos editores poderia ter tido a força de desencadear um processo reivindicatório que culminaria, na Inglaterra, no início do séc. XVIII, e na França, nos fins do mesmo século, com o aparecimento e reconhecimento do direito de autor. Concluimos, pois, no sentido de que o direito de autor surgiu em consequência de um instituto jurídico que o antecedeu e que foi o privilégio do editor.

Foi a Revolução Francesa, em 1789, que modificou o conceito inglês, dando ao autor a primazia sobre a sua obra, enfocando pela primeira vez os aspectos morais<sup>18</sup>.

Pelo exposto observa-se que o direito autoral tem duas raízes. Segundo Fábio Ulhoa Coelho<sup>19</sup>, uma dessas raízes é fincada na conjunção dos interesses da realeza inglesa do século XVI e voltada para o controle do trânsito e censura de ideias políticas. Nessa raiz, de onde nasce o sistema *copyright*, percebe-se em primeiro lugar o interesse dos editores e a busca dos privilégios e do monopólio. A outra raiz se finca na Revolução Francesa, no final do século XVIII, origina o *droit d'auteur* e foca na propriedade do criador em relação à obra. Segundo Fábio Ulhoa Coelho, “os dois sistemas convergem na economia globalizada dos nossos tempos, mas mantêm ainda algumas peculiaridades, que se expressam nas normas desprovidas de conteúdo patrimonial, isto é, nos direitos ditos morais, que apenas o *droit d'auteur* conhece e reconhece”. Sobre essa convergência, uma curiosa interpretação é aduzida em seus comentários: enquanto o *copyright* visava originalmente à proteção dos interesses do intermediário, “do sujeito que hoje chamaríamos de empresário do ramo cultural”, apenas a sua evolução estendeu a proteção aos autores, “e mesmo assim quando necessário à preservação do monopólio”. Já o *droit d'auteur*, que tinha em mira a defesa do autor em suas relações contratuais com o empresário de cultura, “por ser o primeiro, sem dúvida, o elo mais frágil do contrato”, em sua evolução não teve como deixar de albergar também os interesses do empresário.

18 GANDELMAN, Henrique. *De Gutenberg à internet: direitos autorais na era digital*. Rio de Janeiro: Record, 1997. p. 254.

19 Fábio Ulhoa Coelho prefaciando a obra de TRIDENTE, Alessandra. *Direito autoral: paradoxos e contribuições para a revisão da tecnologia jurídica no século XXI*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 13.

Quando a proteção dos interesses dos autores surge nos desdobramentos da Revolução Francesa, passa a surgir para o direito o desafio de fornecer o mecanismo para tanto<sup>20</sup>: “Aproveitando as técnicas jurídicas já existentes e consagradas à época, optou-se pela afirmação de um direito de propriedade deles sobre as obras que produzissem”. Como ensina José de Oliveira Ascensão<sup>21</sup>, o caminho seguido foi o da propriedade. Da propriedade do autor sobre a obra: “O direito do autor seria até a mais sagrada de todas as propriedades”. E Tridente sintetiza essa gênese: “Foi, assim, por meio da atribuição de um direito positivo real<sup>22</sup> aos autores sobre suas obras que o privilégio nascido no *copyright* ‘ganhou foros de direito’ no *droit d'auteur*”. Desse arranjo que transforma o privilégio do *copyright* em um direito real de propriedade (imaterial), Tridente fala que sempre foi cercado de *peculiaridades*, já que se aplicou uma tecnologia jurídica desenvolvida essencialmente para bens materiais em bens de natureza imaterial<sup>23</sup>.

Para Tridente, essa gênese do direito autoral via caminho da propriedade continha falhas. A ausência de outros elementos que não os patrimoniais, como o direito do autor de ter o seu nome associado à obra, mesmo depois de vendida, tornava a proteção incompleta. Disso, segundo ela, surgem as teorias que incluíam o direito autoral entre os direitos da personalidade, “reconhecendo nas obras criadas uma extensão única da personalidade de seus criadores”. Tridente esclarece em nota de rodapé:

O fundador desta teoria [que defende ser o direito de autor uma emanção do direito de personalidade] é o francês BERTAND, embora tenha sido elaborada por Otto Von Gierke: “O direito de autor é um elemento da personalidade,

20 TRIDENTE, Alessandra, op. cit., p. 6.

21 ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 5.

22 O Código Civil Brasileiro elenca os direitos reais: “Artigo 1.225. São direitos reais: I – a propriedade; II – a superfície; III – as servidões; IV – o usufruto; V – o uso; VI – a habitação; VII – o direito do promitente comprador do imóvel; VIII – o penhor; IX – a hipoteca; X – a anticrese [...] Artigo 1.226. Os direitos reais sobre coisas móveis, quando constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com a tradição” (Lei nº 10.406, de 10 jan. 2002).

23 TRIDENTE, Alessandra, op. cit., p. 7.



cujo objeto é constituído por uma obra intelectual, considerada como parte integrante da esfera da personalidade [...] Surge do ato íntimo da criação e as faculdades que conferem, substancialmente, o poder originário e principal de manter a obra em segredo ou comunicá-la ao público, considerando não como um direito patrimonial sobre um bem econômico, mas como um direito da personalidade sobre um bem intelectual. Não passa, pois, de um prolongamento da personalidade do autor, uma vez que tal personalidade não pode ser separada do produto de seu talento criador (CHAVES, Antônio. *Direito de autor: princípios fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 12).

No Brasil, segundo Eduardo V. Manso<sup>24</sup>, a primeira disposição legal com conteúdo de direito autoral encontra-se na lei de 11 de agosto de 1827 que instituiu os cursos jurídicos no Brasil. Dizia que os mestres nomeados deveriam encaminhar os seus textos sobre as respectivas cátedras a fim de receberem ou não aprovação. Nesse caso, receberiam o privilégio de sua publicação por dez anos. Com o Código Criminal de 1830 surgiu a primeira regulamentação da matéria, mas na esfera penal, tipificando a contrafação. Foi apenas na Constituição Republicana de 1891 que o Brasil veio a editar normas positivas e gerais de direito autoral<sup>25</sup>. Em 1º de agosto de 1896 foi publicada a Lei nº 96 regulamentando aquele dispositivo constitucional. Segundo o mencionado autor, essa lei – conhecida com Lei Medeiros de Albuquerque – foi um tanto retrógrada em relação ao que acontecia na Europa, pois exigia o registro da obra como condição da proteção. Além disso, tal proteção tinha o prazo de *apenas* 50 anos contados da primeira publicação. A Lei Medeiros de Albuquerque vigorou até a publicação do Código Civil de 1917, no qual a matéria perde autonomia legislativa para ser considerada uma das espécies de propriedade. No Código Civil o contrato de edição teve regulamentação especial no Livro do Direito das Obrigações.

24 MANSO, Eduardo J. Vieira. *O que é direito autoral*. São Paulo: Brasiliense, 1987.

25 A Constituição de 1891 disponha no seu Artigo 72, § 26: “Aos autores de obras literárias e artísticas é garantido o direito exclusivo de reproduzi-las pela imprensa ou por qualquer outro processo mecânico. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei determinar”.

### 3.3 – Direitos autorais na indústria cultural

[a] expansão da cultura de consumo e os meios de comunicação de massa fizeram deslocar o centro de gravidade da criação literária e artística para obras de reduzido grau de criatividade. Os grandes postulantes da tutela cada vez mais estão longe das figuras paradigmáticas do homem das letras ou das artes. O mérito literário ou artístico não é relevante<sup>26</sup>.

Pontuamos em dois lugares deste estudo o fato de as novas tecnologias de mídia e comunicação estarem revolucionando a difusão de obras intelectuais. Revolução, aqui, no sentido de profundas mudanças ligadas à facilidade e à rapidez de transmissão e acesso. Nesse contexto, parte da discussão sobre o futuro do direito autoral foca na questão da sua efetividade, de não se conseguir fazer cumprir as normas de proteção e de acesso às obras intelectuais<sup>27</sup>. Além da questão da efetividade há ainda o problema da legitimidade do direito autoral como modelo adequado para o presente.

Reflexões sobre a efetividade parecem não sair da questão da repressão e da criação de punições mais severas contra as violações ao direito autoral. Já sobre a legitimidade do direito autoral como tecnologia jurídica adequada ao presente, vale focalizar novamente a indústria cultural.

No século XX quem mais exercia o direito autoral eram os intermediários. A justificativa econômica se baseava no fato de que eram necessários muitos recursos para fazer circular qualquer tipo de obra. No início deste século XXI, devido à tecnologia digital, o investimento para a produção e circulação das obras deixa de ser o fundamental, possibilitando uma mudança de cenário. Iniciativas como o Creative

26 ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito de autor e desenvolvimento tecnológico: controvérsias e estratégias. *Revista de Direito Autoral*, nº 1, p. 3.

27 LEMOS, Ronaldo. Entrevista em página da internet [s. l.], [s. ed.], [s. d.].

Commons<sup>28</sup> permitem cortar os intermediários. A licença mais usada no Creative Commons veda o uso comercial. Essa licença torna possível disponibilizar uma música na internet e mandar para os amigos ou permitir que ela seja tocada sem finalidade lucrativa. No caso de uso comercial, aí sim, incidiria a obrigação de se recolher “direito autoral” – para usar a expressão popular para o pagamento de emolumento ao detentor do direito (autor, cessionário, licenciado etc.).

A Creative Commons Corporation é uma organização norte-americana constituída no final de 2001 com o objetivo de desenvolver métodos e tecnologias para facilitar o compartilhamento de obras intelectuais artísticas ou científicas com o público em geral<sup>29</sup>. Em 2002 essa organização lançou o projeto mundial de mesmo nome para a gestão de direitos autorais. Em 2009 tal projeto de licenciamento público alcançou mais de 40 países<sup>30</sup>. De acordo com o seu idealizador, Lawrence Lessig, a missão da Creative Commons é “criar uma plataforma razoável de direitos autorais em oposição aos extremos atualmente reinantes”<sup>31</sup>.

E os extremos atualmente reinantes reagem e contra-atacam: a indústria cultural se articula para, por exemplo, estender o prazo de proteção aos direitos autorais patrimoniais que lhe pertencem, como aconteceu nos Estados Unidos com Mickey Mouse. O ratinho Mickey, personagem de Walt Disney<sup>32</sup>, foi publicado pela primeira vez em 1928 no desenho animado *Steamboat Willie*. Naquela época, nos Estados Unidos da América, o *copyright* durava 56 anos<sup>33</sup>. Se essa regra ainda fosse válida,

28 Segundo Alessandra Tridente, a expressão “creative commons” tem sido empregada sem maior rigor terminológico para fazer referência a no mínimo quatro coisas distintas: (i) a organização norte-americana Creative Commons Corporation; (ii) o projeto mundial Creative Commons; (iii) as licenças Creative Commons; (iv) os bens licenciados como Creative Commons. TRIDENTE, Alessandra. *Direito autoral: paradoxos e contribuições para a revisão da tecnologia jurídica no século XXI*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 142.

29 Cláusula II do Contrato Social da Creative Commons Corporation, arquivado em 19 dez. 2001: “The purpose of the corporation is [...] designing methods and technologies that facilitate sharing of scientific, creative and other intellectual works with the general public”. Disponível em: <http://ibiblio.org/cccr/docs/articles.pdf>. Acesso em: 4 jul. 2009.

30 Disponível em: [http://www.creativecommons.org.br/index2.php?option=com\\_content&do\\_pdf=1&id=41](http://www.creativecommons.org.br/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=41). Acesso em: 4 ago. 2009.

31 TRIDENTE, Alessandra. *Direito autoral: paradoxos e contribuições para a revisão da tecnologia jurídica no século XXI*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 142. Apud LESSIG.

32 Walter Elias Disney, autor e diretor estadunidense falecido em 15 dez.1966.

33 “An Immortal Mouse” de “Bounty Hunters, Map Makers & Gold Miners”, de Greg London. Disponível em: <http://www.greglondon.com>.

tanto a obra audiovisual quanto o personagem entrariam em domínio público no ano de 1984 e o ratinho poderia ser explorado como a figura do Papai Noel é nos dias de hoje. Contudo, em 1976, a duração do *copyright* foi estendida para 50 anos após a morte do autor, ou 70 anos no caso de *copyright* em poder de empresas. De acordo com a nova regra, o ratinho Mickey entraria em domínio público somente em 1998. Exatamente nesse ano, o Congresso estadunidense aprovou o Copyright Term Extension Act (Ctea), também conhecido como Mickey Mouse Protection Act<sup>34</sup>. De acordo com esse ato, aprovado sob lobby da corporação Disney, uma obra só entraria em domínio público 70 anos após a morte do autor, ou após 90 anos para o *copyright* corporativo. Nesse novo ajuste, o camundongo Mickey poderia ser explorado com exclusividade pelo complexo industrial Disney até 2018. Recentemente, a Suprema Corte dos Estados Unidos anunciou a validade dos 95 anos de proteção de direitos autorais que o Congresso americano votou em 1998, ou seja, quase o dobro dos 50 anos promovidos pela Convenção de Berna<sup>35</sup>. Agora, “somente em 2023 as pessoas poderão usar o personagem sem ter os advogados da corporação batendo na porta”<sup>36</sup>.

Os interesses corporativos estendem, de tempos em tempos, a duração de seus privilégios<sup>37</sup>. Em consequência, inúmeras obras que poderiam cair em domínio público ainda permanecem sob controle privado. Tal prática interessa apenas às corporações e aos herdeiros dos privilégios autorais, já que, para os autores, não há benefícios patrimoniais *post mortem*.

Parece evidente que a extensão da vigência de privilégios autorais não resulta em incentivo ou em benefício da produção cultural. Sobre esse aspecto é importante observar que a lei brasileira que consolida a legislação autoral não considera nem menciona nenhum interesse social sobre as suas disposições. Ao contrário da lei que regula direi-

34 TRIDENTE, Alessandra, op. cit., p. 57.

35 A regra geral da Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas de 1886 consigna no Artigo 7.1 que a duração da proteção concedida compreende a vida do autor e 50 anos depois da sua morte.

36 Palestra de Richard Stallman. Disponível em: <http://web.mit.edu/comm-forum/forums/copyright.html> e <http://www.gnu.org/philosophy/copyright-and-globalization.html>.

37 Stallman, notando que a cada 20 anos o *copyright* é estendido retroativamente por mais 20 anos, se refere a esse estado de coisas como “plano de instalação perpétua do *copyright*”.

tos e obrigações relativos à propriedade industrial, que logo no segundo artigo dispõe sobre o interesse social da proteção que confere<sup>38</sup>.

O exemplo da Corporação Disney não foi tomado gratuitamente, pois ele guarda um interessante paralelo com as expressões culturais tradicionais, folclóricas ou eruditas, das quais muitas não gozam de proteção ou tiveram esse prazo expirado. A Corporação Disney, ao mesmo tempo que se vale fortemente de recursos jurídicos e políticos na proteção do seu acervo de obras intelectuais, no campo criativo, também se vale do domínio público, seja de expressões culturais tradicionais, seja de obras clássicas: *Branca de Neve e os Sete Anões* (*Snow White and the Seven Dwarfs*) (1937) se inspirou no conto infantil dos irmãos Jacob e Wilhelm Grimm; *Pinóquio* (1940) é uma adaptação do livro do italiano Carlo Collodi; *Fantasia* (1940) mescla trechos inspirados em temas musicais eruditos (a *Sinfonia Pastoral*, de Beethoven, e *A Sagração da Primavera*, de Stravinsky) ou em poemas clássicos (Goethe, em *O Aprendiz de Feiticeiro*, Hoffmann, em *O Quebra-Nozes*); *Cinderela* (1950) saiu do conto de fadas *Cendrillon* ou *La Petite Pantoufle de Verre*, de Charles Perrault; *Alice no País das Maravilhas* (*Alice in Wonderland*) (1951), da obra homônima de Lewis Carroll; *Peter Pan* (1953), da obra homônima de James M. Barrie; *A Bela Adormecida* (*Sleeping Beauty*) (1959) é uma adaptação de outro conto de Charles Perrault, *La Belle au Bois Dormant*; *A Espada Era a Lei* (*The Sword in the Stone*) (1963) é mais uma adaptação da narrativa lendária do rei Arthur; *Robin Hood* (1973) se inspirou novamente num herói mítico britânico; *A Pequena Sereia* (*The Little Mermaid*) (1989) é uma adaptação do conto de Hans Christian Andersen; *Aladin* (1992) é um conto da obra clássica da literatura persa *As 1001 Noites* (*Alf Lailah Oua Lailah*); *Hercules* (1997) é uma adaptação da mitologia grega e *Mulan* (1998), de um clássico da literatura chinesa<sup>39</sup>.

38 BRASIL. Lei Ordinária nº 9.279, de 14 mai. 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Publicada no *DOU* de 15 mai. 1996. Art. 2º – A Proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país, efetua-se mediante: I – concessão de patentes de invenção e de modelo de utilidade; II – concessão de registro de desenho industrial; III – concessão de registro de marca; IV – repressão às falsas indicações geográficas; e V – repressão à concorrência desleal.

39 Compilação de dados obtidos em: <http://www.burburinho.com/2031012.html>. Acesso em: 1 abr. 2008; <http://disney.go.com>. Acesso em: 1 abr. 2008; <http://disney.com.br>. Acesso em: 1 abr. 2008; <http://www.animation-animagic.com>. Acesso em: 1 abr. 2008; <http://pt.wikipedia.org>. Acesso em: 1 abr. 2008.

O exemplo acima procura demonstrar a lógica da indústria cultural sobre o patrimônio imaterial e a apropriação. É nesse contexto que as expressões culturais se apresentam carentes de uma proteção jurídica que promova a equivalência de forças e interesses entre as partes. No caso, entre a indústria e as comunidades culturais ou povos indígenas.

Ao mesmo tempo que o direito autoral se apresenta como eficaz instrumento para a defesa do aproveitamento econômico dos produtos gerados pela indústria cultural, outras implicações de sua incidência nesse ambiente são percebidas. Uma vez que a proteção autoral também pode ser aplicada, separadamente, aos elementos que a constituem<sup>40</sup>, essa decomposição de suas partes oferece munição para outros embates. Personagens e até mesmo argumentos ou enredos são objeto de contendas baseadas na propriedade intelectual. Exemplo disso é o processo judicial apresentado à Corte Federal da Califórnia em 2008<sup>41</sup>. Nele, a DreamWorks, a Viacom Inc. e a Universal Pictures são acusadas de infringir os direitos autorais adquiridos pela Sheldon Abent Revocable Trust, por produzirem o filme *Paranoia* (*Disturbia*) (2007) sem a permissão dos detentores dos direitos da trama. A querela se fundamenta no enredo que baseou o filme *Janela Indiscreta* (*Rear Window*) (1954), de Alfred Hitchcock. Esse filme, por sua vez, foi baseado no conto *It Had to Be Murder*, de Cornell Woolrich, publicado pela primeira vez em 1942. Hitchcock e o ator James Stewart obtiveram os direitos de adaptação da história para o cinema em 1953 e tal direito, depois de outras querelas<sup>42</sup>, acabou sendo adquirido pela Sheldon Abent Revocable Trust. Referido demandante alega que os réus também deveriam ter adquirido os direitos da trama de Cornell Woolrich para produzir *Paranoia*. A principal alegação é a semelhança dos enredos de *Paranoia* e *Janela Indiscreta*. Ambos são mistérios que começam com um homem que, ao espreitar pela

40 CHAVES, Antônio. *Direito de autor. Princípios fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 538 apud TARNEC, Alain le. *Propriété littéraire et artistique*. Paris: Dalloz, 2 ed., 1966. p. 212.

41 Compilação de dados obtidos em: [http://oglobo.globo.com/cultura/mat/2008/9/09/spielberg\\_processado\\_por\\_apropriar-se\\_de\\_hitchcock-548140115.asp](http://oglobo.globo.com/cultura/mat/2008/9/09/spielberg_processado_por_apropriar-se_de_hitchcock-548140115.asp). Acesso em: 30 jul. 2009; The Internet Movie Database <http://www.imdb.com>; [http://en.wikipedia.org/wiki/Stewart\\_v.\\_Abend](http://en.wikipedia.org/wiki/Stewart_v._Abend); <http://www.statemaster.com/encyclopedia/Stewart-v.-Abend>; <http://www.slashfilm.com/2008/09/09/steven-spielberg-and-dreamworks-sued-for-disturbias-similarity-to-alfred-hitchcocks-rear-window/>; <http://www.csmonitor.com/2007/0413/p14s01-almo.html>; <http://latimesblogs.latimes.com/herocomplex/2008/09/is-disturbia-a.html>. Acesso em: 20 ago. 2009.

42 STEWART, James et al., *Petitioners v. Sheldon ABEND, dba Authors Research Company*. United States Supreme Court, April 24, 1990: 109 L.Ed.2d 184; 110 S.Ct. 1750; 495 U.S. 207. Disponível em: <http://altlaw.org/vi/cases/400080>. Acesso em: 20 ago. 2009.

janela, testemunha um comportamento estranho no apartamento da vizinha. Nas três obras o protagonista agiria essencialmente da mesma maneira, interagiria com personagens semelhantes e a intriga terminaria basicamente da mesma forma.

Com esse exemplo procura-se evidenciar outra lógica da indústria cultural, que é fragmentar os elementos da propriedade intelectual com o propósito de retirar maior proveito. Da mesma forma que faz com argumentos e enredos, a indústria cultural pode fazer com expressões culturais de povos indígenas. A tecnologia jurídica da propriedade intelectual parece ser suficiente para esse fim, o que torna a proteção jurídica de expressões culturais algo ainda mais premente.

O impacto dos direitos autorais e dos direitos de imagem na estrutura de custo de algumas indústrias foi ampliado em razão do Acordo Trips da OMC<sup>43</sup>. No Brasil, a Lei de Direitos Autorais de 1998 recepcionou os parâmetros da Trips restringindo ainda mais as hipóteses de limitação aos direitos autorais consignadas na lei anterior, de 1973. O Capítulo IV da Lei Autoral de 1998 dispõe sobre os casos de limitação aos direitos autorais, mas o enquadramento ou não nas hipóteses de limitação, determinando a necessidade ou não da autorização prévia do autor, muitas vezes só é verificado na situação concreta. De acordo com advogados especialistas na área, “essa combinação, ao mesmo tempo que eleva os parâmetros de proteção, reduz a previsibilidade jurídica do marco regulatório”<sup>44</sup>.

Ainda segundo os advogados, em nome da segurança jurídica a regra geral é a necessidade de autorização prévia. A subjetividade das hipóteses<sup>45</sup> transforma as limitações

43 Art. 13 do Anexo 1C, Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio da Ata Final que incorpora os resultados das Negociações Comerciais Multilaterais da Rodada Uruguai, estabelecida em Marrakech, em 15 abr. 1994, para o Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio.

44 VASCONCELOS, Cláudio Lins de; SALINAS, Rodrigo K. Custo dos direitos intelectuais mais que dobraram em três anos. Boletim Rio de Janeiro: Associação Brasileira da Propriedade Intelectual (ABPI), 2 abr. 2009. n°104, p. 4, maio 2009.

45 Algumas limitações aos direitos autorais são mais subjetivas do que outras. Por exemplo, não constitui ofensa aos direitos autorais a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores. (Artigo 46, VIII), ou ainda a regra do Artigo 47: São livres as paráfrases e paródias que não forem verdadeiras reproduções da obra originária nem lhe implicarem descrédito.

em riscos. A indústria costuma traduzir os riscos em custos. E a não previsibilidade dos custos gera mais insegurança. Os advogados Salinas e Cláudio Lins de Vasconcelos exemplificam o custo do direito autoral para alguns clientes<sup>46</sup>:

A Fundação [Fundação Roberto Marinho] é uma casa de conteúdo, comparável a uma indústria de transformação do conteúdo autoral. Ela compra conteúdo bruto, beneficia por um processo industrial que compreende criação, produção e distribuição e coloca o produto acabado no mercado cultural. Os insumos são roteiros, interpretações, composições, imagens, textos, quaisquer outros direitos negociados no eixo *business to business* (eixo dos insumos, a montante). Eles são transformados num produto final e distribuídos a jusante, no eixo *business to consumer*. Não há fins lucrativos, o que não significa que não haja uma lógica econômica a seguir.

Os advogados esclarecem que essa negociação não acontece somente com o autor, pessoa física, mas com empresas de todos os portes que vendem essas obras e esses conteúdos. Falhando a negociação, é comum proceder com a substituição. “Em vez de colocar uma obra de Cecília Meirelles, colocar uma de Clarice Lispector; em vez do Graciliano Ramos, colocar alguma coisa do Guimarães Rosa<sup>47</sup>”.

Quanto ao custo dessas negociações sobre direitos autorais, os advogados citam o Museu da Língua Portuguesa<sup>48</sup> e os custos do *Telecurso*, da Fundação Roberto Marinho:

46 VASCONCELOS, Cláudio Lins de; SALINAS, Rodrigo K., op. cit., p. 4.

47 Ibid., p. 5.

48 O Museu da Língua Portuguesa Estação da Luz está localizado em São Paulo, na Praça da Luz. Foi inaugurado em 21 mar. 2006 e em seus três primeiros anos de funcionamento mais de 1,6 milhão de pessoas visitaram o espaço, consolidando-o como um dos museus mais visitados do Brasil e da América do Sul. Disponível em: <http://www.estacaodaluz.org.br>. Acesso em: 4 ago. 2009.

O projeto inteiro do Museu da Língua Portuguesa custou R\$ 30 milhões. Foram negociados nada menos que 1.200 direitos autorais, conexos e de imagem nesse projeto. Esses 1.200 direitos autorais, em 2005, custaram em torno de R\$ 360 mil, incluindo o custo da negociação (não apenas o custo dos direitos pagos ao titular, mas também a estrutura administrativa). Cada direito custou aproximadamente R\$ 300 reais. Esses R\$ 360 mil representam 1,2% do projeto.

[...]

O “antigo” Telecurso consistia em 1.300 teleaulas de quinze minutos cada uma. Foi produzido entre 1994 e 1995 e reformulado em 2006, sob o ponto de vista didático pedagógico para atualização do conteúdo, e regularização de direitos que não havia sido feita. O novo Telecurso tem 845 aulas, em grande parte com conteúdo derivado das aulas antigas. O custo de negociação ficou em torno dos R\$ 2,6 milhões, compreendendo todo o processo, em dois anos de trabalho. O custo médio por direito ficou em torno de R\$ 861 reais. O impacto no orçamento do projeto chegou a 13%.

[...]

Na rubrica “direitos autorais”, a Fundação Roberto Marinho gastou: R\$ 938.000,00, em 2006; R\$ 1.374.000,00, em 2007; e R\$ 1.499.000,00, em 2008. De 2006 para 2008 tivemos uma variação de mais de 50% de suplementação de custo dessa rubrica.

Esta seção procurou evidenciar as ligações do direito autoral com a indústria cultural. Mostrou que o direito autoral é um importante instrumento para alguns ramos dessa indústria, que utilizam conteúdos culturais como verdadeiros insumos para outras obras e produtos.

Descrever a ligação entre direito autoral e indústria cultural é importante porque o *aproveitamento* de expressões culturais de povos indígenas como insumos intelectuais para obras derivadas e produtos da indústria cultural é sempre uma possibilidade. Tais expressões culturais têm todas as características para comportar esse tipo de aporte, ainda mais se forem consideradas como em domínio público. Também a publicidade é ávida para agregar valores ambientais ou sociais a determinados produtos mediante o uso de expressões culturais de povos indígenas. Diante dessas realidades quais regras são válidas? Existe um direito autoral indígena?

### 3.4 – Existe um direito autoral indígena?

A questão do patrimônio imaterial indígena ganhou nova abordagem em 1992, desencadeada no fluxo e nos desdobramentos da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada na cidade do Rio de Janeiro, no período de 5 a 14 de junho. Os documentos da ECO-92 – como ficou mais conhecida no Brasil – ainda hoje influenciam o tratamento da matéria (patrimônio imaterial indígena, conhecimento tradicional e conhecimento tradicional associado à biodiversidade), especialmente por causa de dispositivos da Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), que foi um dos mais importantes documentos daquela Conferência<sup>49</sup>.

A CDB foi assinada por 181 países. Até 2011 a Convenção contava com 193 Partes<sup>50</sup>, incluindo o Brasil, que aprovou o seu texto por meio do Decreto Legislativo nº 2, de 3/2/1994, e o promulgou pelo Decreto nº 2.519, de 16/3/1998.

Os objetivos da CDB são: a) conservação da diversidade biológica; b) utilização sustentável de seus componentes; e c) repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos.

A CDB inova em matéria de direito internacional ao considerar a distribuição desigual da biodiversidade no mundo; ao reconhecer a assimetria entre países desenvolvidos

49 Outros importantes documentos são: A Declaração do Rio de Janeiro; a Agenda 21, a Declaração de Princípios da Floresta e a Convenção-Quadro sobre Mudanças Climáticas.

50 Disponível em: <http://www.cdb.int/convention/parties/list/>. Acesso em: 8 ago. 2011.



com pouca biodiversidade e países menos desenvolvidos com muita biodiversidade; ao definir que aos países tropicais, menos desenvolvidos e com maior porção de biodiversidade, compete o desafio de conciliar desenvolvimento com conservação e uso sustentável da biodiversidade.

Uma vez que os países mais desenvolvidos empobreceram sua biodiversidade enquanto suas economias cresciam e, também, uma vez que estão interessados nos esforços de conservação nos países tropicais, já que são consumidores da biodiversidade e dos recursos genéticos para o desenvolvimento tecnológico – e ainda que realizam suas pesquisas em países tropicais menos desenvolvidos –, a CDB acrescenta ao objetivo de conservação os de uso sustentável e de justa e harmônica distribuição dos benefícios advindos da utilização – sustentável – da biodiversidade<sup>51</sup>.

Assim, a CDB propõe, como um de seus instrumentos, o rateio dos benefícios advindos da comercialização dos produtos do intercâmbio entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento. Essa repartição de benefícios, motivada pelo referido intercâmbio, realizaria a integração de tecnologias mais desenvolvidas com o acesso aos recursos genéticos.

Logo no preâmbulo a CDB reconhece “a estreita e tradicional dependência de recursos biológicos de muitas comunidades locais e populações indígenas com estilos de vida tradicionais”. No artigo que trata da conservação *in situ* (Artigo 8º), ou seja, a conservação nas condições em que recursos genéticos existem em ecossistemas e *habitats* naturais ou no lugar onde se desenvolveram as espécies domesticadas ou cultivadas (Artigo 2º), ela recomenda:

[...] cada parte contratante deve, na medida do possível e conforme o caso:

j) em conformidade com sua legislação nacional, respeitar, preservar e manter o conhecimento, inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilos de vida tradicionais

51 BENSUSAN, Nurit (Org.). *Seria melhor mandar ladrilhar?: biodiversidade como, para que e por quê*. Brasília: Universidade de Brasília ed.: Instituto Socioambiental, 2002. p. 252.

relevantes à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica e incentivar sua mais ampla aplicação com a aprovação e a participação dos detentores desse conhecimento, inovações e práticas; e encorajar a repartição equitativa dos benefícios oriundos da utilização desse conhecimento, inovações e práticas.

O Artigo 8º J se tornou  *muito popular* e gerou inúmeras discussões em âmbito nacional e internacional. Pela primeira vez um instrumento legal internacional reconhece a importância do conhecimento tradicional<sup>52</sup>:

Como resultado desses dispositivos – e da luta organizada de representantes de comunidades indígenas e locais na última década – os povos indígenas e locais criaram um espaço político considerável para participar e influenciar o processo da CDB.

Pode-se dizer que nessa esteira das discussões em torno dos conhecimentos tradicionais e dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, em 2004 o Instituto Socioambiental<sup>53</sup> publicou um livro sobre direitos autorais indígenas<sup>54</sup>. Nos dizeres do Prefácio, “os autores, advogados do ISA, tomam por base a experiência de anos da organização, que tem se dedicado, na análise de casos concretos, a pensar e a construir um novo entendimento do direito autoral e de imagem”.

52 GROSS, Tony; JOHNSTON, Sam; BARBER, Charles Victor. *A Convenção sobre Diversidade Biológica: entendendo e influenciando o processo. Um guia para entender e participar efetivamente da Oitava Reunião das Partes da Convenção sobre Diversidade Biológica*. Instituto de Estudos Avançados da Universidade das Nações Unidas Equator Initiative, 2005.

53 O Instituto Socioambiental (ISA) é uma associação sem fins lucrativos, qualificada como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscip), fundada em 22 abr. 1994. Tem como objetivo a defesa de bens e direitos sociais, coletivos e difusos, relativos ao meio ambiente, ao patrimônio cultural, aos direitos humanos e dos povos.

54 BAPTISTA, Fernando Mathias; VALLE, Raul Silva Telles do. *Os povos indígenas frente ao direito autoral e de imagem*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004. p. 99.

Nas considerações finais da publicação, os autores concluem que os direitos de autor e de imagem apresentam lacunas legais que precisam ser preenchidas pelos intérpretes do direito. Mas que tais lacunas não significam que o patrimônio imaterial coletivo indígena esteja desprotegido no ordenamento jurídico brasileiro. Segundo os autores, os princípios jurídicos que regem o direito autoral e de imagem se aplicam ao caso das criações coletivas indígenas, “sendo necessário apenas aplicar adequadamente algumas regras hoje existentes na legislação às características específicas da realidade cultural indígena”<sup>55</sup>.

No início de 2006, buscando a proteção do patrimônio material e imaterial indígena relacionado a imagem, criações artísticas e culturais, a Funai editou a Portaria nº 177 na tentativa de regulamentar administrativamente a questão. No que diz respeito à hierarquia das fontes legais, a portaria não parece ser o instrumento mais adequado para tratar a matéria, já que o seu conteúdo inova o direito autoral brasileiro com a noção do direito autoral coletivo. Tercio Sampaio Ferraz Jr. leciona que “uma portaria serve ao ministro para disciplinar o comportamento orgânico no seu âmbito ministerial. Mas não serve para baixar o regulamento de uma lei”<sup>56</sup>. Entretanto, o conteúdo da portaria nos interessa mais do que a análise da sua validade.

A portaria regulamenta a entrada em terras indígenas de pessoas interessadas em negócios sobre direitos autorais e de imagem indígenas, reconhecendo que o gozo desses direitos independe de qualquer medida administrativa da Funai. A portaria faculta a participação do órgão nas negociações de contratos, quando solicitado, para atender aos interesses indígenas.

A portaria estabelece que os direitos autorais dos povos indígenas podem ser morais e patrimoniais, individuais e coletivos, conforme figura ao lado. Reconhece a titularidade dos direitos morais aos autores da obra, no caso de direito individual indígena, e à coletividade, no caso de direito coletivo, e afirma que os respectivos titulares decidem sobre a utilização e a proteção da obra (§ 1º, Artigo 2º). A portaria reafirma a inalienabilidade, irrenunciabilidade e autonomia dos direitos morais, conforme os ditames da legislação autoral brasileira.

55 BAPTISTA, Fernando Mathias; VALLE, Raul Silva Telles do. *Os povos indígenas frente ao direito autoral e de imagem*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004. p. 55.

56 FERRAZ JR. Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1988. p. 213.

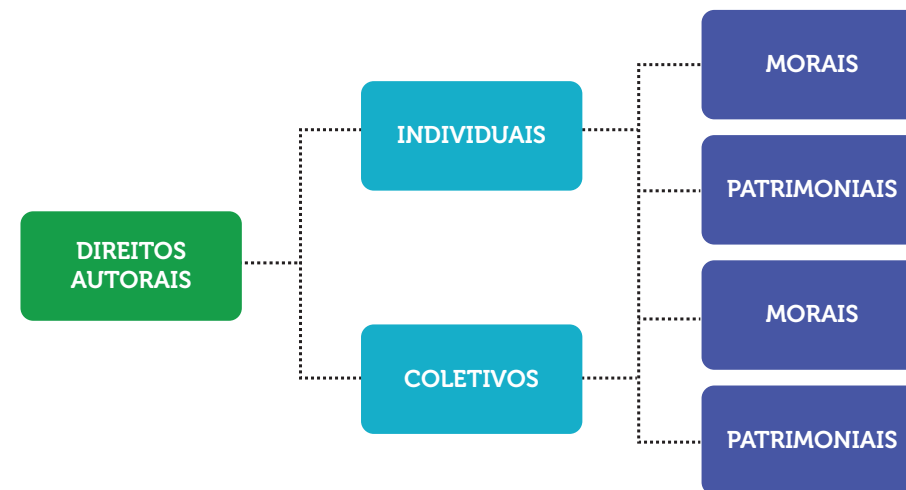


Figura 1: Esquema geral da Portaria da Funai nº 177, sobre direitos autorais

Sobre a utilização das criações indígenas a portaria estabelece os seguintes critérios: 1) o respeito à vontade dos titulares do direito quanto a autorização, veto ou limite para a utilização das obras; 2) as justas contrapartidas pelo uso de obra indígena, especialmente aquelas desenvolvidas com finalidades comerciais; e 3) a celebração de contrato civil entre o titular ou representante dos titulares do direito autoral coletivo e os demais interessados.

### Direito de imagem

Assim como nos direitos autorais, a portaria estabelece que os direitos de imagem indígena constituem direitos morais e patrimoniais, individuais e coletivos. Define os direitos de imagem coletivos em duas distinções, pertencentes genericamente à coletividade, grupo ou etnia indígena representada:

1. As imagens baseadas em manifestações culturais e sociais coletivas dos índios brasileiros.
2. Quando o uso da imagem afetar a moral, os costumes, a ordem social ou a ordem econômica da coletividade, extrapolando a esfera individual.

Mas, independentemente da natureza individual ou coletiva, a captação, o uso e a reprodução de imagens indígenas dependem de autorização expressa do(s) titular(es).

Quanto à utilização, as imagens indígenas podem ser para difusão cultural, nas atividades com fins comerciais, para informação pública e em pesquisa. A portaria define as atividades de difusão cultural como aquelas que visam à circulação e à divulgação da cultura associada à imagem indígena, podendo ter finalidade comercial. Nesse caso, o contrato deve conter: I – expressa anuência dos titulares individuais e coletivos do direito sobre a imagem retratada; II – vontade dos titulares do direito quanto aos limites e às condições de autorização ou cessão do direito de imagem; III – garantia do princípio da repartição justa e equitativa dos benefícios econômicos advindos da exploração da imagem.

No âmbito de sua competência, a Funai participa das negociações, atendendo aos interesses indígenas. No caso de o órgão assistir os contratos, a portaria estipula a obrigatoriedade das seguintes e expressas disposições:

- a. compromisso do interessado em respeitar os costumes e tradições indígenas;
- b. objeto dos contratos, estabelecendo o número de cópias, reproduções, tiragens e exposições em meios de comunicações das criações e imagens indígenas;
- c. previsão de sanção para casos de descumprimento das obrigações por parte dos interessados;
- d. previsão de depósito em garantia das obrigações em favor das comunidades indígenas;
- e. mecanismos de controle dos desdobramentos das atividades que afetem os índios e sua coletividade;
- f. garantia de critérios de valores no mínimo compatíveis com valores de mercado, quando se tratar de atividade remunerada;
- g. cláusula de remuneração ou indenização, de caráter pecuniário ou não, a ser revertida diretamente à comunidade atingida; e

- h. tradução para a língua indígena, quando necessário, para a compreensão do documento.

### ***Entrada em terra indígena***

Os pedidos de autorização de entrada em terra indígena para a realização de atividades de uso e exploração de imagens, sons, grafismos, criações e obras indígenas, bem como os pedidos de acompanhamento pela Funai das referidas atividades, são endereçados ao presidente da Fundação e devem ser instruídos com:

- a. qualificação dos interessados;
- b. plano de trabalho com a descrição das atividades a ser desenvolvidas;
- c. identificação da terra indígena em que se pretende ingressar;
- d. datas de início e término das atividades;
- e. detalhamento da finalidade e usos dos materiais de autoria indígena;
- f. certidão negativa de pendências com a Fundação Nacional do Índio (Funai);
- g. previsão de mecanismos de redução de impactos que resultem prejudiciais aos índios e sua coletividade; e
- h. contrato de cessão de direitos ou de autorização parcial de uso de imagens, sons, grafismos e outras obras e criações indígenas, firmado em língua portuguesa ou indígena, entre os titulares do direito e interessados, de acordo com a legislação em vigor e com previsão de reparação de danos; ou
- i. termo de compromisso firmado entre a Funai e a empresa jornalística, no caso de autorização de atividade jornalística e prestação de serviços de informação, com anuência da comunidade.



### Representação

Um dos problemas mais tenazes sobre os direitos autorais (e de imagem) coletivos de povos indígenas é a representação do titular desses direitos, sobretudo perante terceiros, nos contratos afetos. Sobre isso a portaria dispõe:

Art. 15 - A representação da comunidade indígena, titular do direito coletivo, deverá ser feita de acordo com seus costumes e tradições.

§ 1.º Na ausência da representação de acordo com os costumes e tradições é admitida a representação por pessoas jurídicas ou por associações de fato.

§ 2.º Na falta de identificação clara da representação tradicional deverão ser ouvidas outras formas de representação que porventura existirem.

#### 3.4.1 – UM CASO HIPOTÉTICO PARA EXAMINAR O PROBLEMA DA REPRESENTAÇÃO DA TITULARIDADE

Para examinar a aplicação do direito autoral indígena – tal qual o concebeu a Funai –, conjecturamos sobre um caso concreto. O escolhido, apesar de não estar compreendido na ideia de indústria cultural, é lapidar para demonstrar o problema jurídico do exercício de um direito coletivo sobre expressões culturais, seja esse direito de ordem intelectual, seja compreendido como direito cultural.

Em julho de 2008 o governo do estado do Amazonas realizou em Manaus o Terceiro Festival Amazonas Jazz. O evento contou com apresentações de artistas como Hermeto Pascoal, Frank Sinatra Jr., Celso Pixinga, Vincent Herring, Marcel Powell, Thomas Clausen, Daniel D'Alcântara, Mike Moreno, dentre outros. O Corpo de Dança do Amazonas abriu o festival com uma coreografia inspirada no ritual da moça nova, dos índios Tikuna (também denominados Tukuna ou Maguta). O ritual Tikuna teria sido escolhido

por suas semelhanças conceituais com o tema musical da montagem, a obra *Ritos de Passagem*, do compositor estadunidense Ed Sarath<sup>57</sup>.

As expressões do ritual Tikuna da moça nova, tomadas no seu conjunto, inspiraram a coreografia do Corpo de Dança do Amazonas. O ritual da moça nova é um acontecimento no qual expressões como a dança e a música se associam a crenças, conhecimentos, gastronomia, vestimentas, relações parentais e outros elementos da vida social Tikuna.

A festa da moça nova representa uma ocasião social e ritual de máxima importância na vida Tikuna, quando a menina púbera Tikuna, depois de uma reclusão de poucos meses, é reintegrada como moça na comunidade. [...] Quando a menina tem sua primeira menstruação, seus parentes dão início aos preparativos, convidando seus aparentados clânicos e providenciando material e alimentos para os três longos dias festivos. A mandioca e o peixe são preparados com antecedência, assumindo “valor de uso ritual”, notadamente na bebida “Pajaurú” (fermentado alcoólico da mandioca) e na carne moqueada que é distribuída entre os presentes. Fibras extraídas de espécies vegetais, como o tururí e o buriti, são usadas na confecção das roupas e adereços cerimoniais<sup>58</sup>.

Coreografia é uma criação intelectual protegida pelo direito autoral. É compreendida pela doutrina autoralista como “a arte de compor, de dirigir bailados e descrevê-los através de um sistema ideográfico convencional. Baseia-se na capacidade de movimentos do próprio corpo humano, incluindo tanto passos cadenciados e sal-

57 FARIAS, Eláize. Ritual Tikuna inspira novo espetáculo do CDA. *Amazonas em Tempo*. Manaus, 13 jun. 2008. Plateia, E/3.

58 MENDONÇA, João Martinho. A imagem dos Tükúna no contexto de um trabalho antropológico: fotografias de Roberto Cardoso de Oliveira. *Rev. Antropol.* [on-line], v. 43, n°1, p. 239-246. 2000.

tos como gestos. Interliga-se frequentemente com a mímica, subordinando-se a um determinado ritmo<sup>59</sup>.

Discorrendo sobre o balé, Tarnec (apud Chaves) invoca abundantemente a jurisprudência e sustenta que a proteção autoral pode-se aplicar separadamente aos elementos que o constituem<sup>60</sup>.

Para os fins almejados, supomos que a expressão cultural Tikuna, o conjunto simbólico e expressivo do ritual da moça nova, teria sido parte integrante da obra coreográfica em estudo. Assim, conjecturamos que a expressão cultural Tikuna, em combinação com os outros elementos distintos, como a sequência de passos, suas relações com a música, constituiu a obra coreográfica do Corpo de Dança do Amazonas.

Se a proteção autoral pode ser aplicada separadamente aos elementos que constituem a obra, não seria razoável que, para o uso de tal *argumento* indígena pelo Corpo de Dança, fosse antes necessária a anuência do povo Tikuna? Não se trataria, então, de um direito autoral coletivo?

Concordando com isso, seria necessária a anuência Tikuna para a utilização daquela expressão cultural pelo balé. Entretanto, o ritual da moça nova é uma expressão cultural pertencente à totalidade do povo Tikuna. Se essa afirmação é correta, quem teria legitimidade para anuir ou desaprovar a uso da expressão cultural na obra coreográfica de terceiros?

Entre o povo Tikuna não parece haver uma delegação de poderes a uma autoridade central, que fale por todos os membros. Igualmente, não há uma representação formal, uma pessoa jurídica que reúna todos, nem uma liderança tradicional que represente toda a etnia.

De acordo com a Fundação dos Povos Indígenas do Amazonas<sup>61</sup>, o povo Tikuna ocupa tradicionalmente a região fronteira entre Brasil, Colômbia e Peru. Sua população en-

59 CHAVES, Antônio. *Direito de autor. Princípios fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 538.

60 Ibid, p. 205.

61 *Catálogo de artesanatos indígenas da região do alto Solimões*. Projeto de Apoio à Comercialização de Artesanatos dos Povos do Alto Solimões – Convênio nº 0071/2004. Ministério da Integração Nacional (MIN). Fundação Estadual dos Povos Indígenas (Fepi), Amazonas, 2004-2007.

contra maior densidade no território brasileiro, estando estimada em 33 mil indivíduos, distribuídos em 18 terras indígenas na região do alto Solimões (SDS, 2005). O povo Tikuna é considerado atualmente o maior grupo étnico do país, com forte organização social, além de ter constituído pessoas jurídicas de direito privado como a Federação das Organizações dos Caciques e das Comunidades Indígenas da Tribo Ticuna (Focitt), o Conselho Geral da Tribo Ticuna (CGTT) e a Associação de Mulheres Indígenas da Tribo Ticuna (Amiti).

A organização social Tikuna, suas lideranças tradicionais, bem como as pessoas jurídicas de direito privado citadas, configuram um aparato civil legítimo para promover uma gestão proativa e reativa sobre suas expressões culturais. No entanto, como se trata de uma expressão cultural compartilhada, a anuência de uma liderança poderia ser contradita pela negativa de outra liderança igualmente legítima. O que fazer nesse caso?

A representação ainda é um problema a ser equacionado na prática. No plano administrativo, a Portaria nº 177 da Funai dispõe que a representação da comunidade indígena, titular do direito coletivo, deverá ser feita de acordo com seus costumes e tradições. E na ausência da representação, de acordo com os costumes e as tradições, seria admitida a representação por pessoas jurídicas ou por associações de fato. Finalmente, na falta de identificação clara da representação tradicional, dever-se-ia ouvir outras formas de representação que porventura existirem. Nenhuma luz, portanto, é lançada para dirimir uma possível desavença ou controvérsia entre representantes legítimos para anuir ou discordar sobre o uso da expressão cultural Tikuna em obra coreográfica.

Souza Filho diz que o direito coletivo indígena “é um direito onde todos são sujeitos. Se todos são sujeitos do mesmo direito, todos têm dele disponibilidade, mas, ao mesmo tempo, ninguém pode dele dispor, contrariando-o, porque a disposição de um seria violar o direito de todos<sup>62</sup>. Souza Filho fala de um direito coletivo dos povos e das minorias, que não pertencem a todos, mas apenas àquele povo. Um direito cuja titularidade pertence aos membros de uma comunidade. Seria um direito indivisível entre seus titulares, pois uma eventual divisão do objeto faria com que todos os titulares do todo continuassem titulares das partes. Um direito que não é passível de alienação, imprescritível, inembargável, impenhorável e intransferível. Uma categoria dessa espécie, segundo Souza Filho, é formada pelos direitos culturais, que refletem a própria essência do povo:

62 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. 1. ed. 5. tir. Curitiba: Juruá, 2006. p. 176.

A língua, os mitos de origem, a arte, os saberes e a religião são a roupagem com que um povo se diferencia dos outros. Estes direitos [culturais] também têm a dupla perspectiva de ser um direito de todos, incluindo os alheios ao grupo, de que a cultura seja preservada, e o direito de cada membro de grupo de manifestá-la individualmente<sup>63</sup>.

Seria esse o direito aplicável ao caso proposto? Se a resposta for afirmativa, a expressão cultural não poderia ser transferida ou alienada, e a companhia de dança não poderia se valer do ritual da moça nova para o seu intento criativo. Se a resposta for negativa, a solução alternativa seria uma proteção *sui generis*?

#### 3.4.2 – A PROTEÇÃO *SUI GENERIS*

Um ano antes da portaria da Funai, em 2005, a Secretaria Geral da Comunidade Andina e a Corporación Andina de Fomento publicaram uma interessante cartilha<sup>64</sup> sobre a proteção do que conceituam, numa tradução livre, como conhecimentos tradicionais coletivos e integrais dos povos indígenas. O documento oferece uma proposta de proteção *sui generis* para tais conhecimentos, baseado no direito consuetudinário desses povos e nas próprias práticas culturais no âmbito da comunidade andina. Tal proteção cobriria uma ampla gama de conhecimentos, inovações e práticas tradicionais dos povos indígenas, tanto as relacionadas aos recursos da biodiversidade, classificação e uso da flora e fauna quanto os aspectos culturais e do folclore, procedimentos para a elaboração de obras de arte, desenhos e pintura, criações literárias, artesanato etc. A publicação, da forma didática como convém a uma cartilha, lista as suas razões para a proteção:

63 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. 1. ed. 5. tir. Curitiba: Juruá, 2006. p. 184.

64 DE LA CRUZ, Rodrigo et al. *Elementos para la protección sui generis de los conocimientos tradicionales colectivos e integrales desde la perspectiva indígena*. Caracas: Secretaría General de la Comunidad Andina e Corporación Andina de Fomento, 2005.

Las razones son muchas. Unos mencionan por evitar choques culturales entre sociedades diferentes (los indígenas y la sociedad occidental); otros miran como una oportunidad para establecer reglas claras para que los pueblos indígenas participen en los beneficios derivados de la utilización de sus saberes; los mismos pueblos indígenas reclaman mecanismos seguros para proteger su patrimonio intelectual como parte de su integridad como pueblos. La creciente pérdida de estos saberes por factores exógenos es otra de las razones.

Razones generales

**Protección de un derecho humano fundamental.** Los sistemas de conocimiento indígena son parte fundamental de su integridad y existencia como pueblos. No se trata únicamente de una reivindicación que hace parte de los derechos económicos y sociales de un pueblo, sino de una condición sin la cual un pueblo indígena no podría existir como tal. Por ello, han manifestado que el conocimiento tradicional colectivo e integral se encuentra ligado al derecho a la autodeterminación.

**Valor intrínseco del conocimiento tradicional colectivo e integral.** El conocimiento tradicional colectivo e integral no sólo debe protegerse por su valor económico, sino por su valor intrínseco, pues se trata de algo que hace parte de la identidad cultural de las comunidades indígenas, que se ve reflejado en la gran diversidad cultural de los países de la región.

**Razones de equidad.** Para corregir una relación injusta e inequitativa entre pueblos indígenas y empresas que se benefician comercialmente del uso del conocimiento tradicional colectivo e integral, sin retribuir a las comunidades.

**Como una respuesta defensiva a los Derechos de Propiedad Intelectual (DPI) que busca proteger derechos monopólicos sobre el conocimiento.** El uso de conocimientos tradicionales

por terceiros há llevado a que se genere un control monopólico utilizando los DPI, tergiversando la naturaleza colectiva y transgeneracional del patrimonio intelectual y cultural indígena.

#### Razones específicas

Afirmación del conocimiento tradicional colectivo e integral frente a la amenaza económica. La importancia económica del conocimiento tradicional colectivo e integral es destacada por la Organización Mundial de Propiedad Intelectual en su vigésimo período de sesiones en octubre de 2000, cuando se crea El 15 Comité Intergubernamental sobre Recursos Genéticos y Propiedad Intelectual, Conocimientos Tradicionales y Folklore. Se señala que “a raíz de la aparición de las ciencias de la biotecnología moderna, los recursos genéticos han ido adquiriendo una importancia económica, científica y comercial cada vez mayor en una gran variedad de ámbitos. A su vez, los conocimientos tradicionales relacionados con esos recursos son objeto de un interés creciente. Otras creaciones derivadas de la tradición, como las expresiones del folklore, han ido adquiriendo una nueva importancia económica y cultural en el marco de la nueva sociedad mundializada de la información (WO/GA/26/6).

Diante das várias razões e justificativas, os autores da cartilha pugnam pela necessidade de estabelecer princípios e diretrizes mínimas que orientem a implementação de estratégias e mecanismos de proteção. Além de um plano de capacitação e informação dos titulares, que permita a revitalização e a conservação dos conhecimentos tradicionais coletivos e integrais. Tais estratégias, ainda segundo a publicação, devem ser resultado de um processo de construção coletiva com a consulta e a participação dos povos indígenas e suas instâncias representativas, conforme preconiza a Convenção 169 da OIT.

Segundo a publicação, nos fóruns globais, como a Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (Ompi), a Organização das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (ONUCD) e a

Organização das Nações Unidas para a Agricultura e a Alimentação (FAO), entre outros, o tratamento relacionado à proteção dos conhecimentos indígenas encontra-se protelado por faltar consenso sobre os seguintes aspectos críticos: medidas e elementos que deveriam conter um regime sui generis de proteção aos conhecimentos tradicionais; consentimento prévio informado; registros e base de dados; distribuição equitativa de benefícios; direitos de propriedade intelectual. Ou seja, há muito pouco consenso.

A cartilha elenca os elementos para a proteção dos conhecimentos tradicionais coletivos e integrais dos povos indígenas e sugere alguns princípios fundamentais para um sistema sub-regional andino de proteção: o reconhecimento do caráter de propriedade coletiva dos povos indígenas; o vínculo imprescritível entre os conhecimentos, a territorialidade e a identidade cultural; o princípio da interculturalidade orientando o diálogo de saberes; a conservação, a revitalização e o uso como um componente da livre determinação dos povos indígenas; os conhecimentos intangíveis associados aos recursos genéticos seriam inalienáveis e imprescritíveis; os conhecimentos tradicionais coletivos e integrais constituiriam todo um sistema de saberes ancestrais.

Para o referido sistema sub-regional andino de proteção dos conhecimentos tradicionais coletivos e integrais dos povos indígenas a cartilha destaca os seguintes objetivos da proteção:

- a. Promover el respeto, protección, preservación, aplicación más amplia y desarrollo de los saberes ancestrales y conocimientos colectivos de los pueblos indígenas.
- b. Garantizar la pervivencia de los pueblos indígenas y la consolidación de la identidad cultural, teniendo presente que los saberes ancestrales hacen parte de la cosmovisión indígena.
- c. Fomentar el intercambio de los saberes ancestrales y potenciar su utilización al interior de las propias comunidades indígenas.
- d. Garantizar el mantenimiento de los conocimientos ancestrales colectivos e integrales de los pueblos indígenas para que estos pervivan.
- e. Garantizar que el uso de los saberes ancestrales y los conocimientos colectivos se realice con el consentimiento informado previo de los pueblos indígenas.

f. Garantizar y establecer directrices para una distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de la utilización de los conocimientos indígenas, con miras a fortalecer el desarrollo sostenible de los propios pueblos indígenas y de los países de la región.

g. Evitar que se concedan patentes de invención u otros sistemas de derechos de propiedad intelectual obtenidas o desarrolladas a partir de conocimientos ancestrales de los pueblos indígenas cuando se accedan irregularmente a estos.

A ideia de um regime *sui generis*, segundo Juliana Santilli<sup>65</sup>, já era mencionada e parece ter sido elaborada pela rede de organizações não governamentais Third World Network, mediante o documento propositivo Community Intellectual Rights Act. A organização Third World Network é coordenada por Gurdial Singh Nijar, que teria sido um dos primeiros a chamar a atenção para a ausência de instrumentos legais ou parâmetros para proteger as comunidades indígenas e locais contra a usurpação de seus conhecimentos.

Nijar salienta que aos sistemas de conhecimento das comunidades indígenas é negado qualquer reconhecimento, e que apenas o modelo ocidental e industrial de inovação é reconhecido, razão pela qual é necessário redefinir o conceito de "inovação", de forma a contemplar a proteção da criatividade de comunidades indígenas e locais.

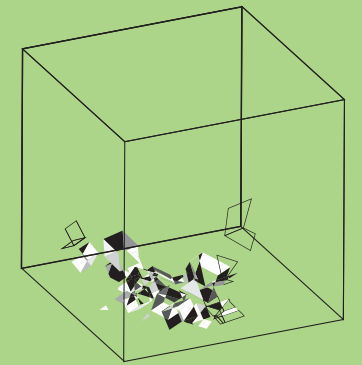
Ainda segundo Santilli<sup>66</sup>, a proposta elaborada pela Third World Network partiria dos seguintes conceitos básicos: a) as comunidades locais e indígenas são os guardiães (*custodians*) de suas inovações; b) devem ser proibidos quaisquer direitos de monopólio sobre tais inovações, e quaisquer transações que violem tal proibição são nulas e não produzem efeitos jurídicos; c) o livre intercâmbio e a transmissão de conhecimentos entre comunidades, ao longo de gerações, devem ser respeitados; d) qualquer interes-

65 SANTILLI, Juliana. Biodiversidade e conhecimentos tradicionais associados: novos avanços e impasses na criação de regimes legais de proteção. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n° 29, p. 83-102, jan.-mar. 2003.

66 Ibid., p. 83-102.

sado em fazer uso comercial da inovação, ou parte dela, deve obter o consentimento escrito da comunidade e pagar-lhe uma quantia que represente uma porcentagem mínima sobre os lucros gerados com a utilização do conhecimento; e) deve ser proibida a concessão de exclusividade da utilização comercial a uma pessoa ou empresa; f) inversão do ônus da prova em favor da comunidade que declare pertencer a si aquele conhecimento, devendo a pessoa ou empresa que se utilizou dele provar o contrário.

Esse modelo de proteção *sui generis* traz importantes contribuições para a reflexão de uma proteção jurídica de expressões culturais de povos indígenas. Entretanto, parece incorrer na tendência de fazer tábula rasa das diferenças que caracterizam os acervos culturais indígenas. As possibilidades de manifestação e de titularidade variam de povo para povo. Uma proteção tão genérica impede a pleníssima potestade dos povos indígenas sobre suas expressões. Em outras palavras, impediria, por exemplo, que um determinado povo elegeisse as expressões que poderiam ser vendidas a um determinado segmento da indústria cultural ou cedidas livremente para a divulgação de sua cultura na internet. Uma proteção efetiva não pode deixar de prever a coexistência e a inter-relação dos povos indígenas com a indústria cultural. Por isso é importante a análise de outros elementos de proteção, que se encontram formalizados sob outras lógicas. Essa é a função do próximo capítulo, que discutirá a proteção jurídica de expressões culturais indígenas sob o estalão da diversidade cultural.



#### **IV** A PROTEÇÃO JURÍDICA DE EXPRESSÕES CULTURAIS DE POVOS INDÍGENAS SOB O ESTALÃO DA DIVERSIDADE CULTURAL

Este capítulo trata da ideia de cultura e da ideia que algumas regulações jurídicas têm de cultura. Regulações que, do ponto de vista cronológico, deságuam na ideia de proteção à diversidade cultural e de proteção da diversidade das expressões culturais. Procurar-se-á demonstrar que esse sistema conceitual está presente no ordenamento jurídico brasileiro e que influi na proteção jurídica de expressões culturais de povos indígenas.

#### 4.1 – “Cultura” em um caleidoscópio

Cultura é um daqueles conceitos que se comportam como os cristais de um caleidoscópio, produzindo um número infinito de combinações de imagens e formas em cores variadas. O termo, de origem latina, que esteve inicialmente relacionado ao cultivo agrícola, em dado momento também passou a se referir ao trabalho ou cultivo de si mesmo: “Uma característica reconhecível naqueles dotados de boa educação, conhecimentos vastos acerca dos diversos assuntos do domínio humano e refinamento de conduta”<sup>1</sup>. Durante muito tempo o pensamento jurídico acompanhou essa acepção mais fidalga de cultura, ocupando-se das expressões artísticas, científicas, arquitetônicas e literárias. Mas essa compreensão jurídica de cultura parece ter se expandido e aproveitado o sentido antropológico para transcender a noção de refinamento intelectual. Como explica Marshall Sahlins<sup>2</sup>, para transcender “aquela ‘cultura’ que tem como adjetivo ‘culto’, e não ‘cultural’, e que ainda é uma acepção comum do termo”.

A Declaração Universal da Diversidade Cultural da Unesco corrobora o mesmo entendimento abrangente:

A cultura deve ser considerada como um conjunto distinto de elementos espirituais, materiais, intelectuais e emocionais de uma sociedade ou de um grupo social. Além da arte e da literatura, ela abarca também os estilos de vida, modos de convivên-

1 TEIXEIRA, Heloysa Simonetti. Patrimônio cultural: o tombamento como instrumento de preservação, Manaus (AM): UEA, 2004. Dissertação de mestrado em direito ambiental. Universidade do Estado do Amazonas, 2004. p. 33.

2 SAHLINS, Marshall. O “pessimismo sentimental” e a experiência etnográfica: por que a cultura não é um “objeto” em via de extinção (Parte I). *Mana – Estudos de Antropologia Social*, v. 3, n° 1, p. 41, 1997.

cia, sistemas de valores, tradições e crenças (Preâmbulo da Declaração Universal de Diversidade Cultural da Unesco, de 2001).

Os conceitos de cultura expressos acima se valem da experiência antropológica, que investiga os componentes culturais e sociais que agem no sentido da criação de diversidade. Experiência que vai investigar as instituições sociais, os modos de produção, os valores dos objetos, as categorizações da natureza, ontologias, epistemologias, mitologias, teologias, escatologias, sociologias, políticas e economias através das quais os povos organizam a si mesmos e aos objetos de sua existência<sup>3</sup>. Segundo Sahlins, o conceito especificamente antropológico de cultura se desenvolveu na Alemanha, no século XVIII, e foi aprimorado por Johann Gottfried von Herder. Para Von Herder, o ser humano “verdadeiramente se constitui no interior da sociedade e para a sociedade, sem a qual não poderia ter adquirido seu ser, nem se tornado um homem”<sup>4</sup>.

Já Fredrik Barth<sup>5</sup> afirma que a cultura nada mais é do que uma maneira de descrever o comportamento humano. Refletir sobre a experiência humana em termos culturais é colocar nessa equação formas de organização social, barreiras linguísticas, inimizades espontâneas e organizadas, formas de troca e de alianças. Enfim, considerar os matices da convivência humana. Para esse autor, todo, ou praticamente todo, raciocínio antropológico parte do pressuposto da existência de agregados humanos que compartilham essencialmente uma mesma cultura, e que há diferenças que vão distinguir uma forma cultural da outra. Desse pressuposto segue a constatação da existência de grupos delimitados de pessoas (unidades étnicas) que correspondem a cada cultura. Unidades étnicas que fazem sentido enquanto categorias “atributivas e identificadoras empregadas pelos próprios atores”.

Barth afirma que o principal problema dessa visão antropológica é a manutenção das fronteiras que delimitam uma cultura da outra. Tais fronteiras são compreendidas como consequência do isolamento de suas características fundamentais: “Somos levados a imaginar cada grupo desenvolvendo sua forma cultural e social em isolamento relativo, respon-

3 SAHLINS, Marshall, op. cit, p. 44. Discorrendo sobre a realidade etnográfica e a sua redução sob a visão segundo a qual a cultura seria um mero aparato pelo qual as sociedades ou grupos se distinguem uns dos outros.

4 VON HERDER, Johann Gottfried, 1966 apud SAHLINS, Marshall, 1997. p. 47.

5 BARTH, Fredrik. O guru, o iniciador e outras variações antropológicas. In: Tomke Lask. (Org.).



dendo principalmente a fatores ecológicos locais, através de uma história de adaptação por invenção e empréstimos seletivos”. Essa compreensão produz um mundo de povos separados, cada qual com uma cultura e uma organização social, “passíveis de ser legitimamente isoladas para descrição como se fosse uma ilha”. Essa compreensão – de “totalidades culturais” na semântica de outros autores – limita a gama de fatores que se usam para explicar a diversidade cultural. Somos levados a identificar e distinguir as unidades étnicas (ou grupos étnicos) pelas características morfológicas das culturas das quais são portadoras. Diferenças entre os grupos tornam-se “diferenças entre inventários de traços”.

Entretanto, em si mesma, a diferença cultural não tem nenhum valor. A diferença vai tratar de variedades, não de graus de cultura. Como explica Sahlins:

Tudo depende de quem a está tematizando [a diferença cultural], em relação a que situação histórica mundial. Nas últimas duas décadas, vários povos do planeta têm contrastado conscientemente sua “cultura” às forças do imperialismo ocidental que os vêm afligindo há tanto tempo. A cultura aparece aqui como a antítese de um projeto colonialista de estabilização, uma vez que os povos a utilizam não apenas para marcar sua identidade, como para retomar o controle do próprio destino<sup>6</sup>.

Esse desdobramento da cultura como expressão de identidade também é descrito por Norbert Rouland<sup>7</sup>. Esse autor esclarece que não se trata de uma identidade substancial e primordial, correspondente a um legado histórico que serve de referência obrigatória. Mas uma identidade instrumental e subjetiva, correspondente a reinterpretções do passado em vista de objetivos futuros. Esse ponto, nos seus dizeres, explica a função do direito para os povos indígenas:

6 BARTH, Fredrik. O guru, o iniciador e outras variações antropológicas. In: Tomke Lask. (Org.).

7 ROULAND, Norbert et al. *Direito das minorias e dos povos autóctones*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004.

Não como muitos acreditam erroneamente, uma justificativa jurídica voltada para si, a abertura da caixa de Pandora que conduzirá a um novo apartheid e aos confrontos “étnicos”, mas, ao contrário, à busca de soluções jurídicas que permitam a grupos, caluniados e colocados pela história em situação de inferioridade, que se redefinem em função das necessidades do presente, e que encontrem meios de uma coexistência pacífica construída por diversos mecanismos de aliança.

Enfim, as pessoas organizam sua experiência segundo suas tradições, sua visão de mundo. Isso significa que as pessoas não descobrem simplesmente o mundo<sup>8</sup>. O mundo lhes é ensinado, e o apanhado da lição resulta em “cultura”. Nesse caleidoscópio de cores e formas multivariadas descrevendo a cultura, o direito vai buscar algumas amostras para expressar alguns sentidos de cultura em seus dispositivos. Esse é o assunto da próxima seção, que é um caminho necessário para se chegar à ideia de diversidade cultural tal como instrumentalizada pelo direito.

#### 4.2 – A ideia de cultura em regulações jurídicas

No plano jurídico a cultura adquiriu um novo status na Declaração Universal dos Direitos do Homem das Nações Unidas, de 1948. Tal declaração, que foi um dos referenciais teóricos que serviram para reorientar a ordem internacional após a Segunda Guerra Mundial, reconheceu a toda pessoa, membro da sociedade humana, o direito de participar livremente da vida cultural da sua própria comunidade, de fruir as artes, participar do processo científico e de ter protegidos os seus interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor<sup>9</sup>. O dito novo status se deve à importância do documento. A Declaração Universal de Direitos

8 SAHLINS, Marshall. O “pessimismo sentimental” e a experiência etnográfica: por que a cultura não é um “objeto” em via de extinção (Parte I). *Mana – Estudos de Antropologia Social*, v. 3, n° 1, p. 48, 1997.

9 Artigo 27 da Declaração Universal dos Direitos do Homem das Nações Unidas: 1. Toda pessoa tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do processo científico e de seus benefícios. 2. Toda pessoa tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor.

Humanos, como ficou conhecida, introduziu a atual concepção de direitos humanos. Segundo Flávia Piovesan<sup>10</sup>, a Declaração surgiu como resposta às atrocidades e aos horrores da Segunda Guerra Mundial e como manifestação da necessidade das nações de reconstruir o valor dos direitos humanos como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional. A Declaração inovou o direito internacional.

Inovou o direito internacional ao declarar os direitos humanos como direitos universais, cuja proteção não deve se reduzir ao domínio do Estado. “Prenuncia-se, desse modo, o fim da era em que a forma pela qual o Estado tratava seus nacionais era concebida como um problema de jurisdição doméstica, decorrente de sua soberania”<sup>11</sup>. Assim, dentro do sistema de direitos humanos, é possível falar da universalidade dos direitos culturais.

Ainda segundo Piovesan, além desse alcance universal, a Declaração inova ao consagrar uma unidade indivisível aos direitos humanos. Unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada. “A Declaração de 1948 introduz assim extraordinária inovação, ao combinar o discurso liberal da cidadania com o discurso social, de forma a elencar tanto direitos civis e políticos (artigos 3 a 21) como direitos sociais, econômicos e culturais (artigos 22 a 28).” Segundo ela, os direitos sociais, econômicos e culturais são autênticos e verdadeiros direitos fundamentais. “Integram não apenas a Declaração Universal como ainda inúmeros outros tratados internacionais, como o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, a Convenção sobre os Direitos da Criança, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, dentre outros.”

A concepção inovadora da unidade indivisível, inter-relacionada e interdependente dos direitos humanos leva à suposição de que somente por meio do reconhecimento integral de todos os direitos expressos na Declaração de 1948 se pode assegurar a existência real de cada um deles. Também a obrigação de implementar esses direitos deve ser compreendida à luz do princípio da indivisibilidade dos direitos humanos, reafirmado pela ONU na Declaração de Viena de 1993. Tal declaração foi adotada durante a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos de 1993 e contém 15 artigos. No quinto, ela afirma:

10 PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1988. p. 244.

11 Idem.

Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais.

Segundo o direito internacional, os direitos fundamentais – sejam civis e políticos, sejam sociais, econômicos e culturais – são acionáveis, exigíveis e demandam séria e atenta observância por parte dos Estados.

Dezoito anos depois da Declaração Universal de Direitos Humanos, em 1966 o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais<sup>12</sup> amplificaram a ideia de cultura adotada em 1948. O primeiro garantindo que, nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderiam ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua (Artigo 27). O segundo repete o consignado na Declaração de 1948 acrescentando o compromisso dos Estados-Partes de assegurar o pleno exercício daqueles direitos e de respeitar a liberdade indispensável à pesquisa científica e à atividade criadora. Também reconhece os benefícios que derivam do fomento e do desenvolvimento da cooperação e das relações internacionais no domínio da ciência e da cultura.

Mas os direitos humanos e fundamentais, por definição, tratam da cultura nos seus aspectos mais amplos, basilares e indispensáveis. Nesse nível – no sistema inter-

12 O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 19 dez. 1966, teve seu texto aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 226(1), de 12 dez. 1991, a Carta de Adesão ao Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais depositada em 24 jan. 1992 que entrou em vigor na forma do Decreto nº 59, de 6 jul. 1992.

nacional de direitos humanos – a preocupação é com os sujeitos que vivenciam a cultura e são evidenciados por ela. Coube à agência das Nações Unidas encarregada da cultura, a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco), a criação da “plataforma jurídica” que traria para o direito a ideia de diversidade cultural. Mas, na sua origem, a preocupação dessa agência com a cultura se limitava “à ampla difusão da cultura da humanidade para a justiça, para a liberdade e para a paz”<sup>13</sup>.

A Unesco foi criada em 1945 – no processo europeu de reconstrução após a Segunda Guerra Mundial – com o propósito de contribuir para a paz e para a segurança, promovendo a colaboração entre as nações por meio da educação, da ciência e da cultura. O texto da sua Constituição lhe confia o duplo mandato de promover uma “salutar diversidade de culturas” e facilitar o “trânsito livre de ideias pelas palavras e imagens”. Sobre isso o texto da Constituição ressalta: “Com vista a preservação da independência, da integridade e da diversidade frutífera das culturas e dos sistemas educacionais dos Estados-membros da Organização, fica a ela vedada a intervenção nas questões essencialmente restritas à jurisdição interna desses Estados”.

Nas décadas de 1950 e 1960 essa agência das Nações Unidas esteve muito focada na proteção internacional dos bens culturais imóveis<sup>14</sup>. Hoje, ela estaria engajada em fazer as Nações Unidas alcançar até 2015 os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio<sup>15</sup>.

Durante as décadas de 1980 e 1990 a Unesco desenvolveu um trabalho conceitual sobre cultura, concentrando sua atividade normativa preferencialmente na área de

13 A Constituição da Unesco adotada em Londres, em 16 de novembro de 1945, e emendada pela Conferência-Geral nas suas 2ª, 3ª, 4ª, 5ª, 6ª, 7ª, 8ª, 9ª, 10ª, 12ª, 15ª, 17ª, 19ª, 20ª, 21ª, 24ª, 25ª, 26ª, 27ª, 28ª e 29ª sessões, declara que a ampla difusão da cultura e da educação da humanidade para a justiça, para a liberdade e para a paz é indispensável para a dignidade do homem, constituindo um dever sagrado, que todas as nações devem observar, em espírito de assistência e preocupação mútuas.

14 SILVA, Fernando Fernandes. *As cidades brasileiras e o patrimônio cultural da humanidade*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2003.

15 A Declaração do Milênio das Nações Unidas, resultado da Cúpula do Milênio, realizada em 2000, define uma lista dos principais componentes da agenda global do século XXI. A Unesco está envolvida em seis dos oito objetivos: erradicar a extrema pobreza e a fome; atingir o ensino básico universal; promover a igualdade entre os sexos e a autonomia das mulheres; combater a aids, a malária e outras doenças; garantir a sustentabilidade ambiental; e estabelecer uma parceria mundial para o desenvolvimento.

patrimônio<sup>16</sup>. Em 1982 aconteceu no México a Conferência Mundial sobre Políticas Culturais, que ficou conhecida como Mondiacult. Essa cúpula focou a relação entre cultura e desenvolvimento econômico e esboçou os fundamentos de uma política cultural baseada no respeito à diversidade. Estabeleceu um conceito de cultura, de política cultural e de política de comunicação<sup>17</sup>.

Paralelamente, no mesmo período – em 1989 –, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) aprovava sua Convenção 169 sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes<sup>18</sup>. Essa convenção procurou assegurar a esses povos condições iguais para o usufruto dos direitos e oportunidades que as leis e regulamentações nacionais garantem aos demais. Nesse escopo fundamental, a convenção conclama os governos a promover a plena efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais dos povos indígenas e tribais, respeitando a sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, e as suas instituições. Um antecedente importante para a Convenção 169 da OIT ocorreu em 1971. Nesse ano a Subcomissão para a Prevenção da Discriminação e a Proteção das Minorias da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas (CNUDH) conduziu estudos sobre o problema da discriminação de povos indígenas. “Como resultado desse estudo, e devido ao caráter especial de suas histórias e de sua relação com as terras e territórios ancestrais, os povos indígenas começaram a ser reconhecidos como detentores de necessidades e direitos distintos daqueles de outras minorias étnicas”<sup>19</sup>.

Voltando ao plano da Unesco, em 1998 ocorreu em Estocolmo a Conferência Intergovernamental sobre Políticas Culturais para o Desenvolvimento. Tal conferência reafirmou a importância da cultura para o desenvolvimento e adotou em seu Plano de Ação a promoção da diversidade cultural. Diversidade cultural atrelada à ideia de desenvol-

16 Entrevista com o coordenador-geral do direito autoral do Ministério da Cultura, Marcos Alves. Disponível em: <http://www.cultura.gov.br/site/2007/03/23/entrevista-com-marcos-alves>. Acesso em: 16 maio 2009.

17 JUNIOR, Bruno Wanderley; VOLPINI, Carla Ribeiro. Mondiacult: a cultura como dimensão dos direitos humanos. In: Conpedi, 2006, Manaus. Disponível em: [http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/bruno\\_wanderley\\_junior.pdf](http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/bruno_wanderley_junior.pdf). Acesso em: 13 jul. 2008.

18 A convenção foi adotada em 27 de junho de 1989. Entrou em vigor no plano internacional em 5 de setembro de 1991 e no Brasil em 25 de julho de 2003, considerando as regras do Artigo 38. Foi promulgada pelo Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004.

19 DAVIS, Shelton H. Diversidade cultural e direitos dos povos indígenas. *Mana*. v. 14, n° 2, p. 571-585. out. 2008.

vimento é uma ligação fundamental para a hermenêutica da proteção das expressões culturais indígenas, mesmo para não se incorrer no erro de tomar tal proteção como um obstáculo ao desenvolvimento:

Apesar do foco renovado nos direitos culturais dos povos indígenas e outras minorias, os valores, identidades e culturas dos povos indígenas e “não ocidentais” foram por muito tempo vistos como obstáculos à modernização e ao desenvolvimento. De fato, a maior parte das políticas culturais relativas a esses povos tendia a se concentrar na descoberta e preservação de seu patrimônio pré-colonial em sítios arqueológicos e na negação, em vez de apoio, à sua cultura<sup>20</sup>.

Parte do Plano de Ação da Conferência de Estocolmo recomendava fazer da política cultural um dos principais componentes da estratégia de desenvolvimento. Recomendava a promoção da indústria cultural e da diversidade cultural e linguística na sociedade da informação. Essa conferência de 1998 foi resultado de um trabalho de conscientização internacional iniciado pela Unesco dez anos antes, em 1988, com o início da Década Mundial do Desenvolvimento Cultural. Também em 1996, a sua Comissão Mundial para a Cultura e o Desenvolvimento publicou o relatório *Nossa Diversidade Criativa*, destacando, entre outros temas, a diversidade e o pluralismo cultural.

Em 2001, a 31ª Conferência-Geral da Unesco aprovou a Declaração Universal sobre Diversidade Cultural, que declarou a diversidade cultural como “patrimônio comum da humanidade”.

Em 2003, a 32ª Conferência-Geral da Unesco aprovou a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial<sup>21</sup>. Tal convenção, erigida com a finalidade de salvaguar-

20 DAVIS, Shelton H. Diversidade cultural e direitos dos povos indígenas. *Mana*. v. 14, n° 2, p. 571-585. out. 2008.

21 A convenção foi promulgada no Brasil pelo Decreto nº 5.753, de 12 abr. 2006, publicado no *Diário Oficial da União* no dia 13 abr. 2006.

dar o patrimônio cultural imaterial inclusive de comunidades e grupos, reconhece a especial importância das comunidades indígenas na produção, salvaguarda, manutenção e recriação desse patrimônio, que contribui para o enriquecimento da diversidade cultural e da criatividade humana. Ela assim conceitua patrimônio cultural imaterial:

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. Este patrimônio cultural imaterial, que se transmite de geração em geração, é consequentemente 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 continuidade e contribuindo assim para promover o respeito à diversidade cultural e à criatividade humana. Para os fins da presente Convenção, será levado em conta apenas o patrimônio cultural imaterial que seja compatível com os instrumentos internacionais de direitos humanos existentes e com os imperativos de respeito mútuo entre comunidades, grupos e indivíduos, e do desenvolvimento sustentável.

Enfim, em 2005, a 33ª Conferência-Geral da Unesco aprovou a sua sétima convenção sobre patrimônio cultural, a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais<sup>22</sup>, que foi ratificada por mais de 50 países-membros da organização. Ela se aplica às políticas e medidas adotadas pelas partes relativas à proteção e promoção da sua diversidade cultural interna, sem uma necessária mudança da legislação de cada país signatário. Para entender a importância dessa aplicação é necessário analisar como essa convenção define diversidade cultural:

22 O texto da convenção foi ratificado pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 485, de 2006.

“Diversidade cultural” refere-se à multiplicidade de formas pelas quais as culturas dos grupos e sociedades encontram sua expressão. Tais expressões são transmitidas entre e dentro dos grupos e sociedades. A diversidade cultural se manifesta não apenas nas variadas formas pelas quais se expressa, se enriquece e se transmite o patrimônio cultural da humanidade mediante a variedade das expressões culturais, mas também através dos diversos modos de criação, produção, difusão, distribuição e fruição das expressões culturais, quaisquer que sejam os meios e tecnologias empregados.

Nesse conceito a diversidade cultural se corporifica e se alimenta das expressões culturais, que por sua vez são definidas como “aquelas expressões que resultam da criatividade de indivíduos, grupos e sociedades”. Nesses termos o conceito oferece uma abordagem muito favorável à proteção de interesses coletivos sobre obras intelectuais criadas no contexto dos povos indígenas, já que a convenção reconhece a criatividade de grupos e sociedades.

### 4.3 – Indústria e proteção da diversidade das expressões culturais

A Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Cultural adotada pela Unesco em 2005 intervém diretamente na indústria cultural. Ao contrário da Declaração Universal sobre Diversidade Cultural de 2001, que criou um sistema de valores em torno da diversidade cultural, além de um consenso internacional sobre a validade desse sistema, a convenção de 2005 promove uma indução de ações predefinidas. As partes signatárias ficam autorizadas a tomar as medidas adotadas no seu texto. “A atuação das agências internacionais de fomento em relação às políticas dos Estados Nacionais dá-se basicamente dessa forma”<sup>23</sup>, numa espécie de *soft law* em que a atuação do direito não se faz pela coação estatal.

23 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva: 2006. p. 21.

A convenção de 2005 estabelece regras que asseguram aos países a criação de mecanismos de defesa das expressões culturais locais contra o monopólio da indústria cultural:

[...] talvez a raiz histórica mais remota das discussões que acabaram culminando nesta Convenção tenha sido as diferenças de perspectivas sobre o audiovisual entre a França e Estados Unidos da América, isso desde a primeira metade do Século XX. Não é novidade para ninguém a força do cinema americano, que é um poder que está consolidado desde meados da primeira metade do Século XX e vários países no mundo sofreram essa influência, essa penetração do cinema americano em prejuízo da sua própria produção nacional. Isso motivou na Europa, e principalmente na França, o estabelecimento de cotas de telas, cotas de exibição mínimas pelos cinemas franceses de produção nacional francesa. Antes disso, mesmo o Estado alemão nazista já tinha feito isso, mas, no pós-guerra, essa discussão ganhou fôlego na França como uma forma de estímulo ao desenvolvimento de sua indústria cinematográfica nacional<sup>24</sup>.

A Convenção de 2005 é o resultado do embate de interesses bem delimitados. De um lado ficam alguns (poucos) países que são grandes produtores e exportadores de bens e serviços culturais. Do outro lado, a maioria dos outros países que buscam políticas para proteger a sua produção de bens e serviços culturais. A política de cotas de tela citada acima é um exemplo dessa política. Tais países argumentam pela tese da excepcionalidade da cultura, que compreende os bens e serviços culturais distintos dos demais, e por isso não podem ser tratados como uma mercadoria igual às outras, uma vez que são portadores de identidades, de valores e de simbologias sobre pessoas, grupos e sociedades.

24 Entrevista com o coordenador-geral do direito autoral do Ministério da Cultura, Marcos Alves. Disponível em: <http://www.cultura.gov.br/site/2007/03/23/entrevista-com-marcos-alves>. Acesso em: 16 maio 2009.

As políticas protecionistas se opõem aos interesses de países que procuram liberar o comércio mundial de qualquer barreira ou restrição. Esse conflito é bem visível no setor de audiovisual: o grande promotor do livre-comércio e da liberalização dos bens e serviços culturais são os Estados Unidos, que detêm a maior fatia desse mercado mundial. Políticas protecionistas, como a que gera cotas de tela, ferem principalmente a indústria de Hollywood. Nos dizeres de Emir Sader, “os EUA retornaram à Unesco e são os principais interessados na liberalização dos bens culturais como se fossem assimiláveis aos outros bens comerciais”<sup>25</sup>.

De outro lado, a completa liberalização do mercado cultural prejudica a produção de países em que a indústria cultural não é tão expansiva e que nem por isso deixam de possuir seus próprios valores e visões de mundo. O embate é acirrado. Corações e mentes são despertados para novos consumos e modos de vida mediante a *fada* de bens e serviços culturais. E é bom não esquecer que, além do fator econômico, a cultura é um elemento estratégico da geopolítica.

Não se discute aqui o fato de que a cultura moderna esteja no âmago do fenômeno da globalização – e igualmente ninguém seria suficientemente tolo para desprezar a importância econômica da indústria moderna dos sonhos (segunda, nos EUA, depois da dos armamentos), que constitui o poder de convencimento e cooptação (*soft-power*), essencial para as nações contemporâneas, que produzem cada vez mais no setor de serviços e entretenimento<sup>26</sup>.

Os interesses que se beneficiam do “livre-comércio” e da liberalização dos bens culturais encontram um foro privilegiado na Organização Mundial do Comércio (OMC).

25 SADER, Emir. Os dilemas da diversidade cultural. *Revista Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n° 15, p. 111-114, jan.–abr. 2005.

26 LIMA, Antônio A. Dayrell de. Por que uma convenção sobre a proteção da diversidade cultural? Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid50103-4014200500020003&lang=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid50103-4014200500020003&lang=pt). Acesso em: 18 maio 2009.

A OMC é a única organização que estabelece regras comerciais em nível mundial com efeitos vinculantes para seus membros<sup>27</sup>. Além de uma instituição, ela é um conjunto de acordos. Como organização, a OMC administra os seus acordos; serve de foro para negociações e soluções de controvérsias comerciais; supervisiona as políticas comerciais de seus membros e coopera com outras organizações internacionais. Um dos objetivos fundamentais da organização – constante no preâmbulo do documento de sua criação, o Acordo de Marrakesh – é garantir que os países em desenvolvimento, especialmente os menos desenvolvidos, se beneficiem em proporções justas do crescimento do comércio internacional. Na prática, entretanto, a OMC se ocupa primordialmente de ajudar os fluxos comerciais a circular com a maior liberdade possível. Em outras palavras, a organização auxilia a liberalização do comércio mundial.

As regras da OMC abrangem o comércio de serviços, por intermédio do Acordo-Geral sobre o Comércio de Serviços (Gats, da sigla em inglês) e direitos de propriedade intelectual, por intermédio do Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio (Trips, da sigla em inglês). Todos os acordos da OMC envolvem o princípio do compromisso único (*single undertaking*). Segundo esse princípio os membros da organização não podem selecionar os acordos isoladamente, mas aderir em bloco – à exceção dos Acordos Comerciais Plurilaterais<sup>28</sup>.

Em 2007 o coordenador-geral do direito autoral do Ministério da Cultura, Marcos Alves<sup>29</sup>, lecionou que no âmbito do Gats a tese da excepcionalidade da cultura foi colocada e debatida. Segundo ele, resolveu-se que os membros da OMC não seriam nem obrigados nem proibidos de liberalizar seus mercados de bens e serviços culturais. Como antecedente a essa decisão ele citou o caso do Canadá, que na década de 1990 perdeu um painel na OMC para os Estados Unidos por ter estabelecido uma política de cotas para revistas: no Canadá as revistas americanas precisariam ter um percentual

27 Guia prático sobre a OMC e outros acordos comerciais para defensores dos direitos humanos. 3D Trade, Human Rights, Equitable Economy y Sur – Red Universitaria de Derechos Humanos. Versão em português: Conectas Direitos Humanos, 2007, p. 13.

28 São acordos comerciais plurilaterais o Acordo sobre o Comércio de Aeronaves Civas e o Acordo sobre Contratação Pública.

29 Informações do coordenador-geral do direito autoral do Ministério da Cultura, Marcos Alves, em entrevista disponível no endereço <http://www.cultura.gov.br/site/2007/03/23/entrevista-com-marcos-alves>. Acesso em: 16 maio 2009.



de conteúdo canadense. Com a perda no painel, os EUA retaliaram o Canadá no comércio do aço. O Canadá, a França e outros países europeus se uniram para a criação de um novo instrumento internacional que propiciasse a proteção de bens e serviços culturais de mercados hegemônicos.

Ainda segundo Alves, desses embates surge a ideia da defesa da diversidade cultural, que contém, em seu *espectro lógico*, a tese da exceção cultural, ou da excepcionalidade da cultura.

[...] a “tese da exceção cultural” foi muito mal recebida pelos liberais e, num certo sentido, ganhou um novo formato com o discurso da defesa da diversidade cultural.

[...] o anteprojeto produzido pelos peritos independentes subordinava a Convenção [Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade Cultural] aos acordos da OMC e da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (Ompi). No processo de negociação entre os países, o anteprojeto foi revertido e o texto final colocou a Convenção em pé de igualdade com os outros tratados internacionais<sup>30</sup>.

Bens e serviços culturais continuam sendo liberalizados e tratados no âmbito da OMC. De acordo com Alves, a situação de países que já liberalizaram seus mercados culturais não muda com a convenção de 2005. Já os que não comprometeram os seus mercados culturais e são signatários da Convenção passam a ter a possibilidade de nortear os seus intercâmbios pelos princípios desta última, por força do Artigo 21:

30 Entrevista com o coordenador-geral do direito autoral do Ministério da Cultura, Marcos Alves. Disponível em: <http://www.cultura.gov.br/site/2007/03/23/entrevista-com-marcos-alves>. Acesso em: 16 maio 2009.

#### Artigo 21 – Consulta e Coordenação Internacional

As partes comprometem-se a promover os objetivos e princípios da presente convenção em outros foros internacionais. Para esse fim, as Partes deverão consultar-se, quando conveniente, tendo em mente os mencionados objetivos e princípios.

Em outras palavras, os países signatários da Convenção de 2005 ficaram autorizados a uma série de medidas destinadas a proteger e promover a diversidade das expressões culturais em seu território. O Artigo 6º elenca, de forma não exaustiva, alguns instrumentos:

#### Artigo 6º – Direitos das Partes no âmbito nacional

**1.** No marco de suas políticas e medidas culturais, tais como definidas no Artigo 4.6, e levando em consideração as circunstâncias e necessidades que lhe são particulares, cada Parte poderá adotar medidas destinadas a proteger e promover a diversidade das expressões culturais em seu território.

**2.** Tais medidas poderão incluir:

**a.** medidas regulatórias que visem à proteção e promoção da diversidade das expressões culturais;

**b.** medidas que, de maneira apropriada, criem oportunidades às atividades, bens e serviços culturais nacionais – entre o conjunto das atividades, bens e serviços culturais disponíveis no seu território –, para a sua criação, produção, difusão, distribuição e fruição, incluindo disposições relacionadas à língua utilizada nessas atividades, bens e serviços;

**c.** medidas destinadas a fornecer às indústrias culturais nacionais independentes e às atividades no setor informal aces-



so efetivo aos meios de produção, difusão e distribuição das atividades, bens e serviços culturais;

**d.** medidas voltadas para a concessão de apoio financeiro público;

**e.** medidas com o propósito de encorajar organizações de fins não lucrativos, e também instituições públicas e privadas, artistas e outros profissionais de cultura, a desenvolver e promover o livre intercâmbio e circulação de ideias e expressões culturais, bem como de atividades, bens e serviços culturais, e a estimular tanto a criatividade quanto o espírito empreendedor em suas atividades;

**f.** medidas com vistas a estabelecer e apoiar, de forma adequada, as instituições pertinentes de serviço público;

**g.** medidas para encorajar e apoiar os artistas e todos aqueles envolvidos na criação de expressões culturais;

**h.** medidas objetivando promover a diversidade da mídia, inclusive mediante serviços públicos de radiodifusão.

Assim, a Convenção de 2005 elenca uma série de direitos e obrigações que visam proteger e promover a diversidade das expressões culturais em complementaridade com outros tratados internacionais, inclusive os relativos ao comércio de bens e serviços culturais.

A Convenção fala de *populações, povos ou indivíduos indígenas* em quatro momentos: duas vezes no preâmbulo, reconhecendo a importância dos conhecimentos tradicionais como fonte de riqueza material e imaterial e, em particular, dos sistemas de conhecimento das populações indígenas e sua contribuição positiva para o desenvolvimento sustentável; e, ao levar em consideração a importância da vitalidade das culturas para todos, incluindo as pessoas que pertencem a minorias e povos indígenas. Uma vez no Artigo 2º, dos Princípios Diretores (Princípio da igual dignidade e do respeito por todas as culturas), quando inclui as culturas dos povos indígenas. E, final-

mente, no Artigo 7º, sobre as medidas para a promoção das expressões culturais, no qual consta a obrigação das partes de criar condições para indivíduos e grupos sociais criar, produzir, difundir, distribuir suas próprias expressões culturais, e a elas ter acesso, conferindo a devida atenção às circunstâncias e às necessidades especiais dos diversos grupos sociais, incluindo os povos indígenas.

Assim, as partes da convenção assumem algumas obrigações para com os povos indígenas, uma vez que a convenção considera os indivíduos indígenas atores fundamentais para a diversidade cultural<sup>31</sup>. Nesse sentido, as partes são conclamadas a prestar a devida atenção nas condições e nas necessidades especiais desses indivíduos no campo da criação cultural, garantindo um ambiente propício a criação, produção, disseminação e usufruto de suas expressões culturais.

#### 4.4 – Proteção da diversidade das expressões culturais de povos indígenas no Brasil

Na Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais de 2005, o conceito de diversidade cultural é atrelado ao conceito de expressão cultural<sup>32</sup>. Esse conceito de expressão cultural está contido e representa *uma espécie* do patrimônio cultural imaterial nos termos da Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial da Unesco de 2003. Na Convenção de 2005, a ideia de expressão cultural traz embutida a de conteúdo cultural, que se refere ao caráter simbólico, à dimensão artística e aos valores culturais que têm por origem ou expressam identidades culturais. Esse sistema conceitual sobre diversidade cultural cria uma abordagem muito propícia à proteção de expressões culturais indígenas, uma vez que nessas bases há o reconhecimento da criatividade de grupos e sociedades. E as disposições criadas pelos documentos da Unesco encontram eco no ordenamento brasileiro sobre patrimônio cultural imaterial, mesmo sendo ele anterior às convenções de 2003 e

31 Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais: texto oficial ratificado pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 485/2006; 2007. Unesco Office Brasília: BR/2007/PI/H/1. Dez chaves para entender a convenção, p. 28.

32 Segundo a Convenção de 2005 a “diversidade cultural” refere-se à multiplicidade de formas pelas quais as culturas dos grupos e sociedades encontram sua expressão.

2005. A compatibilidade pode ser verificada na própria Constituição Federal de 1988, que adotou uma compreensão ampla do patrimônio cultural, abrangendo também os bens culturais de natureza imaterial:

Artigo 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 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, arquitetônico, 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.

Em agosto de 2000 foi regulamentada parte do Artigo 216 da Constituição Federal, instituindo no ordenamento jurídico brasileiro – mediante o Decreto nº 3.551 – o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro e o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial.

Para o primeiro recurso de proteção – o Registro – foram criados livros específicos à semelhança do tombamento do patrimônio histórico e artístico nacional<sup>33</sup>. Apesar da semelhança o objetivo do registro não se confunde com o objetivo do tombamento. A ideia de tombamento está ligada à preservação congelada no tempo, para que sempre se possam ver expressos numa obra o pensamento, a tecnologia e as representações de uma determinada conjuntura histórica, política ou social. Já o registro se refere à ideia de referência cultural ligada aos sentidos e valores atribuídos, por diferentes sujeitos, a bens culturais e práticas sociais. Trata-se, portanto, de uma documentação de natureza parcial e provisória, sujeita a alterações em função da dinâmica cultural. Foram criados quatro livros de registro: o Livro de Registro dos Saberes, para os conhecimentos e modos de fazer enraizados no cotidiano das comunidades; o Livro de Registro de Celebrações, para os rituais e festas que marcam vivência coletiva, religiosidade, entretenimento e outras práticas da vida social; o Livro de Registros das Formas de Expressão, para as manifestações artísticas em geral; e o Livro de Registro dos Lugares, para mercados, feiras, santuários, praças e lugares onde são concentradas ou reproduzidas práticas culturais coletivas.

Até julho de 2011 vários bens culturais de natureza imaterial foram registrados na forma do Decreto nº 3.551<sup>34</sup>.

O segundo meio de proteção aos bens culturais de natureza imaterial instituído pelo decreto de 2000 foi o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial, que tem como obje-

33 A proteção do patrimônio histórico e artístico nacional foi organizada pelo Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937, e continua em vigor. O decreto compreende o patrimônio histórico e artístico nacional, o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, que por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.

34 O ofício das paneleiras de Goiabeiras (Espírito Santo); a Arte Kusiwa (Amapá); o Círio de Nazaré (Pará); o samba de roda do Recôncavo Baiano (Bahia); o modo de fazer da viola de cocho (Mato Grosso); o ofício das baianas do Acarajé (Bahia); o jongo no Sudeste (Região Sudeste); a Cachoeira de Iauaretê (lugar sagrado dos povos indígenas dos rios Uaupés e Papuri); a Feira de Caruaru (Pernambuco); o frevo (Pernambuco); o tambor de crioula do Maranhão; o samba do Rio de Janeiro; o modo artesanal de fazer queijo de Minas, nas regiões do Serro e das serras da Canastra e do Salitre (Minas Gerais); a roda de capoeira e o ofício dos mestres de capoeira; o modo de fazer renda irlandesa produzida em Divina Pastora (Sergipe); o ofício de sineiro e os toques dos sinos em Minas Gerais; a Festa do Divino Espírito Santo de Pirenópolis (Goiás); o sistema agrícola tradicional do Rio Negro; o ritual Yaokwa do povo indígena Enawene Nawe; e a Festa de Sant'Ana de Caicó (Rio Grande do Norte).

tivo a viabilização de projetos de identificação, reconhecimento, salvaguarda e promoção da dimensão imaterial do patrimônio cultural. Como instrumento desse programa foi criado o Inventário Nacional de Referências Culturais (INRC), visando à preservação dos bens, com o objetivo de produzir conhecimento sobre os domínios da vida social aos quais são atribuídos sentidos e valores e que constituiriam marcos e referências de identidade para determinado grupo social. O inventário contempla, além das categorias estabelecidas no Registro, edificações associadas a certos usos, a significações históricas e a imagens urbanas, independentemente de sua qualidade arquitetônica ou artística<sup>35</sup>. O inventário identifica e descreve bens culturais de forma sistemática, detalhada e exaustiva, a partir de três etapas: 1) Levantamento preliminar – reunião e sistematização de informações disponíveis e mapeamento cultural; 2) Identificação – descrição sistemática e tipificação das referências culturais importantes; 3) Documentação – estudos técnicos e produção de documentação audiovisual<sup>36</sup>. Tal metodologia auxilia a instrução do processo de registro e orienta ações de apoio e fomento a bens culturais em situação de risco, os Planos de Salvaguarda. As informações produzidas são de acesso público. Até 19 de janeiro de 2010, 58 inventários foram realizados pelo Iphan<sup>37</sup>.

Outro instrumento da política de preservação do patrimônio cultural imaterial são os Planos de Salvaguarda, que têm o objetivo de melhorar as condições de transmissão, produção e reprodução de bens culturais imateriais e de fortalecer as condições sociais, ambientais e econômicas que permitem sua existência. Em agosto de 2011 o site do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Iphan) anunciava a conclusão dos seguintes Planos de Salvaguarda: Arte Kusiwa – pintura corporal e arte gráfica Wajãpi; samba de roda do Recôncavo Baiano; ofício das paneleiras de Goiabeiras; viola de cocho<sup>38</sup>.

Dominique Tilkin Gallois, antropóloga que participou do registro e salvaguardas da Arte Kusiwa – pintura corporal e arte gráfica Wajãpi, traz importantes contribuições para se refletir sobre os pressupostos e os efeitos dessa política de inventário e registro em comu-

35 Disponível em: <http://www.iphan.gov.br>. Acesso em: 30 jul. 2007.

36 Disponível em: <http://www.iphan.gov.br>. Acesso em: 30 jul. 2007.

37 Onze inventários na Região Norte; 16 inventários na Região Nordeste; sete inventários na Região Centro-Oeste; 16 inventários na Região Sudeste; e oito inventários na Região Sul. Disponível em: [www.iphan.gov.br](http://www.iphan.gov.br). Acesso em: 10 ago. 2011.

38 Disponível em: <http://www.iphan.gov.br>. Acesso em: 9 ago. 2011.

nidades indígenas<sup>39</sup>. De acordo com a autora, um conjunto de políticas públicas que visam proteger culturas indígenas, inclusive em seus territórios, com base no pressuposto “antropologicamente equivocado” da totalidade cultural, revela o processo denominado por ela de “etnificação de bens culturais indígenas”. Tal proteção conforma um agrupamento humano a uma cultura, “uma proteção que parte da correspondência entre uma terra, um povo, uma língua e um conjunto ‘específico’ de traços culturais”. Para Gallois:

Essas políticas públicas tendem a reinventar sociedades concebidas como totalidades culturais, virando as costas às abordagens antropológicas que há mais de 30 anos enfocam a cultura como uma construção dinâmica, melhor apreendida nos palcos de comunicação e intercâmbio multiétnicos, multilíngues e necessariamente descentralizados<sup>40</sup>.

Sobre essa questão da totalidade cultural ou da “etnificação” – para usar a expressão de Gallois –, é oportuno apresentar outra leitura. Para Rouland<sup>41</sup>, etnia não é necessariamente baseada na homogeneidade:

Uma mesma etnia pode englobar importantes variações culturais em seu seio; e tampouco está ancorada no isolamento geográfico e social. Ao contrário, ela só toma forma no âmago de um tecido de relações entre grupos que se interpenetram, como demonstram alguns trabalhos antropológicos. Aliás, no mundo moderno o desenvolvimento dos contatos não produ-

39 GALLOIS, Dominique Tilkin. A etnificação de bens culturais indígenas. In: Colóquio Guiana Ameríndia 11, 2006, Belém. Disponível em: [http://www.unb.br/ics/dan/geri/boletim/gallois\\_2006.pdf](http://www.unb.br/ics/dan/geri/boletim/gallois_2006.pdf). Acesso em: 12 maio 2009.

40 Ibid., p. 1.

41 ROULAND, Norbert et al. *Direito das minorias e dos povos autóctones*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004.

ziu, majoritariamente, a uniformização prevista pelos teóricos assimilacionistas e sim, mais frequentemente, a renovação dos fenômenos de identidade.

A pertinência comunitária não mais produz, obrigatoriamente, uma prisão do indivíduo em seu seio. Ao contrário, as teorias da “nova etnicidade”, como as do pluralismo jurídico, insistem no fato de que todo indivíduo possui inserções múltiplas e as combina, de maneira cambiante, de acordo com os seus interesses.

Tais inserções que os indivíduos fazem de acordo com seus interesses podem coadjuvar na explicação de outra ideia apresentada por Gallois, de “encapsulamento”. Um dos resultados dessas políticas públicas “etnificantes” de proteção cultural Gallois denomina de “encapsulamento”, que leva os grupos indígenas a competir pela “propriedade” das expressões culturais, “apagando de suas memórias as trajetórias de troca que permitiram até poucas décadas atrás esse compartilhamento de conhecimentos”<sup>42</sup>. Outro resultado é a materialização de saberes imateriais.

Gallois distingue basicamente duas formas de política. Uma, convencional, que visa incluir os povos indígenas na lógica do mercado, promovendo a venda e a “geração de renda” pelo incentivo à produção cultural. A outra vertente é preocupada com o protagonismo indígena e incentiva a sua participação em inventários, registros, pesquisas etc. Para ela, o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial e o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial se aproximam dessa última vertente de políticas públicas.

Gallois afirma que a valorização de saberes e práticas indígenas, quando consegue escapar da lógica do mercado ou quando não prioriza o retorno econômico, alcança níveis de agregação de valor simbólico muito mais interessantes, tanto na perspectiva dos grupos quanto na das políticas públicas. “A produção de objetos culturais é indissociável da produção de sujeitos sociais”:

42 GALLOIS, Dominique Tilkin. A etnificação de bens culturais indígenas. In: Colóquio Guiana Ameríndia 11, 2006, Belém. Disponível em: [http://www.unb.br/ics/dan/geri/boletim/gallois\\_2006.pdf](http://www.unb.br/ics/dan/geri/boletim/gallois_2006.pdf). Acesso em: 12 maio 2009.

Temos práticas tradicionais configurando sujeitos novos, práticas novas fazendo reemergir sujeitos tradicionais, numa intrincada rede de possibilidades que não pode ser abordada a partir de uma simples oposição entre o “tradicional” e o “novo”.

[...]

Se os índios se produzem para o mercado, para atender um público urbano interessado em reconhecer aspectos do que é identificado no Brasil como a “cultura indígena”, seriam esses grupos sujeitos de uma indianidade genérica? Não é tão simples. Como se sabe, os grupos indígenas não estão fadados a passar do “índio tribal” ao “índio genérico”<sup>43</sup>.

Assim, Gallois se pergunta: como perpetuar objetos culturais se os sujeitos de referência se transformam e alteram suas relações tão radicalmente quanto os próprios objetos do conhecimento tradicional? Para responder a essa pergunta a autora elenca três dificuldades que se apresentam “quando se aproximam experiências indígenas da linguagem dos direitos, tais como propostos pelas políticas de proteção cultural”: 1) mudanças que abrem novas possibilidades de identificação dos detentores do patrimônio; 2) mudanças nas formas de controle de saberes, dando sentido à linguagem da propriedade; e 3) novas linguagens para a autoria, no contexto de registros e inventários de tradições. Reduzimos algumas formulações dessas três dificuldades para nos ajudar a refletir sobre os instrumentos de proteção. As ponderações de Gallois são importantes por sua experiência de campo na efetivação do primeiro<sup>44</sup> registro de expressão cultural indígena como patrimônio cultural brasileiro de natureza imaterial. No caso, a Arte Kusiwa, pintura corporal e arte gráfica Wajãpi, conferida ao grupo indígena Wajãpi, Macapá (AP)<sup>45</sup>.

43 Ibid., p. 4.

44 Até a revisão do trabalho, procedida em agosto de 2011, constavam como bens culturais de base indígena registrados no Brasil o sistema agrícola tradicional do Rio Negro, registrado no Livro dos Saberes em 5 nov. 2010, e o ritual Yaokwa do povo indígena Enawene Nawe, registrado no Livro das Celebrações na mesma data.

45 Dominique Tilkin Gallois realizou a pesquisa e o texto do Dossiê Iphan 2 – Wajãpi – Expressão gráfica e oralidade entre os Wajãpi do Amapá, que contribuiu para o referido registro. Disponível em: <http://www.iphan.gov.br>. Acesso em: 3 abr. 2009.

A primeira dificuldade se refere à cosmologia e a um mundo que se tornou menor. Segundo ela, as narrativas fundadoras, os enunciados e a mitologia de antigamente tinham caráter universal, explicavam mais coisas não só daquele grupo (Wajãpi) mas da humanidade. Hoje, tais episódios encerram distinções étnicas, separando os Wajãpi de seus vizinhos. Com isso, o mundo dos jovens indígenas tenderia a ser pautado apenas pela diversidade das etnias “num gradiente semelhante ao que eles consideram ser a diferença entre paulistas, paraenses ou amapaenses”. Essa geração tampouco conheceria as experiências de troca das gerações anteriores. Postos da Funai e missões religiosas teriam causado um efetivo isolamento entre os grupos da região à medida que substituíram as trocas entre os grupos:

Disso tudo, resulta uma efetiva perda ou pelo menos um radical encolhimento da memória das experiências de compartilhamento de saberes entre grupos dos mais diversos. Intercâmbio de festas e cantorias, redes de troca de espécies de batatas-doces, aprendizado de novos padrões gráficos, modas de vestuário etc. eram tão intensamente compartilhadas que hoje, ao nos determos nas imagens ou nos objetos culturais dessa região, sem acessar as suas histórias particulares, só fica patente semelhança de padrões culturais<sup>46</sup>.

Ela prossegue observando que os jovens parecem adquirir grande interesse em identificar o que é de cada um. “Procuram o ponto zero da mudança para dar a César o que é de César.” Preocupação que, aliás, não seria compartilhada pelos mais velhos. O problema estaria na mudança radical em relação ao regime tradicional das redes de comunicação. Justamente no contexto em que a linguagem da propriedade é apropriada pelos jovens indígenas. E essa linguagem se instala causando outras transformações nos regimes culturais indígenas, uma delas ligada ao segundo problema.

46 Dominique Tilkin Gallois realizou a pesquisa e o texto do Dossiê Iphan 2 – Wajãpi – Expressão gráfica e oralidade entre os Wajãpi do Amapá, que contribuiu para o referido registro. Disponível em: <http://www.iphan.gov.br>. Acesso em: 3 abr. 2009.

Novas ideias, como “conservação” ou “recursos naturais”, vão sendo incorporadas ao mesmo tempo que enfrentam difíceis questões conceituais. “O que está ocorrendo é um processo intelectual de translação dos sujeitos da posse e do controle de recursos.” Assim, as novas ideias trazidas para o contexto indígena, como a de função ambiental das terras indígenas, alteram conceitos anteriores de direito de uso dos recursos, de propriedade etc. “Na tradição local [Wajãpi] não é a linguagem da conservação, mas da predação, que impera. Os homens não são donos dos recursos, mas predam recursos dos outros, senhores dos animais e das plantas.” Segundo Gallois, tais mudanças paradigmáticas criam, sobretudo para os jovens, outra lógica, que empresta sentido a novos conceitos e noções de conservação ou de propriedade.

A terceira dificuldade apontada por Gallois diz respeito ao regime cultural de autoria. Ela diz que um dos desdobramentos mais interessantes da apropriação da linguagem da propriedade é afetar a ideia de autoria das tradições orais indígenas; de modificar a posição de um narrador em relação à autoria da informação. Segundo a antropóloga, nem um Wajãpi, nem outro índio, afirmaria que existe uma escada bem comprida na porta do céu. Para falar isso seria preciso antes contar a experiência de um ancestral que teria visto tal escada. A tradição oral tem um discurso indireto e isso estaria sendo modificado pela apropriação da linguagem da propriedade. Ela conta a experiência de jovens professores bilíngues Wajãpi que registraram narrativas tradicionais para um dos programas de salvaguarda:

A transposição para a escrita de narrativas míticas, ou seja, de experiências de encontros entre ancestrais e seres do início dos tempos, criou tantas confusões, críticas e disputas de versões que esses jovens passaram a desenvolver reflexões muito interessantes a respeito dessa dificuldade de transposição e registro escrito. Alguns deles, que se assumiram como pesquisadores de sua cultura, procuram manter em seus registros não só as marcas autorais correntes na narração como discutem cuidadosamente as variações, percebidas como valor, e não como problema<sup>47</sup>.

47 Ibid., p. 12.

As dificuldades apontadas acima, que incidem sobre os sujeitos de referência das políticas de proteção cultural, são importantes para avaliar os custos, os objetivos e os desdobramentos possíveis das políticas conduzidas pelo registro de bens culturais de natureza imaterial e movimentadas pelo Programa Nacional do Patrimônio Imaterial.

Analisaremos agora o processo e os efeitos jurídicos do referido registro, que se faz em quatro livros, embora outros possam ser abertos (Livro de Registro dos Saberes, das Celebrações, das Formas de Expressão e dos Lugares). A inscrição num dos livros de registro tem como referência a continuidade histórica do bem e sua relevância nacional para a memória, a identidade e a formação da sociedade brasileira. De acordo com o decreto de instituição do registro, o seu processo somente pode ser provocado pelo ministro de Estado da Cultura; por instituições vinculadas ao Ministério da Cultura; secretarias de Estado, de Município e do Distrito Federal; e sociedades ou associações civis. (Artigo 2º).

As propostas para registro são dirigidas ao presidente do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Iphan), acompanhadas de sua documentação técnica, que as submete ao Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural (Artigo 3º).

A instrução dos processos pode ser feita por outras entidades, públicas ou privadas, que detenham conhecimentos específicos sobre a matéria. Após a instrução o Iphan emite um parecer sobre a proposta de registro e encaminha o processo ao Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural, para deliberação. O parecer é publicado no *Diário Oficial da União*, para eventuais manifestações, que deverão ser apresentadas ao Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural no prazo de até 30 dias, contados da data de publicação do parecer.

O processo, já instruído com as eventuais manifestações apresentadas, é então levado ao Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural para decidir. Em caso favorável o bem é inscrito no livro correspondente e recebe o título de Patrimônio Cultural do Brasil.

Ao bem registrado é assegurada, pelo Ministério da Cultura, sua documentação por todos os meios técnicos admitidos, cabendo ao Iphan manter um banco de dados com o material produzido durante a instrução do processo e a ampla divulgação e promoção.

As garantias conferidas pelo registro, de documentação e ampla divulgação, não geram direitos de nenhuma natureza, seja de ordem patrimonial ou moral.

Recorrendo novamente ao auxílio de Gallois, ela afirma que o inventário dos saberes Wajãpi teve um efeito positivo entre muitos jovens da comunidade, que ficaram realmente engajados em aprender com os mais velhos. “É certo que a reflexão de jovens e velhos Wajãpi sobre todo esse percurso de sua ‘cultura’ terá valido a pena”:

Penso portanto que, ao invés de criticar apressadamente, como fazem muitos antropólogos, os programas de salvaguarda do patrimônio imaterial, vale a pena deter-se na análise dos processos, verificando pontos de estrangulamento, transformações e sobretudo analisando o contexto mais amplo de mudanças em que esses pequenos grupos indígenas estão inseridos<sup>48</sup>.

Dessa forma, o inventário se torna um meio para atingir a finalidade do registro. Entretanto, como o decreto não prescreve nenhuma garantia ao bem registrado, o caso acima atesta uma situação em que o meio – o inventário – tem mais valor do que o fim – que é o registro. O decreto que instituiu o registro não vai conferir nenhuma proteção ao grafismo Wajãpi na indústria cultural ou onde quer que seja. Ao registro resta a serventia de constituir uma consistente prova de origem em demandas com que porventura os Wajãpi se defrontem no futuro.

O registro não tem efeito direto na proteção do bem registrado. Sua instauração pode ensejar ações de salvaguarda, que não são atributos ou condicionantes de um bem registrado ou de um bem em via de sê-lo. Cotejando com outro registro de natureza imaterial, como o registro de uma marca<sup>49</sup>, no caso desta última os efeitos jurídicos existem e são significativos. A proteção conferida pelo registro de uma marca assegura ao titular, entre outros, o direito de licenciar seu uso e

48 GALLOIS, Dominique Tilkin. A etnificação de bens culturais indígenas. In: Colóquio Guiana Ameríndia 11, 2006, Belém. Disponível em: [http://www.unb.br/ics/dan/geri/boletim/gallois\\_2006.pdf](http://www.unb.br/ics/dan/geri/boletim/gallois_2006.pdf). Acesso em: 12 maio 2009.

49 Marcas são os sinais distintivos visualmente perceptíveis de produto ou serviço, de certificação ou de natureza coletiva usados para identificar produtos ou serviços provindos de membros de uma determinada entidade, que podem ser registradas e adquiridas como propriedade industrial.



zelar por sua integridade material ou reputação<sup>50</sup>. Em outras palavras, o registro de uma marca garante ao titular uma proteção sobre os interesses morais e materiais decorrentes da sua propriedade intelectual. O registro de bens culturais de natureza imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro não trata disso. E será que deveria?

A Arte Kusiwa dos índios Wajãpi do Amapá, Patrimônio Cultural do Brasil devidamente registrado no Livro de Registro das Formas de Expressão, volume primeiro, do Iphan<sup>51</sup>, não goza de outras prerrogativas além do reconhecimento conferido pelo registro e da documentação que o referenciou. A arte gráfica Kusiwa, como se percebe na figura ao lado, possui um padrão gráfico que possibilita inúmeras aplicações no mercado e, no entanto, seu registro não cuida desse acesso por parte de usuários interessados na sua aplicação.

50 BRASIL. Lei Ordinária nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Publicada no *DOU* de 15 de maio de 1996.

51 A certidão de registro explica do que se trata a Arte Kusiwa: um sistema de representação, uma linguagem gráfica dos índios Wajãpi do Amapá, que sintetiza seu modo particular de conhecer, conceber e agir sobre o universo. O sistema gráfico Kusiwa opera como um catalisador para a expressão de conhecimentos e de práticas que envolvem desde relações sociais, crenças religiosas e tecnologias até valores estéticos e morais. O excepcional valor dessa forma de expressão está na capacidade de condensar, transmitir e renovar – por meio da criatividade dos desenhistas e narradores – todos os elementos particulares e únicos de um modo de pensar e de estar no mundo, próprio dos Wajãpi do Amapá. A linguagem Kusiwa é uma forma de expressão complementar aos saberes transmitidos oralmente, a cada nova geração, e compartilhados por todos os membros do grupo. É um conhecimento que se encontra principalmente nos relatos orais que esse grupo indígena, hoje com 580 indivíduos, continua a transmitir a seus filhos e que explicam como surgiram as cores, os padrões dos desenhos e as diferenças entre as pessoas. A arte gráfica e a arte verbal dos Wajãpi lhes permite agir sobre múltiplas dimensões do mundo: sobre o visível e o invisível, sobre o concreto e sobre o mundo ideal. Não se trata de um saber abstrato e sim de uma prática, que é permanentemente interativa, viva e dinâmica. A arte Kusiwa se expressa em desenhos e pinturas de corpos e objetos, com base em um repertório definido de padrões gráficos e suas variantes, que representam, de forma sintética e abstrata, partes do corpo ou da ornamentação de animais, como sucuris, jiboias, onças, jabutis, peixes, borboletas; e objetos, como limas de ferro e bordunas. Com denominações próprias, os padrões gráficos podem ser combinados de muitas maneiras diferentes, que não se repetem, mas são sempre reconhecidos pelos Wajãpi como Kusiwa. Trata-se de um acervo cultural que se transforma de forma dinâmica, com a inclusão de novos elementos, enquanto outros podem entrar em desuso ou se modificar através de suas variantes. Certidão de Registro como Patrimônio Cultural do Brasil da Arte Kusiwa – pintura corporal e arte gráfica Wajãpi. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/portal/montarDetalhesConteudo.do?id=13786&sigla=Documento&retorno=detalheDocumento>. Acesso em: 27 maio 2009.



Figura 2: *Aramari Jiboia Aramari*. Arte de Siro Wajãpi, 2000-2001<sup>52</sup>

Tomamos novamente o auxílio de Gallois. A antropóloga afirma que a arte gráfica Wajãpi não lhes pertence. Ela diz que um sem-número de elementos não é criação deles e não poderia pertencer a eles ou a nenhum outro grupo. São elementos que foram capturados ou são resultantes de “fluxos complexos de intercâmbios”. Produtos de redes de troca inclusive entre humanos e sobrenaturais.

No entanto, o processo de registro representa uma alternativa de autorreconhecimento:

Estão reabrindo alternativas para se situar no mundo, que tendia a se fechar em torno de noções confusas como a de propriedade étnica de objetos culturais. Abrindo novamente espaço à diversidade, que não é nem poderá ser avaliada em termos de posse de conteúdos deles ou dos outros, mas na qualidade das formas de enunciação, na beleza das formas de cantar e de dizer, que os jovens Wajãpi esperam agora poder recuperar.

52 Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/portal/montarDetalhesConteudo.do?id=13786&sigla=Documento&retorno=detalheDocumento>. Acesso em: 27 maio 2009.



A discussão anterior sugere que políticas de valorização de práticas e saberes tradicionais (imateriais) podem ter o efeito da materialização do patrimônio imaterial. Por sua vez, os efeitos dessa materialização podem repercutir tanto sobre a produção de bens culturais disponibilizados para o mercado quanto sobre os atores dessa produção cultural. Os pontos positivos que o processo de inventário (para o registro) trouxe aos Wajãpi foram bem destacados pelo trabalho de Gallois. Mas o resultado final desse processo, ou seja, o próprio registro, não parece oferecer uma adequada proteção jurídica ao bem registrado. Proteção que poderia ter tido a viola de cocho, que é um exemplo lapidar.

O modo de fazer a viola de cocho foi registrado em 14 de janeiro de 2005 no Livro de Registro dos Saberes. A viola de cocho é um instrumento musical produzido artesanalmente com a utilização de matérias-primas existentes na Região Centro-Oeste do Brasil. Segundo o registro, a viola de cocho é parte de uma realidade ecossociocultural construída historicamente pelos sucessivos grupos sociais que vêm ocupando os atuais estados de Mato Grosso e Mato Grosso do Sul.

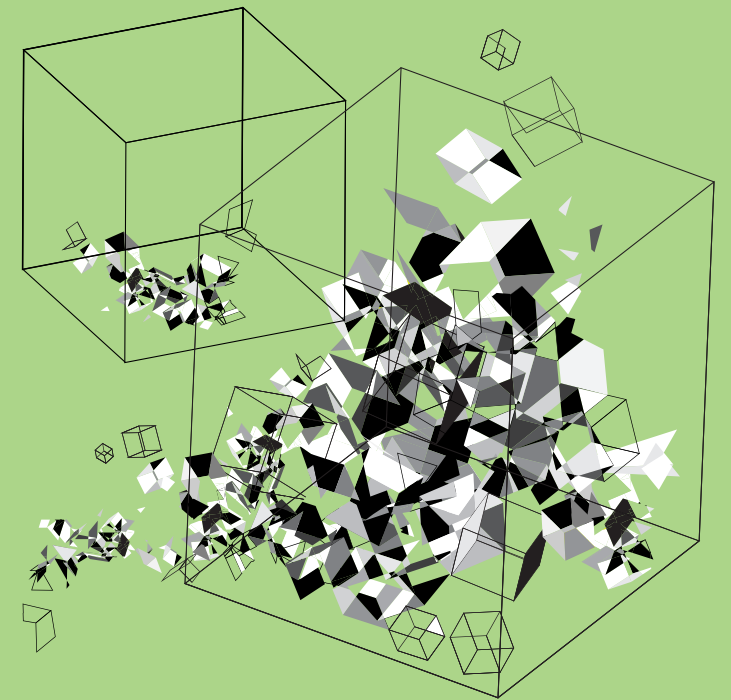
Antes do Registro como Patrimônio Cultural do Brasil, em 22 de dezembro de 1998, o Instituto Nacional da Propriedade Industrial concedeu o registro da marca mista Viola-de-Cocho para a empresa Viola-de-Cocho Produção Artística (CNPJ 00.923.732/0001-53), situada na cidade de Cuiabá, capital de Mato Grosso. A marca foi concedida para assinalar na classe 41:20, 40 e 60, que inclui serviços de diversão, entretenimento e auxiliares, organização de feiras, exposição, congresso, espetáculo artístico, desportivo e cultural. Em 2006 o registro foi prorrogado por mais um período de dez anos<sup>53</sup>.

O registro da viola de cocho como patrimônio cultural brasileiro coexistindo com o registro da marca Viola-de-Cocho na classe 41 é uma situação absurda. Dessa forma, se o próprio Iphan, que concedeu o registro ao modo de fazer viola de cocho, resolver realizar um congresso ou um espetáculo artístico ou cultural sobre o bem registrado, estaria, em tese, violando a propriedade intelectual de uma empresa cuiabana de produções artísticas. A proteção mínima que o registro cultural poderia conferir seria a proteção do bem contra a apropriação privada de seus elementos constitutivos. Entretanto, o registro não trata dessa proteção mínima.

53 *Revista da Propriedade Industrial (RPI)* n° 2020, de 22 set. 2009: prorrogado o registro conforme Resolução n° 123 de 6 jan. 2006, publicada na *RPI* n° 1829, de 24 jan. 2006.

A proteção jurídica de expressões culturais indígenas – pelo viés dos direitos que asseguram a diversidade cultural – não toca as questões relacionadas à proteção jurídica das mesmas expressões pelo viés dos direitos de propriedade intelectual. São proteções distintas. Esta, mais preocupada com a exploração das obras intelectuais consubstanciadas pelas expressões culturais. Aquela, mais preocupada com a continuidade e a transmissão das expressões culturais. Assim, a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais vai influir na disponibilidade das expressões nos mercados, e o registro de bens culturais de natureza imaterial vai influir na sua documentação e divulgação.

Mas, apesar de distintas, essas duas naturezas de proteção – esses dois estalões – possuem pontos de complementaridade quando se trata de expressões culturais de povos indígenas. As duas naturezas e esse ponto de complementaridade serão discutidos nas considerações finais deste trabalho.



**V** – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo procurou refletir sobre a proteção jurídica das expressões culturais de povos indígenas em duas perspectivas distintas. A primeira, na perspectiva dos direitos de propriedade intelectual, consubstanciada quase integralmente na análise do direito autoral, que é a forma de propriedade intelectual mais afeita às expressões culturais. Dessa perspectiva, ou estalão – como empregado na denominação dos capítulos –, a proteção jurídica representa, na sua essência, o controle do “direito de acesso” às expressões culturais. Em outras palavras, proteção aqui representa o controle sobre a disponibilidade das expressões culturais. O princípio dessa proteção são os procedimentos de locação, anuência, licenciamento, concessão, cessão (direito de transferência<sup>1</sup>), admissão, adesão, assinatura etc. A lógica dessa proteção é a da barreira e a do nicho, que, se por um lado protege as expressões contra usos equivocados ou indevidos de terceiros, por outro facilita a sua reificação e mercantilização, sobretudo na indústria cultural. A essa indústria interessa o aproveitamento de expressões culturais tradicionais como insumos intelectuais em obras e produtos derivados, especialmente se tais expressões forem de uso livre ou consideradas pertencentes ao domínio público. No meio do século passado, Adorno e Horkheimer já percebiam na indústria cultural a necessidade permanente de conteúdos novos permanecerem ligados ao *velho* esquema de produção e difusão<sup>2</sup>.

Entre os efeitos indesejáveis desse *velho* esquema de reificação e mercantilização de expressões culturais de povos indígenas destaca-se a pressão da indústria para transformá-las em mercadorias consumíveis e vendáveis, como observa José Jorge de Carvalho:

1 Sobre a transferência dos direitos de autor a legislação brasileira dispõe: Artigo 49. Os direitos de autor poderão ser total ou parcialmente transferidos a terceiros, por ele ou por seus sucessores, a título universal ou singular, pessoalmente ou por meio de representantes com poderes especiais, por meio de licenciamento, concessão, cessão ou por outros meios admitidos em direito, obedecidas as seguintes limitações: I – a transmissão total compreende todos os direitos de autor, salvo os de natureza moral e os expressamente excluídos por lei; II – somente se admitirá transmissão total e definitiva dos direitos mediante estipulação contratual escrita; III – na hipótese de não haver estipulação contratual escrita, o prazo máximo será de cinco anos; IV – a cessão será válida unicamente para o país em que se firmou o contrato, salvo estipulação em contrário; V – a cessão só se operará para modalidades de utilização já existentes à data do contrato; VI – não havendo especificações quanto à modalidade de utilização, o contrato será interpretado restritivamente, entendendo-se como limitada apenas a uma que seja aquela indispensável ao cumprimento da finalidade do contrato.

2 ADORNO, Theodor W. *Indústria cultural e sociedade*. Seleção de textos: Jorge M. B. de Almeida. São Paulo: Paz e Terra, 2002. p. 119.

O modelo neoliberal para a cultura trabalha com a premissa de que o regime de coprodução entre artistas e empresa pode funcionar bem em um vazio político, ideológico e histórico. Se esse é o caso, o que ocorre é que o artista começa a adaptar seu produto estritamente para as necessidades do mercado. Dentro dessa lógica, as formas artísticas marginais – tanto tradicionais como as experimentais – estão sendo sufocadas pela pressão para transformar-se em mercadoria vendável<sup>3</sup>.

A proteção pelo viés da propriedade intelectual contribui para transformar expressões culturais indígenas em insumo e mercadoria. Essa é a essência dos direitos de propriedade intelectual que será inevitavelmente impressa nas expressões culturais protegidas por esse sistema. No caso de conhecimentos tradicionais ou ancestrais de povos indígenas, o estudo tratou de algumas iniciativas ou propostas que procuram evitar que se concedam direitos de propriedade intelectual em produtos obtidos ou desenvolvidos com base nesses conhecimentos, quando acessados sem o consentimento de seus titulares. No caso das expressões culturais, assumimos uma postura idealista para afirmar que não resta outro lugar senão o foro dos próprios titulares dessas expressões para decidir sobre a forma de incidência dos direitos de propriedade intelectual. Pelo preciosismo técnico adotado pela última, seria necessário instrumentalizar os povos indígenas para o controle dos dispositivos da propriedade intelectual. Também seria importante a adoção de procedimentos que privilegiem a vinculação da situação vivenciada pelos grupos indígenas diretamente envolvidos com os procedimentos de proteção adotados<sup>4</sup>. Não nos esqueçamos, contudo, das dificuldades dos procedimentos de capacitação. Sobre as dificuldades de iniciativas de capacitação ou “qualificação” no estado do Amazonas há o relato de Sheilla Borges Dourado<sup>5</sup>, que comenta as adversidades e a complicada logística desse tipo de empreendimento.

3 CARVALHO, José Jorge de. *Culturas da Ibero-América*. São Paulo: Moderna, 2003. p. 138.

4 Vide SHIRAIISHI NETO, Joaquim; DANTAS, Fernando A. de C. A “commoditização” do conhecimento tradicional: notas sobre o processo de regulamentação jurídica. In: ALMEIDA, A.W.B. de. *Conhecimento tradicional e biodiversidade: normas vigentes e propostas*. Manaus: PPGDA/UEA, PPGSCA/Ufam, Fundação Ford, Ufam, 2008. p. 60.

5 DOURADO, Sheilla Borges. Participação indígena na regulação jurídica dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade. Manaus (AM): UEA, 2009. Dissertação de mestrado em direito ambiental, Escola Superior de Ciências Sociais, Universidade do Estado do Amazonas, 2009. p. 115.

A segunda perspectiva de análise da proteção jurídica de expressões culturais de povos indígenas foi empreendida sob os direitos que asseguram a diversidade cultural, focando especialmente a proteção da diversidade das expressões culturais. O estudo procurou agrupar e identificar os conceitos e a sistemática adotada pela Unesco relacionada à proteção da diversidade cultural, especialmente nos pontos que se relacionam às expressões dos povos indígenas.

De acordo com a terminologia da Unesco, o termo “proteção” significa a adoção de medidas direcionadas a preservação, salvaguarda e valorização das expressões culturais, uma vez que toda criação tem suas origens nas tradições culturais<sup>6</sup>.

É importante apontar para o fato de que, na terminologia da Unesco, o termo “proteção” significa a adoção de medidas direcionadas à preservação, salvaguarda e valorização. [...] Nesse contexto, o termo “proteção” não adquire as conotações que ele poderia sugerir na linguagem comercial. Quando usado em conjunto com o termo “promoção”, implica o desejo de manter vivas expressões culturais ameaçadas pelo crescente ritmo de globalização. A palavra “promoção” expressa o chamado à contínua regeneração das expressões culturais, de modo a assegurar que elas não sejam confinadas em museus, folclorizadas ou reificadas. Além disso, as palavras “promoção e proteção” são inseparáveis<sup>7</sup>.

A perspectiva dos direitos que asseguram a diversidade cultural e das expressões culturais é importante para o tema estudado por dois motivos fundamentais. Primeiro,

6 A Declaração Universal sobre Diversidade Cultural da Unesco de 2002 declara no Artigo 7º que: “Toda criação tem suas origens nas tradições culturais, porém se desenvolve plenamente em contato com outras. Essa é a razão pela qual o patrimônio, em todas as suas formas, deve ser preservado, valorizado e transmitido às gerações futuras como testemunho da experiência e das aspirações humanas, a fim de nutrir a criatividade em toda a sua diversidade e estabelecer um verdadeiro diálogo entre as culturas”.

7 Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais: texto oficial ratificado pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 485/2006; 2007. Unesco Office Brasília: BR/2007/PI/H/1. Dez Chaves para entender a Convenção, p. 23.

porque os seus conceitos e princípios diretores são constituídos para elevar as expressões culturais da categoria de meras mercadorias ou bens de consumo. O sistema jurídico originado dos citados documentos da Unesco reconhece que tanto as expressões quanto os bens e serviços culturais comunicam identidades, valores e significados e, por isso, não podem ser considerados apenas meros objetos de negociações comerciais. O segundo motivo é um desdobramento do primeiro. No sistema da Unesco, há o reconhecimento da dupla natureza, econômica e cultural, das expressões culturais na indústria. Assim, no caso da Convenção para a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, quando os Estados signatários adotarem as políticas e as medidas que julgarem adequadas nos seus territórios, deverão levar em conta essa dupla natureza (econômica e cultural), inclusive em complementaridade a outros tratados internacionais, mesmo os que regulamentam intercâmbios comerciais.

O elemento central da Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais da Unesco é a cooperação internacional. No entanto, não faz parte da lógica dessa convenção controlar ou mesmo restringir o acesso às expressões culturais. A lógica é não limitar o fluxo dessas expressões com base em protecionismos ou “isolacionismos identitários”<sup>8</sup>.

A estratégia adotada pela Unesco parece ter sido a possível diante dos interesses comerciais tão mais prementes no jogo de forças internacional. A estratégia também é útil para permitir o livre trânsito e o compartilhamento de repertórios, sentidos, adaptações e versões de obras intelectuais pertencentes a uma matriz cultural específica. Esse livre trânsito e o compartilhamento são fundamentais para a manutenção daqueles universos criativos, nos quais podem se inserir os povos indígenas. Entretanto, ainda que, por exemplo, a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais reconheça “a importância dos direitos da propriedade intelectual para a manutenção das pessoas que participam da criatividade cultural”, ela não segue no sentido de reconhecer uma propriedade intelectual coletiva. Assim, quando expressões culturais coletivas ultrapassam as fronteiras do seu próprio universo criativo de inspiração, do seu contexto cultural de origem, em usos inadequados ou interpretações equivocadas por terceiros de fora do circuito, continuam inexistindo previsões

8 Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais: texto oficial ratificado pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 485/2006; 2007. Unesco Office Brasília: BR/2007/PI/H/1. Dez Chaves para entender a Convenção, p. 30.

taxativas de proteção. Ao menos naquela proteção que segue a lógica de um direito real de propriedade. Proteger as expressões culturais coletivas de usos inadequados é uma forma de salvaguardar a própria comunidade cultural<sup>9</sup>, que guarda a sua razão de ser na dinâmica recriação da sua identidade e simbologias.

Na Introdução deste trabalho afirmamos a existência de um vácuo legal criado na legislação autoral brasileira, quando no seu Artigo 45 retira do domínio público e prevê uma proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais<sup>10</sup>. Esse vácuo poderia ser preenchido mediante a aplicação da Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais da Unesco. Mas como fazê-lo sem regras de restrição do acesso? Sem contrariar o nexó axiológico da convenção, que toma por valor supremo o livre intercâmbio e a circulação de ideias e expressões culturais?

A Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais da Unesco compreende as expressões culturais como resultado da criatividade de indivíduos, grupos e sociedades. Ao mesmo tempo, reconhece a importância dos conhecimentos das populações indígenas como fonte de riqueza material e imaterial e determina a obrigação das partes em criar condições para indivíduos e grupos sociais criar, produzir, difundir e distribuir suas próprias expressões culturais, e a elas ter acesso, conferindo a devida atenção às circunstâncias e às necessidades especiais dos diversos grupos sociais, incluindo os povos indígenas. Indiretamente a convenção reconhece os povos indígenas como sujeito criador de expressões culturais.

Acreditamos que as bases de uma efetiva proteção aos povos indígenas, na qualidade de sujeito criador de expressões culturais e titular de direitos respectivos, estão na ponta do sistema criado pela Unesco para a proteção da diversidade das expressões culturais. Bases de uma proteção que induza verdadeiras relações interculturais, equitativas e equivalentes em forças e interesses, entre os povos indígenas e a indústria cultural.

9 A Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais da Unesco fala de comunidades culturais no Artigo 7º quando dispõe que “as Partes buscarão também reconhecer a importante contribuição dos artistas, de todos aqueles envolvidos no processo criativo, das comunidades culturais e das organizações que os apoiam em seu trabalho, bem como o papel central que desempenham ao nutrir a diversidade das expressões culturais”. (grifo nosso)

10 Recordando, o Artigo 45 dispõe: Além das obras em relação às quais decorreu o prazo de proteção aos direitos patrimoniais, pertencem ao domínio público: I – as de autores falecidos que não tenham deixado sucessores; II – as de autor desconhecido, ressalvada a proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais.

Uma proteção dessa espécie deverá ter dois sentidos. Isso significa uma proteção que sirva para além da segurança jurídica do usuário de expressões culturais indígenas (em que figura a indústria cultural). Uma proteção que faculte aos povos indígenas a possibilidade de dizer “não” à apropriação, ao uso indevido ou à adaptação inadequada ou vexatória de suas expressões. Uma proteção que não faça *tabula rasa* das profundas diferenças sociais e culturais de cada um dos povos indígenas. Uma proteção que, prevenindo a diversidade cultural, evite a busca por traços comuns a todos os povos. Uma proteção que não considere as expressões culturais coletivas como genericamente coletivas e que respeite a titularidade de algumas expressões, mesmo quando os cotitulares sejam o Gavião-Espírito ou o Morcego-Espírito<sup>11</sup>.

Essa proteção ainda não existe.

11 Os cantos e histórias do Gavião-Espírito e do Morcego-Espírito são expressões culturais coletivas do povo Maxakali de Minas Gerais, que foram celebrados para o projeto Imagem Corpo Verdade: Trânsito de Saberes Maxakali com a ajuda do Laboratório de Etnomusicologia da UFMG e da ONG Filmes de Quintal. O projeto busca resgatar tais expressões e com ela a estima de um povo que ainda sobrevive em meio à luta contra o alcoolismo, a miséria e a indiferença.

## POSFÁCIO

Desde o ponto final da pesquisa, digitado em outubro de 2009, até o momento da reordenação do texto para a presente publicação, em agosto de 2011, *muita água passou por baixo da ponte*. Poucas gotas, no entanto, respingaram na frágil teia de nosso assunto.

A “água embaixo da ponte” alude ao anúncio de mais uma crise de cunho econômico, desta vez relacionada ao modelo de crescimento guiado pela dívida<sup>12</sup>, e até à insuspeita “primavera árabe”<sup>13</sup>, iniciada na Tunísia em 2010. Nessas vagas de tempo, o Council on Foreign Relations, centro de pensamento estratégico do *establishment* dos Estados Unidos, emitiu o Relatório nº 66 (Independent Task Force Report nº 66), o Global Brazil and U.S.–Brazil Relations<sup>14</sup>, ressaltando o papel do Brasil como “complexo ator global” em função de sua importância econômica, do crescimento populacional e potencial de recursos naturais e produção alimentícia, além do papel emergente em assuntos da ordem mundial (o relatório enfatiza a influência brasileira no continente africano). Tal documento procura enquadrar o Brasil como grande exportador de matérias-primas e até de oxigênio:

The Amazon rainforest is itself a valuable resource, recycling carbon dioxide to produce more than 20 percent of the world’s oxygen<sup>15</sup>.

Parece ser de acordo com essas conveniências que as potências ocidentais procuram trazer o país para as suas zonas de influência, alinhando-se até mesmo no sentido de promover o status brasileiro no Conselho de Segurança das Nações Unidas.

12 Crise do teto da dívida dos Estados Unidos, culminando com a elevação do limite de gastos aprovada pelo congresso daquele país em 31 jul. 2011.

13 Manifestações deflagradas no Oriente Médio e norte da África demandando reformas políticas e sociais, iniciadas com as manifestações públicas na Tunísia, no final de 2010, que culminaram na deposição do presidente tunisiano, Ben Ali.

14 Disponível em: [http://iepecdg.com.br/uploads/artigos/1107Brazil\\_TFR\\_66.pdf](http://iepecdg.com.br/uploads/artigos/1107Brazil_TFR_66.pdf). Acesso em: 17 ago. 2011.

15 Ibid., p. 11.

Mas o que poderia significar para os brasileiros ser esse verde e “complexo ator global”? Seria tornar o país um mero negociante de produtos energéticos, alimentícios ou de créditos no mercado de emissões de carbono?

Talvez a qualificação anunciada no plano internacional ainda possa ser ressignificada dentro do país, com a participação das populações brasileiras que vivem e conferem existência ao indigitado “ator global”. De uma perspectiva interna, que buscaria o melhor proveito das predisposições anunciadas no plano internacional, a discussão sobre a proteção jurídica de expressões culturais de povos indígenas tem muito a contribuir e por diversas razões. Sem entrar nesse mérito, que renderia grosso caldo para uma nova pesquisa, basta considerar que a pobreza e o abandono de populações sempre redundam em degradação ambiental.

A discussão sobre a proteção jurídica das expressões culturais de povos indígenas mantém o seu foro privilegiado nas arenas que debatem o meio ambiente – inclusive o meio ambiente cultural –, a biodiversidade, o patrimônio cultural imaterial e a diversidade cultural.

No Brasil, parece cada vez mais difícil essa preocupação ser esboçada nas arenas de discussão da propriedade intelectual. Prova disso é a completa ausência do tema no debate sobre a reforma da lei de direitos autorais brasileira de 1998, a Lei nº 9.610.

Depois que diversas instâncias e fóruns sobre direitos autorais proclamaram a necessidade de discutir e modernizar a Lei nº 9.610, o Ministério da Cultura (MinC) assumiu a tarefa. O MinC, então, apresentou uma minuta de lei – na verdade uma proposta de revisão da Lei nº 9.610 – e promoveu audiência pública baseada na minuta, valendo-se de uma plataforma digital de “desenvolvimento colaborativo”.

Essa consulta pública é a segunda experiência aberta e participativa, desenvolvida pela Coordenação de Cultura Digital do MinC. Mais do que uma plataforma de interação com usuários na internet, o conjunto de softwares que possibilita a participação é um ambiente de construção colaborativa realizado através de tecnologia livre. A consulta envolveu três meses de tra-

balho, e processo semelhante foi realizado com o debate sobre a formulação do Marco Civil para a internet brasileira, com cerca de 800 contribuições só na primeira fase<sup>16</sup>.

Assim, durante 79 dias, de 14 de junho a 31 de agosto de 2010, o MinC realizou um processo formal de consulta pública, contabilizando 7.863 propostas para a revisão da lei<sup>17</sup>.

Com a chegada da presidenta Dilma Rousseff ao governo, uma grande polêmica em torno da revisão somou-se ao natural desencontro de ideias e propostas. Ana de Hollanda, a nova ministra da Cultura, chegou a dizer, mesmo antes de tomar posse, que todo o processo de modernização da lei teria de ser revisto<sup>18</sup>, causando um turbilhão de descontentamento no meio que estivera durante meses engajado no trabalho de modificação legislativa. E entre 25 de abril e 30 de maio de 2011 o Ministério da Cultura recebeu novas contribuições com propostas de alteração de artigos do anteprojeto de lei e suas justificativas. Nesse processo foram contabilizadas 158 contribuições (53 de pessoas jurídicas e 105 de pessoas físicas)<sup>19</sup>.

Associações nacionais ligadas aos direitos autorais (de produtores de discos, de emisoras de rádio etc.), conselhos (de cineclubes, de política cultural), universidades (Fundação Getúlio Vargas), empresas (Grupo Telefônica e Nokia) e entidades, como a Representing the Recording Industry Worldwide e Motion Picture Association, também mandaram as suas contribuições, evidentemente, como é de supor, ligadas a seus respectivos interesses. Nessa fase nenhuma entidade indígena ou indigenista logrou participar. Assim sendo, o artigo Artigo 45 – tratado na introdução deste trabalho – foi modificado no seguinte:

16 Disponível em: <http://cultura.gov.br/consultadireitoautor/processo-colaborativo-2/>. Acesso em: 19 ago. 2011.

17 Disponível em: <http://cultura.gov.br/consultadireitoautor/consulta/>. Acesso em: 19 ago. 2011.

18 Disponível em: <http://cultura.gov.br/consultadireitoautor/category/noticias/>. Acesso em: 19 ago. 2011.

19 Disponível em: <http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2011/08/Indice-Contribuicoes-APL-Completo.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2011.

[da Lei nº 9.610]

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

I – as de autores falecidos que não tenham deixado sucessores;

II – as de autor desconhecido, ressalvada a proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais.

[Anteprojeto de lei após consulta pública]

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

I – as de autores falecidos que não tenham deixado sucessores;

II – as de autor desconhecido, ressalvada a proteção legal aplicável às expressões culturais tradicionais.

Ou seja, nada foi modificado. Ocorreu apenas uma mera modernização semântica, adequando a ressalva legal ao termo atualmente mais utilizado em instrumentos jurídicos de direito cultural: “Expressões culturais tradicionais”.

Constata-se desse cenário que o assunto não empolgou os participantes da consulta pública nem os técnicos do Ministério da Cultura. O assunto não se encontra maduro o suficiente para ser trabalhado diretamente pelas regras consignadas no direito autoral, especialmente no sentido de prescrever novas formas em torno de um direito autoral coletivo. Uma proteção jurídica sobre expressões culturais tradicionais tende a ser gerada em arenas e dispositivos legais outros, desvinculados do debate das grandes questões que movimentam autores, gestores, usuários e mercados de obras intelectuais.

Aguarda-se, portanto, a Rio +20. Em 2012 o Rio de Janeiro torna-se novamente a sede de uma grande Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável. O encontro recebeu o nome de Rio +20, numa alusão aos 20 anos



da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, a Eco-92. Um dos focos desse encontro é a contribuição da economia verde para o desenvolvimento sustentável e a eliminação da pobreza, focando-se a estrutura da governança internacional para esses fins.

Da conferência e de seus desdobramentos surgirão novidades em torno da proteção tratada neste trabalho.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Theodor W. *Indústria cultural e sociedade*. Seleção de textos: Jorge M.B. de Almeida. São Paulo: Paz e Terra, 2002. p. 119.

ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. *Dialética do esclarecimento*: fragmentos filosóficos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985. p. 223.

ALMEIDA, A. W. B. de. Conhecimento tradicional e biodiversidade: normas vigentes e propostas. Manaus: PPGDA/UEA: PPGSCA/Ufam: Fundação Ford: Ufam, 2008. p. 60.

ARNAUD, André-Jean. Da regulamentação pelo direito na era da globalização. *Anuário Direito e Globalização*, Rio de Janeiro, v. 1, 1999.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito de autor e desenvolvimento tecnológico: controvérsias e estratégias. *Revista de Direito Autoral*, Rio de Janeiro, n. 1, p. 3.

BAPTISTA, Fernando Mathias; DO VALLE, Raul Silva Telles. *Os povos indígenas frente ao direito autoral e de imagem*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004. p. 99.

BASSO, Maristela. *O direito internacional da propriedade intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000. p. 328.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1996. p. 217.

BRASIL. Lei Ordinária nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973. Regula os direitos autorais e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 18 dez. 1973. Seção 1.

\_\_\_\_\_. Lei Ordinária nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. *Diário Oficial da União*, Brasília, 15 maio 1996. Seção 1.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.456, de 25 de abril de 1997. Institui a Lei de Proteção de Cultivares e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 8 abr. 1997. Seção 1.

\_\_\_\_\_. Lei Ordinária nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, n. 36, 20 fev. 1998, Seção 1.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 21.

CARNEIRO DA CUNHA, Maria Manuela. Definições de índios e comunidades indígenas nos textos legais. In: SANTOS, Silvio Coelho dos et al. (Org.). *Sociedades indígenas e o direito*. Uma questão de direitos humanos. Florianópolis: Editora da UFSC, 1985. p. 33.

CARVALHO, José Jorge de. *Culturas da Ibero-América*. São Paulo: Moderna, 2003. p. 138.

CHAVES, Antônio. *Direito de autor*. Princípios fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 538.

DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. Os povos indígenas brasileiros e os direitos de propriedade intelectual. *Hiléia – Revista de Direito Ambiental da Amazônia*, Manaus, v. 1, n. 1, p. 85-120, ago.-dez. 2003.

\_\_\_\_\_. A noção de pessoa e sua ficção jurídica: a pessoa indígena no direito brasileiro. *Hiléia – Revista de Direito Ambiental da Amazônia*, Manaus, n. 5, p. 121-144, jul.-dez. 2005.

DAVIS, Shelton H. Diversidade cultural e direitos dos povos indígenas. *Mana – Estudos de Antropologia Social*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 2. p. 571-585, out. 2008.

DE LA CRUZ, Rodrigo et al. *Elementos para la protección sui generis de los conocimientos tradicionales colectivos e integrales desde la perspectiva indígena*. Caracas: Secretaría General de la Comunidad Andina e Corporación Andina de Fomento, 2005. p. 47.

DE MATTIA, Fábio M. Do privilégio do editor ao aparecimento da propriedade literária e artística em fins do século XVIII. *Revista Interamericana de Direito Autoral*, São Paulo, v. 3, n. 2, p. 51, 1980.

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 2. ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 2001.

DOURADO, Sheilla Borges. Participação indígena na regulação jurídica dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade. Manaus (AM): UEA, 2009. Dissertação de mestrado em direito ambiental, Escola Superior de Ciências Sociais, Universidade do Estado do Amazonas, 2009.

DUPAS, Gilberto. Propriedade intelectual: tensões entre a lógica do capital e os interesses sociais. In: VILLARES, Fábio (Org.). *Propriedade intelectual: tensões entre o capital e a sociedade*. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1988. p. 335.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FREITAS, Verlaïne. Indústria cultural: o empobrecimento narcísico da subjetividade. *Kriterion*, Belo Horizonte, n. 112, p. 332-344, dez. 2005.

GALLOIS, Dominique Tilkin. A etnificação de bens culturais indígenas. In: *Colóquio Guiana Ameríndia*. Belém, v. 11, 2006.

GANDELMAN, Henrique. *De Gutenberg à internet: direitos autorais na era digital*. Rio de Janeiro: Record, 1997. p. 254.

GROSS, Tony; JOHNSTON, Sam; BARBER, Charles Victor. A Convenção sobre Diversidade Biológica: entendendo e influenciando o processo. Um guia para entender e participar efetivamente da Oitava Reunião das Partes da Convenção sobre Diversidade Biológica. Instituto de Estudos Avançados da Universidade das Nações Unidas. Equator Initiative: 2005, p. 70.

HORKHEIMER, Max. Teoria tradicional e teoria crítica. In: *BENJAMIN, Horkheimer, Adorno, Habermas*. Tradução de Edgard A. Malagodi e Ronaldo Pereira Cunha. São Paulo: Abril Cultural, 1980 (Coleção *Os Pensadores*).

LEWICKI, Bruno. *A historicidade do direito autoral. Direito da propriedade intelectual: subsídios para o ensino*. 2. ed. São Leopoldo: Unisinos, 1998. p. 281.

LIMA, Antonio A. Dayrell de. Por que uma convenção sobre a proteção da diversidade cultural? *Estud. av.* [on-line], v. 19, n. 54, p. 447-454, 2005.

LUCAS, Glauro. *Os sons do Rosário, o congado mineiro dos Arturos e Jatobá*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002. p. 360.

MALM, Krister. A expansão dos direitos de propriedade intelectual e a música, uma área de tensão. Rio de Janeiro, 6 nov. 2003. Palestra traduzida por Luiz Fernando Nascimento de Lima. [s. ed.].

MANSO, Eduardo J. Vieira. *O que é direito autoral*. São Paulo: Brasiliense, 1987. p. 92.

MENDONÇA, João Martinho de. A imagem dos Tükúna no contexto de um trabalho antropológico: fotografias de Roberto Cardoso de Oliveira. *Rev. Antropol.* [on-line], v. 43, n. 1, p. 239-246, 2000.

MINISTÉRIO DA INTEGRAÇÃO NACIONAL. *Projeto de apoio à comercialização de artesanatos dos povos do alto Solimões*. Catálogo. Manaus, 2004-2007.

MUNDURUKU, Daniel. As riquezas culturais. Respeito e proteção aos conhecimentos tradicionais. São Paulo: Associação Paulista da Propriedade Intelectual, 22 jun. 2009, 14 h. Palestra proferida no 2º painel do X Congresso Internacional de Propriedade Intelectual.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1988. p. 244.

ROULAND, Norbert et al. *Direito das minorias e dos povos autóctones*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004. p. 541.

SADER, Emir. Os dilemas da diversidade cultural. *Revista Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 15, p. 111-114, jan.-abr. 2005.

SANTILLI, Juliana. Biodiversidade e conhecimentos tradicionais associados: novos avanços e impasses na criação de regimes legais de proteção. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 29, p. 83-102, jan.-mar. 2003.

SILVA, Fernando Fernandes. *As cidades brasileiras e o patrimônio cultural da humanidade*. São Paulo: Edusp, 2003. p. 219.

SHIRAIISHI NETO, Joaquim; DANTAS, Fernando A. de C. A “commoditização” do conhecimento tradicional: notas sobre o processo de regulamentação jurídica. In: ALMEIDA, A.W.B. de. *Conhecimento tradicional e biodiversidade: normas vigentes e propostas*. Manaus: PPGDA/UEA: PPGSCA/Ufam: Fundação Ford: Ufam, 2008. p. 60.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 212.

SOUZA JUNIOR, José Geraldo. Movimentos sociais – emergência de novos sujeitos: o sujeito coletivo de direito. In: ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima de (Org.). *Lições de direito alternativo*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1991. p. 134.

TEIXEIRA, Heloysa Simonetti. Patrimônio cultural: o tombamento como instrumento de preservação. Manaus (AM): UEA, 2004. Dissertação de mestrado em direito ambiental. Universidade do Estado do Amazonas, 2004.

TRAVASSOS, Elizabeth. Repente e música popular: a autoria em debate. *Revista Quadrimestral da Academia Brasileira de Música*, Rio de Janeiro, n. 1, 1 jan. 1999.

TRIDENTE, Alessandra. *Direito autoral: paradoxos e contribuições para a revisão da tecnologia jurídica no século XXI*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 142.

VASCONCELOS, Cláudio Lins de; SALINAS, Rodrigo K. Custo dos direitos intelectuais mais que dobraram em três anos. *Boletim Rio de Janeiro: Associação Brasileira da Propriedade Intelectual (ABPI)*, n. 104, maio 2009.

## SITES CONSULTADOS

[www.inpi.gov.br](http://www.inpi.gov.br)

[www.creativecommons.org.br](http://www.creativecommons.org.br)

[www.greglondon.com](http://www.greglondon.com)

[www.burburinho.com](http://www.burburinho.com)

[disney.go.com](http://disney.go.com)

[disney.com.br](http://disney.com.br)

[www.animation-animagic.com](http://www.animation-animagic.com)

[pt.wikipedia.org](http://pt.wikipedia.org)

[oglobo.globo.com](http://oglobo.globo.com)

[www.imdb.com](http://www.imdb.com)

[www.statemaster.com](http://www.statemaster.com)

[www.slashfilm.com](http://www.slashfilm.com)

[www.csmonitor.com](http://www.csmonitor.com)

[latimesblogs.latimes.com](http://latimesblogs.latimes.com)

[altlaw.org](http://altlaw.org)

[www.estacaodaluz.org.br](http://www.estacaodaluz.org.br)

[www.unb.br](http://www.unb.br)

[www.conpedi.org](http://www.conpedi.org)

[http://ojs.c3sl.ufpr.br](http://http://ojs.c3sl.ufpr.br)

[www.cultura.gov.br](http://www.cultura.gov.br)

[www.scielo.br](http://www.scielo.br)

[www.iphan.gov.br](http://www.iphan.gov.br)

[portal.iphan.gov.br](http://portal.iphan.gov.br)

## **FICHA TÉCNICA**

### **Publicado por**

Observatório Itaú Cultural  
Editora Iluminuras

### **Organização da coleção Rumos Pesquisa**

Lia Calabre

### **Organização do material**

Selma Cristina da Silva  
Josiane Mozer

### **Produção editorial**

Cybele Fernandes  
Lara Daniella Gebrim

### **Projeto gráfico e diagramação**

luorvat design

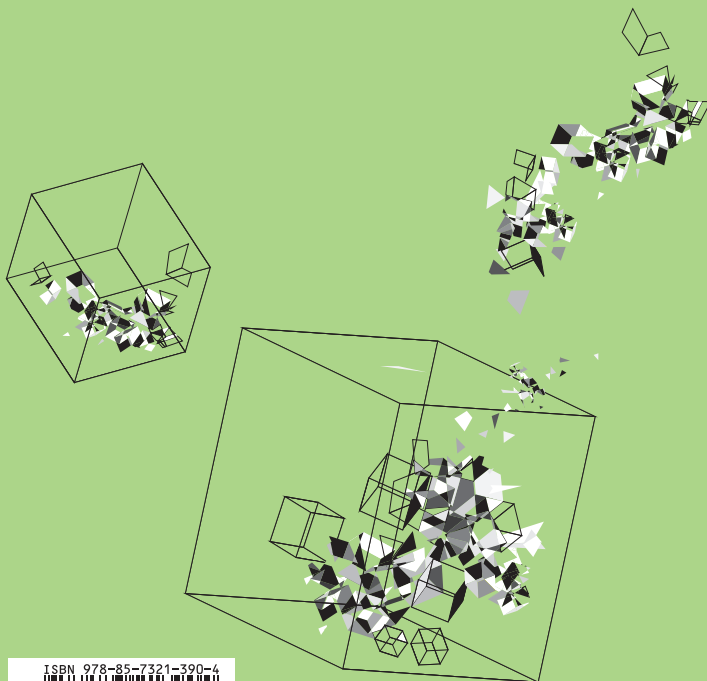
### **Capa**

Liane Iwahashi

### **Revisão de texto**

Isabel Cury  
Regina Pereira





ISBN 978-85-7321-390-4  
9 788573 213904



**Itaú**  
cultural

Itaú Cultural  
ISO 9001  
ADMINISTRAÇÃO DE VERBAS



ILUMINURAS

Ministério da  
Cultura

GOVERNO FEDERAL  
**BRASIL**  
PAÍS RICO E PAÍS SEM POBREZA