

8ª Turma de Especialização em Gestão Pública

**ANA CAROLINA QUINTANILHA DOS SANTOS**

**O CASO DA ARTE GRÁFICA WAJÃPI E O EMBATE CONTRA A EXPLORAÇÃO  
COMERCIAL INADEQUADA: LIMITES E POTENCIALIDADES DAS POLÍTICAS  
PÚBLICAS DE PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO IMATERIAL**

**Brasília**

**2013**

*Este trabalho é dedicado à memória da minha avó Helena, por sua sabedoria, dedicação e amor.*

## AGRADECIMENTOS

Aos responsáveis pela minha formação, meus pais, Bartolomeu e Suze, por todo o empenho, esforço e amor. À minha irmã Janaína, pelo apoio incondicional. Com vocês aprendi que temos responsabilidades com nossas escolhas e que estas jamais são neutras ou triviais, representam nossa forma de nos posicionarmos no mundo. A toda a família, pelo estímulo e carinho.

Ao Leonardo Loriato, pela sua compreensão que, por vezes privando-se do convívio comigo, ajudou-me a abrir meus caminhos pelo mundo. Enfim, obrigada pela parceria, incentivo e lealdade.

Aos companheiros da 8ª turma do Curso de Especialização, especialmente, Daniela, Carla, Mônia, Gerson, Haroldo, Michel, Fábio, Natascha, Murilo, Lúcia, Raquel, Max e “Ricardos”, com os quais tive o privilégio de conviver por um ano e meio e construir um espaço de reflexão.

Em especial reverência, agradeço aos professores Marco Acco, Eduardo Granha, Zenaide Sachet, Juliana Palma, Eduardo Caldas, Fábio Zimmermann, pois as disciplinas ministradas por esse grupo trouxeram grande contribuição para a minha formação profissional.

Aos agradecimentos institucionais, por fim. Em primeiro lugar, ao Ministério da Cultura, pelo financiamento da pós-graduação e pelos programas de capacitação de seus servidores, em especial ao Dr. Cleômenes, Sr. Gilton e Sra. Cristina e aos colegas Júlio, Lindalva, Raquel, Priscila e Eleny. À ENAP, como escola de Governo, pelo trabalho dedicado à formação dos servidores. Aos funcionários do departamento da pós, em especial à Samantha, pela presteza, solicitude e carinho no atendimento. Ao IPHAN, pela imensa colaboração, viabilizada pela Mônia, Rívia e Natália, pelo amplo acesso à documentação técnica disponibilizada, atas de reuniões, normativos, pareceres e diversos outros materiais essenciais à conclusão desse trabalho.

Ao professor Frederico, por ter topado a empreitada dessa orientação, já no meio do caminho, pela paciência e disposição constante em dialogar e pela abertura generosa de pensamento.

*Aprendi que um homem só tem o direito de olhar um outro de cima  
para baixo se for para ajudá-lo a levantar-se.*

*(Gabriel Garcia Marquez)*

## RESUMO

O presente estudo tem por finalidade discutir os limites e potencialidades dos instrumentos de políticas públicas de proteção ao patrimônio imaterial, à luz das experiências constituídas em um caso concreto, qual seja, o registro da arte Kusiwa. Em 2003, a arte Kusiwa dos Wajãpi, no Amapá recebeu o reconhecimento como Obra-Prima do Patrimônio Oral e Imaterial da Humanidade, conferido pela UNESCO, um ano após ter sido inscrita no Livro das Formas de Expressão e ter sido registrada pelo IPHAN.

Entretanto, apesar dessas ações de salvaguarda, esse patrimônio imaterial vem sendo reiteradamente violado por meio do abuso comercial do uso não autorizado dos grafismos. O fato de as formas de produção e circulação de conhecimento entre os coletivos indígenas envolverem relações específicas, que não se limitam às propostas atualmente disponíveis na legislação sobre propriedade intelectual, confere um aspecto desafiador sobre a temática. A partir do recorrente assédio da comercialização do Kusiwa, começou a haver um aprendizado institucional por parte do IPHAN e de diversos outros atores, principalmente quanto aos questionamentos envolvendo o alcance jurídico de proteção do patrimônio dos bens registrados.

Por tudo isso, o registro da arte Kusiwa foi o resultado de um processo mais amplo de conquistas de direitos e construção de cidadania, e gerou efeitos importantes não apenas para assegurar a transmissão intergeracional do conjunto de conhecimentos da cultura Wajãpi, mas, principalmente, porque a salvaguarda desse patrimônio configurou-se como instrumento estratégico para o fortalecimento de ações e lutas sociais que buscam assegurar a garantia de direitos culturais e até mesmo de direitos humanos de maneira ampla.

## ABSTRACT

This study aims to discuss the limits and potential of public policy instruments for protecting intangible heritage in the light of the experiences made in a case, the Kusiwa Art's registration. In 2003, Art Kusiwa from Wajãpi in Amapá received recognition as a Masterpiece of the Oral and Intangible Heritage of Humanity conferred by UNESCO, one year after having been entered in the Book of Forms of Expression and have been registered by IPHAN.

However, despite these actions safeguard intangible heritage that has been repeatedly violated by commercial misuse of unauthorized use of the artwork. The fact of the forms of production and circulation of knowledge among indigenous collective involve specific relationships, which are not limited to proposals currently available in intellectual property law, imparts a challenging aspect of the theme. From the ongoing harassment of the marketing Kusiwa began to be an institutional learning by IPHAN and several other actors, especially regarding questions involving the legal protection of intangible assets registered.

For all this, the registry of Art Kusiwa was the result of a wider process of achieving rights and citizenship building, and generated important effects not only to ensure the intergenerational transmission of cultural knowledge set Wajãpi, but mainly because safeguarding of this heritage is configured as a strategic instrument to strengthen actions and social struggles that seek to ensure the security of cultural rights, and even human rights broadly.

## LISTA DE ILUSTRAÇÕES

FIGURA 1: DISTRIBUIÇÃO DOS BENS CULTURAIS REGISTRADOS PELO IPHAN .....	33
QUADRO 1: TIPOLOGIA DE AÇÕES DE SALVAGUARDA.....	36
FIGURA 2: ÍNDIO WAJÁPI (FOTO DOMINIQUE T. GALLOIS, 1978).....	46
FIGURA 3: ALDEIA MARIRY (FOTO DOMINIQUE T. GALLOIS, 1983).....	46
FIGURA 4: CRIANÇA WAJÁPI (FOTO DOMINIQUE T. GALLOIS, 1983) .....	47
FIGURA 5: MAPA DO ESTADO DO AMAPÁ, REGIÃO DOS WAJÁPI.....	48
FIGURA 6: COMEMORAÇÃO DA PROCLAMAÇÃO DA ARTE KUSIWA AO TÍTULO DE PATRIMÔNIO ORAL E IMATERIAL DA HUMANIDADE .....	50
FIGURA 7: PARCEIROS IMPORTANTES NESTA CONQUISTA .....	50
FIGURA 8: GRAFISMOS DA ARTE KUSIWA DA TRADIÇÃO DOS WAJÁPI .....	52
QUADRO 2: RESUMO DAS MEDIDAS DEFENSIVAS E POSITIVAS .....	65

## LISTA DE ABREVIATURAS

CBD	Convention on Biological Diversity
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
CNRC	Centro Nacional de Referência Cultural
FAO	Food and Agricultural Organization of the United Nations
FNPM	Fundação Nacional Pró-Memória
ICTSD	International Centre for Trade and Sustainable Development
INDL	Inventário Nacional da Diversidade Linguística
INPI	Instituto Nacional de Propriedade Industrial
INRC	Inventário Nacional de Referências Culturais
IPHAN	Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional
MDIC	Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior
PNPI	Programa Nacional do Patrimônio Imaterial
PNUD	Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento
SPHAN	Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional
TRIPs	Agreement on Trade-Related aspects of intellectual property rights
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
UNESCO	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization
WIPO	World Intellectual Property Organization
WTO	World Trade Organization

## SUMÁRIO

1	Introdução.....	10
2	Preservação do patrimônio imaterial: arena da disputa na definição de conceitos estruturantes.....	14
2.1	Patrimônio imaterial: as dificuldades da construção de um conceito.....	16
3	A proteção do patrimônio imaterial.....	19
3.1	Antecedentes do patrimônio imaterial no Brasil.....	21
3.2	A proteção judicial do patrimônio cultural.....	24
3.3	Princípios que orientam a proteção ao patrimônio e à proposta de instrumento legal ...	27
3.3.1	O Decreto nº 3.551, de 04 de agosto de 2000.....	29
3.4	Instrumentos das políticas de preservação do patrimônio cultural brasileiro.....	31
3.4.1	Programa Nacional do Patrimônio Imaterial.....	38
3.4.2	Desafios das políticas públicas de salvaguarda e proteção ao patrimônio imaterial	39
4	O caso do registro da arte Kusiwa: pintura corporal e arte gráfica Wajãpi.....	45
4.1	Abusos da comercialização da cultura tradicional: propriedade intelectual e proteção ao patrimônio imaterial.....	53
5	Aspectos jurídicos e diferenças entre propriedade imaterial, propriedade industrial e direito autoral.....	62
5.1	Tensionando os limites do instrumento: os desafios da conciliação entre propriedade intelectual e as experiências internacionais de sistemas de proteção e salvaguarda do patrimônio imaterial.....	63
6	Novos tempos nas políticas de salvaguarda: resposta aos desafios da produção do trabalho imaterial.....	79
7	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	82
	Referências Bibliográficas.....	85

## 1 INTRODUÇÃO

O patrimônio cultural é um campo que reúne questões de ordens variadas. A rigor, atravessam-no ações de ordem do significado e do simbólico. Em sua trajetória, o patrimônio cultural já se associou com narrativas de construção da nação, com lutas estéticas, com políticas urbanas, com a defesa de processos de democratização e com direitos culturais. Constitui-se em espaço de lutas simbólicas, as quais materialidades e imaterialidades são suportes para a produção de narrativas patrimoniais, políticas, econômicas, administrativas e técnicas, entre outras.

Do ponto de vista conceitual, a distinção entre patrimônio material e imaterial é relativa, como será tratado adiante. Contudo, do ponto de vista da preservação, essa distinção mostrou-se necessária. O instituto do tombamento, bem como os procedimentos de conservação e restauração somente pode ser aplicado a bens como edificações, objetos e etc. Para o caso dos bens culturais de natureza imaterial, cujo caráter é eminentemente processual e dinâmico, como, por exemplo, ritos, celebrações, formas de expressão musical, verbal, conhecimentos e técnicas, tiveram de ser criados outros instrumentos.

No Brasil, a ampliação do conceito de patrimônio, observada no artigo 216 da Constituição Federal de 1988, impulsionou a criação de novos instrumentos de proteção do patrimônio imaterial, quais sejam: (i) Registro de bens culturais de natureza imaterial; (ii) Inventário Nacional de Referências Culturais (INRC); (iii) Inventário Nacional da Diversidade Linguística (INDL); (iv) Planos e Ações de Salvaguarda; e (v) Editais de Chamamento Público.

A forma de expressão Wajãpi foi inscrita no Livro das Formas de Expressão, em 2002. O registro da arte Kusiwa foi proposto pelo Conselho das Aldeias Wajãpi – APINA e pelo Museu do Índio, em 2003; a forma de expressão Wajãpi foi declarada Patrimônio Oral e Imaterial da Humanidade pela UNESCO.

Nesse ponto, torna-se necessário justificar o porquê da escolha do caso da arte Kusiwa dos índios Wajãpi. A riqueza acadêmica do caso, para além da ampla divulgação, tendo em vista o encaminhamento da candidatura e aprovação de sua arte gráfica ao título de Obra-prima da Humanidade, concedido pela UNESCO, é notória e pode, sem dúvida, ser considerada um *leading case* sobre a relação de proteção ao patrimônio imaterial e propriedade intelectual, um fantástico laboratório que gerou debates interessantíssimos sobre os limites e alcances destas políticas de proteção.

A recente trajetória do registro da arte Kusiwa parece ser um caso “bom para se pensar” os princípios de proteção à cultura tradicional e popular contra a exploração comercial inadequada, bem como a investigação da possibilidade de registro e proteção econômica da propriedade coletiva. O problema central é que a natureza coletiva dessas criações colide com as características elementares do direito autoral, pois esse campo reconhece apenas a autoria individual de um trabalho.

Cumprido destacar que a propriedade intelectual é gênero, ao qual a propriedade industrial é espécie, compreendendo as marcas, patentes, desenhos industriais e modelos de utilidades. A Constituição Federal de 1988 garante o direito de propriedade amplo, o direito à propriedade intelectual e, mais especificamente, o direito de propriedade industrial com relação a marcas e patentes. A legislação aplicável à propriedade industrial é a Lei nº 9.279/96, complementada pelos Tratados e Convenções Internacionais e fiscalizada pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI).

Desta feita, o registro de bens culturais de natureza imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, previsto no Decreto nº 3.551, de 2000, não assegura a proteção de propriedade intelectual conferida pelo registro no INPI, vinculado ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC).

Como relatado na Avaliação Preliminar da Política de Salvaguarda de Bens Registrados (2002-2010):

[...] como primeiro registro, a instrução foi pioneira e por mais cuidadosa que tenha sido, não foi suficiente para o esclarecimento pleno das questões que só vieram à baila agora, em 2010, quando situações concretas se configuraram. Diante da abordagem recente de uma fábrica de cosméticos a respeito do uso de grafismos Kusiwa, os Wajãpi se deram conta que o registro no IPHAN não é análogo ao registro no INPI; e não os protege ou garante direitos, necessariamente de propriedade intelectual. É reconhecimento oficial do Estado em relação à titularidade coletiva do grupo, útil, para jurisprudência, mas não cria direito ou prerrogativa. (IPHAN, 2011, p. 20, grifo nosso).

A justificativa para a pesquisa reside fundamentalmente no fato de que os bens culturais de natureza imaterial são dotados de uma dinâmica própria que não cabe nos antigos conceitos clássicos, sendo, por vezes, mais importante, o registro e a documentação do que a intervenção, a restauração e a conservação. A título de exemplificação sobre a importância do tema, o relatório do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) 2004 revela que:

Na maioria dos países da Ásia não há leis que concedam aos povos indígenas o direito a sua terra. E não é só a sua terra que está a ser cobiçada e tomada – mas também o seu saber. Empresas multinacionais descobriram o seu potencial

comercial e começaram a corrida às patentes, privatizações e apropriação. (PNUD, 2004, p. 42).

Isso evidencia, portanto, as distorções e injustiças sobre o processo de enriquecimento sobre a cultura.

Com efeito, a cultura tradicional e popular possui também valor econômico e, decerto, sofre pressões da comercialização. Para preservá-la de perdas ou deformações, é necessário repensar as bases legais adequadas e favoráveis às novas formas de proteção contra a exploração comercial inadequada.

Nesse sentido, a opção brasileira não foi a de reproduzir noções vinculadas a modelos importados de proteção de bens imateriais e patrimônio cultural. Nesse campo, configurou-se um novo rumo à política pública brasileira e retomou-se a questão de fundo, à maneira brasileira, de acordo com as vicissitudes do país. Buscou-se exercer, também, a criatividade sociológica, recorrendo às bases epistemológicas do pensamento brasileiro e latino-americano para explicar as mudanças reais por que passa o mundo da produção e do consumo de bens simbólicos e a nova relevância da cultura na economia.

Dessa forma, merece destaque o esforço brasileiro em produzir uma resposta positiva, inovadora e atuante no sentido de afirmar o respeito e o reconhecimento da diversidade cultural e da salvaguarda da herança cultural, tanto física como intangível.

O presente estudo tem por objetivo analisar as potencialidades e os limites do alcance das políticas de proteção do patrimônio imaterial tendo como pano de fundo o emblemático estudo prático do caso do registro da arte Kusiwa.

Sob o ponto de vista metodológico, a forma da abordagem empregada foi a de estudo de caso, com pesquisa exploratória, que visa construir reflexões sobre os limites da proteção do patrimônio imaterial a partir de levantamento bibliográfico e revisão de toda a documentação relacionada ao caso específico do registro no IPHAN da arte Kusiwa. Nesse sentido, o método do estudo de caso enquadra-se como uma abordagem qualitativa, com um enfoque interpretativo da realidade, com a possibilidade de generalização segundo uma lógica indutiva. Abrange a fase de planejamento, coleta de dados e análise dos mesmos. Assim, o presente trabalho é uma investigação empírica de estudo da particularidade e da complexidade de um caso singular, que conduz à reflexão sobre a proteção ao patrimônio imaterial e ao seu entendimento dentro de importantes circunstâncias.

Observe-se que o presente estudo não possui a pretensão de esgotar o tema, de ser tomado como fonte exaustiva. Visa, tão somente, dar conta do *estado da arte* na discussão das limitações do alcance do registro especificamente no que se refere às possibilidades de

compatibilização entre os direitos assegurados por meio da proteção intelectual, mormente em termos jurídicos e mercadológicos, e os bens culturais de criação coletiva.

A despeito da notoriedade das recentes conquistas no âmbito da preservação do patrimônio intangível, o estudo busca, por fim, dar uma contribuição para o aprimoramento dessa política pública que, ao final, contribuirá para a adoção de práticas sociais inclusivas.

## **2 PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO IMATERIAL: ARENA DA DISPUTA NA DEFINIÇÃO DE CONCEITOS ESTRUTURANTES**

A formulação da abordagem das arenas políticas deve-se a T. J. Lowi, que entende a política pública como variável central, capaz de mobilizar reações de vários atores, baseada em uma avaliação antecipada sobre como aquela política pública afetará os seus respectivos interesses. De fato, para Lowi, políticas públicas são “[...] regras formuladas por autoridades governamentais que expressam intenção de influenciar o comportamento de cidadãos, individual ou coletivamente, mediante o uso de sanções positivas ou negativas.” (LOWI, 1985, p. 7).

Resumidamente, as arenas são padrões de interação dos atores envolvidos em uma política pública, configurados a partir da combinação de suas preferências e de suas expectativas quanto a ganhos e perdas em uma política potencialmente em fase de formulação. Em outras palavras, arenas constituem uma certa disposição das forças políticas e das relações entre atores políticos em torno de um tema de política pública. Nessa abordagem, as expectativas dos atores demarcam o padrão de suas interações, seu alinhamento político, a formação de coalizões, o estabelecimento de grupos de atores com o poder de veto, a competição e o conflito. Em verdade, a articulação entre direitos e políticas públicas não é trivial. As políticas públicas pressupõem a presença de suportes normativos variados.

Nesse sentido, Barbosa adverte:

Sempre podemos encontrar algo de intencional nas políticas. As políticas públicas patrimoniais são seletivas e ao elegerem entre um conjunto vasto de objetos, edificações, repertórios simbólicos, narrativas, imagens etc., realizam o ato mágico de adicionar, subtrair, multiplicar, enfim de produzir significados, legitimar ou excluir grupos, camadas sociais, classes e frações de classe. Portanto, o patrimônio cultural não é prévio ao processo performático e histórico de produção política, jurídica e social. (BARBOSA, no prelo).

É fundamental registrar algumas reflexões que antecedem as discussões acerca das dificuldades inerentes ao conceito de patrimônio imaterial. Trata-se da luta de poder subjacente à definição do que será, de fato, considerado “patrimônio imaterial” e por que tais bens merecem serem “preservados”. É, portanto, uma disputa que se opera eminentemente no campo simbólico, consubstanciada pelos processos de subjetivação inerentes às construções humanas.

Neste sentido, merece destaque a importância crucial que essas relações de poder inerentes às disputas associadas às escolhas dos bens culturais possuem sobre as definições das políticas públicas de preservação. Consoante à reflexão de Arantes:

[...] a defesa do passado para os propósitos do patrimônio se estrutura em torno da intensa competição e luta política em que grupos sociais diferentes disputam, por um lado, espaços e recursos naturais e, por outro (o que é indissociável disso), concepções ou modos particulares de se apropriarem simbólica e economicamente deles. (ARANTES, 1984, p. 9, grifo nosso).

Em outras palavras, como afirma Tamaso:

[...] o conflito é, pois, constitutivo das políticas de preservação dos patrimônios culturais. [...] Os valores atribuídos ao bem cultural, quando entram em disputa, revelam um processo de hierarquização. Um valor será selecionado como mais importante e mais legítimo; os outros permanecerão como seus opostos complementares [...]. O grupo que estiver de posse da gestão daquele bem cultural estabelecerá seus valores como mais legítimos. Na arena de disputa, os outros não poderão ser considerados. (TAMASO, 2006, p. 15, grifo nosso).

Nesse diapasão, não se deve desconsiderar, portanto, que as diferenças de atribuição de valor ocorrem em meio aos conflitos sobre a construção das identidades, dos símbolos e, obviamente, do acesso a determinados bens culturais. Ainda na percepção de Tamaso: “Não podemos nos esquecer que a luta pelo poder de nomear o patrimônio é antes de tudo uma luta pelo poder de pôr em destaque uma ‘memória’, uma ‘história’. Os vários grupos sevem-se de estratégias de relações de forças que suportam e são suportadas por tipos de saber.” (TAMASO, 1995, p. 15).

Cumprе ressaltar que a escolha de certos bens ou objetos representativos também silencia de forma eloquente: as construções populares, seus objetos cotidianos, suas formas de relacionar-se com o sagrado e sua inserção nos processos produtivos somem do foco de atenção, não são “elegíveis” a partir dos bens e objetos selecionados, foram esquecidos no processo de produção de significados, não podem ser rememorados.

Consolidando, por fim, a argumentação sobre a arena conflituosa do campo preservacionista, sublinham-se as considerações de Londres Fonseca:

Portanto, se considerarmos a atividade de identificar referências e proteger bens culturais não apenas como um saber, mas também como um poder, cabe perguntar: quem teria a legitimidade para decidir quais são as referências mais significativas e o que deve ser preservado, sobretudo quando estão em jogo diferentes versões da identidade de um mesmo grupo? [...] O fato é que o princípio exclusivo da autoridade – seja ela científica, religiosa, fincada na tradição, ou mesmo política (o Estado agindo em nome da Nação) – já não se sustenta em uma sociedade que se queira democrática. Por outro lado, a auscultação de outras “vozes”, a consideração de outros interesses que não os dos grupos de maior poder econômico e/ou intelectual, só é possível quando a própria sociedade se organiza com essa finalidade. (LONDRES FONSECA, 1997, p. 39, grifo nosso).

Conforme será abordado mais adiante, a concepção brasileira do sistema de proteção e salvaguarda dos bens culturais ampliou a noção de patrimônio imaterial e, conseqüentemente, buscou maior participação social para assegurar a legitimidade do processo. Obviamente,

preservar traços de uma cultura é também uma clara demonstração de poder, pois é no campo da hegemonia cultural que se constroem as representações de uma “identidade nacional”. A experiência demonstra que sempre prevalece o discurso dos vencedores, que preservam as marcas de sua identidade, inclusive apropriando-se de referências culturais de outros grupos resignificando-as de acordo com suas interpretações. Ou, alternativamente, utilizam-se dos recursos do aniquilamento e destruição dos vestígios da cultura daqueles que desejam submeter.

## 2.1 Patrimônio imaterial: as dificuldades da construção de um conceito

Como destacado no Relatório Final das Atividades da Comissão e do Grupo de Trabalho Patrimônio Imaterial, de maneira geral, a preocupação com a preservação e a valorização das expressões da chamada cultura tradicional e popular surgiu mais fortemente no cenário internacional logo após ser firmada por diversos países a Convenção da UNESCO sobre a Salvaguarda do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, em 1972.

No Brasil, a ampliação do conceito de patrimônio, observado no artigo 216 da Constituição Federal de 1988, sem dúvida foi muito salutar e impulsionou a criação de um novo instrumento jurídico de preservação, qual seja, o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial, implementado pelo Decreto n.º 3.551/2000. Contudo, o percurso até este ponto foi árduo, repleto de impasses e de realizações.

Grosso modo, parte da dificuldade do campo surge a partir da conceituação dos termos, pois não há consenso sobre a expressão que melhor define o conjunto desses bens culturais. Neste sentido:

[...] verifica-se que várias expressões, todas igualmente problemáticas e simplificadoras do ponto de vista conceitual, têm sido utilizadas, sendo as mais consagradas “patrimônio intangível”, “patrimônio imaterial”, “cultura tradicional e popular” e, mais recentemente, “patrimônio oral”. As duas primeiras procuram delimitar esse universo por meio da instituição de uma categoria de patrimônio oposta ao chamado “patrimônio material ou construído”. Mediante o uso dos qualificativos “imaterial” ou “intangível” pretendem ressaltar a importância que, nesse caso, têm os processos de criação e manutenção do conhecimento sobre o seu produto (a festa, a dança, a peça de cerâmica, por exemplo). Ou seja, procuram enfatizar que interessa mais como patrimônio o conhecimento, o processo de criação e o modelo, do que o resultado, embora este seja sua expressão indubitavelmente material. A principal crítica a essas expressões é que estas levam a desconsiderar o resultado da manifestação e suas condições materiais de existência. Não dão conta, portanto, de toda a complexidade do objeto que pretende definir.

A expressão “patrimônio oral”, por sua vez, decorre de um raciocínio semelhante, com ênfase, entretanto, no modo de transmissão dessas manifestações culturais. Constitui uma tentativa não muito bem sucedida, de superar os problemas conceituais contidos nas expressões “patrimônio imaterial” ou “intangível”, bem

como os reducionismos aos quais os adjetivos popular e tradicional podem conduzir. De fato, a expressão “cultura popular e tradicional” possibilita interpretação que tende a excluir expressões contemporâneas ou circunscrever esse universo às manifestações de determinada classe ou camada social. Em outras palavras, ela pode conduzir a um entendimento restrito sobre esse patrimônio, vinculando-o a critérios rígidos de temporalidade, classe e autenticidade. (IPHAN, 2012, p. 7, grifo nosso).

Ainda considerando a polêmica acerca das terminologias, como preleciona Londres Fonseca: “A materialidade é relativa e, nesse sentido, talvez a expressão ‘patrimônio intangível’ seja mais apropriada, pois remete ao transitório, fugaz, que não se materializa em produtos duráveis”. (LONDRES FONSECA, 2003, p. 66).

Cientes desse debate, e admitindo-se que ele está longe de uma solução pacífica, única e final, não há dúvida de que as expressões “patrimônio imaterial” e “bem cultural de natureza imaterial” reforçam uma falsa dicotomia entre esses bens culturais vivos e o chamado patrimônio material. Em contrapartida, a afirmação desta diferença teve sua importância histórica na medida em que contribuiu para delimitar um conjunto de bens que, a despeito de essencialmente vinculados a uma cultura material, ainda não haviam sido reconhecidos pelo Estado como patrimônio nacional.

Nesta mesma ordem de ideias, irretocável a percepção do IPHAN ao afirmar: “[...] se, do ponto de vista conceitual, a distinção entre patrimônio material e imaterial é discutível, do ponto de vista da preservação essa distinção se mostrou necessária”. (IPHAN, 2010, p. 17).

Contudo, no período recente dos últimos vinte anos, colocou-se em xeque as discussões acerca dessas falsas dicotomias e hierarquia de valores. Nesse sentido, esclarecedora a contribuição de Levi-Strauss na qual se afirma que:

Patrimônio material e patrimônio imaterial não aparecem como duas áreas separadas, mas como um conjunto único e coerente de manifestações múltiplas, complexas e profundamente interdependentes dos inúmeros componentes da cultura de um grupo social. (LEVI-STRAUSS, 2012, p. 32).

Revela-se desnecessária, portanto, a discussão acerca da separação entre bens culturais que compõem o patrimônio material e imaterial. Ainda neste sentido, Falcão assevera: “A ideia básica é reforçar o patrimônio enquanto gênero, possuidor de duas espécies – material e imaterial. Mesmo porque a distinção entre eles é distinção apenas pragmática” (FALCÃO, 2001, p. 24), e sobre as diretrizes do sistema de proteção e a opção pela adoção de um conceito amplo de patrimônio imaterial, o autor complementa:

Não se define *a priori* rigidamente o que seja patrimônio imaterial. Esta é matéria muito polêmica. Optou-se por estratégia similar a da jurisprudência conceitual. Muito mais permeável a demandas culturais da sociedade. Como faz, aliás, a UNESCO. O acúmulo das decisões do sistema, caso a caso, vai construindo os padrões mínimos que acabarão por precisar na prática o conceito de patrimônio

imaterial. É uma estratégia aberta, de construção conceitual permanente, permeável às mutações históricas. (FALCÃO, 2001, p. 24, grifo nosso).

Informada pelas reflexões deste debate, a 25ª Reunião da Conferência Geral da UNESCO, em 1989, aprovou a “Recomendação sobre a Salvaguarda da Cultura Tradicional e Popular” e neste documento define cultura tradicional e popular nos seguintes termos:

[...] conjunto de criações que emanam de uma comunidade cultural fundada na tradição, expressa por um grupo ou por indivíduos e que reconhecidamente responde às expectativas da comunidade enquanto expressão de sua identidade cultural e social; seus padrões e valores são transmitidos oralmente, por imitação ou outros meios. Suas formas compreendem, entre outras, a língua, a literatura, a música, a dança, os jogos, a mitologia, os ritos, os costumes, o artesanato, a arquitetura e outras artes. (IPHAN, 2012, p. 56).

No presente estudo serão adotadas as terminologias consubstanciadas na Constituição Federal Brasileira, de 1988, bem como pela UNESCO, pelo IPHAN e pelo Ministério da Cultura, sem alusão à suposta separação entre patrimônio material e imaterial. Até porque, ainda que os conceitos continuem delineados de modo impreciso, é imperioso passar à ação prática, pois é no embate da experiência que se consolida a produção do conhecimento. Afinal de contas, como diz o velho adágio popular, “*O caminho se faz ao caminhar*”. Corrobora esta linha argumentativa o caso do registro da arte Kusiwa, no qual, dialeticamente, pode-se promover uma enriquecedora reflexão sobre os limites e alcances dessa política pública.

Dessa forma, conforme constatado pelo IPHAN (2012), fica evidenciado que os elementos imateriais constituintes do patrimônio cultural agregam a este sentido e significado, aproximando-o do dia a dia das sociedades. Adicionalmente, o preservacionismo ganha força e importância social, demandando a integração de várias instâncias disciplinares e governamentais.

### 3 A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO IMATERIAL

O tratamento constitucional do bem cultural está disposto nos artigos 215 e 216 da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), de 1988. Notadamente, a inclusão de bens culturais a que se referem os diferentes grupos formadores da sociedade brasileira na Carta Magna constitui o reconhecimento de uma demanda histórica. Em verdade, o texto constitucional ampliou sobremaneira o conceito de patrimônio cultural brasileiro, reconhecendo sua dupla natureza, material e imaterial, bem como estabeleceu, além do tombamento, o registro e o inventário como formas de acautelamento e proteção desses bens. A temática apresenta a seguinte redação:

Art. 215: O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

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

§ 2º. A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.

Art. 216: Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nas quais se incluem:

I – as formas de expressão;

II – os modos de criar, fazer e viver;

III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

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

§ 2º. Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.

§ 3º. A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais.

§ 4º. Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei.

§ 5º. Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos. (BRASIL, 1988).

A análise dos dispositivos constitucionais denota o grande avanço que se deu no tratamento do bem cultural, vez que contempla no seu conceito o aspecto imaterial, incorporando as concepções mais modernas referentes à matéria. Provavelmente, o Brasil é o único país do mundo em que a proteção ao patrimônio imaterial pode ser considerada direito-dever constitucional. Resta evidenciado que este conceito constitucional é autoaplicável e a regulamentação infraconstitucional é apenas exigência de operacionalidade.

Segundo Machado, “[...] há de se diferenciar entre o disposto no *caput* do artigo 216 e o que consta de seus incisos” (MACHADO, 2001, p. 89). O autor esclarece que o *caput* se refere à identidade, à ação e à memória dos grupos formadores da sociedade brasileira, e os seus incisos reportam-se à relação de bens de natureza material e imaterial que podem ou não relacionar-se com os grupos formadores da sociedade brasileira. A diferença é sutil, porém importante. A diferenciação que é feita resulta na interpretação de que os bens incluídos nos incisos podem ser protegidos, ainda que não estejam vinculados direta ou indiretamente à identidade, à ação e à memória dos grupos formadores da sociedade brasileira.

Cumprido observar que a relação de bens prevista pelo artigo é, como se diz na linguagem jurídica, *numerus apertus*, ou seja, meramente exemplificativa, uma lista aberta, ilimitada. Este conceito contrapõe-se ao de *numerus clausus*, caracterizado por um rol taxativo.

Por fim, cabe citar a Convenção sobre a Proteção da Diversidade das Expressões Culturais, aprovada pela UNESCO em 2005, e já ratificada pelo Brasil. Nesse documento, o direito à participação na vida cultural pode ser subdividido em quatro categorias, a saber: direito à livre criação, livre fruição, livre difusão e livre participação nas decisões de política cultural.

Uma análise da CRFB/88 feita à luz dos direitos culturais consubstanciados na referida Convenção, permite constatar que todos, de alguma forma, estão ali referidos: o direito à identidade e à diversidade cultural (arts. 215, 216 e 231); o direito à livre criação (art. 5º, inciso IV e art. 220, *caput*), à livre fruição ou acesso (art. 215, *caput*), à livre difusão (art. 215, *caput*) e à livre participação nas decisões de política cultural (art. 216, parágrafo 1º); o direito autoral (art. 5º, incisos XXVII, XXVIII e XXIX) e à cooperação cultural internacional (art. 4º, incisos II, III, IV, V, VI, VII, IX e parágrafo único). Isso posto, resta patentemente evidenciado que, no que tange à cultura, a CRFB/88 é explícita e, segundo a maioria da doutrina constitucionalista, consideravelmente avançada.

### 3.1 Antecedentes do patrimônio imaterial no Brasil

A rigor, a política para a defesa do patrimônio imaterial é relativamente recente em todo o mundo, tendo sido de fato consolidada apenas no ano de 2003, por meio da Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial da UNESCO.

No Brasil, o marco jurídico está consubstanciado nos artigos 215 e 216 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, cuja regulamentação deu-se por meio do Decreto nº 3.551, de 2000, o qual instituiu o registro de bens culturais de natureza imaterial e criou o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial.

Para uma adequada compreensão acerca do complexo sistema de proteção ao patrimônio imaterial, é indispensável uma breve digressão histórica dessa política, em uma visão que contemple certos atores, instituições, conjunturas internacionais, enfim, os antecedentes, para se entender, de fato, o que levou a essa reflexão e como se chegou até aqui.

Uma das primeiras tentativas de implantar um sistema de proteção ao patrimônio imaterial foi em 1936. Devido ao contexto de guerra na Europa, de modo raro – para uma elite forjada no mimetismo – abriu-se espaço para o movimento modernista, liderado por segmentos intelectuais da elite, que atuou sobre diversas áreas culturais, com o firme propósito de fazer o Brasil olhar para dentro. Merece destaque a atuação de Mário de Andrade, símbolo da Semana de Arte Moderna de 1922, que foi um dos pioneiros de uma visão ampla e diversificada sobre patrimônio cultural. De modo muito inovador, seu projeto de lei propunha criar um órgão no Ministério da Educação especialmente para proteger o patrimônio, em sua dimensão material e imaterial.

Em janeiro de 1937 foi criado o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (SPHAN), atual IPHAN. Contudo, o projeto de Mário de Andrade não prevaleceu. A ênfase exclusiva foi no patrimônio material. Sobre as possíveis causas dessa dinâmica, argumenta Falcão:

Não custa lembrar que estávamos em pleno regime ditatorial. O fator personalidade do líder consta, neste regime, mais do que numa democracia. Outro fator foi que, na verdade, a defesa de Mário de Andrade do patrimônio imaterial não granjeava o mesmo apoio político da classe média que o patrimônio de pedra e cal obtinha de nossa elite. Era proposta restrita a um grupo de intelectuais avançados no tempo. Demanda de ninguém politicamente poderoso. Nem dos partidos de esquerda, nem dos de direita. Nem dos democratas, nem dos ditatoriais. A preservação da lenda ou da dança indígena não tinha a mesma legitimidade social de um altar barroco resplandecendo a ouro. Era quase uma extravagância intelectual. Ter razão antes do tempo, diz o ditado, é errado. (FALCÃO, 2001, p. 28, grifo nosso).

Após a criação do IPHAN, os dois – e praticamente exclusivos – instrumentos de preservação foram a lei e a restauração arquitetônica. No período de aproximadamente quinze anos, cerca de mil monumentos foram tombados e um sistema nacional fora razoavelmente implantado.

Nas décadas de 1970 e 1980, fecundou uma segunda tentativa a favor do patrimônio imaterial, concebida nos moldes “andradeanos”. Foi criado o Centro Nacional de Referência Cultural (CNRC) e, em seguida, a Fundação Nacional Pró-Memória (FNPM), sob a liderança de Aloísio Magalhães. O CNRC vem desenvolvendo, desde sua criação, um relevante trabalho de conservação, promoção e difusão do conhecimento produzido pela cultura popular. Aloísio Magalhães chegou a tornar-se diretor do IPHAN, mas, devido à morte precoce, foi sucedido por Marcos Villaça, que deu continuidade à sua proposta.

Contudo, ainda que a preservação da cultura tradicional e popular brasileira estivesse na pauta das intenções do grupo que participou da criação do SPHAN e que, posteriormente, o projeto tenha sido avidamente retomado pelo grupo formador do CNRC e da FNPM, em verdade, os institutos de proteção legais em vigor não se mostraram adequados à proteção do patrimônio cultural de natureza imaterial.

Em síntese, Falcão assevera que:

O patrimônio cultural que o Brasil preservou desde 1936 foi quase exclusivamente, com algumas exceções, as igrejas, os palácios, as casas grandes, praças, monumentos e obras de arte. O patrimônio da elite branca, católica e europeia, que detinha recursos financeiros para ter bens privados, materiais e monitorizados. Naquela época, um homem de bem era apenas um homem que tinha bens.

Já a população inicialmente negra e indígena, depois, sobretudo mestiça, não católica e, depois, sincreticamente afro-católica, não era proprietária, nem tinha bens monitorizáveis, nem era usualmente pessoas de “bem”. Seus bens eram coletivos, imateriais, não monetarizáveis: a música, a dança, a culinária [...], as lendas, etc.. (FALCÃO, 2001, p. 34, grifo nosso).

Nesta mesma direção, seguem as considerações de Londres Fonseca:

[...] a limitação por mais de sessenta anos, dos instrumentos disponíveis de acautelamento, teve como consequência produzir uma compreensão restritiva do termo “preservação”, que costuma ser entendido exclusivamente como tombamento. Tal situação veio reforçar a ideia de que as políticas de patrimônio são intrinsecamente conservadoras e elitistas, uma vez que os critérios adotados para o tombamento terminaram por privilegiar bens que referem os grupos sociais de tradição europeia, que, no Brasil, são aqueles identificados com as classes dominantes. (LONDRES FONSECA, 2003, p. 61-65, grifo nosso).

A autora diz ainda que a redução do patrimônio cultural de uma sociedade a algumas peças culturais, no caso do Brasil a europeia, principalmente de origem portuguesa, apresenta os mesmos problemas que reduzir a função de patrimônio à proteção física do bem. Para se

proteger um bem é necessário que esse seja identificado e documentado. Essas são as bases para se saber o que deve ser protegido. Após essas etapas, deve ocorrer a promoção e a difusão do bem, o que viabilizará a reapropriação simbólica, econômica e funcional dos bens preservados.

Essas ações, ainda que muito aquém do esperado para uma visão de futuro, foram incorporadas pela Assembleia Nacional Constituinte e culminaram nos artigos 215 e 216 da CRFB/88, os quais serão detalhados no capítulo referente à proteção constitucional do patrimônio imaterial. Nesse ponto, vale apenas destacar que a elaboração e a definição de patrimônio como sendo o conjunto de bens materiais e imateriais pela CRFB/88 representou um considerável avanço na área cultural.

Nesse contexto, conforme elucida Tamaso, o documento da UNESCO “Recomendações sobre a Salvaguarda da Cultura Tradicional e Popular, de 1989, ampliou as possibilidades, ao apontar formas jurídicas de proteção às manifestações da cultura tradicional e popular”. (TAMASO, 2006, p. 7). Em 1997, o IPHAN realizou em Fortaleza um seminário internacional com o propósito de refletir sobre formas de proteção ao patrimônio imaterial.

Como descrito pelo IPHAN:

O seminário produziu o documento “A Carta de Fortaleza”. Nela recomendava-se o aprofundamento do debate sobre o conceito de patrimônio cultural imaterial e o desenvolvimento de estudos para a criação de instrumento legal, instituindo o “Registro” como principal modo de preservação e de reconhecimento de bens culturais dessa natureza.

A Carta de Fortaleza repercutiu de imediato no Ministério da Cultura: em março de 1998, constituiu-se Comissão com o objetivo de elaborar proposta visando à regulamentação da salvaguarda do patrimônio cultural imaterial. [...] Também foi criado o Grupo de Trabalho Patrimônio Imaterial (GTPI), que reunia técnicos do IPHAN, da FUNARTE e do MINC, para assessorar essa Comissão.

O resultado do trabalho conjunto entre a Comissão e o GTPI não demorou a surgir. Em 4 de agosto de 2000, o Decreto nº 3.551 instituiu o “Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro” e criou o “Programa Nacional do Patrimônio Imaterial”. Quatro anos depois, em 7 de abril de 2004, já na gestão de Gilberto Gil frente ao Ministério da Cultura, o Decreto nº 5.040 criou o Departamento do Patrimônio Imaterial do IPHAN (DPI), ao qual se integrou o Centro Nacional de Folclore e Cultura Popular (CNFCP). (IPHAN, 2003, p. 15).

Desta forma, pode-se concluir que, a despeito de todas as dificuldades e percalços do caminho, o IPHAN, desde sua origem, adotou uma postura no sentido de buscar aliar tradição e vanguarda. O instituto do tombamento foi um dos instrumentos pioneiros no reconhecimento da função social da propriedade.

Em outras palavras, isso significa que o IPHAN foi pioneiro na tentativa de instituir uma política pública voltada para a proteção do que hoje se denomina juridicamente como direitos de interesse difusos, cujos valores pertencem à coletividade, inapropriáveis individualmente. Foi, e sem dúvida permanece sendo, um ator político de peso (ou como prefere a literatura de formulação de políticas públicas – um *stakeholder* –) fundamental, em diversos momentos, tanto para a entrada do tema na agenda governamental, como para a implementação e aprimoramento das políticas de salvaguarda.

### **3.2 A proteção judicial do patrimônio cultural**

A temática “direitos” entrelaça-se às políticas públicas na medida em que os direitos individuais, coletivos e difusos permeiam, de uma maneira ou de outra, todo o processo das políticas públicas, influenciando a tomada de decisões, a escolha do desenho, das características gerais e dos objetivos da política, sua implementação, a necessidade de seu monitoramento e os critérios de sua avaliação.

Adotando-se como referência a tipologia histórica proposta por Norberto Bobbio na obra “*A Era dos Direitos*”, tem-se que os direitos humanos podem ser classificados em três grupos (ou gerações), os quais correspondem a três períodos históricos nos quais variaram as relações entre o Estado e a sociedade.

Sinteticamente, a primeira geração é composta pelos direitos civis, a segunda pelos direitos políticos e a terceira geração pelos direitos sociais, que expressam o amadurecimento de novos valores de bem-estar e igualdade, e estão baseados nos princípios da solidariedade ou fraternidade.

O direito à proteção e salvaguarda do patrimônio imaterial, em um escopo mais amplo de direitos culturais, pode ser abordado, tais como os direitos ambientais, como um direito fundamental de terceira geração, ou seja, de natureza difusa e que se constitui, portanto, das identidades circunstanciais que reúnem um número indeterminado de sujeitos.

Nesse sentido, surge essa nova classe de direitos, os ditos direitos difusos, que são, essencialmente, os titularizados por uma cadeia abstrata de pessoas ligadas por algum vínculo circunstancial de identidade de situação, e são passíveis de lesões indiscriminadas entre todos os seus titulares.

Complementarmente aos instrumentos administrativos disponibilizados para a proteção do bem cultural (material ou imaterial), tais como o inventário, o registro, o tombamento, a desapropriação, entre outros, existem instrumentos judiciais que são, basicamente, a ação civil pública, a ação popular e a ação penal. Nesse ponto, é oportuno

lembrar que o Ministério Público possui legitimidade para propor medidas judiciais (ação civil pública, ação popular e ação penal) e extrajudiciais, tais como Termo de Ajustamento de Conduta, destinadas à proteção e salvaguarda do patrimônio cultural brasileiro (art. 129, inciso III, da CRFB/1988).

Com efeito, a ação civil pública possui uma maior abrangência, considerando-se que pode ser aplicada para impor tanto ao Estado a abstenção de conduta lesiva ao meio ambiente, bem como para impor o cumprimento de condutas positivas voltadas a sua preservação. Por conseguinte, constitui-se medida muito útil relativa aos danos ambientais, os quais geralmente possuem natureza irreparável. De igual modo, pode ser dirigida para além dos poderes públicos, contra os particulares, de modo geral, caso venham a causar danos aos direitos difusos.

Consoante mandamento constitucional, a ação popular é meio processual voltado para anular “[...] ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.” (BRASIL, 1988). De modo análogo à ação civil pública, pode ser dirigida aos particulares e ao poder público.

Por fim, a tutela judicial penal aos danos aos direitos difusos e, portanto, aos bens culturais, expressa no artigo 216, parágrafo 4º da CRFB/1988, regulamentada na Lei Federal nº 9.605/98, dispõe sobre as sanções penais e administrativas contra as condutas lesivas ao meio ambiente. Nesse sentido, parte destas disposições punitivas pode ser aplicada para a proteção dos bens culturais que compõem o patrimônio histórico cultural brasileiro.

No contexto da proteção ao patrimônio da produção coletiva de grupos indígenas, merece destaque a Portaria da FUNAI nº 177, de 16 de fevereiro de 2006, que trata da entrada em terra indígena e aborda o direito autoral e de imagem indígenas. Nela, os direitos autorais dos povos indígenas são definidos da seguinte forma:

O PRESIDENTE DA FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO – FUNAI, no uso das atribuições que lhes são conferidas pelo Estatuto, aprovado pelo Decreto n. 4.645, de 25 de março de 2003, e visando o respeito aos povos indígenas, a proteção de seu patrimônio material e imaterial relacionados à imagem, criações artísticas e culturais, e CONSIDERANDO:

Que o art. 5º, inciso X da Constituição Federal de 1988 protege o direito de imagem das pessoas;

Que o direito de imagem dos índios e suas sociedades constituem patrimônio indígena;

Que o parágrafo primeiro do art. 215 Constituição Federal de 1988 da Constituição Federal de 1988 protege as manifestações culturais indígenas;

Que a proteção do direito de imagem indígena e do direito autoral coletivo é uma das formas de proteger o patrimônio e a cultura indígena;

Que o art. 231 Constituição Federal de 1988 protege a organização social, costumes, línguas, crenças e tradições dos povos indígenas;

Que o art. 232 Constituição Federal de 1988 e o Estatuto do Índio, Lei 6001, de 19 de dezembro de 1973 reconhecem direitos coletivos de titularidades indígenas;

Fazendo valer a Convenção N° 169 da OIT, promulgada pelo Decreto N. 5051, de 19 de abril de 2004 que reconhece as aspirações dos povos indígenas a assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico;

Atendendo ao direito à participação e consulta dos povos indígenas em atividades que digam respeito à integridade, valores, práticas e instituições desses povos;

E visando assegurar aos povos indígenas a condição de igualdade e justiça quanto aos direitos e oportunidades outorgadas por legislação nacional aos demais membros da sociedade;

Interpretando a Lei N. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, sobre direitos autorais que protege as criações de caráter estético;

E considerando a necessidade de proteção especial ainda não regulamentada das criações e manifestações artísticas e culturais indígenas de caráter coletivo e individual;

Reconhecendo que os índios e suas comunidades detêm o poder de autorizar ou vetar a entrada de pessoas em suas terras, e a realização de atividades por terceiros, sendo também de sua exclusiva alçada a definição ou valoração de obras e imagens a serem protegidas da exploração comercial ou divulgação indesejada;

Que a heterogeneidade do universo cultural indígena não nos permite generalizar conceitos de representação, organização ou criação;

E que cabe à Fundação Nacional do Índio - FUNAI assistir aos índios e suas comunidades nas relações com terceiros, quando solicitada, para garantir o respeito aos índios, às suas comunidades e instituições, bem como o estabelecimento de relações mais justas e equitativas.

RESOLVE:

Art. 1 - (...)

#### DIREITOS AUTORAIS INDÍGENAS

Art. 2 – Direitos autorais dos povos indígenas são os direitos morais e patrimoniais sobre as manifestações, reproduções e criações estéticas, artísticas, literárias e científicas; e sobre as interpretações, grafismos e fonogramas de caráter coletivo ou individual, material e imaterial indígenas.

§ 1º. O autor da obra, no caso de direito individual indígena, ou a coletividade, no caso de direito coletivo, detêm a titularidade do direito autoral e decidem sobre a utilização de sua obra, de protegê-la contra abusos de terceiros, e de ser sempre reconhecido como criador.

§ 2º. Os direitos patrimoniais sobre as criações artísticas referem-se ao uso econômico das mesmas, podendo ser cedidos ou autorizados gratuitamente, ou

mediante remuneração, ou outras condicionantes, de acordo com a Lei no. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998.

§ 3º. Os direitos morais sobre as criações artísticas são inalienáveis, irrenunciáveis e subsistem independentemente dos direitos patrimoniais.

Art. 3 – As criações indígenas poderão ser utilizadas, mediante anuência dos titulares do direito autoral, para difusão cultural e outras atividades, inclusive as de fins comerciais verificados:

i- o respeito à vontade dos titulares do direito quanto à autorização, veto, ou limites para a utilização de suas obras;

ii- as justas contrapartidas pelo uso de obra indígena, especialmente aquelas desenvolvidas com finalidades comerciais;

iii- a celebração de contrato civil entre o titular ou representante dos titulares do direito autoral coletivo e os demais interessados.

§ Único – No caso da produção criativa individual, o contrato deverá ser celebrado com o titular da obra nos termos da Lei no. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998.

Art. 4 – A Fundação Nacional do Índio participará das negociações de contratos e autorizações de uso e cessão de direito autoral indígena, no âmbito de sua competência e atendendo aos interesses indígenas, sempre que solicitada.

§ 1º. O registro do patrimônio material e imaterial indígena no órgão nacional competente é recomendável, previamente à autorização e cessão do uso de criações indígenas por outros interessados, mas não impede o gozo dos direitos de autor a qualquer tempo.

§ 2º. Cópia ou exemplar do material coletado nas atividades acompanhadas pela Fundação Nacional do Índio - FUNAI, desde que consentidos pelos titulares do direito, ficarão à disposição da Coordenação Geral de Documentação da Fundação Nacional do Índio - FUNAI para fins de registro e acompanhamento. (BRASIL, 2006, grifo nosso).

Assim, cumpre destacar que a utilização não autorizada da arte Kusiwa constitui-se em violação aos direitos de propriedade intelectual dos Wajãpi, tanto nos aspectos dos direitos morais quanto no dos direitos patrimoniais advindos da comercialização de produtos contendo os padrões gráficos Kusiwa. Com efeito, a portaria acima mencionada regulamenta o procedimento administrativo de autorização pela FUNAI de entrada de pessoas em terras indígenas interessadas no uso, na aquisição e ou na cessão de direitos autorais e de direitos de imagem indígenas, bem como orienta procedimentos afins, com o intuito de respeitar os valores, criações artísticas e outros meios de expressão cultural indígenas, assim como proteger sua organização social, línguas, costumes, tradições e crenças.

### **3.3 Princípios que orientam a proteção ao patrimônio e à proposta de instrumento legal**

Foi mencionado anteriormente que, do ponto de vista conceitual, a distinção entre patrimônio material e imaterial é relativa. Contudo, do ponto de vista da preservação, essa

distinção mostrou-se profundamente necessária. Essa constatação baseia-se nos diferentes princípios que orientam o patrimônio imaterial, tal como ele está definido no Brasil. Assim, a primeira diferença diz respeito à natureza do bem a ser protegido e a segunda, corolário da anterior, refere-se à não aplicabilidade do conceito de autenticidade afeto aos bens materiais.

O instituto do tombamento, bem como os procedimentos de conservação e restauração, somente pode ser aplicado a bens como edificações, objetos, etc. Para o caso dos bens culturais de natureza imaterial, cujo caráter é eminentemente processual e dinâmico, como, por exemplo, ritos, celebrações, formas de expressão musical, verbal, conhecimentos e técnicas:

[...] sua manifestação à percepção de nossos sentidos é inseparável da ação humana, e sua continuidade depende da existência, e da atuação reiterada, no tempo e no espaço, de sujeitos desejosos e capazes de produzir e/ou reproduzir estes bens. Nesses casos, a preservação tem como foco não a conservação de eventuais suportes físicos do bem – como objetos de culto, instrumentos, indumentárias e adereços, etc. – mas a busca de instrumentos e medidas de salvaguarda que viabilizem as condições de sua produção e reprodução. (IPHAN, 2010, p. 38).

Ademais, ainda considerando as diferenças nos princípios para bens imateriais, conforme descrito no Dossiê Final das Atividades da Comissão do Grupo de Trabalho Patrimônio Imaterial:

O primeiro princípio vincula-se à própria natureza desse tipo de bem. Oriundos de processos culturais de construção de sociabilidades, de formas de sobrevivência, de apropriação de recursos naturais e de relacionamento com o meio ambiente, essas manifestações possuem uma dinâmica específica de transmissão, atualização e transformação que não pode ser submetida às formas usuais de proteção do patrimônio cultural. O patrimônio imaterial não requer “proteção” e “conservação” – no mesmo sentido das noções fundadoras da prática de preservação de bens culturais móveis e imóveis – mas identificação, reconhecimento, registro etnográfico, acompanhamento periódico, divulgação e apoio. Enfim, mais documentação e acompanhamento e menos intervenção.

O segundo princípio, decorrente do primeiro, é a não aplicabilidade ao patrimônio imaterial do conceito de autenticidade, tal como comumente utilizado no campo da preservação. Neste caso, a noção de autenticidade deve ser substituída pela ideia de continuidade histórica, identificada por meio de estudos históricos e etnográficos que apontem as características essenciais da manifestação, sua manutenção através do tempo e a tradição à qual se vincula. (IPHAN, 2012, p. 9, grifo nosso).

Portanto, baseado na evidência da necessidade de estratégias de preservação distintas para essas duas dimensões do patrimônio cultural, foi possível buscar formas de salvaguarda realmente adequadas à especificidade dos bens culturais imateriais.

Deveras, somente a partir dessas adequações nas formas de proteção do patrimônio é que se atingirá efetivamente o objetivo central dessa política pública. Levi-Strauss (2012) traça um paralelo entre a manutenção e a estimulação da diversidade cultural das sociedades,

obtida por meio da preservação das especificidades culturais, com a criação de bancos de genes de espécies vegetais, os quais atuam no sentido de evitar o empobrecimento da diversidade biológica e do ambiente terrestre. Essa preservação conservará a memória viva dos costumes, das práticas e saberes insubstituíveis e que não devem desaparecer. Para o autor, a diversidade deve ser preservada e não o conteúdo histórico que cada época lhe conferiu e que não há como se perpetuar para além de si mesma.

### **3.3.1 O Decreto nº 3.551, de 04 de agosto de 2000**

Mesmo após o grande avanço constitucional obtido em relação ao patrimônio imaterial, somente em 2000 o anteprojeto proposto pelo IPHAN foi encaminhado ao então Ministro de Estado da Cultura, Francisco Weffort, para tornar-se o Decreto Presidencial nº 3.551. A regulamentação que implementa o sistema de proteção ao patrimônio imaterial no nível federal tardou a chegar, tendo sido fruto de um trabalho profundo e denso de pesquisa.

As preocupações nos estudos iniciais para a concepção do Decreto, conforme Falcão (2001), eram no sentido de não serem definidos somente conceitos e critérios, aprovando-se uma lei e institucionalizando um sistema de proteção ao patrimônio imaterial. Tudo isso deveria ser aprofundado. Os conceitos precisariam ser operacionalizáveis, os critérios representativos, a lei teria que ser eficaz e o sistema permanente. Essa era a questão a ser pensada. Como seria possível criar um sistema sustentável? Fortalecido? Para o autor, isso não é tarefa fácil e, além disso, há pouca experiência internacional a ser estudada.

Ao olhar de Levi-Strauss:

[...] ao adotar o Decreto nº 3.551, de 04 de agosto de 2000, que institui o “Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências”, o Brasil tomou uma iniciativa notável. Antes de mais nada, dotou-se dos meios jurídicos, científicos e administrativos para melhor conhecer, valorizar e favorecer a permanência de uma porção substancial do patrimônio cultural nacional, cuja antiguidade, riqueza e diversidade são, em todos os aspectos, excepcionais. De outro lado, concretiza, em um texto de grande qualidade fruto de reflexão aprofundada e de ampla concertação, uma resposta original a uma das maiores e mais atuais preocupações da comunidade internacional e, em particular, da UNESCO, que [...] adotou como uma de suas prioridades a preservação e a transmissão do patrimônio imaterial. (LEVI-STRAUSS, 2012, p. 32, grifo nosso).

O Decreto em análise tem por base justamente a ênfase nos procedimentos, de modo a permitir permanente atualização do conteúdo das decisões, na exata medida em que consolida a legitimidade do sistema. Encontra-se balizado em três principais fundamentos:

(i) não define previamente, de modo rígido, o que seja patrimônio imaterial, analogamente ao que faz a UNESCO;

Art. 1º. Fica instituído o registro de bens culturais de natureza imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro.

§ 1º. Esse registro se fará em um dos seguintes livros:

I – Livro de Registro dos Saberes, onde serão inscritos conhecimentos e modos de fazer enraizados no cotidiano das comunidades;

II – Livro de Registro das Celebrações, onde serão inscritos rituais e festas que marcam a vivência coletiva do trabalho, da religiosidade, do entretenimento e de outras práticas da vida social;

III – Livro de Registro das Formas de Expressão, onde serão inscritas manifestações literárias, musicais, plásticas, cênicas e lúdicas;

IV – Livro de Registro dos Lugares, onde serão inscritos mercados, feiras, santuários, praças e demais espaços onde se concentram e reproduzem práticas culturais coletivas.

§ 2º. A inscrição num dos livros de registro terá sempre como referência a continuidade histórica do bem e sua relevância nacional para a memória, a identidade e a formação da sociedade brasileira.

§ 3º. Outros livros de registro poderão ser abertos para a inscrição de bens culturais de natureza imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro e não se enquadrem nos livros definidos no parágrafo primeiro deste artigo. (BRASIL, 2000)

Sobre esse fundamento, qual seja as vantagens da abertura dos conceitos tratados no Decreto, nas palavras de Levi-Strauss:

O decreto propõe, sobretudo, uma solução inovadora do problema que parecia a priori insuperável, de integrar, em um mesmo dispositivo, a prodigiosa diversidade e a infinidade de aspectos das inúmeras criações culturais reunidas na denominação genérica e cômoda, mas certamente simplificadora, de patrimônio imaterial. Como inventariar, proteger e assegurar a transmissão de fenômenos tão diferentes quanto a música, uma técnica artesanal tradicional ou um saber medicinal? Ao instituir já pelo menos os quatro primeiros livros de registro distintos [...] a comissão e o grupo de trabalho efetuaram importante trabalho de análise científica e conceitual, que será extremamente útil para a UNESCO na realização do estudo preliminar sobre a viabilidade de uma convenção internacional para a salvaguarda do patrimônio imaterial, em atendimento à demanda já estabelecida por sua Conferência Geral. (LEVI-STRAUSS, 2012, p. 34, grifo nosso).

(ii) estimula a ampla participação social, buscando legitimidade das decisões, bem como do processo decisório em si; notadamente, pela inclusão de representantes da sociedade civil entre as partes legítimas para propor a inscrição no livro de registro;

Art. 2º. São partes legítimas para provocar a instauração do processo de registro:

I – o Ministro de Estado da Cultura;

II – instituições vinculadas ao Ministério da Cultura;

III – Secretarias de Estado, de Municípios e do Distrito Federal;

IV – sociedades ou associações civis. (BRASIL, 2000).

(iii) e, finalmente, dada a natureza fundamentalmente mutante do bem imaterial, a sujeição do registro à revisão prevista para cada período de 10 anos.

Art. 7º. O IPHAN fará a reavaliação dos bens culturais registrados, pelo menos a cada dez anos, e a encaminhará ao Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural para decidir sobre a revalidação do título de Patrimônio Cultural do Brasil.

Parágrafo único: Negada a revalidação, será mantido apenas o registro, como referência cultural de seu tempo. (BRASIL, 2000).

No que se refere ao fundamento do reexame, fica claro que o sistema não cria o patrimônio imaterial, apenas o identifica. Quem o cria é a sociedade. No esteio da profícua análise de Levi-Strauss:

Pois, de fato, mais ainda do que qualquer outro, o patrimônio imaterial nasce, vive e morre. Intimamente associado à vida cotidiana das pessoas, não se poderia congelá-lo, nem perenizá-lo por decreto. Gostos, necessidades, modos de vida, valores e representações sempre evoluíram e continuarão a fazê-lo e, se uma comunidade abandona uma prática social, não há como se opor. O que pode ser feito, e o decreto atende a isto é, por um lado, inventariar, estudar e conservar e, por outro, oferecer reconhecimento social aos detentores desse patrimônio para que tenham reconhecida sua importância, convidando-os a perpetuá-lo e transmiti-lo às novas gerações que, por sua vez, terão tomado consciência de seu valor. (LEVI-STRAUSS, 2012, p. 34).

Há, ainda, uma série de outros pontos interessantes sobre o Decreto, tais como o empoderamento do Conselho Consultivo do IPHAN, que se transforma em conselho deliberativo, bem como o fato de que, para distinguir a proteção federal da estadual ou municipal, o decreto adota dois critérios decisivos: a permanência histórica e a relevância nacional do bem.

### **3.4 Instrumentos das políticas de preservação do patrimônio cultural brasileiro**

Como referido alhures, tendo em vista as particularidades do campo dos bens culturais imateriais, foram criadas estratégias distintas de preservação, consubstanciadas nos seguintes instrumentos: (i) registro de bens culturais de natureza imaterial, de acordo com o preconizado no Decreto nº 3.551/2000; (ii) mapeamentos e inventários de referências culturais, por meio do INRC; (iii) Inventário Nacional da Diversidade Linguística (INDL); (iv) Planos e Ações de Salvaguarda; e (v) editais de chamamento público. Em outras palavras,

a preservação das dinâmicas culturais do patrimônio imaterial resume-se às atividades de conhecimento, reconhecimento, preservação e promoção.

O registro instituído pelo Decreto nº 3.551/2000 é o instrumento legal para reconhecimento e valorização do patrimônio cultural imaterial brasileiro. Cumpre destacar que o registro é ato de natureza declaratória do Estado, de reconhecimento da relevância patrimonial do bem, e deve contar sempre com o apoio dos grupos sociais envolvidos, obrigatoriamente, acompanhado pela manifestação de sua anuência. Grosso modo, não cria direitos, contudo, pode subsidiar decisões e jurisprudências sobre direitos relativos aos bens culturais registrados.

Sobre os possíveis efeitos do registro, vale destacar as considerações feitas pelo IPHAN na Carta da Comissão do Patrimônio Imaterial Brasileiro ao Ministro da Cultura:

A quinta e última diretriz diz respeito às consequências práticas do registro. São múltiplas. A primeira é instituir a obrigação pública, governamental, sobretudo, de inventariar, documentar, acompanhar e apoiar a dinâmica das manifestações culturais registradas, mecanismo fundamental de preservar sua memória. A segunda é o reconhecimento e valorização desses bens mediante a concessão do direito de utilizar o título de “Patrimônio Cultural do Brasil”. A terceira é a promoção, pelo Ministério da Cultura, com o apoio de órgãos públicos, entidades privadas e dos cidadãos, de ampla divulgação do bem. A quarta é o apoio do Governo Federal com incentivos fiscais e financeiros de que ficará credor o bem registrado. (IPHAN, 2012, p. 31).

Algumas características distinguem o registro do tombamento, a saber: o caráter coletivo do pedido, o caráter descentralizado da instrução processual e a natureza transitória da inscrição.

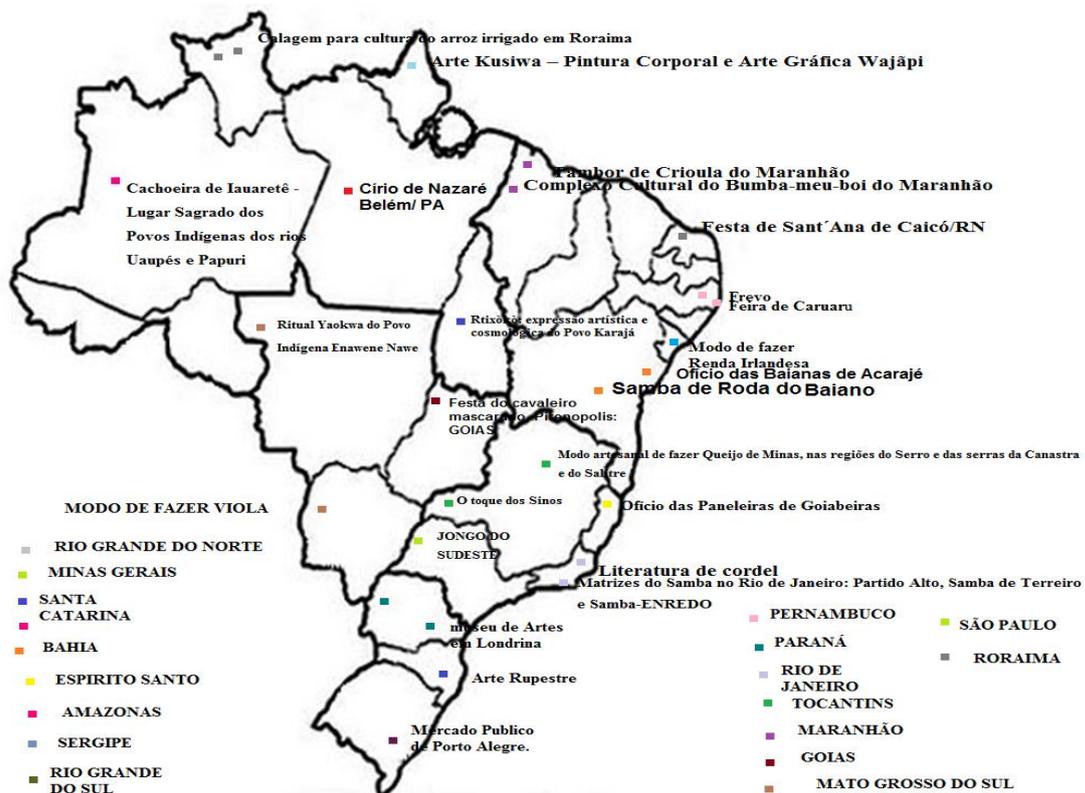
Resumidamente, as propostas devem necessariamente ser coletivas e, depois de recebidas e avaliadas preliminarmente pelo IPHAN, se julgadas procedentes, encaminhadas para instrução do respectivo processo administrativo. Realizada a instrução do processo, o IPHAN emite parecer técnico, o qual deve ser publicado no Diário Oficial da União e no sítio eletrônico da instituição, com o objetivo de abertura de prazo para manifestações da sociedade sobre o registro. Após decorridos trinta dias da publicação, o processo é finalmente direcionado ao Conselho Consultivo do Patrimônio, para deliberação.

Em seguida, as propostas são julgadas pela Câmara do Patrimônio. Após a avaliação da Câmara, caso o proponente não tenha condições financeiras para realizar a instrução técnica, o IPHAN poderá, de acordo com as suas possibilidades orçamentárias do período, destinar recursos para esta atividade e/ou envidar esforços para a obtenção junto a outras instituições parceiras públicas ou privadas.

Consoante previsão do Decreto nº 3.551/2000, a inscrição de um bem cultural deverá ser reexaminada a cada dez anos, no máximo. Neste sentido, o registro é uma espécie de retrato de um momento, que, por sua natureza, deve ser feito periodicamente, a fim de que se possa acompanhar as adaptações e as transformações que o processo cultural opera nessas manifestações. Esse reexame também é importante para o monitoramento e a avaliação dos impactos gerados pela declaração desses bens com patrimônio cultural do país.

De outro giro, no que concerne ao instrumento de mapeamento e inventário, essas devem ser atividades de caráter permanente, fundamentais para o estabelecimento de políticas sistemáticas de registro e preservação da dinâmica cultural. Consistem, basicamente, nas atividades de pesquisa, implicando em um arrolamento de registro documental, por intermédio de ampla coleta e sistematização dos dados, consubstanciadas na metodologia de INRC. A Figura 1 mostra os bens culturais registrados pelo IPHAN no território brasileiro.

**Figura 1: Distribuição dos bens culturais registrados pelo IPHAN**



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

O INRC tem por objetivo produzir sistematicamente conhecimento sobre os domínios da vida social, para os quais são atribuídos sentidos e valores diferenciados, representando referências de identidade para determinado grupo social. Além das categorias previstas no

registro, o INRC abrange também edificações associadas a determinados usos, imagens e paisagens urbanas de significação histórica, independentemente de sua qualidade arquitetônica ou artística.

De acordo com o IPHAN:

[...] o INRC é um procedimento de investigação que se desenvolve em níveis de complexidade crescente e prevê três etapas:

(i) Levantamento preliminar: reunião e sistematização das informações disponíveis sobre o universo a ser inventariado, a partir de pesquisa em fontes primárias e secundárias, produzindo-se, ao final desta etapa, um mapeamento cultural que pode ter caráter territorial, geopolítico ou temático.

(ii) Identificação: descrição sistemática e tipificação das referências culturais relevantes; mapeamento das relações entre essas referências e outros bens e práticas; e indicação dos aspectos básicos dos seus processos de formação, produção, reprodução e transmissão.

(iii) Documentação: sistematização e análise dos dados coletados, elaboração de relatório final e produção de documentação audiovisual ou de outra medida adequada à natureza dos bens identificados. Essa etapa inclui ainda a inserção das informações obtidas nas etapas anteriores no sistema informatizado do INRC (S-INRC). (IPHAN, 2010, p. 55).

Desta feita, o INRC busca descrever e documentar os bens imateriais identificados como referência cultural para os grupos sociais ligados a um território ou tema cultural, de modo a permitir a compreensão dos processos de formação histórica, de produção, de reprodução e de transmissão que caracterizam esse bem, assim como das condições, dos problemas e dos desafios para a sua continuidade. Ao final, a metodologia do INRC fornece subsídios para a adequada instrução processual do registro, para a formulação dos Planos de Salvaguarda, bem como para as ações de fomento e apoio das demandas identificadas pelo inventário.

Outro aspecto importante a ser considerado na metodologia do INRC é a adoção da noção de referência cultural, dimensionada da seguinte forma na visão de Londres Fonseca:

Referências culturais não se constituem, portanto, em objetos considerados em si mesmos, intrinsecamente valiosos, nem apreender referências significa apenas armazenar bens ou informações. Ao identificarem determinados elementos como particularmente significativos, os grupos sociais operam uma ressemantização desses elementos, relacionando-os a uma representação coletiva, a que cada membro do grupo de algum modo se identifica.

O ato de apreender “referências culturais” pressupõe não apenas a captação de determinadas representações simbólicas como também a elaboração de relações entre elas, e a construção de sistemas que “falem” daquele contexto cultural, no sentido de representá-lo. Nessa perspectiva, os sujeitos dos diferentes contextos culturais têm um papel não apenas de informantes como também de intérpretes de

seu patrimônio. O conhecer é o primeiro passo para “proteger” essas referências. (LONDRES FONSECA, 2012, p. 38, grifo nosso).

Vale sublinhar que o INDL possui características semelhantes ao INRC. Foi criado em 2010, por meio do Decreto nº 7.387, de 09 de dezembro de 2010. É um meio de identificação, de documentação, de reconhecimento e de valorização das línguas portadoras de referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira e tem por objetivo mapear, caracterizar, diagnosticar e difundir a pluralidade linguística brasileira, colaborando para sua continuidade e valorização.

No tocante ao quarto instrumento de política pública de proteção ao patrimônio imaterial, qual seja, as ações e planos de salvaguarda, a medida da salvaguarda utiliza como base para sua formulação todo o conhecimento produzido sobre o bem cultural ao longo do processo de inventário e de registro. A partir do conhecimento gerado durante esses processos (inventário e registro), é permitido identificar, de modo bem delineado, as formas mais apropriadas de salvaguarda.

Nesse diapasão, assevera Vianna e Salama que:

[...] os planos de salvaguarda são elaborados a partir das recomendações de salvaguarda apontadas durante a instrução do registro, e implicam a identificação de um conjunto de ações integradas, de curto e longo prazo, voltadas para a valorização e melhorias nas condições sociais de produção e reprodução dos bens patrimonializados. (VIANNA; SALAMA, 2012, p. 67).

A princípio, salvaguardar um bem cultural significa apoiar sua continuidade de modo sustentável, atuando na melhoria das condições sociais e materiais de transmissão e reprodução que possibilitem sua existência. A ampla mobilização e participação dos detentores dos bens culturais é requisito indispensável à formulação e implementação dos planos de salvaguarda, atuando em parceria com os poderes públicos e organizações da sociedade.

De maneira geral, um plano de salvaguarda envolve ações tais como (i) apoio à transmissão dos saberes e fazeres relacionados ao bem cultural; (ii) promoção e divulgação do bem cultural; (iii) valorização de mestres e executantes; (iv) melhoria das condições de produção, reprodução e circulação do bem; e (v) mobilização dos detentores e organização das atividades comunitárias.

A política de salvaguarda estabeleceu prioridades para as ações de proteção com base em critérios que levam em consideração fatores como: a importância do bem como referência cultural para grupos sociais ou comunidades; a localização em regiões distantes e pouco atendidas por políticas públicas no campo da cultura; as fragilidades ou a situação de risco em

que se encontra; a possibilidade de ampliação do seu uso social a partir desse reconhecimento, bem como de geração de trabalho e renda e de defesa de direitos difusos ou coletivos.

Sobre as ações dos planos de salvaguarda, Vianna e Salama apresentam a seguinte análise:

[...] conforme consta no Termo de Referência, foram identificados quatro eixos comuns dentre as diversas possibilidades de salvaguarda. Tais eixos, quando combinados, podem criar ou ampliar as condições sociais e materiais de existência desses bens. Eles são: 1) produção e reprodução cultural; 2) mobilização e alcance da política; 3) gestão participativa e sustentabilidade; 4) difusão e valorização. Desses eixos foram criados 13 tipos ideais de ações de salvaguarda que passaram a conformar a Tipologia das Ações de Salvaguarda, um dos principais instrumentos de sistematização de informações do método, que, a partir da aproximação da realidade observada, padronizou a nomenclatura das ações de salvaguarda para efeito de tabulação e construção dos indicadores necessários para a avaliação. (VIANNA; SALAMA, 2012, p. 71).

**Quadro 1: Tipologia de ações de salvaguarda**

1	Apoio à criação e funcionamento do comitê gestor e do plano de salvaguarda	8	Edições, publicações e difusão de resultados
2	Transmissão de saberes	9	Constituição, conservação e disponibilização de acervos
3	Ocupação, aproveitamento e adequação de espaço físico	10	Ações educativas
4	Apoio às condições materiais de produção	11	Atenção à propriedade intelectual e direitos coletivos
5	Geração de renda e ampliação de mercado	12	Prêmios e concursos
6	Capacitação de quadros técnicos para gestão	13	Articulação de políticas públicas
7	Pesquisas, mapeamentos, inventários participativos		

Fonte: Vianna e Salama, 2012, p. 71 e 81.

Para o aprofundamento sobre a tipologia das ações de salvaguarda, conta-se com a esclarecedora síntese do IPHAN:

Nesse sentido, os tipos aqui apresentados são parâmetros que balizam a compreensão da realidade observada e, por isso, são passíveis de relativização. Assim, certas ações poderiam se enquadrar em mais de um tipo e, como todo

escolha é arbitrária, cabe ao agente do monitoramento, acionar o bom senso e tipificar conforme a orientação mais relevante. [...] Vejamos os tipos:

1. Apoio à criação e manutenção de comitê gestor e elaboração de plano de salvaguarda e/ou criação de associação: são ações estruturantes para o desenvolvimento do plano de salvaguarda: apoio e custeio para realização de reuniões, seminários, disponibilização de documentos e pessoal técnico para orientação, mediação com instituições no sentido de ampliar mobilizações e compromisso dos segmentos sociais.

2. Transmissão de saberes: são ações de apoio às condições de permanência do bem cultural, enquanto prática vivida através do aprendizado de novas gerações, dentro do grupo ou comunidade onde é tradicionalmente cultivada: oficinas, aulas, ajudas de custo.

3. Ocupação, aproveitamento e manutenção de espaço físico: aquisição de equipamento, construção, reforma, acabamento, sinalização e manutenção.

4. Apoio às condições materiais de produção: obtenção ou aquisição de matérias-primas e equipamentos para a produção cultural, manejo ambiental.

5. Geração de renda e ampliação de mercado: apoio à participação em feiras, exposições, colocação em pontos de venda, confecção de etiquetas diferenciadas, catálogos de venda.

6. Capacitação de quadros para gestão do patrimônio: são ações também estruturantes e de caráter pedagógico, no entanto, voltadas para aperfeiçoar a compreensão e desempenho oficial e civil nas políticas de salvaguarda: oficinas, seminários, cartilhas, manuais.

7. Pesquisa participativa: ações de produção de conhecimento complementar à instrução de registro com vistas a ampliar o conhecimento sobre o universo cultural do bem registrado e o contexto da política de salvaguarda. As equipes devem ser significativamente constituídas por pesquisadores pertencentes às comunidades onde as expressões culturais registradas ocorrem – seja nas qualidades de coordenadores, pesquisadores formados e em formação.

8. Edição e difusão de resultados: disponibilização de conteúdos a respeito do universo cultural significativo do bem cultural registrado, para os vários segmentos da sociedade abrangente.

9. Constituição, conservação e disponibilização de acervos documentais sobre o universo cultural do bem registrado, de modo a salvaguardar e socializar o conhecimento acumulado.

10. Ações educativas: ação pedagógica em escolas, preparação de conteúdos dirigidos a segmentos de ensino, visitas guiadas, palestras, oficinas.

11. Atenção à propriedade intelectual e direitos coletivos: ações de apoio, esclarecimento e mediação institucional de modo a salvaguardar direitos dos detentores dos saberes associados aos bens registrados.

12. Editais, prêmios e seleção de iniciativas de salvaguarda: voltadas para a valorização de iniciativas relativas à salvaguarda do universo cultural do bem registrado.

13. Articulação institucional e política integrada: ações voltadas para a criação e manutenção de Pontos e Pontões de Cultura e desenvolvimento de projetos integrados com diferentes programas de políticas públicas. (IPHAN, 2011, p. 72, grifo nosso).

Por último, cabe ressaltar que, excepcionalmente, bens culturais imateriais não registrados ou inventariados também podem ser objeto de ações específicas de salvaguarda, sobretudo quando em situação de risco de desaparecimento.

No tocante às ações de apoio e fomento, os Editais de Chamamento Público do Programa Nacional do Patrimônio Imaterial (PNPI) selecionam projetos de identificação e melhoria das condições de sustentabilidade dos modos de fazer, formas de expressão, conhecimentos tradicionais, dentre outros. Podem concorrer projetos apresentados por instituições públicas ou privadas sem fins lucrativos, obrigatoriamente com a participação e consentimento prévio das comunidades envolvidas.

Nesse campo, alguns editais têm foco em linhas de ação específicas, consideradas prioritárias, ou seja, de especial interesse para o desenvolvimento dessa política cultural. De acordo com dados do IPHAN, entre 2005 e 2010, os editais do PNPI focalizaram os seguintes temas:

1. pesquisa documental sobre patrimônio cultural imaterial;
2. apoio às condições de continuidade de bens culturais imateriais;
3. documentação de expressões culturais;
4. tratamento, disponibilização e/ou exposição de acervos bibliográficos, audiovisuais, sonoros e outros; e
5. pilotos do Inventário Nacional da Diversidade Linguística.

O avanço brasileiro com relação a esse instrumento da política de salvaguarda pode ser expresso no fato histórico de que, em 2011, o edital do PNPI foi reconhecido pelo Comitê Intergovernamental da UNESCO para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial como um dos programas que melhor reflete os princípios e objetivos da Convenção, da própria UNESCO, aprovada em 2003, para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial.

### ***3.4.1 Programa Nacional do Patrimônio Imaterial***

O PNPI foi instituído pelo Decreto nº 3.551/2000 e pode ser considerado o principal instrumento de viabilização das ações de proteção e salvaguarda do patrimônio imaterial. O PNPI estrutura-se como um programa de apoio e fomento que busca estabelecer parcerias com instituições dos governos federal, estadual e municipal, universidades, organizações não governamentais, agências de desenvolvimento e organizações privadas ligadas à cultura e

pesquisa, com vistas à captação de recursos para a implementação de uma política de salvaguarda.

De acordo com publicação do IPHAN, os objetivos do programa são:

- (i) Implementar política de inventário, Registro e salvaguarda de bens culturais de natureza imaterial.
- (ii) Contribuir para a preservação da diversidade étnica e cultural do país e para a disseminação de informações sobre o patrimônio cultural brasileiro a todos os segmentos da sociedade.
- (iii) captar recursos e promover a constituição de uma rede de parceiros com vistas à preservação, valorização e ampliação dos bens que compõem o patrimônio cultural brasileiro.
- (iv) Incentivar e apoiar iniciativas e práticas de preservação desenvolvidas pela sociedade. (IPHAN, 2010, p. 15).

Grosso modo, as linhas de ação do PNPI estão baseadas nos seguintes fundamentos: pesquisa, documentação e informação, sustentabilidade, promoção e capacitação. Sobre a questão do financiamento, em publicação de 2005, asseverou Sant'anna que:

[...] o programa opera, basicamente, com recursos orçamentários do IPHAN e outros oriundos de parcerias e convênios estabelecidos com o MINC, por intermédio do Fundo Nacional de Cultura. Esforços, entretanto, já estão sendo envidados para a ampliação da rede de parceiros e para a identificação de instituições e agências que possam aportar novos financiamentos. (SANT'ANNA, 2005, p. 78).

Todavia, as expectativas em relação à captação de recursos junto a outras de financiamento não prosperaram e, de 2005 até os dias atuais, os recursos orçamentários permanecem sendo provenientes do IPHAN e do Fundo Nacional de Cultura.

### ***3.4.2 Desafios das políticas públicas de salvaguarda e proteção ao patrimônio imaterial***

Resumidamente, os principais desafios das políticas públicas de proteção ao patrimônio imaterial concentram-se nas seguintes áreas: (i) articulação, ampliação e descentralização; (ii) promoção e difusão; (iii) aperfeiçoamento do instrumental técnico e metodológico; (iv) cooperação internacional; (v) estruturação, fortalecimento e consolidação institucional; e (vi) proteção dos direitos de propriedade coletiva, sendo este último tratado em capítulo apartado.

É fundamental avançar nas questões de transversalidade e intersetorialidade das políticas de proteção ao patrimônio. Dito de outra forma, é imprescindível avançar na integração e articulação das políticas de salvaguarda com as de outras áreas, tais como de educação, do trabalho, do meio ambiente, entre outras. Essa estratégia catalisará o processo de

melhoria e fortalecimento das condições socioeconômicas e ambientais, que favorecem a transmissão e continuidade do patrimônio imaterial.

Nesse sentido, fazer essa articulação, a partir de perspectivas diferentes e de objetivos comuns, é uma tarefa complexa na medida em que cabe ao poder público especial responsabilidade. Com efeito, são desafios que somente serão realmente enfrentados a partir de uma concepção sistêmica das políticas culturais, que se consubstancia por meio da descentralização das ações, do estabelecimento de parcerias e, sobretudo, de uma ampla abertura para a participação das comunidades.

Assegurar ampla participação social nos processos de salvaguarda é fundamental tanto para a seara da promoção e difusão, quanto no que diz respeito à articulação, estruturação e fortalecimento da política. A rigor, toda a ideia de proteção está pautada na obrigatoriedade de participação e anuência dos detentores do bem cultural aos processos de registro e ações de salvaguarda.

O empoderamento da gestão social participativa parece ter sido uma opção clara no Decreto nº 3.551/2000, expresso na legitimidade para escolha dos bens culturais a serem preservados. Neste diapasão, Londres Fonseca preconiza:

Indagações sobre quem tem legitimidade para selecionar o que deve ser preservado, a partir de que valores, em nome e quais interesses e de quais grupos, passaram a pôr em destaque a dimensão social e política de uma atividade que costumava ser vista como eminentemente técnica. Entendia-se que o patrimônio cultural brasileiro não devia se restringir aos grandes monumentos, aos testemunhos da história “oficial”, em que, sobretudo as elites se reconhecem, mas devia incluir também manifestações culturais representativas para os outros grupos que compõem a sociedade brasileira – os índios, os negros, os imigrantes, as classes populares em geral. (LONDRES FONSECA, 2012, p. 35, grifo nosso).

É fundamental que a sociedade participe da definição das políticas e, sobretudo, da seleção dos bens a serem protegidos. Arantes justifica a importância da participação social da seguinte forma:

(1) o fato dessas ações modificarem os valores construídos e atribuídos a esses bens, porque, resultando de atividades concorrentes em grupos localizados, a sua continuidade depende do desempenho criativo dos seus executantes, que é balizado por conhecimentos e concepções estéticas que são propriedade intelectual dessas comunidades, e principalmente (2) pelo fato das referências serem sempre função dos valores diferenciados que cada grupo atribui num determinado onde e quando a alguns bens culturais do seu repertório. (ARANTES, 2001, p. 18, grifo nosso).

Evidencia-se, portanto, que as bases para a construção da noção da salvaguarda do patrimônio imaterial pautam-se na atenção direta e nos benefícios aos produtores de cultura, isto é, os reais detentores dos saberes, em detrimento dos “produtores culturais”, que atuam

nos mercados como mediadores, entre os primeiros, o Estado e o público. O alvo da política incide, então, sobre o fortalecimento, o apoio e o fomento à produção e reprodução cultural dos produtores de cultura, que, vale reiterar, configura-se uma categoria explicitamente distinta da categoria de produtores culturais.

Contudo, há muitas dificuldades nessa dinâmica, pois se exige uma mudança de paradigma na relação entre sociedade e Estado. Ainda nas preciosas lições do documento de Avaliação dos Planos de Salvaguarda do IPHAN tem-se que:

[...] é claro que o diálogo do Estado com as bases sociais é bastante complexo e problemático; e flui dificultosamente em um tempo lento, com imensos vácuos e descontinuidades entre a intenção, o dito, o escutado e o feito. [...] a elaboração e implantação de um plano de salvaguarda, passa, acima de tudo, pelo estabelecimento de uma nova relação entre as bases sociais e o Estado. Apesar dessa nova relação não estar, mais uma vez, pautada em iguais condições de poder, é necessário que ambos os lados reformulem suas antigas concepções do outro para criar laços de confiança, consenso e cooperação entre si. Sem eles, uma política baseada na corresponsabilidade e na gestão participativa não terá condições primordiais para funcionar.

Desse modo, o início do processo e salvaguarda, da construção dessa nova relação desigual entre o Estado e os detentores, geralmente é marcado por uma mistura de desconfiança, distância e desinformação por parte desses dois atores, mas principalmente por parte dos detentores acostumados com a falta de acesso aos serviços públicos, com as promessas nunca cumpridas, com ingerências e atuações desconsideradas por parte dos órgãos estatais. Muitas vezes, não é fácil mudar esse panorama construído durante décadas ou até séculos de políticas públicas partidas de “cima para baixo”, tanto que alguns bens registrados há mais de 3 ou 5 anos ainda não conseguiram estabelecer a mobilização social necessária para se iniciar o processo de salvaguarda. (IPHAN, 2011, p. 90, grifo nosso).

Ainda no tocante às fragilidades de uma gestão efetivamente participativa, a ação estatal almeja equilibrar-se entre as contradições marcadas, de um lado, pela busca da inclusão social e, em contrapartida, procedimentos excessivamente burocráticos, rígidos, e potencialmente excludentes e elitistas.

Como se depreende da trajetória da política pública de proteção ao patrimônio imaterial, conduzida pelo IPHAN, obviamente que a política participativa dá-se a partir de uma vontade do Estado e dos segmentos culturais que desencadeia um exercício mútuo de escuta, compreensão, aprendizado, superação e conflitos. De fato, não é um processo fácil nem rápido. Cada caso é um caso. E a dinâmica do processo flui em movimentos de sístoles e diástoles, com avanços e retrocessos. É difícil, pois o Estado tem seus paradoxos e, ao mesmo tempo em que propõe política participativa, tem instrumentos e procedimentos excludentes. Em contrapartida, a sociedade civil organizada em instituições representativas de seus segmentos não domina os códigos e procedimentos da burocracia estatal. Ainda nesse mesmo contexto, cumpre mencionar a percepção de Vianna e Salama:

[...] vale destacar que a gestão compartilhada é complexa, demanda tempo, continuidade e consistência. A legislação que regulamenta os convênios, ao tratar de assegurar o bom uso dos recursos públicos, cria obstáculos burocráticos que dificultam grandemente sua continuidade ou sustentabilidade. (VIANNA; SALAMA, 2012, p. 85).

Nesse sentido, a deficiência da gestão financeira e administrativa é agravada, o que, por sua vez, contribui para recrudescer o problema que a mídia brasileira passou a denominar de “porta de saída”. Apesar do esforço do IPHAN, há certos fatores que não estão completamente na sua esfera de governabilidade. O corolário de uma gestão social não consolidada de fato é a ruína de toda a política. Nas palavras do IPHAN:

[...] é preocupante a possibilidade de implementação de política exemplar por um lado; mas leviana por outro, na medida em que não se consolidam os mecanismos de autogestão por parte da sociedade civil organizada; e o desfecho vislumbrado é ou a dependência eterna, ou a decadência e abandono. Posto que é claro que o aporte financeiro do IPHAN não é para sempre. E se os mecanismos de autogestão como rede de parceiros e fontes de financiamentos não estiverem minimamente consolidados, corre-se o risco de decadência de processos que, de alguma maneira e em algum momento, alcançaram sucesso. (IPHAN, 2011, p. 108, grifo nosso).

Para mitigar a dificuldade de interlocução com os segmentos sociais envolvidos no processo de salvaguarda é recomendada a formação de um comitê gestor. A experiência observada na prática e os documentos produzidos pelo IPHAN, mormente os analisados neste estudo, permitem inferir que um dos meios eficazes de garantir a mobilização e a participação dos segmentos que cultivam o bem cultural registrado e parceiros potenciais é a criação de um plano de salvaguarda que deverá ser implementado e acompanhado por um comitê gestor composto por partes interessadas da sociedade civil e dos detentores dos saberes.

Como última observação sobre a complexidade da efetiva gestão compartilhada, registra-se a contribuição de Vianna e Salama:

[...] muitos têm sido os problemas e desafios, os avanços, estagnações, retrocessos e superações. Cada caso é um caso, mas a experiência consolidada já permite o estabelecimento de alguns parâmetros para implementação, gestão e acompanhamento das ações de salvaguarda, tendo como base o princípio da política participativa. O sucesso dessa política depende do bom relacionamento entre Estado e sociedade civil. E o estreitamento dessa relação faz-se necessário para a consolidação dos mecanismos de autogestão e independência dos detentores dos bens registrados. Como observa Frederico Barbosa (2010b), perceber que esses dois atores (Estado e sociedade civil) estão trabalhando em conjunto no enfrentamento dos obstáculos impostos pela política participativa já demonstra um significativo avanço das políticas culturais brasileiras no que diz respeito à democracia cultural e ao desenvolvimento integral, tendo em vista que essa participação social promovida pela política de salvaguarda não só amplia o acesso e o diálogo entre os sistemas de produção de significados, como também propicia a equidade na distribuição dos recursos e a valorização das formas de expressão estruturalmente frágeis. (VIANNA; SALAMA, 2012, p. 86, grifo nosso).

Outro desafio é a permanente necessidade de constante aperfeiçoamento técnico e metodológico, para que os instrumentos não engessem as práticas culturais, bem como para que esses procedimentos jamais se cristalizem. Em se admitindo que o patrimônio imaterial é vivo, há que se adequar à dinâmica desse patrimônio. Em outras palavras, essas técnicas devem estar em permanente aprimoramento.

Ademais, deve-se buscar o aperfeiçoamento dos indicadores estabelecidos para o monitoramento dos resultados da política, bem como ampliar a participação social, que, a rigor, em última análise, contribui enormemente para o acompanhamento, a fiscalização e a execução da política pública.

No que se refere ao aperfeiçoamento metodológico, é oportuno destacar o problema da descontinuidade entre os processos de registro e salvaguarda, os quais, para sua adequada implementação, não devem ser tomados de maneira estanque. A descontinuidade pode ser expressa pelo desempenho de técnicos responsáveis pela salvaguarda, mas que parecem desconhecer o trabalho de mobilização social já angariado na ocasião do registro.

Nesse sentido, o IPHAN sugere que o técnico designado para acompanhar o processo do registro permaneça mobilizado durante a salvaguarda, justamente com a finalidade de estabelecer uma interlocução e azeitar as relações com a base social no início da salvaguarda. Dados do IPHAN revelam que a descontinuidade é agravada pelo grande intervalo de tempo entre o registro e a primeira dotação orçamentária.

Outros fatores, de ordem política, contribuem negativamente para o problema da descontinuidade das ações de registro e das ações e plano de salvaguarda. Como destaca Vianna e Salama:

[...] os gestores governamentais, municipais e estaduais apresentaram descontinuidade na gestão dos planos e ações de salvaguarda, em função de mudanças de governo e/ou das possíveis incompatibilidades partidárias entre os governos locais e o governo federal, enquanto as associações e organizações não governamentais desfrutam, de alguma maneira, de independência política para a continuidade do encaminhamento das demandas dos detentores dos bens culturais registrados. (VIANNA; SALAMA, 2012, p. 82, grifo nosso).

Sobre a estruturação, o fortalecimento e a ampliação do espaço institucional, merecem destaque as dificuldades de implementação dessa política nas esferas estaduais e municipais, em razão da amplitude territorial brasileira.

Até 2005, apenas o Distrito Federal e os estados da Bahia, Ceará, Espírito Santo, Minas Gerais e Pernambuco possuíam legislações específicas de preservação do patrimônio imaterial. Considerando o mesmo período, no âmbito municipal, apenas o município de Porto Alegre implementou legislação semelhante.

É patente que o trabalho no âmbito estadual e municipal ainda é incipiente e carente de organismos específicos realmente consolidados. De igual modo, deve-se fortalecer o papel mediador das unidades do IPHAN, que devem funcionar como verdadeiros pontos multiplicadores das orientações sobre as ações de salvaguarda.

No pensamento de Sant'anna (2003) devem-se considerar, ainda, outros desafios, tais como: incentivar e implementar práticas de preservação que possuam visão do patrimônio cultural como um todo e adotar o registro e o tombamento como instrumentos de preservação complementares. Isso desafia a concepção de herança cultural, que visa apenas ao bem, ignorando os processos sociais de produção de sentidos, significados e funções a ele vinculados. Com esses instrumentos e com o apoio da sociedade, poder-se-ia preservar a diversidade cultural do país, que fica em situação desconfortável frente à homogeneização promovida pela indústria cultural, pelo turismo de massa, pela urbanização descontrolada e pela exploração abusiva e comercial do patrimônio e da identidade. Além disso, existe a necessidade de se promover a inclusão social, incorporando melhores condições de vida aos produtores e mantenedores do patrimônio cultural.

#### **4 O CASO DO REGISTRO DA ARTE KUSIWA: PINTURA CORPORAL E ARTE GRÁFICA WAJÁPI**

Em 1998, foi criado pela UNESCO o Programa Proclamação das Obras-Primas do Patrimônio Oral e Imaterial da Humanidade, basicamente com a finalidade de divulgar e valorizar como patrimônio cultural manifestações e práticas culturais de caráter processual. O programa contou com três edições (2001, 2003 e 2005). Toda candidatura devia conter, além da apresentação detalhada do bem, a anuência de seus detentores e a proposta de um plano de ação para sua salvaguarda.

Também se apresentavam como condições necessárias ao dossiê de candidatura o reconhecimento na esfera do Estado-membro proponente, bem como a anuência e mobilização dos grupos, comunidades e segmentos sociais envolvidos. Com essa experiência, a UNESCO pretendia “[...] sensibilizar os governos, as ONGs e, mais particularmente as comunidades locais para o valor do patrimônio oral e imaterial dessas últimas e incitá-las a identificar, preservar e promover esse patrimônio” (IPHAN, 2010, p. 27). Na esteira desse programa, o Brasil apresentou duas candidaturas, ambas aprovadas, quais sejam: as expressões orais e gráficas dos Wajápi (2003), grupo indígena do Amapá, e o samba de roda do Recôncavo Baiano (2005).

Dentro dos grupos familiares dos Wajápi do Amapá, os especialistas na arte de narrar e elaborar as composições gráficas são denominados Jovijãkõ. Em breve síntese, como apresentado no Dossiê IPHAN:

A Arte Kusiwa é uma técnica de pintura e arte gráfica associada à oralidade, própria dos Wajápi que vivem no oeste do Estado do Amapá. Os grafismos podem ter como suporte o corpo humano, mas também cestos, cuias, tecelagens, bordunas e objetos de madeira. Os padrões Kusiwa representam animais, partes do corpo ou objetos e estão carregados de significados e simbolismos relacionados à cosmovisão do grupo. Constituem, assim, um sistema de comunicação. (IPHAN, 2008, p. 24).

Exemplos da arte Kusiwa podem ser vistos nas Figuras 2 a 4.

**Figura 2: Índio Wajãpi (Foto Dominique T. Gallois, 1978)**



Fonte: <http://img.socioambiental.org/v/publico/wajapi/>

**Figura 3: Aldeia Mariry (Foto Dominique T. Gallois, 1983)**



Fonte: <http://img.socioambiental.org/v/publico/wajapi/>

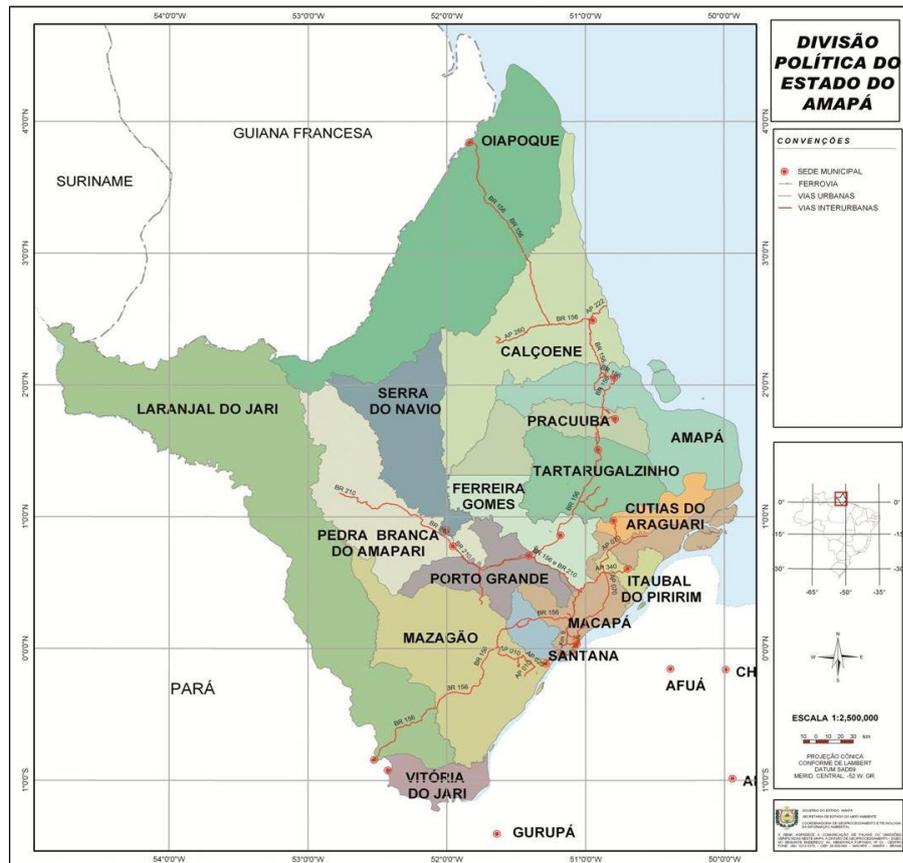
**Figura 4: Criança Wajãpi (Foto Dominique T. Gallois, 1983)**



Fonte: <http://img.socioambiental.org/v/publico/wajapi/>

A Figura 5 mostra o mapa do Amapá, contendo a região onde vivem os índios Wajãpi.

**Figura 5: Mapa do Estado do Amapá, região dos Wajãpi**



Fonte: <http://mapasblog.blogspot.com.br/2012/01/mapas-do-amapa.html>

Na ocasião da candidatura, uma série de fatores de risco de desaparecimento estava ameaçando esse bem cultural, tais como o desinteresse das novas gerações pela cultura e identidade Wajãpi, riscos de folclorização e de mercantilização dos saberes tradicionais e, principalmente, a ameaça de apropriação dos seus grafismos pelo mercado de cosméticos (o que não interessava aos Wajãpi). Antes, porém, de debater os desdobramentos e diferenças do alcance do registro do IPHAN e do conferido pelo INPI, merece um maior aprofundamento a análise dos outros fatores de risco de desaparecimento desse bem cultural, com potencial de impacto igualmente prejudicial.

Inicialmente, pode-se pontuar o recrudescimento das pressões crescentes no entorno de suas terras, presentes não apenas por meio dos impactos sociais e ambientais, mas, principalmente, por meio da desvalorização dos conhecimentos e práticas culturais. De igual modo, o desinteresse dos jovens pelos acervos e pelas práticas culturais referidas, fundamentalmente em razão de sua aproximação crescente com modos de vida da população não indígena, que permanece estigmatizando a diferença cultural dos Wajãpi. Na descrição do

Dossiê IPHAN: “Essa discriminação tem levado muitos jovens a esconder e depreciar sua identidade indígena, levando alguns a crises profundas de angústia e/ou disputas com os adultos, que resultaram até em suicídios”. (IPHAN, 2002, p. 55).

Ademais, ainda no âmbito das fragilidades desse patrimônio cultural, foi verificado risco de folclorização e de mercantilização dos saberes tradicionais, ocasionado pelo esvaziamento dos seus conteúdos simbólicos, principalmente os usos e significados do sistema gráfico Kusiwa, decorrente de:

[...] sua excessiva exposição ou difusão a públicos externos, sem que os detentores desses saberes e usuários dessas práticas possam se contrapor às iniciativas danosas, seja por falta de compreensão do sistema mercantil e dos impactos da globalização, seja por interesse imediatista em comercializar elementos de sua cultura. (IPHAN, 2002, p. 63).

Por todo o exposto, restou claro que as ações de salvaguarda deveriam estar voltadas para o fortalecimento e a valorização da cultura Wajãpi, tanto de fortalecimento identitário como por meio de ações educativas de edição de conteúdos, formação de pesquisadores e professores indígenas, e das ações de difusão de informação sobre a cultura Wajãpi para a sociedade como um todo.

Os Wajãpi mobilizaram-se por meio do Conselho das Aldeias Wajãpi (APINA), articulando-se com o Museu do Índio/Funai, o Núcleo de História Indígena da Universidade de São Paulo (USP) e outros parceiros. O processo administrativo foi relativamente célere. O registro da arte Kusiwa foi proposto pelo Apina e pelo Museu do Índio. O pleito foi aprovado pelo Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural, por unanimidade, em 11 de dezembro de 2002. A inscrição desse bem cultural imaterial foi efetivada no dia 20 de dezembro do mesmo ano, no Livro das Formas de Expressão. Em seguida, em 2003, a forma de expressão Wajãpi foi declarada Patrimônio Oral e Imaterial da Humanidade pela UNESCO.

A Figura 6 mostra o momento de recebimento do título de Patrimônio Oral e Imaterial da Humanidade, conferido pela UNESCO.

**Figura 6: Comemoração da proclamação da Arte Kusiwa ao título de Patrimônio Oral e Imaterial da Humanidade**



Fonte: [http://pt.wikipedia.org/wiki/-expressões\\_orais\\_e\\_gráficas\\_dos\\_Wajãpi](http://pt.wikipedia.org/wiki/-expressões_orais_e_gráficas_dos_Wajãpi)

Os parceiros dessa conquista estão simbolizados na Figura 7.

**Figura 7: Parceiros importantes nesta conquista**



Fonte: [www.iphan.gov.br](http://www.iphan.gov.br) e [www.unesco.org.br](http://www.unesco.org.br)

Os Wajãpi do Amapá, cuja etnia tem origem em um complexo cultural maior, de tradição e língua tupi-guarani, hoje são representados por diversos povos, distribuídos entre vários estados do Brasil e países vizinhos. De acordo com os princípios das ações de salvaguarda adotados, parte-se da noção de que a arte gráfica Kusiwa está inserida, como referido anteriormente, em um complexo cultural maior ao próprio modo de vida Wajãpi, e que, portanto, não deveria estar limitada somente à pintura corporal, e isto significa que “[...] para que fosse possível salvaguardar o Kusiwa era necessário que, acima de tudo, se salvaguardasse a cultura Wajãpi”. (IPHAN, 2002, p. 13).

Para uma exata compreensão das dimensões simbólicas envolvidas na arte do grafismo Wajãpi, transcreve-se trecho essencial do Dossiê sobre arte Kusiwa:

O sistema gráfico Kusiwa opera como um catalisador para a expressão de conhecimento e de práticas que envolvem desde as relações sociais, crenças religiosas e tecnológicas, até valores estéticos e morais. [...]

Partindo do pressuposto de que conhecimento é uma das principais modalidades de cultura, o sistema gráfico Kusiwa constitui uma expressão cultural excepcional e absolutamente particular do grupo Wajãpi do Amapá. Seu uso cotidiano e seu valor estético são capazes de condensar elementos da complexa cosmologia a que este grupo indígena da Amazônia brasileira se reporta para interpretar e agir sobre distintos domínios do universo, terrestre, celeste, aquático e etc. [...]

O sistema gráfico Kusiwa constitui, portanto, uma linguagem que sintetiza o modo particular como os Wajãpi do Amapá conhecem, concebem e agem sobre o universo. É potencializado pelos saberes transmitidos oralmente, que contextualizam a origem e os efeitos dos grafismos, usados para decorar corpos e objetos, combinando padrões em composições criadas individualmente que nunca se repetem.

Trata-se, entretanto, de uma linguagem gráfica que não tem por única função a decoração corporal ou o embelezamento de objetos, nem se limita à expressão da identidade étnica. Os grafismos Kusiwa têm, sobretudo, uma eficácia simbólica que atualiza permanentemente um modo diferenciado de pensar e de experimentar a relação com o outro, seja este animal, vegetal, humano, índio ou não índio, parceiro ou inimigo. Assim, o sistema gráfico e as narrativas acopladas não expressam apenas taxinomias, crenças e sentimentos, mas também processos históricos, que continuam validando os modos particulares de conhecer que os Wajãpi do Amapá utilizam para se situar no mundo contemporâneo. Eles contêm, ao mesmo tempo, um saber sobre as origens e o destino da humanidade, preceitos morais e valores estéticos, assim como todo um conjunto de conhecimentos práticos para o manejo do seu próprio meio-ambiente.

É por isso que a arte gráfica e arte verbal devem ser preservadas, não como expressões de um passado, mas como formas contemporâneas de codificação de significados culturais próprios do grupo Wajãpi do Amapá. (IPHAN, 2008, p. 85, grifo nosso).

A Figura 8 mostra exemplos de grafismos da arte Kusiwa.

Figura 8: Grafismos da arte Kusiwa da tradição dos Wajãpi



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

Contudo, em 2010, os Wajãpi foram surpreendidos com a tentativa de uso comercial, por uma conhecida fábrica de cosméticos, dos grafismos de sua arte Kusiwa. Foi exatamente nesse ponto que o caso revelou algumas dificuldades que se mostraram muito férteis para o debate sobre o registro e as diferenças entre os direitos de propriedade intelectual conferido pelo INPI e o registro do IPHAN. Dito de outra forma, a celeuma criada a partir do caso da arte Kusiwa trouxe luzes para o debate sobre a interface entre o registro do PNPI e o do INPI.

Ademais, vale registrar que, com o passar do tempo, outros pedidos, por outras empresas e usos não autorizados foram constatados, conforme documentação processual do IPHAN. Dentre as ocorrências de uso não autorizado, destaca-se, em 2011, a utilização por um famoso escritório de *design*, do lançamento de uma coleção de papéis de parede reproduzindo grafismos Wajãpi. De igual modo, localmente, moradores e comerciantes do entorno da aldeia têm feito uso dos grafismos para fins de decoração de ambientes, bem como em produtos comercializáveis. Essas ocorrências serão exploradas neste estudo, no capítulo relativo aos abusos da comercialização da cultura tradicional. De fato, desde o registro da arte Kusiwa como patrimônio cultural e com o título conferido pela UNESCO, os Wajãpi vêm, reiteradamente, sofrendo o assédio da pressão comercial e apresentando queixas ao IPHAN

com relação a essas usurpações caracterizadas pelos usos inadequados e não autorizados de seus grafismos.

Nesse contexto, é oportuno registrar a análise de Londres Fonseca:

[...] outro exemplo é o da pintura corporal, praticada por várias tribos indígenas no Brasil. Impossível não lhe reconhecer valor estético, além de ser estranho que não costume figurar em nossos compêndios de artes visuais. [...] os padrões relativos àquela pintura são codificados pela tradição e funcionam como sinais distintivos entre os membros do grupo. Trata-se, portanto, de uma prática ritual, cujo valor simbólico só tem sentido num determinado contexto. Se não forem consideradas essas particularidades, corre-se o risco de entender essa prática no seu aspecto puramente formal, projetando sobre ela valores estranhos aos contextos culturais a que se refere. [...] (LONDRES FONSECA, 2003, p. 66, grifo nosso).

Consoante relatos apontados pelo IPHAN:

[...] não obstante o sucesso e relativa sustentabilidade na implementação do plano de salvaguarda da arte Kusiwa e cultura Wajãpi, foram observados alguns vácuos de entendimento dos Wajãpi sobre os alcances e limites do registro, vácuos que remontam ao processo de instrução. (IPHAN, 2011, p. 20, grifo nosso).

De igual modo, não restou claro que:

[...] o registro não cria direitos [...] Entretanto alguns grupos e segmentos sociais têm expectativas nesse sentido; como os Wajãpi que esperavam que o registro fosse um instrumento de proteção da propriedade intelectual, por si; e instrumento bastante para que o governo do estado do Amapá passasse a dar a devida atenção as suas demandas. [...] O registro foi um recurso para legitimar uma espécie de titularidade coletiva sobre os saberes associados em função de ameaça no campo da propriedade intelectual, um registro de marca. (IPHAN, 2011, p. 87, grifo nosso).

Neste sentido, cabe a crítica da reflexão sobre se, de fato, o registro não pode, de alguma forma, assegurar algum tipo de direito ou garantia e o tema teria necessariamente que se desviar para uma visão geral sobre os princípios de direito empresarial que regem a propriedade industrial, aplicável às marcas, patentes de invenção, desenhos industriais e modelos de utilidade. Por conseguinte, parte-se indutivamente dos problemas verificados em um caso particular, para reflexões que podem alcançar a política pública de proteção ao patrimônio imaterial de modo geral.

#### **4.1 Abusos da comercialização da cultura tradicional: propriedade intelectual e proteção ao patrimônio imaterial**

A preocupação com os aspectos de proteção ao patrimônio imaterial cultural vem adquirindo maior importância em vários países, o que aumenta, paulatinamente, o debate sobre o tema. Em 1995, foi realizado um Seminário na República Checa para o estabelecimento de políticas nesse sentido. Este evento foi importante por ter dado origem à

redação do manual metodológico contendo os princípios da proteção à cultura tradicional e popular contra a exploração comercial inadequada, aprovada na II Conferência de Trabalho, em maio de 1997.

Nesse documento identificou-se que a comercialização inadequada é um dos problemas mais sérios que envolvem a proteção e a salvaguarda do patrimônio de natureza imaterial. Com efeito, a comercialização da cultura tradicional e popular vem transformando-se em um problema internacional em decorrência de fatores como: (i) novas tecnologias de comunicação, mídia; (ii) turismo internacional; e (iii) desenvolvimento da economia de mercado.

Ainda sobre os fatores que reforçam e comprovam que o patrimônio imaterial e os conhecimentos tradicionais possuem valor econômico, impende observar as considerações do Ministro do Comércio da Tailândia, Weeraworawit<sup>1</sup>, por ocasião do simpósio sobre conhecimentos tradicionais, propriedade intelectual e cultura indígena, em 2002:

No mundo da tecnologia da informação, radiodifusão por satélite e Internet, expressões do folclore ganharam mais valor econômico devido a sua própria criatividade, preservada e aperfeiçoada por comunidades indígenas ou locais. A propaganda associada às obras e expressões do folclore tornou-se mais proeminente. Um exemplo claro disso foram as mercadorias dos Jogos Olímpicos de Sydney 2000, nas quais os produtos inspirados ou baseados nos conhecimentos tradicionais do folclore aborígine gerou renda enorme. (WEERAWORAWIT, 2002, p. 779, tradução nossa).

No Brasil, as diferenças entre os tipos de proteção ao patrimônio imaterial e à propriedade intelectual já estavam presentes desde as primeiras discussões sobre o esboço conceitual mínimo de um sistema de proteção, que culminaram com a elaboração do Decreto nº 3.551, de 04 de agosto de 2000. Neste sentido, vale destacar as ponderações de Falcão:

O patrimônio imaterial está para a cultura, como a propriedade intelectual está para o direito. Aliás, o patrimônio imaterial resulta do exercício pela nação dos seus direitos de propriedade cultural. Não é à toa que Rodrigo de Mello Franco de Andrade já dizia que preservar nosso patrimônio histórico e artístico é uma das maneiras de se exercer o direito de propriedade sobre o Brasil. Mas, enquanto que o sujeito do direito de propriedade intelectual é um indivíduo ou uma instituição, o sujeito do patrimônio imaterial em geral é a comunidade, é a nação. Aquele identificável, este nem sempre. Mesmo quando se protege um artesão ou um *living treasure*, protege-se não o proprietário de um saber privado, mas apenas o cidadão detentor de um saber de natureza comunitária, pública.

<sup>1</sup> In the world of information technology, satellite broadcasting, and Internet, expressions of folklore have gained more economic value due to their very own creativity, preserved and refined by indigenous or local communities. The merchandising business associated with copyright works and expressions of folklore has become more prominent. A clear example is the merchandises associated with the Sydney Olympics, 2000, where products inspired by or based on the Aboriginal folklore and traditional knowledge had generated huge income. (WEERAWORAWIT, 2002, p. 779, grifo nosso).

As leis que definem e protegem os direitos de propriedade intelectual, em geral, não fazem distinções com base na qualidade do conteúdo da produção intelectual. A lei não faz distinções, é geral, universal como se diz na ciência jurídica. Protege toda a produção, de boa ou má qualidade. O samba A e o samba B. O livro A e o livro B. É, pois, um sistema uniformizador. Inversamente, o sistema de proteção do patrimônio imaterial analisa, seleciona e distingue um bem do outro. Nem todos os bens culturais imateriais que uma geração recebe, cria e lega à próxima geração vão merecer proteção. Somente alguns. Ou seja, o sistema se estrutura a partir de uma decisão valorativa. É sistema altamente selecionador. No imenso e infindável conjunto dos bens culturais imateriais de uma nação, a alguns se concede, reconhece-se valor diferenciado. Somente alguns merecerão o título, o status de patrimônio imaterial. (FALCÃO, 2001, p. 28, grifo nosso).

Em 2008, foi concluída pelo IPHAN a Instrução Normativa que estabelece os procedimentos para a cessão da metodologia do INRC, mecanismo essencial para o controle e garantia da qualidade dos mapeamentos e inventários realizados com base nesse método, no que se refere à efetiva participação dos reais produtores e detentores de bens culturais e ao respeito pelos seus direitos de autoria e de imagem.

O pedido de uso do grafismo feito pela renomada empresa de cosméticos aos Wajãpi resultou em uma rodada de debates entre a coordenação do campo de relacionamentos com comunidades do setor de responsabilidade social da empresa com os Wajãpi, por meio do Conselho das Aldeias Wajãpi - APINA, tendo como parceiros interlocutores o IPHAN, as organizações não governamentais que trabalham com os Wajãpi de longa data, o Instituto IEPÉ e os membros do Pontão de Cultura da região.

Sobre esse diálogo, afirma Jaenisch:

Nesse sentido, o acompanhamento das negociações entre os Wajãpi e a [nome da empresa] se faz importante tanto pelo fato de o caso poder tornar-se referência no momento da elaboração de legislação apropriada sobre proteção de conhecimentos tradicionais, quanto pela necessidade de garantir que, na ausência de regulação específica, sejam garantidos os direitos e interesses dos detentores do bem cultural em questão [...]. (JAENISCH, 2010, p. 15-16).

Até o presente momento, ainda não se chegou a um consenso sobre os termos exatos em que se daria uma eventual parceria. Da leitura das atas das reuniões realizadas entre esses atores, percebe-se a riqueza do diálogo e da tentativa de tradução dos valores, sentimentos, medos e anseios dos Wajãpi em relação às consequências da exposição. Nesse sentido, como documentado, o argumento central de uma liderança indígena, era de que “[...] em relação à proteção do patrimônio cultural da comunidade, o que preocupa não é a [nome da empresa], mas o que pode acontecer ao patrimônio cultural mediante o alcance que este patrimônio terá quando for divulgado através de produtos da [nome da empresa]”. (IPHAN, 2010, p. 5).

Como apontado por Brayner:

Desde o Registro como Patrimônio Cultural do Brasil e desde a inscrição deste bem cultural na Lista de Obras-Primas do Patrimônio Oral e Imaterial da Humanidade, o assédio aos Wajãpi por parte de grupos empresariais tem aumentado ano a ano. Além de apoiar projetos que estejam em conformidade com o plano de salvaguarda das expressões orais e gráficas dos Wajãpi, o IPHAN tem acompanhado e apoiado os Wajãpi do Amapá em situações de negociação com empresas que tem interesse em utilizar imagens do grafismo Wajãpi em produtos ou mesmo em ações de *marketing* promocional. (BRAYNER, 2012, p. 9, grifo nosso).

Todavia, apesar dessa atuação, os abusos comerciais e a utilização não autorizada da arte Kusiwa continuam ocorrendo. Ainda de acordo com Brayner:

Em 2011, um famoso escritório de *design* em parceria com uma grande indústria nacional realizaram o lançamento de uma coleção de papéis de parede contendo itens que reproduziam grafismos Wajãpi. A estratégia de *marketing* implicou em ampla divulgação para lojas de decoração de todo o Brasil por meio de catálogos de venda e por meio do próprio *site* do escritório de *design*. Além disso, um programa de televisão de amplo alcance nacional e que é apresentado pelo *designer* deste escritório divulgou um ambiente decorado no qual o papel de parede que reproduz o Kusiwa era utilizado. Os Wajãpi, por meio da APINA, formalizaram uma denúncia ao IPHAN e foi exigida desse órgão governamental uma ação mais efetiva para proteção de sua arte gráfica.

Nas palavras do Cacique Kumaré Wajãpi, ao manifestar-se com relação à situação acima descrita, em reunião realizada na cidade de Macapá em 02 de maio de 2011: “Tem que parar, sair de linha, nós já explicamos, não usamos (o Kusiwa) de qualquer jeito”. [...]

É importante frisar que a preocupação primeira dos Wajãpi não foi a de acessar possíveis benefícios econômicos advindos da utilização comercial de sua arte gráfica – direito que de qualquer forma, lhe é inalienável – a sua principal preocupação, desde o primeiro contato com o IPHAN, foi a de cessar esta utilização o mais rapidamente possível de forma a mitigar os efeitos danosos deste uso inadequado do Kusiwa.

O Cacique Kumaré, na reunião [...] assim expressou a sua preocupação: “as pessoas (que adquiriram o papel de parede) podem ter problemas de saúde, precisamos saber para onde foram os papéis de parede, o endereço das pessoas, o xamã precisa ajudar”. E ainda: “Nós os Wajãpi não somos os donos do Kusiwa, o dono é invisível, nós Wajãpi temos que cuidar do Kusiwa, é nossa responsabilidade”. O sentimento generalizado, perceptível por meio da fala do cacique Kumaré, era o de que haviam falhado em sua missão e que as consequências poderiam ser muito graves. (BRAYNER, 2012, p. 9, grifo nosso).

Nesse episódio, o registro da arte Kusiwa gerou a primeira experiência de aplicação de medidas de solução extrajudicial direcionada a um ato lesivo ao patrimônio cultural de natureza imaterial. Foi a primeira aplicação de um Termo de Ajustamento de Conduta e, de acordo com documento interno do IPHAN, nele foram estabelecidas as seguintes medidas acautelatórias visando cessar o dano ao patrimônio cultural e a mitigar os danos causados ao patrimônio:

[...] paralisação imediata da comercialização dos rolos de papel de parede contendo grafismos Kusiwa; o envio de informações acerca dos produtos já comercializados e a devolução de quaisquer quantitativos de rolos de papel de parede com grafismos

Wajãpi já produzidos e/ou confeccionados ao povo indígena Wajãpi. (BRAYNER, 2012, p. 3).

De todo modo, a compreensão dos significados do Kusiwa para os Wajãpi e do prejuízo que o uso inadequado e não autorizado do grafismo causou ao patrimônio cultural desse grupo indígena somente pode consolidar-se junto aos diversos atores envolvidos no processo devido ao envolvimento e participação direta dos pesquisadores Wajãpi e membros do APINA em todas as etapas da negociação.

Com efeito, a patrimonialização da arte Kusiwa e o recente interesse da empresa de cosméticos em negociar a utilização desses grafismos em seus produtos têm revelado que a valorização desses bens e o seu reconhecimento enquanto patrimônio cultural do Brasil traz em seu bojo consequências não antecipadas e inevitáveis, dentre elas o assédio de empresas interessadas em agregar valor a seus produtos, fazendo usos desses bens. Assim, ao contrário de ter a sua arte protegida contra o uso (comercial ou de natureza diversa) pelos não indígenas, os Wajãpi enfrentam o interesse maior das empresas em utilizar a arte Kusiva após a sua patrimonialização. Ademais, os detentores desse patrimônio cultural veem-se imersos em uma conjuntura que expressa a fragilidade ou a inexistência de instrumentos jurídicos de proteção dos seus bens no âmbito da política de salvaguarda para os bens registrados.

É difícil a compreensão antropológica ocidental de que não interessa aos Wajãpi a exploração comercial do Kusiwa. Nesse contexto, pondera Jaenisch:

É por isso que ao se utilizarem os Kusiwa devem ser observadas uma série de prescrições que mantêm o controle cósmico das relações entre os seres humanos, os animais e seus donos. [...] é possível mensurar a preocupação manifesta dos Wajãpi quanto à exposição dos grafismos para comercialização. Não se trata de desenhos ou objetos, mas é uma questão de espírito e de eficácia. É o que manifestaram os Wajãpi, segundo a coordenadora do IEPÉ, em reunião realizada com a X [nome da empresa de cosméticos]. Nas suas palavras: Eles explicaram que é uma questão de espírito. Que perde a eficácia. Uma coisa que é conhecida ou usada por muita gente perde o poder. Poder de proteção. Eles (os Wajãpi) deram exemplos de remédios que eles divulgaram muito e que agora não funcionam mais. Falaram sobre os pajés, que começaram a se expor muito e perder o poder. Mas isso é com relação a qualquer tipo de exposição, não somente com relação ao comércio. Não é só porque a X [nome da empresa] vai usar. Claro que a X [nome da empresa] vai expor muito mais que qualquer divulgação cultural. (JAENISCH, 2010, p. 44, grifo e omissões do nome da empresa nosso).

Contudo, como ilustra claramente o caso concreto do registro da arte Kusiwa, resta pendente, como futuro desafio, a urgente elaboração de instrumentos legais aptos a assegurar a proteção aos direitos de propriedade intelectual coletivos, fundamentais para o patrimônio imaterial.

De acordo com o explicitado pelo IPHAN:

[...] a comercialização da cultura tradicional e popular é considerada inadequada quando, entre outros fatores envolve: a) a produção em série de cópias de objetos tradicionais; b) a introdução de materiais não apropriados ou formas inadequadas em objetos artesanais visando o lucro rápido; c) a apropriação gratuita de padrões originais ou princípios tecnológicos tradicionais por indústrias. Chamou-se ainda a atenção para o papel do turismo na deterioração das expressões da cultura tradicional, assim como o da mídia, através da transmissão excessiva dos comentários incompetentes e da valorização equivocada de certos elementos. Em suma, o “Manual metodológico” afirma que se a cultura tradicional e popular possui também valor econômico e de fato sofre pressões da comercialização, para preservá-la de perdas ou deformações é necessário criar um ambiente legal adequado e favorável, que garanta melhor proteção às tecnologias tradicionais, aos padrões artesanais e ao direito de autor, de intérpretes e criadores de músicas e danças tradicionais. (IPHAN, 2012, p. 58, grifo nosso).

Como um desdobramento dessa questão, muito se tem discutido sobre a pressão mercadológica e suas relações com as ações de salvaguarda. Com efeito, a pedra angular do debate é em que medida as ações de “inserção de mercado” atuam no desvirtuamento dos valores legítimos dos bens tradicionais?

Nesse tópico, merece destaque a posição de Vianna e Salama:

[...] cabe, sim, observar que a questão da inserção dos bens culturais patrimonializados no mercado é uma, e não única, possibilidade de ação de salvaguarda. A promoção de um bem cultural como produto de consumo, à primeira vista, pode ser interessante sob a perspectiva da economia da cultura, já que gera renda para os detentores desses bens. Porém, se essa inserção no mercado implica perda de autonomia dos detentores, desvinculação do bem cultural do seu contexto, usos e significados sociais que o caracterizam como patrimônio, essa ação não pode, portanto, ser considerada uma ação de salvaguarda. (VIANNA; SALAMA, 2012, p. 82, grifo nosso).

A principal crítica que se faz nesse aspecto concerne à desconsideração dos significados socioculturais inerentes aos produtos dos bens imateriais, sendo esse enfoque marcadamente prejudicial ao desenvolvimento das comunidades tradicionais. Neste sentido:

A desconsideração dos significados socioculturais inerentes aos objetos artesanais, com marcadas raízes culturais, pela imposição de projetos que ignoram ritmos tradicionais, formas e organização do trabalho estabelecidos ao longo da história das comunidades e significados simbólicos investidos nas peças, pode levar à desestruturação dessas mesmas comunidades. (IPHAN, 2012, p. 54, grifo nosso).

Destarte, resta patente que o debate sobre o reconhecimento da cultura tradicional e popular como uma área específica do problema da propriedade intelectual, mormente em seu aspecto industrial, é central. Em contrapartida, é forçoso reconhecer que a atual legislação brasileira relativa ao direito autoral não se adéqua à proteção desses bens, fundamentalmente, em razão da natureza coletiva dessas expressões e criações. A rigor, o principal desafio tem sido o reconhecimento da existência de uma propriedade intelectual coletiva, uma vez que a legislação pertinente ao direito autoral, para a maioria dos países no mundo, reconhece apenas

a autoria individualizada. Iniciativas no âmbito internacional, ainda incipientes, sobre novas abordagens para a proteção e salvaguarda dos conhecimentos tradicionais, serão discutidas mais detalhadamente no próximo tópico deste estudo.

No plano legislativo, na atualidade, tem-se apenas a Portaria da FUNAI nº 177, de 16 de fevereiro de 2006, como instrumento mais efetivo para coibir a exploração do uso comercial inadequado dos bens culturais dos povos indígenas, que é pouco difundida. Os direitos morais referidos nessa portaria contemplam a autoria individual ou coletiva e são inalienáveis, irrenunciáveis e estão acima de qualquer direito patrimonial. Em seu artigo segundo, define que os direitos autorais dos povos indígenas são os direitos morais e patrimoniais sobre as manifestações, reproduções e criações estéticas, artísticas, literárias e científicas; e sobre as interpretações, grafismos e fonogramas de caráter coletivo ou individual, material e imaterial indígenas. Ademais, afirma que o gozo desses direitos independe de autorização da FUNAI e o autor da obra (indivíduo ou coletividade) deterá a titularidade do direito autoral, inclusive os patrimoniais, referentes ao uso econômico, os quais podem ser cedidos gratuitamente ou mediante remuneração.

De maneira geral, considerando as experiências internacionais, surgem algumas alternativas na busca de compatibilização entre a propriedade intelectual e a proteção ao patrimônio imaterial. Com efeito, as principais soluções apontadas são: (i) aplicação das disposições legais relativas ao domínio público, principalmente em sua modalidade remunerada; e (ii) criação de um regramento *sui generis*, por meio do qual as comunidades tradicionais poderiam dispor, autorizando ou não, o uso de seus conhecimentos, produtos, artefatos ou expressões por terceiros. Vale resgatar a posição do manual metodológico sobre a proteção à cultura tradicional e popular contra a exploração comercial inadequada, expressa pela visão do IPHAN nos seguintes termos:

Os especialistas reunidos na República Checa verificaram que em alguns países a legislação relativa ao direito autoral e regulamentos afins tornam possível a proteção da cultura tradicional e popular, especialmente no que diz respeito às disposições que regulamentam as obras em domínio público. À luz dessas legislações, os elementos da cultura tradicional e popular ficariam protegidos mediante a definição explícita de que só podem ser utilizados de modo adequado e correspondente ao seu valor, sob a supervisão da autoridade legal. Uma outra forma de proteger esses elementos, seria através da monitoração adequada do uso dos registros da cultura tradicional e popular e do seu tratamento como propriedade intelectual. Os especialistas recomendam que os Conselhos Nacionais de cultura tradicional e popular funcionem também como órgãos que estabeleçam a compatibilização entre as legislações de direito autoral e propriedade industrial e a proteção às expressões culturais tradicionais, responsabilizando-se ainda pelo seu controle. (IPHAN, 2012, p. 58, grifo nosso).

No caso do registro da arte gráfica dos Wajãpi e do assédio das empresas de maneira geral, para além de um problema de compensação financeira, há claramente a questão da necessidade de uma definição explícita de que esses elementos do patrimônio imaterial só podem ser utilizados de modo adequado e correspondente ao seu valor e contexto cultural. De acordo com Paterson e Karjala<sup>2</sup>:

Outro problema é o uso, por pessoas não indígenas, de nomes tribais ou outros identificadores, símbolos sagrados ou imagens, ou projetos artísticos em geral. O uso de símbolos sagrados ou rituais pode ofender as crenças das pessoas de quem foram tomadas, se eles estão corrompidos ou usados fora de contexto [...] O uso de projetos artísticos pode ocorrer sem atribuição ao grupo detentor a partir do qual eles surgiram, ou uma versão corrompida ou deturpada pode ser atribuída a esse grupo sem a sua permissão ou contra a sua vontade. (PATERSON; KARJALA, 2003, p. 637, tradução nossa).

De acordo com a literatura disponível sobre o assunto à época da elaboração do Decreto nº 3.551/00, no Brasil, a alternativa mais adequada e semelhante ao arcabouço jurídico, seria a de tratar o tema na abordagem da legislação de domínio público. Contudo, essa visão não foi (e ainda não é) pacífica, e tampouco se encontra imune a críticas e incompletudes. Neste diapasão, afirma o IPHAN:

[...] a legislação referente ao domínio público parece realmente aos especialistas o meio mais adequado para a proteção do uso das criações da cultura tradicional e popular, desde que esta venha a ser classificada como um segmento desta área. Chama-se atenção, contudo, para a devida consideração que deve ser dada às criações contemporâneas baseadas em elementos da cultura tradicional que devam, naturalmente, ser permitidas em favor da evolução cultural. A exploração de elementos da cultura tradicional e popular poderia, assim, ser evitada mediante a imposição de pagamento de taxa referente ao uso dessas obras em domínio público. Em geral, esses recursos são recolhidos a um Fundo destinado ao apoio e à preservação dessas criações. [...] A principal crítica ao domínio público remunerado como instituto de proteção é a sua incapacidade de proteger os elementos do patrimônio imaterial contra abusos e mau uso. Ao lado disso, o instituto também perderia força em função da falta de estrutura internacional para reforçar suas medidas fora dos territórios nacionais, onde a maior parte dos abusos geralmente ocorre. (IPHAN, 2012, p. 58, grifo nosso).

Na retrospectiva dos debates levados a cabo na elaboração da legislação de proteção aos bens imateriais, ficou claro, à época (de 1995 a 2000), que não havia, no Grupo de Trabalho do Patrimônio Imaterial, consenso claro, uma posição consolidada quanto à expressa previsão em lei de dispositivos que garantissem a proteção da propriedade intelectual, como a concedida pelo INPI, para os bens de patrimônio imaterial registrados, exatamente como no

<sup>2</sup> Another problem is the use by outsiders of tribal names or others identifiers, sacred symbols or images, or artistic designs generally. Use of sacred symbols or rituals may offend the beliefs of the people from whom they were taken, and all the more so if they are corrupted or used out of context (...) The use of artistic designs may occur without attribution to the group from which they sprang, or a corrupted version may be attributed to that group without their permission or against their will. (PATERSON; KARJALA, 2003, p. 637, grifo nosso).

caso da arte Kusiwa dos Wajãpi. Ademais, a experiência internacional era, à época, muito incipiente. Especificamente quanto a esse aspecto, consoante registros do IPHAN, tem-se que:

Este foi um dos debates mais longos no âmbito da Comissão e do Grupo de Trabalho. Durante muito tempo se discutiu a possibilidade de incluir na proposta de instrumento legal para a preservação do patrimônio imaterial disposições relativas à proteção da propriedade intelectual. Cogitou-se, inclusive, a possibilidade de que o reconhecimento do saber tradicional como patrimônio cultural do Brasil ensejasse o registro de sua patente no Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI. Concluiu-se, contudo, que, diante do atual estágio da discussão internacional e da necessidade de maior aprofundamento do tema junto a outras instâncias governamentais, seria precipitado e inadequado dispor sobre o assunto no momento. Avaliou-se que seria mais importante iniciar um trabalho de identificação, inventário, registro e reconhecimento do patrimônio imaterial de relevância nacional, para, num segundo momento, se estabelecer dispositivos de proteção para equacionar questões que o uso e a comercialização desses produtos envolve. (IPHAN, 2012, p. 9, grifo nosso).

A Portaria da FUNAI nº 177, de 16 de fevereiro de 2006, posterior ao Decreto nº 3.551, de 04 de agosto de 2000, configurou-se um instrumento mais efetivo para coibir a exploração do uso comercial inadequado dos bens culturais dos povos indígenas. No caso do uso não autorizado, verifica-se, claramente, que os povos da etnia Wajãpi tiveram seus direitos morais e patrimoniais desrespeitados. A rigor, a utilização não autorizada de grafismos Kusiwa, seja para fins comerciais ou não, gera riscos à preservação da tradição gráfica desse bem cultural. A iniciativa da APINA em acionar o IPHAN, tendo em vista a utilização não autorizada de sua arte gráfica com fins comerciais e o seu desejo claramente explicitado de interrupção desse uso não autorizado, representou um importante avanço na construção desse senso de preservação do patrimônio pelos seus detentores.

Enfim, a riqueza das reflexões acerca da propriedade intelectual e da patrimonialização de bens de grupos indígenas reside também nas possibilidades que ela oferece de situar problemáticas com relação a direitos de propriedade intelectual no campo das produções coletivas indígenas com alteridades diversas, buscando alternativas de inclusão e cidadania daqueles sujeitos, pois, afinal, esse tema vai além de uma demanda por reconhecimento de propriedade intelectual, mas sim de reconhecimento, valorização, cidadania e respeito a esses sujeitos.

## **5 ASPECTOS JURÍDICOS E DIFERENÇAS ENTRE PROPRIEDADE IMATERIAL, PROPRIEDADE INDUSTRIAL E DIREITO AUTORAL**

A propriedade configura-se como instituto central dos sistemas jurídicos. Apresentava-se em feição coletiva, dada a prevalência da comunidade sobre o indivíduo nas sociedades consideradas primitivas. Com o passar do tempo, consolidou-se a importância do indivíduo e, portanto, a apropriação individual, restrita aos bens imóveis em primeiro momento, sendo ampliada para bens móveis em fase posterior. Cada sistema jurídico assegura, em suas próprias medidas, a possibilidade de que alguém se aproprie de bens e os utilize em proveito próprio, excluindo a utilização de terceiros. De igual modo, regula os conflitos decorrentes da apropriação de bens, definindo a forma de aquisição, estabelece a categoria de bens públicos e põe limites à propriedade, estabelecendo obrigações ao proprietário.

A Constituição Federal de 1988 garante o direito de propriedade amplo, o direito à propriedade intelectual e, mais especificamente, o direito de propriedade industrial com relação às marcas e patentes, sendo que a legislação aplicável à propriedade industrial é a Lei nº 9.279/96, complementado pelos Tratados e Convenções Internacionais e fiscalizada pelo INPI. Nesse ponto, cumpre esclarecer que a propriedade intelectual é gênero do qual a propriedade industrial é espécie.

A propriedade intelectual divide-se em dois ramos: propriedade industrial e propriedade literária, artística e científica; a propriedade industrial tem seu âmbito no direito empresarial, enquanto que o direito autoral é objeto do direito civil, sendo regulado pela Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Em ambos, o seu titular tem o direito de usar, gozar e dispor, como também reivindicá-lo daquele que se apropria indevidamente.

No que refere à propriedade autoral, a Constituição Federal de 1988 garante pertencer o direito aos autores de utilização, publicação e reprodução de suas obras, e transmissão conforme determinação da lei. No mesmo artigo, dispõe sobre as garantias referentes à propriedade industrial.

A propriedade industrial compreende a concessão de patentes de invenção e modelo de utilidade, concessão de registro de desenho industrial e concessão de registro de marca. Também proteção à repressão às falsas indicações geográficas e repressão à concorrência desleal.

### **5.1 Tensionando os limites do instrumento: os desafios da conciliação entre propriedade intelectual e as experiências internacionais de sistemas de proteção e salvaguarda do patrimônio imaterial**

Diversos países têm produzido inovações no que concerne à compatibilização entre a proteção do patrimônio imaterial e conhecimentos tradicionais com dispositivos que asseguram, ao menos em parte, direitos de propriedade intelectual ou direitos autorais sobre bens intangíveis. De igual modo, diversos organismos internacionais e entidades não governamentais envidam esforços no sentido de contribuir para a realização de estudos sobre a viabilidade dos sistemas de proteção dos conhecimentos tradicionais.

Como resultado desses esforços, duas reconhecidas instituições internacionais que desenvolvem projetos na área de direito de propriedade intelectual, quais sejam, a *United Nations Conference on Trade and Development* (UNCTAD) em parceria com a *International Centre for Trade and Sustainable Development* (ICTSD), elaboraram, em junho de 2003, uma avaliação dos progressos na diplomacia e política de formulação de proteção ao conhecimento tradicional e ao folclore.

As reflexões dessa análise fornecem elementos para explicitar os limites dos instrumentos adotados no Brasil para a política pública de proteção e salvaguarda do patrimônio imaterial, limites esses revelados pelo caso da arte Kusiwa.

Para o projeto da UNCTAD-ICTSD, foram considerados estudos, produção científica, e experiências de diversos outros atores representativos do segmento, muito importantes no plano internacional, a saber: *Convention on Biological Diversity* (CBD – Convenção da Diversidade Biológica), *World Intellectual Property Organization* – (WIPO – Organização Mundial de Propriedade Intelectual), *World Trade Organization* (WTO, no Brasil conhecida por OMC – Organização Mundial do Comércio), tratados internacionais da *Food and Agricultural Organization of the United Nations* (FAO – Organização das Nações Unidas para Alimento e Agricultura), bem como a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas e Organização Mundial da Saúde.

Em linhas gerais, a referida avaliação divide as alternativas de proteção ao patrimônio imaterial em duas espécies de sistemas, o defensivo e o positivo. Grosso modo, o âmbito defensivo vem no sentido de impedir a obtenção de direitos de propriedade sobre o patrimônio intangível e, em contrapartida, o sistema positivo, que almeja justamente contemplar os conhecimentos tradicionais com direitos de propriedade intelectual, com a finalidade de protegê-los da comercialização em termos predatórios.

Com efeito, na prática, o sistema defensivo de proteção configura-se mais viável que o positivo, que demanda um novo arcabouço de normas, pautado por um sistema *sui generis*, que, para ser efetivo, deve ser dotado de sofisticada orquestração no plano internacional.

Para o ICTSD-UNCTAD<sup>3</sup>, tem-se que:

Soluções para a proteção do conhecimento tradicional dos direitos de propriedade intelectual (IPR) podem ser procuradas em termos de “proteção positiva” e “proteção defensiva”. Proteção positiva refere-se à aquisição, por titulares de conhecimentos tradicionais (TK), de um direito de propriedade intelectual (IPR) como uma patente ou um direito alternativo fornecido em um sistema *sui generis*. Proteção defensiva refere-se a providências adotadas dentro da lei ou por autoridades reguladoras para prevenir reivindicações e queixas de direitos de propriedade intelectual de um conhecimento, uma expressão cultural ou um bem concedido a pessoas ou organizações não autorizadas. É importante mencionar aqui que as medidas de proteção positivas podem também servir para fornecer proteção defensiva e vice-versa. A distinção entre as duas, então, nem sempre é clara. Para muitos países, organizações não governamentais e outros, a proteção defensiva é necessária porque o sistema de propriedade intelectual, e especialmente patentes, é considerado defeituoso em alguns aspectos e permite que empresas explorem os conhecimentos tradicionais injustamente. Também é verdade que proteção defensiva pode ser muito mais alcançável do que proteção positiva. Isso acontece porque algumas das medidas de proteção defensiva mais discutidas normalmente são basicamente aprimoramentos ou modificações nos direitos de propriedade intelectual já existentes. Proteção positiva requer um sistema completamente novo, cujo desenvolvimento exigirá uma participação muito ativa e comprometida de muitos governos. (ICTSD-UNCTAD, 2003, p. 32, tradução nossa).

Neste exato contexto, Wendland<sup>4</sup> esclarece:

A noção de “proteção” é utilizada em pelo menos dois sentidos, um denotando proteção “positiva” (direcionado ao ganho de direitos de propriedade intelectual sobre expressões culturais tradicionais com a finalidade de comercializá-los e/ou proibir outros que o façam) e a outra acepção como uma forma de proteção “defensiva” (direcionada à prevenção de ganho de direitos de propriedade intelectual sobre expressões culturais tradicionais e suas derivações). Em alguns casos, ao

<sup>3</sup> Solutions to the protection of traditional knowledge in IPR law may be sought in terms of “positive protection” and “defensive protection”. Positive protection refers to the acquisition by the TK holders themselves of an IPR such as a patent or an alternative right provided in a sui generis system. Defensive protection refers to provisions adopted in the law or by the regulatory authorities to prevent IPR claims to knowledge, a cultural expression or a product being granted to unauthorized persons or organizations. It is important to mention here that positive protection measures may also serve to provide defensive protection and vice versa. The distinction between the two, then, is not always clear-cut. To many countries, non-governmental organizations and others, defensive protection is necessary because the intellectual property system, and especially patents, is considered defective in certain ways and allows companies to unfairly exploit TK. It may also be true that defensive protection may be more achievable than positive protection. This is because some of the most commonly-discussed defensive protection measures are basically enhancements to or modifications of existing IPRs. Effective positive protection is likely to require a completely new system whose development will require the very active and committed participation of many governments. (ICTSD-UNCTAD, 2003, p. 32, grifo nosso).

<sup>4</sup> [...] the notion of “protection” is used in at least two senses, one denoting “positive” protection (aimed at gaining intellectual property rights over traditional cultural expressions in order to commercialize them and/or prevent others from doing so) and the other denoting a form of “defensive” protection (aimed at preventing the gaining of intellectual property rights over traditional cultural expressions and derivations therefrom). In some cases at least, it would seem that “defensive” protection against intellectual property can be more important to communities than “positive” protection by intellectual property, especially in respect of sacred and spiritual cultural expressions. (WENDLAND, 2004, p. 100, grifo nosso).

menos se tem a impressão de que a proteção “defensiva” contra propriedade intelectual pode ser mais importante para comunidades do que a proteção “positiva”, especialmente no que se refere às expressões culturais sagradas e espirituais. (WENDLAND, 2004, p. 100, tradução nossa).

Cumprir destacar que o estudo desenvolvido por Graham Dutfield, da ICTSD-UNCTAD, abrange, além dos conhecimentos tradicionais e expressões culturais do folclore, o tema dos recursos genéticos e conhecimentos medicinais das comunidades tradicionais. De maneira simplificada, para cada um dos tipos de sistemas de proteção (defensivo ou positivo) há um conjunto de alternativas para as medidas cabíveis, conforme demonstrado no Quadro 2.

**Quadro 2: Resumo das medidas defensivas e positivas**

Medidas de proteção defensiva	Medidas de proteção positiva
1. Divulgação da origem de fontes genéticas e conhecimentos tradicionais associados ao cumprimento da regulação ABS <ul style="list-style-type: none"> <li>a) certificação de origem / consentimento prévio informado, livre e esclarecido (divulgação do tipo forte)</li> <li>b) divulgação obrigatória / compulsória (divulgação do tipo média)</li> <li>c) divulgação voluntária (divulgação do tipo fraca)</li> </ul>	1. Disposições modelo da UNESCO-WIPO sobre a lei nacional e atos ilícitos sobre as expressões do folclore
2. Banco de dados de conhecimentos tradicionais	2. Modelo de lei sobre direitos autorais nos países em desenvolvimento
3. Proibição de patentes em organismos vivos	3. Direitos de banco de dados
4. Regime de apropriação indébita (ou malversação)	4. Sociedade de coleção biológica mundial
	5. Regime de responsabilidade compensatória

Fonte: ICTSD-UNCTAD Project on IPRs and Sustainable Development.

Antes do detalhamento dos diferentes sistemas de proteção e suas medidas, merecem destaque algumas críticas sobre as controvérsias envolvendo a concessão de patentes nesse campo. A principal delas reside no fato de que a concessão de patentes para invenções que privatizam partes do domínio público tornou-se questionável e todo o sistema de patentes entrou em um sério descrédito. Os regramentos sobre patentes, em tese, não são

adequadamente aplicáveis ao patrimônio imaterial, pois tais bens não são considerados “tecnológicos”. Em seguida, há outras dificuldades conceituais, pois, como é sabido, patentes só podem ser concedidas para invenções “novas”. O problema é que o termo “novidade” é relativo e não absoluto, principalmente se percebido em uma perspectiva cultural. Críticos argumentam que um conhecimento descoberto no passado pode ser tratado como “novo” se a inovação na qual está baseado ainda não foi descoberta pelo mercado.

Por isso mesmo a manutenção da política de inventários, registros e catalogação é tão estratégica, pois, em muitos casos, de acordo com os dispositivos que regulam as patentes no país, apenas a prova de prévia documentação é capaz de revogar a concessão da patente.

Nesse sentido, bem como o caso concreto objeto desta monografia, qual seja, a arte Kusiwa, a avaliação do ICTSD-UNCTAD<sup>5</sup> traz outro exemplo envolvendo índios brasileiros da região amazônica:

[...] para usar o exemplo quinina: os índios da Amazônia conhecem há séculos que a casca da cinchona pode ser utilizada para tratar malária e outras febres. Eles a utilizaram na forma de casca em pó. Em 1839, pesquisadores franceses descobriram o seu princípio ativo, um alcaloide chamado quinina, que poderia ser extraído e utilizado mais eficientemente em forma de sulfato de quinina. Em 1944, a estrutura da molécula do alcaloide (C<sub>20</sub>H<sub>24</sub>N<sub>2</sub>O<sub>2</sub>) foi isolada e descoberta [...] O índio sabe sobre o quinina? Meus senhores, sob a descrição da qualidade da casca que é utilizada para tratar febres, ele obviamente sabe. Eu não creio que importa se ele escolhe rotulá-la de forma animista ou em termos químicos. Ele sabe que a casca contém uma propriedade que faz com que ela seja boa para febre e essa é uma descrição do quinina. Por outro lado, em um contexto diferente, os índios da Amazônia não saberiam sobre quinina. Se fossem apresentados a eles pílulas de sulfato de quinina, eles não as associariam com a casca de cinchona. Eles não conhecem quinina sob a descrição de uma substância em forma de pílulas. E eles certamente não conheceriam o alcaloide sintetizado artificialmente [...] Sob essas circunstâncias, não é surpreendente o fato dos grupos indígenas acreditarem que os sistemas de patente são predatórios e exploradores. Dificilmente esse modelo chegaria perto de um ponto ideal de negócios para a indústria. Tal sistema de patentes faz com que seja muito mais difícil de se desenvolver a confiança no relacionamento entre grupos indígenas, pesquisadores e a indústria, gerando negócios que poderiam beneficiar todas as partes. (ICTSD-UNCTAD, 2003, p. 32, tradução nossa).

<sup>5</sup> [...] to use the example quinine: the Amazonian Indians have known for centuries that cinchona bark can be used to treat malarial and other fevers. They used it in the form of powdered bark. In 1820, French scientists discovered that the active ingredient, an alkaloid called quinine, could be extracted and used more effectively in the form of sulphate of quinine. In 1944, the structure of the alkaloid molecule (C<sub>20</sub>H<sub>24</sub>N<sub>2</sub>O<sub>2</sub>) was discovered [...] Does the Indian know about quinine? My Lords, under the description of a quality of the bark which makes it useful for treating fevers, he obviously does. I do not think it matters that he chooses to label it in animistic rather than chemical terms. He knows that the bark has a quality which makes it good for fever and that is one description of quinine. On the other hand, in a different context, the Amazonian Indian would not know about quinine. If shown pills of quinine sulphate, he would not associated them with the cinchona bark. He does not know quinine under the description of a substance in the form of pills. And he certainly would not know about the artificially synthesized alkaloid. [...] Under these circumstances, it is hardly surprising that indigenous groups believe the patent system to be exploitative and predatory. This is hardly an ideal state of affairs for industry. Such patents make it so much harder for trusting relationships to be developed between indigenous groups and researches and businesses that could benefit all parties. (ICTSD-UNCTAD, 2003, p. 32, grifo nosso).

Ainda no que concerne às críticas relativas às incompletudes dos regimentos disponíveis nos moldes tradicionais de direitos autorais, cumpre destacar que *copyrights* baseiam-se na produção artística individual. A produção do patrimônio imaterial é eminentemente coletiva, sendo, portanto, muito difícil identificar os autores. Consoante Weeraworawit<sup>6</sup>:

O argumento para conferir proteção legal internacional aos recursos genéticos, folclore e conhecimentos tradicionais parte dos direitos focados nos indivíduos presentes nos acordos internacionais de propriedade intelectual, já que enfatiza os direitos coletivos. E a comunidade como um todo é que se beneficia dessa proteção, não somente um indivíduo, já que é a comunidade que mantém a sabedoria tradicional, folclore e recursos genéticos vivos. Críticos defendem que é impossível identificar a fonte de recursos genéticos, folclore ou do conhecimento tradicional. Essa discussão pode ser facilmente refutada tendo por referência os esforços contínuos de organizações internacionais como a UNESCO, no trabalho de coletar dados sobre as expressões de folclore no contexto global e também os esforços de vários países em preservar sua herança nacional. (WEERAWORAWIT, 2002, p. 779, tradução nossa).

Em contrapartida, a ausência quase que universal de acordos de propriedade claramente definidos entre coautores, faz com que a confiança nesta abordagem torne-se difícil. Ademais, é requisito para *copyright* a necessidade de que a obra esteja de alguma maneira reduzida a termo, em algum tipo de registro. E, de maneira geral, as tradições de patrimônio imaterial são transmitidas oralmente. Por fim, há também que se ponderar sobre o necessário equilíbrio na aplicação de dispositivos afetos ao *copyright*, para que a expressão da diversidade não seja engessada. Sobre o tema<sup>7</sup>:

Direitos autorais necessitam que o trabalho literário, dramático, musical ou artístico seja originado de um autor. [...] Herança cultural indígena enfatiza e reitera as

<sup>6</sup> The rationale for giving international legal protection to genetic resources, folklore, and traditional knowledge is the departure from the individual-focused rights in the mainstream international agreements on intellectual property, as it emphasizes the communal rights. It is the community that benefits from the protection, not only any single individual, since it is the community that keeps traditional knowledge, folklore, and genetic resources alive. Critics argue that it is impossible to identify the source of genetic resources, folklore, or traditional knowledge. This argument could be easily defeated by pointing out the ongoing works by international organizations such as UNESCO in collecting data on expressions of folklore in the global context and the efforts of various countries in preserving their national heritage. (WEERAWORAWIT, 2002, p. 779, grifo nosso).

<sup>7</sup> Copyright requires, inter alia, that a literary, dramatic, musical, or artistic work originate from an author. [...]. Indigenous cultural heritage often emphasizes and reiterates the expression of past generations and any evolution of the past that occurs does so only incrementally. In their desire to preserve the past, indigenous authors may commensurately and unwittingly actually limit their eligibility for copyright privileges. [...]. copyright protection also requires that works be fixed in material form. Indigenous cultural traditions are mostly oral and may have never been recorded in any material form whatsoever. [...]. An appropriate balance in copyright law is also vital for maintaining and enhancing basic freedoms in a democratic society. Thus, copyright serves as an incentive for the creation and dissemination of original expression that is free of government regulation, supporting basic concepts of individual liberty. On the other hand, overly strong copyright protection can stifle rather than promote expressive diversity. (PATERSON, KARJALA, 2003, p. 639, grifo nosso).

expressões de gerações passadas e qualquer mudança só é feita de modo incremental. Em seu desejo de preservar o passado, autores indígenas podem inadvertidamente limitar a sua elegibilidade de direitos autorais. [...] proteção de direitos autorais também exige que o trabalho seja materialmente estável. Tradições culturais indígenas são, em sua maioria, orais e podem nunca terem sido gravadas em qualquer forma material. [...] Um equilíbrio na lei de direitos autorais é vital para manter e melhorar liberdades básicas em uma sociedade democrática. Assim, direitos autorais servem como um incentivo para a criação e disseminação de expressões tradicionais que independem de regulações governamentais, apoiando conceitos básicos de liberdade individual. Por outro lado, proteção demasiadamente forte aos direitos autorais pode sufocar (inibir) a diversidade de expressão ao invés de promovê-la. (PATERSON; KARJALA, 2003, p. 639, tradução nossa).

Tanto na abordagem defensiva quanto na positiva, as comunidades indígenas e/ou tradicionais pleiteiam direitos básicos, que repercutem em um amplo espectro de proteção. De acordo com Wendland<sup>8</sup>:

- Em termos gerais, povos indígenas e outras comunidades pleiteiam o direito de controlar o acesso, a revelação e o uso de seus conhecimentos tradicionais e expressões culturais tradicionais. Mais especificamente em relação à expressão artística eles pedem por:
- proteção de produções literárias e artísticas tradicionais contra reprodução não autorizada, adaptação, distribuição e outros, como prevenção contra o uso de seus elementos culturais ou espirituais de forma aviltante ou depreciativa;
- proteção de prevenção contra alegações enganosas sobre a autenticidade e a origem, bem como falha em reconhecer a correta fonte originária;
- artesanato, especialmente contra a imitação do seu "estilo";
- proteção contra o registro de sinais tradicionais e símbolos como marcas. (WENDLAND, 2004, p. 100, tradução nossa).

Na seara da proteção defensiva tem-se a divulgação das fontes genéticas e organismos vivos, com o objetivo de buscar uma distribuição mais justa e equitativa dos benefícios oriundos desses conhecimentos, tais como previstos na Convenção da Diversidade Biológica (CBD).

Olhando para a experiência internacional, a Bélgica avançou consideravelmente na legislação de patentes, pois exige que os requerentes apresentem como documentação obrigatória o consentimento prévio informado e esclarecido, a previsão de acordos

---

<sup>8</sup> In general terms, indigenous and other communities argue for the right to control access to and disclosure and use of their traditional knowledge and traditional cultural expressions. More specifically, and in respect of artistic expressions in particular, they call for: - protection of traditional literary and artistic productions against unauthorized reproduction, adaptation, distribution, performance and other such acts as well as prevention of insulting, derogatory and/or culturally and spiritually offensive uses; - protection of handicrafts, particularly against imitation of their "style" [neste ponto, especificamente o objeto do caso da arte Kusiwa]; - prevention of false and misleading claims to authenticity and origin/failure to acknowledge source;- protection against the registration of traditional signs and symbols as trademarks. (WENDLAND, 2004, p. 100, grifo e comentários nossos).

mutuamente pactuados de compartilhamento de benefícios e que todos os termos da patente estejam em conformidade com as disposições da CBD.

Com efeito, é notável que alguns países tenham decidido adiantar-se e não esperar determinação da WTO para adotarem essas medidas, tais como a comunidade andina, que já possui acordo nesse sentido vigendo desde dezembro de 2000. Ainda sobre o fomento das experiências internacionais, como pontuado por Wendland<sup>9</sup>, tem-se que:

Nova Zelândia, Estados Unidos da América e Comunidade Andina estão utilizando medidas *sui generis* específicas para combater o registro não autorizado de sinais e símbolos indígenas e tradicionais como marcas. Na Nova Zelândia, por exemplo, já não é possível registrar uma marca se o seu uso ou registro é considerado potencialmente ofensivo a uma parte significativa da comunidade, incluindo os povos indígenas daquele país, os Maori. A lei dos ofícios e das artes indígenas dos EUA, 1990 (IACA) protege artesãos nativos americanos, assegurando a autenticidade dos artefatos indígenas, sob a autoridade da Câmara dos Ofícios e Artes Indígenas. A IACA impede a comercialização de produtos que não são feitos por índios, tal como definido pela Lei. (WENDLAND, 2004, p. 100, tradução nossa).

Contudo, tais ações não estão imunes às críticas. Há certas dificuldades práticas, já apontadas pela Câmara Internacional do Comércio, pois em muitos países ainda não existem autoridades legalmente constituídas competentes para fornecer a documentação de certificação de origem e para atuar na executoriedade e cumprimento dessas obrigações.

Ainda no plano defensivo, a Índia desenvolveu uma sofisticada biblioteca digital de conhecimentos tradicionais, que possui informações sobre conhecimentos medicinais do sistema ayurvédico e um vasto inventário de plantas medicinais. Sobre a ação de elaboração de banco de dados, as principais dificuldades estão relacionadas a como deve ser feita essa catalogação e, principalmente, em que medida haverá a participação efetiva dos reais detentores do patrimônio imaterial. Nesse sentido<sup>10</sup>:

Por enquanto, ainda não há consenso entre os delegados na WIPO IGC de que somente os conhecimentos tradicionais registrados devem ser inseridos e que os bancos de dados devem estar disponíveis apenas para os examinadores de patentes.

<sup>9</sup> New Zealand, the United States of America and Andean Community have already put in place specific sui generis measures to combat the unauthorized registration of indigenous and traditional signs and symbols as trademarks. In New Zealand, for example, it is no longer possible to register a trademark if its use or registration is considered likely to offend a significant section of the community, including the indigenous people of that country, the Maori. [...] The Indian Arts and Crafts Act, 1990 (the IACA) of the USA protects Native American artisans by assuring the authenticity of Indian artefacts under the authority of an Indian Arts and Crafts Board. The IACA prevents the marketing of products are not made by Indians as defined by the Act. (WENDLAND, 2004, p. 100, grifo nosso).

<sup>10</sup> As yet, there is no consensus among delegates at the WIPO IGC that only published TK should be entered and that the databases should be available only to patent examiners. It seems fair that TK holders should have the right to veto the inclusion of their knowledge in a database and to have their views respected on how or whether access to it should be regulated. (ICTSD-UNCTAD, 2003, p. 36, grifo nosso).

Parece justo que os detentores dos conhecimentos tradicionais devem ter o direito de vetar a inclusão de seu conhecimento em um banco de dados e ter suas opiniões respeitadas sobre como o acesso a essas informações deve ser regulamentado. (ICTSD-UNCTAD, 2003, p. 36, tradução nossa).

Outra ação no campo da proteção defensiva é a de banimento de patentes de organismos vivos. A rigor, permitir o patenteamento de sementes, plantas e demais materiais biológicos é deixar que esses conhecimentos e recursos das comunidades tradicionais e indígenas locais tornem-se suscetíveis de apropriação. Recentemente, em 13 de junho de 2013, foi noticiada em todo o mundo a decisão da Suprema Corte Americana que considerou proibido patentear códigos genéticos de organismos vivos. Esta decisão, em termos jurisprudenciais, foi muito importante para consolidar a posição “*no patents on life*”.

Mais uma medida defensiva seria a adoção de certos dispositivos afetos ao regime da apropriação indébita, para os quais, como na tradição do direito civil, poderiam ser impostas obrigações de fazer e de não fazer (abstenção). Teoricamente<sup>11</sup>:

Professor Carlos Correa propôs o desenvolvimento de um regime de apropriação indébita. De acordo com esta proposta, as leis nacionais estariam livres para determinar os meios para evitá-la, incluindo remédios penais e civis (como a obrigação de parar de usar o conhecimento relevante ou de pagar uma compensação por tal uso), bem como a forma de capacitar as comunidades para o exercício dos seus direitos. As leis nacionais devem garantir a correta atribuição aos povos indígenas e suas obras artísticas, literárias e culturais. Atribuição deverá ser em forma de uma marca comercial ou uma denominação de origem, autorizada pelos povos ou comunidades interessados. (ICTSD-UNCTAD, 2003, p. 37, tradução nossa).

A aplicação de normas do regime de apropriação indébita deverá conter alguns elementos, tais como uma vasta documentação e inventário (afinal de contas, só se gerencia aquilo que se mede, e só pode ser medido o que é previamente conhecido), a adoção de diretrizes gerais e a incorporação de conceitos desse ramo do direito, como concorrência desleal, direitos morais e direitos culturais.

Tais ideias parecem servir como uma boa base de reflexão para o caso da arte Kusiwa. Ainda sobre conceitos de concorrência desleal, direitos morais e culturais vale destacar<sup>12</sup>:

---

<sup>11</sup> Professor Carlos Correa has proposed the development of a misappropriation regime. According to this proposal: National laws would be free to determine the means to prevent it, including criminal and civil remedies (such as an obligation to stop using the relevant knowledge or to pay compensation for such use) as well as how to empower communities for the exercise and enforcement of their rights. [...] National laws should ensure the labeling and correct attribution of indigenous peoples’ artistic, literary and cultural works whenever they are offered for public display or sale. Attribution should be in form of a trademark or an appellations of origin, authorized by the peoples or communities concerned. (ICTSD-UNCTAD, 2003, p. 37, grifo nosso).

Concorrência desleal lida com situações em que os titulares dos conhecimentos tradicionais envolvidos em atividades comerciais como, por exemplo, relativas a *know-how*, plantas medicinais, obras de arte ou artesanato, tiveram seus negócios impactados por práticas comerciais desleais cometidas por outros. [...] Os direitos morais são contemplados no sexto artigo da Convenção de Berna e, geralmente, consistem no direito dos autores a serem identificados como tal (por vezes referido como o direito de paternidade), e de invocar seus direitos à honra ou reputação (o direito de integridade). [...] A cultura é uma característica dos grupos, não de indivíduos [...] estamos falando de direitos coletivos, o privilégio que um grupo goza de outros, vis-à-vis a manter o seu estilo e maneira de viver. (ICTSD-UNCTAD, 2003, p. 38, tradução nossa).

A apropriação indébita, inegavelmente, representa um avanço nas tentativas de proteger as culturas tradicionais de formas injustas e desleais de competição. Porém, os problemas da aplicação do regime de apropriação indébita para a proteção do patrimônio imaterial são basicamente os mesmos da abordagem tradicional dos direitos de propriedade intelectual, quais sejam: medidas focadas no âmbito econômico, o que nem sempre alcança as reais necessidades dos detentores e atores das comunidades envolvidas. Assim<sup>13</sup>:

[...] envolve muitos dos mesmos problemas que surgiram em relação aos direitos de propriedade intelectual, discutidos acima. O principal dilema é que o delito de apropriação indébita, por sua vez, concentra-se mais em direitos econômicos e perdas econômicas. Alegações de apropriação indígena ultrapassam esse escopo e não serão inteiramente contempladas por um instrumento que seja de natureza eminentemente econômica. (PATERSON; KARJALA, 2003, p. 659, tradução nossa).

De outro giro, no âmbito da proteção positiva, é proposto um sistema de proteção do patrimônio imaterial que mescla regras do regime de propriedade e do de responsabilidade<sup>14</sup>.

[...] qual a diferença entre propriedade e regimes de responsabilidade? O regime de propriedade reveste-se exclusivamente dos direitos proprietários, nos quais a questão mais fundamental é o direito de recusar, autorizar e determinar as condições para o acesso à propriedade. Para que esses direitos signifiquem algo, naturalmente, deve ser possível para os titulares aplicá-los efetivamente. Um regime de responsabilidade é como um sistema de "usar agora e pagar depois", segundo o qual

<sup>12</sup> Unfair competition would deal with situations in which TK holders engaged in commercial activities relating, for example, to know-how, medicinal plants, artworks or handicrafts had their trade affected by certain unfair commercial practices committed by others. [...] Moral rights are provided in Article 6 bis of the Berne Convention, and usually consist of the right of authors to be identified as such (sometimes referred to as the right of paternity), and to object their honor or reputation (the right of integrity). [...] Culture is a characteristic of groups, not of individuals [...] we are speaking of group rights, the privilege that a group enjoys vis-à-vis others to maintain its style and strategy of living. (ICTSD-UNCTAD, 2003, p. 38).

<sup>13</sup> [...] involve many of the same problems that have arisen in relation to IPRs, discussed above. The principal dilemma is that the tort of misappropriation once again focuses on economic rights and economic losses. Indigenous appropriation claims extend beyond this focus and will not be addressed by a remedy that is purely economic in nature. (PATERSON, KARJALA, 2003, p. 659, grifo nosso).

<sup>14</sup> [...] what the difference between property and liability regimes? A property regime vests exclusive rights in owners, of which the right to refuse, authorize and determine conditions for access to the property in question are the most fundamental. For these rights to mean anything, it must of course be possible for holders to enforce them. A liability regime is a "use now pay later" system according to which use is allowed without the authorization of the right holders. But it is not free access. Ex-post compensation is still required. (ICTSD-UNCTAD, 2003, p. 39, grifo nosso).

o uso é permitido, sem a autorização dos titulares dos direitos. Mas não é de acesso gratuito. Ainda seria necessária a compensação *ex-post*. (ICTSD-UNCTAD, 2003, p. 39, tradução nossa).

Na seara da proteção positiva, a questão que surge é se os direitos devem ser reivindicados por meio do registro ou se os direitos existem em lei, independentemente de serem ou não declarados à agência governamental responsável por esse registro. Em termos jurídicos, o ponto central é se o registro conferido pelo governo tem natureza jurídica constitutiva ou meramente declaratória. Parece justo que os direitos devam existir independentemente de serem declarados pelo governo, pois tais direitos não se exaurem pela publicação e inventariamento, a menos que os titulares tenham concordado em renunciar as suas reivindicações.

Em 1982, um Comitê de especialistas governamentais da WIPO e UNESCO elaborou um modelo de disposições para leis nacionais sobre ilicitudes cometidas contra o patrimônio imaterial. Neste sentido, foram consideradas exploração ilícita as condutas efetuadas com intenção lucrativa e fora de seu contexto tradicional ou costumeiro para as comunidades detentoras dos bens imateriais. Segundo esse modelo<sup>15</sup>:

[...] são especificados 4 tipos de ações das quais os agressores devem responder se vierem a cometer esses delitos:

- A não indicação da comunidade e/ou da origem geográfica, de uma expressão de folclore em publicações impressas e outras comunicações ao público;
- Uso não autorizado de uma expressão de folclore onde as autorizações seriam requeridas;
- Enganar deliberadamente o público sobre a origem étnica de uma produção;
- Qualquer uso público que distorça a produção de uma forma prejudicial aos interesses culturais da comunidade em questão. (ICTSD-UNCTAD, 2003, p. 41, tradução nossa).

Em 1976, um modelo de lei sobre direitos autorais foi adotado pela Tunísia, desenvolvido em parceria com a UNESCO e WIPO. Nesse regramento, algumas inovações foram notáveis, tais como a proteção ao folclore nacional não possuir termo final predeterminado, foram afirmados direitos morais, medida para coibir a exploração comercial inadequada, e o conceito do domínio público na versão remunerada. Tal modelo influenciou

---

<sup>15</sup> [...] four types of “prejudicial action” are specified that offenders may be liable or punished for committing: failure to indicate the community and/or geographical source of an expression of folklore in printed publications and others communications to the public; unauthorized use of an expression of folklore where authorizations is required; deliberately deceiving the public about the ethnic source of a production; any kind of public use that distorts the production in a manner prejudicial to the cultural interests of the community concerned. (ICTSD-UNCTAD, 2003, p. 41).

leis de países africanos, bem como a lei da Bolívia de direitos autorais, de 1992, que incorporou o domínio público remunerado.

A adoção da medida de direito de banco de dados coaduna-se com o disposto no artigo 39.3 do TRIPs. A ideia geral é que o governo protege o dado contra o uso comercial injusto e isso permite a possibilidade de que certa informação seja protegida contra o abuso comercial mesmo quando for divulgada para o público. Para adequá-la às necessidades da proteção e salvaguarda do patrimônio imaterial, segundo a análise da ICTSD-UNCTAD, o sistema deve conter três características<sup>16</sup>:

- [...] o estabelecimento do direito à informação;
- o cumprimento da proteção ao direito à informação contra seu uso por terceiros não autorizados;
- a não fixação de um prazo pré-determinado de proteção. (ICTSD-UNCTAD, 2003, p. 42, tradução nossa).

Ainda no âmbito das medidas positivas, está a criação de uma sociedade de biocoleção global, *Global Biocollecting Society* (GBS), que funcionaria como um repositório do conhecimento comunitário registrado de modo voluntário. A GBS, tal como proposta originariamente, por sua natureza imparcial e consultiva, poderia prover outras funções, tais como auxiliar em soluções de controvérsias e elaborar recomendações que não seriam de natureza juridicamente vinculante.

Outra alternativa no segmento da abordagem afirmativa é o regime de responsabilidade compensatória, para o qual o patrimônio imaterial e o conhecimento tradicional são tomados analogamente como *know-how*, ou seja, um conhecimento com aplicação prática, mas não suficientemente inventivo para ser patenteado.

Nesse ponto vale destacar que alguns países têm adotado um sistema *sui generis*, que mescla medidas contempladas pelas duas abordagens. De acordo com WIPO, a legislação aprovada pelo Panamá (junho de 2000) e pelo Peru (agosto de 2002) consubstancia-se em exemplo abrangente de proteção aos conhecimentos tradicionais.

A partir do relato dessas experiências, trazem-se para o debate algumas considerações que merecem uma reflexão mais aprofundada. Sobre os limites e incompletudes dos instrumentos da política de salvaguarda, em primeiro lugar tem-se o problema de

---

<sup>16</sup> [...] the establishment of rights in data; the enforceability of rights in the data against their use by unauthorized thirds parties; and the non-fixation of a predetermined term of protection. (ICTSD-UNCTAD, 2003, p. 42).

extraterritorialidade, ou seja, mesmo tendo uma lei nacional bem estruturada ela não terá efeitos extraterritoriais.

Conseqüentemente, é consenso que a construção de um arcabouço legal internacional sobre o sistema deverá ser flexível o bastante para acomodar a diversidade jurisprudencial. A complexidade do tema não comporta uma única solução possível, que seja aplicável a todos os casos. Em terceiro lugar, para que o sistema seja efetivo, deve ser desenhado em colaboração muito próxima com os reais detentores dos conhecimentos tradicionais e titulares do patrimônio imaterial, para que reflita suas necessidades reais.

A posição da WIPO vem avançando gradativamente no sentido de firmar a flexibilidade para abarcar todas as dimensões da proteção e a impossibilidade de uma única solução. Até porque, em última análise, trata-se de comportar a própria diversidade cultural. Nas considerações de Wendland<sup>17</sup>:

Consultas às comunidades, que estão atualmente em curso da WIPO, demonstraram claramente que a dimensão da propriedade intelectual é apenas uma parte que deve ser complementada de forma holística com medidas integradoras de preservação, proteção e suporte das culturas tradicionais e dos povos que as praticam. Os dispositivos de propriedade intelectual não são muito úteis na tentativa de atender a essas necessidades. Assim, para além de existir um sistema de propriedade intelectual devem-se adaptar novos dispositivos dos modelos *sui generis*, incluindo regras sobre concorrência desleal, e também incluir opções de dispositivos não ligados diretamente aos direitos de propriedade tradicionais, tais como algumas regras de práticas de comércio e leis de marcas, contratos, direito consuetudinário e dispositivos relativos aos indígenas, as leis de preservação do patrimônio cultural e de direito comum, e também instrumentos como a vedação ao enriquecimento sem causa, o direito de publicidade contra o uso inadequado causador de blasfêmia. Provavelmente, não há um único caminho, de cima para baixo, uma única solução que possa proteger adequadamente os conhecimentos tradicionais e expressões artísticas do mundo todo, de forma que os avanços das prioridades de desenvolvimentos nacionais de todos os países possam refletir uma visão

<sup>17</sup> WIPO's ongoing consultations with communities have clearly demonstrated that the intellectual property dimension is and can only form part of and complement holistic and integrated measures for the preservation and protection of traditional cultures and of the peoples and societies that practice and sustain them. [...] In attempting to meet these needs, non-intellectual property options are useful too. So, in addition to existing intellectual property system (including unfair competition), adapted intellectual property rights (*sui generis* aspects of intellectual property systems) and new, stand-alone *sui generis* system, non-intellectual property options could include trade practices and labeling laws, contracts, customary and indigenous law, cultural heritage preservation laws, and common-law remedies such as unjust enrichment, the right of publicity and blasphemy. [...] There is probably no single, top-down, "one size fits all" solution that can adequately protect all the world's traditional knowledge system and artistic expressions in a way that advances the national developmental priorities of all countries, reflects ancient and diverse customary laws and protocols, accommodates different legal and cultural environments, and meets the various and locally rooted interests and needs of the world's cultural communities. It is after all, the precious diversity of distinct communities and cultures that is at stake. In the end, some broadly agreed common principles, coupled with more detailed elements in the form of "menus of options" might be the most appropriate and workable outcome. A wish for flexibility at the national and community levels will also need to be balanced with the desire on the part of many stakeholders for a form of international enforcement. In addition, intellectual property-related outcomes must complement and take account of instruments and developments in the other policy areas, necessitating close co-operation between WIPO and other relevant international forums such as UNESCO. The challenges ahead are many. (WENDLAND, 2004, p. 101, grifo nosso).

diversificada das leis e protocolos, acomodando ambientes legais e culturais diferentes, e atendendo aos diversos interesses e as necessidades culturais localmente enraizadas de todas as comunidades culturais do mundo. O que está em jogo, afinal, é a preciosa diversidade cultural das diversas comunidades. No final, alguns princípios comuns amplamente acordados, juntamente com os elementos mais detalhados na forma de "menus de opções" poderia ser o resultado mais adequado e viável. Um desejo de flexibilidade nos níveis nacional e comunitário também precisa ser compatibilizado com o desejo de muitos interessados por uma forma de aplicação internacional. Além disso, os resultados relacionados à propriedade intelectual devem considerar os instrumentos desenvolvidos em outras áreas de políticas públicas, necessitando de uma cooperação estreita entre a WIPO e outros fóruns internacionais relevantes, tais como a UNESCO. Os desafios são muitos. (WENDLAND, 2004, p. 101, tradução nossa).

O resultado do trabalho da WIPO, talvez não tenha, até o momento, conseguido ser tão expressivo quanto pretendia. Contudo, é inequívoco o progresso em aspectos de natureza mais sutil, pois as necessidades e preocupações dos índios e outras comunidades tradicionais estão agora no centro das formulações de políticas públicas sobre as questões de propriedade intelectual.

A rigor, o trabalho do Comitê da WIPO continua a ser um processo de revisão dos princípios fundamentais, estudos de novas hipóteses na área de propriedade intelectual, por meio de coleta e análise de atuais experiências no tema envolvendo conhecimentos tradicionais e expressões culturais. Essas informações práticas e empíricas estão disponíveis para acesso, contribuindo para que as soluções encontradas pelos diversos países possam ser viáveis, funcionais e realmente úteis para as comunidades envolvidas. De igual modo, a WIPO também atua fornecendo assistência de capacitação para estados, organizações regionais e outros atores, auxiliando no desenvolvimento de regramentos e instrumentos legais, na organização de *workshop* e estudos práticos sobre leis consuetudinárias na área, bem como prestando auxílio na elaboração de guias práticos de proteção das expressões culturais. Nesse sentido<sup>18</sup>: “[...] essas medidas não são um salto global espetacular. No entanto, essas práticas e técnicas são, indiscutivelmente, os primeiros passos para uma construção significativa e valiosa.” (WENDLAND, 2004, p. 1.104, tradução nossa).

Na seara da experiência internacional, vale destacar certos aprendizados conferidos pelo *Agreement on Trade-Related aspects of intellectual property rights* (TRIPs). O Acordo, sobre aspectos de direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio, é um tratado internacional, integrante do conjunto de acordos assinados em 1994 que encerrara a Rodada Uruguai e criou a OMC. A rigor, o Acordo TRIPs não se refere expressamente ao patrimônio imaterial e a conhecimentos tradicionais. Contudo, muitos de seus dispositivos podem ser

---

<sup>18</sup> [...] no spectacular, global leap, to be sure. Yet, these kinds of practical, technical and norm-building first steps are arguably at least as valuable and practically meaningful. (WENDLAND, 2004, p. 1.104).

aplicáveis, por analogia, aos conceitos afetos aos conhecimentos tradicionais. Nessa direção, tem-se<sup>19</sup>: “O acordo dos TRIPs é omissivo sobre os conhecimentos tradicionais, recursos genéticos, folclore e biodiversidade. No entanto, possui certos dispositivos que poderiam ser interpretados em favor do acesso e transferência de tecnologia.” (WEERAWORAWIT, 2002, p. 779, tradução nossa). Ademais, Paterson e Karjala complementam<sup>20</sup>:

[...] como os TRIPs agora obrigam os membros a impedir a utilização de falsas indicações geográficas de origem de produtos. Mais uma vez, onde a lei de marcas se revelarem insuficientes, a disposição estatutária ao longo das linhas do acordo TRIPs teve como objetivo identificar os grupos com uma reivindicação legítima dos direitos de certificação e ajudá-los a protegê-los como fonte de seus produtos, sem precisar de recurso à aplicação do IPRS. (PATERSON; KARJALA, 2003, p. 667, tradução nossa).

Segundo a análise da ICTSD-UNCTAD, a construção do sistema internacional deve conter os seguintes elementos<sup>21</sup>:

[...] Os componentes seguintes foram sugeridos para a montagem de um quadro comparativo abrangendo o reconhecimento internacional de vários sistemas *sui generis*, o direito consuetudinário e outros para proteção dos conhecimentos tradicionais:

- proteção local aos direitos dos detentores dos conhecimentos tradicionais por meio de regimes nacionais *sui generis*, incluindo leis consuetudinárias e outros elementos, bem como a sua aplicação efetiva, principalmente por meio do sistema de proteção para os conhecimentos tradicionais;
- proteção do conhecimento tradicional por meio de registros de bancos de dados (inventário) de conhecimentos tradicionais, a fim de evitar a apropriação indevida;
- um processo por meio do qual é permitido o uso de conhecimento tradicional de um país, especialmente para a busca de proteção dos direitos de propriedade intelectual ou comercialização, depois de a autoridade nacional competente do país de origem conceder um certificado de fonte de origem que será divulgado com o

<sup>19</sup> The TRIPs Agreement is silent on traditional knowledge, genetic resource, folklore and biodiversity. However, it has certain provisions that could be interpreted in favor of the concept of transfer of technology and access. (WEERAWORAWIT, 2002, p. 779).

<sup>20</sup> [...] as TRIPs now requires members to prevent the use of false indications of a product's geographic origins. Again, where traditional trademark Law proves insufficient, a modest statutory provision along the lines of the TRIPs agreement aimed at identifying the groups with a legitimate claim to certification rights would help protect them as the source of their products, without resort to the blunderbuss approach of applying IPRS. (PATERSON; KARJALA, 2003, p. 667).

<sup>21</sup> [...] the following components of a framework for international recognition of various *sui generis* systems, customary law and others for protection of TK were suggested: local protection to the rights of TK holders through national level *sui generis* regimes including customary laws as well as others and its effective enforcement inter alia through systems such as positive comity of protection system for TK; protection of traditional knowledge through registers of TK databases in order to avoid misappropriation; a procedure whereby the use of TK from one country is allowed, particularly for seeking IPR protection or commercialization, only after the competent national authority of the country of origin gives a certificate that source of origin is disclosed and prior informed consent, including acceptance of benefit sharing conditions; an internationally agreed instrument that recognizes such national level protection. This would not only prevent misappropriation but also ensure that national level benefit sharing mechanisms and laws are respected worldwide. (ICTSD-UNCTAD, 2003, p. 48, grifo nosso).

consentimento prévio, incluindo a aceitação de condições de compartilhamento de benefício;

- um instrumento pactuado internacionalmente que reconhece tal proteção no nível nacional. Isto evitaria não só a apropriação indevida, mas também garantiria que os mecanismos de repartição de benefícios nos níveis nacionais fossem respeitados em todo o mundo. (ICTSD-UNCTAD, 2003, p. 48, tradução nossa).

Por fim, sobre os limites dos instrumentos de políticas, deve ser pontuado que, para que a política de proteção seja efetiva, não pode estar descolada da realidade dessas comunidades tradicionais, em todas as suas dimensões, fragilidades e vicissitudes, tais como extrema pobreza, degradação social, violação de direitos humanos, entre outros. Nesse diapasão<sup>22</sup>:

Finalmente, deve ser advertido que a elaboração de um sistema mais sofisticado e elaborado é inútil se os potenciais utilizadores e beneficiários não tiverem conhecimento de sua existência e/ou tiverem preocupações mais imediatas, como a pobreza extrema, a privação e a degradação social causadas pelo reconhecimento insuficiente de seus direitos básicos. Ele também irá falhar se não levar em conta as suas visões de mundo e as normas costumeiras. Mas em todos os demais casos, os grupos indígenas e os detentores dos conhecimentos tradicionais sofrem de extrema pobreza, problemas de saúde, desemprego, falta de acesso a terra e aos recursos essenciais e violações dos direitos humanos. Com tantos problemas imediatos à espera de uma solução, existem sérios limites para o que pode ser alcançado em Genebra. (ICTSD-UNCTAD, 2003, p. 47, tradução nossa).

Posteriormente ao Decreto nº 3.551/00, no âmbito da FUNAI, foi publicada a Portaria nº 177, de 16 de fevereiro de 2006, que, de maneira geral, caracterizou-se como uma ferramenta mais efetiva para coibir a exploração do uso comercial inadequado dos bens culturais dos povos indígenas.

Diante de todo esse quadro comparativo, resta evidenciado que a reflexão sobre a elaboração de regulação sobre a propriedade intelectual e sobre os instrumentos de implementação de políticas culturais ainda está sujeita a muitas divergências e polêmicas. É notório o fato de que as formas de produção e circulação de conhecimento entre os coletivos indígenas envolvem interações específicas que não se limitam às categorias que hoje norteiam a legislação brasileira sobre propriedade intelectual. Nesse sentido, a demanda dos Wajãpi pelo esclarecimento do que implica o processo de registro de bens culturais de natureza

<sup>22</sup> Finally, it must be cautioned that devising the most sophisticated and elaborate system is useless if the potential users and beneficiaries are unaware of its existence and/or have more immediate concerns such as extreme poverty, deprivation and societal breakdown caused by the insufficient recognition of their basic rights. It will also fail if it does not take their world views and customary norms into account. (...) But in all too many cases, indigenous groups and TK holders suffer from extreme poverty, ill health, unemployment, lack of access to land and essential resources, and human rights violations. With so many immediate problems awaiting a solution, there are serious limits to what can be achieved in Geneva. (ICTSD-UNCTAD, 2003, p. 47, grifo nosso).

imaterial trouxe também a necessidade de refletir sobre a elaboração de legislação que leve em conta os bens registrados e as relações com o mercado.

## **6 NOVOS TEMPOS NAS POLÍTICAS DE SALVAGUARDA: RESPOSTA AOS DESAFIOS DA PRODUÇÃO DO TRABALHO IMATERIAL**

O estudo de caso tratado neste trabalho coloca em pauta a nova estrutura do capitalismo e aponta, entre outras coisas, para uma crescente culturalização da economia, com avanço do trabalho intelectual, para mudanças concomitantes nos padrões do consumo, bem como para a limitada capacidade do Estado de lidar com essa problemática.

À luz dessas reflexões, abre-se, agora, um terceiro período de organização do poder: aquele da política da comunicação ou, também, da luta para o controle ou para a libertação do sujeito da comunicação. O caso da arte Kusiwa expressa perfeitamente a disputa de poder em torno do novo regime de produção do trabalho imaterial.

De fato, o conceito de trabalho imaterial define, portanto, não somente uma nova qualidade do trabalho e do prazer, mas também novas relações de poder e, por consequência, novos processos de subjetivação. A rigor, o trabalho imaterial encontra-se no cruzamento dessa nova relação produção/consumo, tão bem retratada no abuso comercial da arte Kusiwa.

A particularidade da mercadoria produzida pelo trabalho imaterial (pois o seu valor de uso consiste essencialmente no seu conteúdo informativo e cultural) está no fato de que ela não se destrói no ato do consumo, mas alarga, transforma, cria o ambiente ideológico e cultural do consumidor. Nela, a produção da “mais-valia” capitalista, a forma de autoprodução do capital, assume uma nova configuração. Nesse ponto, o trabalho imaterial impõe profundas transformações nas formas de produção, consumo, fruição e proteção dos bens culturais, que são, por essência, bens imateriais. É exatamente por isso que o trabalho imaterial relaciona-se diretamente com a construção do patrimônio imaterial.

Em todos os momentos do debate, tanto na etapa da concepção do regime de proteção e salvaguarda do patrimônio imaterial quanto depois da edição do Decreto, e também na fase da implementação da política, bem como na experiência concreta do registro da arte Kusiwa dos Wajãpi, ficou bastante claro que esses bens possuem valor e, por isso, estão expostos às pressões mercadológicas. Considerando essa abordagem, na perspectiva de Tamaso tem-se que:

Contudo, o valor simbólico atribuído àquela referência cultural, ao ser amplamente divulgado, desencadeia ou potencializa a incorporação de valor econômico.

No sentido econômico, segundo Gorz, “o valor” designa sempre o valor de troca de uma mercadoria na sua relação com outras. Referências culturais tradicionais não podem ser trocadas porque, obviamente, não têm sentido no valor econômico. (GORZ, 2005, p. 30). Contudo, Gorz salienta que: se não podem ser apropriadas ou “valorizadas”, as riquezas naturais e os bens comuns podem ser confiscados pelo

viés das barreiras artificiais que reservam o usufruto delas aos que puderem pagar um direito de acesso. A privatização das vias de acesso permite transformar as riquezas naturais e os bens comuns em quase mercadorias que proporcionarão uma renda aos vendedores de direito de acesso. (GORZ, 2005, p. 31).

O controle do acesso aos bens patrimoniais, como “uma forma privilegiada de capitalização das riquezas imateriais” (GORZ, 2005, p. 31), tem estado frequentemente no controle das elites culturais.

Ao refletir sobre as atribuições de valor aos bens culturais, Arantes reconhece dois eixos sobre os quais se estruturam as “mudanças produzidas pelas políticas de patrimônio sobre as culturas locais”: um valor de uso, referente à natureza simbólica, e um valor de troca, referente à natureza alegórica (ARANTES, 2001, p. 134). Seriam dois aspectos dos mesmos bens culturais. Em um aspecto, o bem patrimonial se constitui em um símbolo (unidade sensorial entre signo e referente) e, por isso, é constantemente transformado pelo “trabalho social de produção simbólica”. O segundo aspecto do bem patrimonial, o valor de troca, é o modo como a “cultura participa da política de identidade e dos jogos de mercado”. (TAMASO, 1998, p. 134, grifo nosso).

O principal obstáculo para a proteção dos bens imateriais, tal como garantido pela propriedade intelectual, é a produção coletiva. O registro do INPI está pautado pela autoria individualizada e, neste sentido, alinhado com a velha forma de produção capitalista.

Ocorre que se vive um capitalismo atravessado pelo regime de produção pautado pelo trabalho imaterial, que se constitui em formas imediatamente coletivas e não existe, por assim dizer, senão sob a forma de rede e fluxo. A submissão à lógica capitalista da forma de cooperação e do “valor de uso” dessa atividade não tolhe a autonomia e a independência da sua constituição e do seu sentido.

Consoante o argumento de Negri, a principal consequência dessa consideração é a de que a especificidade desse tipo de produção não deixa somente a sua marca na “forma” do processo de produção, estabelecendo uma nova relação entre produção e consumo, mas põe também um problema de legitimidade da apropriação capitalista desse processo, e isso vale principalmente para os bens culturais. Esta cooperação não pode, em nenhum caso, ser predeterminada pelo poder econômico, porque se trata da própria vida da sociedade. Os setores econômicos podem somente apropriar-se das formas e dos produtos dessa cooperação, normatizá-los e padronizá-los (NEGRI, 2003, p. 36).

Ao poder econômico não resta senão a possibilidade de gerir e regular a atividade do trabalho imaterial e de criar os dispositivos de controle e de criação do público/consumidor, por meio do controle da tecnologia da comunicação e da informação e dos seus processos organizativos, ou seja, criar “pedágios”, funcionar como um intermediário para a fruição e consumo dos bens culturais, para os quais deve ser recolocada a questão da propriedade.

Nessa linha de raciocínio, principalmente para patrimônio imaterial, a ideia de cooperação ganha enorme relevância, e esse fenômeno pode ser entendido como uma resposta à economia do trabalho imaterial. Os novos modos de produção cultural desenvolvem essa grande potência de cooperação do trabalho imaterial.

Assim, o deslocamento em favor da participação social observado no percurso da política patrimonial resulta do desenvolvimento de uma abertura da história a sujeitos sociais antes silenciados ou ignorados. Nesse ponto merece destaque a postura brasileira progressista ao orientar e pautar seu sistema de políticas públicas para a proteção e salvaguarda do patrimônio imaterial, a partir da noção de “referência cultural” e de uma dimensão ampliada de patrimônio imaterial.

Em última análise, tal orientação:

[...] significa buscar formas de se aproximar do ponto-de-vista dos sujeitos diretamente envolvidos com a dinâmica da produção, circulação e consumo dos bens culturais. Ou seja, significa, em última instância, reconhecer-lhes o estatuto de legítimos detentores não apenas de um “saber-fazer”, como também do destino de sua própria cultura. Não é preciso chamar a atenção para as implicações políticas dessa perspectiva, nem para seus limites em situações concretas, quando até o termo “comunidade” pode servir para encobrir interesses de grupos locais mais poderosos, de autoridades políticas, etc.. (LONDRES FONSECA, 2001, p. 42, grifo nosso).

Contudo, permanece como desafio estruturante para a próxima etapa da construção e aperfeiçoamento dos mecanismos de proteção do patrimônio imaterial a elaboração de instrumentos legais para a efetiva proteção aos direitos de propriedade intelectual coletiva, bem como a efetiva divulgação e cumprimento do arcabouço delineado na Portaria nº 177, de 16 de fevereiro de 2006, da FUNAI. Tais fatores são imprescindíveis na nova ordem do trabalho imaterial.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do caso apresentado neste estudo e das limitações das legislações em proteger os direitos de propriedade dos reais detentores dos bens culturais, vislumbra-se a necessidade de um debate amplo, que possa contar com a participação de instituições que estejam efetivamente implicadas na questão dos direitos de propriedade intelectual dos grupos indígenas e tradicionais.

Com efeito, o caráter inovador da política de salvaguarda do patrimônio imaterial traz no seu bojo o desafio de lidar com bens que são essencialmente dinâmicos e passíveis de transformação contínuas, à medida que novas relações são constituídas. O tombamento serve para o patrimônio edificado, mas não para o patrimônio imaterial, e isso foi um problema em duas frentes: foi um problema político interno no IPHAN, que teve que estabelecer novos instrumentos de proteção e também um problema para a sociedade, que perdeu parte dessa riqueza cultural. Ou seja, durante muito tempo (e em certa medida até os dias de hoje) é um campo que, a despeito dos avanços obtidos, tem ainda uma política relativamente instável, pois possui uma “limitação do instrumento” de *per si* e um “limite ideológico”, que seria dar voz a segmentos historicamente excluídos. Caso um indivíduo ou pessoa jurídica faça uma utilização não autorizada, apropriando-se dos “grafismos da arte”, dos elementos figurativos de marcas como Nike, Apple ou McDonalds, rapidamente essas empresas terão muitos recursos jurídicos à sua disposição para fazer cessar essa violação, bem como poderão obter ressarcimento inclusive por dano moral. No entanto, quando se trata da produção autoral coletiva indígena ou de outros grupos detentores de bens culturais, toda a construção jurídica existente não encontra amparo para fazer cessar o mesmo tipo de violação por abuso comercial. Ou seja, essa construção tem estrutura narrativa de princípio, mas não se sustenta, não dá conta de cuidar dos bens coletivos.

É imprescindível a reflexão sobre a elaboração de regulação sobre a propriedade intelectual e sobre os instrumentos de implementação de políticas culturais. É inegável que o fato de as formas de produção e circulação de conhecimento entre os coletivos indígenas envolverem relações específicas que não se limitam aos formatos que hoje norteiam a legislação brasileira sobre propriedade intelectual traz grande desafio ao debate sobre o tema. A demanda dos Wajãpi pelo esclarecimento do que implica o processo de registro de bens culturais de natureza imaterial trouxe também a necessidade de refletir sobre a elaboração de legislação que leve em conta os bens registrados e as relações com o mercado.

Em que pese os problemas afetos às interpretações jurídicas restritivas no que diz respeito à proteção ao patrimônio imaterial, merece destaque o fato de que, em termos institucionais, o IPHAN inovou muito. Principalmente no que se refere ao caso da arte Kusiwa, do que está dentro da governabilidade desta instituição, pode-se concluir que houve um grande avanço, mormente na construção do diálogo aberto e constante com os Wajãpi. De igual modo, também merece destaque a contribuição dada pela Portaria nº 177/06 da FUNAI, que assegura direitos autorais para as criações de autoria coletiva dos grupos indígenas.

Nesse sentido, o IPHAN assume um papel estratégico. No caso específico da arte Kusiwa, a atuação do IPHAN só foi possível única e exclusivamente devido ao fato de ser essa um bem patrimonializado, o que fez com que os abusos comerciais fossem considerados um ato lesivo do patrimônio mundial. A utilização não autorizada dos grafismos Wajãpi, independentemente de haver uma finalidade comercial ou não nessa utilização, implica prejuízo à salvaguarda desse patrimônio cultural.

Todavia, o mais problemático entre todos os pontos é dar conteúdos históricos e institucionais aos direitos e aos valores que eles encarnam. Na rede de traduções para níveis mais concretos, as políticas públicas devem ganhar os contornos das normas compartilhadas historicamente e receberem a forma dada por instrumentos administrativos e outras ferramentas disponíveis.

O IPHAN expressa uma grande transformação caracterizada pela atualização do discurso patrimonial. A qualidade dessas transformações impõe-se pela própria mudança por que passaram os grupos indígenas e afrodescendentes na relação com o Estado, que historicamente esteve marcada pela assimetria, exclusão e violência, bem como pela imposição e inibição de suas práticas culturais. O Estado que hoje busca proteger, salvaguardar e fomentar foi também, outrora, aquele que com truculência reprimiu o samba, a capoeira e diversas manifestações religiosas, sobretudo as de matiz africano.

Com a Constituição Federal de 1988 e com o Decreto nº 3.551/00, muitas das referências a respeito das políticas patrimoniais mudaram. É um desafio de igual tamanho relacioná-las com os direitos humanos e buscar uma abordagem que contemple o duplo registro da experiência social e da política pública. A dinamização e salvaguarda do patrimônio cultural como pluralidade de experiências só terá chance de êxito se conseguir articular o campo dos valores com o campo das instituições de políticas públicas e o da história social. E ainda sim, tudo isso em um contexto de imensa rede de trocas e reconhecimento entre os atores em campo. Ademais, o processo de registro da arte Kusiwa trouxe a necessidade de se refletir sobre a elaboração de legislação que leve em conta os bens

registrados e as relações com o mercado. A condução do debate para a formulação de legislação e do cumprimento nos normativos já existentes conformará a relação do Estado com os grupos sociais detentores dos conhecimentos tradicionais, especialmente no que diz respeito às formas de inclusão nas políticas públicas propostas. Pois a lição que o registro da arte Kusiwa ensina é que não se trata apenas de proteção de propriedade intelectual, mas sim de reconhecimento e valorização.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUINAGA, K. F. S. A proteção do patrimônio cultural imaterial e os conhecimentos tradicionais. Manaus, 2012.
- ANTUNES, R. Material e imaterial. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 13 de agosto de 2000.
- ANTUNES, R. **Os sentidos do trabalho**. São Paulo: Boitempo, 1999.
- ARANTES, A. A. Patrimônio imaterial e referências culturais. **Revista Tempo Brasileiro**. n. 147. Rio de Janeiro, 2001.
- ARANTES, A. A. **Produzindo o passado: estratégias de construção do patrimônio cultural**. São Paulo: Brasiliense/Condephat, 1984, p. 9.
- ONU. Convenção para a proteção do patrimônio mundial, cultural e natural da Organização das Nações Unidas ONU. Paris, 1972.
- BARBOSA, F. **Direitos Humanos, Patrimônio Cultural e Políticas Públicas**. Pesquisa do IPEA. No prelo.
- BOLAÑO, C.; MOTTA, J.; MOURA, F. **Leis de incentivo à cultura via renúncia fiscal no Brasil**. Aracaju: UFS, 2011.
- BOUTANG, Y. M. **Cognitive capitalism**. Cambridge: Polity Press, 2011.
- BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 8<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Roma Victor, 2006.
- BRASIL. Decreto nº 3.551, de 4 de agosto de 2000. Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 7 ago. 2000.
- BRASIL. Decreto nº 7.387, de 9 de dezembro de 2010. Institui o Inventário Nacional da Diversidade Linguística e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 10 dez. 2010.
- BRASIL. Ministério da Cultura. Estruturação, institucionalização e implementação do Sistema Nacional de Cultura. Brasília: Ministério da Cultura, 2011.
- BRAYNER, N. Direitos culturais, afirmação identitária e patrimonialização: a salvaguarda das expressões orais e gráficas dos Wajãpi no Amapá. IPHAN. In: **Colóquio Internacional sobre Patrimônio Cultural Imaterial “La transmisión de la tradición para la salvaguardia y conservación del Patrimonio Cultural”**, 12 a 14 de setembro de 2012, México.
- BRAYNER, N. **Nota Técnica nº 11**. COASU/CGSG-DPI, Brasília: IPHAN, 2011.
- DUTFIELD G. ICTSD-UNCTAD - Project on IPRs and Sustainable Development. **Protecting traditional knowledge and folklore: a review of progress in diplomacy and policy formulation**. France: ICTSD-UNCTAD, 2003. p. 32.

FALCÃO, J. Patrimônio imaterial: um sistema sustentável de proteção **Revista da cultura**, São Paulo, ano I, n. 2, p. 24-34, jul.-dez. 2001.

FONSECA, M. C. L. **O patrimônio em processo**. Trajetória da política de preservação no Brasil. Rio de Janeiro: UFRJ/Iphan, 1997.

FUNARI, P.; PELEGRINI, S. C. A. Patrimônio histórico e cultural. **Coleção Ciências Sociais Passo a Passo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

FURTADO, C. **O capitalismo global**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998.

GOLDING, P. Creativity, control and political economy of publishing. 1979. Simpósio de Burgos. In: **Plano da Secretaria de Economia Criativa: políticas, diretrizes e ações 2011-2014**, 1. ed. Brasília, Ministério da Cultura, 2011.

IPHAN. **Ata da reunião (nome da empresa) Inovação/GRC** – Relacionamento Comunidade Indígena. Reunião de 14 de maio de 2010. Macapá.

IPHAN. **Dossiê 2 Arte Kusiwa**: pintura corporal e arte gráfica e oralidade entre os Wajãpi do Amapá. 2. ed. Brasília: IPHAN, 2008.

IPHAN. **Orientações para a implementação da política, sistematização de informações, monitoramento da gestão e avaliação de resultados da salvaguarda de bens registrados**. Brasília: IPHAN, 2011.

IPHAN. **Avaliação preliminar da política de salvaguarda de bens registrados: 2002-2010**. Brasília: IPHAN, 2011.

IPHAN. **Os sambas, as rodas, os bumbas, os meus e os bois** – A trajetória da salvaguarda do patrimônio cultural imaterial no Brasil. Brasília: IPHAN, 2006.

IPHAN. A experiência brasileira no trato das questões relativas à proteção do Patrimônio Cultural Imaterial. In: **O registro do patrimônio imaterial** – Dossiê final das atividades da Comissão e do Grupo de Trabalho Patrimônio Imaterial, 5. ed. Brasília: Edições do Patrimônio, MinC/IPHAN, 2012

IPHAN. Propostas, experiências e regulamentos internacionais sobre a proteção do patrimônio imaterial. In: **O registro do patrimônio imaterial** – Dossiê final das atividades da Comissão e do Grupo de Trabalho Patrimônio Imaterial, 5. ed. Brasília: Edições do Patrimônio, MinC/IPHAN, 2012

IPHAN. **Os sambas, as rodas, os bumbas, os meus e os bois** – Princípios, ações e resultados da política de salvaguarda do patrimônio cultural imaterial no Brasil 2003- 2010. 2. ed. Brasília, IPHAN, 2010.

JAENISCH, D. B. **Arte Kusiwa**: pintura corporal e arte gráfica Wajãpi – Etnografia da salvaguarda de um bem registrado como patrimônio cultural do Brasil. Brasília: IPHAN, 2010.

LEVI-STRAUSS, L. Patrimônio imaterial e diversidade cultural. O novo decreto para a proteção dos bens imateriais. In: **O registro do patrimônio imaterial** – Dossiê final das

atividades da Comissão e do Grupo de Trabalho Patrimônio Imaterial, 5. ed. Brasília: Edições do Patrimônio, MinC/IPHAN, 2012. p. 32.

LONDRES FONSECA, M. C. Para além da pedra e cal: por uma concepção ampla de patrimônio cultural. In: **Memória e patrimônio: ensaios contemporâneos**. ABREU, R.; CHAGAS, M. (org.). Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

LONDRES FONSECA, M. C. Referências Culturais: Base para Novas Políticas de Patrimônio. In: **Registro do patrimônio imaterial – Dossiê final das atividades da Comissão e do Grupo de Trabalho Patrimônio Imaterial**, 5. ed. p. 38. Brasília: Edições do Patrimônio, MinC/IPHAN, 2012.

LOWI, T. J. The state in politics: the relation between policy and administration. In: NOLL, R. G. (ed.). **Regulatory policy and the social sciences**. Berkeley: University of California Press, 1985, p. 7.

MACHADO, P. A. L. **Direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 89.

MIGUEZ, P. Economia criativa: uma discussão preliminar. In: Teorias & políticas de cultura. MARCHIORI NUSSBAUMER, G. (Org.) **Visões disciplinares**. Salvador : UFBA, 2007.

NEGRI, A. 5 lições do império. **Coleção Política das Multidões**. Rio de Janeiro: DP & A, 2003.

NEGRI, A.; HARDT, M. **Império**. 10. ed. Rio de Janeiro: Record, 2012.

NEGRI, A.; LAZZARATO, M. Trabalho imaterial: formas de vida e produção de subjetividade. **Coleção Espaços do Desenvolvimento**. Rio de Janeiro: DP & A, 2001.

PATERSON, R. K.; KARJALA, D. Looking beyond intellectual property in resolving protection of the intangible cultural heritage of indigenous peoples. **Cardozo Journal of International and Comparative Law**, 1. 633 (2003-2004), UK: HeinOnline, 2003, p. 634-670.

PNUD. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. **Relatório do Desenvolvimento Humano 2004**. Liberdade cultural num mundo diversificado. Lisboa: PNUD, 2004.

SANT'ANNA, M. A face imaterial do patrimônio cultural: os novos instrumentos de reconhecimento e valorização. In: **Memória e patrimônio: ensaios contemporâneos**. ABREU, R.; CHAGAS, M. (org.). Rio de Janeiro: DP & A, 2003.

SANT'ANNA, M. Políticas públicas e salvaguarda do patrimônio cultural imaterial. In: Registro e políticas de salvaguarda para as culturas populares. FALCÃO, A. (org.). **Série Encontros e Estudos**, n. 6. Rio de Janeiro: Funarte/Centro Nacional de Cultura Popular, Ministério da Cultura, 2005.

SANTILLI, J. **Bens culturais de natureza imaterial**. Disponível em: <<http://uc.socioambiental.org/%C3%A1reas-de-patrimonio-cultural/bens-culturais-de-natureza-imaterial>>. Acesso em 06/04/2012.

SANTOS, M. V. M. **O tecido do tempo**. A ideia de patrimônio cultural no Brasil (1920-1970). [Tese de doutorado – Departamento de Antropologia, Universidade de Brasília]. Brasília, 1992.

SEN, A. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

TAMASO, I. A expansão do patrimônio: novos olhares sobre velhos objetos, outros desafios. **Série Antropologia**. Brasília: Universidade de Brasília, 2006, p. 15.

TAMASO, I. **Tratorando a história**: percepções do conflito na prática de preservação do patrimônio cultural edificado em Espírito Santo do Pinhal (SP). [Dissertação de mestrado em antropologia. PPGAC/UnB, p. 25]. Brasília, 1998.

VIANNA, L. C. Legislação e preservação do patrimônio imaterial. In: **Textos de cultura e artes populares**. Semana da Cultura Popular – UERJ. Rio de Janeiro, 2004.

VIANNA, L. C.; SALAMA, M. R. L. Avaliação dos planos e ações da salvaguarda de bens culturais registrados como patrimônio imaterial brasileiro. In: **Políticas culturais**: pesquisa e formação. CALABRE, L. (org.) Itaú Cultural e Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, 2012.

WEERAWORAWIT, W. Formulating an international legal protection for genetic resources, traditional knowledge and folklore: challenges for the intellectual property system. **Symposium on Traditional Knowledge, Intellectual Property, and Indigenous Culture**. New York, 2002, p. 779.

WENDLAND, W. Intangible heritage and intellectual property: challenges and future prospects. In: **Museum International**, 221-222. v. 56. n. 1-2. Paris: UNESCO, 2004. p. 100.

#### Referências das figuras:

Figura 9: Distribuição dos bens culturais registrados pelo IPHAN. Disponível em: <[www.iphan.gov.br](http://www.iphan.gov.br)> Acesso em: 01/09/2013

Figura 10: Índio Wajãpi (Foto Dominique T. Gallois, 1978) Disponível em: <<http://img.socioambiental.org/v/publico/wajapi/>> Acesso em: 01/09/2013.

Figura 11: Aldeia Mariry (Foto Dominique T. Gallois, 1983) <<http://img.socioambiental.org/v/publico/wajapi/>> Acesso em: 01/09/2013.

Figura 12: Criança Wajãpi (Foto Dominique T. Gallois, 1983) <<http://img.socioambiental.org/v/publico/wajapi/>> Acesso em: 01/09/2013.

Figura 13: Mapa do Estado do Amapá, região dos Wajãpi Disponível em: <<http://mapasblog.blogspot.com.br/2012/01/mapas-do-amapa.html>> Acesso em: 12/08/2013.

Figura 14: Comemoração da proclamação da Arte Kusiwa ao título de Patrimônio Oral e Imaterial da Humanidade. Disponível em:

<[http://pt.wikipedia.org/wiki/expressões\\_orais\\_e\\_graficas\\_dos\\_Wajãpi](http://pt.wikipedia.org/wiki/expressões_orais_e_graficas_dos_Wajãpi)>. Acesso em: 01/10/2013.

Figura 15: Parceiros importantes nesta conquista. Disponíveis em: <[www.iphan.gov.br](http://www.iphan.gov.br)> Acesso em: 01/09/2013, e em: <[www.unesco.org](http://www.unesco.org)> Acesso em: 01/09/2013.

Figura 16: Grafismos da arte Kusiwa da tradição dos Wajãpi. Disponível em: <[www.iphan.gov.br](http://www.iphan.gov.br)> Acesso em: 01/09/2013