



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Direitos negados, patrimônios roubados: desafios para a proteção dos conhecimentos tradicionais, recursos genéticos e das expressões culturais tradicionais dos povos indígenas no cenário internacional

Belfort, L.F.I.

Citation

Belfort, L. F. I. (2023, November 14). *Direitos negados, patrimônios roubados: desafios para a proteção dos conhecimentos tradicionais, recursos genéticos e das expressões culturais tradicionais dos povos indígenas no cenário internacional*. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3656881>

Version: Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3656881>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).



José Alencar

CAPÍTULO V

ÉG NÉN SÍNVÍ HÁ⁶⁵

EXPRESSÕES CULTURAIS
TRADICIONAIS⁶⁶



TIEMPO

Mírame con detalles,
Ves a la serpiente emplumada tatuada en mi pecho.
En este huipil de telar.
Que cuenta la historia de un pueblo
Que ha existido por miles de años
gobernantes y dioses fueran tatuados por nuestras manos
Los descendientes caminan entre nosotros
Con sus deidades colgando de sus vestidos e impregnados en sus cantos
guardan el secreto del cielo y la tierra
y yo... solo guardo pedazos de leyenda perdidas
de códices robados, sueños rotos
y lamentos que no terminan en un poema.
Guardo sueños, no sabiduría
No sé urdir un telar para un huipil... ni decifrarlo.
Entonces, he perdido el significado de quién soy
Quizás el tiempo me llame leyenda o historia perdida en los ojos del tiempo
Y talvez nadie recuerde su pasado
Porque en mi, muere el último ritual y música
soy el tiempo que borra todo a su paso
Y jamás devuelve los minutos que le arranca a la vida.
(Ortiz, 2019)⁶⁷

5.1 INTRODUÇÃO

Muitas são as formas de atuação dos povos indígenas para enfrentar instituições e práticas de exploração neocoloniais: a arte indígena em suas múltiplas formas é, talvez, a ferramenta mais eficiente. A poetisa Ofelia Pineda Ortiz, do Povo Ñuu Savi, da região montanhosa de Oaxaca, na parte meridional do México, descreve em versos a episteme de um povo indígena acerca de suas expressões culturais tradicionais e as vincula à sua história, ao seu território, à sua espiritualidade e à sua identidade.

⁶⁵ *Êg néñ sínv̄ há:* as coisas bonitas da nossa cultura. Tradução: Andila Kaingáng.

⁶⁶ Uma ilustração de Edna Marajoara, feita por José Alecrim, abre este capítulo. Edna era mestra em Conhecimentos Tradicionais da Ilha do Marajó (PA), membro da Cooperativa Extrativista de Mulheres do Marajó (Cemem), membro do Instituto Ecovida, fundadora do Fórum Internacional de Comunidades Locais na CDB e Conselheira Nacional do Patrimônio Cultural no Ministério da Cultura. Faleceu em 24 de julho de 2023.

⁶⁷ Ortiz, O. P. (2019). *Tiempo*. Oaxaca/México. Poesia ouvida pela autora da tese quando da declamação.



Visões holísticas expressas em versos poéticos traduzem o pensar e o sentir dos povos indígenas em relação ao patrimônio deixado por seus ancestrais: heranças roubadas que resultam em erosão cultural e crises identitárias, em meio a lentos e sistemáticos processos de etnocídio, cujo legado é um rastro de extermínio, um mundo mais gris, menos diverso e irremediavelmente mais pobre.

O estado da arte sobre a proteção das expressões culturais tradicionais (ECTs) está em constante evolução. Especialistas de diversas áreas do saber, como a antropologia, o direito e a propriedade intelectual, têm se debruçado sobre o tema para analisar os debates em curso sobre a proteção de ECTs, evocando questões de aplicação e de equilíbrio entre a salvaguarda do patrimônio cultural e o acesso à cultura⁶⁸.

O uso das formas de propriedade intelectual para a proteção do patrimônio cultural dos povos indígenas tem sido objeto de pesquisas e estudos de caso para examinar questões atinentes aos direitos autorais, às marcas registradas, às patentes, aos segredos comerciais e a outros mecanismos de propriedade intelectual, bem como sua eficiência e sua efetividade para outorgar proteção às ECTs e aos novos desafios para assegurar os direitos de propriedade intelectual dos povos indígenas sobre seu patrimônio cultural (Rimmer, 2015).

O exame do papel dos Estados-nações no contexto das discussões de proteção de ECTs mediante políticas de propriedade intelectual traz à tona oportunidades e desafios enfrentados pelos povos indígenas em face das discussões em diferentes organismos das Nações Unidas, a exemplo da Ompi (Oguamanan, 2004)⁶⁹.

A página da Ompi⁷⁰ na internet disponibiliza estudos de caso, análises, glossários de termos e outras iniciativas no âmbito do IGC dedicadas a discutir a temática da proteção das expressões culturais dos povos indígenas.

68 Consultar a publicação editada por Christoph Antons, *Traditional Cultural Expressions and Intellectual Property Rights: Legal Protection, Enforcement, and Access* (2018).

69 O renomado acadêmico especializado em propriedade intelectual, Chidi Oguamanam, é autor de várias obras relevantes sobre a temática.

70 A Ompi dispõe de um amplo acervo de informações importantes, resultado do acúmulo de discussões sobre ECTs, que estão disponíveis em sua página na internet: www.wipo.int.



Neste capítulo, abordo alguns dos aspectos que marcam essas discussões, no contexto legal e na perspectiva de boas práticas em andamento pela atuação dos povos indígenas ao redor do mundo.

Em meio à grande complexidade que abrange a discussão sobre as formas de proteção das ECTs, alguns questionamentos surgem dentro e fora do sistema de propriedade intelectual: como são tratadas as expressões culturais tradicionais no contexto jurídico internacional? A declaração de ECTs como patrimônio de um Estado-nação ou da humanidade é uma forma eficiente e adequada de proteção do patrimônio cultural dos povos indígenas? Essas formas de proteção têm assegurado os direitos consagrados a esses povos no sistema internacional de direitos reconhecidos aos povos indígenas? Quais os instrumentos disponíveis no sistema de propriedade intelectual para proteger as ECTs dos povos indígenas? Existem melhores práticas utilizando ferramentas de propriedade intelectual para agregar valor e proteger ECTs? Qual é o estado da arte sobre a discussão das ECTs fora dos territórios indígenas, a exemplo dos acervos museais? Como os povos indígenas estão atuando para influenciar novas práticas nos contextos museais? Quais as discussões em torno de possíveis ações de reparação aos povos indígenas acerca das ECTs que se encontram fora de seus contextos tradicionais?

Ao longo de todas essas reflexões, são considerados as perspectivas e os valores culturais de diferentes povos indígenas a respeito de suas expressões culturais tradicionais, apresentando seus contextos, suas cosmovisões diversas, suas necessidades e prioridades em uma abordagem colaborativa e empoderadora, em consonância com as metodologias indígenas de pesquisa que orientam este trabalho.

Para fins didáticos, incluo no subcapítulo 5.2 um breve estudo do conceito de “expressões culturais tradicionais”, no contexto dos organismos das Nações Unidas que tratam desse tema e seus respectivos instrumentos jurídicos. A partir da contextualização mais ampla de conceitos e direitos já estabelecidos no sistema legal internacional, analiso, no subcapítulo 5.3, o tratamento jurídico dispensado às expressões culturais tradicionais pelas distintas categorias de instrumentos existentes na propriedade intelectual.

Ao longo do capítulo, utilizo exemplos do tratamento dado às expressões culturais tradicionais para ilustrar a adequação dos direitos de propriedade intelectual para outorgar proteção ou para apontar as lacunas do sistema, que dão margem



ao uso não autorizado das expressões culturais tradicionais. Após o estudo de cada uma dessas categorias, trato, no subcapítulo 5.4, das inquietações acerca das expressões culturais que se encontram fora dos contextos nos quais foram criadas, do direito dos povos indígenas a participar da gestão de suas expressões culturais, mormente em acervos museais fora de terras indígenas, e da polêmica discussão sobre o direito de repatriação dessas expressões culturais no âmbito das ações de reparação reivindicadas pelos povos indígenas na contemporaneidade.

Considerando as divisões estabelecidas pelo sistema jurídico ocidental, a categoria “expressões culturais tradicionais” (ECTs) talvez seja a mais abrangente no âmbito da presente discussão, além de ser a resposta sobre como proteger eficaz e efetivamente essa imensa diversidade. Ela inclui elementos tangíveis, como a cultura material, e expressões intangíveis, a exemplo das tradições orais, como a língua, os cantos, as rezas, além das celebrações de povos indígenas e comunidades locais distintas ao redor do planeta, e ainda traz à tona questões que desafiam a ética, a equidade e a legitimidade do sistema de propriedade intelectual na contemporaneidade.

A necessidade de uma proteção adequada às expressões culturais tradicionais requer não apenas a análise de aspectos estritamente legais, mas uma avaliação crítica de elementos históricos e culturais que estão na raiz dos conflitos entre aqueles que criam expressões culturais e aqueles que as utilizam sem a autorização de seus criadores.

A cosmovisão dos criadores de tais expressões, o papel, o valor e a natureza coletiva dentro do contexto cultural nas quais foram criadas estão, em muitos casos, em oposição ao sistema de leis individualista vigente, cuja importância do bem jurídico a ser protegido é atribuída, majoritariamente, por seu valor monetário, de acordo com a ótica do mercado.

É imprescindível reconhecer, nessa discussão, como os processos históricos de expropriação e alienação das expressões culturais tradicionais em relação aos seus criadores se fundamentam em ideologias eurocêntricas⁷¹ de matriz colonialista, como veremos no debate sobre os acervos indígenas no contexto dos museus.

⁷¹ Um livro histórico relevante sobre a questão do eurocentrismo é de Blaut (1993). Ainda, sugere-se a leitura do vocábulo “eurocentrism” no dicionário *on-line Encyclopedia*. Disponível em: <https://www.encyclopedia.com/history/dictionaries-thesauruses-pictures-and-press-releases/eurocentrism>. Acesso em: 29 set. 2023.



Não se deve olvidar a colaboração sistemática da academia, em suas diferentes áreas, para justificar ideologicamente a manutenção de práticas e instituições colonialistas. Assim como o exemplo de um sistema jurídico internacional que prima pela garantia de exclusividade aos titulares de direitos de propriedade intelectual, mas que resiste em reconhecer e implementar os direitos dos povos indígenas às suas expressões culturais tradicionais, na tentativa de protelar o pagamento de benefícios monetários pelo uso não autorizado por pessoas físicas e jurídicas *ad aeternum* ou pelo prazo que seja possível.

A participação ativa dos povos indígenas em diferentes países, a exemplo dos Estados Unidos, do Canadá e da Austrália, nas discussões sobre propriedade intelectual e expressões culturais tradicionais tem sido relevante. Os povos indígenas têm defendido seus direitos e contribuído para o desenvolvimento de políticas, leis e regulamentações que promovam o reconhecimento e o respeito às suas expressões tradicionais. A consulta e o envolvimento direto das comunidades indígenas nessas discussões são essenciais para garantir que suas vozes sejam ouvidas e que suas perspectivas e seus interesses sejam considerados na elaboração de medidas de proteção apropriadas.

Assim, a participação ampla, plena e efetiva dos povos indígenas e das comunidades locais, na qualidade de protagonistas e titulares de direitos internacionais e não como “observadores” ou “terceiros interessados”, e o respeito à sua expressa manifestação de vontade sobre as formas de proteção de suas expressões culturais tradicionais e as condições para aceder a elas, incluindo o direito de negar tal acesso, consiste no exercício do direito à livre determinação. A autodeterminação dos povos indígenas sobre seu patrimônio cultural deve ser o ponto de partida de qualquer discussão que se pretenda legítima sobre o tema.

Convém recordar que este capítulo se baseia, principalmente, em conceitos e valores expressos por povos indígenas distintos sobre suas próprias expressões culturais como decorrência do exercício de sua livre determinação em oposição à postura assimilaçãoista que persiste em colocá-los na posição de “tutores” dos bens culturais que pertencem aos povos indígenas, independentemente de terem sido saqueados e levados para fora de seus contextos originais, sem consentimento desses povos aos quais pertencem.



5.2 EXPRESSÕES CULTURAIS TRADICIONAIS: CONCEITOS E CONTEXTO JURÍDICO

O primeiro contato dos colonizadores portugueses com os povos indígenas da costa brasileira foi registrado por Pero Vaz de Caminha, que descreve a troca de dádivas entre portugueses e os povos indígenas do litoral:

E o Capitão-mor mandou em terra no batel a Nicolau Coelho para ver aquele rio. E tanto que ele começou de ir para lá, acudiram pela praia homens [...]. Eram pardos, todos nus, sem coisa alguma que lhes cobrisse suas vergonhas. Nas mãos traziam arcos com suas setas. [...] Somente deu-lhes um barrete vermelho e uma carapuça de linho que levava na cabeça e um sombreiro preto. Um deles deu-lhe um sombreiro de penas de ave, compridas, com uma copazinha de penas vermelhas e pardas como de papagaio; e outro deu-lhe um ramal grande de continhas brancas, miúdas, que querem parecer de aljaveira, as quais peças creio que o Capitão manda a Vossa Alteza [...]. (Brasil, 1500)

A mesma carta descreve a ganância europeia por ouro e prata. O passar dos séculos mostra que, da troca, passou-se à apropriação e à expropriação, pela força das armas, dos territórios, da biodiversidade e das expressões culturais de povos originários, que foram levados à Europa de todas as partes do mundo.

As expressões culturais tradicionais que integram o patrimônio cultural dos povos indígenas e do Brasil são bens jurídicos protegidos pela Constituição Federal de 1988, na medida em que são portadores de referência à identidade, à ação e à memória dos grupos indígenas formadores da sociedade brasileira:

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

- I. as formas de expressão;
- II. os modos de criar, fazer e viver;
- III. as criações científicas, artísticas e tecnológicas;
- IV. as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;



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

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

[...] §4º - Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei. [...]. (Brasil, 1988)

A referência à identidade de uma coletividade é um elemento essencial à definição do conceito de expressão cultural tradicional. Entre os povos indígenas, as definições de ECTs são tão numerosas quanto a diversidade cultural de onde provêm. Entretanto, algumas características em comum podem ser apontadas com base nas afirmações de lideranças tradicionais e profissionais desses povos, ao longo dos anos, nos debates que têm sido levados a cabo pelos próprios povos indígenas em suas assembleias e reuniões, bem como por distintos organismos das Nações Unidas. Um exemplo é o IGC que integra a Omapi, do qual já participei na condição de representante de organização indígena e negociadora do *Caucus Indígena*, como é conhecido o Fórum de Representantes Indígenas que participam de tais negociações.

Um estudo apresentado pelo especialista indígena Rodrigo de la Cruz, durante a 10ª reunião do IGC, em 2006, aponta alguns aspectos comuns aos conhecimentos tradicionais (CT), versem estes ou não sobre recursos genéticos, e às expressões culturais tradicionais como parte integrante do patrimônio intelectual coletivo dos povos indígenas (PI):

Los PI han considerado a los CT como su patrimonio intelectual colectivo, un patrimonio que forma parte de su identidad cultural y su cosmovisión y que lo han transmitido y mantenido, mediante sus propias normas y padrones culturales, de generación en generación. Por lo tanto, podemos decir que los CT abarcan un conjunto de prácticas ancestrales, que van mucho más allá de su asociación con los RG y que son importantes no solo por su valor comercial, sino sobre todo, por su valor per se que ello representa para la pervivencia cultural de los pueblos culturalmente diferenciados. (Cruz, 2006, p. 2)



Os povos indígenas possuem uma visão integral de suas culturas, por isso é estranha, ao seu direito consuetudinário, a divisão “em caixas”, nos moldes dos instrumentos de propriedade intelectual, e a fragmentação do patrimônio cultural dos povos indígenas em conhecimentos tradicionais sobre a biodiversidade e os recursos genéticos intrínsecos a ela, expressões culturais tradicionais e conhecimentos tradicionais (que não versem sobre recursos genéticos e sejam intangíveis).

Essa compartmentalização se contrapõe à nossa espiritualidade, às nossas formas de ensinar e de aprender, de viver e de ver o mundo, conforme o antropólogo do povo indígena Mixe, do México, Floriberto Díaz, pontua:

Não se entende uma comunidade indígena somente como um conjunto de casas com pessoas, mas sim com pessoas com história, passada, presente e futura, que não apenas se pode definir concretamente, fisicamente, mas também espiritualmente em relação com a natureza inteira. No entanto, o que podemos apreciar da comunidade é o mais visível, o tangível, o fenomênico. [...] [É o] espaço onde as pessoas exercem ações de recriação e de transformação da natureza, enquanto a relação primordial é a da Terra com a gente, por meio do trabalho. (Díaz, 2007, p. 39)

De acordo com a Ompi, são exemplos de expressões culturais tradicionais:

1. As expressões verbais, tais como histórias, lendas, poesia, enigmas, signos, elementos da linguagem, como os nomes, as palavras, os símbolos e as indicações entre outras; 2. As expressões musicais: o exemplo das canções e da música instrumental; 3. As expressões corporais: como danças, jogos, representações artísticas ou rituais, estarem ou não fixadas em um suporte; 4. As expressões tangíveis: como as pinturas, joalheria, forja, têxteis, desenhos, tapeçaria, esculturas, cerâmica, terracota, mosaicos, tricô, cestaria, escultura em madeira, indumentária; instrumentos musicais obras arquitetônicas, etc. (Ompi, 2020, p. 17)

O artigo 31 da Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas estabelece uma lista exemplificativa dos elementos que constituem expressões culturais tradicionais, como as tradições orais, as literaturas, os desenhos, os esportes e jogos tradicionais e as artes visuais e interpretativas.

A Convenção da Unesco sobre a Proteção e a Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, no capítulo sobre definições, artigo 4º, parágrafo 3º, define o



conceito de “expressões culturais”: “Expressões culturais’ são aquelas expressões que resultam da criatividade de indivíduos, grupos e sociedades e que possuem conteúdo cultural” (Unesco, 2005, p. 6). Tais expressões se manifestam de múltiplas formas e mediante distintos modos de criação, produção, difusão e distribuição, conforme expressa o artigo 4º, parágrafo 1:

Artigo 4º – DEFINIÇÕES

1. Diversidade Cultural

“Diversidade cultural” refere-se à multiplicidade de formas pelas quais as culturas dos grupos e sociedades encontram sua expressão. Tais expressões são transmitidas entre e dentro dos grupos e sociedades. A diversidade cultural se manifesta não apenas nas variadas formas pelas quais se expressa, se enriquece e se transmite o patrimônio cultural da humanidade mediante a variedade das expressões culturais, mas também através dos diversos modos de criação, produção, difusão, distribuição e fruição das expressões culturais, quaisquer que sejam os meios e tecnologias empregados. (Unesco, 2005, p. 4)

Dentre outros, alguns dos objetivos da Convenção da Unesco sobre a Proteção e a Promoção da Diversidade das Expressões Culturais são:

Artigo 1

- a) proteger e promover a diversidade das expressões culturais;
- [...]
- e) promover o respeito pela diversidade das expressões culturais e a conscientização de seu valor nos planos local, nacional e internacional;
- f) reafirmar a importância do vínculo entre cultura e desenvolvimento para todos os países, especialmente para países em desenvolvimento, e encorajar as ações empreendidas no plano nacional e internacional para que se reconheça o autêntico valor desse vínculo;
- g) reconhecer natureza específica das atividades, bens e serviços culturais enquanto portadores de identidades, valores e significados;
- [...]
- i) fortalecer a cooperação e a solidariedade internacionais em um espírito de parceria visando, especialmente, o aprimoramento das



capacidades dos países em desenvolvimento de protegerem e de promoverem a diversidade das expressões culturais. (Unesco, 2005, p. 3)

A ênfase dada à necessidade de proteger essa multiplicidade de expressões culturais está claramente definida no conceito de “proteção” adotado pela Convenção: “Artigo 4. [...] 7. ‘Proteção’ significa a adoção de medidas que visem à preservação, salvaguarda e valorização da diversidade das expressões culturais”. (Unesco 2005, p. 5)

Artigo 7 – MEDIDAS PARA A PROMOÇÃO DAS EXPRESSÕES CULTURAIS

1. As partes procurarão criar em seu território um ambiente que encoraje indivíduos e grupos sociais a:
 - a) criar, produzir, difundir, distribuir suas próprias expressões culturais, e a elas ter acesso, conferindo a devida atenção às circunstâncias e necessidades especiais da mulher, assim como dos diversos grupos sociais, incluindo as pessoas pertencentes às minorias e povos indígenas.
- (Unesco, 2005, p. 6)

De acordo com os instrumentos jurídicos já mencionados, o papel do Estado deve estar centrado na proteção, na preservação e na salvaguarda das expressões culturais, mediante a adoção de medidas jurídicas e administrativas, com a participação plena e efetiva de seus criadores, em todos os níveis, e com direito a decidir suas prioridades com relação à proteção das expressões culturais por eles criadas, preservadas, aperfeiçoadas e transmitidas, no exercício de sua livre determinação, conforme o artigo 3º da Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas:

Artigo 3

Os povos indígenas têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito determinam livremente sua condição política e buscam livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural. (Silva, 2008, p. 27)

O reconhecimento, pela Unesco, de que alguns lugares, por seu valor universal excepcional, devem ser considerados patrimônio comum da humanidade, é uma das formas de salvaguarda previstas pela Convenção da Unesco para a Proteção do Patrimônio Mundial Cultural e Natural de 1972, por meio da qual a Organização se propõe a promover a identificação, a proteção e a preservação do patrimônio cultural e natural de todo o mundo, considerado especialmente valioso para a humanidade.



A característica mais significativa da Convenção do Patrimônio Mundial de 1972 é que ela reúne num único documento os conceitos de conservação da natureza e de preservação dos bens culturais. A Convenção reconhece a forma como as pessoas interagem com a natureza e a necessidade fundamental de preservar o equilíbrio entre os dois (Unesco, 2023).

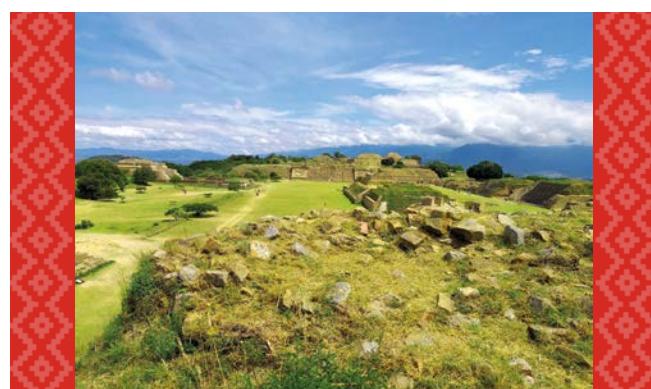


Imagen 3. Sítio arqueológico de Monte Albán em Oaxaca, México.

Créditos: Fernanda Kaingáng.



Não obstante a relevância desse tipo de salvaguarda, questionamentos podem ser suscitados quando uma coletividade, a exemplo de um povo indígena, deseja proteger uma determinada expressão cultural. O objetivo é declarar que se trata de uma expressão cultural tradicional de natureza coletiva que pertence àquele povo e àquela coletividade específica e, dessa maneira, proteger a ECT do uso não autorizado e da apropriação indevida por terceiros.

Essa seria a proteção desejável: não se trata de converter tal expressão em um patrimônio de um Estado que pode exercer direitos na qualidade de administrador ou gestor daquela expressão cultural tradicional sem respeitar o direito de consulta e o direito à livre determinação, reconhecidos aos povos indígenas, em distintos instrumentos internacionais. Não se trata, tampouco, de que tal expressão cultural seja declarada como patrimônio da humanidade, o que poderia dar margem ao equivocado entendimento de que o uso de tal expressão é livre por pertencer a todos e, portanto, a ninguém em particular.

A salvaguarda do patrimônio cultural dos povos indígenas como patrimônio cultural da humanidade não deve resultar em violação aos direitos reconhecidos aos povos indígenas em relação a esse patrimônio. Qualquer medida jurídica ou administrativa adotada por um Estado para salvaguardar e proteger o patrimônio cultural de um povo indígena deve ser realizada de boa-fé, por meio de um processo de consulta que envolva as instituições representativas daquele povo, como determinam a Convenção nº 169 da OIT, de 1989, e a Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2007:

Convenção 169 da OIT:

Artigo 6º

1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:
 - a) Consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente. (OIT, 1989 *cit. in.* Silva 2008, p. 56)

Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas

Artigo 19

Os Estados consultarão e cooperarão de boa-fé com os povos indígenas interessados, por meio de suas instituições representativas, a fim de obter seu consentimento livre, prévio e informado antes de adotar e aplicar medidas legislativas e administrativas que os afetem. (United Nations, 2007, *cit. in.* Silva, 2008, p. 29)

Assim, por força da Convenção nº 169 da OIT, compete ao Estado estabelecer os meios para possibilitar tais consultas e assegurar que sejam respeitadas as especificidades culturais e linguísticas de cada povo indígena. Uma consulta realizada com materiais impressos para povos de tradição oral não pode ser considerada um “procedimento apropriado”. Tampouco se pode considerar uma consulta realizada em uma língua diversa da língua indígena para povos falantes de suas línguas originárias como sendo uma consulta de “boa-fé”. Realizar consultas e desconsiderar a manifestação expressa dos povos indígenas como resultado delas consiste, igualmente, em violação ao seu consentimento livre, prévio e informado.

A criação da hidrelétrica de Belo Monte, no estado do Pará, região amazônica brasileira, autorizada pelo Decreto Legislativo nº 788, de 2005, emitido pelo Congresso Nacional para autorizar a implantação de Belo Monte, ilustra a omissão estatal em realizar o processo de consulta, em razão de que a manifestação expressa de vontade dos povos indígenas era contrária a essa construção dados os graves impactos sociais, ambientais e culturais em decorrência da inundação de parte dos territórios indígenas, provocando danos à biodiversidade e, consequentemente, à sociodiversidade existente naquela região.

O MPF iniciou, em 2006, uma ação na Justiça Federal do Pará, alegando a inconstitucionalidade da implantação de Belo Monte, precisamente pela ausência da oitiva dos povos indígenas afetados. Entretanto, somente em setembro de 2022, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a violação do direito de consulta dos povos indígenas:

Em decisão do dia 1º, o ministro Alexandre de Moraes, do Supremo Tribunal Federal (STF), reconheceu que o direito dos povos indígenas do médio Xingu a serem ouvidos sobre a construção da hidrelétrica de Belo Monte foi violado. É a primeira ação sobre o barramento do Xingu que chega ao STF, e é a segunda vez que a corte se pronuncia sobre o direito



de autodeterminação e também de consulta aos povos indígenas previsto tanto no artigo 231 da Constituição brasileira quanto na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que tem força de lei no Brasil desde 2004. (Pará, 2022)

Dezesseis anos de batalhas judiciais transcorreram em torno da instalação da hidrelétrica de Belo Monte, autorizada durante a gestão de Lula e Dilma Rousseff na Presidência da República, demonstrando que a violação de direitos dos povos indígenas também foi perpetrada por governantes da esquerda. Sob os protestos dos povos indígenas, o governo brasileiro deu continuidade ao empreendimento, violando o direito de consulta dos povos indígenas afetados à livre determinação e aos direitos constitucionalmente reconhecidos sobre seus territórios e os recursos naturais neles existentes

5.2.1 LUGARES SAGRADOS OU PATRIMÔNIOS DA HUMANIDADE?

A importância do território para os povos indígenas é um dos princípios que norteiam este trabalho. Alguns lugares dentro dos territórios possuem especial relevância segundo cada cultura, sua espiritualidade, seus usos e seus costumes. A esses lugares, convencionou-se a denominação de lugares sagrados.

Ainda, podem-se considerar, para fins de reflexão, alguns lugares sagrados para os povos indígenas, declarados pela Unesco como patrimônios da humanidade. Um deles é a Zona Arqueológica de Monte Albán, em Oaxaca, no México, declarada pela Unesco como patrimônio cultural da humanidade em 11 de dezembro de 1987. De acordo com as informações do Instituto Nacional de Antropología e Historia (INAH), Monte Albán foi uma das cidades mais importantes da Mesoamérica:

Se fundó en el 500 a.C sobre la cima de una montaña en el centro de los Valles Centrales de Oaxaca y funcionó como capital de los Zapotecas desde los inicios de nuestra era hasta el 800 d.C. En su momento de mayor desarrollo Monte Albán llegó a tener cerca de 35,000 habitantes, quienes vivían en su mayoría en las laderas terraceadas de la montaña dedicados a la agricultura. Para la época Clásica son notorios sus vínculos con Teotihuacán. En Monte Albán la influencia teotihuacana se aprecia en su arquitectura, cerámica y pintura mural entre otros aspectos. Al final del Clásico Temprano el vínculo con Teotihuacán se rompe y la organización político



territorial zapoteca alcanza el máximo nivel de desarrollo pero también de desigualdad social (González Licón 2011). Para el Posclásico el poder de Monte Albán como ciudad hegemónica se perdió totalmente, y las ciudades de los valles centrales se ven influenciadas por el advenimiento de los grupos Mixtecos. Monte Albán no es la excepción, apreciándose esta influencia en la famosa tumba 7 descubierta por Alfonso Caso en 1932 [...]. El área protegida por el INAH abarca una poligonal envolvente de 2078 hectáreas, abarcando los municipios de Santa Cruz Xoxocotlán, Oaxaca de Juárez, Santa María Atzompa y San Pedro Ixtlahuaca. (INAH, 2018b)

Monte Albán é descrita como um lugar sagrado desde sua origem, e a presença de muitos templos indica um local de grande importância religiosa, como ensinam Maarten Jansen e Aurora Jiménez, em seu minucioso estudo realizado sobre o local, a tumba 7 e as expressões culturais tradicionais ali encontradas.

The ancient city of Monte Albán was built on the tops and on the slopes of a mountain range that overlooks the valley of Oaxaca. From this central location, it exercised a considerable influence over a large region in southern Mexico, reflected in the distribution of archaeological elements with a diagnostic style, such as the effigy vessels or 'urns'. Most likely it was the capital of a multiethnic empire, dominated by the Beni Zaa (Zapotec). The prominent location in the landscape and the many temples present in the center leave no doubt that the site had great religious significance and probably counted as a sacred place since its very origin. (Jansen e Pérez Jiménez, 2017a, pp. 46-47)

Entre os sítios arqueológicos mesoamericanos mais conhecidos do México, está Mitla, situada a sudeste da cidade de Oaxaca.

Mictlán, que en náhuatl significa “lugar de los muertos”, fue el nombre que dieron los Mexicas a este lugar. El nombre zapoteco es Lyobáa, identificado como “lugar de descanso”, “sepultura”, “tumba”, “lugar abundante en cadáveres” o “cementerio”, por diversos autores. (INAH, 2018a)

Acredita-se que Mitla foi um lugar de enterro sagrado muito antes da Era Cristã, provavelmente dos zapotecos, cuja influência foi predominante até, aproximadamente, o ano 900 a.C. Entre 900 a.C. e 1500 a.C., pode-se verificar, na cidade de Mitla, a influência Mixteca. Os espanhóis chegaram a Mitla em 1521, e o primeiro relato europeu da localidade foi dado por Diego García de Palacio, em 1576.



Mitla é um sítio sagrado de adoração situado na região do povo indígena Zapoteco. É possível observar nas ruínas existentes a influência do novo estilo artístico que se desenvolveu e se expandiu em toda a Mesoamérica, chamado “estilo Mixteca-Puebla”, por estar muito claramente expresso nos códices⁷² mixtecos e nahuas. Uma tradição proveniente da época colonial inicial (segundo o cronista Torquemada) atribui a construção dos edifícios de Mitla aos Toltecas, que invadiram a região sob o comando do rei Topiltzin Quetzalcóatl.



Imagen 4. Sítio arqueológico de Mitla em Oaxaca, México.

Créditos: Fernanda Kaingáng.

Mitla alcançou seu auge após a decadência da cidade de Monte Albán, e vários de seus magníficos edifícios se encontravam em uso nos tempos da conquista espanhola, condição que os povos indígenas lograram manter até o final do século XVI. A Zona Arqueológica de Mitla inclui cinco grandes conjuntos arquitetônicos e uma infinidade de habitações e tumbas.

As estratégias de dominação do conquistador europeu podem ser observadas em zonas arqueológicas consideradas sagradas para os povos originários da Mesoamérica: igrejas, conventos e capelas foram edificados mediante a exploração da mão de obra indígena, sobrepondo-se a seus locais de adoração.

72 Los códices mixtecos, son un importante grupo de escritos que narran principalmente la historia y la genealogía de los diferentes linajes que gobernaron a esta civilización, durante el periodo Postclásico, aparte de ser la única fuente que le otorgó a los investigadores, un verdadero conocimiento sobre su forma de organización política. De esta manera, los mixtecos con una gran maestría creativa, plasmaron estos manuscritos en largas tiras de piel de venado, que llegaron a medir hasta catorce metros de largo y cuarenta centímetros de ancho, doblados en forma de biombo y recubiertos con una fina capa blanca sobre la cual dibujaron diferentes escenas y símbolos delimitados por líneas rojas, dejando espacios que claramente señalaban una dirección de lectura en zigzag (Redacción, 2023). Ainda acerca dos códices Mixtecos, ver a monografia de Jansen e Pérez Jiménez (2011).



Levantar edifícios civis ou religiosos com ou sobre os restos de edificações pré-hispânicas era uma prática comum durante o período colonial no México, como é caso do imponente Convento de Santo Domingo de Yanhuitlán, erguido no século XVI⁷³.

A administração de Mitla e Monte Albán é gerida pelo INAH do governo do México e está direcionada ao turismo, principalmente o proveniente de outros países. Por outro lado, em ambos os sítios arqueológicos, especialistas religiosos indígenas locais continuam realizando curas e outros rituais tradicionais.

No caso de sítios arqueológicos reconhecidos como patrimônio da humanidade pela Unesco, como Mitla e Monte Albán, a questão que se apresenta é: qual o nível de participação dos povos indígenas Zapotecos e Mixtecos na gestão dos sítios sagrados construídos por seus ancestrais, que escaparam da destruição pelo invasor espanhol?

Ainda, em que medida o Estado mexicano, mediante a atuação do INAH, tem assegurado os direitos de consulta, acesso e a participação plena e efetiva dos povos indígenas sobre o patrimônio tangível remanescente dessas culturas pré-hispânicas? Turistas de todas as partes do México e do mundo têm acesso a esses lugares, mediante pagamento de taxas de ingresso, mas os povos Mixteco e Zapoteco têm o seu acesso proibido pelo governo, caso desejassem celebrar um ritual nos lugares de adoração de seus ancestrais.

Por que o uso de zonas arqueológicas como um produto para gerar receita para o governo por meio do turismo é aceitável, mas o acesso para atividades de cunho cultural e espiritual a esses mesmos locais sagrados é proibido para os povos indígenas remanescentes daqueles que edificaram essas cidades?

O tratamento jurídico dispensado às expressões culturais tradicionais do passado, como simples objetos ou artefatos, sem reconhecer nem respeitar as conexões cognitivas, afetivas, emocionais ou espirituais que os povos indígenas, remanescentes do violento processo de exploração e expropriação colonial, mantêm em relação a tais ECTs apenas reafirma a alienação imposta a esses povos, em termos de identidade, espiritualidade e memória cultural presentes em expressões culturais tradicionais que, contemporaneamente, são de titularidade de museus, instituições de Estado e da iniciativa privada, sem que a legalidade e a legitimidade da aquisição de tais expressões sequer sejam questionadas.

⁷³ Para mais informações, sugere-se consulta ao estudo de caso de Frassani (2017).



Não se deve ignorar a contribuição da academia para o *status quo* das expressões culturais tradicionais. A classificação dos povos indígenas, criadores de ECTs, por diferentes áreas de saber em “pré-históricos” ou “primitivos”, com base em uma interpretação evolucionista baseada no darwinismo social, cujos fundamentos eurocêntricos e etnocêntricos se baseiam na suposta superioridade de uma “civilização” sobre outras, resulta em um fracasso empírico perante a crise planetária gerada pela ausência de sustentabilidade nos padrões de consumo ditados pela “civilização” caucasiana ocidental.

A arqueologia, por exemplo, tem contribuído para a alienação das ECTs mediante a nacionalização das expressões culturais, ignorando, em sua gestão, os direitos que os povos indígenas têm de exercer o controle sobre o acesso e o uso de tais expressões. Por sua vez, no âmbito do direito, autores, instituições e empresas têm apresentado argumentos de que existem povos indígenas que não se intitulam proprietários de suas expressões culturais, pois o conceito de propriedade não existe em suas línguas e, portanto, negam a esses povos a propriedade e os direitos dela decorrentes sobre seu patrimônio cultural.

Trata-se, uma vez mais, de negação de direitos aos povos indígenas, com o claro intuito de justificar a apropriação desse patrimônio gratuitamente, sem o ônus de realizar consultas prévias nem a obrigação de regressar qualquer benefício, monetário ou não, pelo uso dessas ECTs como mercadoria por meio da cobrança de taxas e ingressos de visitação, por exemplo.

Os povos indígenas têm expressado, em diferentes organismos das Nações Unidas, seus direitos à manutenção, ao controle e à proteção de seus direitos coletivos sobre seu patrimônio cultural. Esses anseios estão claramente expressos no artigo 31 da Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2007:

Artigo 31

1. Os povos indígenas têm direito de manter, controlar, proteger e desenvolver seu patrimônio cultural, seus conhecimentos tradicionais, suas expressões culturais tradicionais e as manifestações de suas ciências, tecnologias e culturas, compreendidos os recursos humanos e genéticos, as sementes, os medicamentos, o conhecimento das propriedades da fauna e da flora, as tradições orais, as literaturas, os desenhos, os esportes e jogos tradicionais e as artes visuais e interpretativas.



Também têm o direito de manter, controlar, proteger e desenvolver sua propriedade intelectual sobre o mencionado patrimônio cultural, seus conhecimentos tradicionais e suas expressões culturais tradicionais. (Nações Unidas, 2008, p. 16)

Ainda no marco da Unesco, a proteção das ECTs envolve questões relacionadas à preservação e à salvaguarda do patrimônio cultural, em particular no âmbito da Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural e Material de 2003 (Ompi, 2015). No contexto do sistema de propriedade intelectual, essas ECTs são “as formas em que se manifesta a cultura tradicional. Pode tratar-se, por exemplo, de danças, pinturas, canções, artesanatos, desenhos, símbolos, cerimônias, contos e muitas outras manifestações artísticas e culturais” (Ompi, 2015d, p. 15). As ECTs integram a identidade cultural e constituem os valores e as formas próprias de cada povo indígena de viver e de ver o mundo.

As expressões culturais tradicionais (o folclore) são consideradas parte integrante da identidade cultural e social das comunidades indígenas e locais, pois incorporam conhecimentos especializados e técnicos, além de transmitir valores e crenças fundamentais. A proteção do folclore pode contribuir ao desenvolvimento econômico, a estimular a diversidade cultural e a ajudar a preservar o patrimônio cultural. (Ompi, 2016a, p. 3)

A tradicionalidade de uma ECT não reside em sua antiguidade, pois culturas são vivas e estão em constante aperfeiçoamento e evolução. Elas são dinâmicas, portanto, não é possível estabelecer um critério temporal para classificar a partir de quando uma expressão cultural pode ser compreendida como “tradicional”. A título de exemplo, podem-se examinar as cestarias do povo Kaingáng, das regiões Sul e Sudeste do Brasil, originalmente confeccionadas com diferentes espécies de bambu, mas que, na atualidade, também passaram a ser confeccionadas com plástico PVC em sua parte interna, sem que a aparência do artesanato fosse alterada externamente.

Seria razoável argumentar que o uso do plástico no artesanato indígena — consequência do desmatamento que praticamente exterminou as antigas florestas de araucária angustifólia que demarcavam os extensos territórios Kaingáng no Brasil meridional — retirou a condição de “tradicional” da cestaria Kaingáng? O kré, que significa cesto ou balaio na língua Kaingáng, é o último remanescente da cultura



material, cujos grafismos simétricos representam a divisão e a organização social do povo Kaingáng, o terceiro maior povo indígena do Brasil, segundo os dados do censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) de 2010.



Imagen 5. Cestarias Kaingáng.

Créditos: Acervo do INKA.



O sentimento de pertencimento que um povo indígena ou uma comunidade local nutre por uma ECT, isto é, o vínculo e o valor que o povo indígena ou a comunidade local que criou essa expressão cultural tradicional mantém em relação a ela é o que tipifica sua tradicionalidade. Por essa razão, uma ECT amplamente difundida fora de seu contexto tradicional pode permanecer com um estreito vínculo cultural ditado por usos, costumes e tradições daquele povo, independentemente de ter sido compartilhada e estar publicamente disponível para o mundo inteiro.

Lo que hace que un conocimiento o una expresión cultural sea “tradicional” no es su antigüedad: muchos CC.TT. y ECT no son ni antiguos ni estáticos, antes bien, constituyen una parte dinámica y vital de la vida de muchas comunidades. Con el adjetivo “tradicional” se entiende una forma de conocimiento o una expresión que tiene un vínculo tradicional con una determinada comunidad: es un conocimiento o una expresión originado, preservado y transmitido en una comunidad, a veces mediante sistemas consuetudinarios de transmisión. En pocas palabras, lo que hace que sean “tradicionales” es la relación con la comunidad. (Ompi, 2015d, p. 17)

5.3 EXPRESSÕES CULTURAIS TRADICIONAIS NA PROPRIEDADE INTELECTUAL

A discussão acerca da proteção das ECTs no contexto da propriedade intelectual remonta aos anos 1960. Um sentimento crescente por parte de países em desenvolvimento de que o folclore representava criatividade e fazia parte da identidade cultural dos povos indígenas e das comunidades locais e, portanto, deveria ser considerado digno de proteção pelo sistema da propriedade intelectual, uma vez que as novas tecnologias tornaram as expressões culturais tradicionais cada vez mais vulneráveis à exploração e às utilizações abusivas.

A revisão de 1967 da Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, na qual a originalidade e a autoria identificável são os requisitos básicos de proteção, mostrou-se insuficiente para garantir proteção adequada ao patrimônio cultural dos povos indígenas e das comunidades locais.

Em 1982, os Estados-membros da Ompi e da Unesco desenvolveram recomendações voluntárias, com o objetivo de servir de fonte de inspiração para os Estados



nacionais. A proteção dos direitos dos artistas intérpretes ou executantes de ECTs passou a ter previsão legal em 1996, com o Tratado da Ompi sobre Interpretações ou Execuções e Fonogramas (Ompi, 2016b).

Embora com limitações, o sistema de propriedade intelectual oferece mecanismos que podem ser utilizados para proteger as expressões culturais tradicionais, bem como para impedir sua apropriação indevida, isto é, o uso não autorizado de uma expressão cultural tradicional por terceiros sem a devida repartição dos benefícios financeiros.

A propriedade intelectual se divide, geralmente, em duas categorias principais: a propriedade industrial e o direito de autor e os direitos a ele relacionados ou direitos conexos. De acordo com o artigo 1.2 da Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial, de 1883:

- A proteção da **propriedade industrial** tem como objeto as patentes, os modelos de utilidade, os desenhos e modelos industriais, as marcas de fábrica, de comércio e de serviço, os nomes comerciais, as indicações geográficas (indicações de procedência e denominação de origem) e a repressão à concorrência desleal.
- O **direito de autor** inclui as obras literárias e artísticas, como as novelas, poemas e obras dramáticas, filmes, obras musicais, desenhos, pinturas, fotografias e esculturas programas de computador, bases de dados e desenhos arquitetônicos. Os **direitos conexos** (também denominados "direitos afins") incluem os direitos de artistas intérpretes ou executantes sobre suas interpretações ou execuções, os dos produtores de gravações sonoras, suas gravações, e os de organismos de radiodifusão sobre suas emissões de rádio e televisão. (Ompi, 2001, pp. 24-25)

No contexto da propriedade intelectual, as ECTs podem ser protegidas pelo direito de autor, pelos direitos conexos e por alguns dos mecanismos da propriedade industrial, a exemplo das indicações geográficas, dos desenhos industriais, das marcas e marcas coletivas e de certificação (Ompi, 2015d, p. 33).

De forma genérica, as diferentes categorias de propriedade intelectual servem a dois fins. As patentes, os desenhos e o direito de autor permitem que os criadores e os inovadores obtenham reconhecimento e recompensa econômica por sua



criação ou invenção. Em essência, graças a esses direitos de propriedade intelectual, os criadores e os inovadores podem decidir quando e como outras pessoas podem copiar e utilizar o que eles criam ou inventam.

Por outro lado, a proteção conferida pelas marcas e indicações geográficas, mediante seu registro, ajuda a distinguir um determinado produto ou serviço do produto ou serviço da concorrência, além de tornar um produto ou serviço mais atrativo para os consumidores mediante estratégias de comercialização do produto ou serviço e de promoção da marca registrada. A legislação sobre concorrência desleal pode complementar a proteção conferida pelas marcas e indicações geográficas, pois impede que uma empresa se aproveite indevidamente do prestígio comercial de outra empresa.

A legislação de concorrência desleal é particularmente útil nos casos de uso indevido de conhecimentos tradicionais e expressões culturais tradicionais com fins comerciais. Ela se configura, por exemplo, quando se transmite uma impressão errônea de que um produto é autêntico ou de que tenha sido produzido por um povo indígena ou uma comunidade local, ou, ainda, que conte com seu apoio, quando isso não ocorreu na prática (Ompi, 2017, p. 14).

5.3.1 EXPRESSÕES CULTURAIS TRADICIONAIS E O DIREITO DE AUTOR

O direito de autor se concede às seguintes obras, sempre que sejam originais: obras literárias (como novelas, poemas, peças de teatro, obras de referência e periódicos); obras artísticas (como pinturas, desenhos, fotografias e esculturas); obras arquitetônicas; obras musicais; mapas e desenhos técnicos; obras audiovisuais; bases de dados e programas de informática, entre outras (Ompi, 2001, p. 34).

No âmbito da OMC, os membros consideraram que os padrões para proteção de direitos autorais na Convenção de Berna para a Proteção de Obras Literárias e Artísticas eram amplamente satisfatórios, durante as negociações da Rodada Uruguai, em 1994. As disposições do Acordo Trips⁷⁴ sobre direitos autorais e direitos relacionados esclarecem ou adicionam obrigações em vários pontos:

⁷⁴ O Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (Trips) foi firmado na negociação ao final da Rodada Uruguai no Acordo Geral de Tarifas e Troca (GATT), em 1994. Sua inclusão é resultado de um programa de intenso *lobby* feito pelos Estados Unidos, com o apoio da União Europeia, do Japão e de outras nações desenvolvidas (Inpi, 1994).



O Acordo TRIPS garante que os programas de computador serão protegidos como obras literárias pela Convenção de Berna e descreve como os bancos de dados devem ser protegidos por direitos autorais. Ele também expande as regras internacionais de direitos autorais para cobrir os direitos de aluguel. Os autores de programas de computador e produtores de gravações sonoras devem ter o direito de proibir o aluguel comercial de suas obras ao público. Um direito exclusivo semelhante se aplica a filmes em que o aluguel comercial levou a cópias generalizadas, afetando os ganhos potenciais dos detentores de direitos autorais de seus filmes. Ele diz que os artistas também devem ter o direito de impedir a gravação, reprodução e transmissão não autorizada de apresentações ao vivo (pirataria) por pelo menos 50 anos. Os produtores de gravações de som devem ter o direito de impedir a reprodução não autorizada de gravações por um período de 50 anos. (WTO, 2021)



Imagen 6. Tear de prego confeccionado a partir de grafismos Kaingang presentes na cestaria tradicional

Fonte: Acervo do INKA.

5.3.1.1 Lei de direitos autorais no Brasil

A Lei nº 9.610, de 1998, conhecida no Brasil como Lei de Direitos Autorais, protege os direitos do autor e os direitos conexos ou afins, que são os direitos dos intérpretes e executantes, incluídos os meios de comunicação como a televisão, o rádio e a



internet. Os direitos conexos ou afins são modalidades dos direitos autorais que estão relacionados aos direitos de pessoas que não são criadoras de obras artísticas, mas auxiliam na tarefa de colocá-las à disposição do público (Ompi, 2017, p. 17).

Os chamados “direitos conexos” ou “direitos afins” outorgam direitos aos artistas, intérpretes ou executantes sobre suas interpretações ou execuções, aos produtores de fonogramas sobre suas produções e aos organismos de radiodifusão sobre seus programas de rádio ou de televisão. (Ompi, 2001, p. 35)

Assim, os direitos autorais se referem, de maneira geral, aos direitos dos autores em suas obras literárias e artísticas. Em um sentido mais amplo, o *copyright* também inclui direitos relacionados: os direitos de artistas, de produtores de fonogramas e de organizações de radiodifusão (WTO, 2021).

O artigo 11⁷⁵ da Lei de Direitos Autorais estabelece que autor é o criador da obra artística, e obra produzida por mais de um autor deve reconhecer a coautoria e pode ser de titularidade de uma pessoa jurídica, como uma organização da sociedade civil, a exemplo de uma associação cultural.

Ainda, de acordo com o artigo 12 da mesma lei, o autor pode se identificar com seu nome civil, por suas iniciais ou por um nome artístico, o pseudônimo: “Art. 12. Para se identificar como autor, poderá o criador da obra literária, artística ou científica usar de seu nome civil, completo ou abreviado até por suas iniciais, de pseudônimo ou qualquer outro sinal convencional” (Brasil, 1998).

Por conseguinte, o artigo 13 estabelece quem pode ser considerado autor: a(s) pessoa(s) física(s) que se identifica(m) como criadora(es) da obra musical.

Art. 13. Considera-se autor da obra intelectual, não havendo prova em contrário, aquele que, por uma das modalidades de identificação referidas no artigo anterior, tiver, em conformidade com o uso, indicada ou anunciada essa qualidade na sua utilização. (Brasil, 1998)

5.3.1.1.1 Direitos morais e direitos patrimoniais

Os direitos autorais possuem duas ramificações: os morais e os patrimoniais, com natureza jurídica completamente distinta. Os direitos morais, previstos no

⁷⁵ Art. 11. Autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica. Parágrafo único. A proteção concedida ao autor poderá aplicar-se às pessoas jurídicas nos casos previstos nesta Lei (Brasil, 1998).



artigo 24⁷⁶ da Lei de Direitos Autorais, são considerados direitos da personalidade, o que significa que não são transmissíveis ou alienáveis e são irrenunciáveis. Os direitos morais incluem a atribuição do nome do autor da obra musical quando utilizada e o direito de proibir a utilização da obra musical ou sua modificação nos casos em que a honra ou a reputação do autor possa ser atingida ou a obra possa ser prejudicada.

Por sua vez, os direitos patrimoniais, previstos nos artigos 28 e 29⁷⁷ da mesma lei, incluem o direito de usar, fruir e dispor de sua obra. O direito de disposição inclui o direito de decidir transmitir a titularidade dos direitos patrimoniais, de forma gratuita ou onerosa. Os direitos morais não podem ser transmitidos, ao passo que

76 Art. 24. São direitos morais do autor:

- I - o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra;
- II - o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra;
- III - o de conservar a obra inédita;
- IV - o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra;
- V - o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada;
- VI - o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem;
- VII - o de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado (Brasil, 1998).

77 Art. 28. Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica.

Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como:

- I - a reprodução parcial ou integral;
- II - a edição;
- III - a adaptação, o arranjo musical e quaisquer outras transformações;
- IV - a tradução para qualquer idioma;
- V - a inclusão em fonograma ou produção audiovisual;
- VI - a distribuição, quando não intrínseca ao contrato firmado pelo autor com terceiros para uso ou exploração da obra;
- VII - a distribuição para oferta de obras ou produções mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para percebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, e nos casos em que o acesso às obras ou produções se faça por qualquer sistema que importe em pagamento pelo usuário;
- VIII - a utilização, direta ou indireta, da obra literária, artística ou científica, mediante:
 - a) representação, recitação ou declamação;
 - b) execução musical;
 - c) emprego de alto-falante ou de sistemas análogos;
 - d) radiodifusão sonora ou televisiva;
 - e) captação de transmissão de radiodifusão em locais de frequência coletiva;
 - f) sonorização ambiental;
 - g) a exibição audiovisual, cinematográfica ou por processo assemelhado;
 - h) emprego de satélites artificiais;
 - i) emprego de sistemas óticos, fios telefônicos ou não, cabos de qualquer tipo e meios de comunicação similares que venham a ser adotados;
 - j) exposição de obras de artes plásticas e figurativas;
- IX - a inclusão em base de dados, o armazenamento em computador, a microfilmagem e as demais formas de arquivamento do gênero;
- X - quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas (Brasil, 1998).



os direitos patrimoniais permitem que um terceiro, diferente do autor da obra musical, seja o titular de direitos autorais de natureza patrimonial.

É por essa razão que uma pessoa jurídica não pode ser autora de uma obra, por ser uma ficção jurídica e não ter capacidade criativa, mas pode ser titular de direitos autorais a ela transferidos pelo autor da obra. Os direitos morais possuem maior similaridade com o direito consuetudinário dos povos indígenas em relação ao seu patrimônio cultural. Assim, o autor de uma obra musical, por exemplo, pode ceder seus direitos patrimoniais, mas não seus direitos morais sobre a obra.

No âmbito das obras musicais, tem-se como autor o compositor, sendo esse o indivíduo originário do direito de autor, nos casos de obra com apenas um autor, havendo mais de um, é instituída a coautoria, a qual legitima todos aqueles autores da respectiva obra ao seu exercício, tanto dos direitos morais quanto dos direitos patrimoniais da condição de autor.
(Fernandes Júnior, 2019, p. 131)

Os direitos de autor possuem um tempo de duração e são protegidos desde sua criação até o prazo de setenta anos após a morte de seu titular, contados a partir do dia primeiro de janeiro do ano seguinte ao falecimento do autor. Decorridos os setenta anos da morte do autor, a obra deixa de pertencer ao domínio privado e passa a ser de domínio público (Fernandes Júnior, 2019, p. 132).

De acordo com o artigo 18⁷⁸ da Lei de Direitos Autorais, o registro da obra é facultativo, mas é importante para preservar os direitos do criador e pode servir como prova de anterioridade, em caso de plágio. O registro da obra musical deve conter letra e partitura, pois apenas o registro da letra será considerado registro de poesia e não de obra musical. Isso pode ser feito na Biblioteca Nacional e na Escola de Música do Rio de Janeiro, embora também possa ser feito em cartório. No caso da obra musical, o registro deve conter os nomes de todos os artistas que colaboraram para a criação da obra musical quando ela é coletivamente produzida, detalhando os percentuais de cada artista.

⁷⁸ Art. 18. A proteção aos direitos de que trata esta Lei independe de registro.
Art. 19. É facultado ao autor registrar a sua obra no órgão público definido no *caput* e no § 1º do art. 17 da Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973 (Brasil, 1998).



O direito de autor também pode prever a proteção contra usos vexatórios, ofensivos, depreciativos ou degradantes de uma obra, motivo de preocupação frequente, em matéria de patrimônio cultural tradicional, na medida em que inclui aspectos e valores espirituais e identitários de um povo. “Evitar essa utilização indevida e fomentar o respeito pelos valores culturais e espirituais pode ser, para alguns, o objetivo principal da proteção” (Ompi, 2012c, p. 24).

É emblemático, como exemplo de uso ofensivo, um desfile de roupas íntimas femininas, organizado por uma conhecida marca de *lingerie*, em que uma modelo desfilou usando roupas íntimas e ostentou um cocar de um povo indígena norte-americano. O cocar, que integra a arte plumária de diversos povos indígenas, é usado, em algumas culturas, somente por homens em rituais e cerimônias, cuja representação é a autoridade. O uso não autorizado de uma expressão cultural tradicionalmente usada por homens durante eventos culturalmente relevantes, por parte de uma marca em um evento com fins comerciais, ostentado por uma mulher com trajes sumários, foi considerado degradante, e a empresa apresentou publicamente desculpas aos povos indígenas pelo incidente.

Durante a semana de moda em Paris, em janeiro de 2020, o desfile da coleção masculina outono-inverno de uma marca japonesa usando modelos predominantemente loiros, ostentando perucas de tranças do tipo *cornrows*, em homenagem aos príncipes egípcios, foi criticado por ativistas negros como racismo e apropriação cultural (Nascimento, 2020). A proteção ao direito autoral não requer a solicitação de registro, mas surge automaticamente com a criação da obra, sempre que cumpra os requisitos para a obtenção do direito: a originalidade da obra e, em alguns países, que esteja materialmente expressa (Ompi, 2001, p. 35).

Partindo-se do conceito de que as culturas não são estáticas, mas sim dinâmicas e em constante evolução, infere-se que os produtos culturais também são resultado de aprimoramento e inovação constantes. A título de exemplo, a arte de produzir tecidos manualmente, confeccionando padrões e desenhos que possuem significados, integra a cultura de muitos povos indígenas mundo afora e requer uma proteção especial. Iniciativas de proteção no contexto da lei nacional demonstram a tentativa de outorgar proteção às expressões culturais que resultam das técnicas tradicionais de tecelagem empregadas por povos indígenas:



Um exemplo de Ghana: el paño Kente

El paño Kente se compone de tiras que presentan diversas figuras “que se cosen de forma alterna para formar el paño, que una vez terminado, presenta el aspecto de un tablero de damas”. El tejido se hace con fibras de vivos colores y se adorna con motivos que representan episodios históricos y creencias sociales de la comunidad así como sus experiencias. Este paño es producido por la tribu de los asante y está íntimamente vinculado con la realeza de dicha etnia.

Alrededor de 1980 aparecieron imitaciones del tejido Kente en mercados de todo el mundo, lo cual obligó a pensar en la manera de protegerlo. La legislación de derecho de autor de Ghana se orientó a ese fin.

En el artículo 76 de la Ley de Derecho de Autor (2005) de Ghana se define al folclor como “las expresiones literarias, artísticas y científicas que son propias del patrimonio cultural de Ghana y cuya creación, preservación y fomento se atribuye a las comunidades étnicas de Ghana o a un autor ghanés desconocido. En dichas expresiones quedan comprendidos los diseños kente y adinkra, cuando el autor del diseño no sea conocido, y asimismo las obras similares que son obras del folclor en virtud de la presente Ley”. La ley protege las expresiones del folclor contra la reproducción, comunicación al público, adaptación, traducción y demás actos de transformación. Los derechos del folclor recaen en el Presidente en nombre y representación del pueblo de la República de Ghana. (Ompi, 2012c, p. 27)

Uma questão a ser considerada nesse exemplo é: por que os direitos que deveriam recair sobre o povo indígena, que tradicionalmente produz o tecido *Kente*, recaem sobre o Estado, que não é criador da expressão cultural tradicional em questão? Convém, então, recordar que os direitos de propriedade intelectual são direitos de natureza privada e que o sistema de propriedade intelectual oferece um marco jurídico para que esses direitos possam ser criados, registrados e cedidos, além de assegurar que sejam respeitados. Corresponde ao proprietário, porém, decidir se quer ou não proteger ou explorar tais direitos (Ompi, 2017, p. 16).

No Brasil, a portaria 177 de 2006, da Funai, estabelece disposições específicas para a proteção do patrimônio material e imaterial dos povos indígenas, sua imagem e suas criações artísticas e culturais, acrescentando uma dimensão coletiva aos direitos autorais, normalmente considerados e protegidos em caráter individual.



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 N. 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. (Funai, 2006, p. 2)

Um fator a ser ressaltado como um avanço na legislação brasileira específica para povos indígenas acerca dos direitos autorais, dos direitos de imagem e do patrimônio cultural foi a inclusão do princípio da repartição de benefícios voltado não apenas aos indivíduos, mas à coletividade à qual pertence o indivíduo, em virtude da qual ele recebeu conhecimentos, práticas, habilidades e ostenta expressões culturais distintas:

Art. 13 - As contrapartidas e recursos advindos dos contratos e indenizações por uso ou cessão do direito de imagem ou direito autoral indígena serão revertidos aos titulares do direito, inclusive à coletividade, na forma do contrato ou termo celebrado. (Funai, 2006, p. 6)

Espera-se que boas práticas de repartição de benefícios, especialmente em caráter coletivo, possam se multiplicar para que os povos indígenas passem a receber os direitos patrimoniais sobre suas obras. No Brasil, os povos indígenas enfrentam dificuldades ao solicitar o registro de determinada obra como sendo de propriedade coletiva, embora a Lei nº 6.001, de 1973 (Estatuto do Índio), reconheça a titularidade coletiva no tocante ao patrimônio indígena:



Art. 40 – São titulares do Patrimônio Indígena:

[...]

III – a **comunidade indígena ou grupo tribal nomeado no título aquisitivo da propriedade, em relação aos respectivos imóveis ou móveis.**
(Brasil, 1973, grifo meu)

Os direitos coletivos dos povos indígenas sobre seu patrimônio cultural são reconhecidos em legislações nacionais recentes, como no Decreto nº 7.747, de 2012, que estabeleceu a Política Nacional de Gestão Territorial e Ambiental de Terras Indígenas (PNGATI):

Art. 1º Fica instituída a Política Nacional de Gestão Territorial e Ambiental de Terras Indígenas - PNGATI, com o objetivo de garantir e promover a proteção, a recuperação, a conservação e o uso sustentável dos recursos naturais das terras e territórios indígenas, assegurando a integridade do patrimônio indígena, a melhoria da qualidade de vida e as condições plenas de reprodução física e cultural das atuais e futuras gerações dos povos indígenas, respeitando sua autonomia sociocultural, nos termos da legislação vigente.

[...]

Art. 3º São diretrizes da PNGATI:

- I. reconhecimento e respeito às crenças, usos, costumes, línguas, tradições e especificidades de cada povo indígena;
- II. reconhecimento e valorização das organizações sociais e políticas dos povos indígenas e garantia das suas expressões, dentro e fora das terras indígenas;
- III. protagonismo e autonomia sociocultural dos povos indígenas, inclusive pelo fortalecimento de suas organizações, assegurando a participação indígena na governança da PNGATI, respeitadas as instâncias de representação indígenas e as perspectivas de gênero e geracional;

[...]



IX. proteção e fortalecimento dos saberes, práticas e conhecimentos dos povos indígenas e de seus sistemas de manejo e conservação dos recursos naturais. (Brasil, 2012)

O uso não autorizado de expressões culturais tradicionais, para fins comerciais, sem atribuição dos direitos morais devidos aos povos indígenas criadores dessas expressões e sem a retribuição monetária devida, a título de repartição de benefícios, em atendimento à portaria 177 da Funai, de 2006, pode ser observado, na região Sul do Brasil, com relação aos grafismos dos povos Kaingáng e Guarani para agregar valor em produtos sem qualquer consulta prévia.

Ante a omissão do Estado brasileiro em proteger as expressões culturais tradicionais dos povos indígenas, o povo Kaingáng realizou, no primeiro semestre de 2023, consultas públicas, em língua Kaingáng e em português, nas regiões Sul e Sudeste do Brasil, sobre o uso de expressões culturais tradicionais. As consultas utilizaram metodologias adequadas à cultura do povo Kaingáng e resultaram no primeiro protocolo sobre o uso de expressões culturais tradicionais do povo Kaingáng (Kaingáng, 2023).

O direito de autor também está sujeito ao princípio da territorialidade, ou seja, só é efetivo dentro do território do país em que a obra foi criada. Por essa razão, acordos internacionais têm sido celebrados com o objetivo de ampliar o alcance da proteção concedida. Entre os principais acordos internacionais sobre o direito de autor e os direitos conexos, pode-se mencionar, para fins da presente análise, a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 1886, cujo artigo 15.4 prevê um mecanismo para a proteção internacional de obras não publicadas e anônimas, o que inclui as ECTs (Ompi, 2012c, p. 24).

Com a finalidade de ilustrar a necessidade de proteção legal aos direitos coletivos dos povos indígenas sobre suas expressões culturais tradicionais, bem como a importância da criação de instrumentos legais internacionais, menciono o uso de expressões culturais de povos indígenas retirados de seu contexto tradicional e utilizados por terceiros em outros países. Nesse cenário, os povos indígenas do México oferecem estudos de caso que merecem ser analisados de forma mais detalhada.



5.3.1.2 Direito autoral e povos indígenas na legislação do México

De que maneira a legislação de propriedade intelectual, especialmente o direito de autor, poderia contribuir para o reconhecimento de direitos dos povos indígenas sobre suas expressões culturais tradicionais? Geração de renda para mulheres indígenas e trabalho digno pode ser uma contribuição do reconhecimento dos direitos coletivos dos povos indígenas sobre suas expressões culturais tradicionais? O uso de expressões culturais tradicionais sem consentimento livre, prévio e informado para fins comerciais e sem qualquer repartição de benefício fora das fronteiras nacionais é legalmente aceitável?

O Povo Mixe habita a região montanhosa de Santa María Tlahuitoltepec em Oaxaca, no México. Esse povo é conhecido por suas habilidades musicais e suas peças de vestuário confeccionadas em algodão e bordadas à mão por hábeis artesãs, com motivos que representam sua forma própria de viver e de ver o mundo:

[...] La blusa *Xaam nixuy* es una prenda diseñada y elaborada en Santa María Tlahuitoltepec Mixe, Oaxaca. Es parte de la indumentaria tradicional de la mujer *ayuujk* de Tlahuitoltepec, es creación y producto intelectual y biocultural del pueblo mixe en la que se representa iconográfica y materialmente lo intangible de la cosmovisión y cultura de la comunidad de Tlahuitoltepec.

[...] La blusa *Xaam nixuy*, es una prenda con diseño y hechura propia en la que se emplean la manta y los hilos de color negro y rojo. Si bien en la blusa se trazan los elementos que constituyen el entorno de nuestro pueblo, el arte de los textiles en Tlahuitoltepec no tiene un carácter fijo o inalterable, por el contrario, se trata de una prenda y un saber hacer que refleja el dinamismo que posee toda cultura, y que es capaz de innovar y encontrar nuevos usos y expresiones creativas, sin que por ello se pierda la identidad.
(Díaz, 2015)

A estilista francesa Isabel Marant incluiu em sua coleção primavera-verão 2015, chamada *Étoile*, peças que constituem réplicas dos padrões de bordado e das cores utilizadas na indumentária feminina do povo Mixe sem atribuir o direito autoral às verdadeiras criadoras.



Imagen 7. Indumentária do povo indígena Mixe, de Santa María Tlahuitoltepec, em Oaxaca, México. Oficina Prática de Propriedade Intelectual para Mulheres Empreendedoras de Povos Indígenas e Comunidades Locais, organizada pela Divisão de Conhecimentos Tradicionais da Ompi, em Genebra, Suíça, de 11 a 15 de novembro de 2019.

Créditos: Fernanda Kaingáng.



Imagen 8. Têxteis bordados do povo Mixe em exposição na Oficina Prática de Propriedade Intelectual para Mulheres Empreendedoras de Povos Indígenas e Comunidades Locais, organizada pela Divisão de Conhecimentos Tradicionais da Ompi, em Genebra, Suíça, de 11 a 15 de novembro de 2019.

Créditos: Fernanda Kaingáng.



A comercialização de roupas contendo os mesmos padrões de formato e de bordado da blusa de Tlahuitoltepec foi apropriado por parte de outra empresa francesa, Antik Batik, de Gabriela Cortese, na coleção *Barta*, em 2014. Esta, por sua vez, gerou uma disputa legal por violação de direitos autorais entre as duas empresas, em virtude da qual Isabel Marant declarou à corte francesa que a autoria dos desenhos é proveniente de Tlahuitoltepec, de modo que a coleção *Étoile* não caracterizava um plágio da coleção *Barta*.

A privatização de patrimônios coletivos de um povo, destituída de qualquer processo de consulta ou de direito de atribuição, sob a afirmação de tratar-se de “inspiração”, embora não seja possível constatar qualquer trabalho criativo e sim a mera reprodução da atividade criativa de povos indígenas, caracteriza concorrência desleal e tem utilizado o princípio da soberania territorial para negar direitos aos povos indígenas criadores dessas ECTs, uma vez que esse direito possui validade dentro das fronteiras nacionais. Novas formas para antigas práticas de espoliação têm se repetido sistematicamente ante a impunidade permitida pelo sistema de propriedade intelectual:

Lo cierto es que ambas firmas francesas se pelean un patrimonio colectivo y cultural que no les corresponde, porque esos diseños gráficos de origen son de Santa María Tlahuitoltepec; sus ganancias económicas dimensionan el tamaño del daño y perjuicio del plagio que han estado haciendo a esta comunidad, niegan el derecho humano y universal de reconocer la propiedad intelectual y biocultural de un pueblo, es decir, el derecho a ser diferentes y tener una identidad y manifestación cultural propia. No se imaginan, en lo mínimo, el daño que hacen a nuestro pueblo.

[...]

[...] Todo plagio o reproducción sin permiso desnuda la identidad de Tlahuitoltepec, niega la historia y la cultura de un pueblo relacionado bajo los principios de reciprocidad y complementariedad con la naturaleza.
(Díaz, 2015)

Os povos indígenas têm a opção de recorrer a mecanismos de defesa de seu patrimônio cultural à margem da propriedade intelectual, a exemplo das medidas jurídicas relacionadas às práticas comerciais, à defesa do consumidor, às normas



sobre etiquetas, às práticas contratuais, aos protocolos consuetudinários e indígenas, à preservação do patrimônio cultural, à responsabilidade civil, e aos recursos da *common law*⁷⁹, por exemplo, o enriquecimento ilícito, o direito à intimidade, à blasfêmia, além do direito penal (Ompi, 2015, p. 33).

O uso das redes sociais, do comércio justo e de outras estratégias de certificação de produtos e ferramentas de *marketing* pelos povos indígenas para promover produtos com marcas autenticamente indígenas nos mercados internacionais pode resultar em vergonha pública para empresas como as de Isabel Marant e Gabriela Cortese, ao despertar os consumidores para a responsabilidade social que possuem em relação aos produtos que consomem, incentivando boas práticas e repudiando produtos que representam e perpetuam práticas antiéticas que violam direitos humanos de povos indígenas e de comunidades locais internacionalmente reconhecidos.

Por fim, o diálogo pode ser uma ferramenta mais eficaz e eficiente do que as cortes judiciais, em casos em que o uso de ECTs ocorreu sem a intenção de ofender ou causar dano. Entretanto, a busca dos povos indígenas por diálogo deve ser correspondida com a boa vontade da pessoa física ou jurídica que utilizou indevidamente uma ECT em adotar medidas para sanar o problema. A boa-fé do usuário pode ser comprovada pela adoção de procedimentos de consulta, medidas de reparação, bem como práticas de inclusão e repartição de benefícios, a partir do conhecimento pela empresa da expressa manifestação de vontade do(s) povo(s) indígena(s) titular(es) de ECT sobre sua utilização.

O governo mexicano publicou no Diário Oficial da Federação, em janeiro de 2022, a Lei Federal para a Proteção do Patrimônio Cultural dos Povos e Comunidades Indígenas e Afro-Mexicanos, que visa reconhecer e garantir a proteção, a salvaguarda e o desenvolvimento do patrimônio cultural e da propriedade intelectual e coletiva desses grupos (Hernández, 2022). Permanece, no entanto, a lacuna legal para proteger o patrimônio cultural dos povos indígenas do México fora das fronteiras nacionais.

⁷⁹ **Common law**, ou lei comum, é o termo utilizado para denominar o sistema jurídico que se cria por meio das decisões emitidas por tribunais, sendo este criado e atualizado pela reunião de entendimentos jurisprudenciais dos juízes (Dicionário Direito, 2019).



5.3.1.3 Expressões culturais tradicionais do Povo Sámi em Frozen

A Divisão de Conhecimentos Tradicionais da Ompi, em conjunto com a Associação Internacional de Marcas, o Centro de Comércio Internacional (ITC) e a OIT, organizou, em caráter pioneiro, a Oficina Prática de Propriedade Intelectual para Mulheres Empreendedoras de Povos Indígenas e Comunidades Locais, que aconteceu em Genebra, na Suíça, no período de 11 a 15 de novembro de 2019.

Durante a Oficina, foi apresentada uma experiência vivenciada pelo povo Sámi, povo indígena da Europa, que habita as regiões setentrionais da Noruega, da Suécia, da Finlândia e a Península de Kola, no extremo Norte da Rússia (SPC, 2018, p. 1). Por meio de uma videoconferência, as 24 empreendedoras indígenas e de comunidades locais, oriundas de diferentes países do globo, assistiram à narração do representante Sámi, sr. Rune Fjellheim, sobre a experiência de seu povo com os estúdios de animação Walt Disney, em relação ao uso de elementos da cultura Sámi no filme *Frozen* (2013). Os debates sobre a invisibilização da cultura Sámi⁸⁰, cujos elementos se fizeram presentes no filme, causaram repercussão nas mídias sociais:

Embora não tenha havido uma referência direta aos Sámi no primeiro filme de *Frozen*, o canto coral que abre o filme foi inspirado em uma antiga tradição vocal dos Sámi. Além disso, as roupas usadas por Kristoff se assemelhavam muito ao que um pastor de renas Sámi usaria. A inclusão desses elementos da cultura Sámi sem contexto ou reconhecimento desencadeou debates sobre apropriação cultural e discussões nas mídias sociais. (Reneau, 2019)

A carta enviada aos estúdios Disney pelos Sámi descreve a luta dos povos indígenas contra usos ofensivos e indevidos, e bem como divulgações não autorizadas de elementos sagrados das diferentes culturas dos povos indígenas:

Como você pode imaginar, como a maioria dos povos indígenas que tiveram uma história bastante tortuosa, somos sensíveis ao uso do conhecimento tradicional Sámi, expressões culturais tradicionais e expressões de folclore fora do nosso próprio povo. Inevitavelmente, isso traz oportunidades de uso indevido, tratamento insensível, revelação ao público em geral de

⁸⁰ Há uma produção cinematográfica Sámi incipiente, mas importante: o filme *Sami blood* (Amanda Kernell, 2016).



assuntos sagrados ou culturalmente protegidos conhecimento e reivindicações por atacado de apropriação cultural. Parece também que o público em geral tornou-se mais consciente e sensível às questões que envolvem o uso de recursos dos povos indígenas - materiais ou imateriais. Isso se tornou cada vez mais aparente com os incidentes recentes envolvendo o uso de imagens dos nativos americanos pela *Victoria's Secret* na passarela, implementação de proibições contra o uso indevido de símbolos nativos em certos eventos populares, e talvez mais comovente, a controvérsia em torno de certas mercadorias produzidas em associação com Moana, filme da Disney. (Sámi, 2018, p. 1)

Os Parlamentos Sámi da Noruega, da Suécia e da Finlândia e o Conselho Não Governamental Sámi formaram um grupo consultivo de especialistas Sámi, denominado *Verddet*, e estabeleceram um diálogo que resultou em um acordo para incluir a participação de representantes indicados pelos Sámi para a produção de *Frozen II*.

Em sua carta enviada à produção da Disney, o Parlamento e o Conselho Sámi enfatizam uma abordagem das expressões culturais tradicionais baseadas no reconhecimento de direitos e na aprovação dos titulares desses direitos. Entretanto, o aspecto que deve ser sublinhado no texto é a abertura do povo indígena Sámi para estabelecer um diálogo construtivo, por ser o diferencial que, aliado à boa-fé da empresa usuária de ECT, resultou em boas práticas que devem servir de exemplo para as práticas de apropriação cultural, tão comum nos dias atuais:

É inquestionável que o filme Frozen atraiu certa atenção ao nosso povo e cultura e, quando crianças que cresceram assistindo à Disney e apreciaram a natureza, a estética e a dedicação que a Disney traz para o seu trabalho, vemos o valor do tratamento da Disney para com a cultura Sámi. No entanto, é nossa crença de que estamos vendo uma nova era de direitos indígenas surgindo com um reconhecimento cada vez maior os recursos indígenas estão sob o controle daqueles de onde provêm. Em quase todos os cantos do mundo, isso pode ser visto na arena da propriedade física e o progresso está sendo feito todos os dias nos reinos imateriais e intelectuais. Com isso em mente, queríamos informar que o povo Sámi considera nosso conhecimento tradicional, folclore, maneira distinta de vestir, artesanato exclusivo, canções, histórias e outras expressões culturais tradicionais como não apenas propriedade que pertence ao povo Sámi, mas



também parte integrante do nosso tecido social e cultural e essencial para a nossa sobrevivência. Com isso dito, nunca nos opusemos ao uso desses elementos, nem mesmo por outros - desde que esse uso seja apropriado, sensível, com atribuição adequada e, talvez, principalmente com aprovação [...] Dado o ambiente atual em torno das questões indígenas e a crescente sensibilidade social à apropriação cultural e ao uso indevido sentimos que isso proporciona uma oportunidade única de tentar algo especial [...] Os Sámi adotam uma visão mais equilibrada dessas questões. Vemos os benefícios que podem surgir do uso de nossa herança cultural, mas procuramos garantir que qualquer uso seja combinado com uma maneira de garantir sua autenticidade, adequação e propriedade. É para esse fim que gostaríamos de convidar formalmente vocês a nos visitar aqui em Sápmi para discutir como o uso da cultura Sámi nos projetos da Disney pode ser feito em benefício de todos os envolvidos - levando em consideração os aspectos e necessidades da Disney e garantindo o tratamento adequado da propriedade indígena Sámi. (SPC, 2018, pp. 1-2)

O esforço do povo Sámi para estabelecer bases para dialogar com a empresa Disney resultou em um acordo que comprova ser possível o uso de expressões culturais tradicionais por uma empresa de porte internacional que conseguiu implementar os princípios legais do consentimento livre, prévio e informado, acompanhado de uma divisão justa e equitativa de benefícios derivados desse uso, com a plena e efetiva participação do povo indígena, titular das ECTs.

Em um contrato assinado pelos estúdios de animação da Walt Disney e pelos líderes Sámi, os Sámi declararam sua posição de que "sua cultura coletiva e individual, incluindo elementos estéticos, música, linguagem, histórias, histórias e outras expressões culturais tradicionais, é propriedade dos Sámi, "e" que, para respeitar adequadamente os direitos que os Sámi têm e em sua cultura, é necessário garantir a sensibilidade, permitir consentimento livre, prévio e informado e garantir que a participação adequada dos benefícios seja empregada. (Reneau, 2019)

A diretora administrativa do International Sámi Film Institute, Anne Lájla Utsi, integrante do grupo consultivo *Verddet*, declarou: "Este é um bom exemplo de como uma grande empresa internacional como a Disney reconhece o fato de possuirmos nossa própria cultura e histórias. Isso nunca aconteceu antes" (Reneau, 2019).



Ao final da videoconferência, a empreendedora da Tanzânia, Laima Abeid, pediu a palavra para felicitar o povo Sámi por sua proatividade e acrescentou, com lágrimas nos olhos:

O *Rei Leão* foi inspirado no Serengeti, uma região protegida que abrange o Parque Nacional da Tanzânia, ao norte do país. Nunca fomos consultados sobre o uso da imagem da nossa cultura, das nossas músicas e temos muita dificuldade em estabelecer esse diálogo, mas a experiência Sámi será um exemplo a ser seguido no futuro.⁸¹

O exemplo dos Sámi demonstra a eficácia de estabelecer diálogo previamente às denúncias públicas ou ações judiciais em torno dos direitos dos povos indígenas pelo uso de expressões culturais tradicionais.

5.3.1.4 Direitos autorais dos povos indígenas no Canadá

A Lei de Direitos Autorais canadense foi revisada para incorporar disposições específicas de proteção às expressões culturais tradicionais dos povos indígenas. A Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas, adotada em 2007 como mínimo legal, tem sido uma referência importante nas discussões sobre propriedade intelectual e expressões culturais tradicionais. A Declaração reconhece o direito dos povos indígenas à manutenção, ao controle e à proteção de seu patrimônio cultural.

Em 2018, o Canadá criou o Programa de Propriedade Intelectual Indígena (IPIP) no contexto do Departamento de Inovação, Ciência e Desenvolvimento Econômico, para apoiar o aumento do envolvimento dos povos indígenas no Canadá no sistema de propriedade intelectual.

A iniciativa financia a participação de organizações indígenas nas discussões em curso no Comitê Intergovernamental da Ompi, em Genebra, bem como iniciativas de pequena escala e projetos relacionados à propriedade intelectual, aos conhecimentos tradicionais e às expressões culturais tradicionais dos povos indígenas, com o objetivo de permitir um sistema de propriedade intelectual mais inclusivo, de maneira a atender às suas necessidades e prioridades.

⁸¹ Informação verbal.



Ainda, oportunidades voltadas à formação de capacidade são disponibilizadas pelo Escritório Canadense de Propriedade Intelectual, em parceria com as organizações indígenas⁸² (Canadá, 2023).

A produção de material de treinamento personalizado e elaborado por organizações indígenas em conjunto com departamentos governamentais, escritórios regionais, empresas e acadêmicos tem resultado em informações direcionadas à ampliação e à melhoria do uso de ferramentas de propriedade intelectual para empresas e empreendedores indígenas (Canadá, 2023).

É notável que as boas práticas governamentais canadenses para a inclusão dos povos indígenas no sistema de propriedade intelectual podem servir de inspiração a países como o Brasil.

5.3.1.5 Direitos autorais dos povos indígenas na Austrália

Na Austrália, a Lei de Proteção das Expressões Culturais Aborígenes e das Ilhas do Estreito de Torres, de 1993, prevê direitos autorais específicos para obras de arte e conhecimentos tradicionais dos povos indígenas, além de oferecer mecanismos que permitem negociar acordos comerciais justos e proteger o patrimônio cultural dos povos indígenas australianos contra a apropriação e uso indevidos.

Embora as obras de artistas individuais sejam protegidas por direitos autorais, a Austrália ainda não possui uma lei que impeça a alteração, distorção ou uso indevido de símbolos, canções, danças, apresentações e histórias tradicionais que possam fazer parte da herança de determinados grupos linguísticos indígenas.

É aqui que entra o Conselho Australiano para os Protocolos das Artes para o uso da Propriedade Intelectual e Cultural das Primeiras Nações nas Artes.

Os protocolos fornecem um caminho para colaborações e criação de novos trabalhos indígenas. Dra Terri Janke. (Austrália, 2023)

A Lei do Patrimônio Aborígene de 2006 foi submetida a amplas consultas no período de 2020 e 2021 junto aos povos indígenas da Austrália. O Conselho do Patrimônio Aborígene Vitoriano lamenta a implacável destruição de seu patrimônio

⁸² Sugere-se consulta ao relatório *Conscientização e Uso da Propriedade Intelectual*, de 2021, e ao *Resumo Executivo do Relatório do Círculo de Pedra: Experiências das Primeiras Nações, Inuit e Métis com o Sistema Canadense de Propriedade Intelectual* (Canadá, 2023).



cultural e, na qualidade de proprietário tradicional, elaborou, após as consultas, 24 recomendações para a reforma da Lei do Patrimônio Aborígene de 2006.

As recomendações estão voltadas ao controle de seu patrimônio pelos próprios povos indígenas e à realização da propriedade autodeterminada de sua cultura, seu patrimônio, sua história e seu país (Austrália, 2021).

O exercício da livre determinação dos povos indígenas da Austrália com relação ao controle de seu patrimônio cultural, por meio de amplas consultas e discussões, resultou no Relatório sobre Propriedade Intelectual e Cultural Indígena Australiana, como parte de um processo de desenvolvimento de recomendações e propostas práticas de reforma para melhorar o reconhecimento e a proteção da propriedade cultural e intelectual indígena (Janke, 1998). Trata-se de um exemplo inspirador para uma região tão rica em diversidade cultural, como os países da América Latina.

5.3.1.6 Direitos autorais dos povos indígenas nos Estados Unidos

Nos Estados Unidos, os povos indígenas têm criado leis e iniciativas de proteção às ECTs, como artes, cerimônias, músicas e línguas, a fim de evitar exploração e apropriação indevidas do patrimônio cultural indígena, além de promover e valorizar a sustentabilidade econômica dos povos indígenas mediante a comercialização de produtos autênticos.

Nesse sentido, a Lei Federal de Artes e Ofícios Indígenas, de 1990, é exemplo de legislação nacional que aborda a proteção desses elementos culturais e a propriedade intelectual dos povos indígenas. A *Indian Arts and Crafts Act* proíbe a comercialização fraudulenta de produtos falsificados e protege a autenticidade dos produtos de artistas e artesãos indígenas (Tweedy, 2016).

Ainda, ela atua na aplicação da Lei Federal de Artes e Ofícios Indígenas com vistas à promoção, ao desenvolvimento e à proteção das artes e dos ofícios dos povos indígenas, além de fornecer certificação e selos de autenticidade para atestar a veracidade dos produtos indígenas, na qualidade de agência do governo federal dos Estados Unidos.

Além disso, muitos povos indígenas nos Estados Unidos têm trabalhado para estabelecer acordos de licenciamento e direitos autorais para proteger suas criações artísticas e artesanais, baseados nos protocolos definidos por cada povo indígena,



como a *Native American Arts and Crafts Act*, legislação própria de alguns povos indígenas estadunidenses, que estabelece padrões e diretrizes para a produção e a comercialização de arte e artesanato indígena genuíno⁸³ (Champagne, 1994a).

5.3.2 EXPRESSÕES CULTURAIS TRADICIONAIS E INDICAÇÃO GEOGRÁFICA

As indicações geográficas são uma das ferramentas disponíveis dentro do sistema de propriedade intelectual que podem oferecer alguma proteção, ainda que indiretamente, às ECTs, desde que tais expressões estejam estritamente vinculadas a uma determinada região ou localidade, como é o caso de obras de artesanato cujas qualidades ou características derivam de sua origem geográfica (Ompi, 2015, p. 35).

Segundo a Ompi, “as indicações geográficas são sinais que se aplicam a produtos que possuem origem geográfica determinada e qualidades ou prestígio que se devem essencialmente a essa origem” (2017, p. 48).

O uso da indicação quando o produto foi fabricado em outro lugar ou quando não apresenta as características usuais pode induzir o consumidor a erro e resultar em concorrência desleal. O Acordo Trips determina que os membros devem fornecer meios para prevenir esse uso indevido de indicações geográficas. Há exceções permitidas, por exemplo, se o termo em questão já estiver protegido como marca ou se tiver se tornado um termo genérico.

O Acordo Trips prevê negociações adicionais no âmbito da OMC para estabelecer um sistema multilateral de notificação e registro de indicações geográficas para vinhos, que foi subsequentemente estendido para incluir bebidas espirituosas. A questão de se negociar a extensão desse nível mais alto de proteção, além dos vinhos e destilados, também está em discussão na Organização (WTO, 2021).

5.3.2.1 Indicações geográficas e expressões culturais tradicionais do Povo Mixteco

O México é um país conhecido por sua diversidade cultural e pela enorme variedade de objetos artisticamente elaborados por seus diferentes povos indígenas. Nesse cenário, destacam-se os produtos têxteis confeccionados artesanalmente,

⁸³ Para mais informações sobre os desafios enfrentados pelos povos indígenas da América do Norte, sugere-se a leitura das obras de Duane Champagne, *Native America: Portrait of the Peoples* (1994) e *The Native North American Almanac: A Reference Work on Native North Americans in the United States and Canada* (1994).



mesclando, em sua composição, a cosmovisão dos povos indígenas pré-hispânicos e as tecnologias trazidas pelos europeus, sem que a inovação signifique o abandono de tradições imemoriais na arte da tecelagem, mas sua continuidade, o fortalecimento de sua identidade e sua cultura ancestral, como ensina a engenheira em desenho do povo indígena Mixteco, Laura Quiroz Ruiz:

Uno de los aspectos sobresalientes es la continuidad de las tradiciones que aún se observan en los modelos de las prendas, los motivos, los labores dibujados en ellos, las texturas tangibles y visuales, que son producto del modo de usar los hilados, los colores y los sistemas de composición. Las prendas textiles presentan una enorme gama de motivos decorativos, inspirados en la naturaleza viva: animales y vegetales con variantes de singular atractivo que manifiestan una manera propia de ver el mundo, su sentido de pertenencia, su relación de convivencia con la naturaleza. (Ruiz, 2012, p. 16)

Ainda segundo a autora, “la gama de textiles que ofrece el Estado de Oaxaca es extensa. Se considera que de los 570 municipios que integram el estado, la gran mayoría tiene una prenda textil propia que les representa” (Ruiz, 2012, p. 3).

Situada nos vales centrais, a 31 quilômetros da capital de Oaxaca, no México, a Teotitlán del Valle é conhecida por sua tapeçaria, um dos muitos exemplos de produto que poderia ser protegido como indicação geográfica, considerando ser um local conhecido pela produção de tapetes de alta qualidade.

Famosos pela beleza singular de seus desenhos, que retratam elementos da natureza ou reproduzem símbolos que integram a cosmovisão do Povo Zapoteco, eles estão presentes na ornamentação de locais sagrados como Mitla, antigo templo de adoração desse povo, que consiste em um dos famosos sítios arqueológicos do México.

A tapeçaria elaborada em Teotitlán del Valle é confeccionada utilizando métodos ancestrais de tecelagem herdados das culturas dos povos indígenas que habitavam a Mesoamérica previamente à invasão europeia, a exemplo do tear de cintura, ainda que inovações tenham sido introduzidas para permitir a confecção de tapetes em tamanhos maiores, como o tear de pedal.

Os corantes utilizados na confecção desses tapetes, entre outros produtos têxteis, são elaborados artesanalmente com recursos naturais oriundos de diferentes



lugares, mas alguns deles são originários dessa região, como é o caso da cochonilha, uma tinta extraída de um inseto conhecido pelo mesmo nome, que pode ser encontrado em cactos e outras plantas. Embora a cochonilha seja considerada uma ameaça aos produtos agrícolas, seu uso como corante possui registros que datam do século XV, além de ser largamente utilizado pelas indústrias cosmética e alimentícia, bem como na produção de medicamentos, verniz, laca e cera:

Apesar de serem potentes ameaças às plantações (roubam a seiva e inoculam toxinas que provocam manchas, definhamento e morte de plantas), as cochonilhas se destacam também na produção de medicamentos (*Ceroplastes ceriferus*), verniz (*Llaveia axin*), cera (*Ceroplastes ceriferus*), laca (*Laccifer lacca*), e principalmente de corante carmim (*Dactylopius coccus*). (Martinez, 2020)

Alguns países possuem uma legislação especial (*sui generis*) e, em alguns deles, existem leis próprias para um tipo particular de indicação geográfica: as denominações de origem. Da mesma maneira que as demais indicações geográficas, essa denominação se aplica ao produto que esteja vinculado a um lugar geográfico específico, porém, nesse caso, o vínculo entre o produto e o lugar no qual é produzido deve ser particularmente sólido, e a proteção jurídica da denominação de origem costuma ser mais restrita em relação às indicações geográficas em geral (Ompi, 2017, p. 48).

Em um estudo comparativo, a Lei brasileira nº 9.279, de 1996, estabelece duas categorias de indicação geográfica: a indicação de procedência e a denominação de origem:

Art. 176. Constitui indicação geográfica a indicação de procedência ou a denominação de origem.

Art. 177. Considera-se indicação de procedência o nome geográfico de país, cidade, região ou localidade de seu território, que se tenha tornado conhecido como centro de extração, produção ou fabricação de determinado produto ou de prestação de determinado serviço.

Art. 178. Considera-se denominação de origem o nome geográfico de país, cidade, região ou localidade de seu território, que designe produto ou serviço cujas qualidades ou características se devam exclusiva ou essencialmente ao meio geográfico, incluídos fatores naturais e humanos.



Art. 179. A proteção estender-se-á à representação gráfica ou figurativa da indicação geográfica, bem como à representação geográfica de país, cidade, região ou localidade de seu território cujo nome seja indicação geográfica.

Art. 180. Quando o nome geográfico se houver tornado de uso comum, designando produto ou serviço, não será considerada indicação geográfica.

Art. 181. O nome geográfico que não constitua indicação de procedência ou denominação de origem poderá servir de elemento característico de marca para produto ou serviço, desde que não induza falsa procedência.

Art. 182. O uso da indicação geográfica é restrito aos produtores e prestadores de serviço estabelecidos no local, exigindo-se, ainda, em relação às denominações de origem, o atendimento de requisitos de qualidade.

Parágrafo único. O INPI estabelecerá as condições de registro das indicações geográficas. (Brasil, 1996)

Por outro lado, o Instituto Mexicano de Propriedade Industrial (Iimpí) prevê, em seu marco jurídico nacional, a proteção por indicação geográfica e por denominação de origem, esclarecendo, em seu *site*, a diferença entre ambas:

La Ley de la Propiedad Industrial define el concepto de la Indicación Geográfica conforme a lo siguiente: "el nombre de una zona geográfica o que contenga dicho nombre, u otra indicación conocida por hacer referencia a la citada zona, que identifique un producto como originario de la misma, cuando determinada calidad, reputación u otra característica del producto sea imputable fundamentalmente a su origen geográfico [...]. La diferencia fundamental consiste en el vínculo con el lugar de origen, que es más fuerte en la Denominación de Origen, en la que además deben existir factores naturales y humanos que otorguen características específicas al producto, mientras que en una Indicación Geográfica basta que cumpla con un solo criterio atribuible al origen geográfico, ya sea una calidad, reputación u otra característica. (Gobierno de México, 2023)

Assim, Teotitlán del Valle é uma região geográfica do México conhecida pela produção de têxteis artesanais, passíveis de proteção por indicação geográfica. O governo do México tem anunciado nos meios de comunicação a proteção desses artesanatos por meio de indicações geográficas:



Pensando en experiencias como ésta, que han vivido distintos artesanos en todo el territorio, el gobierno de Oaxaca trabaja desde el año pasado en el desarrollo de una Indicación Geográfica (IG), una declaración de protección para productos originarios de un país o una región específica, "siempre que tengan una calidad, reputación u otra característica imputable a su origen geográfico", señala el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial. [...]

[...] las siguientes creaciones a proteger serán los textiles de Teotitlán del Valle, San Antonino Castillo Velasco y Santa María Tlahuitoltepec, comunidad mixe recordada por padecer el primero de los plagios a artesanos oaxaqueños que trascendió a nivel mundial. (Universal, 2020)

No Brasil, o uso da indicação geográfica e da denominação de origem para artesanatos indígenas que contêm penas, plumas, ossos, dentes ou partes de animais foi inviabilizada pela publicação de uma norma criada pelo Poder Executivo, que possui força de lei: a Portaria 93, de 1998, do Ibama, que restringe a exportação de artesanatos indígenas com partes de animais a finalidades de intercâmbio científico e cultural:

Art. 29 - Será permitida a exportação de artesanato indígena ou similar confeccionado com partes de animais da fauna silvestre brasileira somente para intercâmbio científico e cultural, entre instituições oficiais ou oficializadas, ouvida a Fundação Nacional do Índio - FUNAI. (Ibama, 1998, p. 5)

É dever de cada país zelar pela conservação e pelo uso sustentável da biodiversidade existente no território nacional. Entretanto, devem ser observadas as leis aplicáveis aos povos indígenas no tocante ao direito de consulta estabelecido por tratados internacionais dos quais o Brasil é parte, a exemplo da Convenção nº 169 da OIT e da Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

A Convenção é clara sobre o dever de cada Estado-parte de assegurar aos povos indígenas o direito a serem previamente consultados, sempre que uma medida jurídica ou administrativa possa afetá-los. Ainda, enfatiza que tais consultas devem ser realizadas de boa-fé e de maneira apropriada às circunstâncias:

ARTIGO 6º

1. Na aplicação das disposições da presente Convenção, os governos deverão:



- a) consultar os povos interessados, por meio de procedimentos adequados e, em particular, de suas instituições representativas, sempre que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente; [...]
2. As consultas realizadas em conformidade com o previsto na presente Convenção deverão ser conduzidas de boa-fé e de uma maneira adequada às circunstâncias, no sentido de que um acordo ou consentimento em torno das medidas propostas possa ser alcançado. (OIT, 1989, *cit. in.* Silva 2008, p. 56)

Na mesma direção, aponta o artigo 19 da Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas, ao tratar do direito à consulta para obtenção do consentimento livre, prévio e informado antes da adoção de medidas legais ou administrativas que afetem esses povos, como já mencionado no início deste capítulo.

A advogada do povo indígena Wuthathi da Austrália, Terri Janke, enfatiza a importância de que a consulta e o consentimento sejam tratados como relações bilaterais balizadas pelo diálogo entre as partes:

Designa el canje de pareceres e información, por lo cual no se trata de una relación unilateral, sino que plasma la idea de que las partes de esa relación ponen en común conocimientos y opiniones. Obliga a trabajar de común acuerdo, a escuchar lo que tiene que decir la otra parte y a obrar en consecuencia. Algunos autores sostienen que hay una íntima relación entre la consulta y el consentimiento en la vida de las comunidades indígenas. En efecto, gracias a la consulta el usuario ajeno a la comunidad puede conocer no sólo aquello que debe ser objeto del consentimiento, sino también a la persona encargada de dar ese consentimiento, y a su vez, ésta podrá conocer debidamente lo que pretenda autorizar. (Janke, 2008, p. 51)

Deriva da hermenêutica jurídica brasileira que o direito à consulta aos povos indígenas deve ser feito de boa-fé, manifesta pela transmissão da informação em linguagem apropriada, respeitadas as tradições orais e a diversidade linguística de cada povo, assegurado a eles o direito a tomar decisões livremente, segundo suas necessidades e prioridades. Durante o processo de consulta, é dever do governo respeitar as instituições dos povos indígenas, o que nem sempre ocorre, pois os conselhos de governo normalmente consultados nessas ocasiões são integrados por poucas pessoas, prepostos de instituições indígenas que não representam a diversidade socio-cultural dos 305 povos indígenas a serem afetados pelas decisões governamentais.



A Portaria 93, de 1998, do Ibama foi publicada sem o devido processo de consulta aos povos indígenas afetados e tem causado prejuízos, desde então, lesando a comercialização de peças de arte indígena, a qual gerava renda e impulsionava a continuidade da cultura material de um povo.

Podemos citar o exemplo dos colares de conchas, confeccionados por diferentes povos indígenas do Parque Nacional do Xingu, situado no estado do Mato Grosso, no centro do Brasil, ou ainda pelo Povo Marubo, do estado do Amazonas, em que o material utilizado é a concha calcária de moluscos mortos, portanto, sem qualquer prejuízo para a biodiversidade local.

Entretanto, a ausência de diálogo com os povos indígenas não permitiu o estabelecimento de uma lista de exceções ou a discussão sobre a criação de planos de manejo para garantir a continuidade da confecção e a comercialização de arte indígena contendo partes de animais sem que a biodiversidade existente no interior das terras indígenas, que é a mais conservada do país, fosse prejudicada.

A comercialização desses colares passou a ser criminalizada em virtude da Portaria 93, de 1998, sem que o Estado brasileiro tenha sido responsabilizado pela violação dos direitos desses povos e reparado o dano material causado ao longo de mais de duas décadas, por falta de sensibilidade dos gestores governamentais e pela absoluta ausência de consulta aos povos afetados.

Muito embora essa portaria tenha sido modificada, tal experiência demonstra, uma vez mais, a obrigação dos Estados nacionais de consultarem os povos indígenas antes de criarem medidas jurídicas ou administrativas que possam afetá-los. A política nacional de gestão ambiental e territorial poderia ser uma ferramenta útil para discutir alternativas cultural e ambientalmente sustentáveis de geração de renda e de trabalho digno em terras indígenas, em vez de viabilizar a tomada de decisões pelo Estado sem consulta, resultando na criminalização de artesãos indígenas.

5.3.3 EXPRESSÕES CULTURAIS TRADICIONAIS E MARCAS, MARCAS COLETIVAS E CERTIFICAÇÃO

As marcas podem constituir uma ferramenta útil aos povos indígenas para promover e proteger seu patrimônio cultural. O escritório Arena de Marcas e Patentes (2020) explica o conceito de marca: "Marca registrada, qualquer sinal ou dispositivo



visível usado por uma empresa comercial para identificar seus produtos e distinguí-los daqueles feitos ou transportados por outras pessoas". Elas possuem duas funções principais:

Ao indicar a origem dos bens e serviços, as marcas registradas servem a dois propósitos importantes. Eles fornecem aos fabricantes e comerciantes proteção contra a concorrência desleal (uma pessoa representando ou repassando seus bens como bens de outra), e fornecem aos clientes proteção contra imitações (assegurando-lhes uma certa qualidade esperada). Em termos da proteção dos direitos dos detentores de marcas registradas, a lei na maioria dos países se estende além da regra da concorrência desleal, pois uma marca registrada é considerada propriedade do detentor; e, como tal, o uso não autorizado da marca constitui não só deturpação e fraude, mas também uma violação dos direitos de propriedade privada do detentor. (Arena, 2020)

A exclusividade sobre o nome de um serviço, um produto ou um logotipo que o identifique pode ser obtida mediante o registro de uma marca (Inpi, 2019). O conceito de "marca" está relacionado aos sinais utilizados para identificar e distinguir um produto ou serviço de uma empresa de produtos e serviços similares oferecidos por outras empresas. Assim, é possível registrar uma palavra como uma marca, mas também é possível que uma mesma marca utilize uma combinação de palavras, letras, números, desenhos, formato e embalagem do produto, rótulo ou etiqueta, tipo de letra, cores e imagem, além de poder ser apresentada em forma bidimensional ou tridimensional (Ompi, 2017, p. 40).

Las marcas son signos o combinaciones de signos que se utilizan para identificar el origen o procedencia de un producto o un servicio. Las marcas tienen diferentes configuraciones (dos y tres dimensiones) y formas. Una marca puede ser una simple palabra o frase, el nombre de una compañía, un número, letras, (combinaciones de) colores, o una imagen. En algunas jurisdicciones se concede protección de marca a los sonidos y a los olores. (Ompi, 2001, p. 38)

O registro de uma marca está sujeito ao cumprimento dessas e de outras condições: a) a marca deve ser distintiva, ou seja, suscetível de distinguir os produtos e serviços de uma empresa dos produtos e serviços de outras empresas; e b) a



marca não deve ser genérica, descritiva ou enganosa em relação aos produtos e serviços aos que se aplica e não deve ser idêntica nem similar até o extremo de provocar confusão com outras marcas que já estejam registradas para produtos ou serviços idênticos ou similares (Ompi, 2017, p. 40). Nesse sentido, a Ompi estabelece uma distinção entre a marca registrada — *trademark* — e a marca em sentido amplo — *brand*:

Many people confuse the concepts of “trademark” and “brand”. Brand has a much wider meaning and refers to the proprietary visual, emotional, rational and cultural image that customers associate with a company or product. Trademarks are a vital element of a brand, but a brand will usually also include other elements such as designs, trade dress, slogans, symbols and sounds along with the concept, image and reputation the connect consumers with specified products. (Ompi, 2017, p. 8)

O Acordo Trips define os tipos de sinais elegíveis para proteção como marcas registradas, bem como os direitos mínimos conferidos a seus proprietários. Ainda, o Acordo estabelece que as marcas de serviço devem ser protegidas da mesma maneira que as marcas comerciais usadas para mercadorias. As marcas que se tornaram conhecidas em determinado país desfrutam de proteção adicional (WTO, 2021b).

Embora cada país conte com suas leis nacionais de marcas registradas, verificam-se esforços multinacionais direcionados para facilitar as práticas de registro e de fiscalização. A Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Intelectual, de 1883, administrada pela Ompi, constitui o primeiro acordo internacional a estabelecer padrões mínimos para a proteção das marcas, oferecendo tratamento similar para os titulares de marcas estrangeiras e nacionais:

A Convenção de Paris ofereceu algumas das proteções mais difundidas para indivíduos e empresas que possuem marcas registradas, patentes, modelos de utilidade, desenhos industriais, indicações geográficas e nomes comerciais. Foi realmente o primeiro grande passo para garantir que os criadores recebam proteções para seus trabalhos mesmo em outros países [...].

[...] Aproximadamente 100 países fazem parte da Convenção de Paris. As leis uniformes sobre marcas registradas foram promulgadas pela Organização Africana de Propriedade Intelectual em 13 países africanos de língua



francesa, o Mercado Comum Andino na Colômbia, Equador e Peru, nos países Benelux e Escandinavos, e sob o Tratado Centro-americano de Propriedade Industrial (Costa Rica, El Salvador, Guatemala e Nicarágua). Além disso, cerca de 30 países (a maioria europeus, incluindo Marrocos, Argélia, Vietnã e Coréia do Norte) aderem ao Acordo de Madri, que prevê um processo único de solicitação através do depósito em um escritório central localizado em Genebra. (Arena, 2020)

A Convenção de Paris iniciou como um anteprojeto, redigido na Conferência Diplomática de 1880, na mesma cidade. A célebre frase proferida pelo presidente da Conferência se transformou em realidade: "Nós escrevemos o prefácio de um livro que vai se abrir e que não será fechado se não após longos anos". A aprovação definitiva do texto foi realizada em 6 de março de 1883 em nova Conferência, passando a vigorar um mês após o depósito do instrumento de ratificação, em 7 de julho de 1883. Após sete revisões, o Brasil, um dos países signatários, aderiu originalmente em 1992 à Revisão de Estocolmo, realizada em 1967 (Inpi, 2019).

O direito de prioridade foi estabelecido pela Convenção de Paris, de modo que um pedido de patente pode ser depositado pelo inventor em qualquer país em que esteja residindo. Após o decurso de um prazo, o inventor pode solicitar a patente em qualquer outro país que seja parte dessa Convenção. O prazo para marcas e desenhos industriais é de seis meses e para modelos de utilidade e patentes, de 12 meses. O Escritório Arena de Marcas e Patentes enfatiza os benefícios de não precisar depositar patentes em vários países ao mesmo tempo: "Você pode se concentrar em sua terra natal primeiro e, então, decidir que outros países seriam melhores para obter uma patente registrada" (Arena, 2020).

Outro instrumento legal a ser considerado nessa discussão é o Protocolo de Madri, adotado em 27 de junho de 1989. Administrado pela Ompi, é um tratado internacional, que permite o depósito e o registro de marcas em mais de 120 países (Inpi, 2019). O Brasil aderiu ao Protocolo de Madri em 25 de junho de 2019, data da assinatura pelo presidente da República à época, e o depósito foi realizado junto à Ompi em 2 de julho de 2019, passando a vigorar três meses após a adesão, em 2 de outubro de 2019, em conformidade com o artigo 14 (4) (b) do Tratado. A partir dessa data, o Brasil passou a atuar como administração de origem e parte contratante designada para enviar e receber pedidos internacionais de registro de marca no âmbito do Protocolo.



O site do Inpi (2019) enumera, em seu manual de marcas, as normas aplicáveis ao exame dos pedidos internacionais de registro de marca no contexto brasileiro:

- O Protocolo de Madri relativo ao Registro Internacional de Marcas
- O Regulamento Comum relativo ao Protocolo de Madri
O Regulamento Comum normatiza e complementa o Protocolo de Madri por meio de regras operacionais que incluem a forma, as condições e os prazos para a prática dos atos. A versão do Regulamento Comum em língua portuguesa pode ser acessada nas Referências.
- O Decreto Legislativo número 98/2019 que “transforma o Protocolo de Madri e o Regulamento Comum em normas jurídicas nacionais e específicas, entre outras, declarações concernentes aos prazos, às redistribuições individuais e aos idiomas aplicáveis aos pedidos e inscrições internacionais.”
- A Resolução INPI/PR nº 247/2019
A Resolução INPI/PR nº 247/2019 dispõe sobre o registro de marca no âmbito do Protocolo de Madri e conforma as práticas ao contexto da legislação doméstica.
- A Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996
A Lei da Propriedade Industrial (LPI) regula direitos e obrigações relativos à Propriedade Industrial no Brasil. (Inpi, 2019c)

Como o Brasil possui a administração de origem, mediante a atuação do Inpi, para proceder a certificações originadas no país, a demanda por registros de marcas é bastante desigual se comparada às solicitações de registro de marcas objeto de designação, ou seja, solicitações de registros de marcas provenientes de outros países em que o Brasil figura como parte contratante designada.

Se a proteção a uma designação do Brasil for concedida, será idêntica àquela conferida a um registro de marca cujo depósito foi realizado diretamente no Inpi. A lei brasileira de propriedade industrial estabelece o conceito e as categorias passíveis de registro como marca, conforme consta na Lei nº 9.279, de 1996:

Seção I

Dos Sinais Registráveis Como Marca

Art. 122. São suscetíveis de registro como marca os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais.



Art. 123. Para os efeitos desta Lei, considera-se:

- I. marca de produto ou serviço: aquela usada para distinguir produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa;
- II. marca de certificação: aquela usada para atestar a conformidade de um produto ou serviço com determinadas normas ou especificações técnicas, notadamente quanto à qualidade, natureza, material utilizado e metodologia empregada; e,
- III. marca coletiva: aquela usada para identificar produtos ou serviços provenientes de membros de uma determinada entidade. (Brasil, 1996)

As marcas de certificação são usadas para identificar um produto que reúne determinadas normas especificadas, geridas e exigidas por uma organização que seja competente para conferir a certificação de determinado(s) produto(s). A organização solicita o registro da marca e passa a ser sua titular, uma vez que consiga sua obtenção. A organização concede licença para utilizar a marca unicamente aos produtores cujos produtos cumpram as normas estabelecidas pela organização pertinente. Assim, os consumidores têm a garantia de que determinado produto reúne as condições e as normas estipuladas para sua produção.

A Ompi, em seu informe relativo às missões exploratórias sobre propriedade intelectual e conhecimentos tradicionais (1998-1999), trata das marcas coletivas e estabelece a distinção entre uma marca de certificação e uma marca coletiva:

Las marcas colectivas son signos que sirven no ya para identificar los productos o servicios de una empresa, sino para identificar la procedencia u otras características de los productos o servicios de diferentes empresas que utilizan la marca colectiva bajo control del titular. La titularidad de las marcas colectivas corresponde normalmente a asociaciones o empresas que ofrecen los productos o los servicios identificados por la marca. En la solicitud de registro de la marca colectiva se tienen que incluir las reglamentaciones que rigen su utilización. En términos generales, la diferencia entre las marcas colectivas y las marcas de certificación es que la primera sólo puede ser utilizada por miembros de la organización, mientras que las marcas de certificación las puede utilizar cualquiera que cumpla las normas establecidas. Por lo tanto, la marca colectiva no puede considerarse por sí misma como garantía de calidad, sino, únicamente, como indicación de asociación. (Ompi, 2001, p. 39)



O valor econômico de uma marca registrada pode constituir o ativo mais valioso para uma empresa, conforme ensina a Organização: "Uma marca registrada cuidadosamente selecionada e cultivada é um ativo comercial valioso para a maioria das empresas. Pode até ser o ativo mais valioso que eles possuem" (Ompi, 2017, p. 13). Em 2019, a empresa Amazon, gigante do ramo de comércio eletrônico, o *e-commerce*, foi estimada em US\$ 188 bilhões, liderando o *ranking* das marcas mais valiosas do mundo, seguida pela Apple, avaliada em US\$ 153,634 bilhões, e da Google, cuja marca foi estimada em US\$ 142,755 bilhões, de acordo com a consultoria britânica de estratégia de negócios, Brand Finance (Consumidor Moderno, 2019).

Partindo da perspectiva da propriedade intelectual, o artesanato possui três elementos distintos: a) reputação, oriunda do seu estilo; b) origem ou qualidade, aparência externa, isto é, sua forma e desenho; e c) saber fazer, ou seja, a perícia e os conhecimentos utilizados para criar e fabricar os produtos artesanais, ensina a Ompi.

Cada elemento puede estar protegido por una forma distinta de P.I. El saber hacer, por ejemplo, puede estar protegido por las patentes o en calidad de secreto comercial, la apariencia externa puede recibir protección mediante el derecho de autor o los dibujos o modelos industriales, mientras que la reputación puede protegerse por medio de las marcas de producto o de servicio, las marcas colectivas o de certificación, las indicaciones geográficas o la legislación sobre competencia desleal. (Ompi, 2016, p. 2)

Diante do exposto, as marcas podem ser uma ferramenta importante a ser utilizada pelos povos indígenas em prol do fortalecimento da proteção de seu patrimônio cultural. Na cartilha número 5, *A Propriedade Intelectual e o Artesanato Tradicional* (2016), a Ompi menciona como exemplo o uso de etiquetas de autenticidade nas molas (painéis têxteis distintos confeccionados pelas artesãs do povo indígena Kuna), no Panamá, para garantir sua autenticidade e lutar contra a venda amplamente difundida de imitações baratas.

Registrar y utilizar una marca colectiva o de certificación puede ayudar a que las comunidades indígenas diferencien sus productos de artesanía de otros productos, y a dar realce a nivel nacional e internacional a dichas comunidades y a los artistas que fabrican esos productos. También puede contribuir a mejorar su situación económica y a obtener un rendimiento justo y equitativo de su labor. Asimismo, las marcas colectivas y de certificación



sirven para fomentar la sensibilización del público y tranquilizar a los consumidores que tienen la garantía de adquirir productos auténticos. Si bien las marcas de certificación o las etiquetas de autenticidad no pueden impedir la venta de imitaciones, sirven para desalentar dicha venta al diferenciar los productos genuinos de la artesanía tradicional. (Ompi, 2016, p. 2)

A empresa Nike apresentou desculpas públicas ao Povo Kuna do Panamá por reproduzir padrões existentes nas molas Kuna em um tênis, sem a devida autorização desse povo, determinando o cancelamento do lançamento do calçado:

A Nike cancelou nesta terça-feira (21) o lançamento de um novo modelo de tênis, após protestos de indígenas panamenhos pelo suposto uso de um símbolo artístico ancestral da etnia.

"Nos desculpamos pela representação incorreta da origem do desenho do Nike Air Force 1 Porto Rico. Como resultado, este produto já não estará disponível", informou um porta-voz da Nike à AFP. (AFP, 2019)

Outro exemplo ocorreu no México, em que o povo Seri registrou a marca "Arte Seri" para proteger produtos autênticos de pau-ferro, elaborados a partir de métodos tradicionais com a madeira da árvore *Olneya tesota*, para fazer frente à concorrência desleal e à produção em massa de cópias de seu artesanato (Ompi, 2015, p. 38).

Por outro lado, o uso de palavras ou símbolos oriundos de línguas indígenas ou das culturas dos povos indígenas pode ser regulamentado pelas leis nacionais ou pelos tratados firmados em nível regional, com o fim de proteger os interesses dos povos indígenas mediante disposições especiais.

Na Nova Zelândia, a Lei de Marcas de Comércio, de 2002, impede o registro de uma marca, nos casos em que seu uso ou registro seja suscetível de ofender a uma parte importante da comunidade, particularmente o Povo Maori. O artigo 178 da Comissão de Marcas de Comércio pode designar uma comissão consultiva para avaliar se o registro de uma marca comercial resulte ofensivo para os Maori sempre que derive ou pareça derivar de um sinal ou de símbolo da cultura Maori, incluindo tanto texto como imagens.

De maneira similar, a decisão 486, do artigo 136 (g) da Comunidade Andina dispõe que não será permitido o registro de marcas que contenham sinais que



consistam em nomes de povos indígenas, afro-americanos ou de comunidades locais ou denominações, palavras, letras, caracteres ou sinais usados pra distinguir seus produtos, serviços ou a forma de processá-los, ou, ainda que constituam a expressão de sua cultura ou prática, exceto nos casos em que o pedido de registro seja apresentado pela própria comunidade ou mediante seu consentimento expresso.

Varias solicitudes de registro han sido rechazadas en virtud del artículo 136 g) de la Decisión 486. Por ejemplo, la solicitud de registro de la marca 'Wayuu' fue denegada en Colombia, y la solicitud de registro de la marca 'Shuara' fue denegada en el Ecuador por ser nombres de comunidades indígenas. (Ompi, 2017, p. 44)

A adequação e o aprimoramento das leis de propriedade intelectual para evitar usos abusivos ou ofensivos resultará no aumento da segurança jurídica do sistema marcário e prevenirá constrangimentos e cancelamento do registro, como ocorreu no caso da marca Tikuna, um dos grandes povos indígenas que habita a região amazônica do Brasil, registrada como uma marca de papel higiênico, sem o conhecimento nem o consentimento desse povo.

Como resultado, houve uma representação do povo indígena Tikuna no Ministério Público Federal solicitando judicialmente a nulidade do registro da marca por ser considerado um uso ofensivo, em conformidade com a previsão do artigo 124, III da Lei de Propriedade Intelectual, o que foi acatado pelo Poder Judiciário Brasileiro (Kaingáng, 2006).

Artigo 124. Não são registráveis como marca:

[...]

III. expressão, figura, desenho ou qualquer outro sinal contrário à moral e aos bons costumes ou que ofenda a honra ou imagem de pessoas ou atente contra liberdade de consciência, crença, culto religioso ou idéia e sentimento dignos de respeito e veneração. (Brasil, 1996)

Embora as marcas estejam entre as ferramentas do sistema de propriedade intelectual que podem ser utilizadas para proteger ECTs dos povos indígenas, não existe unanimidade em relação ao seu uso, em razão da compreensão de que se trataria da privatização de um elemento de natureza cultural coletiva, como ocorre entre os Navajo nos Estados Unidos:



A Nação Navajo possui 86 registros da marca "Navajo" para evitar que designers não navajos insinuem uma conexão entre seus produtos e a Nação Navajo, quando isso não existe. Além disso, alguns tecelões navajos registram seus designs no escritório de direitos autorais dos EUA. No entanto, outros se recusam a fazê-lo por motivos culturais: do ponto de vista da perspectiva dos Navajo, registrar esses desenhos sob as leis de PI dos Estados Unidos significaria uma reivindicação individual de algo que foi transmitido em uma família ou clã por gerações. (Intellectual Property Issues in Cultural Heritage Project, 2015, p. 4)

5.3.4 EXPRESSÕES CULTURAIS TRADICIONAIS E DESENHO INDUSTRIAL

Desenho ou modelo industrial é o aspecto estético ou a aparência exterior de um produto, como forma, configuração, linhas ou cores que podem plasmar-se em uma ampla gama de produtos artesanais (Ompi, 2016, p. 3).

Segundo o Acordo Trips, desenhos industriais originais ou novos devem ser protegidos por um período não inferior a dez anos. Os proprietários de desenhos protegidos devem ser capazes de impedir a fabricação, a venda ou a importação de produtos que contenham ou incorporem um desenho ou modelo que seja uma cópia ou substancialmente uma cópia do desenho ou modelo protegido para fins comerciais (WTO, 2021).

De acordo com a normativa de propriedade intelectual, os desenhos industriais protegem os aspectos estéticos ou decorativos de um produto: sua aparência, e não sua funcionalidade, é o fator primordial. A atratividade estética dos produtos se reveste de importância significativa para os consumidores e, por essa razão, os desenhos podem agregar valor aos produtos e devem ser protegidos.

A novidade do desenho, ou sua originalidade, é a condição requerida para o registro e, uma vez registrado, o titular do desenho industrial terá poderes exclusivos, ou seja, sem a autorização do titular, ninguém poderá fabricar nem comercializar produtos que utilizem esse desenho no território do país onde foi registrado. Em alguns casos, os desenhos industriais podem ser protegidos pelo direito de autor, na qualidade de obras de arte aplicadas (Ompi, 2017).

Um dos elementos relevantes considerado em um artesanato é sua aparência externa, de maneira que o formato de uma cesta, o desenho de um colar ou a



ornamentação de uma cerâmica podem estar protegidos como desenho ou modelo industrial, garantindo ao artesão que requerer seu registro o direito de impedir terceiros de produzir, importar, vender ou distribuir produtos de aparência idêntica ou muito similar ao desenho protegido.

Em alguns países, o artesanato não é passível de proteção por desenho ou modelo industrial, na medida em que o registro só se aplica a produtos fabricados industrialmente (Ompi, 2016). Nesse contexto está situada a Lei brasileira de Propriedade Industrial, que estabelece, no artigo 95, a definição de “desenho industrial”:

Art. 95. Considera-se desenho industrial a forma plástica ornamental de um objeto ou o conjunto ornamental de linhas e cores que possa ser aplicado a um produto, proporcionando resultado visual novo e original na sua configuração externa e **que possa servir de tipo de fabricação industrial**.
(Brasil, 1996, grifo meu)

Entre os principais acordos internacionais acerca de desenhos ou modelos industriais estão a Convenção de Paris, cujos avanços foram brevemente mencionados no subtítulo que trata de marcas registradas e é aplicável também aos modelos ou desenhos industriais; o Acordo sobre Aspectos da Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio; e o Acordo de Haia, todos administrados pela Ompi:

O Acordo de Haia é um sistema de registo internacional que oferece a possibilidade de proteger desenhos ou modelos industriais num certo número de Estados ou organizações intergovernamentais (ambos chamados “Partes Contratantes”) mediante um único pedido internacional depositado junto da Secretaria Internacional da Organização Mundial da Propriedade Intelectual. (Ompi, 2012c, p. 4)

Por sua vez, o Acordo Trips faz referência aos desenhos industriais no artigo 25:

SEÇÃO: DESENHOS INDUSTRIALIS

ARTIGO 25

Requisitos para a Proteção

[...]

1. Os Membros estabelecerão proteção para desenhos industriais criados independentemente, que sejam novos ou originais. Os Membros



poderão estabelecer que os desenhos não serão novos ou originais se estes não diferirem significativamente de desenhos conhecidos ou combinações de características de desenhos conhecidos. Os Membros poderão estabelecer que essa proteção não se estenderá a desenhos determinados essencialmente por considerações técnicas ou funcionais.

2. Cada Membro assegurará que os requisitos para garantir proteção a padrões de tecidos - particularmente no que se refere a qualquer custo, exame ou publicação - não dificulte injustificavelmente a possibilidade de buscar e de obter essa proteção. Os Membros terão liberdade para cumprir com essa obrigação por meio de lei sobre desenhos industriais ou mediante lei de direito autoral. (Brasil, 1994, p. 9)

A proteção de expressões culturais tradicionais mediante desenho industrial ainda precisa incorporar direitos coletivos para que possa contemplar as especificidades requeridas para que os povos indígenas possam fazer um uso culturalmente apropriado desse mecanismo.

5.4 EXPRESSÕES CULTURAIS TRADICIONAIS FORA DE CONTEXTO CULTURAL

Em seu discurso para mais de uma centena de chefes de Estado e signatários da Comunidade Europeia, proferido em julho de 2013, em Moscou, o então presidente da Bolívia, Evo Morales, mencionou os objetos de ouro e prata levados da América à Europa:

[...] O irmão rábula europeu me explica que toda dívida se paga com bens, ainda que seja rendendo seres humanos e países inteiros sem pedir-lhes consentimento. Eu os vou descobrindo. Também posso reclamar pagamentos e também posso reclamar juros. Consta no Archivo de Indias, papel sobre papel, recibo sobre recibo e assinatura sobre assinatura, que somente entre os anos 1503 e 1660 chegaram a San Lucas de Barrameda 185 mil quilos de ouro e 16 milhões de quilos de prata provenientes da América. Saque? Não acredito! Porque seria pensar que os irmãos cristãos pecaram em seu Sétimo Mandamento. Expoliação? Guarde-me Tanatzin de que os europeus, como Caim, matam e negam o sangue de seu irmão! Genocídio?



Isso seria dar crédito aos caluniadores, como Bartolomé de las Casas, que qualificam o encontro como de destruição das Indias, ou a radicais como Arturo Uslar Pietri, que afirma que o avanço do capitalismo e da atual civilização europeia se deve à inundação de metais preciosos! Não! Esses 185 mil quilos de ouro e 16 milhões de quilos de prata devem ser considerados como o primeiro de muitos outros empréstimos amigáveis da América, destinado ao desenvolvimento da Europa. O contrário seria presumir a existência de crimes de guerra, o que daria direito não só de exigir a devolução imediata, mas também a indenização pelas destruições e prejuízos. Não Eu, Evo Morales, prefiro pensar na menos ofensiva destas hipóteses. (Morales, 2013, *apud* Ferreira, 2018, pp. 16-17)

A existência de expressões culturais tradicionais, fora do contexto sociocultural no qual foram criadas, e a gestão desse patrimônio por parte de instituições públicas e privadas, como os museus, é um dos temas que merecem destaque no âmbito das discussões internacionais sobre as ECTs e as formas mais eficientes de preservá-las e protegê-las.

As ECTs integram o patrimônio cultural dos povos indígenas que as produziram, e as práticas colonialistas de apropriação e expropriação retiraram essas expressões de seus contextos socioculturais, incorporando-as às coleções etnográficas que formam o patrimônio dos museus:

Quando se fala de acervos museais, tratamos de patrimônios. Onipresente, atravessam a arte, a arquitetura, a história, as línguas, a natureza e outros domínios. Neste quadro, a expressão “patrimônio indígena” permanece como uma noção complexa e multiforme. Singular é, no entanto, plural, pois cada povo indígena é dotado de um conjunto patrimonial próprio, integrado por diferentes linguagens e saberes. (Athias e Gomes, 2016, p. 12)

Ao utilizar a terminologia “expressões culturais tradicionais”, é preciso esclarecer que a tradicionalidade de uma ECT não é determinada pelo decurso do tempo, ou seja, pela sua antiguidade, mas está relacionada ao vínculo cultural mantido por um povo indígena sobre as formas de criação dela, ditadas por tradição, usos e costumes. Em seu glossário de termos mais importantes relacionados à propriedade intelectual e aos recursos genéticos, aos conhecimentos tradicionais e às expressões culturais tradicionais, a Ompi fornece o significado do termo “contexto tradicional”:



Se califica de “tradicionales” a los conocimientos desarrollados de conformidad con las reglas, protocolos y costumbres de una determinada comunidad, y no porque sean antiguos. En otras palabras, el adjetivo “tradicional” califica el método de creación de las expresiones culturales tradicionales y no las propias expresiones. El término “tradicional” significa “que las expresiones culturales se derivan o se basan en la tradición y se identifican o asocian con un pueblo indígena o tradicional determinado y pueden practicarse de manera tradicional”. El “contexto tradicional” es “la forma de utilización de una expresión del folclore en su marco artístico propio, sobre la base del uso permanente por la comunidad”. Por ejemplo, “utilizar una danza ritual en su contexto tradicional significa ejecutarla en el marco propio del rito”. (Ompi, 2019, pp. 46-47)

Aspectos distintos emergem nesse cenário: o papel da antropologia, cujo local de produção de conhecimento originalmente coincidia com o dos museus; o contexto histórico que envolve a origem dos acervos de bens culturais nos espaços museais e, portanto, sua legalidade; a discussão sobre o papel dos museus na apresentação e na interpretação das culturas dos povos indígenas, por meio da exibição de coleções etnográficas; as práticas museológicas de base indígena; as implicações epistemológicas, éticas e jurídicas em torno da mercantilização das expressões culturais tradicionais, incluindo restos humanos, sem a devida consulta aos povos indígenas; bem como a discussão em torno da devolução de ECTs musealizadas aos povos de origem, também conhecida como repatriação.

As práticas coloniais de apropriação e expropriação de ECTs mantêm uma profunda conexão com os museus e a antropologia neles desenvolvida. Embora a antropologia tenha migrado, posteriormente, dos museus para as universidades, situando a academia como os novos centros de produção de conhecimento, o papel dos museus como depositários da cultura material de diferentes povos indígenas permaneceu e tem sido alvo de questionamentos:

Em suas origens, a antropologia, integrando o conjunto dos saberes enciclopédicos das ciências de finais do século XIX, era produzida nos museus — as grandes casas onde se praticava a pesquisa científica. Naquele contexto os objetos eram colecionados como testemunhos e provas materiais das diferentes culturas. A produção do conhecimento antropológico atravessou o século XX e adentrou o século XXI no diálogo com os museus, embora possamos apontar importantes inflexões. A partir dos anos 1920, com a



antropologia relativista, inaugurada pelos estudos de Franz Boas e Bronislaw Malinowski, ocorre progressivamente um deslocamento das pesquisas para as universidades, centros e laboratórios de pesquisas. Esse deslocamento afetou o papel dos museus na produção do conhecimento antropológico, mas não chegou a interferir no lugar dos museus como centros de colecionamento de cultura material, documentação e exibição a partir de pesquisas etnográficas. Muitos antropólogos, inclusive o próprio Franz Boas, criticaram os museus etnográficos, reivindicando uma renovação dos ambientes de pesquisa, ensino e reflexão para a antropologia cultural e social. (Russi e Abreu, 2019)

As ECTs integram o conjunto de bens materiais e imateriais abrangidos pelo conceito mais amplo de “patrimônio cultural”, que está relacionado a questões envolvendo bens, direitos e identidades:

Histórica e culturalmente moldada, a expressão ‘patrimônio cultural’ designa um conjunto de bens materiais e imateriais que participam da construção de identidades. Intimamente conectadas aos processos de esquecimento e de lembrança, as variantes de apreensão e utilização do patrimônio não envolvem apenas coisas, mas também pessoas e, assim, têm consequências para o indivíduo, a comunidade, o Estado. Nesse horizonte, o patrimônio cultural emerge como um lugar de estruturação de valores, resultando em uma categoria extremamente variável e dinâmica. (Velthem *et al.*, 2017)

A análise sobre ECTs fora de contexto tradicional será direcionada ao patrimônio cultural musealizado mediante coleções etnográficas. O Instituto Brasileiro de Museus (Ibram) utiliza como referência a Lei federal brasileira nº 11.904, de 14 de janeiro de 2009, que instituiu o Estatuto de Museus e estabelece o seguinte conceito de “museu”:

Consideram-se museus, para os efeitos desta Lei, as instituições sem fins lucrativos que conservam, investigam, comunicam, interpretam e expõem, para fins de preservação, estudo, pesquisa, educação, contemplação e turismo, conjuntos e coleções de valor histórico, artístico, científico, técnico ou de qualquer outra natureza cultural, abertas ao público, a serviço da sociedade e de seu desenvolvimento. (Ibram, 2020)

Os museus, até o século XIX, estavam profundamente associados ao colonialismo e às formas de organizar e de apresentar os objetos, a partir dos conceitos



eurocêntricos que orientavam a exposição das expressões culturais tradicionais de povos indígenas como artefatos/objetos pertencentes ao "outro". Essa dicotomia traduz a mensagem de povos que foram dominados por sua inferioridade, cujas culturas são apresentadas como exóticas, na melhor das hipóteses, e como bárbaras e primitivas, de maneira geral.

O discurso do colonialismo informa o design das exposições dos museus em várias formas específicas, e podem ser identificadas com três conceitos governantes: o limite, a etiqueta, e a metanarrativa. A "fronteira" é importante porque permite a classificação de coleções segundo o tempo e o espaço, assim como as dicotomias essenciais ao colonialismo, como a do "eu" e a do "outro". O 'rótulo' é importante porque demonstra que o desconhecido é conhecido, e que o mundo pode ser ordenado. A 'metanarrativa' é importante porque estabelece a autoridade da instituição, bem como a superioridade posicional dos colonizadores. No seu conjunto, estes três conceitos formam as exposições do museu colonial, normalizando as relações de poder inerentes em hegemonia cultural. Desafiar estes conceitos é um passo essencial para a descolonização do museu. (Smith, 2005, p. 3)

O questionamento sobre a legalidade da origem das coleções etnográficas que enriquecem o acervo de instituições museológicas, ao redor do mundo, emerge das práticas de pilhagem de bens culturais que caracterizou a história ao longo do período colonial.

O imponente altar dedicado a Zeus, construído originalmente em Pérgamo, atual cidade de Bergama, na Turquia, cuja estrutura foi escavada ao final do século XIX pelo arqueólogo Carl Humann e enviada aos pedaços para ser reconstruída na entrada do Museu Pergamon, em Berlim (Martins, 2018). A reconstrução do Altar de Pérgamo, em Berlim, foi realizada com precisão absoluta, como se aquele fosse seu lugar de origem, o que ilustra a retirada de bens culturais de seus contextos originários.

A repatriação gira em torno do direito à restituição pleiteada pelos povos remanescentes dos criadores dessas expressões culturais ou pelos Estados nacionais dos quais esses bens culturais são oriundos. A repatriação dessas expressões culturais tem sido alvo de discussões no contexto internacional, na antropologia, na museologia e no âmbito das negociações internacionais em torno da proteção dessas ECTs:



No Louvre, em Paris, e no Museu Britânico, em Londres, as coleções antigas são tão sensacionais que temos a impressão de estar no Egito dos faraós ou na Acrópole de Atenas. Tudo isso seria mesmo fantástico, não fosse por um pequeno detalhe: boa parte desse acervo foi parar lá na base da pilhagem. Inglaterra, França e Alemanha, as potências coloniais dos séculos 19 e 20, aproveitaram seu poder de fogo para saquear o patrimônio arqueológico das zonas ocupadas e recheiar o acervo de suas instituições culturais [...]

"Hoje, se o visitante gastar apenas um minuto em cada peça da seção de arte egípcia do Louvre, vai precisar de 10 dias para ver tudo", diz o egíptólogo francês Claude Rilly [...]

[...] Muitos países vêm exigindo o repatriamento de artefatos que se encontram em museus da Europa e dos EUA. O Peru, por exemplo, pede que a Universidade Yale devolva os artefatos tirados de Machu Picchu pelo pesquisador Hiram Bingham. [...]

Segundo a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco), o direito de repatriamento é uma forma de preservar a identidade cultural dos países onde os objetos se encontravam originalmente. Por outro lado, museus europeus argumentam que as peças foram levadas legalmente e que estarão mais protegidas em seus salões.
(Szklarz, 2008)

A Unesco menciona, no primeiro artigo da Convenção Relativa às Medidas a Serem Adotadas para Proibir e Impedir a Importação, Exportação e Transferência de Propriedades Ilícitas dos Bens Culturais, de 1970, a definição de "bens culturais":

Para os fins da presente Convenção, a expressão "bens culturais" significa quaisquer bens que, por motivos religiosos ou profanos, tenham sido expressamente designados por cada Estado como de importância para a arqueologia, a pré-história, a história, a literatura, a arte ou a ciência, e que pertençam às seguintes categorias:

- a) as coleções e exemplares raros de zoologia, botânica, mineralogia e anatomia, e objeto de interesse paleontológico;
- b) os bens relacionados com a história, inclusive a história da ciência e da tecnologia, com a história militar e social, com a vida dos grandes estadistas, pensadores, cientistas e artistas nacionais e com os acontecimentos de importância nacional;



- c) o produto de escavação arqueológicas (tanto as autorizadas quanto as clandestinas) ou de descobertas arqueológicas;
- d) elementos procedentes do desmembramento de monumentos artísticos ou históricos e de lugares de interesse arqueológico;
- e) antiguidade de mais de cem anos, tais como inscrições, moedas e selos gravados;
- f) objetos de interesse etnológico;
- g) os bens de interesse artístico, tais como:
 - I. quadros, pinturas e desenhos feitos inteiramente a mão sobre qualquer suporte e em qualquer material (com exclusão dos desenhos industriais e dos artigos manufaturados decorados a mão);
 - II. produções originais de arte estatuária e de escultura em qualquer material;
 - III. gravuras, estampas e litografias originais;
 - IV. conjuntos e montagens artísticas em qualquer material;
- h) manuscritos raros e incunábulos, livros, documentos e publicações antigos de interesse especial (histórico, artístico, científico, literário, etc), isolados ou em coleções;
- i) selos postais, fiscais ou análogos, isoladas ou em coleções;
- j) arquivos, inclusive os fonográficos, fotográficos e cinematográficos;
- k) peças de mobília de mais de cem anos e instrumentos musicais抗igos. (Brasil, 1973)

A luta pela restituição de bens culturais que saíram ilegalmente de seus contextos tradicionais se arrasta por décadas no cenário internacional, fruto do saque realizado no período colonial por militares, antropólogos, etnógrafos e missionários que percorriam os países conquistados e voltavam para casa com recordações compradas ou trocadas e, às vezes, roubadas.

A agência de notícias France-Presse (AFP) noticiou que numerosas coleções museais europeias estão repletas de objetos de arte chamados “coloniais”, cujas formas de aquisição têm sido questionadas pelos países de origem:



"A África sofreu uma hemorragia de seu patrimônio durante a colonização e inclusive depois, com o tráfico ilegal", lamenta El Hadji Malick Ndiaye, conservador do museu de arte africana de Dakar.

Mais de 90% das peças importantes da África subsaariana estão fora do continente, segundo os especialistas. A Unesco apoia há mais de 40 anos a luta dessas nações para que lhes restituam seus bens culturais desaparecidos durante a época colonial. (AFP, 2018)

Do ponto de vista dos criadores de expressões culturais tradicionais, a compreensão do que sejam "objetos ilegais" é uma categoria vaga e ampla se aplicada em um contexto indígena, em razão das mudanças nas definições legais e nas práticas de pesquisa ao longo dos últimos dois séculos. Alguns dos tipos mais controversos atualmente incluem restos humanos, objetos obtidos ilegalmente ou objetos culturalmente sagrados, todos os quais são, hoje, considerados antiéticos para se possuir (Ronan, 2014).

A apresentação das expressões culturais tradicionais, no âmbito dos museus, pode ser interpretada em prejuízo dos povos indígenas que as criaram. Muitas coleções eram apresentadas pelos museus como elementos materiais de culturas do passado, não raro associadas a povos "primitivos", muitas vezes considerados sanguinários, cuja "barbárie" poderia incluir até mesmo a prática de sacrifícios humanos⁸⁴, sem consultar os povos indígenas ali mencionados acerca de sua opinião a respeito.

A classificação do "outro" como "exótico" é uma prática antiga, mas, após muitas e profundas críticas às representações eurocêntricas de outras culturas escritas nas últimas décadas, por exemplo, Edward Said, não é mais considerada uma prática geral atualmente. Contudo, muitos estereótipos negativos e discriminações mais sutis permanecem na visão popular.

Isso é consequência do fato de que, em geral, aqueles que fazem essas representações não pertencem aos povos em questão, e os próprios povos quase não têm voz ativa nessa situação. Uma exceção notável é a autorrepresentação do Povo Sámi na Bienal de Veneza (Finbog, García-Antón e Niillas, 2022).

⁸⁴ Para aprofundar a discussão sobre sacrifício humano, sugere-se consulta a Jansen e Pérez Jiménez (2022).



Qual é a razão da ausência de exibição nesses museus dos sacrifícios humanos praticados pelos colonizadores europeus cometidos contra povos indígenas ao redor do planeta, pelos motivos mais torpes e das formas mais hediondas concebidas pela imaginação humana?

Porque os restos mortais de indígenas podem ser exibidos em vitrines, mas o mesmo tratamento não é dado aos restos mortais de europeus que perpetraram crimes de genocídio responsáveis pelo extermínio de milhões de indígenas e milhares de povos em poucos séculos, como descreveu, em 1542, o frade dominicano Bartolomeu de las Casas, em sua célebre obra, *Brevíssima relação da destruição das Índias Ocidentais*, acerca da sangrenta história da conquista da América Espanhola?

Até os dias atuais, há controvérsias sobre o assunto, com o lado pró-hispânico acusando las Casas de fazer parte de uma “lenda negra” que falsificou e distorceu a história, fazendo com que os espanhóis sintam vergonha de um passado do qual deveriam se orgulhar.

Existem trabalhos ilustrativos atuais com duas perspectivas da situação: a do autor argentino Marcelo Gullo Omodeo (2021), que defende a colonização como uma obra de civilização, e, de outro lado, a do acadêmico espanhol Antonio Espino (2021), que critica a historiografia conservadora hispânica por justificar o uso de violência extrema contra os povos indígenas das Américas por parte dos colonizadores europeus, cujas táticas militares perpetraram crimes de lesa-humanidade, brutais e sanguinários, sob a alegação de uma intenção colonizadora que promoveu o extermínio dos impérios ameríndios pré-Colombo.

Simultaneamente ao genocídio dos povos indígenas ao redor do planeta, seus bens culturais eram saqueados e levados à Europa, de maneira que a origem de parte significativa dos acervos etnográficos existentes em museus foi obtida sem consentimento de seus criadores, tampouco com autorização das autoridades locais, ou seja, sua origem está relacionada à apropriação indevida e, portanto, sua procedência é ilegal.

Além da legalidade da procedência dos acervos museológicos, outro aspecto a ser analisado é o papel desempenhado pelos museus ao apresentar o patrimônio tangível dos povos indígenas interpretando seu valor e significado de acordo com a perspectiva antropológica adotada por aquelas instituições.



Controlar a cultura material dos povos indígenas e interpretar seu valor e o significado desses estabelecimentos pode ter consequências na percepção do público sobre povos indígenas e pode influenciar a política social governamental, (ver Davidson 2001, por exemplo, da África do Sul). Como James Clifford (1997: 192) observou, museus são “zonas de contato” coloniais que promovem e exploram ideias sobre relacionamentos entre o estado, o público e os povos indígenas. Museus etnográficos também são importantes, pois servem como a “face pública” da antropologia acadêmica (Sturge 2007: 129). Como instituições públicas, os museus transmitem informações sobre antropologia e papel dos povos indígenas na sociedade; eles têm o potencial de trabalhar a favor ou contra reconciliação e pode transmitir mensagens sobre a soberania indígena. (Carr-Locke, 2015, pp. 3-4)

A interpretação do artigo 31 e seus parágrafos, no contexto da Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas, determina que os Estados devem adotar medidas eficazes para reconhecer e proteger o exercício dos direitos de manter, controlar, proteger e desenvolver seu patrimônio cultural e que isso deverá ser feito em conjunto com os povos indígenas. O reconhecimento de que os povos indígenas devem ser os protagonistas no tratamento de seu patrimônio cultural material e imaterial deriva do exercício do direito à livre determinação.

This recognition encourages anthropologists, archaeologists, museologists, and others to develop practices and theoretical orientations that ensure greater involvement by Indigenous peoples in the management and presentation of their heritage, particularly over the past thirty years. Academic discourse, in turn, has influence on and is influenced by the involvement of Indigenous peoples in museum initiatives. The primary question arising from those efforts is “Who has the right to interpret and present Indigenous cultures in public museums?”. (Carr-Locke, 2015, p. 1)

Sarah Carr-Locke (2015) analisa boas práticas de inclusão de povos indígenas em museus que promovem processos de “indigenização” dessas instituições ao repensar princípios, filosofias, prioridades, metodologias e estratégias de exibição de coleções compostas por ECTs. A autora demonstra que os povos indígenas podem promover a descolonização dos museus ao exercer uma participação ativa na gestão de acervos de seus antepassados em lugar de figurar passivamente como objetos de estudo, cujas culturas são apresentadas como parte do passado.



Retratados como parte do passado na literatura, na academia e nas artes, os povos indígenas remanescentes têm reagido à apresentação de suas expressões culturais tradicionais em museus. Artefatos retirados de seu contexto tradicional durante o período colonial, classificados e expostos com textos explicativos padrão, desvinculados da existência e do contexto vivenciado pelos povos indígenas na contemporaneidade criaram uma falsa perspectiva de descontinuidade.

Essa alienação dos bens culturais, presentes em acervos museológicos em relação aos povos indígenas que os criaram, tem sido questionada por se constituir em desdobramentos contemporâneos dos pressupostos racistas e eurocêntricos que caracterizaram a antropologia em sua dimensão sociocultural e serviram de base epistemológica para as práticas colonialistas de espoliação dos bens que compõem esses acervos.

O reconhecimento da diversidade sociocultural e a contestação dos valores predominantes nos museus fundamentam as bases de uma Nova Museologia que não dispõe objetos como centro das atenções, mas dá ênfase ao multiculturalismo e às histórias vivenciadas pelos povos criadores das ECTs.

Altamente diversas, a prática e a teoria da Nova Museologia tendem a compartilhar uma rejeição das estruturas de poder de cima para baixo historicamente encontradas nos museus. Como resumido por Michael Ames, no início dos anos 90, as galerias de museus estavam cada vez mais tocando dois elementos distintos que emergem na praça pública maior: a tendência a questionar publicamente autoridade cultural institucional e o crescente reconhecimento do pluralismo social. (Ronan, 2014, p. 132)

A Nova Museologia integra um vigoroso movimento, a partir da segunda metade do século XX, cujos precursores foram antropólogos como Hugues de Varine. A mesa-redonda de Santiago do Chile, em 1972, promoveu debates entre profissionais dos museus, delineou novas diretrizes e inaugurou formas de pensar o museu e a museologia que reforçam a integração entre museu e sociedade: era a ideia do “museu integral”.

Essa perspectiva tem como desdobramentos formas de pesquisa inovadoras, colecionamento e exposições, além de ecomuseus, museus de território, museus comunitários e museus sociais que emergem como outras formas de museus (Russi e Abreu, 2019).



Nas últimas décadas, a expressão “museologia colaborativa” foi cunhada para expressar uma ação de inclusão e diálogo com remanescentes de povos cujos objetos foram musealizados. Kristine Ronan (2014) cita a criação do Museu Nacional do Índio Americano (NMAI) em Washington D.C. como um exemplo bem-sucedido das práticas museológicas indígenas, no qual os objetos deixam de ser a verdadeira questão e passam a ser, simplesmente, uma nota de rodapé:

Por causa de sua escala nacional, a abertura do NMAI em 2004 representou o maior caso de teste para a Nova Museologia até hoje no EUA. A resposta crítica ao NMAI serve como uma medida de quão bem a Nova Museologia pode atender aos objetivos e necessidades de uma instituição dedicada à prática de museu indígena. (Ronan, 2014, p. 1)

A crise vivenciada pelas instituições museais a partir das medidas de isolamento social ditadas pela pandemia de covid-19 trouxe à tona questões em torno do papel do museu e da necessidade de transformar essas instituições em espaços plurais, incorporando ideias inovadoras e incluindo atores, até então, marginalizados. Ao entrevistar 28 diretores de museus, entre maio e agosto de 2020, András Szántó (2022) expressou o distanciamento entre o museu dos últimos séculos e o museu que se espera para o futuro.

Eles não tinham ouvido falar da contratação de diretores não brancos e de curadores indígenas por algumas de nossas instituições mais importantes. O reconhecimento tardio de artistas marginalizados — na forma de bolsas, exposições, publicações e prêmios — ainda estava por vir. (Szántó, 2022, pp. 9-10)

A apropriação dos espaços museológicos por povos indígenas para interpretar e apresentar ECTs, a partir de sua própria visão de mundo, inaugura novas práticas curatoriais que promovem o fortalecimento da soberania desses povos sobre seu patrimônio cultural. Ainda, transformam o discurso da livre determinação em prática e programam diálogos interculturais a partir do protagonismo indígena, da memória viva e da tradição oral, que são os princípios norteadores do que se convencionou denominar de museus indígenas:



Sublinha-se que uma grande inquietação a respeito do patrimônio cultural em suas articulações contemporâneas refletiu-se na multiplicação de instituições museais, em todas as regiões do Brasil. Neste contexto, sobressai o surgimento dos ‘museus indígenas’, fruto da crescente mobilização e do protagonismo dos povos indígenas no cenário brasileiro. Em 1991, desponta o primeiro desses museus, o Museu Magüta, na cidade de Benjamim Constant, Amazonas (AM), como resultado de um projeto encabeçado pelas lideranças do Conselho Geral da etnia Tikuna. Seguiram-se outras iniciativas de diretrizes museais, tais como o Museu dos Kanindé, em Aratuba, Ceará (CE); o Museu Kuahi dos Povos indígenas do Oiapoque, no Amapá (AP), reunindo os Karipuna, Galibi Marworno e Palikur; o Museu Histórico e Pedagógico Indívia Vanuire, em Tupã, São Paulo, referência para os Kaingang, Guarani, Terena e Krenak; o Museu dos Povos Indígenas Yny Heto, na ilha do Bananal, Tocantins (TO), organizado pelos Karajá e Javaé. (Velthem *et al.*, 2017)

A Nova Museologia requer a revalorização dos objetos ou até mesmo sua substituição, na medida em que confronta o método tradicional verticalizado, isto é, de cima para baixo, inerente à prática museológica e à autoridade curatorial ao longo da história. As críticas pós-coloniais questionam a posse de muitos objetos das coleções oriundas da era colonial em museus e instituições que serviram como extensão do próprio projeto colonial (Ronan, 2014).

Nessa perspectiva, a Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas trata da repatriação de objetos de culto e restos humanos, no artigo 12, inciso 2:

Os Estados procurarão facilitar o acesso e/ou a repatriação de objetos de culto e restos humanos que possuam, mediante mecanismos justos, transparentes e eficazes, estabelecidos conjuntamente com os povos indígenas interessados. (Nações Unidas, 2007 *cit. in.* Silva, 2008, p. 28)

As implicações éticas e jurídicas envolvidas na exibição de determinadas expressões culturais tradicionais que consistem em restos mortais de seres humanos, exibidas em coleções etnográficas de instituições museológicas, têm resultado em questionamentos, reflexões e mudanças que integram boas práticas de respeito à diversidade cultural da humanidade.



Essa crise permanente na qual estão mergulhados os museus etnográficos tem se manifestado nos países europeus mediante sua renovação ou transformação radical. Numerosos debates questionam o presente e o futuro dessas instituições, como bem coloca Nélia Dias (2007):

[...] os museus etnográficos parecem estar num estado de crise permanente que se manifesta nos países europeus através da sua renovação ou transformação radical. São numerosos os debates, as mesas-redondas e os colóquios dedicados ao presente e ao futuro dessas instituições. Que fazer com os museus de etnografia? [...] qual o papel do museu enquanto espaço de mostra das diferenças culturais na época da globalização? (Dias, 2007, p. 126)

A exposição de restos humanos em coleções etnográficas pode ser ilustrada com o exemplo das cabeças mumificadas e encolhidas, conhecidas como *tsantsas*, expressão cultural praticada até o início do século XIX pelo povo indígena Jivaro, ou Shuar, do Peru e do Equador.

Múmia de Cabeça

Alguns povos da Amazônia criaram técnicas de mumificar cabeças humanas ou de animais que se preservavam, apesar do clima úmido e quente da floresta. A cabeça mumificada do Museu Nacional/UFRJ foi elaborada pelos Jivaros, grupo que viveu na Amazônia equatorial. Após retirar o crânio de dentro da pele, deixando os cabelos, faziam a pele encolher sem que a fisionomia se perdesse. É uma das mais extraordinárias técnicas de mumificação. As famosas cabeças encolhidas pelos chamados "povo da cachoeira" eram preparadas em rituais complexos, a partir de cabeças de seus inimigos e tinham um profundo significado espiritual. (UFRJ, n.d.)

O ritual para obter o encolhimento de cabeças, as *tsantsas*, era motivado pela crença de que essa prática apaziguaria os espíritos de seus ancestrais e daria ao guerreiro o controle sobre o espírito do morto. Os Shuar e outros povos da família linguística Chicham praticavam esse ritual por acreditar que essa prática paralisaria o espírito vingativo que habitava o corpo de seu inimigo, conhecido como *muisak*, transferiria a força da vítima para seu assassino e evitaria a vingança da alma da pessoa assassinada. As *tsantsas* não eram conservadas indefinidamente, mas descartadas após a conclusão dos rituais.



Como relata Mingren (2014), “O processo de produção da cabeça encolhida terminou com uma festa e um banquete. Uma vez concluídos esses rituais, a cabeça encolhida serviu ao seu propósito para o guerreiro. Seu significado estava no processo de sua criação, e não no produto final”.

Exibir a cabeça do inimigo como um troféu de batalha não constitui uma prerrogativa exclusiva dos Povos Shuar, Achuar e Shiwiar. Pode-se questionar a mensagem transmitida pela exposição de um crânio humano mumificado em uma coleção etnográfica, descontextualizada da história de um povo indígena que defendeu aguerridamente seu território tradicional, rico em jazidas de ouro, contra a ganância do conquistador espanhol, cuja barbárie não está exposta em museus e não é contada nos livros de história.

Curiosamente, a história oficial se refere aos povos indígenas no passado, ou de forma individualizada, utilizando expressões como “índios”, “grupos”, “silvícolas”, “etnias” ou “populações”, em vez de “povos indígenas”, porque tal expressão inclui o direito aos seus territórios tradicionais. Por outro lado, não é objeto de estudo, na academia, na proporção que deveriam ser avaliados os crimes de lesa-humanidade perpetrados pelos colonizadores europeus ao promover o genocídio, em larga escala, em suas colônias ao redor do mundo.

Em vez disso, estátuas foram erguidas na Europa em homenagem aos assassinos de anciãos, mulheres e crianças, e seus nomes foram dados a ruas e praças nos próprios países colonizados, enquanto ECTs, como os *tsantsas*, são exibidas em museus para corroborar a ideia de que se tratava de “bárbaros” ferozes, cujas culturas incluíam práticas macabras, descritas em *sites* na internet que reúnem curiosidades sinistras:

Quando os espanhóis conquistaram grande parte da América do Sul a partir do século XVI, consideraram os Jivaro um problema difícil. Eram guerreiros ferozes que não eram facilmente subjugados. Segundo os registros, no ano 1599, as tribos dos Jivaro se uniram em uma revolta contra os espanhóis. Aparentemente, 25.000 colonos foram mortos ao longo dos ataques. Durante a revolta, os Jivaro invadiram a cidade de Logrono e se irritaram com um imposto sobre o comércio de ouro, apreendendo o governador e derramando ouro derretido em sua garganta. (UnMuseum, 2011)



Essa expressão cultural tradicional da cabeça encolhida, a *tsantsa*, deixou de ser uma prática ritual que se seguia às guerras e passou a ser comercializada como *souvenir* para turistas, aumentando o índice de assassinatos e levando as autoridades governamentais peruanas e equatorianas a proibir a comercialização das *tsantsas*, o que ocorreu até o início do século XX. Hoje, pode ser vista em museus, mas também é exibida de maneira descontextualizada em filmes, como *Piratas do Caribe: no fim do mundo* (2007), e em locais de entretenimento de alta visitação, como parques temáticos em Orlando, nos Estados Unidos.

A legislação internacional de direitos humanos, amplamente mencionada no capítulo II, requer o consentimento desse povo, bem como a apresentação do contexto cultural em que essa ECT existiu, para permitir a exibição pública de *tsantsas*⁸⁵. Esse caso ilustra como uma expressão cultural tradicional dentro do contexto das guerras entre diferentes povos indígenas foi distorcida para atender à demanda comercial por lembranças bizarras para turistas estrangeiros.

Sua exibição pública em museus causou consternação ao Povo Shuar, tanto pelos aspectos éticos como pelos impactos gerados na opinião pública a respeito desse povo indígena, em particular, e dos povos indígenas, em geral.

Na cultura do Povo Kaingáng, habitantes do Sul e do Sudeste do Brasil, o território onde o indivíduo nasceu, cresceu, casou-se e teve filhos traduz a essência do termo *emã*: um lugar espacialmente definido que possui valor espiritual, emocional e cultural para aquele indivíduo. Diferente da palavra *ga*, que designa terra, sem agregar qualquer valor subjetivo a um lugar geograficamente identificável.

O sepultamento de um Kaingáng fora de seu território tradicional, ou seja, de sua *emã*, é considerado uma das penas mais cruéis da cultura dos Jê Meridionais, porque se entende que a alma daquela pessoa sofrerá para sempre por estar em terra estranha, longe de seus entes queridos e do território que amava. O fato de que os restos mortais de uma pessoa passarão a eternidade em exposição, mediante pagamento, para satisfazer a curiosidade pública, em território estranho, sem jamais ter descanso, representa, na cosmovisão Kaingáng, uma tortura eterna com requintes de crueldade.

⁸⁵ “Enquanto a maior coleção de *tsantsa* pode ser encontrada no Equador, existem várias em museus na Europa e nos EUA. Com algumas exceções (o Pitt Rivers Museum, o American Museum of Natural History em Nova York, o Mutter Museum na Filadélfia e a Wellcome Collection em Londres), as *tsantsas* não estão em exibição pública há vários anos na maioria das instituições, pois sua exposição é considerada antiética e inadequada”. Disponível em: <https://www.prm.ox.ac.uk/shrunken-heads> (Acesso em: 17 Agosto 2023).



A Lei de Proteção e Repatriação de Restos Humanos Indígenas (NAGPRA), nos Estados Unidos, demonstra que os povos indígenas têm reafirmado seus direitos sobre as expressões culturais que envolvam seus ancestrais. Além disso, suscitam a necessidade de repensar as implicações éticas e legais envolvidas na exposição de restos mortais, bem como a urgência de desconstruir as mensagens racistas transmitidas acerca de um povo e de uma cultura específica, sem a devida consulta e o consentimento deles, como parte das políticas contemporâneas de descolonização e recriação das instituições museológicas.

É nessa direção que apontam iniciativas como a do museu Pitt Rivers, que exibe as coleções arqueológicas e antropológicas da Universidade de Oxford, na Inglaterra. A instituição promoveu a retirada de peças da exposição aberta ao público, como a coleção de *tsantsas*, as cabeças dos troféus Naga — do sul da Ásia — e a múmia de uma criança egípcia, em julho de 2020, após uma revisão ética de três anos nas exibições e programações do museu. O acervo de 2.800 restos humanos será submetido à consulta dos descendentes e à repatriação, se solicitado, conforme afirma a direção do museu:

A diretora do Pitt Rivers, Laura Van Broekhoven, disse: “Nossa pesquisa de audiência mostrou que os visitantes muitas vezes viam as exposições de restos humanos do museu como um testemunho de outras culturas serem ‘selvagens’, ‘primitivas’ ou ‘horríveis’. ‘Ao invés de permitir que nossos visitantes alcancem uma compreensão mais profunda do modo de ser um do outro, as exposições reforçaram o pensamento racista e estereotipado que vai contra os valores do museu hoje. A remoção dos restos humanos também nos coloca em linha com as diretrizes do setor e o código de ética’.”
(Adams, 2020)

Como parte da revisão ética, o museu também fez alterações nas exibições que apresentam linguagem depreciativa em seus rótulos de casos históricos ou que reproduzem estereótipos coloniais “primitivos” ou “selvagens” das culturas indígenas (Adams, 2020).

Espera-se que a academia e os museus consigam internalizar que a demanda por profissionais indígenas em instituições museais não é recente: é legítima e legalmente respaldada, derivada do exercício da livre determinação dos povos indígenas sobre seu patrimônio tangível.



Símbolo do colonialismo que resiste à ocupação de espaços museais pelos povos indígenas é, por exemplo, a demora de setenta anos para haver uma direção indígena, museólogos indígenas, linguistas indígenas, pesquisadores indígenas, gestores indígenas e outros profissionais indígenas no Museu do Índio, situado no Rio de Janeiro, órgão responsável pela criação de políticas públicas de cultura para os povos indígenas do Brasil e que se encontra fechado ao público há cerca de uma década.

A manifestação expressa dos povos indígenas do Brasil tem sido a reafirmação de seu protagonismo e a criação do Ministério dos Povos Indígenas pelo presidente Luís Inácio Lula da Silva, com a nomeação de mulheres indígenas, como a ativista Sonia Guajajara para o cargo de ministra dos Povos Indígenas, e da advogada Joênia Wapichana para a presidência da Funai, o que mostra que o Museu do Índio deve incorporar protagonismo indígena para não permanecer na contramão da história.

Excelentes práticas de promoção da memória, da cultura, da história e das expressões culturais dos povos indígenas são os Pontos de Cultura e os Centros de Memória e Tradições que são integralmente geridos por indígenas e traduzem o conceito de museus indígenas, cujo objetivo é valorizar e proteger o patrimônio cultural desses povos de forma endógena e, por outro lado, descolonizar o imaginário da sociedade envolvente sobre o conceito de museu e de povos indígenas.

5.4.1 REPATRIAÇÃO

O aspecto econômico em torno da exposição de coleções etnográficas traz à tona o debate sobre a mercantilização das expressões culturais tradicionais e a possibilidade de que uma parcela significativa de ECTs possa fazer um “caminho de volta”.

Adentramos, aqui, na polêmica em torno da repatriação de ECTs, muitas delas consistentes em objetos com camadas de significados e implicações que não têm um “caminho de volta” fácil para uma existência pré-colonial — ou pós-colonial — indígena (Ronan, 2014).

A repatriação remete à discussão de quem são os titulares de direitos sobre as ECTs: são seus criadores e os descendentes deles? Ou seriam titulares de ECTs os governos e instituições que conservam em custódia esses objetos? O conceito de depositário ou possuidor deve ser bem compreendido para evitar equívocos que têm se perpetuado pela falta de entendimento dos direitos e das obrigações abrangidos por esse termo, incorretamente empregado ao referir-se à relação jurídica



dos povos indígenas em referência a seus conhecimentos tradicionais, expressões culturais, inovações e práticas.

O possuidor, guardião, tutor, depositário não é o dono do bem em custódia, não é seu proprietário, mas um encarregado de cuidar do bem alheio até sua restituição ao legítimo dono, que, no caso das expressões culturais tradicionais, e no âmbito da propriedade intelectual, são os criadores de tais expressões.

A distorção de conceitos com o objetivo de desconstruir e de negar direitos aos povos indígenas chegou a um ponto tal que as discussões em torno dos conhecimentos tradicionais e das expressões culturais tradicionais, no âmbito dos organismos da ONU — tais como a CDB e o Comitê Intergovernamental — denominam povos indígenas e comunidades tradicionais de “depositários” ou “possuidores” e negam a esses povos a condição de donos e proprietários dos saberes e dos objetos tangíveis de sua cultura material, alegando a inexistência do conceito de propriedade no direito consuetudinário dos povos indígenas.

Isso não explica nem justifica a inversão de conceitos que transformou os povos indígenas de donos, proprietários, criadores de conhecimentos tradicionais e de ECTs em depositários, e que considera os tutores, guardiões e curadores de ECTs como proprietários de bens que não criaram nem adquiriram legalmente.

En el contexto de los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales, el término “custodio” se refiere a las comunidades, pueblos, individuos y otras entidades que, conforme a las normas consuetudinarias y otras prácticas, mantienen, utilizan y perfeccionan los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales. (Ompi, 2019, p. 14)

O uso de figuras do direito de família para representar juridicamente os povos indígenas e gerir seus bens foi personificado na pessoa de tutores e administradores e baseia-se no conceito de incapacidade civil dos indivíduos indígenas, seja ela absoluta, seja ela relativa, o que justificaria a administração dos bens e da própria pessoa indígena por responsáveis legais nomeados pelo Estado. A teoria aristotélica da “servidão natural” que dividia a humanidade em castas “superiores” e “inferiores”, “bárbaros” e “civilizados”, usada para justificar a escravidão e o saque dos bens dos povos indígenas, posteriormente corroborada por Locke e Rousseau, é aqui retomada, e seus princípios são revalidados na gestão das expressões culturais tradicionais por instituições museológicas.



Essa postura recaiu sobre o “conceito de administrador”, construído com base no discurso político de Aristóteles, Locke e Rousseau, que colocavam os chamados “selvagens nobres” como incapazes de autogovernança e exigindo que os conquistadores europeus “civilizados” sirvam de “curadores” para recursos indígenas. (Ronan, 2014, p. 4)

A partir da expropriação dos bens culturais dos povos indígenas, justificada pela incapacidade civil do legítimo proprietário, os depositários ou tutores legais permaneceram com a guarda dos bens culturais dos povos indígenas por tempo indeterminado.

Com o advento do sistema internacional de direitos humanos e o reconhecimento de seus direitos a manter, controlar e proteger seu patrimônio cultural, um questionamento se impõe: como harmonizar o equilíbrio de interesses quando os legítimos proprietários, no exercício de sua livre determinação, requerem a justa devolução dos artefatos e objetos, enfim, das expressões culturais tradicionais, principalmente dos restos mortais e dos objetos sagrados que compõem as coleções etnográficas de museus no mundo inteiro?

A repatriação de artefatos, objetos sagrados e restos mortais de povos indígenas está situada no contexto mais amplo que envolve a polêmica sobre repatriação de bens culturais e agrupa diferentes atores e interesses: povos indígenas, comunidades locais, museus, colecionadores de arte que financiam o tráfico cultural e países que disputam os direitos sobre expressões culturais fora de seu contexto tradicional.

Para isso, serve-se de argumentos como a segurança e a conservação das peças, bem como a qualidade de “patrimônio da humanidade” que precisa ser preservado por países e instituições que se apresentam como “salvadores” da cultura e da história dos povos da Antiguidade na contemporaneidade:

[...] Essa postura neocolonialista, no entanto, não é nova. [...] As justificativas para não devolverem as obras são “artimanhas jurídicas necessárias para evitar a devolução”, segundo o historiador Pascal Blanchard, especialista na época colonial. Essas artimanhas vão desde questionar se essas obras pertencem de fato aos países de origem, até afirmar que os museus desses países “não têm as condições adequadas de segurança e conservação”.

Mas os argumentos para a não repatriação não param aí. O Museu Britânico é um dos que apelam para o discurso de que “certas obras



pertencem à humanidade" e que "são parte da herança do mundo e transcendem fronteiras políticas". É assim que se recusam a devolver à Grécia os mármores do Parthenon (um templo na Acrópole de Atenas), que já estão sendo reclamados por seu país de origem há 30 anos. Mas para os ingleses, as obras "pertencem à humanidade" desde que fiquem em suas galerias, gerando lucro aos cofres britânicos. Eles afirmam que se não fossem por eles, boa parte dos acervos reclamados por outros países já teriam sido destruídos, como é o caso do próprio Parthenon, que era usado como armazém de pólvora antes de ser tomado pelos ingleses; ou da Pedra de Roseta, um bloco de granito do século II a.C., que foi fundamental para a tradução dos hieroglifos egípcios, mas que era usada como material de construção na cidade de Roseta, no delta do Nilo. Com esse discurso paternalista, o Museu Britânico, assim como outros, se apresentam como representantes de sociedades "salvadoras" da cultura e da história dos povos da antiguidade. [...] (Vitral, 2018)

A Unesco afirma que a repatriação é um modo de preservar a identidade cultural dos países onde os objetos se encontravam originalmente. Os museus europeus argumentam, entretanto, que as peças foram levadas legalmente e que estarão mais protegidas em seus salões (Szklarz, 2008). Diversos arqueólogos são no entanto, contrários ao discurso paternalista e neocolonialista que favorece o tráfico cultural e o colonialismo:

[...] Os gregos também argumentam que, apesar do discurso de que as relíquias pertencem à humanidade fazer sentido, nada justifica que essas peças fiquem apenas na França e Reino Unido. Se comparados com a Grécia, Turquia e Egito, aqueles países produziram uma parte ínfima de seu acervo mais valioso. Outra defensora da repatriação é a advogada Tess Davis, especialista em artefatos roubados junto à Coalizão de Antiguidades, que afirma que questiona o fato de que "ninguém argumentou, por exemplo, que os chamados 'Monuments Men' (Programa de Monumentos, Belas-Artes e Arquivos das forças aliadas) deveriam ter guardado as obras que resgataram durante a Segunda Guerra Mundial porque sua segurança na França ou Itália, por exemplo, não podia ser garantida". Em suas palavras, "O Iraque pode estar passando por uma fase difícil agora, mas nada impede que Nova York passe por uma amanhã (...). As estátuas de 3.000 anos hoje ameaçadas no Iraque já assistiram à passagem de muitos impérios". (Vitral, 2018)



O argumento de que os Estados-nações atuais não possuem vínculos com as civilizações antigas que neles floresceram e de que as culturas antigas são patrimônio universal tem sido utilizado para recusar o direito à repatriação de bens culturais. Contudo, o mesmo argumento não pode ser aplicado às culturas de povos indígenas que sobreviveram aos massacres coloniais e reivindicam, legitimamente, a devolução de suas expressões culturais tradicionais, já que a tradicionalidade não está relacionada à antiguidade de uma ECT, mas ao modo de sua criação, que é baseado em tradição.

Por fim, a decisão do destino dado a uma ECT pertence aos seus titulares, nos casos em estudo nesta tese, os povos indígenas que as criaram. Se no exercício de sua livre determinação essas ECT forem simplesmente enterradas pelos remanescentes desses povos, como no caso de restos humanos de seus ancestrais, isso se denominaria direito de disposição e deveria simplesmente ser respeitado.

5.5 RECAPITULAÇÃO E OBSERVAÇÕES FINAIS

As expressões culturais tradicionais têm sido tratadas, no contexto jurídico internacional, como “bens de todos”, sob a alegação de que se trata de saberes e de práticas “amplamente difundidas” e que não fazem jus a uma proteção especial por terem sido compartilhadas pelos povos indígenas ou por terem sido levadas para fora dos territórios indígenas.

Afirmar que uma ECT não é de propriedade do povo indígena que a criou porque já se encontra “amplamente difundida” ou disponível fora de seu contexto cultural original é utilizar uma balança enganosa que utiliza dois pesos e duas medidas. A exibição ou reprodução de filmes ou músicas, amplamente difundidos, por exemplo, não significa para seus autores a perda de seus direitos. Qual a razão para que o direito contemporâneo considere o direito de propriedade para empresas e Estados como um direito inviolável, em alguns casos, mais “sagrado” do que o direito à vida, como demonstra o Código Penal Brasileiro, que pune mais severamente os crimes contra a propriedade do que os crimes contra a integridade física e a vida?

Para os povos indígenas, no entanto, os direitos à propriedade, incluindo a intelectual, são relativizados, isso quando não são negados sumariamente, dando continuidade à espoliação iniciada com as invasões europeias com vista à conquista de novos territórios.



Em um cenário jurídico que deveria proteger as criações do intelecto humano, ou seja, daquele que desenvolve atividade inventiva, não deveria haver dúvidas sobre quem são os titulares de direitos sobre uma ECT: seus criadores, os povos indígenas, não os Estados nacionais, suas instituições ou, ainda, os museus, que são ficções jurídicas destituídas de criatividade e que não possuem atividade intelectual.

Em sua versão moderna, a pilhagem cultural vem travestida de “homenagem” ou “inspiração” sob a perspectiva de que o patrimônio dos povos indígenas é “folclore”, está em “domínio público”, isto é, todos têm livre acesso, sem precisar solicitar consentimento nem pagar pelo uso da ECT em questão. Convertem em titulares de direitos sobre expressões culturais pessoas físicas ou jurídicas, empresas que não criaram ECTs, que não solicitaram consentimento nem repartiram o benefício pela apropriação e comercialização indevida delas.

Considerar que ficções criadas pelo homem, a exemplo de Estados e pessoas jurídicas, possam exercer direitos sobre ECTs que não foram criadas por esses entes abstratos, sem o consentimento nem o devido compartilhamento dos benefícios com as pessoas e os povos que possuem um vínculo cultural concreto com essas mesmas expressões consiste em uma inversão de valores e de direitos moral e legalmente indefensável.

É preciso reconhecer entretanto, que existem avanços no cenário internacional, impulsionados pela atuação dos povos indígenas em âmbito global, e a proteção das expressões culturais tradicionais é tema de discussões em organismos das Nações Unidas. Os exemplos de boas práticas sobre o uso de ECTs apontam para a viabilidade de relações mais equilibradas de comércio que reconheçam a propriedade intelectual dos povos indígenas sobre seu patrimônio cultural.

O reconhecimento desse patrimônio cultural pertence a uma coletividade e tem consequências jurídicas que desafiam os sistemas legais existentes: a declaração de lugares sagrados, monumentos e uma gama de ECTs como patrimônio de um Estado-nação ou da humanidade precisa ser repensada para agregar o reconhecimento de que se trata do patrimônio cultural de uma coletividade específica, de um ou de vários povos indígenas, e esse reconhecimento precisa ter desdobramentos e contrapartidas que beneficiem esses povos aos quais estão vinculadas essas ECTs.

As formas tradicionais de propriedade intelectual têm sido utilizadas para oferecer algum tipo de proteção ao patrimônio cultural dos povos indígenas, mas é



evidente a necessidade de legislações específicas que atendam às peculiaridades de cada Estado-nação e de sua diversidade cultural, bem como de instrumentos que sejam legalmente vinculantes e disponham de mecanismos que assegurem uma proteção efetiva para além das fronteiras nacionais.

A existência de boas práticas utilizando ferramentas de propriedade intelectual para agregar valor e proteger ECTs, mediante o registro de marcas, direitos de autor, indicações geográficas e desenho industrial, indica que é possível utilizar os instrumentos disponíveis no sistema de propriedade intelectual para proteger essas expressões dos povos indígenas, mas seu aprimoramento para oferecer maior segurança jurídica, bem como promover equilíbrio e inclusão social, é uma discussão emergente e inadiável.

A tradição oral Kaingáng, de modo similar a muitos povos indígenas, valora não apenas a fala, mas também aquele que fala e o lugar de onde ele expressa seu pensar. Ao longo da história, pessoas e instituições falaram em nome de povos indígenas, na qualidade de tutores e administradores de direitos, que foram historicamente negados aos titulares legítimos com o apoio da academia, em suas diferentes áreas do saber, e do governo, em suas múltiplas instituições. Os museus foram, por muito tempo, os depositários do acervo resultante da pilhagem dos colonizadores sobre os povos colonizados.

As inquietações trazidas pela contemporaneidade acerca do papel dos museus como agentes da ideologia política na esfera social suscitam a necessidade de repensar e recriar essas instituições por meio de novas práticas museológicas, a começar pela legalização de seus acervos.

A ética contemporânea e os tratados de direitos dos povos indígenas requerem: a) a incorporação e a implementação da obrigação de repartir os benefícios auferidos pela mercantilização das ECTs com os povos indígenas titulares desses objetos; b) novas práticas museais que promovam o respeito à diversidade e a inclusão da participação dos povos indígenas criadores dessas expressões na gestão desses acervos e nas formas de apresentar coleções etnográficas ao público; e c) a adoção de medidas de repatriação como forma de reparação da violência histórica perpetrada contra os povos indígenas desde o período colonial até os dias atuais.



Os povos indígenas têm atuado para influenciar novas práticas nos contextos museais, mediante a preparação acadêmica de profissionais indígenas para enriquecer a museologia com saberes, inovações e práticas a partir de outros olhares e fazeres para promover a descolonização de mentes e instituições.

As discussões em torno de possíveis ações de reparação aos povos indígenas acerca das ECTs que se encontram fora de seus contextos tradicionais incluem avanços impulsionados pela luta dos povos indígenas e pelo reconhecimento de seus direitos ao patrimônio cultural herdado de seus ancestrais para ser herança das gerações futuras.

A participação plena e efetiva dos povos indígenas, no exercício de sua livre determinação, requer o protagonismo indígena na academia (não apenas como discentes mas também nas negociações diplomáticas, na gestão dos museus, nos quadros de servidores públicos e na elaboração e efetivação de diretrizes e políticas públicas que afetem povos indígenas). Essa participação deriva da auto-determinação reconhecida a esses povos e é condição sem a qual não será possível a evolução do sistema de propriedade intelectual para proteger, de forma eficaz, apropriada, justa e equitativa, as ECTs dos povos indígenas e das comunidades locais. Qualquer iniciativa que desconsidere os povos indígenas como sujeitos de direitos coletivos serão destituídas de qualquer legitimidade e terão sua legalidade viciada pela falta de participação ampla, plena e efetiva dos criadores e legítimos titulares de direitos sobre suas ECTs.

Refletindo sobre a profundidade do belo poema mixteco que descreve a história das expressões culturais tradicionais, concluo que a restituição de objetos não irá reparar séculos de colonialismo, assim como a repartição de benefícios monetários não compensará o sangue que mancha nossos territórios, mas essas atitudes representam o reconhecimento de direitos que sempre existiram e que foram historicamente negados aos povos indígenas.

A presença de indígenas dentro de instituições museais pode trazer novas perspectivas para pensar não só o passado e o formato dos museus mas também o futuro que queremos. Nossos direitos não têm prazo de validade nem podem ser fragmentados para se adequar às leis de mercado. Não temos mandato para negociar a essência de nossas culturas, mas para defendê-las em sua integralidade, porque não se pode negociar nossa própria identidade.