

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

João Pedro Costa Genro

O USO INDEVIDO DAS EXPRESSÕES CULTURAIS TRADICIONAIS:
a busca pela proteção nas relações entre o direito da propriedade intelectual e do
patrimônio cultural

Porto Alegre
2022

JOÃO PEDRO COSTA GENRO

O USO INDEVIDO DAS EXPRESSÕES CULTURAIS TRADICIONAIS:
a busca pela proteção nas relações entre o direito da propriedade intelectual e do
patrimônio cultural

Trabalho de conclusão de curso
apresentado na Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do
Sul como requisito parcial para a
obtenção do grau de bacharel em Ciências
Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof.^a Dra. Lisiane Feiten
Wingert Ody.

Porto Alegre
2022

JOÃO PEDRO COSTA GENRO

O USO INDEVIDO DAS EXPRESSÕES CULTURAIS TRADICIONAIS:
a busca pela proteção nas relações entre o direito da propriedade intelectual e do
patrimônio cultural

Trabalho de conclusão de curso
apresentado na Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do
Sul como requisito parcial para a
obtenção do grau de bacharel em Ciências
Jurídicas e Sociais.

Aprovado em 04 de maio de 2022.

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Lisiane Feiten Wingert Ody

Prof.^a Giovana Valentiniano Benetti

Prof.^a Jéssica Oyarzabal

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a minha família, por todo suporte na minha trajetória. Vocês são os principais responsáveis pelas minhas conquistas. Mas, acima de tudo, agradeço a minha mãe Ana Cristina, que, com seu amor incondicional e sempre fazendo o (im)possível para que nada me faltasse, me apoiou em todas as etapas da minha vida e tornou viável ser quem eu sou hoje.

Agradeço à prof.^a Lisiane Feiten Wingert Ody, que não é só a minha orientadora deste trabalho, mas uma verdadeira mentora na minha trajetória acadêmica, responsável pelo grande apreço que tenho pela pesquisa, e a referência de profissional que almejo ser no futuro.

Agradeço aos meus amigos, dos mais antigos aos mais recentes, que são meus companheiros de todas as horas, os ouvintes dos meus anseios e motivadores de tantas alegrias que vivi.

Agradeço aos profissionais e colegas da Defensoria Pública, Tribunal de Justiça, Rocha Nascimento Sociedade de Advogados, Furtado e Peixoto Advogados e TozziniFreire Advogados, que foram incansáveis em compartilhar suas experiências comigo, em que cada dia de trabalho era um momento novo de aprendizado.

Agradeço, por fim, a todos que vieram antes de mim e foram agentes incessantes na discussão sobre cultura, memória e arte. Mesmo sofrendo com constante descrédito, foram e são resistência, incansáveis em lembrar a importância do assunto, o que reverberou em mim e neste trabalho.

A cultura [...] é ao mesmo tempo uma entidade feita pelo homem e uma entidade que faz o homem. (BAUMAN, 2012, p. 128).

RESUMO

As expressões culturais tradicionais (ECTs) são as formas tangíveis e intangíveis em que a cultura e os conhecimentos dos povos tradicionais são expressos, comunicados e manifestados. Não obstante a sua importância para a construção e consolidação da identidade social desses grupos, as ECTs são usualmente exploradas comercialmente por pessoas de fora da comunidade de forma abusiva. Dessa forma, a partir da análise do direito da propriedade intelectual e do patrimônio cultural, o presente trabalho objetiva verificar se os mecanismos jurídicos existentes no Brasil são hábeis para proteger as ECTs do uso indevido por indivíduos alheios aos povos tradicionais. A investigação, de caráter qualitativo e exploratório, utiliza das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental e de estudo de casos concretos qualitativamente selecionados. Verificado, inicialmente, que, se por um lado, os instrumentos de salvaguarda do patrimônio cultural promovem a difusão desses bens, o que é crucial para a continuidade das ECTs, por outro, eles não conferem direitos às comunidades. O sistema de propriedade intelectual, por sua vez, é falho na tutela das ECTs, sobretudo o direito de autor e desenho industrial, em razão de incompatibilidade com as particularidades dessas expressões, como os seus aspectos de oralidade, propriedade coletiva e atemporalidade. Ainda assim, conclui-se que existem institutos jurídicos que podem auxiliar em reprimir os casos de uso indevido das ECTs, que são (i) as marcas coletivas e de certificação; (ii) as indicações geográficas; (iii) a repressão à concorrência desleal; (iv) o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial; e (v) a ação civil pública e ação popular. Ressalta-se, todavia, que nenhum destes são inteiramente adequados para coibir uma situação de utilização abusiva, tendo em vista que não geram direito de exclusividade às comunidades tradicionais sobre as ECTs, o que é essencial para que esses grupos possam controlar efetivamente os usos de seus conhecimentos e expressões. Denota-se, portanto, que é imprescindível a criação de instrumento *sui generis* de proteção às ECTs, que reconheça os povos tradicionais como titulares de direitos intelectuais de suas manifestações culturais.

Palavras-chave: expressões culturais tradicionais; patrimônio cultural; propriedade intelectual; povos tradicionais.

ABSTRACT

Traditional cultural expressions (TCEs) are the tangible and intangible forms in which the culture and knowledge of traditional communities are expressed, communicated and manifested. Despite their importance for the construction and consolidation of the social identity of these groups, TCEs are usually exploited commercially by people outside the community in an abusive way. Thus, from the analysis of intellectual property and cultural heritage law, the present research aims to verify whether the existing legal mechanisms in Brazil are able to protect TCEs from misuse by individuals outside traditional communities. The investigation, of qualitative and exploratory type, is based on bibliographic and documentary research and case studies. It was initially verified that, if, on the one hand, the instruments to safeguard cultural heritage promote the dissemination of these goods, which is crucial for the continuity of TCEs, on the other hand, they do not grant rights to communities. The intellectual property system, in turn, fails to protect TCEs, especially copyright and industrial design, due to incompatibility with the particularities of these expressions, such as their aspects of orality, collective property and timelessness. Even so, it is concluded that there are legal institutes that can help to repress cases of misuse of TCEs, which are (i) collective and certification marks; (ii) geographical indications; (iii) repression of unfair competition; (iv) Registry of Intangible Cultural Goods; and (v) public civil action and popular action. It should be noted, however, that none of these are entirely adequate to curb a situation of abusive use, given that they do not grant exclusive rights to traditional communities over TCEs, which is essential for these groups to be able to effectively control the uses of their knowledge and expressions. Therefore, it is fundamental to create a *sui generis* system for the protection of TCEs, which recognizes traditional communities as owners of the intellectual rights of their cultural manifestations.

Keywords: traditional cultural expressions; cultural heritage; intellectual property; traditional communities.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

- AREJA - Associação dos Artesãos em Capim Dourado da Região do Estado de Tocantins
- APINA – Conselho das Aldeias Wajãpi
- ASSEBA - Associação dos Sambadores e Sambadeiras do Estado da Bahia
- AWATAC – Associação do Povo Wajãpi
- CUP - Convenção da União de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial
- DPI - Departamento de Patrimônio Imaterial
- ECTs - Expressões Culturais Tradicionais
- FUNAI - Fundação Nacional do Índio
- IEPÉ – Instituto de Pesquisa e Formação Indígena
- IGC - Comissão Intergovernamental da OMPI sobre a Propriedade Intelectual e os Recursos Genéticos, os Conhecimentos Tradicionais e o Folclore
- INPI - Instituto Nacional da Propriedade Industrial
- INRC - Inventário Nacional de Referências Culturais
- IPHAN - Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional
- LDA - Lei de Direitos Autorais
- LPI - Lei de Propriedade Industrial
- NIAAA - *National Indigenous Arts Advocacy Association*
- OEA – Organização dos Estados Americanos
- OMPI - Organização Mundial da Propriedade Intelectual
- PNPI - Programa Nacional do Patrimônio Imaterial
- TRIPS - Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio
- UNESCO - Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 A TUTELA JURÍDICA DO PATRIMÔNIO CULTURAL NA SALVAGUARDA DAS EXPRESSÕES CULTURAIS TRADICIONAIS	18
2.1 ESCOPO E LIMITES DA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL NO BRASIL.....	21
2.2 OS INSTRUMENTOS DE PROTEÇÃO E SALVAGUARDA DO PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL.....	25
2.2.1 Inventário	26
2.2.2 Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial	28
2.2.2.1 Caso Coleção Grafismo	36
2.2.2.2 Caso Samba de Roda do Recôncavo Baiano	38
2.2.3 Vigilância do patrimônio cultural	41
3 DIREITO DE EXCLUSIVIDADE NAS EXPRESSÕES CULTURAIS TRADICIONAIS: A (IN)SUFICIÊNCIA DO ATUAL SISTEMA DE PROPRIEDADE INTELECTUAL	44
3.1 O DIREITO DE AUTOR	45
3.1.1 Caso Havaianas Tribos	53
3.1.2 Caso Grendene	56
3.2 O DESENHO INDUSTRIAL.....	58
3.3 OS SIGNOS DISTINTIVOS	61
3.3.1 Marcas coletivas e de certificação	61
3.3.2 Indicações geográficas	67
3.4 A REPRESSÃO À CONCORRÊNCIA DESLEAL	72
4 CONCLUSÃO	77
REFERÊNCIAS	80

1 INTRODUÇÃO

Povo ou comunidade tradicional é aquele grupo culturalmente diferenciado que se reconhece como tal, possui forma própria de organização social e ocupa e usa territórios e recursos naturais como condição para a propagação cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas geradas e transmitidas pela tradição.¹ Indígenas, quilombolas, caiçaras, seringueiros, ciganos e ribeirinhos são alguns exemplos de comunidades que vivem estilos de vida tradicionais.²

A ligação dos povos tradicionais com o meio natural não quer dizer que esses grupos devem estar isolados em algum local distante para serem reconhecidos como tradicionais, podendo, inclusive, existir comunidades tradicionais urbanas.³ Na verdade, essa conexão dos grupos com o ambiente se aproxima da ideia de territorialidade, pois são nesses locais em que ocupam que as suas tradições se perfazem e são construídas as suas práticas culturais.⁴

Essas ideias e expressões que são desenvolvidas, sustentadas e transmitidas de geração em geração dentro dessas comunidades são chamadas de conhecimentos tradicionais.⁵ Eles são essenciais para a construção e consolidação da identidade social desses povos e possuem importantes significados aos seus membros.

¹ Esta definição encontra-se no art. 2º, inciso IV da Lei nº 13.123/2015, que dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade.

² No Decreto nº 8.750, que institui o Conselho Nacional dos Povos e Comunidades Tradicionais, são trazidos alguns exemplos, no seu art. 2º, de grupos que se incluem nesta definição. São eles: povos indígenas; comunidades quilombolas; povos e comunidades de terreiro/povos e comunidades de matriz africana; povos ciganos; pescadores artesanais; extrativistas; extrativistas costeiros e marinhos; caiçaras; faxinalenses; benzedeiros; ilhéus; raizeiros; geraizeiros; caatingueiros; vazanteiros; verezeiros; apanhadores de flores sempre vivas; pantaneiros; morroquianos; povo pomerano; catadores de mangaba; quebradeiras de coco babaçu; retireiros do Araguaia; comunidades de fundos e fechos de pasto; ribeirinhos; cipozeiros; andirobeiros; e caboclos.

³ MOREIRA, E. C. P. Acesso e uso dos conhecimentos tradicionais no Brasil: o caso Ver-o-peso. *In*: SOARES, I. V. P.; CUREAU, S. (org.). **Bens culturais e direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2019. p. 191–214. p. 208–209.

⁴ HOLDER, J.; SILVA, M. dos R. F. Proteção à identidade indígena e quilombola: uma análise à luz do multiculturalismo e da abertura constitucional. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, Natal, v. 4, n. 2, p. 1–26, 2011. p. 13.

⁵ WIPO. **Nota informativa nº 1 - Conhecimentos tradicionais e propriedade intelectual**. Genebra: WIPO, 2016a. Disponível em: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/pt/wipo_pub_tk_1.pdf. Acesso em: 24 mar. 2021.p. 1.

Em razão das particularidades existentes dentro desse conjunto de práticas culturais⁶, os conhecimentos tradicionais são abordados em três áreas distintas, ainda que relacionadas⁷: conhecimentos tradicionais em sentido estrito (os conhecimentos técnicos), expressões culturais tradicionais (as manifestações culturais) e recursos genéticos (o material genético encontrado em plantas, animais ou microorganismos).⁸

O objeto de estudo deste trabalho são as expressões culturais tradicionais (ECTs), que também são conhecidas como expressões de folclore.⁹ Não obstante a falta de uma exata definição em âmbito internacional, as ECTs são as formas tangíveis e intangíveis em que conhecimentos e culturas tradicionais são expressas, comunicadas e manifestadas.¹⁰ Alguns exemplos são danças, canções, contos, trabalhos manuais, cerimônias e rituais.

O que qualifica uma forma de expressão como “tradicional” é a sua relação de tradição¹¹ com uma comunidade.¹² Essas criações artísticas e culturais são difundidas num contexto consuetudinário e refletem a identificação cultural e social das comunidades, gerando um sentimento de pertencimento aos grupos.

Outro aspecto importante a pontuar é que o adjetivo “tradicional” não implica que essas expressões são antigas ou estáticas. As ECTs são inerentemente dinâmicas, sujeitas

⁶ WIPO. **Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions**. [Genebra]: WIPO, 2020. Disponível em: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_933_2020.pdf. Acesso em: 15 abr. 2021.

⁷ Importante frisar que, ainda que haja essa divisão, o termo “conhecimento tradicional” segue sendo utilizado como um termo guarda-chuva para englobar todas as ideias e expressões dos povos tradicionais, conhecido também como conhecimento tradicional em sentido *lato sensu*. Ver em: BLAKENEY, M. Protecting the knowledge and cultural expressions of aboriginal peoples. **University of Western Australia Law Review**, Perth, v. 39, n. 2, p. 180–207, 2015. p. 195.

⁸ WIPO. **Nota informativa n° 1 - Conhecimentos tradicionais e propriedade intelectual**. Genebra: WIPO, 2016a. Disponível em: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/pt/wipo_pub_tk_1.pdf. Acesso em: 24 mar. 2021.p. 2.

⁹ Ainda que a OMPI utilize expressões de folclore e expressões culturais tradicionais como sinônimos, o termo folclore vem sendo considerado inapropriado pela comunidade internacional por apresentar uma conotação específica de rebaixamento da identidade cultural do outro. Ver em: BITTAR, C. A. **Direito de autor**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 49.; D’ELBOUX, S. M.; BAIRON, S. A proteção legal às expressões culturais tradicionais no Brasil - Mecanismos e iniciativas para a sua preservação e difusão. In: SOARES, I. V. P.; PRAGMÁCIO, M. (org.). **Tutela jurídica e política de preservação do patrimônio cultural imaterial**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 121–144. p. 121.

¹⁰ WIPO. **Glossary of Key Terms Related to Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions**. Genebra: WIPO, 2018. Disponível em: https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_37/wipo_grtkf_ic_37_inf_7.pdf. Acesso em: 18 maio 2021.p. 39.

¹¹ Por tradição, entende-se como “o movimento coletivo atemporal e impessoal de transferência de conhecimento, mantido vivo por parcelas da sociedade, sejam identificáveis ou não”. Ver em: DRUMMOND, V. G. **A tutela jurídica das expressões culturais tradicionais**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 56.

¹² WIPO. **Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions**. [Genebra]: WIPO, 2020. Disponível em: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_933_2020.pdf. Acesso em: 15 abr. 2021. p. 17

a um processo contínuo de adaptação, desenvolvimento e recriação, alterando sua forma e conteúdo por cada geração às circunstâncias em que se encontram e em respostas aos desafios colocados por seu ambiente social.¹³

Uma grande preocupação dos povos tradicionais são as usuais explorações comerciais dos seus conhecimentos por terceiros. Na ótica das ECTs, o apelo estético dessas formas culturais torna-as de grande valor na economia moderna global.¹⁴ Contudo, por diversas vezes, essas explorações das ECTs se mostram abusivas e indevidas.

Um grande exemplo de uso indevido é a questão da apropriação cultural. Como referido, as ECTs não são meras expressões artísticas, mas também se relacionam na identificação e diferenciação dos povos tradicionais.¹⁵ Contudo, na apropriação cultural, há o uso de elementos característicos de uma determinada cultura, de forma dissociada do seu sentido original, com a ausência de créditos e sem menção dos significados dos elementos utilizados.¹⁶ Ainda que aparente ser prática inofensiva, além de poder ser interpretado como desrespeito às comunidades tradicionais, esse uso desprovido de reconhecimento da cultura utilizada pode prejudicar e fragilizar as próprias práticas culturais dos grupos.¹⁷

Outra preocupação atrelada à exploração comercial das ECTs por terceiros se dá ao fato de que essas expressões são criadas, por muitas vezes, com propósitos espirituais e religiosos. Logo, há ECTs que são consideradas sagradas e/ou secretas, ou que objetivam circular apenas dentro de grupos limitados.¹⁸ Ainda que sua natureza sacra exija logicamente uma atenção especial, ganham destaque casos de uso, divulgação ou reprodução desses elementos sem autorização das comunidades.¹⁹

¹³ DEER, K. Indigenous ICT Taskforce. *In*: POPOVA-GOSART, U. (org.). **Traditional knowledge & indigenous peoples**. Geneva: WIPO, 2010. p. 94–106. p. 97.; WIPO. **Intellectual Property Needs and Expectations of Traditional Knowledge Holders**. Geneva: WIPO, 2001. p. 212.

¹⁴ WIPO. **Intellectual Property Needs and Expectations of Traditional Knowledge Holders**. Geneva: WIPO, 2001. p. 215.

¹⁵ GALLOIS, D. T. **Patrimônio Cultural Imaterial e Povos Indígenas: Exemplos no Amapá e norte do Pará**. [São Paulo]: Iepé, 2006. p. 27.

¹⁶ ODY, L. F. W. **Relações entre Fashion Law e o Direito da Arte, do Autor e da proteção de patrimônio cultural**. [S. l.]: No prelo, 2021.

¹⁷ GALLOIS, D. T. **Patrimônio Cultural Imaterial e Povos Indígenas: Exemplos no Amapá e norte do Pará**. [São Paulo]: Iepé, 2006. p. 71. ODY, L. F. W. **Relações entre Fashion Law e o Direito da Arte, do Autor e da proteção de patrimônio cultural**. [S. l.]: No prelo, 2021.

¹⁸ JASKI, P. Protecting traditional cultural expressions - some questions for lawmakers. **WIPO Magazine**, [s. l.], n. 4, p. 8–15, 2017. Disponível em: https://www.wipo.int/export/sites/www/wipo_magazine/en/pdf/2017/wipo_pub_121_2017_04.pdf. Acesso em: 13 set. 2021. p. 11.

¹⁹ Um exemplo é o caso do protesto de anciãos Maori na Nova Zelândia contra a filmagem de um filme de Hollywood perto do Monte Taranaki, um vulcão adormecido considerado divino e sagrado na mitologia Maroi. Ver em: WIPO. **Consolidated analysis of the legal protection of traditional cultural expressions/expressions of folklore**. Geneva: WIPO, 2003. p. 31.

Dada essa vulnerabilidade dos povos tradicionais à utilização abusiva das suas formas artísticas e culturais, surge demanda em âmbito internacional para a proteção e salvaguarda das ECTs, iniciada com extenso debate sobre a matéria, encabeçado por duas organizações internacionais: a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) e a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO).

Na comunidade da propriedade intelectual²⁰, o início do trabalho para a proteção jurídica dessas expressões remonta aos anos 1960.²¹ Discutia-se a possibilidade de reconhecimento dos direitos intelectuais em torno das ECTs como, por exemplo, a proposta da delegação da Índia, na Conferência de Revisão da Convenção de Berna²² em Estocolmo, em 1967, para inserir as ECTs no rol de obras passíveis de proteção pelo direito autoral.²³ Contudo, a Convenção de Berna, na revisão de 1967, baseou a proteção de obras artísticas na autoria identificável e individualizada, o que prejudicou a incidência do direito de autor nas ECTs, que são caracterizadas pela impossibilidade de identificação dos criadores ou pela sua associação a um grupo de indivíduos.

No tocante ao início da atuação da UNESCO, a Organização adotou, em 1972, a Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural. Ainda que haja a referência da importância da salvaguarda de bens culturais, nomeando-os como bens únicos e insubstituíveis²⁴, a Convenção considera como patrimônio cultural apenas bens materiais como obras arquitetônicas, construções e estruturas arqueológicas.²⁵ Mesmo

²⁰ Não obstante a menção de que a OMPI encabeçou a discussão em torno da proteção das ECTs, frisa-se que a sua criação ocorreu apenas em 1970, substituindo a *United International Bureaux for the Protection of Intellectual Property* (BIRPI), sendo transformada posteriormente, em 1974, numa agência especializada da ONU. Assim, os debates iniciaram previamente a sua efetiva criação. Ver em: BOGSCH, A.; WIPO. **Brief history of the first 25 years of the World Intellectual Property Organization**. Geneva: WIPO, 1992. p. 5.

²¹ WIPO. **Nota informativa n° 2 - Comissão Intergovernamental da OMPI sobre a Propriedade Intelectual e os Recursos Genéticos, os Conhecimentos Tradicionais e o Folclore**. Geneva: WIPO, 2016b. Disponível em: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/pt/wipo_pub_tk_2.pdf. Acesso em: 24 mar. 2021.p. 1.

²² A Convenção de Berna foi estabelecida em 1886 como a primeira em nível internacional no tocante ao direito de autor. Com adesão de diversos países e passando por inúmeras revisões desde que foi estabelecida, a Convenção é administrada pela OMPI desde 1970.

²³ RODRIGUES JÚNIOR, E. B. Res Nullius? O regime brasileiro de repressão à apropriação indébita das expressões culturais folclóricas: direitos autorais e sistema de repressão à concorrência desleal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 102, n. 930, p. 281–330, 2013. p. 289.

²⁴ “Considerando que as convenções, recomendações e resoluções internacionais dedicadas à proteção dos bens culturais e naturais mostram a importância que constitui, para os povos do mundo, a salvaguarda destes bens únicos e insubstituíveis, independentemente do povo ao qual pertençam, [...]”

²⁵ ARTIGO 1 Para os fins da presente Convenção, são considerados “patrimônio cultural”:
- os monumentos: obras arquitetônicas, esculturas ou pinturas monumentais, objetos ou estruturas arqueológicas, inscrições, grutas e conjuntos de valor universal excepcional do ponto de vista da história, da arte ou da ciência; - os conjuntos: grupos de construções isoladas ou reunidas, que, por sua arquitetura, unidade ou integração à paisagem, têm valor universal excepcional do ponto de vista da história, da arte ou da ciência; - os sítios: obras do homem ou obras conjugadas do homem

que a Convenção tenha inaugurado uma política internacional de defesa do patrimônio cultural, as ECTs, de natureza intangível, não foram abarcadas no escopo protetivo.

A partir de 1975, a OMPI e a UNESCO começaram a debater as possibilidades de desenvolverem juntas um instrumento para a proteção das ECTs (que eram denominadas, na época, como expressões de folclore).²⁶ Após a instituição de um grupo de trabalho para tanto (*Working Group on the Intellectual Property Aspects of Folklore Protection*), ambas Organizações desenvolveram as *Model Provisions for National Laws on the Protection of Expressions of Folklore Against Illicit Exploration and Other Prejudicial Actions*. Publicadas em 1982, elas são disposições-tipo destinadas como fonte de inspiração para os países interessados, numa espécie de modelo de proteção *sui generis*²⁷ para as ECTs.

Posteriormente à publicação das *Model Provisions*, a OMPI e UNESCO delimitaram suas atuações na proteção das ECTs, tendo agora, ambas organizações, enfoques distintos nas suas formas de trabalho: a OMPI focada na proteção como propriedade intelectual e a UNESCO buscando a salvaguarda no contexto do patrimônio cultural.²⁸

Não recaindo mais na discussão da propriedade intelectual, a UNESCO aprovou, posteriormente, diversos documentos com relação direta ou indireta à proteção das ECTs: (i) em 1989, a Recomendação sobre a Salvaguarda da Cultura Tradicional e Popular²⁹; (ii) em 2001, a Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural; (iii) em 2003, a Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial; e (iv) em 2005, a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais.

e da natureza, bem como áreas, que incluem os sítios arqueológicos, de valor universal excepcional do ponto de vista histórico, estético, etnológico ou antropológico.

²⁶ BLAKENEY, M. Protecting the knowledge and cultural expressions of aboriginal peoples. **University of Western Australia Law Review**, Perth, v. 39, n. 2, p. 180–207, 2015.

²⁷ Proteção *sui generis* são medidas especializadas destinadas a abordar um assunto específico e capazes de acomodar adequadamente as características especiais dessa matéria. Ver em: WIPO. **Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions**. [Genebra]: WIPO, 2020. Disponível em: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_933_2020.pdf. Acesso em: 15 abr. 2021. p. 36.

²⁸ Mesmo que tenha havido essa divisão na atuação da OMPI e UNESCO, é importante pontuar que ambas organizações voltaram a trabalhar conjuntamente. Exemplo disso é a organização, por ambas, em 1997, do Fórum Mundial sobre Proteção do Folclore. Nesse evento, representantes dos povos indígenas pediram a promulgação de uma convenção internacional para a proteção dos conhecimentos tradicionais. Ver em: BLAKENEY, M. Protecting the knowledge and cultural expressions of aboriginal peoples. **University of Western Australia Law Review**, Perth, v. 39, n. 2, p. 180–207, 2015. p. 187.

²⁹ Ainda que não seja o seu enfoque, a Recomendação acabou também expressando a necessidade da incidência da propriedade intelectual às ECTs: “Item F. A cultura tradicional e popular, na medida em que se traduz em manifestações da criatividade intelectual ou coletiva, merece proteção análoga à que se outorga às outras produções intelectuais. Uma proteção deste tipo é indispensável para desenvolver, manter e difundir em larga escala este patrimônio, tanto no país como no exterior, sem atentar contra interesses legítimos.”

Por parte da OMPI, após uma Assembleia Geral, em 2000, foi estabelecida a Comissão Intergovernamental da OMPI sobre a Propriedade Intelectual e os Recursos Genéticos, os Conhecimentos Tradicionais e o Folclore (IGC). Essa Comissão é um fórum em que os Estados membros da OMPI buscam acordar “sobre um ou mais instrumentos jurídicos internacionais capazes de assegurar a proteção eficaz dos recursos genéticos, dos conhecimentos tradicionais e das expressões culturais tradicionais”.³⁰

Não obstante esse extenso trabalho da OMPI e UNESCO, que persiste até os dias de hoje³¹, inexistente um instrumento internacional vigente de regulamentação das ECTs. Dessa forma, persistem as aflições das comunidades tradicionais pela exploração comercial das ECTs por terceiros.

Ao mesmo tempo em que se acentua esse cenário de incertezas, o uso das ECTs, com fins lucrativos, por pessoas de fora da comunidade, vai se intensificando nos moldes do mundo pós-moderno, em que até a cultura “se manifesta como arsenal de artigos destinados ao consumo”.³² Exemplo disso é que as ECTs vêm ganhando novo valor ao mercado, uma vez que são utilizadas, não apenas pelo seu conteúdo estético, mas também para agregar valor às marcas, por meio de campanhas e produtos que se autointitulam sustentáveis, em sintonia com a valorização da diversidade.³³

Isso reforça a necessidade de atenção especial às ECTs para o resguardo da identidade cultural dos povos tradicionais, tendo em vista que a exploração comercial dessas expressões é cada vez mais iminente e constante e que por muitas vezes ocorre de forma abusiva. Com isso, o presente trabalho busca responder o questionamento: as ECTs estão protegidas juridicamente, no âmbito brasileiro, do uso indevido por terceiros?

³⁰ WIPO. **Nota informativa n° 2 - Comissão Intergovernamental da OMPI sobre a Propriedade Intelectual e os Recursos Genéticos, os Conhecimentos Tradicionais e o Folclore**. Genebra: WIPO, 2016b. Disponível em: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/pt/wipo_pub_tk_2.pdf. Acesso em: 24 mar. 2021.p. 1.

³¹ Ainda que não se tenha chegado num resultado definitivo sobre a proteção das ECTs, a OMPI, por exemplo, segue desenvolvendo um instrumento internacional sobre esse assunto, bem como vem atuando ativamente na matéria, com a oferta de capacitação sobre o tópico e de disponibilização de assistência para que os países possam desenvolver sistemas nacionais protetivos próprios para os conhecimentos tradicionais. Ver em: WIPO. **Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions**. [Genebra]: WIPO, 2020. Disponível em: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_933_2020.pdf. Acesso em: 15 abr. 2021. p. 45.

³² BAUMAN, Z. **A cultura no mundo líquido moderno**. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p. 18.

³³ GARONE, T.; JUNQUEIRA, P. Patrimônio Cultural, patrimônio de quem? Apropriação e uso indevido de Bens Culturais Imateriais. **Anais da 30ª Reunião Brasileira de Antropologia**, João Pessoa, 2016. p. 9.

A proteção das ECTs pode ocorrer sob duas óticas distintas: a proteção positiva e a proteção defensiva.³⁴ A proteção positiva é a concessão de direitos que habilitam os grupos tradicionais a promoverem os seus conhecimentos, “a controlarem as suas utilizações e a se beneficiarem com sua exploração comercial”.³⁵ Isso é alcançado por meio do sistema da propriedade intelectual, gerador de um direito de exclusividade ao titular do bem, trabalho este desenvolvido pela OMPI.

Já a proteção defensiva está mais ligada à salvaguarda das ECTs, ou seja, a garantia de fortalecimento, preservação e continuidade dessas expressões.³⁶ Diferentemente da proteção pela propriedade intelectual atrelada à concessão de um direito de exclusividade, o grande objetivo da salvaguarda é assegurar que as ECTs não desapareçam e sejam mantidas e promovidas.³⁷ Essa proteção defensiva utiliza-se de mecanismos relacionados à tutela do patrimônio cultural³⁸, alinhando, assim, com o trabalho da UNESCO sobre o tópico.

A partir desses dois enfoques distintos de proteção, o presente trabalho objetiva analisar como as ECTs são tratadas pelos institutos do direito da propriedade intelectual e do patrimônio cultural no Brasil, a fim de verificar se os mecanismos jurídicos existentes são hábeis para proteger as expressões culturais do uso indevido³⁹ por indivíduos alheios às comunidades tradicionais.

A investigação, de caráter qualitativo e exploratório, utiliza das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, por meio de revisão de literatura, documentos e da legislação nacional e internacional eventualmente aplicável, e de estudo de casos concretos qualitativamente selecionados⁴⁰ que permitem a compreensão do problema e o

³⁴ WIPO. **Nota informativa nº 1 - Conhecimentos tradicionais e propriedade intelectual**. Genebra: WIPO, 2016a. Disponível em: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/pt/wipo_pub_tk_1.pdf. Acesso em: 24 mar. 2021. p. 2.

³⁵ Ibid.

³⁶ BELAS, C. A. **Indicações geográficas e a salvaguarda do patrimônio cultural: artesanato de capim dourado Jalapão-Brasil**. 2012. Tese (Doutorado em Ciências) - Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFFRJ), Instituto de Ciências Humanas e Sociais, Rio de Janeiro, 2012. p. 138–139.

³⁷ WIPO. **Nota informativa nº 3 - O desenvolvimento de uma estratégia nacional sobre a propriedade intelectual, os conhecimentos tradicionais e as expressões culturais tradicionais**. Genebra: [s. n.], 2016c. Disponível em: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/pt/wipo_pub_tk_3.pdf. Acesso em: 24 mar. 2021.p. 2.

³⁸ DRUMMOND, V. G. **A tutela jurídica das expressões culturais tradicionais**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 185.

³⁹ Para fins deste estudo, entende-se uso indevido como a utilização da ECT com intuito de lucro ou fora do contexto tradicional sem o requerimento de autorização prévia e indicação da origem. Ver em: Ibid., p. 316.

⁴⁰ Frisa-se que esses estudos de casos são estudos de casos instrumentais, que são aqueles desenvolvidos com o propósito de auxiliar no conhecimento de determinado problema e facilitar a compreensão de algo mais amplo. O interesse não é no caso em si mesmo, mas sim de que ele facilita a compreensão do fenômeno por trás. O caso ainda é aprofundado, mas no objetivo de se facilitar a compreensão de algo

alcance de conclusões gerais. O estudo também faz uso do método dedutivo na análise do ordenamento jurídico, partindo-se das premissas gerais do direito do patrimônio cultural e da propriedade intelectual para a sua possível adequação às especificidades das ECTs, bem como do método indutivo na abordagem dos casos concretos, buscando uma adequada compreensão geral dos fenômenos mediante as particularidades das circunstâncias fáticas trazidas.

O trabalho é dividido em duas partes. Na primeira, analisa-se as relações do direito com o patrimônio cultural, compreendendo as suas estruturas e finalidades, bem como o escopo e limites da sua tutela jurídica, sobretudo no território brasileiro. A partir disso, são explorados os instrumentos de proteção e salvaguarda do patrimônio cultural existentes no Brasil e sua possível correlação com as ECTs

Na segunda parte, o estudo se centra na propriedade intelectual. Em razão do caráter artístico das ECTs, ligado, por muitas vezes, a uma funcionalidade, como no caso dos trabalhos manuais, analisam-se os institutos do direito de autor e do desenho industrial. Ademais, à luz dos mecanismos jurídicos colocados pela OMPI como possíveis ferramentas de proteção às ECTs⁴¹, exploram-se também as marcas coletivas e de certificação, as indicações geográficas e a repressão à concorrência desleal.⁴²

Encerrada a abordagem de questões preliminares, passa-se ao início da investigação, com a análise do direito do patrimônio cultural.

mais amplo. Ver em: STAKE, R. E. Case Studies. *In*: DENZIN, N. K.; LINCOLN, Y. S. (org.). **Strategies of Qualitative Inquiry**. [New York]: SAGE Publications, 2003. p. 134–164. p. 137.

⁴¹ INTERGOVERNMENTAL COMMITTEE ON INTELLECTUAL PROPERTY AND GENETIC RESOURCES, T. K. and F. **The protection of traditional cultural expressions: updated draft gap analysis**. Genebra: [s. n.], 2018. p. 28–29.

⁴² Ainda que haja uma grande discussão sobre o uso das patentes na proteção dos conhecimentos tradicionais, como o foco do trabalho são as ECTs, que são as manifestações artísticas e culturais dos povos tradicionais, sem vinculação com o possível conhecimento técnico subjacente, não é feita a análise desse instituto da propriedade intelectual. As patentes ganham destaque no debate em torno dos conhecimentos tradicionais em sentido estritos e dos recursos genéticos, que não são objeto de estudo do trabalho.

2 A TUTELA JURÍDICA DO PATRIMÔNIO CULTURAL NA SALVAGUARDA DAS EXPRESSÕES CULTURAIS TRADICIONAIS

Patrimônio cultural pode ser entendido como “tudo o que é valorizado, transmitido e perpetuado entre gerações, tornando-se fator constitutivo de identidade e de diversidade cultural local”.⁴³ Ainda que a lógica de preservação de bens culturais remonta à Revolução Francesa⁴⁴, a seleção de quais bens são constituidores do patrimônio cultural se modificou consideravelmente com o decurso do tempo.

A partir da Revolução Francesa, em que se consolida uma política de identidade e consciência nacional, ligada a um sentimento patriótico, surge a concepção de que alguns bens formam a riqueza moral e material do conjunto da nação, os quais devem ser conservados na intenção de resgate do passado nacional e recuperação da perda cultural.⁴⁵ Assim, em 1887, foi criada, na França, uma lei de proteção ao patrimônio, que buscava a preservação de edificações e monumentos nacionais que representariam a nação francesa.

À luz dessa política de conservação de bens culturais na França, prevaleceu-se, na primeira metade do século XX, a ideia de valorização de bens corpóreos, sobretudo na figura de monumentos e objetos antigos, com excepcional valor histórico, buscando a constituição de memórias e identidades nacionais. Esse entendimento da época também reverberou em território brasileiro, em que a proteção recaía apenas a bens culturais materiais.⁴⁶

⁴³ COSTA, M. B. L. C. da. **O poder legislativo no desenho industrial da política de preservação do patrimônio cultural no Brasil**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2019. p. 144.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 149.

⁴⁵ COELHO, D. M. T. Patrimônio cultural imaterial e direitos humanos: o registro do fandango caiçara como forma de expressão. *In*: SOARES, I. V. P.; CUREAU, S. (org.). **Bens culturais e direitos humanos**. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2019. p. 373–394. p. 385–387.; COSTA, M. B. L. C. da. **O poder legislativo no desenho industrial da política de preservação do patrimônio cultural no Brasil**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2019.

⁴⁶ No Decreto-Lei nº 25/1937, que instituiu o tombamento no Brasil, vigente até hoje, o patrimônio histórico e artístico nacional é definido como “o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico (sic)” (art. 1º). Ainda que essa previsão incluía apenas bens materiais, importante referir que, já nessa época, Mário de Andrade, que foi convidado para redigir um anteprojeto de lei para a proteção do patrimônio cultural brasileiro, incluiu bens culturais imateriais na sua definição de patrimônio, como artes “não-eruditas, formas de expressão e manifestação do povo brasileiro, dentre outros. O anteprojeto foi aprovado, posteriormente se tornando o referido Decreto-Lei nº 25/1937, contudo, sob modificações, acabando por excluir os bens imateriais da definição de patrimônio cultural, o que pode ser visto da definição acima trazida. Ver em: COELHO, D. M. T. Patrimônio cultural imaterial e direitos humanos: o registro do fandango caiçara como forma de expressão. *In*: SOARES, I. V. P.; CUREAU, S. (org.). **Bens culturais e direitos humanos**. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2019. p. 373–394. p. 384–385.; SOARES, I. V. P. Direito ao (do) patrimônio cultural. *In*: CUNHA FILHO, F. H. (org.). **Diálogos culturais em rede: inquietações teóricas e práticas**. Fortaleza: IBDCult, 2017. p. 60–85. p. 67.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, atrelada à ampliação da participação democrática e independência de colônias europeias, despontaram novas formas de interpretação de políticas patrimoniais, agora sob a perspectiva da diversidade cultural e social de novas realidades, como a dos países em desenvolvimento e recém descolonizados.⁴⁷ Isso já pode ser percebido na primeira política internacional de defesa do patrimônio cultural, a Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, adotada pela UNESCO em 1972. Ainda que a Convenção traga a visão tradicional de bem cultural como algo material e de caráter excepcional, o diploma reconhece o caráter universal do patrimônio cultural, como referência de todos os povos, destacando que a sua salvaguarda não deve ocorrer apenas em nível nacional, devido a dificuldades de certos países de ordem econômica, administrativa e política.⁴⁸

Com o decorrer dos anos, a forma de compreensão do patrimônio foi cada vez mais se modificando. Superando a visão estritamente ligada ao antigo ou à monumentalidade, passou a se reconhecer e valorizar outras formas de expressões culturais como aquelas de natureza intangível, consolidando a “passagem da noção de patrimônio histórico para patrimônio cultural”.⁴⁹ Com grande pressão dos países do Hemisfério Sul⁵⁰, as atividades relacionadas com o patrimônio imaterial passaram a ser priorizadas pela UNESCO, resultando na Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, adotada em 2003.

Essa Convenção define patrimônio cultural imaterial como as práticas, representações, expressões, conhecimentos e técnicas das comunidades que são transmitidos de geração em geração, gerando um sentimento de identidade e continuidade.⁵¹ Essa abordagem mais ampla, sem uma lista exaustiva de exemplos,

⁴⁷ COSTA, M. B. L. C. da. **O poder legislativo no desenho industrial da política de preservação do patrimônio cultural no Brasil**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2019. p. 145.

⁴⁸ PIRES, M. C. S. A proteção do patrimônio cultural como contraponto à desterritorialização. *In*: SOARES, I. V. P.; CUREAU, S. (org.). **Bens culturais e direitos humanos**. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2019. p. 61–74. p. 70.

⁴⁹ COSTA, M. B. L. C. da. **O poder legislativo no desenho industrial da política de preservação do patrimônio cultural no Brasil**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2019. p. 164.

⁵⁰ Um grande impulso para a questão da proteção do patrimônio imaterial foi que, a partir da década de 1990, o patrimônio desses países frequentemente não cumpria os critérios para a inclusão na Lista do Patrimônio Mundial, sobretudo em razão dos seus aspectos de intangibilidade. Ver em: CUREAU, S. Dimensões das práticas culturais e direitos humanos. *In*: SOARES, I. V. P.; CUREAU, S. (org.). **Bens culturais e direitos humanos**. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2019. p. 107–132. p. 121.

⁵¹ Artigo 2: Definições Para os fins da presente Convenção, 1. Entende-se por “patrimônio cultural imaterial” as práticas, representações, expressões, conhecimentos e técnicas - junto com os instrumentos, objetos, artefatos e lugares culturais que lhes são associados - que as comunidades, os grupos e, em alguns casos, os indivíduos reconhecem como parte integrante de seu patrimônio cultural. Este patrimônio cultural imaterial, que se transmite de geração em geração, é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente, de sua interação com a natureza e de sua

procurou atender às preocupações de *experts* e facilitar a proteção legal.⁵² A partir de mecanismos institucionais estabelecidos, a Convenção objetiva a cooperação e assistência internacional para salvaguardar, garantir o respeito e a conscientização da importância do patrimônio cultural imaterial.⁵³

Não obstante a ampliação do conceito, é importante frisar que não é qualquer manifestação cultural que integra o patrimônio cultural de determinada comunidade. É necessário que a “manifestação cultural tenha representatividade da comunidade ou do povo que a criou, e isso significa que a própria comunidade deve enxergar a manifestação cultural como relevante para a sua identificação como grupo”.⁵⁴ Do contrário, incluindo todos os vestígios do passado no âmbito do patrimônio cultural, equivaleria “a patrimonializar toda a cultura, impedir-lhe o desenvolvimento e afetar sua característica intrínseca de mudança”.⁵⁵

No meio dessa diversidade de bens culturais tangíveis e intangíveis, entender exatamente o que é parte integrante do patrimônio cultural é essencial para que não ocorra a banalização da sua tutela jurídica. Isso é o que se busca compreender na análise do próximo tópico, em que é investigado os critérios no ordenamento jurídico brasileiro para que um determinado elemento da cultura seja considerado um bem pertencente ao patrimônio cultural, verificando, assim, a adequação às ECTs e as consequências disso.

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

⁵² LIXINSKI, L. Instrumentos regionais e internacionais sobre patrimônio cultural imaterial: multiculturalismo entre tradição e modernidade, cultura alta e baixa. *In*: SOARES, I. V. P.; TELLES, M. F. de P. (org.). **Tutela jurídica e política de preservação do patrimônio cultural imaterial**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 47–69. p. 50–51.

⁵³ Artigo 1: Finalidades da Convenção. A presente Convenção tem as seguintes finalidades: a) a salvaguarda do patrimônio cultural imaterial; b) o respeito ao patrimônio cultural imaterial das comunidades, grupos e indivíduos envolvidos; c) a conscientização no plano local, nacional e internacional da importância do patrimônio cultural imaterial e de seu reconhecimento recíproco; d) a cooperação e a assistência internacionais

⁵⁴ CAMPOS, A. P. **Direitos morais no patrimônio cultural imaterial**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2014. p. 89.

⁵⁵ CUNHA FILHO, F. H.; RABÊLO, C. N. O caráter multiforme, ubíquo e multiconcorrencial da vigilância sobre o patrimônio cultural brasileiro. *In*: SOARES, I. V. P.; TELLES, M. F. de P. (org.). **Tutela jurídica e política de preservação do patrimônio cultural imaterial**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 87–106. p. 89.

2.1 ESCOPO E LIMITES DA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL NO BRASIL

A trajetória de institucionalização da preservação do patrimônio cultural no Brasil é longa. O Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937, inicia a definição jurídica de patrimônio, conceituando-o como o conjunto de bens corpóreos com excepcional valor histórico e artístico ao Brasil⁵⁶, de tal forma que a política de preservação do patrimônio se centrava, até então, no salvamento de monumentos artísticos e arquitetônicos da história colonial brasileira. Com o final da década de 1970, o debate sobre as raízes da identidade nacional foi retomado, vislumbrando-se a necessidade de um conceito de patrimônio que refletisse a diversidade e a pluralidade cultural brasileira.⁵⁷ Foi então com a Constituição Federal de 1988 que se estabeleceu um novo paradigma na noção do que é o patrimônio cultural brasileiro⁵⁸ e nas políticas de preservação patrimonial.

Conforme o art. 216 da Constituição Federal, o patrimônio cultural brasileiro é constituído por “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”. Nota-se que houve uma ampliação do conceito de patrimônio para abarcar também as manifestações de natureza intangível. Esses bens de natureza imaterial também foram incluídos no rol de bens constituintes do patrimônio cultural nacional⁵⁹, abrangendo as formas de expressão, modos de criar, fazer e viver e criações artísticas, científicas e tecnológicas.

⁵⁶ Art. 1º Constitui o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.

⁵⁷ COSTA, M. B. L. C. da. **O poder legislativo no desenho industrial da política de preservação do patrimônio cultural no Brasil**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2019. p. 178-180.

⁵⁸ Entende-se, inclusive, que com a Constituição Federal, substituiu-se o emprego do conceito de patrimônio histórico e artístico, utilizado pelo Decreto-Lei nº 25/37, para o de patrimônio cultural, justamente para que o conceito abarcasse mais práticas culturais a serem valorizadas. Ver em: BARBOSA, F. Direitos humanos, patrimônio cultural e políticas públicas. *In*: SOARES, I. V. P.; CUREAU, S. (org.). **Bens culturais e direitos humanos**. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2019. p. 75–106. p. 100.

⁵⁹ 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.

Não obstante a Constituição Federal já estabelecer expressamente o dever do Poder Público, em conjunto da comunidade, de promoção e proteção do patrimônio cultural brasileiro⁶⁰, outra inovação constitucional de grande relevância à preservação do patrimônio são as disposições sobre os direitos culturais.⁶¹ O art. 215 estabelece que o “Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”.

Esses direitos culturais podem ser entendidos como aqueles que versam sobre as relações jurídicas das artes, memória coletiva e fluxo dos saberes, “assegurando a seus titulares o conhecimento e uso do passado, interferência ativa no presente e possibilidade de previsão e decisão referentes ao futuro, visando sempre à dignidade da pessoa humana”.⁶² É evidente, assim, que a salvaguarda do patrimônio cultural também é justificada à luz dos direitos culturais, uma vez que “a história do patrimônio é também a história da construção do sentido de identidade que acompanha o movimento das memórias coletivas”.⁶³ Dessa forma, uma das representações dos direitos culturais é justamente o direito ao patrimônio cultural.⁶⁴

Seja pela ótica dos dispositivos constitucionais sobre o patrimônio cultural, quanto aqueles sobre os direitos culturais, a Constituição Federal reconhece o patrimônio cultural brasileiro como direito fundamental, em que as normas a seu respeito possuem aplicação imediata.⁶⁵ Em contrapartida, como já referido, nem todo elemento da cultura deve ser classificado como bem cultural, devendo passar por um processo de seleção para verificar quais estarão aptos à tutela do patrimônio cultural.

⁶⁰ Art. 216 § 1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

⁶¹ A partir da Constituição Federal de 1988, os direitos culturais passaram a ganhar proteção constitucional autônoma, sem estarem atrelados a outros direitos. Pela primeira vez na história do direito constitucional do Brasil, há a menção da expressão “direitos culturais” e a criação de uma seção específica dedicada à cultura.

⁶² CUNHA FILHO, F. H. **Teoria dos direitos culturais: fundamentos e finalidades**. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2018. p. 24.

⁶³ CUREAU, S. Dimensões das práticas culturais e direitos humanos. In: SOARES, I. V. P.; CUREAU, S. (org.). **Bens culturais e direitos humanos**. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2019. p. 107–132. p. 131.

⁶⁴ Importante diferenciar a ideia de direito ao patrimônio cultural e direito do patrimônio cultural. O direito do patrimônio cultural é o espaço que abarca a doutrina especializada, os enunciados normativos, jurisprudência, etc. Já o direito ao patrimônio cultural se relaciona a ideia do patrimônio como interesse juridicamente exigível, ligado ao respeito às formas de expressão representativas à identidade nacional e sua garantia de acesso, fruição e criação. Ver em: PAIVA, C. M. de S. **Direito do patrimônio cultural: autonomia e efetividade**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 42–43.

⁶⁵ CAMPOS, A. P. **Direitos morais no patrimônio cultural imaterial**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2014. p. 61.

Dos termos do art. 216 da Constituição Federal, o único requisito para um bem pertencer ao patrimônio cultural nacional é ser portador de referência à identidade, ação e memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira. O que se busca é que a expressão detenha significados e valores representativos para uma comunidade, gerando um ânimo cultural coletivo, consolidado no tempo, em razão de um senso comum de pertencimento e reciprocidade.⁶⁶

Ainda que haja um grande subjetivismo no critério, isso não impede que a análise envolva um diálogo democrático e saber técnico. Por exemplo, o apreço de uma comunidade por determinado bem é fator preponderante para aferir o seu valor cultural.⁶⁷ Outro exemplo recai sobre a continuidade histórica de um bem cultural intangível⁶⁸, em que “costuma-se arbitrar como o período mínimo de três gerações (ou setenta e cinco anos) de evidências da existência do bem”.⁶⁹ Dessa forma, não se deve investigar o significado de um item cultural analisando-o isoladamente, em si mesmo, sob risco de ser um exame incompleto e parcial.⁷⁰

Importante também destacar que a Constituição não vinculou a condição de patrimônio cultural ao prévio reconhecimento por ato administrativo ou lei do valor cultural de um bem.⁷¹ Esse ponto ganha relevância pela produção massiva de leis do Poder Legislativo que concedem o título de “Patrimônio Cultural” aos mais variados bens, sobretudo os de natureza imaterial.⁷² Apesar de uma possível boa vontade dos autores desses atos em prol da preservação do patrimônio cultural, decorrem diversos problemas dessa iniciativa parlamentar.

⁶⁶ PAIVA, C. M. de S. **Direito do patrimônio cultural: autonomia e efetividade**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 90-92;97.

⁶⁷ MARCHESAN, A. M. M. Movimentos sociais, direitos humanos e patrimônio cultural. In: SOARES, I. V. P.; CUREAU, S. (org.). **Bens culturais e direitos humanos**. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2019. p. 341-356. p. 351.

⁶⁸ Mesmo que não haja um requisito mínimo de continuidade de tempo de um bem para que ele ganhe status de patrimônio cultural, a ideia de continuidade no tempo é relevante para que esse reconhecimento não decorra “de uma ‘histeria cultural’ estabelecida por algum modismo patrimonial repentino. Ver em: PAIVA, C. M. de S. **Direito do patrimônio cultural: autonomia e efetividade**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 90.

⁶⁹ FONSECA, M. C. L. O patrimônio imaterial em processo: uma leitura dos bens inscritos nos livros de registro do Iphan. In: SOARES, I. V. P.; TELLES, M. F. de P. (org.). **Tutela jurídica e política de preservação do patrimônio cultural imaterial**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 71-86. p. 75.

⁷⁰ BAUMAN, Z. **Ensaio sobre o conceito de cultura**. Rio de Janeiro: Zahar, 2012. p. 207.

⁷¹ PAIVA, C. M. de S. **Direito do patrimônio cultural: autonomia e efetividade**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 95.

⁷² A título exemplificativo, em Minas Gerais, de 1990 a 2017, houve 87 projetos de lei de “declaração” de patrimônio cultural pela Assembleia Legislativa de Minas Gerais. Ver em: COSTA, M. B. L. C. da. **O poder legislativo no desenho industrial da política de preservação do patrimônio cultural no Brasil**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2019. p. 299.

Esses atos legislativos comumente são desprovidos de análise prévia de um corpo técnico e sem diálogo com as comunidades, se revelando processos menos democráticos. Além disso, essas leis de declaração de patrimônio cultural não ensejam proteção alguma, configurando-se, na prática, como uma lei meramente autorizativa e uma simples solicitação ao Poder Executivo para que tome as medidas cabíveis.⁷³ Numa efetiva política patrimonial, o compromisso deve ser na salvaguarda do bem, o que não ocorre com a única criação de lei, induzindo, na verdade, numa percepção equivocada dos objetivos dessas políticas públicas e na sua própria banalização.⁷⁴

Entendidos os critérios constitucionais da formação do patrimônio cultural, sejam eles a demonstração da existência de que um elemento da cultura é representativo dos valores culturais de uma comunidade, resta verificar a sua adequação às ECTs.

Nos termos já expostos, as ECTs são cruciais para a identidade cultural e social das comunidades tradicionais. A importância das expressões desses grupos é reforçada pela própria Constituição Federal, que preceitua expressamente que o Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras.⁷⁵ Dessa forma, dada a natureza das ECTs, dotadas de valores identitários e de referência cultural, elas possuem adequada ressonância nas normas protetivas do patrimônio cultural.⁷⁶

Restringindo o foco de análise, uma vez que as ECTs são práticas culturais de seus grupos, elas se configuram como patrimônio cultural imaterial. Ressalta-se que esses bens culturais intangíveis “não estão desprovidos de materialidade, mas o que os distingue dos bens materiais é o fato de serem processos e não produtos”.⁷⁷ Ou seja, ainda que as ECTs possam ser apresentadas em bens corpóreos, como um artesanato ou outra forma de trabalho manual, não é o objeto em si que possui o significado para a comunidade, mas sim o conhecimento subjacente a ele. Assim, por exemplo, serão todos os artesanatos resultantes desse processo tradicional que terão valor cultural para a comunidade. Logo,

⁷³ COSTA, M. B. L. C. da. **O poder legislativo no desenho industrial da política de preservação do patrimônio cultural no Brasil**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2019. p. 306.

⁷⁴ FONSECA, M. C. L. A salvaguarda do patrimônio cultural imaterial do Iphan: antecedentes, realizações e desafios. **Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional**, [Brasília], n. 35, p. 157–170, 2017. p. 168.

⁷⁵ Art. 215 § 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

⁷⁶ KISHI, S. A. S. Conhecimentos e povos tradicionais: a valorização da dignidade humana pelo direito patrimonial cultural. In: SOARES, I. V. P.; CUREAU, S. (org.). **Bens culturais e direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2019. p. 215–235. p. 227.

⁷⁷ FONSECA, M. C. L. Registro. In: REZENDE, M. B. *et al.* **Dicionário IPHAN de Patrimônio Cultural**. Rio de Janeiro, Brasília: IPHAN/DAF/Copedoc, 2015. p. 14.

mesmo nos bens corpóreos, é, sobretudo, o elemento intangível, transmitido por gerações, que possui relevância aos povos tradicionais.

2.2 OS INSTRUMENTOS DE PROTEÇÃO E SALVAGUARDA DO PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL

A Constituição Federal estabelece que o patrimônio cultural brasileiro será protegido “por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação” (art. 216, §1º).⁷⁸ É justamente nesse momento, de adequação do instrumento a ser utilizado para a salvaguarda do bem cultural, que ganha maior relevância a divisão existente entre patrimônio cultural material e imaterial.⁷⁹

Para o patrimônio cultural material, os meios de proteção utilizados são o tombamento e a desapropriação. Não sendo um instrumento exclusivo da preservação do patrimônio cultural, a desapropriação é apenas o “modo de retirar o bem tido como de valor cultural, da propriedade particular, transferindo-o para o domínio público”.⁸⁰ Consequentemente, é o tombamento que se revela como regra geral e o principal mecanismo de proteção dos bens culturais materiais⁸¹, em que ocorre a sua inscrição em livro especial, chamado Livro do Tombo, gerando restrições ao direito de propriedade.

Uma vez que as ECTs são bens de natureza intangível, o tombamento não é objeto de análise do trabalho. Para essas expressões, como parte integrante do patrimônio cultural imaterial, os instrumentos próprios de proteção, daqueles elencados pela Constituição Federal, são o inventário, registro e vigilância, os quais são analisados na sequência.

⁷⁸ Ainda que a Constituição Federal faça menção a apenas cinco mecanismos de preservação do patrimônio cultural, a sua proteção pode se dar para além destes citados no texto constitucional. O assunto é tratado no tópico sobre a vigilância.

⁷⁹ Refere-se isso, pois, na prática, há uma constante relação entre a natureza material e imaterial do bem. Uma vez que o patrimônio cultural não possui valor em si próprio, o que configura um bem cultural material como relevante à certa comunidade é justamente seu aspecto imaterial (seus significados e valores). Ver em: PAIVA, C. M. de S. **Direito do patrimônio cultural: autonomia e efetividade**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 41.

⁸⁰ SILVA, J. A. da. **Ordenação constitucional da cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 157.

⁸¹ Isso pode ser percebido até na análise da desapropriação. Desapropriado o bem, para que ele ganhe uma efetiva proteção como parte integrante do patrimônio cultural, ele deverá ser inscrito no respectivo Livro do Tombo, que é a síntese do tombamento.

2.2.1 Inventário

Os inventários são instrumentos técnicos comumente utilizados na identificação e proteção do patrimônio cultural. Eles objetivam gerar conhecimento sobre determinado bem cultural por meio de coleta e sistematização de informações. A partir disso, o inventário pode justificar a seleção de determinado bem como patrimônio cultural.⁸²

No Brasil, o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), autarquia federal vinculada ao Ministério do Turismo⁸³ que responde pela preservação do patrimônio cultural brasileiro, criou, em 2000, o Inventário Nacional de Referências Culturais (INRC). Este instrumento de gestão desenvolvido pelo IPHAN se trata de metodologia de pesquisa “que objetiva auxiliá-lo na produção de conhecimento e diagnósticos sobre os domínios da vida social aos quais são atribuídos sentidos e valores que constituem referências de identidade para os grupos sociais”.⁸⁴

O INRC, como um procedimento de investigação, possui três etapas específicas para a adequada descrição dos bens culturais⁸⁵: (i) Levantamento Preliminar, em que ocorre a reunião das informações disponíveis, produzindo-se um mapeamento cultural; (ii) Identificação, em que há a descrição e indicação dos aspectos básicos das referências culturais relevantes; e (iii) Documentação, em que se desenvolvem estudos técnicos, de natureza eminentemente etnográfica, para a apropriada compreensão dos bens identificados.

Ainda que seja possível a inventariação de bens materiais⁸⁶, o grande enfoque do INRC é a identificação e produção de conhecimento sobre os bens culturais de natureza

⁸² MOTTA, L.; REZENDE, M. B. Inventário. In: GRIECO, B.; TEIXEIRA, L.; THOMPSON, A. (org.). **Dicionário IPHAN de Patrimônio Cultural**. Brasília: IPHAN/DAF/Copedoc, 2016. p. 1–39. p. 2.; ODY, L. F. W. **Direito e Arte: O direito da arte brasileiro sistematizado a partir do paradigma alemão**. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 193.

⁸³ O Ministério da Cultura foi extinto em janeiro de 2019 e transformado em Secretaria Especial da Cultura, inicialmente submetida ao Ministério da Cidadania e posteriormente transferida ao Ministério do Turismo. Ver em: MINISTÉRIO DA CIDADANIA. **Secretaria Especial da Cultura é transferida do Ministério da Cidadania para o Turismo**. Brasília: Governo Federal - Governo do Brasil, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/cidadania/pt-br/noticias-e-conteudos/institucional-cidadania/secretaria-especial-da-cultura-e-transferida-do-ministerio-da-cidadania-para-o-turismo>. Acesso em: 19 dez. 2020.

⁸⁴ Definição encontrada na Instrução Normativa nº 001, de 02 de março de 2009, do IPHAN, que dispõe sobre as condições de autorização de uso do Inventário Nacional de Referências Culturais (INRC).

⁸⁵ CASTRO, M. L. V. de; FONSECA, M. C. L. **Patrimônio imaterial no Brasil: legislação e políticas estaduais**. Brasília: UNESCO, Educarte, 2008. p. 22.

⁸⁶ O INRC contempla também edificações associadas a certos usos, a significações históricas e a imagens urbanas. Entretanto, ainda que seja possível a inventariação de bens de natureza material, o INRC é pouco utilizado para esse fim. Um dos poucos exemplos de trabalhos desenvolvidos de inventariação de bem material é o da Ilha de Marajó, no Pará. O patrimônio de natureza material tem sido objeto do Sistema Integrado de Conhecimento e Gestão (SIGC), que funciona como um repositório de inventários

imaterial. Dessa forma, o INRC possui relação direta com o Registro, principal instrumento de proteção do patrimônio cultural imaterial e que é estudado com mais detalhes no próximo tópico, justamente por fornecer as informações necessárias sobre o universo específico do bem cultural, facilitando a fundamentação das demais ações de salvaguarda. É quase uma relação de meio – o inventário – e fim – o Registro – para a preservação do patrimônio cultural imaterial.⁸⁷

Como é um mecanismo que visa apenas a documentação de elementos da cultura de certos grupos, o inventário não protege os bens de natureza intangível, como as ECTs, de um eventual uso abusivo por terceiros. Entretanto, ainda que não decorra um efeito direto da mera inventariação de um bem, a importância do INRC é evidente, uma vez que é um “instrumento autônomo e auto aplicável de proteção ao patrimônio cultural”.⁸⁸

Outrossim, para as próprias comunidades tradicionais, o inventário das suas expressões culturais pode gerar efeitos positivos que vão além de uma consequência jurídica. Segundo relatos de Dominique Tilkin Gallois, o processo de inventariação dos saberes da comunidade Wajãpi, tribo indígena do Amapá, suscitou um movimento de reaproximação entre as gerações, trazendo diálogos e reflexões entre os jovens e os mais velhos Wajãpi sobre todo o percurso da sua cultura e gerando uma nova imersão nos saberes tradicionais.⁸⁹

Dessa forma, o INRC se mostra como um instrumento crucial para a elaboração e implementação de políticas culturais e que cria novas possibilidades de preservação do patrimônio cultural brasileiro. Mais do que conjunto de procedimentos, “o INRC propõe a construção do olhar patrimonial sobre o campo das práticas culturais de natureza imaterial, na perspectiva de política pública”.⁹⁰

sobre diversos tipos de bens culturais materiais. Ver em: CASTRO, M. L. V. de; FONSECA, M. C. L. **Patrimônio imaterial no Brasil: legislação e políticas estaduais**. Brasília: UNESCO, Educarte, 2008. p. 21.; MOTTA, L.; REZENDE, M. B. Inventário. In: GRIECO, B.; TEIXEIRA, L.; THOMPSON, A. (org.). **Dicionário IPHAN de Patrimônio Cultural**. Brasília: IPHAN/DAF/Copedoc, 2016. p. 1–39. p. 4;24.

⁸⁷ FARIA, V. L. P. de. **A proteção jurídica de expressões culturais de povos indígenas na indústria cultural**. São Paulo: Itaú Cultural: Iluminuras, 2012. p. 119.

⁸⁸ CUNHA FILHO, F. H.; RABÊLO, C. N. O caráter multiforme, ubíquo e multiconcorrencial da vigilância sobre o patrimônio cultural brasileiro. In: SOARES, I. V. P.; TELLES, M. F. de P. (org.). **Tutela jurídica e política de preservação do patrimônio cultural imaterial**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 87–106. p. 99.

⁸⁹ GALLOIS, D. T. Materializando saberes imateriais: experiências indígenas na Amazônia Oriental. **Revista de Estudos e Pesquisas**, Brasília, v. 4, n. 2, p. 95–116, 2007. p. 114.

⁹⁰ BRASIL. IPHAN. **Portaria nº 200, de 18 de maio de 2016**. Dispõe sobre a regulamentação do Programa Nacional do Patrimônio Imaterial - PNPI. Brasília: Presidente do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN, 2016. Disponível em: http://portal.iphan.gov.br/uploads/legislacao/portaria_n_200_de_15_de_maiode_2016.pdf. Acesso em: 4 mar. 2022.

2.2.2 Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial

Com o Decreto nº 3.551, de 4 de agosto de 2000, foi instituído o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial. Trata-se de uma “ação do Poder Público com a finalidade de identificar, reconhecer e valorizar as manifestações culturais e os lugares onde estas se realizam, os saberes e as formas de expressões dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”.⁹¹ Dessa forma, o Registro busca contribuir para a continuidade dessas manifestações, abrindo novas e mais amplas possibilidades de seu reconhecimento.

Em conjunto ao Decreto, a Resolução nº 1, de 3 de agosto de 2006, do IPHAN, determina os procedimentos a serem observados na instauração e instrução do processo administrativo de Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial. Nos termos da legislação, as propostas para Registro⁹² serão dirigidas ao presidente do IPHAN e instruídas com a descrição pormenorizada do bem a ser registrado, acompanhada da documentação correspondente, e deverá mencionar todos os elementos que lhe sejam culturalmente relevantes.⁹³ Ultimada a instrução, o IPHAN irá emitir parecer acerca da proposta de Registro, o qual será publicado no Diário Oficial da União para eventuais manifestações, e posteriormente enviará o processo ao Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural para deliberação. Em caso de decisão favorável do Conselho, o bem receberá o título de “Patrimônio Cultural do Brasil”⁹⁴ e será inscrito em um dos seguintes livros: (i) Livro de Registro de Saberes, onde serão inscritos conhecimentos e modos de fazer enraizados no cotidiano das comunidades; (ii) Livro de Registro das Celebrações,

⁹¹ TELLES, M. F. de P. O registro como forma de proteção do patrimônio cultural imaterial. **Revista CPC**, São Paulo, n. 4, p. 40–71, 2007. p. 51.

⁹² Conforme o art. 2º do Decreto, são partes legítimas para provocar a instauração do processo de registro o Ministério de Estado da Cultura; instituições vinculadas ao Ministério da Cultura; Secretarias de Estado, de Município e do Distrito Federal; e sociedades ou associações civis. Pontua-se que atualmente o Ministério da Cultura foi transformado em Secretaria Especial de Cultura, órgão do Ministério do Turismo.

⁹³ De acordo com o Decreto, os requisitos materiais para a concessão do Registro são a continuidade histórica e relevância nacional (art. 1º, §2º). Para a sua aferição, o INRC, como referido previamente, é uma ferramenta necessária e fundamental, uma vez que irá fornecer as informações necessárias ao processo de Registro, identificando as referências culturais do bem.

⁹⁴ Não obstante a legislação dispor que o bem cultural receberá o título de patrimônio cultural brasileiro com a decisão favorável do Conselho, como já ressaltado, é importante frisar que a concessão de Registro não é um requisito para que um elemento de cultura atinja a condição de patrimônio cultural. Uma vez que a Constituição Federal não dispõe que patrimônio cultural é apenas aquilo previamente constituído pela Administração Pública como tal, basta que ele atinja os requisitos dispostos na Constituição para chegar a essa condição. Assim, o Registro tem natureza declaratória e não constitutiva do bem como patrimônio cultural brasileiro. Ver em: PAIVA, C. M. de S. **Direito do patrimônio cultural: autonomia e efetividade**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 95.

onde serão inscritos rituais e festas que marcam a vivência coletiva do trabalho, da religiosidade, do entretenimento e de outras práticas da vida social; (iii) Livro de Registro das Formas de Expressão, onde serão inscritas manifestações literárias, musicais, plásticas, cênicas e lúdicas; e (iv) Livro de Registro dos Lugares, onde serão inscritos mercados, feiras, santuários, praças e demais espaços onde se concentram e reproduzem práticas culturais coletivas. Quando for o caso, o Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural poderá ainda determinar a abertura de novo livro de registro.

A Resolução nº 1 do IPHAN de 2006 indica que o bem de natureza imaterial que é suscetível a Registro é aquela criação cultural de caráter dinâmico e processual, fundada na tradição e manifestada por indivíduos ou grupos de indivíduos como expressão de sua identidade cultural e social. Por tradição, a Resolução a define no seu sentido etimológico de “dizer através do tempo”, significando práticas produtivas, rituais e simbólicas que são constantemente reiteradas, transformadas e atualizadas, mantendo para o grupo, um vínculo do presente com o seu passado.

Os bens culturais registrados serão reavaliados pelo IPHAN, pelo menos a cada dez anos, para deliberação sobre a revalidação do título de “Patrimônio Cultural do Brasil”. Essa reavaliação espelha o fato de que a fluidez, dinamicidade e temporalidade são elementos intrínsecos à caracterização dos bens culturais intangíveis, de tal forma que o patrimônio cultural, como um dado temporalizado, é “portador de referência à identidade, à ação, à memória de um povo enquanto perdura suas características que o definem como tal”.⁹⁵

Após o ato declaratório do Registro, surgem dois deveres ao Poder Público expressos no Decreto nº 3.551/2020: (i) a documentação do bem cultural registrado, com a manutenção de banco de dados com o material produzido durante a instrução do processo; e (ii) ampla divulgação e promoção do bem registrado. Cabe, assim, ao Estado uma atuação predominantemente de apoio e não necessariamente de fiscalização do cumprimento de exigência legal, como ocorre no tombamento.

Dadas as suas particularidades, percebe-se que o Registro é tão somente uma ferramenta de identificação, de tal forma que ele, em si, não é satisfativo, necessitando de outros instrumentos para uma proteção eficaz do patrimônio cultural imaterial.⁹⁶ O que

⁹⁵ COSTA, M. B. L. C. da. **O poder legislativo no desenho industrial da política de preservação do patrimônio cultural no Brasil**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2019. p. 269-270.

⁹⁶ TELLES, M. F. de P. O registro como forma de proteção do patrimônio cultural imaterial. **Revista CPC**, São Paulo, n. 4, p. 40-71, 2007. p. 52-53. VARELLA, G. O patrimônio imaterial no Plano Nacional de Cultura. In: SOARES, I. V. P.; TELLES, M. F. de P. (org.). **Tutela jurídica e política de**

confere eficácia ao Registro é o plano de salvaguarda⁹⁷, que consiste no instrumento por meio do qual se realiza um conjunto de ações planejadas para a execução em curto, médio e longo prazo, visando à sustentabilidade dos bens culturais reconhecidos como patrimônio cultural do Brasil.⁹⁸

Conforme a Portaria n° 200/2016 do IPHAN, o plano de salvaguarda pressupõe gestão compartilhada⁹⁹, instâncias formalizadas de planejamento, acompanhamento e validação das ações pactuadas e a construção da autonomia das comunidades detentoras para a gestão do seu próprio patrimônio. Ele deve ser idealmente elaborado a partir das recomendações indicadas no processo administrativo do Registro e de ampla interlocução com os grupos diretamente envolvidos nos universos culturais em questão.¹⁰⁰

Dentre as ações planejadas no plano de salvaguarda que visam a continuidade da existência de bens culturais, a Portaria n° 200/2016 do IPHAN destaca o mapeamento, pesquisa, produção bibliográfica e audiovisual, ações educativas, formação, capacitação, transmissão de saberes, apoio à organização e à mobilização comunitária, promoção da utilização sustentável dos recursos naturais, dentre outras iniciativas correlatas.

Outro instrumento importante para atuação conjunta ao Registro na promoção e salvaguarda dos bens culturais intangíveis é o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial (PNPI). Instituído pelo Decreto n° 3.351/2000 e regulamentado pela Portaria n° 200/2016 do IPHAN, o Programa é a instância de implantação e execução de política específica de salvaguarda do patrimônio cultural imaterial em nível federal. Para tanto, ele é composto por objetivos, princípios, diretrizes, linhas de atuação, processos e instrumentos de execução, monitoramento e avaliação dessas políticas de salvaguarda.

preservação do patrimônio cultural imaterial. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 301–322. p. 305.

⁹⁷ QUEIROZ, H. F. O. G. e. O Registro como instrumento de defesa de direitos: dilemas e desafios da salvaguarda de bens culturais imateriais do Brasil e os 15 anos da política de preservação inaugurada pelo Decreto Presidencial 3.551/2000. **Revista Memorare**, Tubarão, v. 4, n. 1, p. 146–164, 2017. p. 156.

⁹⁸ Definição retirada do §2° do art. 13 da Portaria n° 200, de 18 de maio de 2016, do IPHAN, que dispõe sobre a regulamentação do Programa Nacional do Patrimônio Imaterial – PNPI.

⁹⁹ A Portaria define gestão compartilhada como modelo de gestão que é realizada em conjunto por diferentes atores, órgãos e instituições com vistas ao atingimento de metas e objetivos comuns, a partir de estratégias de cooperação e do engajamento dos diversos entes nos processos de tomada de decisão, planejamento de ações solução de problemas, análise e avaliação de resultados.

¹⁰⁰ QUEIROZ, H. F. O. G. e. O Registro como instrumento de defesa de direitos: dilemas e desafios da salvaguarda de bens culturais imateriais do Brasil e os 15 anos da política de preservação inaugurada pelo Decreto Presidencial 3.551/2000. **Revista Memorare**, Tubarão, v. 4, n. 1, p. 146–164, 2017. p. 156.

Segundo dados de 2021 do IPHAN, foram registrados 48 bens imateriais que se distribuem pelos estados brasileiros e Distrito Federal.¹⁰¹ As ECTs são contempladas no Livro de Registro das Formas de Expressão, uma vez que este registra formas de comunicação associadas a determinado grupo social ou região que são consideradas importantes para a sua cultura, memória e identidade.¹⁰² Nesse livro, foram registrados 18 bens de natureza intangível.¹⁰³

Não obstante a criação de obrigações ao Poder Público, sobretudo na figura do IPHAN, a concessão de Registro não confere direitos às comunidades sobre o bem cultural em questão. O objetivo do Registro é o reconhecimento do valor do bem cultural para a sociedade brasileira, não abarcando, nos termos do Decreto, a defesa de direitos.¹⁰⁴

Ainda que esse não seja o propósito do Registro, alimentou-se a expectativa entre os grupos atrelados aos bens culturais de que o ato declaratório representaria a constituição de direitos intelectuais coletivos.¹⁰⁵ No teor de diversos processos de Registro abertos no IPHAN, é possível notar que os detentores desses bens pensavam que o mecanismo, além de servir como forma de reconhecimento da importância para a identidade cultural, também “conceder-lhes-ia direitos sobre os processos de formação, produção e reprodução cultural do PCI declarado, conseqüentemente impondo limites a terceiros, ao Estado, e gerando controle sobre interferências indevidas e autorizações sobre seus usos”.¹⁰⁶

¹⁰¹ IPHAN. **Bens Imateriais Registrados e Área de Abrangência**. Brasília, 2021. Disponível em: http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/ListasBensRegistrados2021_25-08.xlsx. Acesso em: 5 mar. 2022.

¹⁰² IPHAN. **Livros de Registro**. Brasília, [s. d.]. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/122>. Acesso em: 5 mar. 2022.

¹⁰³ Os bens registrados são: Arte Kusiwa – Pintura Corporal e Arte Gráfica Wajãpi; Samba de Roda do Recôncavo Baiano; Jongo no Sudeste; Frevo; Tambor de Crioula do Maranhão; Matrizes do Samba no Rio de Janeiro: Partido Alto, Samba de Terreiro e Samba-Enredo; Roda de Capoeira; Toque dos Sinos em Minas Gerais; Rtxòkò: Expressão Artística e Cosmológica do Povo Karajá; Fandango Caiçara; Carimbó; Maracatu Nação; Maracatu de Baque Solto; Cavalo-Marinheiro; Teatro de Bonecos Popular do Nordeste; Caboclinho; Literatura de Cordel; e Marabaixo.

¹⁰⁴ ALENCAR, R. R. B. de. **O samba de roda na gira do patrimônio**. 2010. Tese (Doutorado em Antropologia Social) - Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Campinas, 2010. p. 145.

¹⁰⁵ COSTA, R. V. **O registro do patrimônio cultural imaterial como mecanismo de reconhecimento de direitos intelectuais coletivos de povos e comunidades tradicionais: os efeitos do instrumento sob a ótica dos direitos culturais**. 2017. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017. p. 315.

¹⁰⁶ COSTA, R. V.; SILVA, F. A. B. Os usos do registro do patrimônio cultural imaterial para reconhecimento de direitos intelectuais coletivos: o que dizem os processos administrativos do IPHAN sobre os direitos culturais. In: SOARES, I. V. P.; PRAGMÁCIO, M. (org.). **Tutela jurídica e política de preservação do patrimônio cultural imaterial**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 343-402. p. 347-348.

Um exemplo dessa expectativa criada ocorreu com a comunidade indígena Wajãpi. No seu pedido de Registro da Arte Kusiwa no Livro das Formas de Expressão, foi assinalado, por exemplo, na Carta do Conselho das Aldeias Wajãpi, que se havia o desejo da comunidade de garantir o respeito e a proteção dessa arte como uma tradição coletiva de sua cultura.¹⁰⁷

A constituição de direitos de propriedade intelectual com a concessão do Registro chegou a ser discutida na elaboração do Decreto nº 3.551/2000. No Relatório Final das Atividades da Comissão e do Grupo de Trabalho Patrimônio Imaterial¹⁰⁸, consta que um dos maiores debates entre os intelectuais envolvidos na proposta de um instrumento legal para a preservação do patrimônio cultural imaterial era a inclusão de disposições relativas à proteção da propriedade intelectual. Entretanto, optou-se por não dispor sobre o assunto:

Concluiu-se, contudo, que, diante do atual estágio da discussão internacional e da necessidade de maior aprofundamento do tema junto a outras instâncias governamentais, seria precipitado e inadequado dispor sobre o assunto no momento. Avaliou-se que seria mais importante iniciar um trabalho de identificação, inventário, registro e reconhecimento do patrimônio imaterial de relevância nacional, para, num segundo momento, se estabelecer dispositivos de proteção para equacionar questões específicas que o uso e a comercialização desses produtos envolve.¹⁰⁹

Outra possível razão para a inexistência de normas referente à propriedade intelectual no Decreto nº 3.551/2000 foi a intenção de conferir maior rapidez à criação do Registro. Caso houvesse alguma constrição ao direito de propriedade intelectual, o Registro teria, necessariamente, que ser instituído através de lei¹¹⁰, o que demandaria

¹⁰⁷ COSTA, R. V.; SILVA, F. A. B. Os usos do registro do patrimônio cultural imaterial para reconhecimento de direitos intelectuais coletivos: o que dizem os processos administrativos do IPHAN sobre os direitos culturais. In: SOARES, I. V. P.; PRAGMÁCIO, M. (org.). **Tutela jurídica e política de preservação do patrimônio cultural imaterial**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 343–402. p. 357.

¹⁰⁸ Em março de 1998, o Ministério da Cultura instituiu uma Comissão com o objetivo de elaborar uma proposta que visasse a regulamentação do acautelamento do patrimônio cultural imaterial. No mesmo ato, também foi criado o Grupo de Trabalho Patrimônio Imaterial (GTPI), que reuniu especialistas da área, com a finalidade de prestar assessoria à comissão. Ver em: MINISTÉRIO DA CULTURA; IPHAN. **O registro do patrimônio imaterial: dossiê final das atividades da Comissão e do Grupo de Trabalho Patrimônio Imaterial**. Brasília: Ministério da Cultura / Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, 2006. p. 16.

¹⁰⁹ MINISTÉRIO DA CULTURA; IPHAN. **O registro do patrimônio imaterial: dossiê final das atividades da Comissão e do Grupo de Trabalho Patrimônio Imaterial**. Brasília: Ministério da Cultura / Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, 2006. p. 18

¹¹⁰ Isso se deve, pois a Constituição Federal preceitua que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5, II). Ver em: TELLES, M. F. de P. O registro como forma de proteção do patrimônio cultural imaterial. **Revista CPC**, São Paulo, n. 4, p. 40–71, 2007. p. 55.

maior dificuldade na sua criação. Dessa forma, optou-se pelo encaminhamento da proposta via decreto presidencial, uma vez que se considerou que o Registro se destina apenas a regulamentar norma constitucional, sem limitação ao direito de propriedade¹¹¹, acelerando, assim, seu trâmite processual.

Embora tenha-se perdido a oportunidade da criação de um instrumento de vanguarda que trouxesse normas relativas à proteção da propriedade coletiva na elaboração do Decreto nº 3.551/2000, isso não inviabiliza que o Poder Público, principalmente o Poder Legislativo, busque aperfeiçoar constantemente o sistema normativo vigente de proteção do patrimônio cultural imaterial, considerando as experiências já consolidadas e as características próprias dos bens culturais imateriais.¹¹²

À luz do direito comparado, há institutos semelhantes ao Registro que podem ensejar novas discussões sobre o tema. No Panamá, por exemplo, a Lei nº 20 busca proteger os direitos coletivos dos povos indígenas sobre seus conhecimentos tradicionais por meio de um sistema especial de registro, a fim de ressaltar os valores socioculturais das culturas indígenas.¹¹³ Os congressos gerais (congresos generales)¹¹⁴ ou as autoridades tradicionais indígenas podem solicitar o registro dos direitos coletivos sobre um conhecimento tradicional ao *Departamento de Derechos Colectivos y Expresiones Folclóricas*.¹¹⁵ Com a concessão do registro, os direitos de uso e comercialização da manifestação cultural registrada recairá ao seu respectivo povo indígena e será regido

¹¹¹ MINISTÉRIO DA CULTURA; IPHAN. **O registro do patrimônio imaterial: dossiê final das atividades da Comissão e do Grupo de Trabalho Patrimônio Imaterial**. Brasília: Ministério da Cultura / Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, 2006. p. 20.

¹¹² QUEIROZ, H. F. O. G. e. **O registro de bens culturais imateriais como instrumento constitucional garantidor de direitos culturais**. 301 f. 2014. Dissertação (Mestrado em Preservação do Patrimônio Cultural) - IPHAN, Rio de Janeiro, 2014. p. 123.

¹¹³ Artículo 1. Esta Ley tiene como finalidad proteger los derechos colectivos de propiedad intelectual y los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas sobre sus creaciones, tales como invenciones, modelos, dibujos y diseños, innovaciones contenidas en las imágenes, figuras, símbolos, gráficos, petroglifos y otros detalles; además, los elementos culturales de su historia, música, arte y expresiones artísticas tradicionales, susceptibles de un uso comercial, a través de un sistema especial de registro, promoción y comercialización de sus derechos, a fin de resaltar los valores socioculturales de las culturas indígenas y hacerles justicia social.

¹¹⁴ Os *congresos generales* são espaços/órgãos em que os líderes indígenas deliberam questões sobre seus povos.

¹¹⁵ Na solicitação do registro, deve ser indicado (i) indicativos de que a manifestação cultural é direito coletivo e é pertencente a um dos povos indígenas do país; (ii) a técnica de produção, no caso de conhecimento tradicional em sentido estrito; (iii) a história e tradição inerente ao conhecimento tradicional; e (iv) regulamento de uso do conhecimento tradicional em questão. Nesse regulamento, deve ser determinado a quem será atribuída a titularidade da manifestação cultural. Ver em: DRUMMOND, V. G. **A tutela jurídica das expressões culturais tradicionais**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 180-181.

pelas normas de uso de cada comunidade.¹¹⁶ Além disso, a Lei também determina que é dever do Poder Público a promoção e fomento dessas manifestações culturais, delegando atribuições aos mais diversos órgãos do país.¹¹⁷ Dessa forma, a legislação panamenha mistura aspectos atinentes à propriedade intelectual e patrimônio cultural no mesmo documento normativo para uma efetiva proteção dos conhecimentos tradicionais dos povos indígenas.

Essas deficiências do Registro instituído pelo Decreto n° 3.551/2000 geram óbices para uma proteção eficaz das ECTs ao uso indevido por terceiros. Ainda que seu objetivo nunca tenha sido a concessão de direitos de exclusividade, tendo em vista que as ECTs são constantemente sujeitas às dinâmicas do mercado como objetos de mercadoria, deve-se repensar como deve ocorrer a salvaguarda dessas expressões. Lembra-se que a Constituição Federal preceitua expressamente que o Estado protegerá as ECTs¹¹⁸, o que, logicamente, contempla também as situações em que elas são submetidas a utilizações abusivas por sujeitos alheios às comunidades. Dessa forma, um olhar restritivo à promoção e difusão dessas expressões culturais não tem se mostrado o suficiente para uma plena satisfação dos povos tradicionais em como as ECTs têm sido salvaguardadas pelo Estado.

Em vista desse dever público expresso na Constituição Federal, importante referir que existe o entendimento doutrinário de que é possível a utilização do Registro como uma ferramenta para exercício de direitos das comunidades, servindo também como limitador aos interesses de terceiros.¹¹⁹ Afirma-se, por exemplo, que o Registro, além de obrigar o Estado a dar suporte logístico à continuidade do patrimônio cultural imaterial, também gera efeitos mediatos implícitos constitutivos, os quais as comunidades fazem uso “da inscrição em um dos Livros do Decreto n° 3.551/2000, para reivindicar e

¹¹⁶ Artículo 15. Los derechos de uso y comercialización del arte, artesanías y otras manifestaciones culturales basadas en la tradición de los pueblos indígenas, deben regirse por el reglamento de uso de cada pueblo indígena, aprobado y registrado en la DIGERPI o en la Dirección Nacional de Derecho de Autor del Ministerio de Educación, según el caso

¹¹⁷ Por exemplo, no art. 11, é determinado que cabe ao Ministério de Comércio e Indústria fazer o necessário para a inclusão dos artesanatos indígenas nas feiras nacionais e internacionais. No art. 13, é disposto que cabe ao Ministério da Educação incluir no currículo escolar as expressões artísticas indígenas como parte integrante da cultura nacional.

¹¹⁸ Art. 215 § 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional

¹¹⁹ COSTA, R. V. **O registro do patrimônio cultural imaterial como mecanismo de reconhecimento de direitos intelectuais coletivos de povos e comunidades tradicionais: os efeitos do instrumento sob a ótica dos direitos culturais**. 2017. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017.; QUEIROZ, H. F. O. G. e. **O registro de bens culturais imateriais como instrumento constitucional garantidor de direitos culturais**. 301 f. 2014. Dissertação (Mestrado em Preservação do Patrimônio Cultural) - IPHAN, Rio de Janeiro, 2014.

salvaguardar direitos culturais coletivos”.¹²⁰ Esse entendimento é baseado em casos práticos que demonstram que, em razão da necessidade das comunidades de se protegerem de apropriações de terceiros agentes do mercado, o Registro implicou numa forma de controle e governança do uso das ECTs.¹²¹

Não obstante os problemas pontuados e as incertezas existentes sobre seus efeitos, o Registro ainda é instrumento fundamental para o reconhecimento e consolidação da identidade das comunidades tradicionais, com diversos resultados positivos na implementação dos planos de salvaguarda dos bens registrados. Pode-se ver o caso do Registro do fandango caiçara¹²². A partir do plano de salvaguarda elaborado em conjunto com a comunidade tradicional caiçara, esses grupos passaram a “receberem convites para participar de eventos musicais, oficinas, encontros para trocar informações a respeito de sua profissão e prática cultural, assim como a verem a localidade habitada receber turistas interessados em vivenciar o fandango caiçara”¹²³. Esses encontros promovidos inclusive geraram um fenômeno de reaparecimento de grupos de fandango em diversos lugares.

Percebe-se, assim, que o Registro pode proporcionar condições materiais para a continuidade das ECTs, por meio das mais variadas possibilidades socioeconômicas. Além disso, a disponibilização de informações sobre as práticas culturais decorrentes do Registro de bem cultural respalda nos indivíduos de fora das comunidades, fazendo com que estes possam entender o funcionamento da manifestação cultural e como um eventual uso da ECT deve ocorrer.

Por fim, para uma melhor análise dos desdobramentos existentes da utilização do Registro, no próximo tópico, analisam-se casos concretos de ECTs registradas no Livro das Formas de Expressão, em que houve objeções das comunidades tradicionais pelo uso dessas manifestações culturais por terceiros.

¹²⁰ COSTA, R. V. **O registro do patrimônio cultural imaterial como mecanismo de reconhecimento de direitos intelectuais coletivos de povos e comunidades tradicionais: os efeitos do instrumento sob a ótica dos direitos culturais**. 2017. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017. p. 347.

¹²¹ COSTA, R. V.; SILVA, F. A. B. Os usos do registro do patrimônio cultural imaterial para reconhecimento de direitos intelectuais coletivos: o que dizem os processos administrativos do IPHAN sobre os direitos culturais. *In*: SOARES, I. V. P.; PRAGMÁCIO, M. (org.). **Tutela jurídica e política de preservação do patrimônio cultural imaterial**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 343–402. p. 397-398.

¹²² Trata-se de um “gênero musical-coreográfico-poético e festivo transmitido oralmente de geração a geração, no seio da comunidade tradicional caiçara localizada no litoral sul do Estado de São Paulo e no litoral norte do estado do Paraná”. Ver em: COELHO, D. M. T. Patrimônio cultural imaterial e direitos humanos: o registro do fandango caiçara como forma de expressão. *In*: SOARES, I. V. P.; CUREAU, S. (org.). **Bens culturais e direitos humanos**. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2019. p. 373–394. p. 373-374.

¹²³ *Ibid.*, p. 379.

2.2.2.1 Caso Coleção Grafismo

Em 2011, o designer Marcelo Rosenbaum desenvolveu uma linha de papel de parede, em parceria com a empresa Bobinex¹²⁴, denominada Coleção Grafismo, em que a sua Linha Mata estampava a Arte Kusiwa¹²⁵ dos indígenas Wajãpi, sem a autorização da tribo para o uso.¹²⁶ A partir disso, uma vez que a Arte Kusiwa foi registrada como patrimônio cultural do Brasil¹²⁷, o Conselho das Aldeias Wajãpi (APINA) e o Instituto de Pesquisa e Formação Indígena (IEPÉ) comunicaram o fato ao IPHAN, requerendo a atuação da autarquia federal para a proteção da arte gráfica.

O IPHAN não sabia como proceder sobre a situação, tendo em vista que, de regra, não cabe à entidade tratar de assuntos de propriedade intelectual.¹²⁸ Tendo em vista que o Registro não é instrumento para a proteção do direito de exclusividade, o IPHAN não havia consolidado ferramentas jurídicas ou administrativas para o enfrentamento de problemáticas relacionadas aos direitos de propriedade intelectual dos bens registrados.¹²⁹ Entretanto, sob a ótica de que haveria a obrigação legal do IPHAN de, ao menos, avaliar se essa comercialização não autorizada poderia ter gerado danos ao patrimônio cultural¹³⁰, a autarquia atuou, de forma ativa, na mediação do conflito.

As partes se reuniram, em maio de 2011, no escritório do APINA e acordaram, dentre outras medidas, pela paralisação imediata da produção e venda do papel de parede com a Arte Kusiwa.¹³¹ Posteriormente, verificado que os padrões gráficos ainda

¹²⁴ A empresa era responsável pela distribuição e venda da linha desenvolvida pelo designer.

¹²⁵ Trata-se da linguagem gráfica dos indígenas Wajãpi do Amapá, que sintetiza seu modo particular de conceber e agir sobre o universo. Ver em: QUEIROZ, H. F. O. G. e. **O registro de bens culturais imateriais como instrumento constitucional garantidor de direitos culturais**. 301 f. 2014. Dissertação (Mestrado em Preservação do Patrimônio Cultural) - IPHAN, Rio de Janeiro, 2014. p. 190.

¹²⁶ BRASIL. IPHAN. **Processo Administrativo nº 01424.000082/2011-35**. Utilização inadequada da Arte Kusiwa, dos Wajãpis. 2011. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/890>. Acesso em: 7 out. 2021. p. 140-141.

¹²⁷ Com a instituição do registro em 2000, a arte Kusiwa foi o primeiro bem registrado no Brasil. Em 2002, houve a sua inscrição no Livro de Registro das Formas de Expressão.

¹²⁸ BRAYNER, Natália Guerra. Direitos culturais, afirmação identitária e patrimonialização: a salvaguarda das expressões orais e gráficas dos Wajãpi no Amapá. **Coloquio internacional - La transmisión de la tradición para la salvaguardia y conservación del patrimonio cultural**, [Cidade do México], p. 90–108, 2012. p. 100.

¹²⁹ QUEIROZ, H. F. O. G. e. **O registro de bens culturais imateriais como instrumento constitucional garantidor de direitos culturais**. 301 f. 2014. Dissertação (Mestrado em Preservação do Patrimônio Cultural) - IPHAN, Rio de Janeiro, 2014. p. 195.

¹³⁰ BRAYNER, Natália Guerra. Direitos culturais, afirmação identitária e patrimonialização: a salvaguarda das expressões orais e gráficas dos Wajãpi no Amapá. **Coloquio internacional - La transmisión de la tradición para la salvaguardia y conservación del patrimonio cultural**, [Cidade do México], p. 90–108, 2012. p. 100.

¹³¹ Também ficaram acordadas a restituição dos produtos já confeccionados aos Wajãpi e o encaminhamento de relatório que informasse o quantitativo, periodicidade e locais de comercialização

estampavam a Coleção Grafismo, o IPHAN notificou extrajudicialmente o designer para que cumprisse imediatamente os termos do acordo. Pontua-se que a obrigação de fazer requerida na notificação foi baseada na “infração lesiva ao patrimônio imaterial” e objetivava a preservação do patrimônio cultural tutelado.¹³²

Como resolução do conflito, foi celebrado “Termo de Acordo e Compromisso” entre a Associação do Povo Wajãpi (AWATAC) e a empresa do designer Marcelo Rosenbaum, com a interveniência do IPHAN. Ajustou-se que a empresa deveria compensar o dano causado ao patrimônio cultural imaterial por meio do pagamento de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), que seria utilizado para a execução do “Projeto Fortalecimento Cultural e da Gestão Territorial Wajãpi”.¹³³

Não obstante o caso tratar sobre violação de direitos em torno de uma forma artística, a discussão jamais se deu em torno dos direitos autorais. Isso se deve, pois, como é melhor explorado no tópico sobre direito de autor, há problemas para a tutela das ECTs por esse instituto de propriedade intelectual. Essa já era, inclusive, uma preocupação antiga do povo Wajãpi, que buscou, como já mencionado, o pedido de Registro da Arte Kusiwa na crença de ver constituído um direito coletivo de propriedade intelectual sobre suas pinturas, de maneira a impedir a utilização indiscriminada de seus padrões gráficos por terceiros.¹³⁴

Ressalta-se que a apreensão dos Wajãpi não se relacionava ao desfrute de benefícios econômicos em razão da utilização comercial da ECT. No caso da Coleção Grafismo, a sua principal preocupação era os possíveis efeitos danosos do uso inadequado da Arte Kusiwa.¹³⁵

dos produtos contendo os grafismos. Ver em: BRASIL. IPHAN. **Processo Administrativo nº 01424.000082/2011-35**. Utilização inadequada da Arte Kusiwa, dos Wajãpis. 2011. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/890>. Acesso em: 7 out. 2021. p. 105.

¹³² Ibid., p. 151

¹³³ O projeto era composto de 6 atividades: (i) treinamento de mulheres para produção de cerâmica; (ii) oficina de criação de abelha nativa; (iii) visita de acompanhamento técnico da criação de abelha nativa; (iv) palestras de divulgação da cultura wajãpi; (v) construção de um “pontinho de cultura” na aldeia Mariry; e (vi) construção de uma casa de apoio no Aramirã. Ver em: Ibid., p. 490/499.

¹³⁴ COSTA, R. V.; SILVA, F. A. B. Os usos do registro do patrimônio cultural imaterial para reconhecimento de direitos intelectuais coletivos: o que dizem os processos administrativos do IPHAN sobre os direitos culturais. In: SOARES, I. V. P.; PRAGMÁCIO, M. (org.). **Tutela jurídica e política de preservação do patrimônio cultural imaterial**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 343–402. p. 347–361.; QUEIROZ, H. F. O. G. e. **O registro de bens culturais imateriais como instrumento constitucional garantidor de direitos culturais**. 301 f. 2014. Dissertação (Mestrado em Preservação do Patrimônio Cultural) - IPHAN, Rio de Janeiro, 2014. p. 192.

¹³⁵ Conforme narrou o cacique Kumaré: “Nós os wajãpi não somos os donos do kusiwa, o dono é invisível, nós wajãpi temos que cuidar do kusiwa, é nossa responsabilidade”. Ver em: BRAYNER, Natália Guerra. Direitos culturais, afirmação identitária e patrimonialização: a salvaguarda das expressões orais e gráficas dos Wajãpi no Amapá. **Coloquio internacional - La transmisión de la tradición para la salvaguardia y conservación del patrimonio cultural**, [Cidade do México], p. 90–108, 2012. p. 102.

Em razão de incompatibilidades das ECTs com o sistema do direito de autor, a discussão foi para a seara do direito público, ou seja, do patrimônio cultural. A partir disso, a atuação do IPHAN ganhou novos contornos, cabendo também à autarquia a aplicação de sanções que visam cessar atos lesivos ao patrimônio cultural brasileiro e mitigar os efeitos nocivos que tenham sido gerados.¹³⁶

Não obstante o Registro não proporcionar às comunidades tradicionais o controle das suas ECTs, o caso demonstra que o instrumento pode ir além de meros efeitos declaratórios, uma vez que foi o responsável por desencadear a atuação do IPHAN, que foi o principal agente para a resolução do conflito. Dessa forma, o Registro se revelou como um importante mecanismo para reprimir o uso indevido de uma ECT.

2.2.2.2 Caso Samba de Roda do Recôncavo Baiano

O Samba de Roda é uma ECT presente em todo o estado da Bahia, mas que ganha destaque especialmente na região do Recôncavo. Trata-se de uma manifestação musical, coreográfica, festiva e poética, que traz como suporte as tradições transmitidas por africanos escravizados na Bahia, em que os participantes se dispõem em círculo, na presença de instrumentos musicais (como pandeiro, prato-e-faca e viola), entoando cantos estróficos e silábicos e dançando, de forma alternada e sempre dentro da roda, os gestos coreográficos típicos do samba.¹³⁷

Dada a sua importância para o contexto cultural do Recôncavo Baiano, o Samba de Roda foi objeto de Registro e inscrito no Livro das Formas de Expressão em 2004. No Plano de Salvaguarda desenvolvido, um dos objetivos era a aquisição ou duplicação dos acervos de pesquisa existentes do Samba de Roda para a criação de um Centro de Referência.¹³⁸

Por meio da atuação do Departamento de Patrimônio Imaterial do IPHAN (DPI), buscou-se, então, a realização de cópia dos acervos de dois dos principais pesquisadores

¹³⁶ BRAYNER, Natália Guerra. Direitos culturais, afirmação identitária e patrimonialização: a salvaguarda das expressões orais e gráficas dos Wajãpi no Amapá. **Coloquio internacional - La transmisión de la tradición para la salvaguardia y conservación del patrimonio cultural**, [Cidade do México], p. 90–108, 2012. p. 101.

¹³⁷ IPHAN. **Dossiê IPHAN: Samba de Roda do Recôncavo Baiano**. Brasília: IPHAN, 2006. p. 23-24.

¹³⁸ IPHAN. **Plano Integrado de Salvaguarda e Valorização do Samba de Roda do Recôncavo Baiano**. [Brasília]: IPHAN, [s.d.]. Disponível em: http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Plano_salvaguarda_samba_roda.pdf. Acesso em: 11 abr. 2022.

do Samba de Roda do Recôncavo Baiano: Ralph Waddey, pesquisador estadunidense, e Tiago de Oliveira Pinto, etnomusicólogo brasileiro residente na Alemanha.

No tocante ao pesquisador Ralph Waddey, após proposta de compra de cópia do seu acervo de pesquisa em 2007, ele prontificou-se em disponibilizá-lo, mediante a digitalização do material, desde que o acervo original se mantivesse na Universidade do Texas e que a ele fosse garantido o direito de distribuição.¹³⁹ Todavia, mesmo com o aceite da proposta pelo DPI, a negociação ficou pendente, sendo retomada apenas meses depois, após a participação de Ralph Waddey na inauguração da Casa do Samba de Santo Amaro¹⁴⁰, onde doou uma mídia digital com quase dez horas de gravações de Samba de Roda.

Nas novas conversas, Ralph Waddey afirmou que digitalizaria o restante do seu acervo e que o doaria à Casa do Samba de Santo Amaro. Em contrapartida, apresentou novas condições sobre o material a ser doado, afirmando que ele só poderia ser acessado na Casa do Samba de Santo Amaro e que eventuais cópias seriam realizadas somente por meio de sua prévia autorização. Ainda que o DPI tenha aceitado a proposta e insistido no financiamento da digitalização e copiagem do acervo, não houve retorno do pesquisador e a doação não se concretizou.¹⁴¹

Quanto ao etnomusicólogo Tiago de Oliveira Pinto, foi aberto processo administrativo para a aquisição do seu acervo em 2008.¹⁴² Composto por aproximadamente 1 800 registros fonográficos, o material seria doado ao IPHAN, para posterior cessão à Associação dos Sambadores e Sambadeiras do Estado da Bahia (ASSEBA), e disponibilizado na Casa do Samba de Santo Amaro. Para tanto, o pesquisador e a autarquia federal firmaram “Termo de Cessão”, em que se dispôs que os direitos patrimoniais do acervo seriam cedidos ao IPHAN, e “Contrato de Prestação de Serviços de Copiagem, Catalogação, Identificação, Digitalização e Produção de Metadados referente ao Acervo Sonoro do Recôncavo Baiano”, em que se estipulou o

¹³⁹ ALENCAR, R. R. B. de. **O samba de roda na gira do patrimônio**. 2010. Tese (Doutorado em Antropologia Social) - Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Campinas, 2010. p. 264-265.

¹⁴⁰ Localizada na cidade de Santo Amaro, na região do Recôncavo Baiano, a Casa do Samba é o centro de referência sobre o Samba de Roda.

¹⁴¹ ALENCAR, R. R. B. de. **O samba de roda na gira do patrimônio**. 2010. Tese (Doutorado em Antropologia Social) - Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Campinas, 2010. p. 266.

¹⁴² Processo nº. 01450.015179/2008-20 – Contratação de serviços de copiagem, catalogação, identificação, digitalização e produção de metadados para Acervo Sonoro do Recôncavo Baiano

pagamento de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para a realização do serviço em até oito meses.¹⁴³

Após Tiago de Oliveira Pinto solicitar a prorrogação de prazo para o término do processo de digitalização, que foi deferido, e a formulação de aditivo no “Termo de Cessão” para disciplinar o uso do material por terceiros e readequar questões de direito autoral, que foi indeferido, o pesquisador noticiou ao IPHAN que entregaria apenas parte do seu acervo (somente os áudios digitalizados). A sua justificativa foi o receio de uma possível reivindicação de direitos patrimoniais por membros da comunidade do Recôncavo Baiano sobre o restante do conteúdo que fosse disponibilizado.¹⁴⁴ Uma vez que não foram entregues os metadados, fotografias, vídeos ou documentação escrita, o contrato foi rescindido pelo IPHAN e aplicada penalidade ao pesquisador.¹⁴⁵

Ambas as situações, ainda que não sejam circunstâncias de uso abusivo, demonstram a dificuldade das comunidades tradicionais em controlar as suas ECTs. A obtenção de cópia dos acervos dos pesquisadores era uma providência para que o povo do Recôncavo Baiano detivesse importantes registros da história do Samba de Roda, solidificando a sua memória coletiva e contribuindo para a transmissão às novas gerações. Todavia, mesmo que se estivesse falando do histórico das suas próprias tradições, esse fato não foi suficiente para cessar os obstáculos existentes para esses grupos serem efetivos proprietários da sua cultura.

Cumprе ressaltar que, a partir da inclusão do Samba de Roda no Livro de Registro das Formas de Expressão, o IPHAN participou ativamente nos diálogos com os pesquisadores, buscando atender as demandas da comunidade do Recôncavo Baiano. Dessa forma, não obstante o resultado infrutífero na obtenção dos acervos, o caso reforça que o Registro é instrumento capaz de provocar a ação do IPHAN nas situações atinentes à salvaguarda do patrimônio cultural, o que também inclui situações de uso das ECTs.

¹⁴³ BRASIL. IPHAN. **Processo Administrativo nº 01450.015161/2008-28**. Acervo sonoro referente às tradições musicais do Recôncavo Baiano. Disponível em: <https://bityli.com/tQIEa>. Acesso em: 14 abr. 2022. p. 40-53.

¹⁴⁴ O etnomusicólogo alegou isso, pois não possuía autorização formal dos sambadores sobre as gravações audiovisuais. Em razão disso, foi entregue apenas o material de áudio, que o pesquisador detinha efetivamente os direitos de uso. Ver em: ALENCAR, R. R. B. de. **O samba de roda na gira do patrimônio**. 2010. Tese (Doutorado em Antropologia Social) - Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Campinas, 2010. p. 268.

¹⁴⁵ Dentre as penalidades, determinou-se (i) o pagamento de multa no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais); (ii) a suspensão temporária do pesquisador de participar de licitação e contrato com o IPHAN pelo prazo de 18 meses; e (iii) a devolução dos valores pagos pelo IPHAN. Ver em: BRASIL. IPHAN. **Processo Administrativo nº 01450.015161/2008-28**. Acervo sonoro referente às tradições musicais do Recôncavo Baiano. Disponível em: <https://bityli.com/tQIEa>. Acesso em: 14 abr. 2022. p. 117.

Por sua vez, ainda que o IPHAN seja entidade especializada no assunto, deve-se buscar que as comunidades tradicionais possam gerir suas ECTs com protagonismo, ou seja, sem a necessária intervenção de outros agentes. A dinâmica do IPHAN não pode ser vista como solução do problema, pois, do contrário, os grupos estariam totalmente reféns da atuação da autarquia federal.

Outrossim, o IPHAN logicamente possui limitações técnicas e administrativas que inviabilizam a sua participação em todas as questões em torno das ECTs num país vasto como o Brasil. Isso corrobora que a constante interveniência da autarquia deve ser considerada apenas como um artifício complementar na resolução de demandas dos povos tradicionais.

Percebe-se, portanto, que, independentemente da importância do Registro e do IPHAN na salvaguarda das ECTs, é imprescindível a concessão de direitos às comunidades tradicionais para que estes possam agir e deliberar de fato sobre as formas de uso das suas práticas culturais.

2.2.3 Vigilância do patrimônio cultural

Como visto, a vigilância é preceituada na Constituição Federal como uma das formas de acautelamento e preservação do patrimônio cultural. Entretanto, diferentemente dos demais mecanismos previstos no art. 216 da Constituição (inventário, registro, tombamento e desapropriação), a vigilância não é um instrumento autônomo de proteção aos bens culturais. Tendo em vista a inexistência de regulamentação específica sobre o tema, aliada às experiências internacionais sobre a proteção do patrimônio cultural, a vigilância pode ser compreendida como um dever de precaução e de atuação preventiva, “no sentido de tomar todas as medidas cabíveis para garantir que o bem cultural não sofra qualquer dano”.¹⁴⁶

Esse dever decorre, sobretudo, pelas disposições da Constituição Federal sobre os direitos culturais. Tendo em vista que “direito e dever são como o verso e o reverso de uma mesma moeda”¹⁴⁷, os direitos culturais “vêm inexoravelmente acompanhados dos respectivos deveres culturais, de responsabilidade não apenas do Estado, mas de

¹⁴⁶ CUNHA FILHO, F. H.; RABÊLO, C. N. O caráter multiforme, ubíquo e multiconcorrencial da vigilância sobre o patrimônio cultural brasileiro. *In*: SOARES, I. V. P.; TELLES, M. F. de P. (org.). **Tutela jurídica e política de preservação do patrimônio cultural imaterial**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 87–106. p. 95; 103.

¹⁴⁷ BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 29.

múltiplos atores sociais”.¹⁴⁸ Dessa forma, a sociedade também desempenha um papel fundamental na gestão do patrimônio cultural, possuindo deveres para com este.

A Portaria n° 375/2018 do IPHAN reforça esse entendimento, dispondo que se entende por vigilância a obrigação disposta ao Poder Público, com a colaboração da comunidade, de exercer atenção permanente em relação ao patrimônio cultural protegido (art. 35).¹⁴⁹ Portanto, o dever de vigilância é traduzido em ações do Estado, da comunidade e do indivíduo para a proteção do patrimônio cultural.

Para essa Portaria, os processos de normatização, autorização, avaliação de impacto, fiscalização, monitoramento e conservação correspondem a formas de vigilância do patrimônio cultural (art. 6º, §3º). Sob a ótica de ações mais palpáveis, o dever de vigilância pode ser incrementado “por meio da educação patrimonial, do inventário, do controle da saída de bens culturais do território nacional e, pela sociedade, por meio da atuação dos Conselhos Culturais”.¹⁵⁰

Outra forma de vigilância pela sociedade é a utilização de mecanismos processuais por meio da ação civil pública e ação popular.¹⁵¹ Sobre a ação civil pública, o patrimônio cultural se encontra como objeto de proteção em razão da previsão dos art. 129, III, Constituição Federal e art. 1º, III, Lei 7.347/1985.¹⁵² São legitimados, para o ajuizamento da ação civil pública, as pessoas jurídicas estatais, autarquias e paraestatais, bem como associações que tenham entre suas finalidades a proteção do patrimônio público e o Ministério Público.¹⁵³ Já no tocante à ação popular, a Constituição Federal preceitua que qualquer cidadão é parte legítima para sua propositura, que pode visar a anulação de ato lesivo ao patrimônio histórico e cultural (art. 5, LXXIII). Dessa forma,

¹⁴⁸ CUNHA FILHO, F. H. Direitos culturais no Brasil: dimensionamento e conceituação. *In*: SOARES, I. V. P.; CUREAU, S. (org.). **Bens culturais e direitos humanos**. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2019. p. 29–38. p. 38.

¹⁴⁹ Ainda que o objetivo da Portaria seja a criação da Política de Patrimônio Cultural Material do IPHAN, as suas disposições sobre a vigilância esclarecem pontos importantes sobre o tema, que também são relevantes para os bens culturais imateriais. Além disso, o dever de vigilância não é restrito ao patrimônio cultural material, de tal forma que há adequação das suas disposições ao patrimônio imaterial e, conseqüentemente, às ECTs.

¹⁵⁰ CUNHA FILHO, F. H.; RABÊLO, C. N. O caráter multiforme, ubíquo e multiconcorrencial da vigilância sobre o patrimônio cultural brasileiro. *In*: SOARES, I. V. P.; TELLES, M. F. de P. (org.). **Tutela jurídica e política de preservação do patrimônio cultural imaterial**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 87–106. p. 103.

¹⁵¹ SILVA, J. A. da. **Ordenação constitucional da cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 172.

¹⁵² Sobre o art. 129, III, da Constituição Federal, é disposto que uma das funções do Ministério Público é a promoção de ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. Já a Lei 7.347/1985 disciplina sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados, dentre outros meios, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

¹⁵³ Previsão no art. 5º da Lei 7.347/1985. Ver em: SILVA, J. A. da. **Ordenação constitucional da cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 172.

com a ação popular, se consolida um dever de vigilância também aos indivíduos em sua atuação particular.

O dever de vigilância é extremamente importante às ECTs, sobretudo para se captar o uso abusivo dessas manifestações, que geram incontroversos danos culturais às comunidades. Além disso, os mecanismos processuais apontados (ação civil pública e ação popular) também podem suscitar um protagonismo dos grupos tradicionais no controle do que é danoso a sua cultura.

Nesse ato de vigiar, deve-se lembrar que, ainda que a dinamicidade seja característica marcante das ECTs, essas mudanças encontram limites, “que é a preservação daquilo que podemos chamar de ‘núcleo duro’ e essencial do bem cultural, apontado pela própria comunidade detentora”.¹⁵⁴ É sobre esses aspectos das ECTs que deverá recair uma maior atenção do Estado e sociedade.

Entretanto, uma vez que não é um mecanismo autossuficiente, a vigilância serve mais como uma lembrança de deveres do que um instrumento de proteção. Mesmo assim, a sua previsão é relevante para se fortalecer a tutela jurídica em torno do patrimônio cultural imaterial e das ECTs.

¹⁵⁴ QUEIROZ, H. F. O. G. e. Acarajé tem axé: a desafiadora salvaguarda do ofício de baina como patrimônio cultural imaterial. *In*: SOARES, I. V. P.; TELLES, M. F. de P. (org.). **Tutela jurídica e política de preservação do patrimônio cultural imaterial**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 403–420. p. 412.

3 DIREITO DE EXCLUSIVIDADE NAS EXPRESSÕES CULTURAIS TRADICIONAIS: A (IN)SUFICIÊNCIA DO ATUAL SISTEMA DE PROPRIEDADE INTELECTUAL

Segundo a Convenção que institui a OMPI, assinada em Estocolmo em 14 de julho de 1967 e modificada em 28 de setembro de 1979, a propriedade intelectual é a soma dos direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial, científico, literário e artístico.¹⁵⁵ Os direitos de propriedade intelectual visam a proteger os criadores dessas atividades intelectuais, concedendo-lhes direitos de exclusividade sobre a sua criação, no qual eles controlam como deve ocorrer a exploração comercial e uso do seu trabalho.¹⁵⁶ Por meio da concessão desses direitos, que permitem que o criador se beneficie do seu trabalho, busca-se fornecer incentivos para a criatividade humana e estimular as atividades desse ramo.

A propriedade intelectual é tradicionalmente dividida em duas áreas: direitos autorais e propriedade industrial. Na primeira, inclui-se os direitos relativos aos trabalhos artísticos, literários e científicos. Já a segunda contempla os direitos das criações de cunho utilitário e industrial¹⁵⁷, consubstanciadas em bens de uso empresarial¹⁵⁸, tendo por objeto, nos termos da Convenção da União de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial (CUP), as patentes de invenção, os modelos de utilidade, os desenhos ou modelos industriais, as marcas de serviço, o nome comercial e as indicações de procedência ou denominações de origem, bem como a repressão da concorrência desleal.

O direito de exclusividade gerado pelas normas de propriedade intelectual, como previamente mencionado, é extremamente relevante às ECTs para que as comunidades tradicionais possam ter um grau de controle sobre as suas manifestações culturais. Além disso, também é uma forma de reconhecimento e respeito pelas contribuições artísticas e culturais desses grupos.¹⁵⁹

¹⁵⁵ A Convenção destaca os direitos relativos às obras literárias, artísticas e científicas; às interpretações dos artistas intérpretes e às execuções dos artistas executantes, aos fonogramas e às emissões de radiodifusão; às invenções em todos os domínios da atividade humana; às descobertas científicas; aos desenhos e modelos industriais; às marcas industriais, comerciais e de serviço, bem como às firmas comerciais e denominações comerciais; e à proteção contra a concorrência desleal.

¹⁵⁶ WIPO. **WIPO Intellectual Property Handbook: Policy, Law and Use**. Geneva: WIPO, 2004. p. 3.

¹⁵⁷ A CUP ressalva que seu regramento não se aplica apenas à indústria e ao comércio propriamente ditos, mas também às indústrias agrícolas e extrativas e a todos os produtos ou naturais, por exemplo: vinhos, cereais, tabaco em folha, frutas, animais, minérios, águas minerais, cervejas, flores, farinhas.

¹⁵⁸ BITTAR, C. A. **Direito de autor**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 3

¹⁵⁹ WIPO. **Intellectual Property Needs and Expectations of Traditional Knowledge Holders**. Geneva: WIPO, 2001. p. 233.

A propriedade intelectual também beneficia terceiros, que, no caso das ECTs, poderão desfrutar de acesso a essas expressões culturais com maior segurança jurídica, tendo em vista que saberão com quem dialogar para requerer o uso e entender como deve ocorrer essa utilização. Assim, o uso indevido das ECTs seria efetivamente reduzido em razão das limitações desses direitos de propriedade.

Resta então apurar se os institutos de propriedade intelectual possuem compatibilização com as ECTs e suas particularidades, ponto este que é o foco de análise nos próximos tópicos, sob a ótica da legislação brasileira.

3.1 O DIREITO DE AUTOR

Os direitos autorais¹⁶⁰ no Brasil são regulados pela Lei n° 9.610/1998, denominada Lei de Direitos Autorais (LDA). Aplica-se o disposto na LDA aos nacionais ou pessoas domiciliadas em país que assegure aos brasileiros ou pessoas domiciliadas no Brasil a reciprocidade na proteção aos direitos autorais e equivalentes (art. 2, parágrafo único).

O art. 7° da LDA traz um conceito geral de obras intelectuais protegidas¹⁶¹, complementado por um rol não exaustivo¹⁶² de criações passíveis de proteção. Essas obras são entendidas como as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro.

À luz dessa definição legal, para uma criação ser protegida pelo direito autoral, ela deve ser expressão direta da personalidade do autor, concretizada de alguma forma e qualificada como original.¹⁶³ Preenchidos esses requisitos, cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra (art. 28). Esses direitos patrimoniais do autor perduram por setenta anos contados do ano subsequente do seu falecimento (art. 41).

¹⁶⁰ Segundo o art. 2° da LDA, entende-se, sob a denominação de direitos autorais, os direitos de autor e os que lhes são conexos.

¹⁶¹ Importante ressaltar que criação e obra são termos com significados distintos. A criação intelectual, quando exteriorizada e concretizada, se transforma em obra intelectual e passa a receber proteção legal. Assim, nem toda criação é obra. Ver em: SANTOS, M. J. P. dos. A questão da autoria e da originalidade em direito de autor. *In*: SANTOS, M. J. P. dos; JABUR, W. P. (org.). **Direito autoral**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 103–151. p. 106.

¹⁶² COELHO, F. U. **Curso de direito civil: direito das coisas, direito autoral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 286.

¹⁶³ ODY, L. F. W. **Direito e Arte: O direito da arte brasileiro sistematizado a partir do paradigma alemão**. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 75.; SANTOS, M. J. P. dos. A questão da autoria e da originalidade em direito de autor. *In*: SANTOS, M. J. P. dos; JABUR, W. P. (org.). **Direito autoral**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 103–151. p. 107.

Ainda que as ECTs tenham um evidente aspecto artístico¹⁶⁴, a partir das suas características intrínsecas, surgem obstáculos para que ocorra a proteção pelo direito de autor. São os seguintes aspectos da LDA que se mostram como limitações para essa proteção: (i) o requisito de fixação; (ii) o requisito de originalidade; (iii) a ideia de autoria; (iv) a proteção limitada no tempo; e (iv) as limitações do direito de autor. Cada um desses pontos é agora explorado.

O primeiro problema é o requisito de que a criação deve ser fixada em algum suporte para que incida as normas do direito de autor. A partir desse critério, apenas as ECTs que estiverem num substrato permanente seriam passíveis de proteção. Entretanto, a tradição oral, transmitida por gerações, é uma das grandes características das ECTs¹⁶⁵, o que já compromete a proteção de certas expressões desses povos. Mesmo que esse problema pudesse ser resolvido com a fixação das ECTs num suporte permanente, é evidente que às comunidades tradicionais faltam recursos econômicos para realizar tal tarefa, como no caso de canções e contos¹⁶⁶.

Pontua-se ainda que a necessidade de materialização prejudica as práticas de alguns povos tradicionais de manterem certos elementos culturais como sagrados ou secretos¹⁶⁷. Exemplo disso é o ritual secreto do Toré, praticado por diversos povos indígenas que vivem no Nordeste, que envolve, em geral, danças e cantos. Para a comunidade Pankaru¹⁶⁸, uma das partes do toré, denominada “toré dos encantados”, é praticada nas matas, em que não é permitida a presença de não-indígenas, sendo considerado um segredo desses povos¹⁶⁹.

O segundo problema é o requisito de originalidade, que é o critério nuclear da tutela legal do direito de autor¹⁷⁰. Ainda que se exija apenas a originalidade de caráter

¹⁶⁴ Ainda que as comunidades tradicionais entendam as ECTs como manifestações da sua cultura e não como uma “forma de fazer arte”, é evidente que o resultado prático se configura como manifestação artística.

¹⁶⁵ DRUMMOND, V. G. **A tutela jurídica das expressões culturais tradicionais**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 63.

¹⁶⁶ RODRIGUES JÚNIOR, E. B. Res Nullius? O regime brasileiro de repressão à apropriação indébita das expressões culturais folclóricas: direitos autorais e sistema de repressão à concorrência desleal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 102, n. 930, p. 281–330, 2013. p. 287-288.

¹⁶⁷ JANKE, T.; DAWSON, P. **New tracks: Indigenous knowledge and cultural expression and the Australian intellectual property system**. [Sydney]: Terri Janke and Company Pty Ltd, 2012. p. 10.

¹⁶⁸ Os Pankaru são um pequeno grupo indígena que predominantemente vivem na Bahia, totalizando, conforme dados de 2010, cerca de 108 membros. Ver em: ESTRELA, E. S. **Pankaru**. [S. l.], 2003. Disponível em: <https://pib.socioambiental.org/pt/Povo:Pankaru>. Acesso em: 13 mar. 2022.

¹⁶⁹ Nos dizeres de membros da tribo, essa parte do toré é “segredo do índio, o branco não pode saber”. Ver em: *Ibid*.

¹⁷⁰ SANTOS, M. J. P. dos. A questão da autoria e da originalidade em direito de autor. *In*: SANTOS, M. J. P. dos; JABUR, W. P. (org.). **Direito autoral**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 103–151. p. 126.

relativo, não a novidade absoluta da criação¹⁷¹, uma vez que esse requisito é entendido, para o direito autoral, como um reflexo da personalidade do autor, só haveria o que se falar em obra original para as ECTs de autoria individualizada. Isso é consequência do fato de que o sistema instituído para o direito de autor parte da ideia de uma autoria identificável para ensejar a proteção da lei, em que esse sujeito será o titular dos direitos.¹⁷²

Essas questões em torno da titularidade dos direitos intelectuais resultam no terceiro problema para a proteção das ECTs segundo as normas de direito de autor, que é a ideia legislativa de autoria. Segundo a LDA, autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica (art. 11). Considera-se autor da obra intelectual, salvo prova em contrário, aquele que, por qualquer das modalidades de identificação possível, tiver essa qualidade indicada ou anunciada na utilização da obra (art. 13).

As ECTs são resultado de um processo criativo comunitário, onde intervêm diferentes sujeitos, havendo um intenso vínculo entre o criador imediato e a comunidade.¹⁷³ Em razão disso, os povos tradicionais consideram que a noção de titularidade do direito de autor não reflete as particularidades dos grupos e das suas manifestações culturais.¹⁷⁴

Independentemente da existência de um autor imediato identificável numa criação feita com base numa ECT, esse sujeito é mero reproduzidor de um acervo cultural pertencente a determinada etnia e que é compartilhado apenas por seus membros. Caso um artesão, por exemplo, tenha sido responsável individualmente pela realização de um trançado que é de origem indígena, “a concepção artística e estética daquela obra não é fruto de sua criatividade individual, mas advém de uma criação coletiva”¹⁷⁵, de tal

¹⁷¹ BITTAR, C. A. **Direito de autor**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 49

¹⁷² *Ibid.*, p. 57.

¹⁷³ SANTOS, M. J. P. dos. A questão da autoria e da originalidade em direito de autor. *In*: SANTOS, M. J. P. dos; JABUR, W. P. (org.). **Direito autoral**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 103–151. p. 110.

¹⁷⁴ Essas incompatibilidades nas noções de autoria podem ser vistas, por exemplo, com os povos Wajãpi. Eles afirmam que o questionamento de quem criou certo desenho não os faz sentido. Eles se consideram como donos dos grafismos não pelo fato de serem executores de certa pintura corporal, o que o daria o posto de autores dos padrões gráficos, mas porque essas artes expressam a sua existência e anunciam a sua presença. Além disso, entendem que a própria ideia de titularidade pode levar aos grupos indígenas a competir pela “propriedade” das ECTs, uma vez que o compartilhamento de conhecimento entre as tribos é ato extremamente comum. Contudo, essa competição pode justamente apagar as essenciais trajetórias de trocas entre os povos indígenas, o que é uma prática crucial para a consolidação da sua memória. Ver em: GALLOIS, D. T. Donos, detentores e usuários da arte gráfica kusiwa. **Revista de Antropologia**, São Paulo, v. 55, n. 1, p. 19–49, 2012. p. 30–32.

¹⁷⁵ BAPTISTA, F. M.; VALLE, R. S. T. do. **Os povos indígenas frente ao direito autoral e de imagem**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004. p. 17.

maneira que ele “não está propriamente criando, mas apenas servindo como meio de expressão de uma arte que é essencialmente comunitária”.¹⁷⁶

Dessa forma, as ECTs são propriedades coletivas dos seus povos.¹⁷⁷ Entretanto, ressalta-se que, mesmo que subsista o entendimento de que as ECTs advêm de uma criação comunitária, não é toda e qualquer produção artística de um indivíduo membro de uma comunidade tradicional que tem natureza coletiva. Cada um desses grupos se organiza de forma particular, com suas próprias regras sociais e políticas. Existem povos tradicionais, por exemplo, que possuem regramentos que incluem a noção de direitos privados sobre as ECTs¹⁷⁸, bem como outros que detém regulamentos complexos e dinâmicos que se assemelham aos direitos de uso e gestão.¹⁷⁹ Dessa forma, a adoção de qualquer regra uniforme às comunidades tradicionais pode se mostrar ineficaz, devendo-se atentar às particularidades de cada caso em específico. Ainda assim, pode-se dizer que, em regra, essas criações tem natureza coletiva quando:

[...] sua concepção original derivar de uma criação artística coletiva, sinalizada por padrões estéticos geralmente uniformes ou semelhantes, reconhecidos pela coletividade indígena¹⁸⁰, e não haver sofrido, por parte daquele que a concretizou, nenhuma alteração relevante em seus aspectos estéticos. Caso o indivíduo tenha uma atividade efetivamente inventiva, inovando esteticamente, mesmo que a partir de uma obra coletiva, então essa obra é de autoria individual.¹⁸¹

A despeito dessa noção de propriedade coletiva nas ECTs, inexistente a possibilidade de a titularidade da obra ser dessa coletividade criadora.¹⁸² Ainda que exista a previsão

¹⁷⁶ BAPTISTA, F. M.; VALLE, R. S. T. do. **Os povos indígenas frente ao direito autoral e de imagem**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004. p. 18.

¹⁷⁷ WIPO. **Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions**. [Genebra]: WIPO, 2020. Disponível em: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_933_2020.pdf. Acesso em: 15 abr. 2021. p. 20.

¹⁷⁸ CUNHA, M. C. da. "Cultura" e cultura: conhecimentos tradicionais e direitos intelectuais. *In: Cultura com Aspas*. [São Paulo]: Cosac Naify, 2009. p. 311–373. p. 357.

¹⁷⁹ INTERGOVERNMENTAL COMMITTEE ON INTELLECTUAL PROPERTY AND GENETIC RESOURCES, T. K. and F. **The protection of traditional cultural expressions: updated draft gap analysis**. Genebra: [s. n.], 2018. p. 10.

¹⁸⁰ O autor faz referência apenas às comunidades indígenas, uma vez que o foco do seu trabalho é a arte desses povos em específico. Entretanto, uma vez que as particularidades das ECTs se assemelham, em parte, a todos os povos tradicionais, sejam indígenas ou não, a conclusão sobre a natureza coletiva dessas expressões baseadas na tradição vale para todos os grupos.

¹⁸¹ BAPTISTA, F. M.; VALLE, R. S. T. do. **Os povos indígenas frente ao direito autoral e de imagem**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004. p. 22.

¹⁸² D'ELBOUX, S. M.; BAIRON, S. A proteção legal às expressões culturais tradicionais no Brasil - Mecanismos e iniciativas para a sua preservação e difusão. *In: SOARES, I. V. P.; PRAGMÁCIO, M. (org.). Tutela jurídica e política de preservação do patrimônio cultural imaterial*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 121–144. p. 125.

na LDA de obras coletivas¹⁸³ e em coautoria¹⁸⁴, nenhuma das definições abarca as nuances das ECTs, uma vez que exigem participações individuais identificáveis ou a existência de um organizador da criação.

Seguindo os obstáculos para a proteção das ECTs pelo direito de autor, o quarto problema diz respeito à duração da proteção autoral. Como já referido, conforme a LDA, os direitos patrimoniais sobre a obra duram setenta anos, que são contados do ano subsequente do falecimento do autor. Já para as obras anônimas, que ganha relevância para o caso das ECTs, que comumente não possuem um criador conhecido¹⁸⁵, o prazo de proteção será o mesmo, mas contado do ano posterior ao da primeira publicação (art. 43). Entretanto, o momento de concepção dessas expressões é algo totalmente indefinido ou desconhecido.

Não obstante isso, a limitação de tempo para a proteção de uma criação em específico também não abarca a ideia de que as ECTs ultrapassam a vida de um criador individualizado, passadas de geração a geração, ligada à ideia de atemporalidade.¹⁸⁶ A proteção das ECTs não deve ocorrer em benefício de apenas um sujeito, mas sim a uma comunidade, cuja existência não é restringida no tempo.¹⁸⁷

O quinto problema está ligado às limitações existentes no direito de autor. Os artigos 46 a 48 da LDA preceituam hipóteses de uso que não constituem ofensa aos direitos autorais. Alguns exemplos são a reprodução de pequenos trechos de obras

¹⁸³ A obra coletiva é definida no art. 5º, inciso VIII, h, da LDA. Ela é considerada a obra criada por iniciativa, organização e responsabilidade de uma pessoa física ou jurídica, que a publica sob seu nome ou marca e que é constituída pela participação de diferentes autores, cujas contribuições se fundem numa criação autônoma.

¹⁸⁴ A obra em coautoria é definida no art. 5º, inciso VIII, a., da LDA. Ela ocorre quando é criada em comum, por dois ou mais autores.

¹⁸⁵ Um exemplo é o caso das figuras *Wandjina*, encontradas na Austrália, com o primeiro aparecimento em artes rupestres. Elas são consideradas propriedades dos povos daquela região dado o seu grande valor cultural. Entretanto, uma vez que essas figuras são obras muito antigas, o seu criador não é conhecido e nem o ano em que foi criada. Ver em: JANKE, T.; DAWSON, P. **New tracks: Indigenous knowledge and cultural expression and the Australian intellectual property system**. [Sydney]: Terri Janke and Company Pty Ltd, 2012. p. 10.

¹⁸⁶ DRUMMOND, V. G. **A tutela jurídica das expressões culturais tradicionais**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 59-60.

¹⁸⁷ Para que também não se busque um direito perpétuo, pode-se pensar que essa proteção deve ocorrer enquanto essa ECT for representativa a um grupo social. Ver em: *Ibid.*, p. 179–180.

preexistentes¹⁸⁸, a liberdade de panorama¹⁸⁹ e a paródia.¹⁹⁰ Nesses casos, como resultado da ponderação pelo legislador entre os interesses do autor e os da coletividade, por exceção, prescinde-se de autorização do titular, podendo se utilizar das obras sem a sua consulta.¹⁹¹

Uma vez que a LDA permite circunstâncias de utilização livre das obras, isso pode perturbar a prática cultural dos povos tradicionais, comprometendo, inclusive, o que os direitos consuetudinários dispõem sobre o assunto.¹⁹² Isso ganha maior relevância para as ECTs consideradas sagradas ou secretas, que, mesmo numa eventual proteção pelo direito de autor, ainda estariam sujeitas a uso não autorizado, o que invariavelmente contraria os interesses das comunidades tradicionais.

Todos esses elementos demonstram que as ECTs não são devidamente protegidas pelos direitos autorais.¹⁹³ Contudo, isso não quer dizer que essas expressões estão em domínio público, o que está expressamente ressalvado no art. 45 da LDA¹⁹⁴, fazendo parte, na verdade, do “macroconceito de direitos coletivos *lato sensu*”.¹⁹⁵

Considerando que a proteção das ECTs ainda não é regulamentada no Brasil¹⁹⁶, a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) editou a Portaria n° 177, de 16 de fevereiro de 2006, que regulamenta o procedimento de autorização para uso, aquisição e/ou cessão de direitos autorais e de direitos de imagem indígenas. No art. 2º, é preceituado que os direitos autorais dos povos indígenas são de caráter coletivo ou individual, em que o autor

¹⁸⁸ Art. 46, VIII - a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores.

¹⁸⁹ Art. 48. As obras situadas permanentemente em logradouros públicos podem ser representadas livremente, por meio de pinturas, desenhos, fotografias e procedimentos audiovisuais.

¹⁹⁰ Art. 47. São livres as paráfrases e paródias que não forem verdadeiras reproduções da obra originária nem lhe implicarem descrédito.

¹⁹¹ BITTAR, C. A. **Direito de autor**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 84.; ODY, L. F. W. **Direito e Arte: O direito da arte brasileiro sistematizado a partir do paradigma alemão**. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 126.

¹⁹² WIPO. **Consolidated analysis of the legal protection of traditional cultural expressions/expressions of folklore**. Genebra: WIPO, 2003. p. 37-38.

¹⁹³ Menciona-se que o art. 5º, XIII da LDA refere sobre a proteção dos artistas intérpretes ou executantes das expressões de folclore.

¹⁹⁴ Art. 45. Além das obras em relação às quais decorreu o prazo de proteção aos direitos patrimoniais, pertencem ao domínio público: [...]

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

¹⁹⁵ MOREIRA, E. C. P. Acesso e uso dos conhecimentos tradicionais no Brasil: o caso Ver-o-peso. *In*: SOARES, I. V. P.; CUREAU, S. (org.). **Bens culturais e direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2019. p. 191–214. p. 211.

¹⁹⁶ No Brasil, existe apenas a regulamentação do conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético, por meio da Lei n° 13.123/2015.

da obra ou a coletividade detém a sua titularidade e decidem sobre a utilização de sua obra.¹⁹⁷

Mesmo que a Portaria referencie a existência de um direito autoral coletivo indígena, ela não se mostra como o instrumento mais adequado para tratar a matéria.¹⁹⁸ Uma portaria serve para disciplinar o comportamento orgânico no âmbito de um órgão, sem poder regulamentar uma lei, que é função do decreto presidencial.¹⁹⁹ Dessa forma, uma vez que o conteúdo da Portaria da FUNAI inova o direito de autor no Brasil, com a criação de um direito autoral coletivo indígena, subsistem notórias problemáticas sobre a sua validade.

Já na análise do conteúdo da Portaria, percebe-se que não há um critério estabelecido de quando o direito em torno de uma obra de origem indígena seria individual ou coletivo. Isso se revela como problema, uma vez que a Portaria estabelece que no caso da produção criativa individual, o contrato deverá ser celebrado apenas com o titular da obra nos termos da LDA, ou seja, sem o reconhecimento da comunidade como participante do processo criativo.

Dessa forma, a Portaria da FUNAI não se mostra como instrumento que efetivamente soluciona as controvérsias em torno das ECTs. Mesmo assim, a Portaria possui uma importante função de rememorar a sociedade de que os direitos em torno das ECTs são essencialmente coletivos, sendo imprescindível o diálogo com as comunidades.

Ainda que, a partir da construção contemporânea dos direitos autorais, que tem em sua base “a noção romântica do autor criativo que constrói uma obra original”²⁰⁰, as ECTs não sejam alcançadas pela sua tutela, há se de lembrar que isso não é uma realidade estática e definitiva. Algumas noções do direito de autor, como a de autoria, por exemplo, já se modificaram com o decorrer do tempo.²⁰¹ Além disso, as leis de propriedade

¹⁹⁷ 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, detém a titularidade do direito autoral e decidem sobre a utilização de sua obra, de protege-la contra abusos de terceiros, e de ser sempre reconhecido como criador.

¹⁹⁸ FARIA, V. L. P. de. **A proteção jurídica de expressões culturais de povos indígenas na indústria cultural**. São Paulo: Itáu Cultural: Iluminuras, 2012. p. 76.

¹⁹⁹ FERRAZ JUNIOR, T. S. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 194.

²⁰⁰ CUNHA, M. C. da. "Cultura" e cultura: conhecimentos tradicionais e direitos intelectuais. *In: Cultura com Aspas*. [São Paulo]: Cosac Naify, 2009. p. 311–373. p. 367.

²⁰¹ Na Idade Média, a autoria era composta pela intervenção de quatro tipos de pessoas: o copista, o compilador, o comentador e o verdadeiro autor. Apenas com o surgimento da imprensa, no século XV, que passa a existir o conceito moderno de autoria, em que o autor é apenas quem origina uma obra. Ver

intelectual estão sendo aplicadas de novas maneiras e a novos setores à luz da crescente globalização e mercantilização do conteúdo.²⁰² Isso tudo demonstra que a tutela do direito autoral ainda pode ser recontextualizada para abarcar uma maior diversidade de titulares, o que inclusive fortalece as indústrias culturais dinâmicas dos Estados.²⁰³

Como solução desse problema, a OMPI propõe a criação de um sistema *sui generis* de proteção que seja culturalmente apropriado para prevenir as apropriações e usos indevidos das ECTs.²⁰⁴ Essa ideia de uma nova forma de regulamentação está ligada ao fato de que o próprio objetivo do direito autoral pode estar em desacordo às necessidades das comunidades tradicionais, uma vez que o direito de autor busca permitir a exploração comercial de obras criativas, ainda que da maneira mais justa e equilibrada.²⁰⁵ Além disso, uma vez que as ECTs são cercadas de diversas particularidades, as quais dificultam inclusive a adoção de uma regra uniforme, o sistema de direito de autor sofreria uma grande ruptura para abarcar essas manifestações artísticas e culturais na sua tutela, o que se mostra como um processo muito mais árduo, complexo e prolongado.

Os membros da OMPI estão desenvolvendo atualmente esse instrumento internacional que busca a efetiva proteção das ECTs²⁰⁶, com o reconhecimento da titularidade para as comunidades tradicionais. Entretanto, ainda não se chegou a um resultado definitivo sobre o assunto.

A despeito dos problemas indicados da LDA para a proteção das ECTs, passa-se ainda a análise de casos concretos para a verificação, na perspectiva prática, de como o

-
- em: SANTOS, M. J. P. dos. A questão da autoria e da originalidade em direito de autor. In: SANTOS, M. J. P. dos; JABUR, W. P. (org.). **Direito autoral**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 103–151. p. 108-109.
- ²⁰² CARPENTER, M. M. Intellectual Property Law and Indigenous Peoples: Adapting Copyright Law to the Needs of a Global Community. **Yale Human Rights and Development Law Journal**, [New Haven], v. 7, n. 1, p. 51–77, 2004. p. 78.
- ²⁰³ ODY, L. F. W. **Relações entre Fashion Law e o Direito da Arte, do Autor e da proteção de patrimônio cultural**. [S. l.]: No prelo, 2021.; WACHOWICZ, M. O “Novo” Direito Autoral na Sociedade Informacional. In: WOLKMER, A. C.; LEITE, J. R. M. (org.). **Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas - uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas**. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. p. 375–399. p. 382.
- ²⁰⁴ WIPO. **Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions**. [Genebra]: WIPO, 2020. Disponível em: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_933_2020.pdf. Acesso em: 15 abr. 2021. p. 44.
- ²⁰⁵ INTERGOVERNMENTAL COMMITTEE ON INTELLECTUAL PROPERTY AND GENETIC RESOURCES, T. K. and F. **The protection of traditional cultural expressions: updated draft gap analysis**. Genebra: [s. n.], 2018. p. 10.
- ²⁰⁶ WIPO. **Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions**. [Genebra]: WIPO, 2020. Disponível em: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_933_2020.pdf. Acesso em: 15 abr. 2021. p. 45.

atual sistema de direitos autorais se relaciona com as demandas dos povos tradicionais no Brasil.

3.1.1 Caso Havaianas Tribos

Entre os anos 2014 e 2015, houve o lançamento do projeto Havaianas Tribos, em que foi desenvolvida uma coleção de sandálias que estampava grafismos da etnia Yawalapiti, um dos povos que vive no Parque Indígena do Xingu, no Mato Grosso. Para essa coleção, a empresa Alpargatas, que é proprietária da marca Havaianas, por meio da agência de publicidade Almap BBDO, firmou contrato de cessão de direitos de uso e reprodução dos grafismos do povo Yawalapiti com o autor imediato dos desenhos utilizados nas estampas²⁰⁷, o indígena Anuiá Yawalapiti, membro da tribo.²⁰⁸

O projeto Havaianas Tribos produziu dez mil kits promocionais de sandálias limitadas, que foram distribuídas gratuitamente para clientes da empresa e personalidades da mídia, mediante campanhas e ações específicas. Em contrapartida, Anuiá Yawalapiti recebeu R\$ 7.500,00 (sete mil e quinhentos reais) pela cessão dos direitos dos seus desenhos²⁰⁹.

A controvérsia do caso centra na legitimidade para a autorização do uso dos grafismos. Não obstante o grupo Alpargatas ter obtido permissão com o indígena que desenvolveu as ilustrações, ocorre que esses desenhos se inserem na herança cultural e social de toda uma coletividade.

Os grafismos estampados nas sandálias são utilizados durante o *Kuarup* (ou *Kwarup*), que é um ritual fúnebre dos povos do Alto Xingu de homenagem aos seus mortos ilustres, envolvendo mitos de criação da humanidade, iniciação das jovens indígenas e relação entre as aldeias alto-xinguanas.²¹⁰ Os desenhos em questão são pintados, durante o ritual, em troncos que simbolizam cada falecido homenageado, como representação do espírito dos mortos. A partir disso, os moradores da aldeia se revezam,

²⁰⁷ A aproximação do grupo Alpargatas com a comunidade Yawalapiti ocorreu no 13º Encontro das Culturas Tradicionais, em que vários indígenas foram convidados para realizarem ilustrações dos grafismos da tribo, tendo sido escolhida a do indígena Anuiá Yawalapiti.

²⁰⁸ NOVAES, M. **As sandálias da polêmica**. São Paulo, 2015. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2015/02/13/politica/1423839248_331372.html. Acesso em: 04 abr. 2022.

²⁰⁹ Ibid.

²¹⁰ VILLAS-BÔAS, A. **Xingu**. [S. l.], 2002. Disponível em: <https://pib.socioambiental.org/pt/Povo:Xingu>. Acesso em: 14 set. 2021.

velando os troncos como uma última despedida, mas também objetivando a quebra do luto e a propagação da felicidade, como uma festa que enreda a vida e a morte.²¹¹

Percebe-se que o *Kuarup*, e conseqüentemente os grafismos utilizados durante o ritual, é dotado de inúmeros significados para as comunidades do Alto Xingu. É uma cerimônia em que a importância está além de qualquer perspectiva artística, mas atrelada às crenças e tradições dos povos. A partir disso, o desenho desenvolvido para a coleção de sandálias desprende-se da figura do seu criador imediato, uma vez que é ECT não só do povo Yawalapiti, que foi o procurado para o desenvolvimento do projeto, mas também de várias tribos que vivem no Parque Indígena do Xingu.

Por esse motivo, indivíduos de outras etnias do Alto Xingu questionaram o porquê de não terem sido consultados sobre a utilização dos grafismos. A Alpagartas, por sua vez, procurada pelo jornal El País sobre essa controvérsia, informou que as artes das sandálias “foram devidamente autorizadas através do termo de cessão de uso e reprodução de direitos autorais sobre grafismos indígenas, dentro da Lei de Direitos Autorais e Portaria 177 da Funai”.²¹²

A partir da ótica da LDA, nota-se que o ato da empresa Alpagartas não é ilegal, uma vez que, para a Lei, o titular dos direitos patrimoniais e morais da obra é somente o criador imediato, ou seja, o indígena Anuiá Yawalapiti. Seguindo essa mesma lógica, a Portaria 177 da FUNAI reconhece que, no caso de produção criativa individual, o contrato deverá ser celebrado com o titular da obra nos termos da LDA (art. 3, §º único), reforçando que não subsistiria problemática no contrato firmado.

O que ocorre, todavia, é que a LDA, como já mencionado previamente, não protege adequadamente as ECTs, em razão de diversas de suas particularidades, sobretudo a sua natureza coletiva. No caso Havaianas Tribos, os grafismos utilizados nas sandálias são uma reprodução daqueles utilizados no *kuarup*, sem inovação estética e visual, de tal forma que é uma derivação da criação coletiva realizada durante o ritual. Com isso, conforme parâmetro exposto anteriormente sobre a natureza das ECTs, a ilustração do indígena Anuiá Yawalapiti é uma propriedade coletiva da tribo e não individual.

²¹¹ VILLAS-BÔAS, A. **Xingu**. [S. l.], 2002. Disponível em: <https://pib.socioambiental.org/pt/Povo:Xingu>. Acesso em: 14 set. 2021.

²¹² NOVAES, M. **As sandálias da polêmica**. São Paulo, 2015. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2015/02/13/politica/1423839248_331372.html. Acesso em: 04 abr. 2022

Esse entendimento é corroborado pela OMPI, que afirma que as “ECTs são geralmente consideradas de origem coletiva, de modo que quaisquer direitos e interesses devem ser das comunidades em vez de indivíduos, incluindo os casos em que as ECTs são desenvolvidas por um indivíduo membro da comunidade”.²¹³ Mais especificamente sobre os povos indígenas, a *soft law* também vem reconhecendo o direito coletivo dos grupos sobre as ECTs, como, por exemplo, por meio da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, que dispõe que é direito desses grupos controlar a propriedade intelectual de suas expressões culturais²¹⁴, e da Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas da Organização dos Estados Americanos (OEA), que reconhece expressamente a natureza coletiva das ECTs.²¹⁵

Evidenciado, assim, que os grafismos utilizados no projeto Havaianas Tribos são propriedade coletiva, pontua-se que eles não pertencem somente à tribo Yawalapiti. Como dito, o *kuarup* é um ritual praticado pelos povos do Alto Xingu, de tal forma que a ligação de tradição e herança social da ECT ocorre com todos esses grupos.

Ante o exposto, a diligência que deveria ter sido tomada pela empresa Alpargatas, dada a natureza coletiva dos grafismos, era obter a autorização dos chefes dos povos do Alto Xingu e não somente do autor imediato do desenho.²¹⁶ Entretanto, antes de qualquer reflexão estritamente sobre os atos da empresa²¹⁷, o que o caso efetivamente demonstra é a ineficiência da LDA, e mesmo da Portaria 177 da FUNAI, na tutela das ECTs.

²¹³ “TK/TCEs are generally regarded as collectively originated and held, so that any rights and interests in this material should vest in communities rather than in individuals, including in cases where TK/TCEs are developed by an individual member of a community”. WIPO. **Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions**. [Genebra]: WIPO, 2020. Disponível em: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_933_2020.pdf. Acesso em: 15 abr. 2021. p. 20.

²¹⁴ Artigo 31. 1. Os povos indígenas têm o 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.

²¹⁵ Artigo XXVIII -Proteção do patrimônio cultural e da propriedade intelectual

1. Os povos indígenas têm direito ao pleno reconhecimento e respeito à propriedade, domínio, posse, controle, desenvolvimento e proteção de seu patrimônio cultural material e imaterial, e propriedade intelectual, inclusive sua natureza coletiva, transmitidos por milênios, de geração a geração

²¹⁶ ODY, L. F. W. **Relações entre Fashion Law e o Direito da Arte, do Autor e da proteção de patrimônio cultural**. [S. l.]: No prelo, 2021.

²¹⁷ Ressoa, inclusive, que os Yawalapiti não consideram a atitude da empresa Alpargatas inescusável, uma vez que o grupo, mesmo com a controvérsia, não quis “fechar as portas” com a empresa, pensando que as partes poderiam ser parceiras em projetos futuros. Ver em: NOVAES, M. **As sandálias da polêmica**. São Paulo, 2015. Disponível em:

Tendo em vista que a atual solução legislativa foi insuficiente para uma adequada resolução do conflito, evidencia-se a urgência da criação do instrumento *sui generis* de proteção das ECTs, que é o que busca a OMPI. Nota-se que, somente assim, será reconhecido, de forma efetiva, os direitos em torno das ECTs como coletivos.

3.1.2 Caso Grendene

A Grendene, fabricante de calçados, firmou contrato com o povo Kisêdjê²¹⁸, em 2006, por intermédio do Instituto Socioambiental, para a cessão de padrões gráficos para uso numa linha de sandálias e gravação de comercial para TV, estrelado por Giselle Bündchen.²¹⁹ O contrato previa que todo o material que utilizasse grafismos e imagens indígenas deveria ser aprovado previamente pelos Kisêdjê.

A parceria foi bem sucedida, até que, em 2007, os Kisêdjê identificaram que novas sandálias da Grendene estampavam os seus padrões gráficos, sem autorização para uso. Após reunião entre as partes, a Grendene afirmou que houve um problema de comunicação interna na empresa, mas que alguns dos padrões reclamados eram pan-indígenas²²⁰ e que, quanto a isso, nada deviam aos Kisêdjê.²²¹ Por sua vez, os Kisêdjê reivindicaram valores a serem pagos a título de renovação do acordo, bem como um montante adicional de caráter indenizatório em razão do uso dos seus desenhos em sandálias sem reconhecimento de autoria. Como resultado do litígio, foi estabelecido um acordo com novos valores, mas nada a título indenizatório, pois a empresa considerava que pagar indenização sinalizaria o fracasso da relação comercial²²².

O caso demonstra a vulnerabilidade dos povos indígenas à exploração comercial das suas expressões tradicionais, mesmo quando documentos são firmados para a utilização. O contrato inicialmente estabelecido entre as partes garantia uma participação

https://brasil.elpais.com/brasil/2015/02/13/politica/1423839248_331372.html. Acesso em: 04 abr. 2022

²¹⁸ Os Kisêdjê habitam o Parque Indígena do Xingu, sendo o único grupo da língua Jê que vive no Parque e que é reconhecido pela sua grande singularidade cultural. Ver em: TRONCARELLI, M. C.; SEEGER, A. **Kisêdjê**. [s. l.], 2003. Disponível em: <https://pib.socioambiental.org/pt/Povo:Kisêdjê>. Acesso em: 3 out. 2021.

²¹⁹ SOUZA, M. S. C. de. A pintura esquecida e o desenho roubado: contrato, troca e criatividade entre os Kisêdjê. **Revista de Antropologia**, [S. l.], v. 55, n. 1, p. 209–254, 2012. p. 210.

²²⁰ A alegação foi de que não há direito de exclusividade nos padrões gráficos utilizado na sandália, uma vez que é um desenho usado amplamente por povos indígenas.

²²¹ SOUZA, M. S. C. de. A pintura esquecida e o desenho roubado: contrato, troca e criatividade entre os Kisêdjê. **Revista de Antropologia**, [S. l.], v. 55, n. 1, p. 209–254, 2012. p. 242.

²²² *Ibid.*, p. 243.

ativa da comunidade em todos os aspectos do processo.²²³ Todavia, isso não impediu que, posteriormente, as ilustrações dos Kisêdjê fossem reutilizadas comercialmente pela mesma empresa, sem qualquer pedido de autorização.

Ainda que a Grendene tenha afirmado que alguns dos desenhos usados sejam pan-indígenas, foram os Kisêdjê que ensinaram os padrões gráficos para a empresa²²⁴. A alegação da Grendene, na verdade, se beneficia das indefinições existentes na titularidade dos direitos intelectuais das ECTs. Independentemente da origem dos padrões gráficos utilizados nas sandálias, tendo em vista que a empresa conheceu a variedade de grafismos dos povos do Alto Xingu em razão dos diálogos com os Kisêdjê²²⁵, não há razoabilidade que eles não sejam contatados para o uso.

Há hipóteses em que o direito coletivo não irá pertencer univocamente a somente um grupo específico. Como mencionado, uma prática comum das comunidades tradicionais, sobretudo os povos indígenas, é o compartilhamento dos seus conhecimentos e expressões. Ainda assim, esses elementos culturais são constantemente reelaborados em contextos particulares, permitindo que esses grupos valorizem os aspectos que considerem pertencentes a sua comunidade.²²⁶

O que deve ser observado é se a ECT é realmente representativa à coletividade.²²⁷ Dessa forma, mesmo que um grafismo indígena fosse compartilhado e representativo a diversos povos, o procedimento correto é obter a autorização de todos os chefes desses grupos,²²⁸ como mencionado no caso Havaianas Tribos. Busca-se, assim, que todas as partes interessadas sejam contatadas para que a utilização da ECT ocorra de forma correta.

Dada a natureza peculiar das expressões culturais tradicionais, há sempre margem para incertezas e inseguranças sobre o assunto, mas o diálogo com a coletividade sempre deve ser feito para reduzir eventuais controvérsias²²⁹, assim como fez a Grendene

²²³ SOUZA, M. S. C. de. A pintura esquecida e o desenho roubado: contrato, troca e criatividade entre os Kisêdjê. *Revista de Antropologia*, [S. l.], v. 55, n. 1, p. 209–254, 2012. p. 241.

²²⁴ *Ibid.*, p. 246.

²²⁵ Os Kisêdjê possuem contato intenso com os indígenas do Alto Xingu, de tal forma que há um grande compartilhamento de conhecimentos entre os povos.

²²⁶ GALLOIS, D. T. **Patrimônio Cultural Imaterial e Povos Indígenas: Exemplos no Amapá e norte do Pará**. [São Paulo]: Iepé, 2006. p. 7.

²²⁷ DRUMMOND, V. G. **A tutela jurídica das expressões culturais tradicionais**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 55.

²²⁸ ODY, L. F. W. Relações entre Fashion Law e o Direito da Arte, do Autor e da proteção de patrimônio cultural. [S. l.]: No prelo, 2021.

²²⁹ BAPTISTA, F. M.; VALLE, R. S. T. do. **Os povos indígenas frente ao direito autoral e de imagem**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004. p. 25.

inicialmente. Não obstante os Kisêdjê não considerem que a experiência foi negativa, a prática comercial entre as partes não deve se repetir, uma vez que a Grendene não materializou seu sincero arrependimento no pagamento de uma compensação, bem como não enviou à comunidade um pedido de desculpas pelo uso não autorizado.²³⁰

3.2 O DESENHO INDUSTRIAL

O desenho industrial é a atividade criativa de alcançar uma aparência formal ou ornamental para itens produzidos em massa que satisfaz tanto a necessidade de o item atrair visualmente os consumidores em potencial, quanto a necessidade de que o item desempenhe sua função pretendida de forma eficiente.²³¹ No sistema de propriedade industrial, há a tutela do desenho industrial por meio do seu registro, que resulta na concessão de direitos para a proteção das características ornamentais de um produto industrial. Uma vez que o apelo visual é um dos pontos que influencia a decisão do consumidor de preferir um produto em detrimento de outro, a proteção do desenho industrial busca resguardar esses aspectos que são essenciais para que os fabricantes alcancem o sucesso de mercado.²³²

Na Lei nº 9.279/1996, denominada de Lei de Propriedade Industrial (LPI), é preceituado que ao autor será assegurado o direito de obter registro de desenho industrial que lhe confira a propriedade (art. 94). Nota-se que, diferentemente do direito de autor, que a proteção independe de registro²³³, o desenho industrial deve ser registrado para ser protegido.

Para que seja registrável, 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 (art. 95). Dessa forma, o registro de desenho industrial protege unicamente o aspecto ornamental do objeto, ou seja, as características acessórias apostas à configuração do item com o

²³⁰ Uma carta de desculpas chegou a ser idealizada, um documento que não seria publicizado, mas ela jamais chegou à associação dos Kisêdje. Ver em: SOUZA, M. S. C. de. A pintura esquecida e o desenho roubado: contrato, troca e criatividade entre os Kisêdjê. **Revista de Antropologia**, [S. l.], v. 55, n. 1, p. 209–254, 2012. p. 243-244.

²³¹ WIPO. **WIPO Intellectual Property Handbook: Policy, Law and Use**. Geneva: WIPO, 2004. p. 112.

²³² Ibid.

²³³ LDA. Art. 18. A proteção aos direitos de que trata esta Lei independe de registro

propósito de mudar a sua aparência, não abrangendo, assim, os seus aspectos técnicos e funcionais.²³⁴

O depósito do pedido de registro de desenho industrial é realizado ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), que realiza um exame formal e técnico da solicitação. Com a sua concessão, o registro vigorará pelo prazo de dez anos contados da data do depósito, prorrogável por três períodos sucessivos de cinco anos cada (art. 108).

O registro de desenho industrial ganha relevâncias às ECTs em razão do artesanato tradicional, que é o conjunto de produtos feitos de matérias naturais e completamente à mão, ou ainda com a ajuda de ferramentas manuais ou mesmo de máquinas, desde que a contribuição manual direta seja o componente mais importante do produto acabado, que são representações ou expressões simbólicas da cultura do artesão.²³⁵ Como o registro de desenho industrial protege a aparência externa de um produto, a partir desse instrumento, pode-se pensar na proteção, por exemplo, na ornamentação de um vaso, na forma de um cesto e no design de um colar.

Dos termos da LPI, para que a forma ornamental de um determinado item possa ser protegida pelo registro de desenho industrial, é necessário o preenchimento de três requisitos²³⁶: a novidade, a originalidade e a possibilidade de produção em escala industrial. Entretanto, no tocante aos três requisitos, remanescem problemas para a proteção do artesanato tradicional.

Sobre a novidade e originalidade, ambos requisitos estão relativizados na LPI, uma vez que, para a novidade, exige-se apenas que o desenho não esteja compreendido no estado da técnica (art. 96), e que para originalidade, requer-se unicamente que o resultado visual seja distintivo (art. 97, *caput*), podendo, inclusive, decorrer da combinação de elementos conhecidos (art. 97, §º único). Mesmo nessas circunstâncias, dada as particularidades do artesanato tradicional, em que padrões ornamentais são amplamente repetidos dentro das comunidades por diversos indivíduos e transmitidos por gerações, esses requisitos podem ser questionados.²³⁷

²³⁴ INPI. **Manual de Desenhos Industriais**. [Rio de Janeiro]: INPI, 2019. Disponível em: <http://manualdedi.inpi.gov.br/projects/manual-de-desenho-industrial/wiki>. Acesso em: 15 mar. 2022.p. 15.

²³⁵ WIPO. **Nota informativa nº 5 - A propriedade intelectual e o artesanato tradicional**. Genebra: [s. n.], 2016d. Disponível em: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/pt/wipo_pub_tk_5.pdf. Acesso em: 31 jan. 2022.p. 1.

²³⁶ ARAÚJO, C. R. Desenho industrial e direito autoral: a possibilidade de dupla proteção do design de moda no ordenamento jurídico brasileiro. In: ROSINA, M. S. G.; CURY, M. F. (org.). **Fashion law: direito e moda no Brasil**. São Paulo: Thomson Reuters, 2018. p. 131–154. p. 142.

²³⁷ A concessão do registro de desenho industrial não requer aferição do mérito quanto aos aspectos de novidade e originalidade. Entretanto, o registro pode estar sujeito a um eventual processo administrativo

Já o quesito do objeto ter de servir de tipo de fabricação industrial colide com outra característica crucial do artesanato tradicional, que é a de serem trabalhos predominantemente manuais e que são desenvolvidos com materiais naturais. Além disso, tendo em vista que, na industrialização de um objeto, o foco é a uniformidade predominante, sem desvios de configurações substanciais²³⁸, essa condição é inviável ao artesanato tradicional, que são produtos criados como representação da identidade da comunidade, de tal forma que “não há duas peças exatamente iguais”.²³⁹

Além dos problemas mencionados sobre os requisitos da LPI para que um desenho industrial possa ser registrado, outras duas circunstâncias, semelhantes àquelas que ocorrem com o direito de autor²⁴⁰, se revelam como empecilhos para uma efetiva proteção ao artesanato tradicional: a titularidade dos direitos patrimoniais e a proteção limitada no tempo.

Como mencionado, a LPI preceitua que os direitos de propriedade do desenho industrial cabem ao autor, sendo como uma “espécie de direitos autorais no campo da técnica”.²⁴¹ Dessa forma, assim como no direito autoral, e em razão das mesmas circunstâncias, é impossibilitado o reconhecimento da autoria coletiva na figura das comunidades tradicionais. Além disso, como o registro de desenho industrial é um título de propriedade temporário, de no máximo vinte e cinco anos, há novamente uma incongruência com o aspecto de atemporalidade das ECTs.

Dessa maneira, o registro de desenho industrial não se mostra como um instrumento adequado à proteção do artesanato tradicional. Outrossim, o contexto aqui apresentado, de extrema semelhança ao do direito autoral, também demonstra que as dificuldades de tutela às ECTs estão associadas a problemas do sistema de propriedade intelectual como um todo, que respaldam nos seus mecanismos criados de concessão de direitos de exclusividade.

de nulidade, que pode ser instaurado por qualquer pessoa com legítimo interesse. Ver em: INPI. **Manual de Desenhos Industriais**. [Rio de Janeiro]: INPI, 2019. Disponível em: <http://manualdedi.inpi.gov.br/projects/manual-de-desenho-industrial/wiki>. Acesso em: 15 mar. 2022.p. 100.

²³⁸ Ibid., p. 15.

²³⁹ WIPO. **Nota informativa n° 5 - A propriedade intelectual e o artesanato tradicional**. Genebra: [s. n.], 2016d. Disponível em: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/pt/wipo_pub_tk_5.pdf. Acesso em: 31 jan. 2022.p. 1.

²⁴⁰ Isso ocorre, pois o desenho industrial pode ser entendido como uma “espécie de direito autoral de segunda classe para produtos industriais”. Ver em: SILVEIRA, N. **Propriedade intelectual: propriedade industrial, direito de autor, software, cultivares, nome empresarial, título de estabelecimento, abuso de patentes**. Barueri: Manole, 2018. p. 80.

²⁴¹ Ibid., p. 79.

3.3 OS SIGNOS DISTINTIVOS

Signos ou sinais distintivos são os meios que permitem o público identificar o produto ou serviço que procuram e de os distinguir de outros semelhantes ou afins.²⁴² Eles são protegidos pela propriedade intelectual, englobando as marcas, nomes empresariais, indicações geográficas, nomes de domínio, dentre outros.

No rol dos direitos e garantias fundamentais, a Constituição Federal assegura a proteção aos signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento econômico do país (art. 5º, XXIX). Por meio dessa proteção, busca-se, ao mesmo tempo, assegurar que “a boa vontade do público, obtida em função das qualidades pessoais da empresa (qualidade, pontualidade, eficiência, etc.) seja mantida inalterada”²⁴³, bem como que apenas o titular do signo distintivo “possa utilizá-lo ou autorizar que outra pessoa o use sobre determinado bem”.²⁴⁴

Levando em conta as preocupações dos povos tradicionais em torno das ECTs, dois tipos de signos distintivos ganham destaque: os coletivos, que identificam produtos ou serviços provenientes de uma determinada comunidade, e os de origem, que apontam a origem do produto que se está adquirindo.²⁴⁵ Com isso, passa-se a análise dessas modalidades de signos, por meio da investigação das marcas coletivas e de certificação e das indicações geográficas, para a verificação da adequação desses sinais às ECTs.

3.3.1 Marcas coletivas e de certificação

Segundo a LPI, a marca coletiva é aquela usada para identificar produtos ou serviços provindos de membros de uma determinada entidade (art. 123, III). Já a marca de certificação é aquela usada para atestar a conformidade de um produto ou serviço com

²⁴² BARBOSA, D. B. **Uma introdução à propriedade intelectual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 695.; BRUCH, K. L. **Signos distintivos de origem: entre o velho e o novo mundo vitivinícola**. 2011. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011. p. 22.

²⁴³ BARBOSA, D. B. **Uma introdução à propriedade intelectual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 696.

²⁴⁴ BRUCH, K. L.; KRETSCHMANN, A. A compreensão da indicação geográfica como um signo distintivo de origem. *In: MEZARROBA, O. et al. (org.). Propriedade intelectual*. 1. ed. Curitiba: Classica, 2014. p. 12–36. p. 13.

²⁴⁵ BRUCH, K. L.; VIEIRA, A. C. P.; BARBOSA, P. M. da S. O direito fundamental à proteção dos signos distintivos: uma análise comparativa entre marcas coletivas e indicações geográficas no ordenamento jurídico brasileiro. *In: SOBRINHO, L. L. P.; PIAIA, T. C.; ZIBETTI, F. W. (org.). Balcão do consumidor: constitucionalismo, novas tecnologias e sustentabilidade*. Passo Fundo: Editora da UPF, 2015. p. 231–256. p. 232–233.

determinadas normas ou especificações técnicas, notadamente quanto à qualidade, natureza, material utilizado e metodologia empregada (art. 123, II).

Com o registro da marca validamente expedido, é assegurado ao titular a sua propriedade e o seu uso exclusivo em todo o território nacional (art. 129). O registro vigorará pelo prazo de dez anos, prorrogável por períodos iguais e sucessivos (art. 133).

Na marca coletiva, o registro só poderá ser requerido por pessoa jurídica representativa de coletividade, a qual poderá exercer atividade distinta da de seus membros (art. 128, 2º). Exemplos dessas entidades são associações, cooperativas, sindicatos, etc. No pedido de registro, deve constar o regulamento de utilização da marca²⁴⁶, em que devem constar as condições e proibições de seu uso (art. 147).

Ainda que a titularidade da marca coletiva seja da entidade representativa de coletividade, quem usará essa marca são os membros filiados ao grupo organizado coletivamente e apenas estes. Com isso, a marca coletiva objetiva identificar produtos ou serviços fornecidos pelos membros de uma determinada coletividade, distinguindo-os de outros similares ou idênticos provenientes de outras origens que não sejam deste mesmo grupo social.²⁴⁷

Por sua vez, na marca de certificação, o registro somente poderá ser solicitado por pessoa sem interesse comercial ou industrial direto no produto ou serviço atestado²⁴⁸ (art. 128, §3º). No requerimento de registro, devem constar as características do produto ou serviço objeto de certificação e as medidas de controle que serão adotadas pelo titular (art. 148).

A titularidade da marca de certificação recai à entidade certificadora, que autoriza o seu uso por terceiros como forma de atestar a conformidade do produto ou serviço aos requisitos por terceiros. Dessa forma, a marca de certificação se destina “apenas à certificação de terceira parte”.²⁴⁹ Logo, com o devido preenchimento dos requisitos, o

²⁴⁶ Conforme a Instrução Normativa nº 19/2013 do INPI, no regulamento de utilização deverá conter: a) descrição da pessoa jurídica requerente, indicando sua qualificação, objeto social, endereço e pessoas físicas ou jurídicas autorizadas a representá-la; b) condições para eventual desistência do pedido de registro ou renúncia, parcial ou total, do registro da marca; c) requisitos necessários para a afiliação à entidade coletiva e para que as pessoas, físicas ou jurídicas, associadas ou ligadas à pessoa jurídica requerente, estejam autorizadas a utilizar a marca em exame; d) condições de utilização da marca, incluindo a forma de apresentação e demais aspectos referentes ao produto ou serviço a ser assinalado; e) eventuais sanções aplicáveis no caso de uso inapropriado da marca

²⁴⁷ INPI. **Manual de Marcas**. 3. ed. [Rio de Janeiro]: IPHAN, 2022. *E-book*.p. 245.

²⁴⁸ Em razão disso, conforme Parecer AGU/PGF/PFE/INPI/COOPI nº 33/16, as associações compostas por agentes econômicos envolvidos na produção, comercialização ou fornecimento dos serviços ou produtos a serem certificados e os sindicatos e demais organizações que representem os interesses desses agentes não possuem legitimidade para requerer marcas de certificação. Ver em: *Ibid.*, p. 99.

²⁴⁹ INPI. **Manual de Marcas**. 3. ed. [Rio de Janeiro]: IPHAN, 2022. *E-book*.p. 18

interessado, que pode ser qualquer pessoa, poderá incorporar a marca de certificação em seu produto ou serviço.

Nota-se que o diferencial das marcas coletivas e de certificação é que esses signos “trazem consigo informações diversas tais como um discurso”²⁵⁰, referindo a origem do produto, suas características técnicas, o funcionamento da produção, etc. Portanto, por meio da disponibilização dessas informações, há uma valorização do produto ou serviço ofertado.

Como uma das grandes preocupações dos povos tradicionais é o uso comercial das ECTs por terceiros de forma descontextualizada, em que não há os devidos créditos às comunidades e sem menção aos significados dos elementos culturais utilizados, as marcas coletivas e de certificação se revelam como importantes mecanismos para ressaltar e consolidar ao público em geral a importância dessas práticas culturais. Por exemplo, com o artesanato tradicional, por meio da utilização dessas marcas, pode-se²⁵¹ (i) salientar a diferença entre o artesanato das comunidades tradicionais e outros existentes; (ii) sensibilizar e tranquilizar o público quanto à autenticidade dos produtos que adquirem; (iii) promover o artesanato tradicional genuíno, o que, conseqüentemente, combaterá a venda de imitações; e (iv) assegurar que as coletividades obtenham uma remuneração justa e equitativa pelo uso das suas expressões tradicionais no âmbito comercial.

Outro ponto positivo em relação ao uso das marcas coletivas e de certificação às ECTs é que esses sinais possuem correspondência com duas características importantes dessas práticas culturais: sua natureza coletiva e atemporal. As marcas coletivas e de certificação são signos distintivos de uso coletivo, que não são utilizados pelo titular, mas sim pelos autorizados a usá-la pela entidade certificadora ou pelos associados ao titular da marca coletiva.²⁵² Além disso, diferente de outros direitos de propriedade intelectual, as marcas não são temporárias, exigindo apenas a renovação de registro.²⁵³

²⁵⁰ BARBOSA, P. M. da S. Marcas coletivas e marcas de certificação: marcas de uso coletivo. *In*: Curso de propriedade intelectual & inovação no agronegócio. 4. ed. Florianópolis: FUNJAB, 2014. p. 270–295. p. 290.

²⁵¹ WIPO. **Nota informativa n° 5 - A propriedade intelectual e o artesanato tradicional**. Genebra: [s. n.], 2016d. Disponível em: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/pt/wipo_pub_tk_5.pdf. Acesso em: 31 jan. 2022.p. 2.

²⁵² Frisa-se que o caráter de coletividade das marcas coletivas e de certificação é devido ao seu uso e não em razão da sua titularidade. Ver em: BARBOSA, P. M. da S. Marcas coletivas e marcas de certificação: marcas de uso coletivo. *In*: Curso de propriedade intelectual & inovação no agronegócio. 4. ed. Florianópolis: FUNJAB, 2014. p. 270–295. p. 271.

²⁵³ Ainda que o registro possa ser prorrogável por sucessivas vezes, conforme o art. 142 da LPI, o registro se extingue pela expiração do prazo de vigência; pela renúncia; pela caducidade ou pela inobservância

No cenário internacional, as marcas coletivas e de certificação vêm sendo utilizadas como instrumentos de proteção das ECTs. Na Austrália, por exemplo, a *National Indigenous Arts Advocacy Association* (NIAAA) criou um sistema de certificação das artes indígenas australianas.²⁵⁴ Ele é composto por duas marcas de certificação, ambas registradas no início dos anos 2000: o Selo de Autenticidade (*Label of Authenticity*), para obras criadas e produzidas por indígenas; e a Marca de Colaboração (*Collaboration Mark*), para produtos ou serviços derivados de uma arte criada por um indígena e que foi produzido, reproduzido ou manufaturado por pessoas não indígenas sob acordo de licenciamento.²⁵⁵ Ainda que cerca de 160 artistas indígenas tenham utilizado essas marcas, o sistema durou apenas dois anos, encerrando em dezembro de 2002 com a dissolução da NIAAA e sem que outra entidade certificadora tenha continuado o controle do seu uso.²⁵⁶ Entretanto, conforme recomendação da *Australian Senate Standing Committee's*, planeja-se a continuidade da atividade com a criação de um novo sistema de certificação.²⁵⁷

A experiência australiana inspirou a criação na Nova Zelândia, pela *Creative New Zealand* e *Te Waka Toi*, em fevereiro de 2002, da *Toi Iho Maori Made Mark*, que é uma marca de certificação que indica aos consumidores que o criador do produto é de ascendência Maori, atestando a sua autenticidade e qualidade particular.²⁵⁸ Desde 2013, a *Toi Iho Charitable Trust* é a entidade responsável pelo gerenciamento da marca de certificação. Considerada como referência mundial na utilização do direito marcário como instrumento de proteção às ECTs, a *Toi Iho Maori Made Mark* já foi utilizada por escultores, designers de moda, tecelões, joalheiros, artistas multimídias, etc.²⁵⁹

do art. 217 da LPI (exigência de manter procurador constituído no país em caso de pessoa domiciliada no exterior). Além dessas causas, para as marcas coletivas e de certificação, o registro se extingue quando a entidade deixar de existir ou a marca for utilizada em condições outras que não aquelas previstas no regulamento de utilização (art. 151). Sobre a caducidade, na marca coletiva, ela também será declarada se a marca não for usada por mais de uma pessoa autorizada (art. 153).

²⁵⁴ Os povos indígenas australianos correspondem aos povos aborígenes e das Ilhas do Estreito de Torres

²⁵⁵ JANKE, T. **Minding culture: case studies on intellectual property and traditional cultural expressions**. Geneva: WIPO, 2003. p. 135; 142–143.

²⁵⁶ *Ibid.*, p. 144;147.

²⁵⁷ JANKE, T. **True Tracks: Indigenous Cultural and Intellectual Property Principles for putting Self-Determination into practice**. 2019. Thesis (Doctor of Philosophy) - Australian National University, Camberra, 2019. p. 57–58.

²⁵⁸ WIPO. **Consolidated analysis of the legal protection of traditional cultural expressions/expressions of folklore**. Genebra: WIPO, 2003. p. 48.

²⁵⁹ JANKE, T. **Minding culture: case studies on intellectual property and traditional cultural expressions**. Geneva: WIPO, 2003. p. 148.; JANKE, T. **True Tracks: Indigenous Cultural and Intellectual Property Principles for putting Self-Determination into practice**. 2019. Thesis (Doctor of Philosophy) - Australian National University, Camberra, 2019. p. 57.

Já em Portugal, são as marcas coletivas que se destacam. Os tapetes da vila de Arraiolos, o lenço dos noivos da região do Minho, o bordado da cidade de Caldas da Rainha e o artesanato dos Açores são alguns dos exemplos de ECTs que foram registradas como marcas coletivas.²⁶⁰

Em âmbito nacional, o INPI parece também reconhecer a importância do direito marcário às ECTs. Prova disso é a instituição, pela Portaria n° 57 do INPI de 30 de dezembro de 2021, do projeto-piloto para o processamento do requerimento de trâmite prioritário de pedido de registro ou de processo administrativo de nulidade de registro de marca que contenha, em seu conjunto, sinal reconhecido como Forma de Expressão, por meio de Registro, pelo IPHAN. Mesmo que o serviço tenha validade apenas para atividades culturais, não abrangendo produtos²⁶¹, a ação é uma ótima iniciativa para valorizar a cultura nacional e uma resposta, ainda que singela, aos anseios de comunidades tradicionais.

Não obstante a verificação da aplicabilidade das marcas coletivas e de verificação às ECTs, é necessário também pontuar que ainda decorrem óbices para uma eficaz proteção das práticas culturais dos povos tradicionais ao uso indevido por meio desses signos distintivos.

O formalismo para registro e renovação de marcas, ainda que necessário, pode afastar as comunidades tradicionais de buscarem esses institutos, assim como ocorreu no sistema australiano de certificação. Relatos apontam que muitos artistas indígenas da Austrália consideraram a taxa de registro incondizente com o fato de que grande parte deles eram apenas amadores e não possuíam renda para o pagamento.²⁶² Outro fator levantado por esses grupos foi a natureza administrativa do processo de registro, com diversos requisitos formais e materiais, que distanciou diversas comunidades de buscarem os selos de certificação.

Ainda sobre óbices no procedimento de registro, mais especificamente nas marcas coletivas, no Brasil, exige-se uma pessoa jurídica representativa de coletividade para o requerimento, a qual será a titular da marca. Entretanto, existem inúmeras comunidades

²⁶⁰ WIPO. **Consolidated analysis of the legal protection of traditional cultural expressions/expressions of folklore**. Genebra: WIPO, 2003. p. 48.

²⁶¹ Conforme o art. 3° da Portaria, um dos requisitos para o pedido de prioridade de exame é que a marca em questão se destine a assinalar serviços da Classe Internacional – NCL 41 (Classificação de Nice). Conforme Nota Explicativa do INPI, a Classe 41 abrange serviços de educação, provimento de treinamento, entretenimento e atividades desportivas e culturais. Um exemplo é a apresentação de obras de arte visual ou literatura para o público com finalidade cultural ou educativa.

²⁶² JANKE, T. **Minding culture: case studies on intellectual property and traditional cultural expressions**. Geneva: WIPO, 2003. p. 145.

tradicionais cuja associação em pessoa jurídica não é uma realidade possível e nem uma vontade dos grupos²⁶³, de tal forma que essa exigência estaria instituindo um “modelo de como os indivíduos devem se organizar para ter seus direitos reconhecidos”.²⁶⁴

Outra circunstância a ser pontuada é que marcas são registradas objetivando a sua utilização no comércio. Dessa forma, com o registro de um ECT como marca coletiva ou de certificação, ou há uma vontade genuína da comunidade tradicional em questão de mercantilização das suas práticas culturais ou elas passariam a ser obrigadas a utilizá-las comercialmente.²⁶⁵ Percebe-se, assim, que as marcas coletivas e de certificação não ajudam os grupos que apenas desejam proteger as suas expressões culturais contra a exploração comercial de outros, sem um interesse mercantil subjacente.

Cumprido ressaltar também que as marcas coletivas e de certificação não geram um direito de exclusividade às ECTs, mas sim estritamente aos signos distintivos.²⁶⁶ Portanto, mesmo que auxilie na diminuição do mercado de imitações, essas marcas não dão às comunidades um controle efetivo sobre suas práticas culturais e nem trazem proteção nas ocasiões de uso abusivo das ECTs.²⁶⁷ O que as marcas coletivas e de certificação objetivam é proteger a reputação associada à ECT²⁶⁸, fornecendo garantias da sua autenticidade, mas não tutelando a expressão em si.

Isso posto, as marcas coletivas e de certificação são importantes institutos do direito marcário para a tutela das ECTs, sobretudo pela sua duração potencialmente permanente e por observar, em parte, a natureza coletiva dessas expressões. Entretanto, elas devem ser consideradas como meios provisórios de proteção às ECTs, já que, além de outros obstáculos práticos, essas marcas não previnem efetivamente o uso indevido

²⁶³ CARPENTER, M. M. Intellectual Property Law and Indigenous Peoples: Adapting Copyright Law to the Needs of a Global Community. **Yale Human Rights and Development Law Journal**, [New Haven], v. 7, n. 1, p. 51–77, 2004. p. 69.

²⁶⁴ FLORENCIO, S. P. N. **A lei de direitos autorais e a cultura popular brasileira**. 2012. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Ciências Sociais) - Universidade de Brasília, Brasília, 2012. p. 49.

²⁶⁵ WIPO. **Consolidated analysis of the legal protection of traditional cultural expressions/expressions of folklore**. Genebra: WIPO, 2003. p. 49.

²⁶⁶ DRUMMOND, V. G. **A tutela jurídica das expressões culturais tradicionais**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 228.

²⁶⁷ Como o monopólio se centra nas marcas coletivas e de certificação em si, o direito marcário previne apenas circunstâncias de uso não autorizado da marca e não da ECT. Por exemplo, caso uma ECT seja utilizada por terceiro de uma forma que não seja entendida como devida pelas comunidades tradicionais, como a utilização comercial de uma expressão cultural considerada sagrada e secreta pelos povos, não há violação às marcas coletivas e de certificação, de tal forma que inexistente proteção pelo direito marcário. Para que ocorra essa tutela efetiva, apenas com a concessão de direitos de exclusividade sobre as ECTs, em que se poderá realizar o controle de como pode ou não ocorrer o seu uso.

²⁶⁸ WIPO. **Consolidated analysis of the legal protection of traditional cultural expressions/expressions of folklore**. Genebra: WIPO, 2003. p. 48.

das manifestações culturais dos povos tradicionais por terceiros, mas apenas circunstâncias de afronta ao signo distintivo.

3.3.2 Indicações geográficas

Indicação geográfica é um instrumento de propriedade intelectual que busca, conforme o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS), identificar um produto como originário de um território, região ou localidade deste território, quando determinada qualidade, reputação ou outra característica do produto seja essencialmente atribuída à sua origem geográfica (art. 22). No Brasil, existem duas espécies de indicação geográfica: a denominação de origem e a indicação de procedência.

Segundo a LPI, a indicação de procedência assinala o nome geográfico que tenha se tornado conhecido como centro de extração, produção ou fabricação de determinado produto ou de prestação de determinado serviço (art. 177). Por sua vez, a denominação de origem indica o nome geográfico de local que designa produto ou serviço cujas qualidades ou características se devam exclusiva ou essencialmente ao meio geográfico, incluídos fatores naturais e humanos (art. 178). É de se observar que a LPI expandiu a definição de indicação geográfica trazida pelo TRIPS, estendendo a sua proteção também para serviços.²⁶⁹

Por meio da indicação geográfica, seja pela indicação de procedência ou pela denominação de origem, um determinado produto ou serviço é associado a determinados conceitos como qualidade ou notoriedade.²⁷⁰ Além disso, sendo um instrumento jurídico associado a direito de propriedade, a indicação geográfica também confere ao titular o direito de impedir que um terceiro, sem consentimento, utilize uma indicação de procedência ou uma denominação de origem em seus produtos ou serviços, “incluindo-se nisso o nome e os demais signos que a distinguem”.²⁷¹

²⁶⁹ BRUCH, K. L. *et al.* Indicações geográficas e outros signos distintivos: aspectos legais. In: PIMENTEL, L. O. (org.). **Curso de propriedade intelectual & inovação no agronegócio: Módulo II, indicação geográfica**. 4. ed. Florianópolis: FUNJAB, 2014. p. 68–69.

²⁷⁰ BELAS, C. A. **Indicações geográficas e a salvaguarda do patrimônio cultural: artesanato de capim dourado Jalapão-Brasil**. 2012. Tese (Doutorado em Ciências) - Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFFRJ), Instituto de Ciências Humanas e Sociais, Rio de Janeiro, 2012. p. 68.

²⁷¹ BRUCH, K. L. *et al.* Indicações geográficas e outros signos distintivos: aspectos legais. In: PIMENTEL, L. O. (org.). **Curso de propriedade intelectual & inovação no agronegócio: Módulo II, indicação geográfica**. 4. ed. Florianópolis: FUNJAB, 2014. p. 75.

As condições para o registro das indicações geográficas estão regulamentadas pela Instrução Normativa n° 25 de 2013 do INPI. Além da comprovação dos requisitos materiais preceituados pela LPI, no pedido de registro se exige²⁷² (i) que o requerimento seja referente a um único nome geográfico; (ii) que o produto ou serviço objeto da indicação geográfica seja minuciosamente descrito e caracterizado; (iii) a apresentação de regulamento de uso do nome geográfico protegido e instrumento oficial que delimita a área geográfica; (iv) o pagamento da quantia exigida; (v) a existência de uma estrutura de controle da indicação geográfica, que controla tanto os produtores e prestadores de serviços, quanto os próprios produtos e serviços; (vi) a comprovação de que os produtores ou prestadores de serviços estão efetivamente estabelecidos na área demarcada para a indicação geográfica e exercendo essas atividades; e (vii) etiquetas, quando se tratar de representação gráfica ou figurativa da indicação geográfica ou de representação de país, cidade, região ou localidade do território.

Ainda conforme a Instrução Normativa n° 25/2013 do INPI, podem requerer registro de indicação geográfica, na qualidade de substitutos processuais, as associações, os institutos e as pessoas jurídicas representativas da coletividade legitimada ao uso exclusivo do nome geográfico estabelecidas no respectivo território (art. 5°, *caput*). A exceção ocorre quando existe um único produtor ou prestador de serviço legitimado a utilizar o nome geográfico, em que, neste caso, ele poderá solicitar o registro individualmente (art. 5°, §1°). A legitimidade do requerente deve ser comprovada no pedido de registro (art. 6°, II).

Embora o requerimento do registro seja realizado por uma entidade, a titularidade da indicação geográfica é coletiva, conferindo o direito de uso a todos aqueles que se encontram na região delimitada e que explorem o produto ou serviço objeto da indicação, desde que estes sigam o regulamento de uso e tenham o seu produto aprovado para utilização desse signo distintivo²⁷³. Essa natureza coletiva é consequência de um dos

²⁷² BRUCH, K. L.; COPETTI, M. Procedimento de registro das Indicações Geográficas. *In*: PIMENTEL, L. O. (org.). **Curso de propriedade intelectual & inovação no agronegócio: Módulo II, indicação geográfica**. Florianópolis: FUNJAB, 2014. p. 195–232. p. 197–198.

²⁷³ BRUCH, K. L. *et al.* Indicações geográficas e outros signos distintivos: aspectos legais. *In*: PIMENTEL, L. O. (org.). **Curso de propriedade intelectual & inovação no agronegócio: Módulo II, indicação geográfica**. 4. ed. Florianópolis: FUNJAB, 2014. p. 75.; BRUCH, K. L.; VIEIRA, A. C. P. Glocal: a indicação geográfica como forma de proteção aos conhecimentos tradicionais. **Revista de Propriedade Intelectual - Direito Constitucional e Contemporâneo**, [s. l.], v. 10, n. 2, p. 91–107, 2016. p. 95.

grandes objetivos das indicações geográficas, que é a valorização da história de uma região e seu povo e toda a tradição intrínseca na produção de seus bens.²⁷⁴

Visto que a indicação geográfica protege “produções coletivas, históricas e localizadas”²⁷⁵, é evidente a possibilidade do uso desse mecanismo para a proteção das ECTs, sobretudo do artesanato tradicional. Além disso, o prazo de proteção das indicações geográficas é indeterminado²⁷⁶, o que é outro fator positivo para a sua utilização nas ECT.

Em países como Portugal, México e Rússia, há casos de registro de indicações geográficas no que diz respeito às ECTs.²⁷⁷ No México, por exemplo, a denominação de origem Olinalá refere-se a produtos artesanais feitos pelo povo Olinalá, que utilizam a madeira da árvore Aloé para a sua confecção, que é específica da região, além de outras matérias-primas naturais, num processo de produção que é resultado da ligação da cultura da comunidade com o meio ambiente.²⁷⁸

No Brasil, a proteção das ECTs pela indicação geográfica também não é uma novidade. Um notório exemplo é a Indicação de Procedência da Região do Jalapão do Estado do Tocantins para artesanato em capim dourado, que é a matéria-prima utilizada na confecção das peças artesanais. Nesse processo de produção, que é uma herança das comunidades quilombolas à região do Jalapão, utiliza-se do capim dourado, “seda” do buriti e agulha, mediante trabalho manual e normalmente realizado nas próprias casas dos artesãos²⁷⁹.

A solicitação da indicação geográfica foi feita pela Associação dos Artesãos em Capim Dourado da Região do Estado de Tocantins (AREJA). A comunidade da região

²⁷⁴ BRUCH, K. L.; VIEIRA, A. C. P. Glocal: a indicação geográfica como forma de proteção aos conhecimentos tradicionais. **Revista de Propriedade Intelectual - Direito Constitucional e Contemporâneo**, [s. l.], v. 10, n. 2, p. 91–107, 2016. p. 95.

²⁷⁵ BELAS, C. A. **Indicações geográficas e a salvaguarda do patrimônio cultural: artesanato de capim dourado Jalapão-Brasil**. 2012. Tese (Doutorado em Ciências) - Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFFRJ), Instituto de Ciências Humanas e Sociais, Rio de Janeiro, 2012. p. 21.

²⁷⁶ Na LPI, não há previsão legal sobre o prazo de proteção. Dessa forma, presume-se que ele é indeterminado. Ver em: BRUCH, K. L. *et al.* Indicações geográficas e outros signos distintivos: aspectos legais. In: PIMENTEL, L. O. (org.). **Curso de propriedade intelectual & inovação no agronegócio: Módulo II, indicação geográfica**. 4. ed. Florianópolis: FUNJAB, 2014. p. 90.

²⁷⁷ INTERGOVERNMENTAL COMMITTEE ON INTELLECTUAL PROPERTY AND GENETIC RESOURCES, T. K. and F. **The protection of traditional cultural expressions: updated draft gap analysis**. Genebra: [s. n.], 2018. p. 29.

²⁷⁸ WIPO. **Consolidated analysis of the legal protection of traditional cultural expressions/expressions of folklore**. Genebra: WIPO, 2003. p. 49.; WIPO. **Nota informativa n° 5 - A propriedade intelectual e o artesanato tradicional**. Genebra: [s. n.], 2016d. Disponível em: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/pt/wipo_pub_tk_5.pdf. Acesso em: 31 jan. 2022.p. 3.

²⁷⁹ GIESBRECHT, H. O. *et al.* **Indicações geográficas brasileiras**. Brasília: SEBRAE, INPI, 2016. p. 218–219.

do Jalapão aponta que a obtenção do signo distintivo valorizou o artesanato de capim dourado como “arte, história e tradição”, por meio de uma política organizada para a sua divulgação em âmbito maior, resultando no reconhecimento da identidade dos produtos artesanais e no aumento da autoestima dos artesãos e da população da região.²⁸⁰ Todavia, o grupo indica que também remanescem problemas para a consolidação do selo da indicação geográfica como a dificuldade de comunicação entre os povos da região, dada as imensas distâncias geográficas entre os municípios que integram a área geográfica, a falta de organização da AREJA e a escassez de recursos financeiros para mobilização e articulação do território.²⁸¹

A despeito de promover a localidade, tanto de modo cultural como econômico²⁸², as indicações geográficas possuem diversos empecilhos que obstam a construção de uma proteção efetiva das ECTs pelo uso do signo distintivo. Como inclusive mencionado no caso do artesanato em capim dourado, os grupos sociais associados às ECTs geralmente vivem em contextos precários, com pouca infraestrutura, em que são ausentes financiamentos e capacitações dos membros para gerenciamento e comercialização da produção.²⁸³ Dessa forma, a gestão de uma indicação geográfica é extremamente dependente da atuação de instituições e do poder público para que se gere a infraestrutura necessária.

Alinhado com esses problemas derivados da frágil organização social das comunidades tradicionais, outros obstáculos à proteção das ECTs pelas indicações geográficas são semelhantes aos referidos para as marcas coletivas e de certificação. São eles: o formalismo para registro, que inclui o pagamento de taxas, que pode distanciar as comunidades da procura pela indicação geográfica; as dificuldades para a constituição de pessoa jurídica representativa da coletividade, que é um requisito para o registro; e a necessidade que as ECTs sejam utilizadas comercialmente, o que pode não ser, por diversos fatores, um desejo das comunidades tradicionais.

²⁸⁰ BELAS, C. A. **Indicações geográficas e a salvaguarda do patrimônio cultural: artesanato de capim dourado Jalapão-Brasil**. 2012. Tese (Doutorado em Ciências) - Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFFRJ), Instituto de Ciências Humanas e Sociais, Rio de Janeiro, 2012. p. 165.

²⁸¹ Ibid.

²⁸² BRUCH, K. L.; VIEIRA, A. C. P.; BARBOSA, P. M. da S. O direito fundamental à proteção dos signos distintivos: uma análise comparativa entre marcas coletivas e indicações geográficas no ordenamento jurídico brasileiro. *In*: SOBRINHO, L. L. P.; PIAIA, T. C.; ZIBETTI, F. W. (org.). **Balcão do consumidor: constitucionalismo, novas tecnologias e sustentabilidade**. Passo Fundo: Editora da UPF, 2015. p. 231–256. p. 244.

²⁸³ BELAS, C. A. **Indicações geográficas e a salvaguarda do patrimônio cultural: artesanato de capim dourado Jalapão-Brasil**. 2012. Tese (Doutorado em Ciências) - Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFFRJ), Instituto de Ciências Humanas e Sociais, Rio de Janeiro, 2012. p. 27.

Outrossim, também como nas marcas coletivas e de certificação, o direito de exclusividade derivado do registro da indicação geográfica se centra unicamente no signo distintivo, ou seja, no nome geográfico. Assim, ainda que a indicação geográfica impeça que terceiros usem o nome de origem em seus produtos e serviços, ela não inibe outras hipóteses de reprodução por indivíduos que não vivem dentro da área delimitada pelo signo, como utilizações abusivas e cópias ilegais.²⁸⁴

Cientes desses impasses, as comunidades tradicionais vêm buscando a combinação do selo da indicação geográfica com o Registro de patrimônio imaterial do Brasil.²⁸⁵ Alguns exemplos de artesanatos tradicionais que acumulam esses dois registros são as painéis de barro do bairro de Goiabeiras em Vitória/ES e as rendas de agulha em lacê da cidade de Divina Pastora/SE. A obtenção desse duplo registro objetiva a consolidação de um diferencial na esfera política e o fortalecimento desses grupos em negociações com órgãos públicos.²⁸⁶

O que se constata é que a indicação geográfica é um instrumento de propriedade intelectual com amplo potencial para a valorização das ECTs, especialmente do artesanato tradicional, por meio da “concretização do reconhecimento de um lugar como originário de um determinado produto, que se encontra impregnado na história daquela região e do povo que a habita, da sua cultura, reputação e constância”.²⁸⁷ Todavia, para a proteção das ECTs ao uso abusivo de terceiros, o uso das indicações geográficas se revela também ineficiente, sobretudo pela não concessão de direitos de exclusividade às manifestações culturais.

Mesmo assim, na tentativa de prestigiar um dos poucos mecanismos de propriedade intelectual que reconhece a natureza coletiva de seus objetos, é possível ainda se pensar na utilização das indicações geográficas para uma maior salvaguarda das ECTs, o que talvez seja capaz de reduzir, mesmo que de forma indireta, os casos de usos indevidos. Para tanto, deve-se:

²⁸⁴ BELAS, C. A. **Indicações geográficas e a salvaguarda do patrimônio cultural: artesanato de capim dourado Jalapão-Brasil**. 2012. Tese (Doutorado em Ciências) - Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFFRJ), Instituto de Ciências Humanas e Sociais, Rio de Janeiro, 2012. p. 200-201.

²⁸⁵ SOARES, I. V. P.; FARIAS, T. Patrimônio cultural imaterial no licenciamento ambiental. *In*: SOARES, I. V. P.; TELLES, M. F. de P. (org.). **Tutela jurídica e política de preservação do patrimônio cultural imaterial**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 145-182. p. 159-160.

²⁸⁶ BELAS, C. A. **Indicações geográficas e a salvaguarda do patrimônio cultural: artesanato de capim dourado Jalapão-Brasil**. 2012. Tese (Doutorado em Ciências) - Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFFRJ), Instituto de Ciências Humanas e Sociais, Rio de Janeiro, 2012. p. 203.

²⁸⁷ BRUCH, K. L. Indicações geográficas para o Brasil: problemas e perspectivas. *In*: PIMENTEL, L. O.; BOFF, S. O.; DEL'OLMO, F. de S. (org.). **Propriedade intelectual: gestão do conhecimento, inovação tecnológica no agronegócio e cidadania**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 9-10.

1) garantir a participação efetiva dos produtores nas decisões sobre o projeto IG; 2) garantir infraestrutura necessária de produção, distribuição e consumo; 3) oferecer garantias de avaliação e controle do cumprimento do regulamento de uso das IG; 4) garantir o equilíbrio entre tradição e inovação no regulamento de uso; 5) diversificar a rede de parcerias na elaboração do projeto e na gestão pós-concessão da IG; 6) elaborar uma política de informação e comunicação que associe consumidores a produtores e seus contextos de produção.²⁸⁸

À vista disso, para que as indicações geográficas proporcionem uma maior proteção às ECTs, é preciso ir além da confecção do selo, sendo necessária a criação de um verdadeiro sistema de proteção.²⁸⁹ É somente assim que esses signos distintivos se consolidarão “como uma ferramenta de ocupação harmoniosa do espaço cultural, aliando a valorização de um produto típico e seus aspectos históricos e culturais”.²⁹⁰

3.4 A REPRESSÃO À CONCORRÊNCIA DESLEAL

Segundo a CUP, a proteção da propriedade industrial tem, por um dos seus objetos, a repressão da concorrência desleal (art. 1º). A partir disso, a Convenção preceitua que constitui ato de concorrência desleal qualquer ato de concorrência contrário aos usos honestos em matéria industrial ou comercial (art. 10 bis).

Seguindo esse entendimento internacional, a LPI dispõe que a proteção dos direitos relativos à propriedade industrial efetua-se, dentre outras possibilidades, mediante repressão à concorrência desleal (art. 2º, V). Este assunto possui tratamento duplo pela LPI, uma vez que “há atos típicos, classificáveis como crime, e há um vasto campo para a repressão do ilícito simplesmente civil”.²⁹¹ Os crimes de concorrência

²⁸⁸ BELAS, C. A. **Indicações geográficas e a salvaguarda do patrimônio cultural: artesanato de capim dourado Jalapão-Brasil**. 2012. Tese (Doutorado em Ciências) - Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFFRJ), Instituto de Ciências Humanas e Sociais, Rio de Janeiro, 2012. p. 205.

²⁸⁹ BRUCH, K. L.; VIEIRA, A. C. P. Glocal: a indicação geográfica como forma de proteção aos conhecimentos tradicionais. **Revista de Propriedade Intelectual - Direito Constitucional e Contemporâneo**, [s. l.], v. 10, n. 2, p. 91–107, 2016. p. 103.

²⁹⁰ BRUCH, K. L.; VIEIRA, A. C. P.; BARBOSA, P. M. da S. O direito fundamental à proteção dos signos distintivos: uma análise comparativa entre marcas coletivas e indicações geográficas no ordenamento jurídico brasileiro. In: SOBRINHO, L. L. P.; PIAIA, T. C.; ZIBETTI, F. W. (org.). **Balcão do consumidor: constitucionalismo, novas tecnologias e sustentabilidade**. Passo Fundo: Editora da UPF, 2015. p. 231–256. p. 245.

²⁹¹ BARBOSA, D. B. **Uma introdução à propriedade intelectual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 266.

desleal estão dispostos no art. 195, em que são arroladas 14 hipóteses de prática desse delito. O ilícito civil, por sua vez, está preceituado no art. 209 como os atos tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio, em que fica ressalvado o direito ao prejudicado de haver perdas e danos em ressarcimento dos prejuízos causados.

Pontua-se que, mesmo que o assunto seja tratado no âmbito da propriedade industrial, a repressão à concorrência desleal não é modalidade de direito de exclusividade, em que há uma proteção ativa às produções intelectuais. Esse sistema de repressão se limita “a interferir em situações em que um agente persegue seu sucesso mercantil por intermédio da apropriação ilícita dos esforços e investimentos alheios”.²⁹²

Para que incida a tutela da repressão à concorrência desleal, a existência de concorrência é um requisito necessário, já que “não há lesão possível aos parâmetros adequados da concorrência se nem competição existe”.²⁹³ Para tanto, pode-se dizer que há concorrência quando diferentes agentes econômicos disputam um mercado, definido por produtos ou serviços que sejam iguais ou substituíveis entre si, em que essa disputa ocorre, de forma efetiva, num espaço geográfico e temporal determinado.²⁹⁴

Como mencionado e demonstrado nos casos analisados, as ECTs são continuamente colocadas no mercado, inclusive em hipóteses em que sequer há autorização das comunidades tradicionais. Tratadas constantemente como produtos, é evidente a relevância das ECTs no comércio, o que, conseqüentemente, respalda nas questões de concorrência.

Em certas circunstâncias, os povos tradicionais exercem atividades comerciais mediante o uso das ECTs, como nos casos das marcas coletivas e de certificação, das indicações geográficas ou mesmo na venda de produtos desprovidos de signos distintivos. Nessas hipóteses, em que as comunidades tradicionais se manifestam como agentes econômicos, caso haja uma prática desonesta no mercado por terceiros, como uma falsa atribuição de origem, é inequívoca a possibilidade da incidência da tutela de repressão à concorrência desleal. Dessa forma, caso um produto, por exemplo, contenha a falsa

²⁹² RODRIGUES JÚNIOR, E. B. Res Nullius? O regime brasileiro de repressão à apropriação indébita das expressões culturais folclóricas: direitos autorais e sistema de repressão à concorrência desleal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 102, n. 930, p. 281–330, 2013. p. 294.

²⁹³ BARBOSA, D. B. **Uma introdução à propriedade intelectual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 244.

²⁹⁴ BARBOSA, D. B. A concorrência desleal e sua vertente parasitária. **Revista da ABPI**, [Rio de Janeiro], n. 116, p. 19–34, 2012. p. 22.

indicação de que é proveniente de uma determinada comunidade, os grupos que produzem os produtos autênticos podem tomar certas medidas para impedir esses atos.²⁹⁵

Ressalta-se que é possível a arguição de concorrência desleal em situações que o direito de exclusividade não tenha condições de ser exercido, como em marcas não registradas, criações não suscetíveis de direito de autor, etc.²⁹⁶ Tendo em vista que a tutela objetiva a repressão ao risco de confusão ou dano, basta que esse agente econômico esteja inserido no mercado na figura de concorrente. Isso é extremamente relevante e benéfico às comunidades tradicionais, já que, como demonstrado nos tópicos anteriores, há diversas dificuldades para que se origine um direito de exclusividade às ECTs pela propriedade intelectual.

Não obstante a referida possibilidade desses grupos estarem no mercado por vontade própria, isso não é necessariamente um padrão dos povos tradicionais. Por muitas vezes, eles desejam apenas manter as suas práticas culturais, sem necessariamente ansiar por uma contrapartida econômica. Todavia, mesmo que a ECT se restrinja no contexto e espaço de uma comunidade, ainda há casos de uso dessas expressões culturais por terceiros que desenvolvem atividades comerciais. Mesmo que pudesse se considerar essas utilizações das ECTs como atos contrários aos usos honestos em matéria comercial, nessas situações, as comunidades tradicionais não se comportam como agentes econômicos. Dessa forma, não haveria concorrência e, por conseguinte, não sucederia deslealdade concorrencial a ser reprimida.

Ainda que a CUP disponha que atos de concorrência desleal são apenas atos de concorrência, ou seja, entre agentes econômicos, há uma tendência deste instituto ser observado sob um novo olhar, que é mais amplo e integrado à ordem jurídica como um todo, em que a preocupação não está somente no interesse privado, mas também em interesses públicos e dos consumidores.²⁹⁷ Um exemplo dessa mudança de perspectiva são as *Model Provisions of Protection Against Unfair Competition*, criadas pela OMPI em 1996 para auxiliar os Estados no cumprimento das obrigações do art. 10 bis da CUP, que dispõe sobre a concorrência desleal. Nas *Model Provisions*, preceitua-se que constitui

²⁹⁵ WIPO. **Nota informativa n° 5 - A propriedade intelectual e o artesanato tradicional**. Genebra: [s. n.], 2016d. Disponível em: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/pt/wipo_pub_tk_5.pdf. Acesso em: 31 jan. 2022.p. 3.

²⁹⁶ BARBOSA, D. B. **Uma introdução à propriedade intelectual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 247.

²⁹⁷ MORO, M. C. F. A proteção dos sinais distintivos como promoção da ética e da sustentabilidade em um mercado de livre concorrência. **Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 22, n. 1, p. 335–352, 2017. p. 342.

concorrência desleal qualquer ato ou prática, no curso de uma atividade comercial ou industrial, que seja contrário às práticas honestas²⁹⁸, isto é, sem a condição existente na CUP que o ato seja de concorrência. Essa supressão ocorreu pelo entendimento da OMPI de que um ato, mesmo que não dirigido contra um concorrente, pode influenciar a concorrência no mercado ao aumentar a competitividade desse agente em relação aos seus concorrentes.²⁹⁹ A partir disso, passou-se a entender que a concorrência desleal pode ser configurada mesmo em situações em que não há concorrência direta entre a parte que cometeu o ato e a outra cujo interesse foi afetado por ele.

Com base nessa perspectiva contemporânea, torna-se possível caracterizar um ato como concorrência desleal, mesmo que a prática ocorra em detrimento de uma comunidade tradicional que não se comporte como agente econômico, tendo em vista que esse ato prejudica não só esses grupos, mas todo o mercado. Sumariamente, isto significa:

[..] que o ato de concorrência desleal pode prejudicar dois grupos: o prejudicado direto e o indireto. O prejudicado direto do ato não é necessariamente um agente comercial ou industrial, podendo ser, por exemplo, uma pessoa física ou mesmo uma comunidade tradicional. O grupo dos prejudicados indiretos compreende, dentre outros, os demais concorrentes que atuam no mesmo nicho de mercado, uma vez que a vantagem injusta obtida pelo agente desleal lhe confere um benefício que o coloca em posição privilegiada frente aos demais agentes do mercado.³⁰⁰

Reforçando esse entendimento, a OMPI reconhece, sobretudo pela atuação da IGC, que os princípios de concorrência desleal podem ser utilizados para combater o uso indevido das ECTs.³⁰¹ Portanto, o sistema de repressão à concorrência desleal se revela proveitoso nas ocorrências de utilizações abusivas das ECTs, devendo se observar se o ato em questão se configura como contrário às práticas honestas em matéria industrial ou comercial, como são, por exemplo, os casos de utilização sem a autorização da respectiva comunidade tradicional.

²⁹⁸ Article 1 – General Principles

(1) [General Provision] (a) In addition to the acts and practices referred to in Articles 2 to 6, any act or practice, in the course of industrial or commercial activities, that is contrary to honest practices shall constitute an act of unfair competition.

²⁹⁹ WIPO. **Model Provisions on Protection Against Unfair Competition: Articles and Notes**. Genebra: WIPO, 1996. p. 10.

³⁰⁰ RODRIGUES JÚNIOR, E. B. Res Nullius? O regime brasileiro de repressão à apropriação indébita das expressões culturais folclóricas: direitos autorais e sistema de repressão à concorrência desleal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 102, n. 930, p. 281–330, 2013. p. 296.

³⁰¹ INTERGOVERNMENTAL COMMITTEE ON INTELLECTUAL PROPERTY AND GENETIC RESOURCES, T. K. and F. **The protection of traditional cultural expressions: updated draft gap analysis**. Genebra: [s. n.], 2018. p. 28–29.

Cumprе recapitular que o instituto de repressão à concorrência desleal não concede aos grupos tradicionais os direitos de uso das ECTs, uma vez que não gera direito de exclusividade. Dessa forma, mesmo que o mecanismo seja importante e essencial para reprimir as tantas práticas abusivas às ECTs, ainda permanece o problema de que os povos tradicionais não podem controlar efetivamente as utilizações das suas práticas culturais.

4 CONCLUSÃO

As ECTs são representações da identificação social e cultural das comunidades tradicionais. Não obstante a sua importância para esses grupos, essas manifestações culturais são continuamente utilizadas de forma indevida por indivíduos alheios às comunidades.

Com base na observação das ECTs como objeto do direito do patrimônio cultural e da propriedade intelectual, constata-se a existência de instrumentos jurídicos que podem auxiliar na solução desse problema. Parte deles são utilizados caso as comunidades tradicionais exerçam atividades comerciais mediante o uso das ECTs, e outra parte são empregados na circunstância desses povos não ansiarem serem agentes econômicos.

Na hipótese de as comunidades serem atuantes no mercado, os signos distintivos, por meio das marcas coletivas e de certificação e das indicações geográficas, se revelam, ainda que com ressalvas, como mecanismos aplicáveis para consolidar a importância das ECTs ao público em geral e dirimir, de forma indireta, casos de uso indevido. As indicações geográficas se melhor adequam aos artesanatos tradicionais, como no caso da Indicação de Procedência da Região do Jalapão do Tocantins para artesanato em capim dourado, enquanto as marcas coletivas e de certificação podem abarcar outras formas de manifestações culturais, como ocorre com a marca da certificação *Toi Iho Maori Made Mark* da Nova Zelândia.

Já para os povos que não desejam exercer atividades econômicas, na ótica da propriedade intelectual, o sistema de repressão à concorrência desleal, com base na perspectiva contemporânea sobre o tema, pode ser utilizado na situação de uso indevido de ECT, uma vez que é ato contrário às práticas honestas em matéria comercial ou industrial. Ressalta-se que a tutela desse sistema de repressão também incide nas hipóteses de as comunidades tradicionais serem agentes econômicos.

No que concerne ao direito do patrimônio cultural, os casos analisados evidenciam que o Registro, por meio da inclusão da ECT no Livro das Formas de Expressão, além de ser importante para a salvaguarda dessas manifestações culturais, é instrumento capaz de provocar a atuação do IPHAN para a resolução de conflitos em torno das comunidades tradicionais e reprimir o eventual uso indevido das suas expressões. Ademais, seguindo o dever de vigilância preceituado na Constituição Federal, a ação civil pública e ação popular, como mecanismos processuais que protegem o patrimônio cultural brasileiro,

também podem ser relevantes às ECTs, suscitando certo protagonismo aos grupos tradicionais no controle do que é considerado nocivo a sua cultura.

Inobstante a pertinência dos referidos instrumentos jurídicos para a proteção das práticas culturais desses povos, eles também não são inteiramente adequados para coibir uma situação de uso abusivo, tendo em vista que nenhum deles gera direito de exclusividade às comunidades tradicionais sobre as ECTs. Mesmo que este não seja o propósito dos instrumentos de salvaguarda do patrimônio cultural, como o Registro, que buscam a promoção e difusão desses bens, o que também é crucial de ser realizado, as atuais dinâmicas de mercado, que colocam as ECTs constantemente como objetos de mercadoria, demandam um novo olhar para formas de sua proteção. Isso pode ser observado nos casos analisados, como do Projeto Havaianas Tribos e Coleção Grafismo. Dessa forma, é necessário que as comunidades tradicionais sejam detentoras de direitos de uso sobre as ECTs, pois, somente assim, elas poderão controlar efetivamente as utilizações de seus conhecimentos e expressões.

O sistema de propriedade intelectual, por sua vez, que é o capaz de gerar o desejado direito de exclusividade, é falho na matéria. Dadas as particularidades das ECTs, como seus aspectos de oralidade, propriedade coletiva e atemporalidade, elas não são devidamente tuteladas pelo direito de autor e desenho industrial, que seriam instrumentos capazes de proporcionar direitos de uso às comunidades tradicionais sobre suas expressões.

Independentemente da (in)existência de instrumentos jurídicos tutelando essas expressões, no que toca os sujeitos que buscam a utilização das ECTs, para fins comerciais ou não, o diálogo com as comunidades é imprescindível, seja para ter a devida autorização prévia, quanto para entender o contexto tradicional subjacente à prática cultural. Cada ECT possui elementos e características únicas e cada grupo se organiza de forma particular e com seus próprios regramentos, de tal forma que a comunicação é indispensável para se evitar problemáticas e sanar incertezas.

Conclui-se, por fim, que é primordial a criação de instrumento *sui generis* de proteção às ECT, que reconheça os povos tradicionais como titulares de direitos intelectuais de suas manifestações culturais. Do contrário, as ECTs persistirão em

“situação de extrema vulnerabilidade e de risco permanente de lesão e até perecimento”.³⁰²

Proteger as práticas culturais dos povos tradicionais é preservar a história nacional e prestigiar os grupos responsáveis pela formação da sociedade brasileira. Salvar essas manifestações significa consolidar a memória de uma nação e reconhecer a diversidade étnica e regional. E, acima de tudo, defender as ECTs simboliza a valorização da cultura e o seu imprescindível papel na construção da identidade do indivíduo e da coletividade.

³⁰² QUEIROZ, H. F. O. G. e. **O registro de bens culturais imateriais como instrumento constitucional garantidor de direitos culturais**. 301 f. 2014. Dissertação (Mestrado em Preservação do Patrimônio Cultural) - IPHAN, Rio de Janeiro, 2014. p. 201.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, R. R. B. de. **O samba de roda na gira do patrimônio**. 2010. Tese (Doutorado em Antropologia Social) - Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Campinas, 2010.

ARAÚJO, C. R. Desenho industrial e direito autoral: a possibilidade de dupla proteção do design de moda no ordenamento jurídico brasileiro. *In*: ROSINA, M. S. G.; CURY, M. F. (org.). **Fashion law: direito e moda no Brasil**. São Paulo: Thomson Reuters, 2018. p. 131–154.

BAPTISTA, F. M.; VALLE, R. S. T. do. **Os povos indígenas frente ao direito autoral e de imagem**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004.

BARBOSA, D. B. A concorrência desleal e sua vertente parasitária. **Revista da ABPI**, [Rio de Janeiro], n. 116, p. 19–34, 2012.

BARBOSA, D. B. **Uma introdução à propriedade intelectual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BARBOSA, F. Direitos humanos, patrimônio cultural e políticas públicas. *In*: SOARES, I. V. P.; CUREAU, S. (org.). **Bens culturais e direitos humanos**. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2019. p. 75–106.

BARBOSA, P. M. da S. Marcas coletivas e marcas de certificação: marcas de uso coletivo. *In*: CURSO DE PROPRIEDADE INTELECTUAL & INOVAÇÃO NO AGRONEGÓCIO. 4. ed. Florianópolis: FUNJAB, 2014. p. 270–295.

BAUMAN, Z. **A cultura no mundo líquido moderno**. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BAUMAN, Z. **Ensaio sobre o conceito de cultura**. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

BELAS, C. A. **Indicações geográficas e a salvaguarda do patrimônio cultural: artesanato de capim dourado Jalapão-Brasil**. 2012. Tese (Doutorado em Ciências) - Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFFRJ), Instituto de Ciências Humanas e Sociais, Rio de Janeiro, 2012.

BITTAR, C. A. **Direito de autor**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BLAKENEY, M. Protecting the knowledge and cultural expressions of aboriginal peoples. **University of Western Australia Law Review**, Perth, v. 39, n. 2, p. 180–207, 2015.

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOGSCH, A.; WIPO. **Brief history of the first 25 years of the World Intellectual Property Organization**. Geneva: WIPO, 1992.

BRASIL. IPHAN. **Portaria n° 200, de 18 de maio de 2016**. Dispõe sobre a

regulamentação do Programa Nacional do Patrimônio Imaterial - PNPI. Brasília: Presidente do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN, 2016. Disponível em: http://portal.iphan.gov.br/uploads/legislacao/portaria_n_200_de_15_de_mai_de_2016.pdf. Acesso em: 4 mar. 2022.

BRASIL. IPHAN. **Processo Administrativo nº 01424.000082/2011-35**. Utilização inadequada da Arte Kusiwa, dos Wajãpis. 2011. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/890>. Acesso em: 7 out. 2021.

BRASIL. IPHAN. **Processo Administrativo nº 01450.015161/2008-28**. Acervo sonoro referente às tradições musicais do Recôncavo Baiano. Disponível em: <http://bityli.com/tQIEa>. Acesso em: 14 abr. 2022.

BRAYNER, N. G. Direitos culturais, afirmação identitária e patrimonialização: a salvaguarda das expressões orais e gráficas dos Wajãpi no Amapá. **Coloquio internacional - La transmisión de la tradición para la salvaguardia y conservación del patrimonio cultural**, [Cidade do México], p. 90–108, 2012.

BRUCH, K. L. *et al.* Indicações geográficas e outros signos distintivos: aspectos legais. *In*: PIMENTEL, L. O. (org.). **Curso de propriedade intelectual & inovação no agronegócio: Módulo II, indicação geográfica**. 4. ed. Florianópolis: FUNJAB, 2014.

BRUCH, K. L. Indicações geográficas para o Brasil: problemas e perspectivas. *In*: PIMENTEL, L. O.; BOFF, S. O.; DEL'OLMO, F. de S. (org.). **Propriedade intelectual: gestão do conhecimento, inovação tecnológica no agronegócio e cidadania**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

BRUCH, K. L. **Signos distintivos de origem: entre o velho e o novo mundo vitivinícola**. 2011. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011.

BRUCH, K. L.; COPETTI, M. Procedimento de registro das Indicações Geográficas. *In*: PIMENTEL, L. O. (org.). **Curso de propriedade intelectual & inovação no agronegócio: Módulo II, indicação geográfica**. Florianópolis: FUNJAB, 2014. p. 195–232.

BRUCH, K. L.; KRETSCHMANN, A. A compreensão da indicação geográfica como um signo distintivo de origem. *In*: MEZARROBA, O. *et al.* (org.). **Propriedade intelectual**. 1. ed. Curitiba: Classica, 2014. p. 12–36.

BRUCH, K. L.; VIEIRA, A. C. P. Glocal: a indicação geográfica como forma de proteção aos conhecimentos tradicionais. **Revista de Propriedade Intelectual - Direito Constitucional e Contemporâneo**, [s. l.], v. 10, n. 2, p. 91–107, 2016.

BRUCH, K. L.; VIEIRA, A. C. P.; BARBOSA, P. M. da S. O direito fundamental à proteção dos signos distintivos: uma análise comparativa entre marcas coletivas e indicações geográficas no ordenamento jurídico brasileiro. *In*: SOBRINHO, L. L. P.; PIAIA, T. C.; ZIBETTI, F. W. (org.). **Balcão do consumidor: constitucionalismo, novas tecnologias e sustentabilidade**. Passo Fundo: Editora da UPF, 2015. p. 231–256.

CAMPOS, A. P. **Direitos morais no patrimônio cultural imaterial**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2014.

CARPENTER, M. M. Intellectual Property Law and Indigenous Peoples: Adapting Copyright Law to the Needs of a Global Community. **Yale Human Rights and Development Law Journal**, [New Haven], v. 7, n. 1, p. 51–77, 2004.

CASTRO, M. L. V. de; FONSECA, M. C. L. **Patrimônio imaterial no Brasil: legislação e políticas estaduais**. Brasília: UNESCO, Educarte, 2008.

COELHO, D. M. T. Patrimônio cultural imaterial e direitos humanos: o registro do fandango caiçara como forma de expressão. *In*: SOARES, I. V. P.; CUREAU, S. (org.). **Bens culturais e direitos humanos**. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2019. p. 373–394.

COELHO, F. U. **Curso de direito civil: direito das coisas, direito autoral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

COSTA, M. B. L. C. da. **O poder legislativo no desenho industrial da política de preservação do patrimônio cultural no Brasil**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2019.

COSTA, R. V. **O registro do patrimônio cultural imaterial como mecanismo de reconhecimento de direitos intelectuais coletivos de povos e comunidades tradicionais: os efeitos do instrumento sob a ótica dos direitos culturais**. 2017. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017.

COSTA, R. V.; SILVA, F. A. B. Os usos do registro do patrimônio cultural imaterial para reconhecimento de direitos intelectuais coletivos: o que dizem os processos administrativos do IPHAN sobre os direitos culturais. *In*: SOARES, I. V. P.; PRAGMÁCIO, M. (org.). **Tutela jurídica e política de preservação do patrimônio cultural imaterial**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 343–402.

CUNHA, M. C. da. "Cultura" e cultura: conhecimentos tradicionais e direitos intelectuais. *In*: **Cultura com Aspas**. [São Paulo]: Cosac Naify, 2009. p. 311–373.

CUNHA FILHO, F. H. Direitos culturais no Brasil: dimensionamento e conceituação. *In*: SOARES, I. V. P.; CUREAU, S. (org.). **Bens culturais e direitos humanos**. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2019. p. 29–38.

CUNHA FILHO, F. H. **Teoria dos direitos culturais: fundamentos e finalidades**. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2018.

CUNHA FILHO, F. H.; RABÊLO, C. N. O caráter multiforme, ubíquo e multiconcorrencial da vigilância sobre o patrimônio cultural brasileiro. *In*: SOARES, I. V. P.; TELLES, M. F. de P. (org.). **Tutela jurídica e política de preservação do patrimônio cultural imaterial**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 87–106.

CUREAU, S. Dimensões das práticas culturais e direitos humanos. *In*: SOARES, I. V. P.; CUREAU, S. (org.). **Bens culturais e direitos humanos**. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2019. p. 107–132.

D'ELBOUX, S. M.; BAIRON, S. A proteção legal às expressões culturais tradicionais no Brasil - Mecanismos e iniciativas para a sua preservação e difusão. *In*: SOARES, I. V. P.; PRAGMÁCIO, M. (org.). **Tutela jurídica e política de preservação do patrimônio cultural imaterial**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 121–144.

DEER, K. Indigenous ICT Taskforce. *In*: POPOVA-GOSART, U. (org.). **Traditional knowledge & indigenous peoples**. Geneva: WIPO, 2010. p. 94–106.

DRUMMOND, V. G. **A tutela jurídica das expressões culturais tradicionais**. São Paulo: Almedina, 2017.

ESTRELA, E. S. **Pankaru**. [S. l.], 2003. Disponível em: <https://pib.socioambiental.org/pt/Povo:Pankaru>. Acesso em: 13 mar. 2022.

FARIA, V. L. P. de. **A proteção jurídica de expressões culturais de povos indígenas na indústria cultural**. São Paulo: Itaú Cultural: Iluminuras, 2012.

FERRAZ JUNIOR, T. S. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

FLORENCIO, S. P. N. **A lei de direitos autorais e a cultura popular brasileira**. 2012. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Ciências Sociais) - Universidade de Brasília, Brasília, 2012.

FONSECA, M. C. L. A salvaguarda do patrimônio cultural imaterial do Iphan: antecedentes, realizações e desafios. **Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional**, [Brasília], n. 35, p. 157–170, 2017.

FONSECA, M. C. L. O patrimônio imaterial em processo: uma leitura dos bens inscritos nos livros de registro do Iphan. *In*: SOARES, I. V. P.; TELLES, M. F. de P. (org.). **Tutela jurídica e política de preservação do patrimônio cultural imaterial**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 71–86.

FONSECA, M. C. L. Registro. *In*: REZENDE, M. B. *et al.* (org.). **Dicionário IPHAN de Patrimônio Cultural**. Rio de Janeiro, Brasília: IPHAN/DAF/Copedoc, 2015.

GALLOIS, D. T. Donos, detentores e usuários da arte gráfica kusiwa. **Revista de Antropologia**, São Paulo, v. 55, n. 1, p. 19–49, 2012.

GALLOIS, D. T. Materializando saberes imateriais: experiências indígenas na Amazônia Oriental. **Revista de Estudos e Pesquisas**, Brasília, v. 4, n. 2, p. 95–116, 2007.

GALLOIS, D. T. **Patrimônio Cultural Imaterial e Povos Indígenas: Exemplos no Amapá e norte do Pará**. [São Paulo]: Iepé, 2006.

GARONE, T.; JUNQUEIRA, P. Patrimônio Cultural, patrimônio de quem? Apropriação e uso indevido de Bens Culturais Imateriais. **Anais da 30ª Reunião Brasileira de Antropologia**, João Pessoa, 2016.

GIESBRECHT, H. O. *et al.* **Indicações geográficas brasileiras**. Brasília: SEBRAE,

INPI, 2016.

HOLDER, J.; SILVA, M. dos R. F. Proteção à identidade indígena e quilombola: uma análise à luz do multiculturalismo e da abertura constitucional. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, Natal, v. 4, n. 2, p. 1–26, 2011.

INPI. **Manual de Desenhos Industriais**. [Rio de Janeiro]: INPI, 2019. Disponível em: <http://manualdedi.inpi.gov.br/projects/manual-de-desenho-industrial/wiki>. Acesso em: 15 mar. 2022.

INPI. **Manual de Marcas**. 3. ed. [Rio de Janeiro]: IPHAN, 2022. *E-book*.

INTERGOVERNMENTAL COMMITTEE ON INTELLECTUAL PROPERTY AND GENETIC RESOURCES, T. K. and F. **The protection of traditional cultural expressions: updated draft gap analysis**. Genebra: [s. n.], 2018.

IPHAN. **Bens Imateriais Registrados e Área de Abrangência**. Brasília, 2021. Disponível em: http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/ListasBensRegistrados2021_25-08.xlsx. Acesso em: 5 mar. 2022.

IPHAN. **Dossiê IPHAN: Samba de Roda do Recôncavo Baiano**. Brasília: IPHAN, 2006.

IPHAN. **Livros de Registro**. Brasília, [s. d.]. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/122>. Acesso em: 5 mar. 2022.

IPHAN. **Plano Integrado de Salvaguarda e Valorização do Samba de Roda do Recôncavo Baiano**. [Brasília]: IPHAN, [s.d.]. Disponível em: http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Plano_salvaguarda_samba_roda.pdf. Acesso em: 11 abr. 2022.

JANKE, T. **Minding culture: case studies on intellectual property and traditional cultural expressions**. Geneva: WIPO, 2003.

JANKE, T. **True Tracks: Indigenous Cultural and Intellectual Property Principles for putting Self-Determination into practice**. 2019. Thesis (Doctor of Philosophy) - Australian National University, Canberra, 2019.

JANKE, T.; DAWSON, P. **New tracks: Indigenous knowledge and cultural expression and the Australian intellectual property system**. [Sydney]: Terri Janke and Company Pty Ltd, 2012.

JASKI, P. Protecting traditional cultural expressions - some questions for lawmakers. **WIPO Magazine**, [s. l.], n. 4, p. 8–15, 2017. Disponível em: https://www.wipo.int/export/sites/www/wipo_magazine/en/pdf/2017/wipo_pub_121_2017_04.pdf. Acesso em: 13 set. 2021.

KISHI, S. A. S. Conhecimentos e povos tradicionais: a valorização da dignidade humana pelo direito patrimonial cultural. In: SOARES, I. V. P.; CUREAU, S. (org.). **Bens culturais e direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2019. p. 215–

LIXINSKI, L. Instrumentos regionais e internacionais sobre patrimônio cultural imaterial: multiculturalismo entre tradição e modernidade, cultura alta e baixa. *In*: SOARES, I. V. P.; TELLES, M. F. de P. (org.). **Tutela jurídica e política de preservação do patrimônio cultural imaterial**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 47–69.

MARCHESAN, A. M. M. Movimentos sociais, direitos humanos e patrimônio cultural. *In*: SOARES, I. V. P.; CUREAU, S. (org.). **Bens culturais e direitos humanos**. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2019. p. 341–356.

MINISTÉRIO DA CIDADANIA. **Secretaria Especial da Cultura é transferida do Ministério da Cidadania para o Turismo**. Brasília: Governo Federal - Governo do Brasil, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/cidadania/pt-br/noticias-e-conteudos/institucional-cidadania/secretaria-especial-da-cultura-e-transferida-do-ministerio-da-cidadania-para-o-turismo>. Acesso em: 19 dez. 2020.

MINISTÉRIO DA CULTURA; IPHAN. **O registro do patrimônio imaterial: dossiê final das atividades da Comissão e do Grupo de Trabalho Patrimônio Imaterial**. Brasília: Ministério da Cultura / Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, 2006.

MOREIRA, E. C. P. Acesso e uso dos conhecimentos tradicionais no Brasil: o caso Ver-o-peso. *In*: SOARES, I. V. P.; CUREAU, S. (org.). **Bens culturais e direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2019. p. 191–214.

MORO, M. C. F. A proteção dos sinais distintivos como promoção da ética e da sustentabilidade em um mercado de livre concorrência. **Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 22, n. 1, p. 335–352, 2017.

MOTTA, L.; REZENDE, M. B. Inventário. *In*: GRIECO, B.; TEIXEIRA, L.; THOMPSON, A. (org.). **Dicionário IPHAN de Patrimônio Cultural**. Brasília: IPHAN/DAF/Copedoc, 2016. p. 1–39.

NOVAES, M. **As sandálias da polêmica**. São Paulo, 2015. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2015/02/13/politica/1423839248_331372.html. Acesso em: 04 abr. 2022.

ODY, L. F. W. **Direito e Arte: O direito da arte brasileiro sistematizado a partir do paradigma alemão**. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

ODY, L. F. W. **Relações entre Fashion Law e o Direito da Arte, do Autor e da proteção de patrimônio cultural**. [S. l.]: No prelo, 2021.

PAIVA, C. M. de S. **Direito do patrimônio cultural: autonomia e efetividade**. Curitiba: Juruá, 2015.

PIRES, M. C. S. A proteção do patrimônio cultural como contraponto à desterritorialização. *In*: SOARES, I. V. P.; CUREAU, S. (org.). **Bens culturais e direitos humanos**. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2019. p. 61–74.

QUEIROZ, H. F. O. G. e. Acarajé tem axé: a desafiadora salvaguarda do ofício de baina como patrimônio cultural imaterial. *In*: SOARES, I. V. P.; TELLES, M. F. de P. (org.). **Tutela jurídica e política de preservação do patrimônio cultural imaterial**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 403–420.

QUEIROZ, H. F. O. G. e. O Registro como instrumento de defesa de direitos: dilemas e desafios da salvaguarda de bens culturais imateriais do Brasil e os 15 anos da política de preservação inaugurada pelo Decreto Presidencial 3.551/2000. **Revista Memorare**, Tubarão, v. 4, n. 1, p. 146–164, 2017.

QUEIROZ, H. F. O. G. e. **O registro de bens culturais imateriais como instrumento constitucional garantidor de direitos culturais**. 301 f. 2014. Dissertação (Mestrado em Preservação do Patrimônio Cultural) - IPHAN, Rio de Janeiro, 2014.

RODRIGUES JÚNIOR, E. B. Res Nullius? O regime brasileiro de repressão à apropriação indébita das expressões culturais folclóricas: direitos autorais e sistema de repressão à concorrência desleal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 102, n. 930, p. 281–330, 2013.

SANTOS, M. J. P. dos. A questão da autoria e da originalidade em direito de autor. *In*: SANTOS, M. J. P. dos; JABUR, W. P. (org.). **Direito autoral**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 103–151.

SILVA, J. A. da. **Ordenação constitucional da cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVEIRA, N. **Propriedade intelectual: propriedade industrial, direito de autor, software, cultivares, nome empresarial, título de estabelecimento, abuso de patentes**. Barueri: Manole, 2018.

SOARES, I. V. P. Direito ao (do) patrimônio cultural. *In*: CUNHA FILHO, F. H. (org.). **Diálogos culturais em rede: inquietações teóricas e práticas**. Fortaleza: IBDCult, 2017. p. 60–85.

SOARES, I. V. P.; FARIAS, T. Patrimônio cultural imaterial no licenciamento ambiental. *In*: SOARES, I. V. P.; TELLES, M. F. de P. (org.). **Tutela jurídica e política de preservação do patrimônio cultural imaterial**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 145–182.

SOUZA, M. S. C. de. A pintura esquecida e o desenho roubado: contrato, troca e criatividade entre os Kisêdjê. **Revista de Antropologia**, [S. l.], v. 55, n. 1, p. 209–254, 2012.

STAKE, R. E. Case Studies. *In*: DENZIN, N. K.; LINCOLN, Y. S. (org.). **Strategies of Qualitative Inquiry**. [New York]: SAGE Publications, 2003. p. 134–164.

TELLES, M. F. de P. O registro como forma de proteção do patrimônio cultural imaterial. **Revista CPC**, São Paulo, n. 4, p. 40–71, 2007.

TRONCARELLI, M. C; SEEGER, A. **Kisêdjê**. [s. l.], 2003. Disponível em:

<https://pib.socioambiental.org/pt/Povo:Kisêdjê>. Acesso em: 3 out. 2021.

VARELLA, G. O patrimônio imaterial no Plano Nacional de Cultura. *In*: SOARES, I. V. P.; TELLES, M. F. de P. (org.). **Tutela jurídica e política de preservação do patrimônio cultural imaterial**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 301–322.

VILLAS-BÔAS, A. **Xingu**. [S. l.], 2002. Disponível em: <https://pib.socioambiental.org/pt/Povo:Xingu>. Acesso em: 14 set. 2021.

WACHOWICZ, M. O “Novo” Direito Autoral na Sociedade Informacional. *In*: WOLKMER, A. C.; LEITE, J. R. M. (org.). **Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas - uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas**. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. p. 375–399.

WIPO. **Consolidated analysis of the legal protection of traditional cultural expressions/expressions of folklore**. Genebra: WIPO, 2003.

WIPO. **Glossary of Key Terms Related to Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions**. Genebra: WIPO, 2018. Disponível em: https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_37/wipo_grtkf_ic_37_inf_7.pdf. Acesso em: 18 maio 2021.

WIPO. **Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions**. [Genebra]: WIPO, 2020. Disponível em: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_933_2020.pdf. Acesso em: 15 abr. 2021.

WIPO. **Intellectual Property Needs and Expectations of Traditional Knowledge Holders**. Geneva: WIPO, 2001.

WIPO. **Model Provisions on Protection Against Unfair Competition: Articles and Notes**. Genebra: WIPO, 1996.

WIPO. **Nota informativa n° 1 - Conhecimentos tradicionais e propriedade intelectual**. Genebra: WIPO, 2016a. Disponível em: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/pt/wipo_pub_tk_1.pdf. Acesso em: 24 mar. 2021.

WIPO. **Nota informativa n° 2 - Comissão Intergovernamental da OMPI sobre a Propriedade Intelectual e os Recursos Genéticos, os Conhecimentos Tradicionais e o Folclore**. Genebra: WIPO, 2016b. Disponível em: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/pt/wipo_pub_tk_2.pdf. Acesso em: 24 mar. 2021.

WIPO. **Nota informativa n° 3 - O desenvolvimento de uma estratégia nacional sobre a propriedade intelectual, os conhecimentos tradicionais e as expressões culturais tradicionais**. Genebra: [s. n.], 2016c. Disponível em: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/pt/wipo_pub_tk_3.pdf. Acesso em: 24 mar. 2021.

WIPO. **Nota informativa n° 5 - A propriedade intelectual e o artesanato tradicional**. Genebra: [s. n.], 2016d. Disponível em:

https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/pt/wipo_pub_tk_5.pdf. Acesso em: 31 jan. 2022.
WIPO. WIPO Intellectual Property Handbook: Policy, Law and Use. Geneva: WIPO, 2004.