

PROJETO “VALORIZAÇÃO DO MUNDO CULTURAL GUARANI”

CENTRO DE TRABALHO INDIGENISTA

IPHAN/AECID

ASPECTOS LEGAIS DO INRC GUARANI MBYÁ.

João Mítia Antunha Barbosa.

São Paulo, 15 de outubro de 2010.

INDICE

	Página
Introdução.....	03
1 - O percurso e o fundamento da tutela jurídica dos Direitos Culturais Indígenas.	04
2 – Os principais dilemas encontrados na legislação vigente.	09
3 – INRC: antagonismos e potencialidades.	15
Considerações Finais	21
Bibliografia	23

Introdução.

O presente estudo visa apresentar reflexões e fornecer subsídios jurídicos relativos aos **Direitos Culturais e Intelectuais Indígenas**, sublinhando mais precisamente aquelas questões legais que atinjam diretamente - ou mesmo que tangenciem - o universo da cultura imaterial (e material¹) do **Povo Indígena Guarani Mbyá**. Tais reflexões decorrem essencialmente de três oficinas jurídicas² desenvolvidas pelo **Centro de Trabalho Indigenista – CTI** – em conjunto com lideranças guarani e suas organizações, no quadro dos estudos e debates prévios (etapa preliminar) à aplicação do **Inventário Nacional de Referências Culturais – INRC**- do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN.

Tanto nas oficinas quanto nas problemáticas levantadas pelos participantes poderíamos destacar três principais temas que ditaram a dinâmica dos trabalhos realizados e a tônica das preocupações manifestadas nos encontros. A saber:

I - O percurso e o fundamento da tutela jurídica dos Direitos Culturais Indígenas.

II - Os principais dilemas encontrados na legislação vigente.

III - INRC: antagonismos e potencialidades.

¹ O caráter material de determinadas expressões culturais não exclui sua dimensão imaterial, sendo, portanto, impossível falar de salvaguarda de “Patrimônio Cultural Imaterial” sem incluir também nessa categoria as expressões que se manifestam de forma física.

² A primeira reunião foi realizada no âmbito da “oficina de saberes artesanais”, realizada na Aldeia Cantagalo, Município de Porto Alegre/RS e contou com a participação de todos as lideranças e dos anciãos que participavam das demais atividades, que ouviram as questões levantadas com muito interesse, debatendo-as ao final. A segunda reunião foi realizada no próprio CTI, contando com a participação de integrantes dos programas Guarani e Timbira e com a participação de Marcos dos Santos Tupã da Comissão Guarani Yyvrupa (CGY). A terceira oficina foi realizada no âmbito de uma reunião geral de planejamento entre todas as lideranças que coordenam a CGY, ocasião na qual foi possível aprofundar muito as questões discutidas em Cantagalo e na qual as lideranças da CGY chegaram à algumas das formulações que discutimos aqui a partir de um ponto de vista jurídico.

Tendo sido esta a pauta final extraída dos debates conduzidos dentro das oficinas jurídicas realizadas, julgamos interessante transportá-la, na medida do possível, para a presente análise. Com isso esperamos que se tenha uma representação relativamente fiel da dinâmica, das problemáticas suscitadas e dos anseios expressados em tais oficinas pelas lideranças e *Xamõi Guarani Mbyá*, assim como por suas organizações de apoio.

I - O percurso e o fundamento da tutela jurídica dos Direitos Culturais Indígenas.

O debate acerca da proteção dos direitos culturais e intelectuais indígenas perpassa, dentre outras matérias, aquela genericamente chamada de Propriedade Intelectual. O bom entendimento dos elementos tratados por esse ramo do direito é essencial na presente discussão, permitindo avaliar seu alcance e apontar suas deficiências no que tange à proteção de direitos culturais e intelectuais indígenas. Um breve diagnóstico sobre o tema serviria não só para indicar o que vem sendo construído e debatido em matéria de propriedade intelectual, no que se refere aos direitos dos povos indígenas, mas sugere também - ao indicar suas ineficiências - que novas esferas legais e administrativas poderiam fornecer respostas interessantes (mas que as suprem apenas até determinado ponto) para elementos deixados sem amparo dentro do direito de propriedade intelectual em vigor. As políticas atualmente levadas a cabo pela UNESCO ou pelo próprio IPHAN (destaquemos o INRC – Decreto 3551/2000) seriam algumas dessas esferas proveitosas e complementares.

Para os fins da presente análise, poderíamos sucinta e grosseiramente subdividir a propriedade intelectual em dois principais ramos:

- 1º - A Propriedade Industrial (Lei 9279/96), é o mecanismo jurídico criado para proteger as **invenções** e os modelos de utilidade (por meio de patentes), e as marcas, indicações geográficas e desenhos industriais (através de registros).

- 2º - O Direito Autoral (Lei 9610/98), por sua vez, faz referência ao rol de direitos responsáveis principalmente pela tutela das obras **literárias, artísticas e estéticas**.

A propriedade intelectual, como é definida atualmente, é uma espécie de **monopólio concedido pelo Estado**, por um **certo período de tempo**, a um **autor** (geralmente) **individual ou individualizável** para uma **invenção, criação ou obra**, antes que as mesmas sejam lançadas no **domínio público**. Como veremos adiante, essas balizas oferecidas pela propriedade industrial e pelo direito de autor apresentam uma série de obstáculos no que se refere à efetiva proteção dos direitos intelectuais dos povos indígenas. Seria justamente no interior de tais brechas que vemos surgir e agir novas formas de iniciativas que tentam dar um respaldo mais pontual e específico para a garantia e salvaguarda das expressões culturais dos povos indígenas. Indagou-se diversas vezes, nessa etapa preliminar, em que medida políticas desenvolvidas por instituições como o IPHAN (aqui o INRC) seriam capazes de desempenhar essa função. Isto é, a UNESCO, o IPHAN e seu instrumento de INRC são capazes de contornar as lacunas deixadas pelo sistema internacional de propriedade intelectual no que tange à proteção de determinados direitos intelectuais indígenas ou tradicionais? Essa hipótese levantada nas oficinas pelos representantes e lideranças Guarani mereceria, sem dúvida, que se pense na possibilidade futura de uma avaliação mais pormenorizada. Fica a questão e, porque não, a proposta.

Por ora, uma breve digressão deve nos ajudar a fazer certas considerações para que possamos eventualmente, e no momento oportuno, tratar a questão de forma adequada.

A partir dos anos 70 – primeiramente com a criação de organizações indigenistas, em seguida sob o abrigo de organismos internacionais e, finalmente, com representações autóctones independentes - as populações indígenas passam a se manifestar como atores e interlocutores políticos cada vez mais robustos. Todas essas coalizões participaram de uma certa forma para criar resoluções, recomendações, declarações e leis a

respeito dos direitos culturais e intelectuais indígenas. Tais discussões e determinações atingiram antes de qualquer coisa as questões relativas aos direitos culturais sobre artes / artesanatos, sobre motivos gráficos e sobre objetos arqueológicos³. Essa etapa poderia ser ilustrada pelos aportes de organismos da ONU (como a UNESCO) até os finais dos anos 80, considerados até então como protetores e promotores do folclore, dentro de um recorte jurídico próximo àquele que se ocupa dos direitos de autor. Seria principalmente a partir dos trabalhos que resultaram na **Convenção sobre a Diversidade Biológica** (ou seja, a partir dos anos 90) que despontariam com maior vigor as discussões e reivindicações mais largas referentes aos direitos intelectuais sobre conhecimentos e expressões tradicionais⁴. É, portanto, a partir da **CDB** que se confrontam mais abertamente direitos de propriedade intelectual com saberes tradicionais, expressões culturais e patrimônios imateriais indígenas (Carneiro da Cunha, pg. 326).

Nunca é demais lembrar que a CDB – assinada em 1992 durante a **ECO-92** e ratificada pelo Brasil (Decreto Nº 2.519 de 16 de março de 1998)-, em seu artigo **8 (j)** conclama os países signatários a:

“Em conformidade com sua legislação nacional, respeitar, preservar e manter o conhecimento, inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilo de vida tradicionais relevantes à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica e incentivar sua mais ampla aplicação com a aprovação e a participação dos detentores desse conhecimento, inovações e práticas; e encorajar a repartição equitativa dos benefícios oriundos da utilização desse conhecimento.”

Essa convenção serviu de base para as discussões seguintes a respeito da utilização e acesso ao patrimônio genético e aos conhecimentos tradicionais. Em decorrência dessa obrigação assumida pelo Brasil surge dentro do Ministério do Meio Ambiente o Departamento de Patrimônio Genético – **DPG** e seu órgão colegiado, o Conselho de Gestão do Patrimônio Genético - **CGEN**, órgão de caráter deliberativo e normativo criado pela **MP nº 2.186-16**.

³ Mais precisamente tudo aquilo que diz respeito à cultura material de forma genérica.

⁴ Incluindo portanto seus aspectos imateriais.

Os recentes mecanismos nacionais influenciados pela CDB seguramente ainda carecem de certos ajustes ou reformulações que devem ser incentivados pelos diversos órgãos governamentais e não governamentais afeitos ao tema, mas apresentam mesmo assim ao menos duas relevantes contribuições para a presente discussão. A primeira delas refere-se ao fato de que a MP 2186-16 e o CGEN instituem novas formas de proteção e preservação do patrimônio tradicional indígena – principalmente aquele relacionado aos recursos genéticos e conhecimentos sobre a biodiversidade -, recursos estes que, até então, se encontravam quase que completamente abandonados por nosso ordenamento jurídico, notadamente pelo sistema da propriedade intelectual. Mais além, é importantíssimo atentar para esses dispositivos legais no quadro da atual política de Inventário Nacional de Referências Culturais pois não podemos perder de vista que não raro nos territórios habitados por populações tradicionais, como por exemplo o território tradicional e imemorial do povo Guarani *Mbyá*, coincidem ou se sobrepõem territórios indígenas com rica diversidade cultural mas também (e não seria coincidência) zonas com extraordinária diversidade biológica. Esse fato não pode ser esquecido pois a realização de inventário dentro de território indígena ou dentro de zonas de preservação ambiental deve ocorrer em harmonia com as legislações conexas, ou seja, trata-se de tarefa que exige sensibilidade redobrada, levando sempre em conta suas delicadas conjunturas.

Nas oficinas, os líderes guarani chamaram à atenção, a título de exemplo, para a necessidade de sincronia entre os diferentes mecanismos legais e seus órgãos gestores caso haja coincidência entre um eventual elemento a ser inventariado e a matéria tratada pela MP 2186-16; que em seu art. 9º afirma:

- “À comunidade indígena e à comunidade local que criam, desenvolvem, detêm ou conservam conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético, é garantido o direito de:
- I – ter indicada a origem do acesso ao conhecimento tradicional em todas as publicações, utilizações, explorações e divulgações;
 - II – impedir terceiros não autorizados de:
 - a) utilizar, realizar testes, pesquisas ou exploração, relacionados ao conhecimento tradicional associado;

b) divulgar, transmitir ou retransmitir dados ou informações que integram ou constituem conhecimento tradicional associado;

III- perceber benefícios pela exploração econômica por terceiros, direta ou indiretamente, de conhecimento tradicional associado, cujos direitos são de sua titularidade, nos termos desta Medida Provisória.

Parágrafo Único. Para efeito desta Medida Provisória, **qualquer conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético poderá ser de titularidade da comunidade**, ainda que apenas um indivíduo, membro dessa comunidade, detenha esse conhecimento”.

Tais precisões cronológicas, conceituais e legais são importantes para constatar que é a partir desses debates que começam a proliferar construções teóricas segundo as quais os povos indígenas, assim como outras populações tradicionais, não perceberiam sua relação com o patrimônio ou a cultura⁵ do ponto de vista da propriedade (intelectual) ocidental. Segundo essas comunidades, ou melhor, de acordo com as teorias recentes sobre essas comunidades, o patrimônio material e imaterial indígena não se ajusta espontaneamente à noção ocidental de bens, produtos, objetos, informações, conhecimentos, sendo que até mesmo o conceito de patrimônio mereceria certas ponderações.

Malgrado todas as tentativas, o conceito de patrimônio cultural imaterial continua evoluindo ao sabor das práticas. Assim, produzir as definições necessárias para viabilizar instrumentos jurídicos e planos de ação constitui um desafio permanente.

De acordo com a Convenção da UNESCO para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial de 2003:

«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 história, gerando um sentimento de identidade e continuidade e contribuindo assim para promover o respeito à diversidade cultural e à criatividade humana (...).»

Um projeto de Inventário Nacional de referências Culturais do Povo Indígena Guarani *Mbyá*, que leve em conta a definição acima, pode abarcar uma panóplia

⁵ É importante salientar que ambos os conceitos, de patrimônio e cultura, estão obviamente sujeitos a críticas, nuances e revisões. No entanto, a tarefa nos afastaria do foco temático abordado nas oficinas.

consideravelmente vasta de elementos culturais, invadindo o campo de atuação de outros mecanismos, sistemas e esferas legais já operantes, a despeito de suas possíveis deficiências. A propriedade intelectual, as convenções e acordos internacionais ambientais ou de cunho cultural, assim como suas regulamentações internas e a própria Constituição Federal são algumas dessas esferas que devem ser observadas e estimuladas (quando úteis para os povos indígenas) ou pressionadas no sentido de aprimorarem sua eficiência quando deixam transparecer incongruências.

II - Os principais dilemas encontrados na legislação vigente.

Desde as reflexões pioneiras da subcomissão para a proteção dos povos autóctones da ONU e os debates tidos na sequência da Convenção Rio-1992, existe uma real inquietude em torno da pertinência na elaboração de regras específicas em matéria de propriedade intelectual capazes de exprimir satisfatoriamente as relações singulares existentes entre as comunidades tradicionais e seu meio ambiente, seus recursos, seus conhecimentos e seus “bens”. Apesar das dúvidas a respeito da real vontade política para uma tal obra legal, é possível observar uma progressiva sedimentação ou um certo consenso conceitual no que se refere ao conteúdo e à natureza desses direitos. Os direitos dos povos indígenas e das populações tradicionais seriam então direitos originários, baseados numa relação de proximidade, quase que de dependência recíproca entre os homens e os recursos naturais de seu entorno. Trata-se de certa forma de um esforço de conservação de recursos biológicos, de conhecimento de suas propriedades medicinais e “mágicas”, de inovação dos recursos domésticos /domesticados e de respeito em relação às propriedades sagradas dos bens e referências culturais. A confirmação de uma tal “realidade” e a adoção dessa perspectiva acarreta conseqüências jurídicas que não poderiam ser negligenciadas. A fim de proteger os saberes tradicionais, enquanto obra efetivamente realizada, deveríamos admitir que existem direitos de natureza coletiva, originários, que se trata geralmente de “bens” inalienáveis,

herdados dos ancestrais e sobre os quais repousam direitos imprescritíveis, pois pertencem igualmente às futuras gerações. Todas essas características demonstram prontamente que existe um grande distanciamento entre o sistema almejado por grande parte dos povos indígenas e o sistema de propriedade intelectual em vigor. É essencial, portanto, deixar claro mesmo que de forma sucinta, os principais pontos que configuram essas inadequações, para então poder analisar a possibilidade de contorná-las ou modificá-las.

Primeiramente, vale destacar que o termo propriedade intelectual - que abrange os bens criados por obra do intelecto humano, como por exemplo as invenções, os signos distintivos, os cultivares, as obras artísticas e literárias – ganha força com a criação da Organização Mundial da Propriedade Intelectual – **OMPI** - em 1967. Como já dissemos esses direitos conferem temporariamente aos seus titulares a garantia de controle de um mercado para bens que incorporem uma idéia protegida, ou seja, o direito de determinar com exclusividade, a agenda de aplicação do objeto protegido, segundo seus interesses pessoais. (RODRIGUES, pg. 58) Naturalmente, assim como outros direitos de propriedade, os direitos de propriedade intelectual não são absolutos. Certos limites podem ser impostos pelo Estado a fim de permitir a realização de interesses sociais. Sua duração temporalmente limitada faz prova desse caráter relativamente restrito. O que se extrai de tais premissas básicas da propriedade intelectual?

O campo dos Direitos Autorais tem o autor individual como seu centro gravitacional: “a proteção autoral nasce de aporte criativo individual e contemporâneo que conecta uma determinada obra a um ou mais autores identificáveis.” (RODRIGUES, pg. 67) As comunidades tradicionais consideram que a própria noção de titularidade adotada pelos regimes de propriedade intelectual, não reflete sua concepção mais complexa de autoria e titularidade. De acordo com essas comunidades, a titularidade e a autoria seriam geralmente

coletivas, não sendo possível, portanto, determinar um indivíduo exclusivamente responsável pela obra ou que detenha direitos a título pessoal.

Por outro lado, os direitos de autor concedem proteção temporalmente limitada. Considerando que a vida das comunidades ultrapassa a vida de cada um de seus membros, fica comprometida a utilização do regime autoral pois este não é capaz de conferir proteção perpétua.

Vale destacar, no entanto, que o Art. 45, II da lei de direito de autor (lei 9610/98) afirma que: *“Além das obras em relação às quais decorreu o prazo de proteção aos direitos patrimoniais, pertencem ao domínio público as de autor desconhecido, ressalvada a proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais.”*

Essa lei, que substitui a antiga lei de direito de autor de 1973, retira as expressões culturais de populações tradicionais da lista de obras que integram o domínio público, como bem demonstra o supra citado artigo. De acordo com Edson Beas Rodrigues Junior a expressão « conhecimentos étnicos e tradicionais » foi utilizada sem a técnica necessária, o que segundo o autor não exclui a proteção almejada pelo legislador, isto é: a salvaguarda das expressões culturais tradicionais. De fato, a natureza artística da matéria tutelada pela lei 9610/1998 demonstra que a expressão “desajustada” (“conhecimentos étnicos e tradicionais”), mais apropriada para designar matéria de propriedade industrial e não de direito de autor, refere-se na verdade às expressões culturais (ou artísticas) tradicionais. O princípio jurídico da boa fé (*Ex re sed non ex nomine*) corrobora essa interpretação.

A despeito dessa inovação textual na legislação nacional, demonstrando um claro interesse do legislador em salvaguardar os interesses dos reais detentores dos direitos morais e patrimoniais sobre as obras e expressões tradicionais, raramente o instrumento legal é aplicado pelos operadores do direito - ou mesmo analisado pelos autoraisistas - nesse sentido. Resignam-se em geral a tecer comentários do tipo: “Norma curiosa e ainda pendente

de regulamentação é a do art. 45, II, que dispõe caírem em domínio público as obras de autor desconhecido, *ressalvada a proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais (?)*.” Mesmo se dependesse de regulamentação - o que sugere inclusive uma aplicação mais séria no sentido de criar uma legislação (ou ao menos discutir amplamente sua necessidade) de propriedade intelectual *sui generis* adaptada às especificidades dos direitos das populações tradicionais – o referido artigo continuaria claro.

De fato, a linha geral das apreciações proferidas tradicionalmente pelos magistrados parece dar sustentação ao livre acesso às expressões culturais e artísticas dos povos indígenas, consideradas como integrantes do domínio público nacional. Essa solução demonstra a força da idéia vastamente difundida nas sociedades industriais, segundo a qual as inovações, os recursos biológicos e as expressões culturais das populações tradicionais e povos indígenas pertenceriam ao domínio público. Malgrado a existência de dispositivos legais que buscam salvaguardar os interesses das populações tradicionais e indígenas, a interpretação predominante privilegia e protege apenas as criações intelectuais de autores individuais (ou individualizáveis em caso de obra coletiva) integrados no sistema de mercado hegemônico. Esse tipo de apropriação cultural representa indubitavelmente um grande desafio para o direito brasileiro e demonstra ainda o despreparo e a resistência do poder judiciário nacional diante de situações já tuteladas de forma diversa e até inovadora pelo direito positivo. O Povo indígena Guarani Mbyá conta com o apoio do IPHAN para reverter essa situação, trazendo tais incongruências para a pauta das discussões.

Finalmente, devemos sublinhar que a proteção de qualquer obra artística ou literária depende do preenchimento do chamado requisito de originalidade. Uma obra é original quando exprime a individualidade de seu autor. “As expressões culturais tradicionais são criadas por indivíduos, mas modificadas cumulativamente por um sem-número de gerações de uma comunidade, a fim de expressar as expectativas culturais do grupo.”

(RODRIGUES, pg. 70) Esse ponto cria igualmente um embaraço para que se utilize o sistema do direito de autor para a garantia das expressões culturais tradicionais e indígenas.

Partindo para o campo da Propriedade Industrial, é importante salientar que a legislação nacional (seguindo as determinações internacionais) cria um rol de matérias passíveis de proteção patentária. Para ser breve, as descobertas (como são consideradas grande parte das obtenções tradicionais) não são patenteáveis, enquanto as invenções o são. Entende-se por descoberta um produto ou processo que preexistia na natureza antes de vir a público, enquanto a invenção envolve um produto ou processo não preexistente, desenvolvido pelo intelecto humano. Os limites que dividem descoberta de um lado e invenção de outro tornam-se cada dia mais fluidos, especialmente a partir do advento da biologia molecular. O que é certo, no entanto, é que tal distinção continua a excluir as obtenções e manipulações indígenas e tradicionais do rol de elementos passíveis de proteção patentária, ao mesmo tempo em que alarga as permissividades capazes de inserir novos produtos e processos, antes tidos como naturais, na categoria de invenção.

Outro elemento que cria, arbitrariamente, um óbice à proteção das inovações tradicionais é o caráter comunitário destas. O direito das patentes afirma que só podem ser tuteladas as invenções individuais, apesar de haver cada vez mais registros concedidos a grandes grupos pelo desenvolvimento de produtos (principalmente na área biomédica e biotecnológica), obtidos em processos coletivos de criação, onde estão envolvidos técnicos de diversas áreas. Tais obtenções são tão coletivas quanto as conduzidas por comunidades tradicionais.

Existem ainda três critérios tidos como essenciais para que se possa obter uma patente. Esses critérios estão igualmente sujeitos a interpretação e manipulação. Sendo assim, e considerando o foco da análise, furtamo-nos apenas a citá-los. São eles: novidade ou estado da técnica, passo inventivo, aplicabilidade industrial. Uma leitura intuitiva dessas

nomenclaturas permite igualmente concluir que esses pontos não oferecem grande utilidade para a garantia dos direitos intelectuais dos povos indígenas, muito pelo contrário!

Em suma, o sistema internacional da propriedade intelectual apresenta um caráter universalizante e ao mesmo tempo discriminatório em relação às expressões e registros culturais dos povos indígenas. Ele determina a possibilidade de garantia das produções intelectuais segundo padrões exclusivamente ocidentais. Caso isso não ocorra, as criações, obtenções e expressões culturais ficam simplesmente à mercê da biopirataria, da apropriação por terceiros não pertencentes à comunidade ou ainda do domínio público e do folclore. Seu aspecto discriminatório se evidencia quando tende a obrigar as populações tradicionais a se adequar a padrões externos, correndo inclusive o risco de interferir em suas práticas, costumes e valores. (RODRIGUES, pg. 64)

No entanto, iniciativas para contornar esse tipo de problema já começam a ser pensadas. Desde o final da década de 70 e o início da década de 80, organismos internacionais como a UNESCO e a própria OMPI trabalham em conjunto com populações locais e povos tradicionais no sentido de refletir e redigir um projeto coerente de regime *sui generis* de direitos intelectuais, dedicados a proteger eficazmente suas mais diversas expressões culturais.

As lideranças Guarani *Mbyá* afirmam que esse tipo de reflexão e de iniciativa deve ser buscada e fomentada de forma ampla por todas as instituições que os apóiam, sobretudo o IPHAN. A criação de políticas específicas, levadas a cabo por organizações governamentais ou não governamentais, não as eximem da responsabilidade de apoiar a busca por uma legislação de propriedade intelectual mais justa e adaptada às demandas dos povos indígenas e das comunidades tradicionais como um todo. Essa é uma reivindicação reiterada pelos líderes Guarani *Mbyá* envolvidos no projeto.

A capacidade de criar coalizões profícuas é uma marca do movimento indígena nacional. E a conquista da Constituição de 1988, com o reconhecimento e obtenção de direitos até então inéditos, é um sinal dessa força política ativa e fecunda.

O **artigo 231** da C.F. afirma que: “São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições (...)”.

Paralelamente, dispõe que:

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

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

E, finalmente, seguindo uma tendência internacional, estabelece em seu **art. 216** que:

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

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

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

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

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

Essa legislação inovadora inaugurou uma nova tendência, oferecendo uma perspectiva promissora para a garantia e salvaguarda dos direitos intelectuais indígenas.

Entretanto, certas ponderações devem ser feitas, para que as dúvidas levantadas pelas lideranças indígenas sejam satisfatoriamente ouvidas e sanadas. Isso evitaria a criação de desarmonias ou de colocações alarmistas quando da fase da implementação do inventário propriamente dita.

III - INRC: antagonismos e potencialidades.

Seguindo o compromisso assumido pelo § 1º do art. 216 da Constituição Federal de 1988, o Estado brasileiro inaugura, no ano de 2000, seu **Programa Nacional do Patrimônio Imaterial - PNPI**, criando, por meio do decreto 3551/00, o **Registro de Bens**

Culturais de Natureza Imaterial, o Inventário Nacional de Referências Culturais - INRC e os Planos de Salvaguarda.

Esse programa inovador segue, como já dissemos, a tendência louvável inaugurada pela Constituição de 1988 e inclui dentre seus objetivos a intenção de: “Contribuir para a preservação da diversidade étnica e cultural do país e para a disseminação de informações sobre o patrimônio cultural brasileiro a todos os segmentos da sociedade.”

Suas diretrizes fundamentais corroboram igualmente a intenção de promover a inclusão social dos detentores do patrimônio cultural, ampliar sua participação, estimular a salvaguarda dos bens culturais e, principalmente, apoiar suas condições materiais para uma vida digna, respeitando e protegendo sempre seus direitos difusos ou coletivos ligados a esse patrimônio.

Diretrizes da política de fomento do PNPI

- Promover a inclusão social e a melhoria das condições de vida de produtores e detentores do patrimônio cultural imaterial.
- Ampliar a participação dos grupos que produzem, transmitem e atualizam manifestações culturais de natureza imaterial nos projetos de preservação e valorização desse patrimônio.
- Promover a salvaguarda de bens culturais imateriais por meio de apoio às condições materiais que propiciam sua existência, bem como pela ampliação do acesso aos benefícios gerados por essa preservação.
- Implementar mecanismos para a efetiva proteção de bens culturais imateriais em situação de risco.
- Respeitar e proteger direitos difusos ou coletivos relativos à preservação e ao uso do patrimônio cultural imaterial.

É com excelentes olhos que as lideranças Guarani *Mbyá* encaram a declaração, por parte do IPHAN, de que essas são as premissas, diretrizes e fundamentos básicos de seu Programa Nacional de Patrimônio Imaterial. Essas diretrizes demonstram que o escopo do Estado brasileiro e do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, em relação ao patrimônio imaterial, supera em muito o objetivo de inventário. O importante mecanismo, representado pelo Inventário (Nacional de Referências Culturais), é um dos instrumentos – assim como o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial e os Planos de Salvaguarda -

apregoados pelo IPHAN para alcançar os objetivos do Programa Nacional de Patrimônio Imaterial. No entanto, foi a partir desses instrumentos que surgiram certas dúvidas nas oficinas, e que merecem ser melhor esclarecidas.

De acordo com o art. 1º do Decreto 3551/00:

Artigo 1º - Fica instituído o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro.

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

- **I** - Livro de Registro dos Saberes, onde serão inscritos conhecimentos e modos de fazer enraizados no cotidiano das comunidades;
- **II** - Livro de Registro das Celebrações, onde serão inscritos rituais e festas que marcam a vivência coletiva do trabalho, da religiosidade, do entretenimento e de outras práticas da vida social;
- **III** - Livro de Registro das Formas de Expressão, onde serão inscritas manifestações literárias, musicais, plásticas, cênicas e lúdicas;
- **IV** - Livro de Registro dos Lugares, onde serão inscritos mercados, feiras, santuários, praças e demais espaços onde se concentram e reproduzem práticas culturais coletivas.

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

De acordo com a idéia do artigo 216 da C.F., transposta no artigo 1º do Decreto 3551/00, o “patrimônio cultural imaterial” Guarani *Mbyá* pode (e deve) ser reconhecido e salvaguardado enquanto um patrimônio Cultural da Nação brasileira. Principalmente se isso representar uma garantia estratégica maior de preservação e valorização dos saberes, conhecimentos, expressões, tradições e cultura Guarani. Contudo, os líderes e *Tamõi* Guarani *Mbyá* expressaram de maneira clara durante as oficinas que esse patrimônio sagrado e essas referências culturais que venham eventualmente a ser inventariados ou registrados são, antes de qualquer coisa, **Patrimônio do Povo Guarani *Mbyá***. Manifestaram inclusive a importância e o interesse da comunidade em registrar formalmente essa observação em documentos oficiais. Contam para tanto com o apoio e a colaboração do IPHAN e do CTI. Essa colocação e desejo dos líderes indígenas é absolutamente coerente com as diretrizes da política de fomento do PNPI, com as recentes convenções internacionais ratificadas pelo Brasil, notadamente a **Convenção 169 da**

Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais – OIT -, ou ainda com o Parágrafo Único do artigo 9º da MP 2186-16, que afirma que: “(...) qualquer conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético poderá ser de titularidade da comunidade (...)” Essa postura positiva dos líderes Guarani representa uma obrigação ética em relação a um povo que ultrapassa as fronteiras do território brasileiro. O Povo Guarani, assim como suas expressões culturais compartilhadas, ocupam imemorialmente um território sobre o qual incidem hoje, além da Nação Brasileira, a Paraguaia, a Argentina, a Uruguia e a Boliviana. Esse é o território tradicional Guarani. Portanto, gostariam de reforçar que as expressões tradicionais e culturais do Povo Guarani *Mbyá* são acima de tudo um patrimônio cuja **titularidade** pertence ao povo Guarani como um todo. O fato de a Nação Brasileira elevar essas expressões à categoria de patrimônio cultural da Nação representa o reconhecimento de que esse povo, preexistente à própria Nação, contribuiu histórica, política e culturalmente para a formação do que denominamos hoje de Brasil. Esse reconhecimento e essa valorização cultural não deveriam absolutamente entrar em choque com a intenção do Povo Guarani de preservar no seio da comunidade a titularidade coletiva de seu patrimônio, evitando assim colocações alarmistas e impeditivas daqueles que afirmam que os líderes Guarani co-responsáveis pelo projeto⁶ deliberadamente abrem mão do patrimônio ancestral de seu povo em favor da Nação Brasileira, lançando-na dentro da esfera do folclore e do domínio público. Esse tipo de interpretação deve ser afastado - cabendo inclusive ao IPHAN pronunciar-se e demonstrar sua inexatidão - para que então a implementação do inventário possa ocorrer a contento, atingindo seus objetivos superiores que são a valorização, a salvaguarda, a proteção, a garantia e a promoção livre-consentida do patrimônio e expressões culturais imateriais Guarani *Mbyá*. Firmadas essas ponderações e afastados os pontos polêmicos infundados – sobre os quais os líderes guarani aguardam uma manifestação

⁶ Referimo-nos aqui às lideranças que estão tomando a dianteira do projeto e seu compromisso assumido em relação ao restante do Povo Guarani.

fundamentada do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, para poderem apresentá-las formalmente ao conjunto de suas comunidades e anciãos, todos titulares dessas expressões que contribuirão com o inventário - não restariam dúvidas de que o projeto é uma iniciativa nobre e promissora. Ele tem claramente um imenso potencial para trazer reconhecimento, benefícios e garantias para uma forma de cultura e de vida diferente e resistente, que soube manter viva e recriar suas tradições, apesar da falta de respaldo legal que vigorou durante muito tempo. Esse fato vem progressivamente evoluindo, como bem o demonstra a presente iniciativa. Nessa perspectiva é claro que o Patrimônio Cultural Imaterial Guarani faz parte também da história cultural na Nação Brasileira. Os líderes Guarani esperam que esse viés de reconhecimento continue operando no sentido de valorizar e estimular a importância cultural das expressões tradicionais tanto no plano internacional quanto nas esferas nacionais. Uma mudança maior nesse sentido não ocorrerá sem que os envolvidos em temas ditos “culturais” ajudem e apoiem as demandas dos povos indígenas para influenciar o direito, inclusive o de propriedade intelectual, a reconhecer sua importância, seus valores e, é claro, seus Direitos Intelectuais *sui generis* propriamente ditos.

Retornando ao tema dos Direitos Intelectuais, é importante sublinhar outro aspecto envolvido na política de fomento do PNPI que gerou dúvidas dentro das oficinas.

A Resolução (do IPHAN) nº 001, de 03 de agosto de 2006, afirma em seu artigo 10 que:

“Conforme estabelecido no Decreto nº 3551/2000, para assegurar ao bem proposto para Registro ampla divulgação e promoção, a instituição responsável pela instrução técnica do processo administrativo de Registro deverá:

- I. ceder gratuitamente ao Iphan os direitos autorais para fins de promoção, divulgação e comercialização sem fins lucrativos; e o direito de uso e reprodução, sob qualquer forma, dos produtos e subprodutos resultantes do trabalho de instrução técnica, resguardado o crédito de autor (...).”

Os líderes indígenas e demais responsáveis pelo projeto não têm autonomia para realizar a título pessoal tal cessão e seria bastante difícil obtê-la sem uma ampla concordância - o que envolve igualmente ampla discussão - de toda a comunidade, que é

coletivamente autora e portanto titular dos direitos morais e patrimoniais decorrentes. O supra citado artigo deve ser melhor debatido com a comunidade e eventualmente sugeriríamos sua reconsideração neste caso específico, pois a referida cessão ao IPHAN, assim como a divulgação e comercialização das informações, não nos parecem ser unanimemente aceitas pelo Povo Guarani *Mbyá*, mesmo que sem fins lucrativos. Para isso seria necessário cumprir ao requisito do Consentimento Prévio, Livre e Informado, imposto pela Convenção 169 da OIT, respeitando igualmente a vontade, a “dimensão do segredo”, e o “tempo” Guarani. De fato, esse artigo 10, da Resolução nº 001/2006 (no caso específico deste projeto) corre o risco de entrar em conflito com a luta pelo reconhecimento dos direitos autorais e intelectuais do Povo Guarani, com as determinações da Convenção 169 da OIT (quanto ao consentimento prévio, livre e informado) e eventualmente com as próprias diretrizes do PNPI. Não queremos absolutamente colocar em questão a metodologia e estratégia adotada pelo IPHAN para a realização de suas políticas, destacamos apenas que neste caso específico, e por se tratar de um povo indígena com reivindicações particulares, o referido ponto mereceria melhores esclarecimentos. Ocorre que muitas informações possuem um caráter sagrado e ficam resguardadas pelo que se convencionou chamar durante o INRC São Miguel das Missões de “dimensão do segredo”. Essas informações, caso sejam inventariadas, devem responder a uma dinâmica própria de transmissão e divulgação. Sua divulgação ou comercialização sem o devido cuidado e consentimento de seus responsáveis pode macular um caráter sagrado e religioso.

Feitas essas ressalvas, todas elas contornáveis, salientemos que as diversas lideranças do Povo Guarani *Mbyá* presentes nas oficinas, e vindos de diversas partes do Brasil e demais países vizinhos, demonstraram que esperam poder contar com o apoio do IPHAN para obter esse e demais tipos de reconhecimentos de direitos em áreas conexas. Notadamente na questão dos Direitos Intelectuais *sui generis* e na questão das terras e territórios,

sustentáculo maior de sua existência e manutenção da cultura. Destaquemos novamente uma das diretrizes da Política de fomento do PNPI, anunciada pelo IPHAN como prioridade, e que chamou a atenção das lideranças presentes: “Promover a salvaguarda de bens culturais imateriais **por meio de apoio às condições materiais que propiciam sua existência**, bem como pela ampliação do acesso aos benefícios gerados por essa preservação”.

Paralelamente a essa diretriz, pode ser reproduzida a fala da *Xejary Doralice*, da Aldeia do Ribeirão Silveira, afirmando que: “Sem terra e sem floresta não existe conhecimento.”

Levando todos esses pontos em consideração fica claro que a iniciativa a ser inaugurada com a aplicação do **INRC Guarani Mbyá** tem o potencial de os ajudar extraordinariamente na manutenção e valorização de sua organização social, de seus costumes, crenças e tradições.

Considerações Finais.

Tentamos trazer aqui um apanhado geral dos principais anseios, expectativas, dúvidas e problemas levantados pelas lideranças indígenas dentro das 3 oficinas jurídicas organizadas pelo Centro de trabalho Indigenista junto às comunidades indígenas Guarani *Mbyá* envolvidas no projeto de INRC Guarani *Mbyá*.

Tratamos primeiramente da importância da análise e aprimoramento do conhecimento sobre os meandros da matéria de propriedade intelectual no que se refere aos direitos dos povos indígenas, para em seguida fazer certas ponderações críticas dessa e outras legislações atinentes ao tema, para enfim trazer certas considerações mais pontuais a respeito do Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e do INRC.

Além de grandes anseios em relação à continuidade do projeto - que pelo simples fato de ter fomentado encontros, trocas de saberes transgeracionais e amplas discussões, já gerou uma imensa satisfação – sentiram-se as lideranças na obrigação de indicar determinadas balizas em nome de seu povo. Dentre elas estão: o desejo de afastar seus conhecimentos e expressões da esfera do folclore e do domínio público, a idéia de debater amplamente os regimes de direito de propriedade intelectual e de salvaguarda de patrimônio (inclusive a questão do regime *sui-generis*), o pedido de apoio e posicionamento por parte do IPHAN para ampliar o debate e fomentar demandas conexas (inclusive de ordem material e programática), como por exemplo a importância dos encontros entre gerações, entre líderes e entre aldeias, e especialmente questões ligadas à terra, à territorialidade e à transfronteiridade.

Esperamos que as colocações colhidas ao longo dos encontros tenham sido bem captadas, retransmitidas e que possam exprimir satisfatoriamente as mensagens e intenções dos líderes indígenas sobre os pontos legais e conceituais abordados. Esperamos igualmente que o presente texto possa servir de iniciativa para dirimir certas questões que ficam pendentes, para manifestar adequadamente a aprovação dos diversos pontos positivos e promissores do projeto, contribuindo assim para seu bom prosseguimento e futura implementação.

Bibliografia

BARBOSA, D. B. *Uma Introdução à Propriedade Intelectual*. Rio: Lumen Júris, 2003.

CARNEIRO DA CUNHA, Manoela. *Cultura com aspas e outros ensaios*. São Paulo. Cosac Naify, 2009.

Constituição Federal da República Federativa do Brasil

Convenção da Biodiversidade

Convenção para a Proteção do Patrimônio Cultural Imaterial- 2003-UNESCO

DAES, E.-I. *Protection of the Heritage of Indigenous People. United Nations*. IN:

Documento ONU: E/CN.4/Sub.2/1997/14: New York and Geneva, 1997.

Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural – 2002- UNESCO.

DOCUMENTOS DE INVESTIGACIÓN. ISA. Año 2 nº 5. *O certificado de Procedência Legal no Brasil: Estado da Arte da Implementação da Legislação*, 2006.

Medida Provisória 2186-16/2001

RODRIGUES JUNIOR, Edson Beas. *Tutela jurídica dos recursos da biodiversidade, dos conhecimentos tradicionais e do folclore*. Rio de Janeiro. Elsevier Editora, 2010.

SEEGER, Anthony. *Singing others people's songs*. In Cultural Survival Quarterly, summer 1991, pg. 36 – 39. <http://www.culturalsurvival.org/ourpublications/csq/article/singing-other-peoples-songs-indigenous-songs-are-often-considered-public> (última consulta: 05/03/2010)

VIVEIROS de CASTRO, Eduardo e CARNEIRO da CUNHA, Manuela. *Amazônia: Etnologia e História Indígena*, São Paulo, USP/FAPESP, 1993.

ZERDA-SARMIENTO, Álvaro e FORERO-PINEDA, Clemente. *Les droits de propriété intellectuelle sur le savoir des communautés ethniques*. In *Revue Internationale des Sciences Sociales*, n° 171, p. 111-127, 2002/1.