

XII CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Capítulo VII Direito de Autor e Desenvolvimento e Inovação

**TÍTULO:
PROPRIEDADE INDÍGENA,
CONHECIMENTO TRADICIONAL E
EXPRESSÕES CULTURAIS TRADICIONAIS**

**Augusto Rodrigues de Freitas
Allan Rocha de Souza**



PROPRIEDADE INDÍGENA, CONHECIMENTO TRADICIONAL E EXPRESSÕES CULTURAIS TRADICIONAIS¹

Augusto Rodrigues de Freitas²;

Allan Rocha de Souza³.

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar e aprofundar o estudo acerca da relação dos povos autóctones com a natureza, com mais especificidade aos povos indígenas. Busca-se descortinar os contornos protetivos quanto às expressões culturais dos agrupamentos naturais, esclarecendo para tanto os conceitos de propriedade e biodiversidade, tratados em convenções de ordem internacional, bem como nacionalmente - através do texto constitucional e de legislações esparsas.

PALAVRAS-CHAVES: Propriedade Indígena; Conhecimento Tradicional; Expressões Culturais Tradicionais.

- 1 Este trabalho foi desenvolvido sob orientação do Prof. Dr. Allan Rocha de Souza e contou, em parte, com o apoio financeiro do INCT PROPRIETAS e do CNPq.
- 2 Acadêmico de Direito da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ – ITR). Pesquisador de Iniciação Científica do INCT PROPRIETAS. Integrante do NEDAC e do Núcleo de Pesquisa em Direitos Fundamentais, Relações Privadas e Políticas Públicas. E-mail rodrigues.af97@gmail.com. CV Lattes <http://lattes.cnpq.br/1603736620156503>.
- 3 Professor e Pesquisador de Direito Civil e Propriedade Intelectual no Curso de Direito da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro/Instituto Três Rios (UFRRJ/ ITR). Professor e Pesquisador de Políticas Culturais e Direitos Autorais no Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento na UFRJ (PPED/IE/UFRJ). Pesquisador Visitante do Oxford Intellectual Property Research Centre (OIPRC), Faculty of Law, Oxford University e do Program on Information Justice and Intellectual Property (PIJIP), Washington College of Law, American University. Pesquisador do NUREP: Núcleo de Pesquisa em Direitos Fundamentais, Relações Privadas e Políticas Públicas. Vice Coordenador e Pesquisador do INCT PROPRIETAS. Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado e Consultor Jurídico. E-mail: allan@rochadesouza.com. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5178459691896082>

INTRODUÇÃO

O presente trabalho, desenvolvido no contexto da Rede INCT Propriedas e do Grupo de Pesquisa de Direitos Fundamentais Relações Privadas e Políticas Públicas (NUREP) é um fragmento de uma pesquisa em desenvolvimento de maior amplitude, tendo como objetivo tratar de garantias proprietárias atribuídas aos povos indígenas, mais especificamente com relação ao conhecimento tradicional e às expressões culturais tradicionais, por meio da elucidação de suas peculiaridades.

Em que pese todo o processo de reorganização do sistema jurídico em torno da Constituição Federal (CF/88) e a consequente modificação hermenêutica voltada à visibilização de demandas existenciais, orquestradas a partir da promulgação da CF/88 e do Código Civil de 2002 (CC/02), que fizeram destes documentos verdadeiros marcos implementadores de direitos de segunda e terceira geração no Brasil, o contexto de invisibilização no qual, hoje, estamos inseridos, ao menos no que concerne às demandas dos povos indígenas, deve ser superado com a realização das garantias conquistadas e do rechaço à imposição da ideia ocidental de mercantilização e comercialização de sua terra e cultura.

O objetivo do trabalho então é dar continuidade ao estudo iniciado no ano de 2017⁴- no qual foi tratada a questão da proteção em âmbito constitucional, bem como analisado o entendimento das Cortes Superiores quanto as garantias e a propriedade indígenas -, agora com maior enfoque à proteção da cultura e, mais especificamente, das expressões culturais tradicionais.

Inicialmente será realizada uma contextualização do processo modificativo que culminou com a implementação do maior rol de garantias já conferidas às populações aborígenes, com ênfase na jurisprudência, que teve papel fundamental na conquista de espaço e atenção.

O estudo continua enfrentando a questão da proteção da

4 FREITAS, Augusto Rodrigues de; SOUZA, Allan Rocha de. Função Social da Propriedade Indígena e os Direitos Culturais. Anais do XI Congresso de Direito de Autor e Interesse Público (2017: Curitiba, PR). Disponível em: <<http://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2018/04/xi-codaip-2017-gedai.pdf>>. Acesso em 27 de setembro de 2018.

biodiversidade, com a apresentação dos avanços trazidos pela Convenção da Diversidade Biológica (CDB), que influenciaram uma mudança de olhares quanto a coexistência fecunda da humanidade e da natureza, bem como da correta utilização dos recursos naturais, respaldando também na questão indígena, visto o estabelecimento de um leque de garantias frente à sua relação com a natureza, favorecendo desta forma uma mudança na normatização pátria.

Por fim, serão enfrentadas, brevemente, as relações entre cultura e identidade, como forma de criar uma base para o estudo posterior mais aprofundado da conjuntura normativa na qual se encontram inseridas as expressões culturais, por meio de da análise das formas e contextos de seu desenvolvimento, modos de proteção e, derradeiramente, dos atores, interesses em jogo.

1. PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE INDÍGENA EM ÂMBITO CONSTITUCIONAL

Fruto de todo esse processo modificativo, no qual a CF/88 toma posição balizadora não só quanto à legitimação e interpretação normativa, a propriedade privada, bem como os direitos dela anexos, se transforma, adquirindo dinamicidade, tomando como dever essencial se tornar meio para satisfação da função social, levando a baixo a ideia imperante de bem sujeito à vontade de seu dono, merecendo dessa forma proteção legítima apenas quando e enquanto atender os interesses sociais relevantes.

Estabelecido o direito de propriedade como direito fundamental (Art. 5º, CF/88)⁵ sua efetiva proteção é condicionada à satisfação de sua função social⁶, obrigando sua integração e impondo uma dinâmica a um instituto de outra forma naturalizado como irrestrito.

5 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 5º, XXII - é garantido o direito de propriedade; Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 27 de setembro de 2018.

6 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 5º, XXIII - a propriedade atenderá a sua função social; Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 27 de setembro de 2018.

Foram estipulados ainda alguns critérios objetivos para a funcionalização do instituto, como observamos, por exemplo, nos artigos 1827 e 1868, referentes às propriedades urbana e rural, evidenciando-se, mais uma vez, a importância dada pelo constituinte originário ao tema.

No que concerne especificamente à propriedade indígena, o constituinte originário, a fim de ampliar a visibilidade e respeito, de forma a favorecer a inclusão dos mais diversos grupos minoritários e marginalizados, estabeleceu um rol normativo voltado não só à proteção da propriedade indígena como à atuação do Estado a fim de valorizar sua cultura, história e formas de viver.

Importante frisar que tal preocupação com esses grupos não teve início em 1988 e sim em 1609, sendo a Carta Régia de 30 de julho daquele ano⁹ o primeiro documento a reconhecer o direito de posse por

7 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. § 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana. § 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. § 3º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro. § 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: I - parcelamento ou edificação compulsórios; II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 27 de setembro de 2018.

8 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 27 de setembro de 2018.

9 Apontamentos sobre a legislação colonial e imperial voltada ao tratamento das terras

esses povos, servindo também como marco inicial para uma série de direitos - em sua maioria, de cunho patrimonial - garantidos em diversas legislações.

Vale ressaltar também, quanto a proteção atual, a posição de 231 e e 232 da Constituição Federal, o primeiro reconhecendo a mais vasta gama de direitos a esses agrupamentos, como o de se organizar socialmente, de forma a propiciar o desenvolvimento de costume, língua, crença e tradição próprias, sendo garantido também como direito originário a ocupação das terras desde que verificados os requisitos de tradição e ancestralidade, sendo de competência da União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens; Já o segundo - respaldando-os face a qualquer ataque aos seus interesses - avalizando sua entrada em juízo, de suas comunidades e de organizações atuantes em favor de seus interesses, reconhecendo-os como partes legítimas em demandas judiciais.

Foi determinado então, nos textos dos parágrafos do artigo 231¹⁰ - dentre outras questões, como a do uso dos recursos naturais - a fim de se verificar o objetivo do uso das glebas de terra bem como sua tradição, a necessidade de verificação de determinados pressupostos, como a consecução de atividades produtivas essenciais ao desenvolvimento indígena, e a imprescindibilidade da ocupação à preservação dos recursos necessários ao seu bem-estar, cabendo, para tanto, a realização de estudos que, caso confirmando a característica tradicional da ocupação, confeririam às terras determinadas características.

Finalizando a questão da propriedade no texto constitucional, de grande importância mencionar o reconhecimento dessas terras como direito originário dos povos indígenas, em consonância com o que prega o Instituto do Indigenato,¹¹ chancelando o princípio de que, nas terras oferecidas a particulares, seria sempre reservado o direito dos índios, seus legítimos e iniciais detentores.

ocupadas pelos índios no Brasil, 2012. Disponível em: <http://transfontes.blogspot.com.br/search/label/ind%C3%ADgenas>. Acesso em 27 de setembro de 2018.

10 Ibidem, p. 4.

11 Os índios em face à Constituição Federal/88, 2004. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1602/Os-indios-em-face-a-Constituicao-Federal-88>. Acesso em 27 de setembro de 2018.

Sendo assim, quando do exame das garantias à propriedade indígena,¹² a Constituição Federal expressou em seu texto o entendimento de que, por aqui habitarem desde tempos remotos, os povos indígenas têm direitos independentes da atribuição de quaisquer títulos de propriedade - entendimento respaldado por decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), tais como Raposa Serra do Sol¹³, as Ações Cíveis Originárias¹⁴ 362 e 366 demandadas pelo estado do Mato Grosso nos anos de 1986 e 1987, bem como a 312¹⁵ demandada pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI), em 1982.

Não menos importante, foi garantido em seu artigo 109, XI¹⁶, a competência dos juízes federais para processar e julgar lides que tenham como objeto a disputa sobre direitos indígenas. Vinculando ao Ministério Público a presença nestes litígios, uma vez que esse tem como uma de suas funções institucionais a de defensor dos direitos e interesses desses povos, como preceitua o artigo 129, V.¹⁷

2. PROTEÇÃO À BIODIVERSIDADE: reflexos na difusão cultural

Assim, quanto aos direitos dos povos tradicionais face ao manuseio

12 Ibidem, p. 2.

13 YAMADA, Erica Magami, VILLARES, Luiz Fernando. Julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: Todo dia era dia de índio. Disponível em: <file:///C:/Users/Augusto/Downloads/24213-44011-1-PB.pdf>. Acesso em 27 de setembro de 2018.

14 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Votos nas Ações Cíveis Originárias nº 362 e 366. Relator: AURÉLIO, Marco. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=352624>. Acesso em 27 de setembro de 2018.

15 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inteiro Teor do Acórdão da Ação Cível Originária nº 312. Relator: GRAU, Eros. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629999>. Acesso em 27 de setembro de 2018.

16 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: XI - a disputa sobre direitos indígenas; Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 27 de setembro de 2018.

17 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas; Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 27 de setembro de 2018.

dos recursos naturais, fomentou-se um determinado arcabouço jurídico, composto de um conjunto de direitos quanto aos saberes, inovações e técnicas desenvolvidas pelos povos tradicionais em sua interação com a natureza. Tal garantia tem relação com o que foi estipulado na CF/88, art. 20, inciso XI¹⁸, ao se estabelecer o pertencimento das terras originalmente ocupadas por povos indígenas à União, bem como ao artigo 22, XIV¹⁹, que impõe como dever da União de legislar sobre as populações indígenas em sua integralidade.

Dando continuidade na matéria de proteção, vale mencionar os incomensuráveis avanços trazidos com a Convenção da Diversidade Biológica (CDB)²⁰ que regula a proteção e acesso à biodiversidade no contexto internacional, uma vez que amplia o rol de atores envolvidos nas discussões sobre o tema - entraram empresas, estados nacionais, entidades internacionais, ONGs e populações locais.

A CDB se pauta na possibilidade de coexistência entre sociedade e natureza, sem que haja a submissão de um ao outro. Logo em seu primeiro artigo é explicitada a finalidade de conservação da diversidade biológica, com a utilização sustentável de seus componentes e repartição justa e equitativa dos benefícios da utilização dos recursos, inclusive por meio do acesso adequado aos recursos genéticos e a transferência adequada de tecnologias pertinentes, levando em conta todos os direitos sobre tais recursos e tecnologias, através de um adequado financiamento.²¹

18 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 20 São bens da União: XI - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 27 de setembro de 2018.

19 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: XIV - populações indígenas; Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 27 de setembro de 2018.

20 BRASIL, Ministério do Meio Ambiente. Convenção Sobre Diversidade Biológica. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/biodiversidade/conven%C3%A7%C3%A3o-da-diversidade-biol%C3%B3gica.html>>. Acesso em 28 de setembro de 2018.

21 BRASIL, Ministério do Meio Ambiente. Convenção Sobre Diversidade Biológica - CDB. Art. 1º. Os objetivos desta Convenção, a serem cumpridos de acordo com as disposições pertinentes, são a conservação da diversidade biológica, a utilização sustentável de seus componentes e a repartição justa e equitativa dos benefícios

E em seu artigo oitavo,²² dentre outras medidas de proteção,

derivados da utilização dos recursos genéticos, mediante, inclusive, o acesso adequado aos recursos genéticos e a transferência adequada de tecnologias pertinentes, levando em conta todos os direitos sobre tais recursos e tecnologias, e mediante financiamento adequado. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/informma/item/7513-conven%C3%A7%C3%A3o-sobre-diversidade-biol%C3%B3gica-cdb>>. Acesso em 28 de setembro de 2018.

- 22 BRASIL, Ministério do Meio Ambiente. Convenção Sobre Diversidade Biológica - CDB. Art. 8º. Cada Parte Contratante deve, na medida do possível e conforme o caso: a) Estabelecer um sistema de áreas protegidas ou áreas onde medidas especiais precisem ser tomadas para conservar a diversidade biológica; b) Desenvolver, se necessário, diretrizes para a seleção, estabelecimento e administração de áreas protegidas ou áreas onde medidas especiais precisem ser tomadas para conservar a diversidade biológica; c) Regulamentar ou administrar recursos biológicos importantes para a conservação da diversidade biológica, dentro ou fora de áreas protegidas, a fim de assegurar sua conservação e utilização sustentável; d) Promover a proteção de ecossistemas, habitats naturais e manutenção de populações viáveis de espécies em seu meio natural; e) Promover o desenvolvimento sustentável e ambientalmente sadio em áreas, adjacentes às áreas protegidas a fim de reforçar a proteção dessas áreas; f) Recuperar e restaurar ecossistemas degradados e promover a recuperação de espécies ameaçadas, mediante, entre outros meios, a elaboração e implementação de planos e outras estratégias de gestão; g) Estabelecer ou manter meios para regulamentar, administrar ou controlar os riscos associados à utilização e liberação de organismos vivos modificados resultantes, da biotecnologia que provavelmente provoquem impacto ambiental negativo que possa afetar a conservação e a utilização sustentável da diversidade biológica, levando também em conta os riscos para a saúde humana; h) Impedir que se introduzam, controlar ou erradicar espécies exóticas que ameacem os ecossistemas, habitats ou espécies; i) Procurar proporcionar as condições necessárias para compatibilizar as utilizações atuais com a conservação da diversidade biológica e a utilização sustentável de seus componentes; j) 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, inovações e práticas; k) Elaborar ou manter em vigor a legislação necessária e/ou outras disposições regulamentares para a proteção de espécies e populações ameaçadas; l) Quando se verifique um sensível efeito negativo à diversidade biológica, em conformidade com o Art. 7, regulamentar ou administrar os processos e as categorias de atividades em causal, e m) Cooperar com o aporte de apoio financeiro e de outra natureza para a

estabelece criação e manutenção de áreas de proteção e de fomento à biodiversidade; regulamentação dos recursos biológicos, de forma a assegurar a conservação e utilização sustentável da diversidade de vida; recuperação de ecossistema e espécies arruinadas pela ação humana; controle quanto a inserção e desenvolvimento de espécies não naturais nos mais diversos ambientes; elaboração e manutenção de legislação protetiva. E vai além ao estabelecer que os países signatários devem respeitar, preservando e mantendo o conhecimento, as inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilos de vida tradicionais relevantes à conservação e utilização sustentável da diversidade biológica, em paralelo ao incentivo à mais ampla aplicação, quando com a aprovação e participação dos detentores dos conhecimentos, inovações e práticas, por fim, encorajando a repartição justa e equânime dos benefícios advindos da utilização desses conhecimentos.

A CDB percebe como umbilical a relação entre a biodiversidade e o modo de vida das comunidades ditas tradicionais, em acordo com a teoria da ecologia social²³- abordagem crítica, que considera menos o desenvolvimento industrial e tecnológico como provocadores dos grandes danos ambientais, voltando seu foco nas relações humanas e na consciência coletiva, política e social, de modo que essas relações, quando trazendo mútuo benefício, deverão ser alimentadas.

A bio e a sociodiversidade são também protegidas pelo nosso sistema jurídico interno. A CF/88 protege as “manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional”,²⁴ bem como a “diversidade e a

conservação in situ a que se referem as alíneas a a l acima, particularmente aos países em desenvolvimento.

23 PENSAMENTO verde. Entenda o que é ecologia social e a importância de seu desenvolvimento. Disponível em: <<https://www.pensamentoverde.com.br/economia-verde/entenda-o-que-e-ecologia-social-e-importancia-de-seu-desenvolvimento/>>. Acesso em 28 de setembro de 2018.

24 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. 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.

integridade do patrimônio genético do país”.²⁵ No plano legislativo, encontra-se em vigor a Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de Agosto de 2001, que regulamenta o acesso ao patrimônio genético e a proteção

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 29 de setembro de 2018.

- 25 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. § 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei. § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. § 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais. § 5º São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais. § 6º As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas. § 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos; Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 29 de setembro de 2018.

ao conhecimento tradicional associado.

A referida Medida Provisória abraçou ditames da CDB sobre os conhecimentos tradicionais associados, demarcando a necessidade de assentimento dos povos tradicionais, a fim de valorizar seu trabalho, repartindo os benefícios dos resultados das pesquisas de forma justa e equitativa, bem como o incentivo do desenvolvimento de tecnologias e bioprospecção de produtos, por meio da realização de um Contrato de Acesso, Uso e Repartição de Benefícios - propiciando avanços tecnológicos em respeito à conservação da biodiversidade, bem como a redistribuição dos resultados em prol do benefício econômico e científico das comunidades autóctones e de toda a população - que necessariamente será submetido à aprovação do órgão governamental responsável, no Brasil, o Conselho Gestor do Patrimônio Genético,²⁶ composto no âmbito do Ministério do Meio Ambiente.

Os avanços até agora trazidos ressaltam a importância da preservação do meio ambiente como forma de guardar também as populações tradicionais, e apresentam uma mudança profunda quanto à proteção da diversidade de vida, seja ela natural ou humana.

Essa ambientação se faz necessária, posto que a preservação da vida e da identidade indígenas ocorre a partir da terra enquanto sua propriedade e local de vivência, criação e manutenção de expressões e modos de vida, motivo o qual leva a órgãos de amplitude internacional, além do legislador constituinte a se debruçarem sobre o tema.

3. QUANTO À PROTEÇÃO DAS EXPRESSÕES CULTURAIS

As expressões culturais tradicionais, definidas pela Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais da UNESCO, de 2005, ratificada pelo Brasil através do Decreto Legislativo nº 485/2006²⁷, são aquelas “que resultam da criatividade de indivíduos,

26 CONSELHO de gestão do patrimônio genético. 10 anos 100ª CGEN. Disponível em: <file:///C:/Users/Augusto/Downloads/publicacaoogen%20verso%20final%2010042013-1.pdf>. Acesso em 28 de setembro de 2018.

27 DECRETO LEGISLATIVO Nº 485, DE 2006. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoSigen.>

grupos e sociedades e que possuem conteúdo cultural”, aí incluídas as expressões por palavras (contos, poesia); musicais (canções); corporais (danças, rituais, jogos); e materiais (pinturas, esculturas, cerâmica, cestaria, bordado, tapeçaria, vestimentas). Possuem como característica importante, dado o contexto ao qual estariam inseridos os povos tradicionais brasileiros, a transmissão de geração em geração de forma oral, garantindo certo grau de fluidez, fator que ensejaria a sua recriação por comunidades, uma vez considerados diversos fatores, como a interação com a natureza, sua história, como forma a favorecer um sentimento de identidade, contribuindo para uma continuidade narrativa, promovendo o respeito à diversidade cultural.

Tais expressões seriam produzidas e tomariam forma dentro dos mais diversos agrupamentos humanos tradicionais presentes no território brasileiro, os quais, viveriam em uma relação de simbiose com a natureza, com os ciclos naturais e com os recursos de ordem renovável, construindo a partir daí seu modo de vida e conhecimento.²⁸ De acordo com DIEGUES e ARRUDA²⁹ (2000, p. 22 *apud* CARBONI e TEIXEIRA COELHO, 2012, p.04), essas comunidades seriam “grupos humanos diferenciados sob o ponto de vista cultural, que reproduzem historicamente seu modo de vida, de forma mais ou menos isolada, com base na cooperação social e relações próprias com a natureza”.

O Decreto Federal nº 6.040/2007³⁰, instituidor da Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, as define como:

action?norma=585087&id=14360778&idBinario=15734525&mime=application/rtf>. Acesso em: 28 de setembro de 2018.

28 MOREIRA, Elaine. Conhecimentos Tradicionais e Sua Proteção. Disponível em: <https://www.boell.de/sites/default/files/assets/boell.de/images/download_de/ecology/Beitrag_Eliane_Moreira_portugiesisch.pdf>. Acesso em 28 de setembro de 2018.

29 CARBONI, Guilherme e TEIXEIRA COELHO, Daniele Maia. A proteção das expressões culturais tradicionais pela propriedade intelectual e sua transformação em mercadoria. Disponível em: <<https://gcarbonicomb.br.files.wordpress.com/2016/08/a-protecta3a7c3a3o-das-expressc3b5es-culturais-tradicionais-pela-propriedade-intelectual.pdf>>. Acesso em 28 de setembro de 2018.

30 DECRETO Nº 6.040, DE 7 DE FEVEREIRO DE 2007. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm>. Acesso em 28 de setembro de 2018.

grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição.

Importante frisar que, no Brasil, figuram como exemplos, dentre outras, as culturas e expressões indígenas, caiçaras, quilombolas, açorianos, caipiras, babaçueiros, jangadeiros, pantaneiros, pastoreiros, ribeirinhos, sertanejos/vaqueiro, pescadores artesanais, extrativistas, seringueiros, camponeses, etc.

Em decorrência da ampliação do conceito de patrimônio cultural, de modo a abarcar uma visão mais antropológica, com a regulação de saberes, ofícios, festas, rituais, expressões artísticas, etc., a CF/88 em seu artigo 216³¹ abarcou não mais apenas uma dimensão material desse patrimônio, como também uma dimensão imaterial, sendo essas consideradas como metades de um todo, complementares para fins de proteção.

31 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I - as formas de expressão; II - os modos de criar, fazer e viver; III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico. § 1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação. § 2º Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem. § 3º A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais. § 4º Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei. § 5º Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos. § 6º É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular a fundo estadual de fomento à cultura até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, para o financiamento de programas e projetos culturais, vedada a aplicação desses recursos no pagamento de: I - despesas com pessoal e encargos sociais; II - serviço da dívida; III - qualquer outra despesa corrente não vinculada diretamente aos investimentos ou ações apoiados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 20 de setembro de 2018.

Essa proteção deverá ser realizada pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, (IPHAN), através de ferramentas etnográficas instituídas pelo Decreto nº 3.551/2000³², como o Inventário Nacional de Referências Culturais e o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial.

Tal proteção se justifica, visto que desde as últimas décadas do século XX vem ocorrendo uma transformação no mercado, na qual os negócios são realizados em grande medida pela capacidade informacional introduzida no processo produtivo. Nesse modelo econômico pós-industrial, a mensuração do trabalho deixa de se dar em unidades de tempo e passa a se pautar no componente comportamental, na motivação, na utilidade do bem e no desempenho do trabalho, que é visto agora como instituto dotado de certa complexidade.

Como resultado do labor complexo, encontra-se o produto-informação, que tem como característica a troca de conteúdo, de produtos, não ocorrendo mais perda de estoque, dado a possibilidade de transmissão infinita de informação pelo indivíduo detentor.

Sendo que informação e conhecimento são compreendidos como matéria prima para a criação e fruto do processo produtivo, gerando assim um paradoxo, bem como a necessidade de proteção, que, no entanto, não deverá ser absoluta, para que não ocorra a supressão do processo de produção de novos conhecimentos.³³

Além disso, de acordo com o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial, a importância da proteção, realizada através de inventários ou de registro está em: (a) promover a inclusão social e a melhoria das condições de vida de produtores e detentores do patrimônio cultural imaterial; (b) ampliar a participação dos grupos que produzem, transmitem e atualizam manifestações culturais de natureza imaterial nos projetos de preservação e valorização desse patrimônio; (c) promover a salvaguarda de bens culturais imateriais por meio do apoio às condições materiais que propiciam sua existência, bem como pela ampliação do acesso aos

32 DECRETO Nº 3.551, DE 4 DE AGOSTO DE 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3551.htm>. Acesso em 28 de setembro de 2018.

33 CARBONI, Guilherme e TEIXEIRA COELHO, Daniele Maia. Op. Cit. p. 06.

benefícios gerados por essa preservação; (d) implementar mecanismos para a efetiva proteção de bens culturais imateriais em situação de risco; (e) respeitar e proteger direitos difusos ou coletivos relativos à preservação e ao uso do patrimônio cultural imaterial.³⁴

No entanto, a decretação de uma ideia de monopólio e exclusividade de uso quanto às expressões culturais tradicionais acabaria por não ser de todo efetiva no que cerne à sua gênese e manutenção, visto a carência repentina de matéria-prima passível de ser gerada, dado a ideia de liberdade que as circunda, e a premissa existente de não imposição de empecilhos à sua utilização.

Em que pese as intenções louváveis do legislador ao estender formas já existentes de proteção intelectual às expressões culturais, dada dinâmica criativa envolvida e os processos próprios passados até a elaboração de uma determinada obra, elaborada em um contexto tradicional, a medida mais viável é a elaboração de estudos e alternativas à realidade atual, na qual travestido em benefício para as comunidades, é instituído um regime de exploração e dominação por parte de grandes grupos econômicos. Isto porque, nas palavras de Carboni e Teixeira Coelho

Em algumas situações, é difícil identificar a comunidade tradicional ou o povo indígena que criou uma determinada obra ou conhecimento. Isso porque a ideia de autoria individual não se faz presente em alguns desses povos, especialmente os que têm por hábito compartilhar suas experiências, conhecimentos e criações artísticas com outros grupos.

Assim, como pode ser captado através de uma análise do conflito no qual está inserida o povo indígena Wapixana³⁵ quanto ao patenteamento

34 INSTITUTO do patrimônio histórico e artístico nacional (IPHAN). Programa Nacional do Patrimônio Imaterial. Disponível em: <http://www.pontaojongo.uff.br/sites/default/files/upload/documento_programa_nacional_do_patrimonio_imaterial.pdf>. Acesso em 28 de setembro de 2018.

35 ÁVILA, Tiago. BIOPIRATARIA E OS WAPICHANA: etnografia sobre a bioprospecção e o acesso aos recursos genéticos na Amazônia brasileira. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/cogedi/pdf/revista_estudos_pesquisas_v3_n1_2/08Biopirataria_e_os_Wapichana_Thiago_Avila.pdf>. Acesso em 28 de setembro de 2018. Sofrem, pois em decorrência de seu conhecimento quanto ao uso de folhas da planta chamada Cunani que se misturada com mandioca, pode formar uma massa que é usada como isca para peixe e de outra, denominada tipir (ou biribiri), que pode contribuir para o controle de hemorragias, disenterias

da Cunani e do Tipir (ou biribiri), a proteção das expressões culturais de comunidades tradicionais por meio de direitos de propriedade intelectual, ao invés de fomentar a propagação e reprodução das experiências culturais intra e inter comunidades, poderá gerar simplificação, redução ou, quiçá, a extinção das mesmas, se considerarmos o fato de que, em grande parte, são baseadas em processos criativos anteriores, em determinados casos com a participação de mais de uma comunidade, na forma de trocas simbólicas.

CONCLUSÃO

Neste estudo, entende-se que, em decorrência de um processo modificativo que teve como plano de fundo toda a segunda metade do século XX, questões existenciais, antes sequer imaginadas como sendo regulamentadas, adquirem papel relevante no ordenamento constitucional, repaginando institutos que até então se encontravam estratificados, dando visibilidade a novas demandas e grupos, antes dotados de certa coadjuvância social.

Neste contexto, o rol de pressupostos à proteção da propriedade se amplia, deixando de ser apenas a disponibilidade aos interesses de seu dono, como também o comprometimento à função social, bem como de seus deveres anexos, determinados constitucionalmente.

Em paralelo, uma gama de garantias previstas toma forma em partes esparsas do texto constitucional, e questões como a propriedade e cultura indígenas - exploração de recursos, educação, línguas, religião, cultura, também estão aqui abarcadas - ganham palco e passam a ser centro das discussões.

Neste momento ganham a mídia uma série de demandas judiciais que versavam sobre o direito originário dos povos aborígenes às terras, entendendo o STF, em mais de uma oportunidade, como foi clarificado no decorrer do estudo, a prevalência do direito dos indígenas em razão da

e malária, foram vítimas de um desapossamento histórico e cultural, visto que tais plantas se tornaram objeto de patente requerida pelo químico Conrad Gorinsk, desta forma, correndo o risco de terem que pagar “royalties” para a indústria farmacêutica multinacional para continuar a pescar e a curar os seus doentes.

originalidade na posse das terras ocupadas.

A biodiversidade, a seu modo, também ganha maior proteção, através de um amplo rol de tratados e normas de abrangência internacional que, encabeçados pela CBD, reconheceram a relação de interdependência entre as populações tradicionais e a natureza, estatuindo uma série de medidas voltadas à concreta proteção da variedade natural em paralelo ao fomento das atividades extrativas.

Tal processo de supressão das carências no que tange à biodiversidade no quadro externo teve reflexos em âmbito nacional com a implementação da Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001 que, recepcionando a CDB, regulamentou o acesso ao patrimônio genético e a proteção ao conhecimento tradicional associado no país, ratificando também mandamentos constitucionais.

Por fim, foi delineado um alicerce quanto à questão das expressões culturais, no qual integram apontamentos sobre os povos tradicionais, da sua ligação com a natureza - e com o território, dada a relação de simbiose dos povos autóctones com o meio em que vivem -, de patrimônio cultural, do contexto no qual foi verificada a necessidade de proteção dos conhecimentos tradicionais, como forma mais adequada de se preservar o conhecimento dos povos e de garantir-lhes maior e mais efetiva participação social e, em paralelo, proteger adequadamente a cultura nacional.

O próximo passo, em trabalho seguinte, é aprofundar o entendimento sobre como melhor proteger o conjunto de expressões culturais tradicionais e conhecimento tradicional.

REFERÊNCIAS:

[Autor Desconhecido] **APONTAMENTOS sobre a legislação colonial e imperial voltada ao tratamento das terras ocupadas pelos índios no Brasil**, 2012. Disponível em: <<http://transfontes.blogspot.com.br/search/label/ind%C3%ADgenas>>. Acesso em 27 de setembro de 2018.

ÁVILA, Tiago. **Biopirataria E Os Wapichana: etnografia sobre a bioprospecção e o acesso aos recursos genéticos na Amazônia brasileira**. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/cogedi/pdf/revista_estudos_pesquisas_v3_n1_2/08Biopirataria_e_os_Wapichana_Thiago_Avila.pdf>. Acesso em 28 de setembro de 2018.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 27 de setembro de 2018.

BRASIL, Ministério do Meio Ambiente. **Convenção Sobre Diversidade Biológica**. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/biodiversidade/conven%C3%A7%C3%A3o-da-diversidade-biol%C3%B3gica.html>>. Acesso em 28 de setembro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inteiro Teordo Acórdão da Ação Cível Originária nº 312**. Relator: GRAU, Eros. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629999>>. Acesso em 27 de setembro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Votos nas Ações Cíveis Originárias nº 362 e 366**. Relator: AURÉLIO, Marco. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=352624>>. Acesso em 27 de setembro de 2018.

CARBONI, Guilherme; COELHO, Daniele Maia Teixeira. **A proteção das expressões culturais tradicionais pela propriedade intelectual e sua transformação em mercadoria**. Disponível em: <<https://gcarbonicombr.files.wordpress.com/2016/08/a-protec3a7c3a3o-das-expressc3b5es-culturais-tradicionais-pela-propriedade-intelectual.pdf>>. Acesso em 28 de setembro de 2018.

CARBONI, Guilherme. **Direito Autoral, Diversidade das Expressões Culturais e Pluralidade de Autorias**. Disponível em: <https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/40957392/Direitos_Autorais_e_Pluralidade_de_Autorias.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1538146281&Signature=YQB9g9GMLe4MX7Ev7LgZsC1DOYw%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DDireito_Autoral_Diversidade_das_Expresso.pdf> Acesso em 28 de setembro de 2018.

CONSELHO de gestão do patrimônio genético. **10 anos 100ª CGEN**. Disponível em: < <http://www.mma.gov.br/publicacoes/patrimonio-genetico.html?download=1024:publicacao-comemorativa-do-conselho-de-gestao-do-patrimonio-genetico> >. Acesso em 28 de setembro de 2018.

BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 485**, de 20 de dezembro de 2006. Aprova o texto da Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, celebrada em Paris, em 20 de outubro de 2005. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/n.n?norma=585087&id=14360778&idBinario=15734525&mime=application/rtf>>. Acesso em: 28 de setembro de 2018.

BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 3.551**, de 4 de agosto de 2000. Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3551.htm>. Acesso em 28 de setembro de 2018.

BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 6.040**, de 7 de fevereiro de 2007. Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm>. Acesso em 28 de setembro de 2018.

FREITAS, Augusto Rodrigues de; SOUZA, Allan Rocha de. **Função Social da Propriedade Indígena e os Direitos Culturais**. Anais do XI Congresso de Direito de Autor e Interesse Público (2017: Curitiba, PR). Disponível em: <<http://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2018/04/xi-codaip-2017-gedai.pdf>>. Acesso em 27 de setembro de 2018.

RODRIGUES, Lucas de Oliveira. **Identidade cultural**. Disponível em <<https://brasilecola.uol.com.br/sociologia/identidade-cultural.htm>> Acesso em 28 de setembro de 2018.

INSTITUTO do patrimônio histórico e artístico nacional (IPHAN). **Programa Nacional do Patrimônio Imaterial**. Disponível em: <http://www.pontaojongo.uff.br/sites/default/files/upload/documento_programa_nacional_do_patrimonio_imaterial.pdf>. Acesso em 28 de setembro de 2018.

MOREIRA, Elaine. **Conhecimentos Tradicionais e Sua Proteção**. Disponível em: <https://www.boell.de/sites/default/files/assets/boell.de/images/download_de/ecology/Beitrag_Eliane_Moreira_portugiesisch.pdf>. Acesso em 28 de setembro de 2018.

LIMA, Sabrina Ferreira. **Os índios em face à Constituição Federal/88, 2004**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1602/Os-indios-em-face-a-Constituicao-Federal-88>> Acesso em 27 de setembro de 2018.

PENSAMENTO verde. **Entenda o que é ecologia social e a importância de seu desenvolvimento**. 2017. Disponível em: <<https://www.pensamentoverde.com.br/economia-verde/entenda-o-que-e-ecologia-social-e-importancia-de-seu-desenvolvimento/>>. Acesso em 28 de setembro de 2018.

YAMADA, Erica Magami, VILLARES, Luiz Fernando. **Julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: Todo dia era dia de índio**. Disponível em: <<file:///C:/Users/Augusto/Downloads/24213-44011-1-PB.pdf>>. Acesso em 27 de setembro de 2018.

