

A PROTEÇÃO AUTORAL NAS EXPRESSÕES CULTURAIS TRADICIONAIS: UM ESTUDO COMPARADO DO DIREITO DE AUTOR BRASILEIRO COM O *COPYRIGHT* AUSTRALIANO

COPYRIGHT PROTECTION IN TRADITIONAL CULTURAL EXPRESSIONS: A COMPARED STUDY OF BRAZILIAN AND AUSTRALIAN LAW

João Pedro Costa Genro^I

Carla Adams Bins Perin^{II}

Marcelo Gattermann Perin^{III}

^I Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil. E-mail: jpgenro@gmail.com

^{II} Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil. E-mail: carlabp2000@gmail.com

^{III} Fundação Getulio Vargas, São Paulo, SP, Brasil. E-mail: mperin25@gmail.com

Resumo: O artigo produz um estudo comparativo sobre as possibilidades de incidência da proteção autoral nas expressões culturais tradicionais nos ordenamentos jurídicos de Brasil e Austrália. Fazendo uso do método comparado funcional-contextualizado, a partir das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, a investigação enfoca no instituto de direito de autor desses países, analisando casos concretos e verificando eventuais desdobramentos legislativos. A pesquisa conclui que as expressões culturais tradicionais não são devidamente protegidas nas disciplinas normativas dos dois países em razão das suas peculiaridades, como seus aspectos de oralidade, propriedade coletiva e atemporalidade. Dessa forma, a criação de uma tutela *sui generis* se mostra a solução mais adequada para que essas comunidades possam dispor acerca do uso feito de seus conhecimentos.

Palavras-chave: Expressões culturais tradicionais. Direitos autorais. Direito comparado. Conhecimentos tradicionais. Propriedade intelectual.

Abstract: The article produces a comparative study about the possibilities of incidence of copyright in the traditional cultural expressions in the legal systems of Brazil and Australia. Through comparative law methods, based on bibliographic and documentary research, the investigation focuses on copyright laws of these countries, analyzing cases and verifying legislative consequences. The research concludes that traditional cultural expressions are not properly protected in the legislation of the two countries due to their peculiarities, such as their aspects of orality, collective ownership and timelessness. Thus, the creation of a *sui generis* system is the most appropriate solution for these communities to control the use of their knowledge.

Keywords: Traditional cultural expressions. Copyright. Comparative law. Traditional knowledge. Intellectual property.

DOI: <https://doi.org/10.31512/rdc.v19i48.1648>

Recebido em: 19.04.2024

Aceito em: 04.11.2024



Esta obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional.

1 INTRODUÇÃO

Não obstante a ausência de exata definição no âmbito internacional, os conhecimentos tradicionais (doravante CT) são entendidos como termo geral que incluiu as práticas e conhecimentos dos povos tradicionais, abarcando as comunidades locais e indígenas¹.

A Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI; em inglês, *World Intellectual Property Organization*, WIPO) discute sobre formas de proteção aos CT, uma vez que há demanda desses povos para o reconhecimento dos seus direitos intelectuais em razão das usuais explorações comerciais desses bens por terceiros. Na sua atual forma de trabalho, a OMPI divide os CT em três áreas distintas: CT em sentido estrito, expressões culturais tradicionais e recursos genéticos².

O objeto deste trabalho é o estudo das expressões culturais tradicionais (doravante ECT). Conhecidas também como expressões de folclore, termo atualmente considerado inapropriado na comunidade internacional, elas são entendidas como as formas tangíveis e intangíveis em que conhecimentos e culturas tradicionais são expressos, comunicados e manifestados³. Alguns exemplos são músicas, contos, danças, desenhos e pinturas desses povos, os quais evidenciam o cunho artístico dessas expressões, que, ao mesmo tempo, também são representativas às comunidades indígenas e tradicionais, uma vez que se inserem na herança social dos grupos⁴. Em razão dessas especificidades, sobressai-se o questionamento se essas criações podem ser entendidas como obras protegidas no direito de autor.

Partindo desta problemática, o presente trabalho objetiva analisar as possibilidades de incidência da proteção autoral nas ECT por meio de um estudo comparativo dos ordenamentos jurídicos do Brasil e da Austrália. A escolha pelo direito australiano se deve pela crescente extensão da aplicabilidade da legislação australiana aos povos aborígenes⁵, bem como pela existência de um movimento dos povos indígenas australianos (que correspondem aos povos aborígenes e das Ilhas do Estreito de Torres) na busca da proteção de seus CT através da propriedade intelectual⁶.

O estudo, de caráter qualitativo e exploratório, faz uso das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental e do método comparado funcional-contextualizado, buscando a resposta na comparação legislativa de sistemas jurídicos que possuem conflitos sociais que se assemelham⁷. Nesse contexto, a investigação em perspectiva comparada é centrada nos institutos de direito de autor de ambos os países, com a posterior análise de casos concretos para a verificação dos desdobramentos legislativos na perspectiva prática.

1 WIPO. *Glossary of Key Terms Related to Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions*. Genebra: WIPO, 2018. Disponível em: https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_37/wipo_grtkf_ic_37_inf_7.pdf, p. 42. Acesso em: 18 dez. 2023.

2 WIPO. *Nota informativa n° 1 - CT e propriedade intelectual*. Genebra: WIPO, 2016. Disponível em: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/pt/wipo_pub_tk_1.pdf, p. 40. Acesso em: 18 dez. 2023.

3 WIPO. *Glossary of Key Terms Related to Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions*. Genebra: WIPO, 2018. Disponível em: https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_37/wipo_grtkf_ic_37_inf_7.pdf, p. 42. Acesso em: 18 dez. 2023.

4 DRUMMOND, Victor Gameiro. *A tutela jurídica das ECT*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 51.

5 ARMITAGE, Andrew. *Comparing the Policy of Aboriginal Assimilation: Australia, Canada, and New Zealand*. [Vancouver]: UBC Press, 1995, p. 21.

6 JANKE, Terri. *Minding culture: case studies on intellectual property and traditional cultural expressions*. Geneva: WIPO, 2003, p. 6.

7 ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An Introduction to Comparative Law*. New York: University Press, 1998, p. 34.

A pesquisa por meio de estudo comparado se justifica, pois a proteção das ECT é uma demanda global com grande atuação de organizações internacionais⁸. Dessa forma, um olhar para diferentes experiências nesse campo temático, além do território brasileiro, pode ampliar reflexões e possibilidades de agir, bem como auxiliar no aprimoramento e desenvolvimento do próprio direito pátrio.

2 A PROTEÇÃO AUTURAL NO BRASIL

A Lei nº 9.610/1998 regula os direitos autorais no Brasil, entendidos como os direitos de autor e os que lhe são conexos, sendo aplicada aos nacionais ou pessoas domiciliadas em país que assegure aos brasileiros ou pessoas domiciliadas no Brasil a reciprocidade na proteção aos direitos autorais e equivalentes (art. 2, parágrafo único).

O art. 7º da Lei traz um conceito geral de obras intelectuais protegidas, complementado por um rol não exaustivo de criações passíveis de proteção⁹. Essas obras são entendidas como as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro.

Tendo em vista que a legislação utiliza a fixação como critério para a incidência do direito de autor, apenas as ECT que estiverem num substrato permanente seriam passíveis de proteção. Entretanto, isso compromete a proteção das expressões desses povos, uma vez que a tradição oral, transmitida por gerações, é uma das suas grandes características¹⁰. Além disso, a necessidade de materialização prejudica as práticas culturais desses povos de manterem certas informações como sagradas ou secretas¹¹.

Outro requisito nuclear da tutela legal do direito de autor é a originalidade, entendido para o direito autoral como um reflexo da personalidade do autor¹². Ainda que se exija apenas a originalidade de caráter relativo, e não a novidade absoluta da criação¹³, só haveria o que se falar em obra original para as expressões culturais com autoria individualizada. Esse fato é consequência de que o regime do direito de autor parte da ideia de uma autoria identificável para ensejar a proteção da lei, em que esse sujeito será o titular dos direitos¹⁴.

Essas questões em torno da titularidade dos direitos intelectuais são grandes obstáculos para a proteção das ECT pelas normas de direito de autor. Nessas expressões, como resultado de um processo criativo comunitário, há um notório vínculo entre o criador imediato e a comunidade, de tal forma que os próprios povos tradicionais consideram que a noção de titularidade não reflete as particularidades desses grupos e as possibilidades de os seus membros como titulares de

8 A OMPI e a UNESCO são as principais organizações internacionais que atuam nas demandas em torno das expressões culturais tradicionais, embora em perspectivas distintas. A atuação da OMPI se centra nas questões da propriedade intelectual, enquanto a da UNESCO é no ponto de vista dessas expressões como patrimônio cultural imaterial e a busca pela sua preservação.

9 ODY, Lisiane Feiten Wingert. *Direito e Arte: O direito da arte brasileiro sistematizado a partir do paradigma alemão*. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 108.

10 DRUMMOND, *op. cit.*, p. 63.

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

12 SANTOS, Manoel J. Pereira dos. A questão da autoria e da originalidade em direito de autor. *In*: SANTOS, Manoel J. Pereira dos; JABUR, Wilson Pinheiro (org.). *Direito autoral*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 126.

13 BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 49.

14 *Ibidem*, p. 57.

direito¹⁵. Não obstante existir a previsão na Lei de obras coletivas¹⁶ e em coautoria¹⁷, nenhuma das definições abarca as nuances das ECT.

Isso porque, independentemente da existência de um autor imediato identificável, sob a perspectiva da cultura indígena, esse criador é mero reproduzidor de um acervo cultural pertencente a uma etnia, de tal forma que ele apenas serve “como meio de expressão de uma arte que é essencialmente coletiva”¹⁸. Assim, o que ocorre é que as ECT são propriedades coletivas dos seus povos¹⁹, mas o direito não contempla a possibilidade de a titularidade da obra ser dessa coletividade criadora²⁰.

Outra problemática diz respeito à duração da proteção autoral. Segundo os art. 41 e 43 da Lei, os direitos patrimoniais do autor perduram por setenta anos, contados do ano subsequente do seu falecimento ou do ano posterior ao da primeira publicação (em caso de obras anônimas). Não obstante o momento da concepção dessas expressões ser indefinido, o que já se mostra como empecilho à incidência do direito autoral, a limitação de tempo de proteção para uma criação em específico também não abarca a ideia de que esses conhecimentos ultrapassam a vida de um criador individualizado, pois são intergeracionais e atemporais²¹.

Todos esses elementos demonstram que as ECT não são devidamente protegidas pelos direitos autorais²², sobretudo pelos seus aspectos de oralidade, propriedade coletiva e atemporalidade. Contudo, isso não quer dizer que essas expressões estão em domínio público, o que está expressamente ressalvado no art. 45 da Lei de Direitos Autorais²³, fazendo parte, na verdade, do macroconceito de direitos coletivos *lato sensu*²⁴.

Outrossim, a Portaria n° 177 da Fundação Nacional do Índio (FUNAI) regulamenta o procedimento de autorização para uso, aquisição e/ou cessão de direitos autorais e de direitos de imagem indígenas. Ainda que a Portaria preceitue que a coletividade possa ser titular do direito autoral²⁵, não há uma regulamentação no documento de quando resta configurado esse direito

15 RODRIGUES JÚNIOR, Edson Beas. Res Nullius? O regime brasileiro de repressão à apropriação indébita das expressões culturais folclóricas: direitos autorais e sistema de repressão à concorrência desleal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 102, n. 930, p. 281–330, 2013, p. 286 e ss.

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

17 A obra em coautoria é definida no art. 5º, inciso VIII, a. Para tanto, ela ocorre quando é criada em comum, por dois ou mais autores.

18 BAPTISTA, Fernando Mathias; VALLE, Raul Silva Telles do. *Os povos indígenas frente ao direito autoral e de imagem*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004, p. 18.

19 WIPO. *Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions*. [Genebra]: WIPO, 2020. Disponível em: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_933_2020.pdf, p. 20. Acesso em: 15 dez. 2023.

20 D'ELBOUX, Sonia Maria; BAIRON, Sérgio. A proteção legal às ECT no Brasil - Mecanismos e iniciativas para a sua preservação e difusão. In: SOARES, Inês Virgínia Prado; PRAGMÁCIO, Mário (org.). *Tutela jurídica e política de preservação do patrimônio cultural imaterial*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 125.

21 DRUMMOND, *op. cit.*, p. 59-60.

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

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

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

24 MOREIRA, Eliane Cristina Pinto. Acesso e uso dos CT no Brasil: o caso Ver-o-peso. In: SOARES, Inês Virgínia Prado; CUREAU, Sandra (org.). *Bens culturais e direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2019. p. 211.

25 Art. 2º, §1º- O autor da obra, no caso de direito individual indígena, ou a coletividade, no caso de direito coletivo, detêm a titularidade do direito autoral [...].

coletivo. Além disso, há disposições da Portaria que apenas refletem o entendimento da Lei nº 9.610 de um direito baseado na autoria identificável²⁶, de tal forma que as problemáticas de proteção pelo direito de autor ainda subsistem.

Importante frisar que os direitos dos povos tradicionais também encontram adequada correspondência nas normas protetivas do patrimônio cultural, em razão dos valores identitários e da relevância cultural dos CT²⁷. O registro é o principal instrumento para a proteção dos bens de natureza imaterial que constituem o patrimônio cultural brasileiro; o qual, todavia, não traz qualquer reflexo ao direito de propriedade intelectual, tampouco produz obrigações aos indivíduos envolvidos com o bem registrado²⁸.

2.1 MARCELO ROSENBAUM VERSUS WAJÁPI

Em 2011, o designer Marcelo Rosenbaum desenvolveu uma linha de papel de parede, em parceria com a empresa Bobinex²⁹, denominada “Coleção Grafismo”, em que a sua “Linha Mata” estampava a Arte Kusiwa dos indígenas Wajápi, sem a autorização da tribo para o uso³⁰. Essa manifestação cultural trata-se, em síntese, de linguagem gráfica dos indígenas Wajápi do Amapá que sintetiza seu modo particular de conceber e agir sobre o universo³¹.

Ocorre que, diante da ausência de direito coletivo de propriedade intelectual sobre suas pinturas, os Wajápi tiveram de buscar auxílio por outras vias para o fim de fazer cessar a violação de seus direitos autorais – a qual, juridicamente falando e tendo por base a legislação brasileira, não estaria configurada. Assim, uma vez que a Arte Kusiwa foi registrada como patrimônio cultural do Brasil³², o Conselho das Aldeias Wajápi (APINA) e o Instituto de Pesquisa e Formação Indígena (IEPÉ) comunicaram o fato ao Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), requerendo a atuação do órgão governamental para a proteção da arte gráfica.

O IPHAN não sabia como proceder na situação, tendo em vista que, de regra, não cabe ao órgão tratar de assuntos de propriedade intelectual. Na mesma linha, o registro, principal instrumento adotado na política de salvaguarda do patrimônio cultural imaterial brasileiro, não é ferramenta jurídica adequada para a proteção do direito de exclusividade. Contudo, sob a ótica de que haveria a obrigação legal do IPHAN de avaliar se essa comercialização não autorizada

26 Art. 3, § Único - No caso da produção criativa individual, o contrato deverá ser celebrado com o titular da obra nos termos da Lei N. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998.

27 KISHI, Sandra Akemi Shimada. Conhecimentos e povos tradicionais: a valorização da dignidade humana pelo direito patrimonial cultural. In: SOARES, Inês Virgínia Prado; CUREAU, Sandra (org.). *Bens culturais e direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2019, p. 227.

28 TELLES, Mário Ferreira de Pragmácio. O registro como forma de proteção do patrimônio cultural imaterial. *Revista CPC*, São Paulo, n. 4, p. 40–71, 2007, p. 54.

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

30 BRASIL. IPHAN. *Processo Administrativo nº 01424.000082/2011-35*. Utilização inadequada da Arte Kusiwa, dos Wajápis. 2011. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/890>, p. 140-141. Acesso em: 7 dez. 2023.

31 QUEIROZ, Hermano Favricio Oliveira Guanais e. *O registro de bens culturais imateriais como instrumento constitucional garantidor de direitos culturais*. 2014. Dissertação (Mestrado em Preservação do Patrimônio Cultural) - IPHAN, Rio de Janeiro, 2014, p. 140-141.

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

poderia ter gerados danos ao patrimônio cultural, o órgão governamental atuou, de forma ativa, na mediação do conflito³³.

As partes se reuniram, em maio de 2011 no escritório do APINA, e acordaram, dentre outras medidas, pela paralisação imediata da produção e venda do papel de parede com a Arte Kusiwa³⁴. Posteriormente, tendo em vista que foi verificado que os padrões gráficos ainda estampavam a “Coleção Grafismo”, o IPHAN notificou extrajudicialmente o designer para que cumprisse imediatamente os termos do acordo. Importante pontuar que a obrigação de fazer requerida na notificação foi baseada na “infração lesiva ao patrimônio imaterial” e objetivava a preservação do patrimônio cultural tutelado³⁵.

Como resolução do conflito, foi celebrado “Termo de Acordo e Compromisso” entre a Associação do povo Wajápi (AWATAC) e a empresa do designer Marcelo Rosenbaum, com a interveniência do IPHAN. Ajustou-se que a empresa deveria compensar o dano causado ao patrimônio cultural imaterial por meio do pagamento de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), que seria utilizado para a execução do “Projeto Fortalecimento Cultural e da Gestão Territorial Wajápi”³⁶.

Não obstante o caso tratar sobre violação de direitos em torno de uma forma artística, a discussão jamais se deu em torno dos direitos autorais, pois, como referido, os povos indígenas não possuem direito de exclusividade sobre as suas expressões culturais. Essa preocupação já era antiga do povo Wajápi, o qual buscou o pedido de registro da Arte Kusiwa na crença de ver constituído um direito de propriedade intelectual coletiva sobre suas pinturas, de maneira a impedir a utilização indiscriminada de seus padrões gráficos por terceiros³⁷. No caso da “Coleção Grafismo”, no entanto, a principal preocupação da comunidade dizia respeito aos possíveis efeitos danosos do uso inadequado da Arte Kusiwa em termos culturais e comunais, para além das questões econômicas.

Na realidade, tal espécie de apreensão, que não se limita a aspectos monetários, não é incomum de ocorrer em contextos envolvendo povos indígenas. Como ensina a doutrina de Jessica Lai³⁸, a utilização dos CT (em sentido amplo) de modo inadequado por terceiros pode afetar com tanta intensidade a sua integridade, de tal forma a torná-los desprovidos de valor aos olhos da comunidade da qual são originários. Ainda, o uso não autorizado dos CT pode acarretar inclusive danos físicos e morais aos membros de uma comunidade indígena,

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

34 Também ficaram acordadas a restituição dos produtos já confeccionados aos Wajápi e o encaminhamento de relatório que informasse o quantitativo, periodicidade e locais de comercialização dos produtos contendo os grafismos. Nesse sentido, ver BRASIL. IPHAN, *op. cit.*, p. 105.

35 BRASIL. IPHAN, *op. cit.*, p. 151.

36 BRASIL. IPHAN, *op. cit.*, p. 490.

37 COSTA, Rodrigo Vieira; SILVA, Frederico Augusto Barbosa. Os usos do registro do patrimônio cultural imaterial para reconhecimento de direitos intelectuais coletivos: o que dizem os processos administrativos do IPHAN sobre os direitos culturais. In: SOARES, Inês Virgínia Prado; PRAGMÁCIO, Mário (org.). *Tutela jurídica e política de preservação do patrimônio cultural imaterial*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 361. QUEIROZ, *op. cit.*, p. 192.

38 LAI, Jessica Christine. *Indigenous Cultural Heritage and Intellectual Property Rights: Learning from the New Zealand Experience?* Cham: Springer, 2014, p. 59.

particularmente àqueles que são considerados como os “guardiões” das práticas, conhecimentos e/ou manifestações culturais indevidamente utilizados³⁹.

Portanto, como se observa, mesmo que a situação tenha sido resolvida no caso concreto, a problemática dos povos indígenas não poderem controlar o uso dos seus próprios conhecimentos ainda subsiste. Dessa forma, enquanto não houver legislação adequada sobre a proteção direta aos CT, que considere as suas particularidades e a sua alta significância cultural, acaba-se por colocar as ECT em “situação de extrema vulnerabilidade e de risco permanente de lesão e até perecimento”⁴⁰.

2.2 MARCELO ROSENBAUM & YAWANAWÁ

Em janeiro de 2013, uma equipe multidisciplinar de 30 pessoas (incluindo, dentre elas, chef de cozinha, arquiteto, cinegrafista, designer, publicitário e fotógrafo, além dos estúdios “Fetich Design” e “Nada Se Leva”), passou cerca de um mês em contato com indígenas Yawanawá, no estado brasileiro do Acre, no âmbito da terceira edição do projeto “A Gente Transforma”. A referida edição do projeto, liderado pelo já citado designer/arquiteto Marcelo Rosenbaum, teve como objetivo, dentre outros, a produção de uma coleção de luminárias que fossem representativas da cultura Yawanawá⁴¹.

Para tanto, Marcelo Rosenbaum teve como base duas ideias centrais. A primeira delas traduz-se na premissa de que o design deve ser “útil”, não só no sentido de ter uma função prática, mas também de atender a um propósito maior. Assim, no caso dos Yawanawá, a coleção de luminárias deveria proporcionar, para além da geração de riquezas, a promoção do desenvolvimento local e a valorização e permanência da cultura indígena em questão⁴².

Já a segunda consistiu em adotar a cultura dos Yawanawá como inspiração tanto para a elaboração do aspecto estético das peças, como também para a dinâmica da criação. Nessa linha, as luminárias foram feitas a partir de miçangas de vidro (material familiar ao artesanato indígena) e fizeram uso dos *kenês*, desenhos sagrados que consistem em grafismos geométricos figurativos de animais e elementos da natureza⁴³. Quanto à dinâmica da criação, essa foi pautada pela ideia do coletivo; isto é, da coletividade enquanto criadora, de tal forma que as luminárias produzidas decorrem da cocriação entre três estúdios de design e da interação com o povo Yawanawá (ao todo, foram cerca de 78 artesãos Yawanawá que participaram do projeto)⁴⁴.

Como resultado, foram produzidas nove luminárias para a coleção “A força da floresta”, as quais foram expostas na mostra “Yawanawá – A força da floresta”, em Milão, no Salão Móvel em 2013. Após, foram vendidas pela marca brasileira *La Lampe*, sendo que 80% do valor da venda retornou, em tese, para a comunidade indígena⁴⁵.

39 *Ibidem*, p. 59

40 QUEIROZ, *op. cit.*, p. 201.

41 BASTIAN, Winnie. *As luminárias da coleção Yawanawá*. Casa Vogue, [s.l.], 2 de abril de 2013. Disponível em: <https://casavogue.globo.com/MostrasExpos/noticia/2013/04/colecao-yawanawa-de-marcelo-rosenbaum.html>. Acesso em: 2 dez. 2023.

42 *Ibidem*.

43 ROSENBAUM. *Yawanawá – Coleção Força da Floresta*. Disponível em: <https://rosenbaum.com.br/escritorio/projetos/yawanawa-colecao-forca-da-floresta/>. Acesso em: 2 dez. 2023.

44 BASTIAN, *op. cit.*; ROSENBAUM, *op. cit.*

45 ACRE. Mitos da cultura yawanawa são destaques em salão de design italiano. *Notícias do Acre*, [s.l.], 9 de abril de

Em face do narrado, a pergunta que pode surgir é o por qual razão se procedeu à abordagem de um caso no qual não houve absolutamente nenhuma discussão jurídica acerca de direitos autorais sobre ETC. E a resposta, por mais paradoxal que possa soar, reside justamente nessa ausência de debate jurídico na situação analisada.

Dito de outra forma, o que se afigura interessante na parceira firmada entre Marcelo Rosenbaum e os Yawanawá é que, a despeito de o direito brasileiro não contemplar a possibilidade de a titularidade da obra ser da coletividade criadora indígena, ainda assim é possível que haja a utilização comercial das ETC de maneira adequada. Isso porque o uso de elementos típicos ou próprios de determinada cultura em objetos com valor estético pressupõe, primordialmente, o reconhecimento dessa cultura e a aproximação com a comunidade da qual ela é originária por aquele(s) que daquela deseja(m) se utilizar⁴⁶.

Para além do caso envolvendo o arquiteto Marcelo Rosenbaum, no entanto, vale mencionar que os indígenas Yawanawá já protagonizaram outras parcerias de êxito, nos mesmos moldes da analisada no presente artigo. Exemplificadamente, cita-se as parcerias firmadas com as marcas *Farm* e a *Pantys*⁴⁷, a grife *Cavalaria*⁴⁸, e a *Aveda Corporation Inc*, para a venda de sementes de urucum coletadas comunal e localmente⁴⁹. Recentemente, também houve o lançamento da coleção “*Yawanawa | Alok*” pela marca *Chilli Beans*, colaboração feita entre a etnia indígena e o DJ brasileiro Alok para a elaboração de armações de óculos de sol e de grau, bem como de relógios⁵⁰.

Assim, pode-se concluir que um primeiro passo para a solução da questão atinente à titularidade das ETC necessariamente perpassa a adoção e/ou a elaboração de instrumentos jurídicos que possibilitem que a utilização da criação ocorra de forma respeitosa. Dentre eles, tem-se a proibição de uso não tradicional de manifestações sagradas, pagamento de compensação econômica à comunidade indígena, consideração do direito costumeiro desta⁵¹.

3 COPYRIGHT NA AUSTRÁLIA

O direito de autor é regido na Austrália pelo *Copyright Act 1968*, uma lei federal estabelecida pelo Parlamento. Para a proteção de uma obra no *copyright* australiano, não há

2013. Disponível em: <https://agencia.ac.gov.br/mitos-da-cultura-yawanawa-sao-destaques-em-salao-de-design-italiano/>. Acesso em: 2 dez. 2023.

46 ODY, Lisiane Feiten Wingert. Relações entre Fashion Law e o Direito da Arte, do Autor e da proteção de patrimônio cultural. *Direito Hoje*- Emagis, 2022. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10183/255055>. Acesso em: 8 out. 2023.

47 GRUPO DE MODA SOMA S.A. *Farm Rio*, 2021. Farm Yawanawá: a força da floresta. Disponível em: <https://www.farmrio.com.br/yawanawa>. Acesso em: 8 out. 2023.

48 FELLET, João. Da escravidão à autonomia em 50 anos: a história de renascimento dos índios yawanawá. *BBC News Brasil*, São Paulo, 16 nov. 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-50020257>. Acesso em: 8 out. 2023.

49 POSEY, Darrell Addison; DUTFIELD, Graham. *Beyond Intellectual Property: Toward Traditional Resource Rights for Indigenous Peoples and Local Communities*. Ottawa: International Development Research Centre, 1996, p. 56.

50 SANTOS, Alana. Chilli Beans lança coleção Yawanawa com DJ Alok. *Publicitários Criativos*, [s.l.], 5 de outubro de 2023. Disponível em: <https://www.publicitarioscriativos.com/chilli-beans-lanca-colecao-yawanawa-com-dj-alok/>. Acesso em: 8 out. 2023.

51 BLAKE, Janet. *International Cultural Heritage Law*. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 239.

um procedimento formal ou de registro, de tal forma que o uso do símbolo do *copyright* não é requisito legal para a proteção⁵².

O sistema protetivo da Austrália se diferencia do regime do direito autoral brasileiro sobretudo pelo fato de que o *copyright* enfatiza a defesa da obra e parte da ideia de que a originalidade é determinada pela habilidade e trabalho do criador, enquanto o direito autoral prevê destaque nos direitos do autor, sendo a originalidade um reflexo da sua personalidade⁵³.

No *copyright* australiano, as obras protegidas são divididas em dois grupos: *works* (obras literárias, dramáticas, musicais e artísticas) e *subject-matter other than works* (gravações de som, obras cinematográficas, transmissões sonoras e de televisão e edições publicadas). Para o recorte das ECT, as obras artísticas ganham destaque. Na Seção 10 do *Copyright Act* é referido que essas obras são, independente de qualidade artística, (i) as pinturas, esculturas, desenhos, gravuras ou fotografias; (ii) uma construção ou seu projeto; e (iii) uma obra de habilidade artística que não se enquadra nas duas hipóteses anteriores.

Conforme a Seção 33 da Lei, como regra geral, a proteção da obra dura até 70 anos após a morte do criador, em que posteriormente recairá em domínio público. Para a incidência das normas protetivas do *copyright* australiano, há quatro requisitos⁵⁴: (i) enquadramento em uma das categorias de obras protegidas pela lei; (ii) originalidade da criação; (iii) materialização da obra; e (iv) suficiente conexão com a Austrália ou com um país que seja signatário de um tratado internacional de *copyright*.

A partir desses requisitos, subsistem problemáticas semelhantes à experiência brasileira no tocante à proteção autoral das ECT. Assim como no direito de autor brasileiro, o *copyright* australiano recai sobre obras artísticas, materializadas de alguma forma, em que o detentor dos direitos será um criador individualizado, não havendo uma perspectiva da coletividade criadora como titular dos direitos das ECT e de proteção a expressões orais de conhecimentos.

Desde uma alteração legislativa em 2019, o *Copyright Act* traz a possibilidade de proteção para obras de autores desconhecidos. Na prática, contudo, o novo critério condiciona o tempo protetivo à data da criação da obra ou quando ela se tornou pública⁵⁵, o que acaba não contemplando as nuances existentes nas ECT

Importante mencionar que, apesar de os direitos morais no *Copyright Act*⁵⁶ serem atribuídos ao autor individualmente, houve uma proposta em 2003 de alteração da legislação denominada *Indigenous Communal Moral Rights*, que buscava reconhecer um direito moral comunitário indígena. Entretanto, o projeto não obteve êxito legislativo⁵⁷.

52 TENG, Jo; AUSTRALIAN COPYRIGHT COUNCIL. *Writers & Copyright*. Sydney: Australian Copyright Council, 2016, p. 10.

53 ODY, Lisiane Feiten Wingert. *Direito e Arte: O direito da arte brasileiro sistematizado a partir do paradigma alemão*. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 74.

54 WEBSTER, Nathan; AUSTRALIAN COPYRIGHT COUNCIL. *Copyright Essentials*. Sydney: Australian Copyright Council, 2015, p. 11.

55 De acordo com a Seção 33 do *Copyright Act*, as obras de autores desconhecidos serão protegidas por 70 anos do ano em que a obra foi criada ou se tornou pública. Para obras artísticas, a Seção 29A disciplina que tornar público é a exibição em público.

56 Com o *Moral Right Act 2000 (Cth)*, a partir de dezembro de 2000, passou-se a constar na Lei que os autores também possuem direitos morais sobre as suas criações. Dessa forma, a Seção 189 do *Copyright Act* disciplina que os direitos morais são os de atribuição de autoria, de não ter autoria falsamente atribuída e de integridade de autoria

57 JANKE; DAWSON, *op. cit.*, p. 12.

3.1 YUMBULUL VERSUS RESERVE BANK OF AUSTRALIA (1991)

O caso julgado em 1991 pela *Federal Court* versa sobre o *Reserve Bank of Australia* ter lançado uma nota especial de 10 dólares australianos que reproduz, em parte, a obra *Morning Star Pole* de autoria de Terry Yumbulul⁵⁸, artista do clã *Warimiri* reconhecido pelas suas obras artísticas que exaltam a sua cultura local. Ele adquiriu o direito pelas autoridades do clã *Galpu* para desenvolver *Morning Star Poles*, que são esculturas com grande significado para esse povo.

Em 1986, o artista desenvolveu, de forma comissionada, cinco esculturas para uma companhia, que vendeu as obras para cinco museus. Após essas vendas, a *Aboriginal Artists Agency*, que cuida dos interesses dos artistas aborígenes, adquiriu os direitos exclusivos de reprodução da obra de Terry Yumbulul⁵⁹. Posteriormente, a Agência sublicenciou os seus direitos de uso da obra do artista para o *Reserve Bank* para a reprodução da nota especial de 10 dólares australianos, que foi lançada em 1988.

Terry Yumbulul ajuizou a ação contra o Banco e a Agência, alegando que esta não poderia sublicenciar os seus direitos de uso, pois isso excede a autorização que o próprio artista recebeu do clã, que era apenas para a educação da cultura aborígine. O autor da demanda ainda defendeu que a autorização não permitiria a reprodução de itens sagrados da cultura aborígine em notas de dinheiro⁶⁰.

A decisão da *Federal Court* foi que o artista havia erroneamente acreditado que a licença de reprodução das esculturas concedida à Agência estava submetida às leis costumeiras dos povos aborígenes e com limitações de uso. Ainda assim, a Corte fez um importante apontamento no julgamento de que o *copyright* australiano não fornece o adequado reconhecimento às reivindicações dos povos aborígenes no tocante à regulação do uso de suas obras⁶¹.

A análise do julgador se deu estritamente aos direitos patrimoniais em torno da obra de Terry Yumbulul, tendo em vista que os direitos morais sobre a obra surgiram no *Copyright Act* apenas em 2000. Contudo, importante pontuar que a decisão poderia ter se dado em sentido oposto caso já houvesse disposição sobre direitos morais à época da lide, uma vez que eles são inalienáveis dada a sua natureza pessoal⁶². O direito de integridade de autoria, que é um dos direitos morais disciplinado no *Copyright Act*, ganha relevância para esse caso, já que ele corresponde ao direito de respeito à obra e que ela não seja submetida a tratamento depreciativo⁶³.

A autorização pela comunidade aborígine para o desenvolvimento das *Morning Star Poles* é condicionada que, na utilização das imagens, haja um contexto das cerimônias ou

58 AUSTRALIA. FEDERAL COURT OF AUSTRALIA. *Yumbulul, T. v Reserve Bank of Australia, Aboriginal Artists Agency*. Justice French, 25 de julho de 1991. Disponível em: <https://jade.io/article/151709>, p. 3. Acesso em: 18 nov. 2023.

59 JANKE, Terri. *Minding culture: case studies on intellectual property and traditional cultural expressions*. Geneva: WIPO, 2003, p. 18.

60 JANKE, Terri. *Minding culture: case studies on intellectual property and traditional cultural expressions*. Geneva: WIPO, 2003, p. 60.

61 AUSTRALIA. FEDERAL COURT OF AUSTRALIA. *Yumbulul, T. v Reserve Bank of Australia, Aboriginal Artists Agency*. Justice French, 25 de julho de 1991. Disponível em: <https://jade.io/article/151709>, p. 12. Acesso em: 18 nov. 2023.

62 TENG; AUSTRALIAN COPYRIGHT COUNCIL, *op. cit.*, p. 12.

63 A Seção 195AI do *Copyright Act* disciplina sobre o direito de integridade de autoria. Original: 195AI Author's right of integrity of authorship (1) The author of a work has a right of integrity of authorship in respect of the work. (2) The author's right is the right not to have the work subjected to derogatory treatment

propósito educacional⁶⁴. Dessa forma, uma vez que ocorre uma óbvia descontextualização das imagens no uso em cédulas de dólares australianos, não houve o devido respeito à vivência dessas comunidades.

Ainda que a legislação australiana tenha reconhecido posteriormente os direitos morais do autor, não existe a possibilidade de direitos morais à coletividade. Com isso, o caso demonstra a importância que seria o reconhecimento a um direito moral comunitário indígena, uma vez que as questões do respeito à criação respaldam em todo o povo, não só no criador imediato. Assim, com a não aprovação do *Indigenous Communal Moral Rights*, a Austrália perdeu uma grande oportunidade de resolução de parte das problemáticas existentes.

3.2 MILPURRURRU VERSUS INDOFURN (1994)

Também conhecido como *Carpets Case*, artistas aborígenes (George Milpurrruru, Banduk Marika, Tim Payunka Tjapangati e o *Public Trustee for the Northern Territory* representando os artistas que haviam falecido) entraram com uma ação contra a *Indofurn*, uma importadora australiana, que importou tapetes do Vietnã que reproduziam (integralmente ou com algumas modificações) obras dos autores da demanda sem autorização⁶⁵.

As obras foram reproduzidas a partir de portfólios educacionais sobre as artes aborígenes da *National Gallery of Australia* e *Australian Information Service*. Após a produção dos tapetes, a importadora buscou aconselhamento da *Aboriginal Legal Service of Western* para a regularização do uso das obras. A *Indofurn* chegou a fazer uma proposta para a permissão de uso no valor de A\$ 750 (setecentos e cinquenta dólares australianos), que foi prontamente recusada pelos artistas, os quais, na sequência, buscaram o auxílio da Associação para ajuizamento de ação judicial contra a importação ilegal. Um ponto a se ressaltar é o valor oferecido pela importadora, que chegou a importar cerca de 200 tapetes, vendendo alguns em valores acima de A\$ 4.000 (quatro mil dólares australianos)⁶⁶.

As artes utilizadas nos tapetes possuem grande significado para os seus respectivos povos. Exemplo é o caso em torno da obra de uma das autoras da ação, Banduk Marika. A artista, do clã *Rirratingu*, recebeu uma autorização dos representantes do seu povo para a realização de pinturas baseadas em histórias sagradas do clã⁶⁷. A partir disso, Banduk Marika criou a obra *“Djanda and the Sacred Water Hole”* em 1986, sob comissão, para a *National Gallery of Australia*. A pintura só foi concedida à Galeria, pois ela seria publicada em portfólios para educar pessoas não indígenas sobre a cultura aborígene, não havendo um cunho comercial no seu uso⁶⁸. Em entrevistas posteriores, a artista referiu que temia as consequências que essas reproduções das

64 DRUMMOND, *op. cit.*, p. 199.

65 AUSTRALIA. FEDERAL COURT OF AUSTRALIA. *Milpurrruru, G. v Indofurn P/L*. Justice Von Doussa, 13 de dezembro de 1994. Disponível em: <https://jade.io/article/195477>. Acesso em: 18 nov. 2023.

66 JANKE, Terri. *Minding culture: case studies on intellectual property and traditional cultural expressions*. Geneva: WIPO, 2003, p. 10.

67 Essas histórias são chamadas de “dreaming stories”. Elas retratam o *Dreaming* ou *Dreamtime*, que é o período em que os ancestrais dos povos aborígenes criaram a terra, a vida e a formação geográfica onde vivem os clãs. Essas histórias são passadas de geração a geração através de contos, pinturas corporais, danças, etc.

68 JANKE, Terri. *Minding culture: case studies on intellectual property and traditional cultural expressions*. Geneva: WIPO, 2003, p. 10-12.

obras nos tapetes poderiam causar na sua vivência no clã, pois ela poderia sofrer consequências como a perda da permissão para a realização de obras artísticas⁶⁹.

No tocante ao julgamento, realizado na *Federal Court* pelo *Justice Von Doussa*, a discussão girou em torno da aplicabilidade da Seção 37 do *Copyright Act*⁷⁰. O dispositivo legal preceitua que se um sujeito importar um item para a Austrália (com o propósito de vender, distribuir ou realizar o comércio da obra), ele deve ter o consentimento do dono dos direitos intelectuais da obra, caso ele soubesse, ou deveria razoavelmente saber que, se a obra importada tivesse sido feita na Austrália, iria infringir o *copyright*.

A *Indofurn* alegou que o *copyright* não incidia nas obras dos artistas aborígenes, uma vez que elas eram baseadas em artes pré-existentes desses povos, não havendo o requisito de originalidade. Contudo, o julgador deliberou que, não obstante as obras seguirem as formas tradicionais das artes aborígenes e serem baseadas nas histórias sagradas dos clãs, as pinturas possuíam perceptíveis traços de habilidade e originalidade. A partir disso, o *Justice* afirmou que havia um conhecimento esperado de uma pessoa desse meio de negócio (empresa importadora) que o ato da importação infringiria o *copyright*.

Ainda subsistiu uma discussão sobre aqueles tapetes que não eram reproduções exatas das obras dos artistas. Para tanto, foi decidido que, mesmo que tivesse ocorrido alteração das obras originais, as partes reproduzidas das pinturas dos artistas eram centralmente importantes para as artes contidas nos tapetes. Dessa forma, o *Justice* afirmou que houve reprodução substancial das obras dos artistas aborígenes, sobretudo pela comprovação de que houve um *animus furandi* para que a cópia de certas obras fosse apenas parcial no intuito de facilitar o trabalho⁷¹.

O *Justice Von Doussa* condenou a empresa ré (i) na entrega dos tapetes não vendidos; e (ii) no pagamento de indenização em aproximadamente A\$ 188.640,00 (cento e oitenta e oito mil, seiscentos e quarenta dólares australianos)⁷².

Sobre os danos, eles foram apurados a partir de quatro principais circunstâncias (JANKE, 2003, p. 18–19): (i) pela privação do direito de reprodução dos autores das obras; (ii) pelo desrespeito ao *copyright*; (iii) pela conduta deliberada e calculada da importadora na cópia das obras; e (iv) pelos transtornos sofridos pelos artistas e danos sofridos à cultura dos povos aborígenes. O total da indenização foi dado em caráter coletivo aos artistas, de tal forma que, posteriormente, eles decidiram dividir igualmente o montante entre todos⁷³.

Um dos pontos da condenação (de que uma parte da indenização recairia diretamente nos diretores da importadora) foi revertida no recurso para a *Full Federal Court* em 1995. Os

69 JANKE, Terri. *Minding culture: case studies on intellectual property and traditional cultural expressions*. Geneva: WIPO, 2003, p. 13-14.

70 The copyright in a literary, dramatic, musical or artistic work is infringed by a person who, without the licence of the owner of copyright, imports an article into Australia for the purpose of: [...] if the importer knew, or ought reasonably to have known, that the making of the article would, if the article had been made in Australia by the importer, have constituted an infringement of the copyright.

71 AUSTRALIA. FEDERAL COURT OF AUSTRALIA. *Milpurruru, G. v Indofurn P/L*. Justice Von Doussa, 13 de dezembro de 1994. Disponível em: <https://jade.io/article/195477>. Acesso em: 18 nov. 2023.

72 JANKE, Terri. *Minding culture: case studies on intellectual property and traditional cultural expressions*. Geneva: WIPO, 2003, p. 18.

73 Contudo, os artistas não receberam a indenização total concedida, tendo em vista que a *Indofurn* foi extinta e um dos diretores da empresa decretou falência. Nesse sentido, ver: JANKE, Terri. *Minding culture: case studies on intellectual property and traditional cultural expressions*. Geneva: WIPO, 2003, p. 21.

artistas buscaram recorrer dessa reforma na decisão, mas o recurso não foi admitido na *High Court*⁷⁴.

O *Carpets Case* é um precedente paradigmático sobre as possibilidades de proteção do *copyright* nas ECT dos povos indígenas australianos, em razão, por exemplo, da conclusão de existência de originalidade nas obras dos artistas aborígenes. Contudo, a incidência do *copyright* só ocorreu no caso, tendo em vista que as formas artísticas em discussão (i) eram obras materializadas; (ii) foram criadas por artistas identificáveis; e (iii) não eram a simples reprodução da expressão cultural tradicional da tribo. Dessa forma, as ilustrações sagradas do clã não foram reconhecidas como protegidas pelo *copyright*, mas unicamente as pinturas desenvolvidas pelos artistas aborígenes.

Ainda que a lide tenha se centrado nos direitos intelectuais individuais dos artistas, outro ponto extremamente relevante do caso foi a constatação de danos na cultura desses povos pela reprodução não autorizada de itens de sua cultura. Tendo considerado esse ponto para a apuração da indenização, o julgador reconheceu a representatividade dessas expressões aos povos aborígenes.

Mesmo que não tenham sido proferidas considerações no precedente sobre a tradição oral e o status de propriedade coletiva das ECT, o julgamento foi um avanço na matéria e teve grande função de desencorajar novas infrações aos direitos dos povos aborígenes⁷⁵.

3.3 BULUN BULUN VERSUS R & T TEXTILES (1998)

Em mais um processo decidido pelo Justice Von Doussa na *Federal Court*, a ação foi ajuizada pelo artista John Bulun Bulun e George Milpurrurru em face da empresa *R & T Textiles*, que importou tecidos que copiavam a pintura “*Magpie Geese and Water Lilies at the Waterhole*” do artista para território australiano sem autorização⁷⁶.

A referida obra foi feita em 1978 com a permissão dos responsáveis (*senior members*) do povo *Ganalbingu*⁷⁷. A autorização para a pintura dependia dos modos e propósitos da criação. Posteriormente, a arte foi reproduzida, com o consentimento de John Bulun Bulun, para o livro “*Arts of the Dreaming – Australia’s Living Heritage*”. A partir da imagem contida no livro, a *R & T Textiles* produziu tecidos na Indonésia que reproduziam a pintura para posterior importação para a Austrália, onde seriam vendidos em lojas de tecidos para possíveis transformações em itens de vestuário⁷⁸.

George Milpurrurru, na figura do sujeito de posição mais elevada no povo *Ganalbingu*, adentrou na lide, em direito próprio, para requerer a declaração de que ele e o povo *Ganalbingu* também eram detentores (*equitable owners*) do direito intelectual da obra utilizada, sem atingir os direitos subsistentes ao artista.

74 JANKE, Terri. *Minding culture: case studies on intellectual property and traditional cultural expressions*. Geneva: WIPO, 2003, p. 19.

75 JANKE, Terri. *Minding culture: case studies on intellectual property and traditional cultural expressions*. Geneva: WIPO, 2003, p. 22.

76 AUSTRALIA. FEDERAL COURT OF AUSTRALIA. *Bulun Bulun, John v R and T Textiles*. Justice Von Doussa, 3 de setembro de 1998. Disponível em: <https://jade.io/article/115546>, p. 6. Acesso em: 19 dez. 2023.

77 A obra retratava histórias do Djulibinyamurr, que é um local de extrema importância para o povo *Ganalbingu*

78 JANKE, Terri. *Minding culture: case studies on intellectual property and traditional cultural expressions*. Geneva: WIPO, 2003, p. 10.

Assim que o processo foi iniciado, a empresa ré admitiu que infringiu o *copyright* na reprodução da obra do John Bulun Bulun, de tal forma que retirou imediatamente, de forma voluntária, os tecidos do mercado. Entretanto, o requerimento de George Milpurruru persistiu, de tal maneira que restou ainda para a Corte deliberar se ele, como representante do seu povo, poderia demandar judicialmente à Empresa, no interesse e nome do seu povo, por reprodução não autorizada da obra.

Os principais fundamentos para a *equitable ownership* era de que a obra do artista incorporou elementos da cultura do povo *Ganalbingu*, bem como que John Bulun Bulun necessitava da autorização dos demais representantes do seu povo para certas criações suas.

A decisão do *Justice Von Doussa* foi pela inexistência da *equitable ownership*, pois o *Copyright Act* apenas permite uma titularidade coletiva de direitos intelectuais em caso de obra em coautoria. Dessa forma, como não foi comprovado que outra pessoa também foi coautora da obra em questão, deliberou-se pelo indeferimento do pedido.

Em contrapartida, à luz da *equity*⁷⁹, o *Justice* considerou que havia um dever fiduciário (*fiduciary duty*) do autor da obra com o seu povo. O fundamento foi de que, embora John Bulun Bulun tivesse o direito de exploração da sua obra, ainda subsistia uma obrigação sua de respeitar as leis aborígenes (sobretudo no tocante ao uso dos CT) e de garantir a preservação da integridade da cultura do povo *Ganalbingu*, inclusive dos efeitos da reprodução das suas artes.

Surgiram duas principais obrigações ao artista a partir desse dever⁸⁰: (i) a proibição de exploração de trabalho artístico que desrespeite as leis e costumes do povo *Ganalbingu*; e (ii) entrar com ação judicial contra quem infringir o *copyright* de suas obras artísticas. Caso o artista desrespeitasse uma de suas obrigações, a Corte deliberou que é um direito do povo *Ganalbingu* intentar demanda judicial contra o autor da obra para que este cumpra a sua obrigação. Para o caso concreto, o *Justice* definiu que não havia necessidade dessa intervenção, uma vez que John Bulun Bulun respeitou as suas obrigações.

O julgamento do caso *Bulun Bulun v R & T Textiles* se mostrou preconizador por ter reconhecido a importância dos interesses dos povos aborígenes em proteger as suas expressões culturais, bem como a relevância do direito aborígene para o sistema legal australiano⁸¹. Embora as leis costumeiras tenham um grande destaque na decisão, sendo o grande fundamento para a existência de uma obrigação do artista com o povo *Ganalbingu*, elas não foram observadas sob um ponto crucial às ECT: o seu status de direito coletivo.

O precedente evidencia que o atual regime da propriedade intelectual impossibilita a configuração das ECT como propriedade coletiva. Isso reforça a necessidade da criação de um instrumento *sui generis* para a proteção dessas expressões, a fim de que exista um regime protetivo que atinja todas as particularidades existentes nos CT.

79 No direito australiano, como fruto da adoção do sistema jurídico da *common law* britânica, uma das fontes de direito é a *equity*. Ela funciona como um complemento às normas institucionalizadas, buscando uma maior justiça através da aplicação de uma solução (*remedy*) mais adequada ao caso concreto, não adstrito aos termos estritos da lei. Nesse sentido, ver ALLSOP, James. *Statutes and Equity*. Sydney, 2019. Disponível em: <https://www.fedcourt.gov.au/digital-law-library/judges-speeches/chief-justice-allsop/allsop-cj-20191112>. Acesso em: 19 dez. 2023.

80 JANKE, Terri. *Minding culture: case studies on intellectual property and traditional cultural expressions*. Geneva: WIPO, 2003, p. 60.

81 JANKE, Terri. *Minding culture: case studies on intellectual property and traditional cultural expressions*. Geneva: WIPO, 2003, p. 62.

Não obstante a Corte tenha admitido um dever fiduciário do artista aborígene com a sua comunidade, ainda persistiu o impedimento para que esses povos possam agir diretamente contra terceiros que eventualmente usem ou reproduzem indevidamente as suas artes. Embora tenha sido um novo avanço na matéria, esse entendimento jurisprudencial ainda impossibilita uma atuação ativa das comunidades com as suas próprias expressões culturais.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As ECT, apesar de possuírem um notório caráter artístico e serem usualmente objetos de uso comercial, possuem inúmeros empecilhos para a proteção autoral. Dessa maneira, a OMPI possui extensa atuação para abranger essas expressões na proteção da propriedade intelectual. Embora não haja um resultado definitivo sobre o assunto, como a criação de um instrumento internacional, a Organização prossegue com trabalho ativo para a resolução das problemáticas existentes em torno das ECT.

No tocante ao estudo comparado, há convergência de resultado, pois as disciplinas normativas do Brasil e Austrália protegem unicamente a expressão de um autor individualizado e não os conhecimentos subjacentes dos povos tradicionais. Ademais, não há previsão legal nos dois paradigmas para que as coletividades criadoras das ECT sejam titulares dos direitos de autor.

No paradigma brasileiro, os casos concretos demonstram as diversas incertezas em torno das ECT, bem como as suas incompatibilidades com o sistema da propriedade intelectual. Ainda que a atuação do IPHAN na mediação de conflitos tenha se mostrado um avanço na matéria, os povos indígenas e tradicionais persistem sem o direito de exclusividade sobre as suas expressões culturais.

Na experiência australiana, essa inadequação do sistema de proteção autoral com as demandas dos povos tradicionais sobre os seus conhecimentos foi expressamente reconhecida pelas Cortes superiores. A partir disso, houve um progresso no assunto por meio do reconhecimento de danos aos povos e a sua cultura pelo uso não autorizado das suas expressões culturais, bem como pelo emprego da *equity* para a criação de obrigações ao artista com o povo detentor das expressões culturais usadas como base para a obra.

Mesmo nessa notória evolução, as tentativas de aperfeiçoamento e adaptação da matéria na Austrália acabam por colidir com as mesmas complicações existentes no ordenamento jurídico brasileiro: as possibilidades de proteção se restringem a obras de autores individualizados e inexistente o reconhecimento das ECT como direito coletivo.

Uma vez que a problemática se evidencia em dois institutos protetivos de cernes opostos, o *copyright* e o direito continental de direito autoral, percebe-se que as complicações não se restringem a específicas omissões legislativas. A própria atuação da OMPI para a proteção das ECT na seara da propriedade intelectual evidencia que a temática é uma demanda internacional.

Nesse sentido, a IGC vem buscando a criação de um instrumento *sui generis* para a proteção dessas expressões, em razão das lacunas existentes nos sistemas de proteção autoral (e na da propriedade intelectual como um todo), que dificulta uma prevenção à apropriação indevida nas ECT.

A criação de uma tutela *sui generis* se mostra como a solução mais adequada, não só pelos inúmeros obstáculos existentes do atual sistema da propriedade intelectual, como pelo fato de que uma limitação de tempo já torna o sistema de direito de autor significativamente inadequado para a proteção das ECT⁸². Dessa forma, uma vez que essas expressões possuem um valor coletivo para os seus grupos além do artístico, é necessário que haja o seu imediato reconhecimento protetivo para que os povos tradicionais possam controlar o uso e reprodução dos seus conhecimentos.

REFERÊNCIAS

ACRE. Mitos da cultura yawanawa são destaques em salão de design italiano. *Notícias do Acre*, [s.l.], 9 de abril de 2013. Disponível em: <https://agencia.ac.gov.br/mitos-da-cultura-yawanawa-sao-destaques-em-salao-de-design-italiano/>. Acesso em: 2 dez. 2023.

ALLSOP, James. *Statutes and Equity*. Sydney, 2019. Disponível em: <https://www.fedcourt.gov.au/digital-law-library/judges-speeches/chief-justice-allsop/allsop-cj-20191112>. Acesso em: 19 dez. 2023.

ARMITAGE, Andrew. *Comparing the Policy of Aboriginal Assimilation: Australia, Canada, and New Zealand*. [Vancouver]: UBC Press, 1995.

AUSTRALIA. FEDERAL COURT OF AUSTRALIA. *Yumbulul, T. v Reserve Bank of Australia, Aboriginal Artists Agency*. Justice French, 25 de julho de 1991. Disponível em: <https://jade.io/article/151709>. Acesso em: 18 nov. 2023.

AUSTRALIA. FEDERAL COURT OF AUSTRALIA. *Milpururru, G. v Indofurn P/L*. Justice Von Doussa, 13 de dezembro de 1994. Disponível em: <https://jade.io/article/195477>. Acesso em: 18 nov. 2023.

AUSTRALIA. FEDERAL COURT OF AUSTRALIA. *Bulun Bulun, John v R and T Textiles*. Justice Von Doussa, 3 de setembro de 1998. Disponível em: <https://jade.io/article/115546>. Acesso em: 19 dez. 2023.

BAPTISTA, Fernando Mathias; VALLE, Raul Silva Telles do. *Os povos indígenas frente ao direito autoral e de imagem*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004.

BASTIAN, Winnie. *As luminárias da coleção Yawanawá*. Casa Vogue, [s.l.], 2 de abril de 2013. Disponível em: <https://casavogue.globo.com/MostrasExpos/noticia/2013/04/colecao-yawanawa-de-marcelo-rosenbaum.html>. Acesso em: 2 dez. 2023.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BLAKE, Janet. *International Cultural Heritage Law*. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2015.

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

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

BRASIL. IPHAN. *Processo Administrativo nº 01424.000082/2011-35*. Utilização inadequada da Arte Kusiwa, dos Wajápis. 2011. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/890>. Acesso em: 7 dez. 2023.

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

COSTA, Rodrigo Vieira; SILVA, Frederico Augusto Barbosa. Os usos do registro do patrimônio cultural imaterial para reconhecimento de direitos intelectuais coletivos: o que dizem os processos administrativos do IPHAN sobre os direitos culturais. In: SOARES, Inês Virgínia Prado; PRAGMÁCIO, Mário (org.). *Tutela jurídica e política de preservação do patrimônio cultural imaterial*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 343–402.

D'ELBOUX, Sonia Maria; BAIRON, Sérgio. A proteção legal às ECT no Brasil - Mecanismos e iniciativas para a sua preservação e difusão. In: SOARES, Inês Virgínia Prado; PRAGMÁCIO, Mário (org.). *Tutela jurídica e política de preservação do patrimônio cultural imaterial*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 121–144.

DRUMMOND, Victor Gameiro. *A tutela jurídica das ECT*. São Paulo: Almedina, 2017.

FELLET, João. Da escravidão à autonomia em 50 anos: a história de renascimento dos índios yawanawá. *BBC News Brasil*, São Paulo, 16 nov. 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-50020257>. Acesso em: 8 out. 2023.

GRUPO DE MODA SOMA S.A. *Farm Rio*, 2021. Farm Yawanawá: a força da floresta. Disponível em: <https://www.farmrio.com.br/yawanawa>. Acesso em: 8 out. 2023.

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

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

KISHI, Sandra Akemi Shimada. Conhecimentos e povos tradicionais: a valorização da dignidade humana pelo direito patrimonial cultural. In: SOARES, Inês Virgínia Prado; CUREAU, Sandra (org.). *Bens culturais e direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2019. p. 215–235.

LAI, Jessica Christine. *Indigenous Cultural Heritage and Intellectual Property Rights: Learning from the New Zealand Experience?* Cham: Springer, 2014.

MOREIRA, Eliane Cristina Pinto. Acesso e uso dos CT no Brasil: o caso Ver-o-peso. In: SOARES, Inês Virgínia Prado; CUREAU, Sandra (org.). *Bens culturais e direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2019. p. 191–214.

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

ODY, Lisiane Feiten Wingert. Relações entre Fashion Law e o Direito da Arte, do Autor e da proteção de patrimônio cultural. *Direito Hoje*- Emagis, 2022. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10183/255055>. Acesso em: 8 out. 2023.

POSEY, Darrell Addison; DUTFIELD, Graham. *Beyond Intellectual Property: Toward Traditional Resource Rights for Indigenous Peoples and Local Communities*. Ottawa: International Development Research Centre, 1996.

QUEIROZ, Hermano Favricio Oliveira Guanais e. *O registro de bens culturais imateriais como instrumento constitucional garantidor de direitos culturais*. 2014. Dissertação (Mestrado em Preservação do Patrimônio Cultural) - IPHAN, Rio de Janeiro, 2014.

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

ROSENBAUM. *Yawanawá – Coleção Força da Floresta*. Disponível em: <https://rosenbaum.com.br/escritorio/projetos/yawanawa-colecao-forca-da-floresta/>. Acesso em: 2 dez. 2023.

SANTOS, Alana. Chill Beans lança coleção Yawanawa com DJ Alok. *Publicitários Criativos*, [s.l.], 5 de outubro de 2023. Disponível em: <https://www.publicitarioscriativos.com/chilli-beans-lanca-colecao-yawanawa-com-dj-alok/>. Acesso em: 8 out. 2023.

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

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

TENG, Jo; AUSTRALIAN COPYRIGHT COUNCIL. *Writers & Copyright*. Sydney: Australian Copyright Council, 2016.

WEBSTER, Nathan; AUSTRALIAN COPYRIGHT COUNCIL. *Copyright Essentials*. Sydney: Australian Copyright Council, 2015.

WIPO. *Nota informativa n° 1 - CT e propriedade intelectual*. Genebra: WIPO, 2016. Disponível em: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/pt/wipo_pub_tk_1.pdf. Acesso em: 18 dez. 2023.

WIPO. *Glossary of Key Terms Related to Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions*. Genebra: WIPO, 2018. Disponível em: https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_37/wipo_grtkf_ic_37_inf_7.pdf. Acesso em: 18 dez. 2023.

WIPO. *Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions*. [Genebra]: WIPO, 2020. Disponível em: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_933_2020.pdf. Acesso em: 15 dez. 2023.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An Introduction to Comparative Law*. New York: University Press, 1998.