

ANA FLÁVIA BARROS PLATIAU
MARCELO DIAS VARELLA

(Organizadores)

DIVERSIDADE BIOLÓGICA E CONHECIMENTOS TRADICIONAIS

*Cet ouvrage, publié dans le cadre d'aide
à la publication, bénéficie du soutien du
Ministère français des Affaires Étrangères*

Este livro, publicado no âmbito de participação
à publicação, contou com o apoio do
Ministério francês das Relações Exteriores



Coleção Direito Ambiental



DelRey

Belo Horizonte — 2004

**CAPÍTULO 12 CONHECIMENTOS TRADICIONAIS
ASSOCIADOS À BIODIVERSIDADE:
ELEMENTOS PARA A CONSTRUÇÃO DE
UM REGIME JURÍDICO *SUI GENERIS*
DE PROTEÇÃO**



*Juliana Santilli**

**1. CONHECIMENTO TRADICIONAL ASSOCIADO À
BIODIVERSIDADE: AFINAL, DO QUE ESTAMOS FA-
LANDO?**

É importante delimitar o objeto de nosso estudo: os conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade. Tal delimitação é necessária porque, evidentemente, os povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais produzem conhecimentos (tradicionais) e inovações em diversas áreas. Como exemplos, podemos citar suas criações artísticas, literárias e científicas, tais como desenhos, pinturas, contos, lendas, músicas, danças, etc., que devem ser tutelados por meio do reconhecimento de seus direitos autorais coletivos.

Neste trabalho, pretendemos restringir-nos à análise dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade¹, que vão des-

* Promotora de Justiça do Ministério Público Federal do Distrito Federal. Sócia-fundadora do Instituto Socioambiental.

¹ A Medida Provisória n. 2.186-16/2001 estabelece a seguinte definição de conhecimento tradicional associado: "informação ou prática individual ou



de técnicas de manejo de recursos naturais, métodos de caça e pesca, conhecimentos sobre os diversos ecossistemas e sobre propriedades farmacêuticas, alimentícias e agrícolas de espécies e as próprias categorizações e classificações de espécies de flora e fauna utilizadas pelas populações tradicionais. Antônio Carlos Diegues² aponta que as técnicas de manejo tradicional incluem domesticação e manipulação de espécies de fauna e flora, vinculadas às atividades relacionadas à agricultura itinerante, à introdução de espécies de árvores frutíferas nas roças de mandioca, à caça de subsistência, às técnicas de pesca, à construção de pesqueiros e à utilização de calendários complexos de atividades que reúnem coleta e cultivo. Conforme aponta Antônio Carlos Diegues³, pode-se falar numa *etnobioidiversidade*, isto é, a riqueza da natureza da qual também participa o homem, nomeando-a, classificando-a e domesticando-a.

coletiva de comunidade indígena ou de comunidade local, com valor real ou potencial, associada ao patrimônio genético” O Grupo de Trabalho de Conhecimento Tradicional Associado, criado pela Câmara Temática de Legislação do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético², apresentou a seguinte proposta de definição de Conhecimento Tradicional Associado, no âmbito do anteprojeto de lei de acesso: “todo conhecimento, inovação ou prática, individual ou coletiva, dos povos indígenas, quilombolas e comunidades locais, associados às propriedades, usos e características da diversidade biológica, dentro de contextos culturais que podem ser identificados como indígenas, locais ou quilombolas, ainda que disponibilizados fora desses contextos, tais como em bancos de dados, inventários culturais, publicações e no comércio”³. A referida Câmara Temática foi criada em abril de 2003, com a atribuição de elaborar uma proposta básica de legislação, a ser submetida ao Plenário do Conselho, e, posteriormente, ao Congresso Nacional. Tive a oportunidade de participar dos trabalhos da referida Câmara Temática, na qualidade de “especialista”, e fui relatora do Grupo de Trabalho sobre Conhecimento Tradicional Associado até agosto de 2003, quando foi substituída pela Dra. Teresa Cristina Moreira, assessora jurídica do Departamento de Patrimônio Genético. Tal definição foi desenvolvida, inicialmente, por um grupo de trabalho constituído pelo Instituto Socioambiental (ISA), de que participei, bem como os advogados do ISA (Fernando Baptista, André Lima, Sérgio Leitão e Ana Valéria Araújo), a assessora jurídica do Departamento de Patrimônio Genético, Teresa Cristina Moreira, as biólogas Nurit Bensusan e Cristina Azevedo, as antropólogas Jô Cardoso de Oliveira, Ana Gita de Oliveira e Manuela Carneiro da Cunha e a etnobotânica Laure Emperaire.

² DIEGUES, Antônio Carlos e ARRUDA, Rinaldo. *Saberes tradicionais e biodiversidade no Brasil*. Brasília: Ministério do Meio Ambiente; São Paulo: USP, 2001.

³ Obra citada, p.33.



As práticas e conhecimentos ecológicos dos seringueiros e povos indígenas – Kaxinawá, Katukina, Ashaninka – que habitam a região sudoeste da Amazônia brasileira – são descritas na “Enciclopédia da Floresta”, organizada pelos antropólogos Manuela Carneiro da Cunha e Mauro Barbosa de Almeida⁴. Inclui desde os elaborados calendários dos índios Ashaninka até as classificações de animais e dicionários de vegetais feitos pelos seringueiros e demais povos indígenas amazônicos⁵. Os próprios organizadores da “Enciclopédia” explicam que – em virtude da ausência de um regime legal de proteção aos referidos conhecimentos tradicionais, que impeça sua apropriação e utilização indevidas por terceiros, sem a repartição de eventuais benefícios econômicos com os detentores de tais conhecimentos – decidiram suprimir dessa publicação tudo aquilo que poderia ser passível de interesse comercial para a indústria farmacêutica, como sementes, corantes e defensivos agrícolas. Fazem, entretanto, preciosa análise dos conhecimentos que índios e seringueiros desenvolveram sobre a floresta.

Os referidos antropólogos descrevem ainda a forma como os conhecimentos dessas populações são desenvolvidos e compartilhados, a partir de pesquisas e observações minuciosas, especulações, experimentações e ampla troca de informações. Os conhecimentos dessas populações tradicionais são produzidos a partir de atividades e práticas coletivamente desenvolvidas na floresta, e correspondem àquilo que a Convenção sobre a Diversidade Biológica, em seu artigo 8 (j), designa de “conhecimentos, inovações e práticas das comunidades locais⁶ e populações indígenas com estilos de vida

⁴ CUNHA, Manuela Carneiro da e ALMEIDA, Mauro Barbosa de. “*Enciclopédia da Floresta: o Alto Juruá: práticas e conhecimentos das populações*”. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

⁵ Consulte-se também: CASTRO, Edna. Território, Biodiversidade e Saberes de Populações Tradicionais. In: CASTRO, Edna e PINTON, Florence. *Faces do Trópico Úmido: conceitos e questões sobre desenvolvimento e meio ambiente*. Belém: Cejup: UFPA-NAEA, 1997.

⁶ Vê-se que o artigo 8 (j) da CDB se refere aos conhecimentos de “comunidades locais e populações indígenas com estilos de vida tradicionais”. Entretanto, a CDB não estabelece uma definição de “comunidade local” ou de “populações indígenas com estilos de vida tradicionais”. A Medida Provisória n. 2.186-16/2001, que visa implementar a CDB no Brasil, estabelecendo normas para o acesso a recursos genéticos e aos conhecimentos tradicionais associados, criou a seguinte definição de comunidade local: “grupo humano, incluindo remanescentes de comunidades de quilombos, distinto por suas condições culturais, que se organiza, tradicionalmente, por gerações sucessivas e costumes



tradicionais". Já há diversos estudos mostrando que são as práticas, inovações e conhecimentos desenvolvidos pelos povos indígenas e populações tradicionais que conservam a diversidade biológica de nossos ecossistemas, principalmente das florestas tropicais⁷.

Os processos, práticas e atividades tradicionais dos povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais que geram a produção de conhecimentos e inovações relacionados a espécies e ecossistemas dependem de um modo de vida estreitamente relacionado com a floresta. A continuidade da produção desses conhecimentos depende de condições que assegurem a sobrevivência física e cultural dos povos tradicionais.

Mais do que um valor de uso, os recursos da diversidade biológica têm, para essas populações, um valor simbólico e espiritual: os "seres" da natureza estão muito presentes na cosmologia, nos símbolos e em seus mitos de origem⁸. A produção de inovações e conhecimentos sobre a natureza não se motiva apenas por razões utilitárias, como, por

próprios, e que conserva suas instituições sociais e econômicas". Adotamos a terminologia adotada pela Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que se refere a "povos indígenas", e o termo incorporado pela Lei n. 9.985/2000 (SNUC), que é "populações tradicionais", distinguindo-se, entretanto, os quilombolas das demais populações tradicionais, em face dos direitos territoriais especiais que lhe são assegurados pelo art. 68 do ADCT da Constituição.

Consulte-se, a respeito: SANTILLI, Juliana. Povos Indígenas, Quilombolas e Populações Tradicionais: a construção de novas categorias jurídicas. In: Instituto Socioambiental, Conflitos Socioambientais, São Paulo, 2004 (no prelo).

⁷ BALÉE, W. *Footprints of the Forest - Ka'apor ethnobotany: the historical ecology of plant utilization by an Amazonian people*. New York: Columbia University Press, 1993; BALÉE, W. Indigenous history and Amazonian biodiversity. In: STEEN & TUCKER, H.K. (ed.) *Changing tropical forest: historical perspectives on today's challenges in Central and South America*. Durham: Forest History Society, 1992. Citado por: DIEGUES, Antônio Carlos e ARRUDA, Rinaldo. Saberes tradicionais e biodiversidade no Brasil. Brasília: Ministério do Meio Ambiente; São Paulo: USP, 2001.

⁸ Consulte-se a respeito: EMPERAIRE, L. (org.), 2001, Relatório final do projeto: Manejo dos Recursos Biológicos na Amazônia: a Diversidade Varietal da Mandioca e sua Integração nos Sistemas de Produção, Convênio CNPq-Instituto Socioambiental /Institut de Recherche pour le Développement, p. 131-138., e Upiperi Kalisi: histórias de antigamente. Histórias dos antigos Taliaseri-Phukurana (versão do clã Kabana-Idakena-Yanapere). São Gabriel da Cachoeira, AM: Federação das Organizações Indígenas do Rio Negro; Iauareté, AM: União das Nações Indígenas do Rio Uaupés Acima, 2000. Coleção Narradores Indígenas do Rio Negro, vol. 4.



exemplo, descobrir a propriedade medicinal de uma planta para tratar uma doença ou domesticar uma planta selvagem para cultivá-la e utilizá-la na alimentação. Transcendem a dimensão econômica e permeiam o domínio das representações simbólicas e identitárias.

2. POR QUE CONFERIR PROTEÇÃO JURÍDICA AOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS ASSOCIADOS À BIODIVERSIDADE? O QUE É BIOPIRATARIA?

Os conhecimentos tradicionais adquiriram particular importância para a indústria da biotecnologia, principalmente de produtos farmacêuticos, químicos e agrícolas. Segundo Vandana Shiva⁹, dos 120 princípios ativos atualmente isolados de plantas superiores, e largamente utilizados na medicina moderna, 75% têm utilidades que foram identificadas pelos sistemas tradicionais. Menos de doze são sintetizados por modificações químicas simples; o resto é extraído diretamente de plantas e depois purificado.

A criação de um regime jurídico de proteção aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade visa evitar sua apropriação e utilização indevidas por terceiros. Ademais, visa também dar maior segurança jurídica às relações entre os interessados em acessar recursos genéticos e conhecimentos tradicionais associados (bioprospectores ou pesquisadores acadêmicos) e os detentores de tais recursos e conhecimentos, estabelecendo os parâmetros e critérios jurídicos a serem observados nessas relações e acordos.

Nos últimos anos, os recursos da biodiversidade e os conhecimentos tradicionais associados tornaram-se alvo de intensos debates e das mais diversas denúncias de biopirataria¹⁰. Embora não haja uma definição propriamente jurídica de biopirataria,¹¹ é relativa-

⁹ SHIVA, Vandana. *Biopirataria: a pilhagem da natureza e do conhecimento*; tradução de Laura Cardellini Barbosa de Oliveira. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001.

¹⁰ Algumas organizações internacionais trazem a público, sistematicamente, denúncias de biopirataria. Consulte-se a respeito: <www.amazonlink.org>, <www.rafi.org>, <www.twinside.org.sg>, <www.grain.org>, <www.iatp.org>, <www.ukfg.org.uk>.

¹¹ O presidente Fernando Henrique Cardoso vetou o dispositivo da Lei de Crimes Ambientais (Lei n. 9.605/98) que previa o crime de biopirataria, por considerá-lo excessivamente abrangente. Com efeito, o art. 47 previa pena de



mente bem aceito o conceito de que a biopirataria é a atividade que envolve o acesso aos recursos genéticos de um determinado país ou aos conhecimentos tradicionais associados a tais recursos genéticos (ou a ambos) em desacordo com os princípios estabelecidos na Convenção sobre a Diversidade Biológica (CDB)¹², a saber: a soberania dos Estados sobre seus recursos genéticos e a necessidade de consentimento prévio fundamentado dos países de origem dos recursos genéticos para as atividades de acesso, bem como a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados de sua utilização. Quando a atividade envolve conhecimentos, inovações e práticas de povos indígenas e populações tradicionais, a CDB estabelece a necessidade de que sua aplicação se dê mediante a aprovação e a participação de seus detentores e a repartição dos benefícios com os mesmos.

Ou seja, o objetivo fundamental da CDB é equilibrar as relações entre os países detentores da biodiversidade (países do Sul, em desenvolvimento) e os países detentores da biotecnologia (países do Norte, desenvolvidos). A matéria-prima da biotecnologia – a biodiversidade – está nos países em desenvolvimento, e o domínio sobre a biotecnologia e sobre as patentes sobre produtos ou processos biotecnológicos está nos países desenvolvidos.

Os mecanismos que a Convenção sobre a Diversidade Biológica (CDB) prevê para mitigar os efeitos do desequilíbrio de força e de poder econômico e político entre países desenvolvidos e em desenvolvimento são o consentimento prévio fundamentado dos países de origem dos recursos genéticos e a repartição dos benefícios gerados pelas atividades de bioprospeção – que envolvem o acesso a mate-

detenção de um a cinco anos, ou multa, ou ambas as penas, cumulativamente, para quem “exportasse espécie vegetal, germoplasma ou qualquer produto ou subproduto de origem vegetal, sem licença da autoridade competente”. Em agosto de 2002, o governo federal encaminhou outro projeto de lei, que pretende emendar a Lei de Crimes Ambientais, propondo pena de prisão de até 30 anos para quem utilizar amostras de componente do patrimônio genético para o desenvolvimento de armas biológicas e químicas, bem como pena de reclusão de até seis anos para quem remeter ao exterior amostra de material genético em desacordo com a legislação vigente. Tal projeto de lei encontra-se em tramitação no Congresso Nacional.

¹² A Convenção sobre a Diversidade Biológica (CDB) é uma convenção-quadro e estabelece princípios e metas gerais, devendo cada país-membro aprovar instrumentos jurídicos internos, que dêem parâmetros mais concretos para a implementação de seus princípios.



rial genético e seus produtos ou aos conhecimentos tradicionais associados, a fim de identificar possíveis aplicações econômicas.

O consentimento prévio fundamentado e a repartição justa e equitativa dos benefícios – dois princípios basilares da CDB – têm dupla implicação: por um lado, cabe aos países-partes estabelecerem, por meio de legislação interna, normas disciplinando o acesso e a repartição de benefícios entre países provedores e destinatários/ utilizadores desses recursos; por outro lado, o respeito ao artigo 8 (j) implica o consentimento prévio fundamentado dos povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais, detentores de conhecimentos tradicionais, e na repartição dos benefícios derivados de sua utilização com seus detentores¹³.

A fiel observância aos princípios da CDB implica tanto a consulta aos países de origem dos recursos genéticos e conhecimentos tradicionais associados – como expressão de sua soberania, frente a outros países – quanto a consulta, intermediada pelo Estado nacional, aos povos e populações tradicionais, detentores de tais recursos tangíveis e intangíveis. Ou seja: devem ser reconhecidos aos povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais direitos intelectuais coletivos sobre seus conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, sujeitando-se o acesso aos mesmos ao consentimento prévio fundamentado e à repartição justa e equitativa dos benefícios oriundos de sua utilização com seus detentores.

Tipicamente, a atividade de bioprospeção envolve a coleta de material biológico e o acesso a seus recursos genéticos em busca de novos compostos bioquímicos cujos princípios ativos possam ser aproveitados para a produção de novos produtos farmacêuticos, químicos e alimentares. Embora muitas pesquisas científicas realizadas por insti-

¹³ O Decreto n. 4.339, de 22.8.2002, que institui princípios e diretrizes para a implementação da Política Nacional de Biodiversidade, inclui, entre seus objetivos específicos, o “estabelecimento e a implementação de um regime legal *sui generis* de proteção a direitos intelectuais coletivos relativos à biodiversidade de povos indígenas, quilombolas e outras comunidades locais, com a ampla participação destas comunidades e povos”. Outro objetivo específico é a implementação de instrumentos econômicos e regime jurídico que possibilitem a repartição justa e equitativa de benefícios derivados do acesso aos conhecimentos tradicionais associados, com a compensação econômica e de outros tipos para os detentores dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, segundo as demandas por estes definidas e resguardando seus valores culturais.



tuições acadêmicas não tenham, inicialmente, finalidades ou perspectivas econômicas ou comerciais, seus resultados e desdobramentos podem caracterizar bioprospecção e ensejar a repartição de benefícios econômicos. A repartição de benefícios com os países em desenvolvimento se dá também mediante a transferência de tecnologia, principalmente a biotecnologia, e a participação dos países provedores de recursos genéticos, nas atividades de pesquisa biotecnológica.

Alguns casos de biopirataria ganharam repercussão internacional, como o do nim (em inglês, *neem*), árvore da Índia, usada há séculos nesse país como fonte de biopesticidas e remédios. A empresa multinacional norte-americana W.R. Grace Corporation e o Departamento de Agricultura dos EUA conseguiram obter, junto ao Escritório Europeu de Patentes, seis patentes sobre produtos e processos derivados do nim indiano. Entre elas, uma patente sobre um método de preparação de um óleo com propriedades pesticidas, extraído das sementes da árvore. A revogação de tal patente foi requerida por um grupo de pessoas e organizações: Vandana Shiva¹⁴, diretora da Research Foundation for Science, Technology and Ecology; Linda Bullard, presidente da International Federation of Organic Agricultural Movements e Magda Alvoet, ministra belga da Saúde e do Ambiente. Ao final de cinco anos de batalha legal, no dia 10/05/2000, o Escritório Europeu de Patentes revogou a patente com base no argumento de que o processo patenteado pelos norte-americanos não atendia ao requisito da novidade^{15,16}. A decisão de

¹⁴ Consulte-se a respeito: SHIVA, Vandana. *Biopirataria: a pilhagem da natureza e do conhecimento*; tradução de Laura Cardellini Barbosa de Oliveira. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001. Veja também, da mesma autora: *Protect or plunder? Understanding intellectual property rights*. Zed Books, London & New York. *Monocultures of the mind: perspectives on biodiversity and biotechnology*. Zed Books Ltd, London and New York e *Third World Network*, Penang, Malaysia e *Protecting our biological and intellectual heritage in the age of biopiracy: paper prepared for the Seminar on IPRs, Community Rights and Biodiversity: a new partnership for national sovereignty*, held at NewDelhi, February 20, 1996. The Research Foundation for Science, Technology and Natural Resource Policy.

¹⁵ Os requisitos de patenteabilidade de uma invenção são: novidade, atividade inventiva e aplicação industrial.

¹⁶ Conforme RANDERIA, Shalini. "Pluralismo jurídico, soberania fraturada e direitos de cidadania diferenciais: instituições internacionais, movimentos sociais e Estado pós-colonial na Índia". In: SOUSA SANTOS, Boaventura de (org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. Série: Reinventar a emancipação social: para novos manifestos, v.3



revogar a patente se fundamentou no depoimento de um dono de uma fábrica indiana, nos arredores de Nova Déli que demonstrou utilizar processo semelhante ao patenteado pelos norte-americanos desde 1995¹⁷, e não no desrespeito frontal aos princípios da Convenção sobre a Diversidade Biológica.

Os direitos de propriedade intelectual – e a patente, em especial – conferem a seu titular o direito de exploração exclusiva¹⁸ de um determinado produto ou processo, por um determinado período de tempo, após o qual o objeto da patente cai em domínio público. Por intermédio do sistema de patentes, produtos e processos desenvolvidos a partir de recursos coletados nos países biodiversos, e mediante a utilização de conhecimentos gerados por comunidades locais, caem no domínio privado e exclusivo dos detentores dos direitos de propriedade intelectual, que são, em geral, empresas multinacionais da área biotecnológica.

Atenta a tal fato – de que a biopirataria se dá mediante o uso de instrumentos patentários – é a própria Convenção sobre a Diversidade Biológica que estabelece que os países-membros, “reconhecendo que patentes e outros direitos de propriedade intelectual podem influir na implementação da Convenção, devem cooperar a esse respeito, em conformidade com a legislação nacional e o direito internacional, *para garantir que esses direitos (de propriedade intelectual) apóiem e não se oponham aos objetivos da Convenção*” (art. 16.5).

¹⁷ Conforme RANDERIA, Shalini, na obra citada acima.

¹⁸ Nos termos do art. 42 da Lei n. 9.279/96 (que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial), a patente confere a seu titular o direito de impedir terceiro, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar produto objeto de patente, processo ou produto obtido diretamente por processo patenteado. A patente de invenção vigora pelo prazo de 20 anos e a de modelo de utilidade pelo prazo de 15 anos, contados da data de depósito.

Nos termos da referida lei (art. 18, III e parágrafo único), não são patenteáveis: – o todo ou parte dos seres vivos, exceto os microorganismos transgênicos que atendam aos três requisitos de patenteabilidade – novidade, atividade inventiva e aplicação industrial – e que não sejam mera descoberta. Segundo a definição legal, os microorganismos transgênicos são “organismos, exceto o todo ou parte de plantas ou animais, que expressem, mediante intervenção humana direta em sua composição genética, uma característica normalmente não alcançável pela espécie em condições naturais.”



Entretanto, ainda são tímidas as iniciativas, no plano internacional, para compatibilizar os princípios da Convenção sobre a Diversidade Biológica (CDB) com as disposições do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio (TRIPS), da Organização Mundial do Comércio (OMC). O acordo TRIPS é um dos pilares do regime do comércio global, que define padrões de proteção para os direitos de propriedade intelectual dos 146 países-membros da OMC, responsável pelos maiores acordos multilaterais de comércio. A OMC opera dentro do princípio de um sistema liberal de comércio internacional baseado na não-discriminação e na eliminação de barreiras comerciais¹⁹. O artigo do acordo TRIPS que mais tem suscitado controvérsias, em relação aos princípios da CDB, é o 27.3 (b), que permite que os países-membros excluam do patenteamento plantas e animais, mas determina que estabeleçam proteção patentária para microorganismos e procedimentos não-biológicos ou microbiológicos. Determina ainda que os membros devem outorgar proteção a todas as variedades de plantas mediante patentes, mediante um sistema eficaz *sui generis* ou mediante uma combinação entre os dois.

Em junho de 2002, e no contexto da revisão do art. 27.3. (b) do TRIPS, Brasil, China, Cuba, República Dominicana, Equador, Índia, Paquistão, Tailândia, Venezuela, Zâmbia e Zimbábue solicitaram aos membros do Conselho do TRIPS que modificassem tal acordo, visando exigir outras condições para o patenteamento, como: a) identificação da fonte do material genético e do conhecimento tradicional eventualmente utilizado e b) prova da obtenção do consentimento prévio e fundamentado e da repartição justa e equitativa de benefícios. As discussões em torno de tais questões têm sido permanentemente adiadas, e as divergências entre a CDB e o TRIPS têm gerado conflitos entre os países do Sul (em desenvolvimento) e os do Norte (desenvolvidos). O atual texto do TRIPS é resultado de um acordo entre a União Européia e os Estados Unidos. Os países do Sul têm obtido muito pouco êxito na defesa de seus interesses na efetiva implementação da CDB e na revisão do artigo 27.3 (b), para que este exija, entre as condições para o patentea-

¹⁹ Conforme: SANT'ANA, Paulo José Péret. *Bioprospecção no Brasil: contribuições para uma gestão ética*. Brasília: Paralelo 15, 2002.



mento, a comprovação do cumprimento dos princípios estabelecidos na CDB. A questão tem sido discutida em diversos fóruns internacionais, com poucos avanços concretos²⁰.

Certo é que, enquanto for legalmente possível que uma empresa européia, dos EUA ou do Japão (países onde estão concentradas as multinacionais da área biotecnológica) colete material biológico em um país do Sul, leve-o para o exterior, identifique um princípio ativo, sintetize-o e obtenha uma patente sobre um produto ou processo resultante, sem a imposição de qualquer sanção pelo sistema internacional, muito pouca eficácia prática terá a CDB.

A comprovação da origem do material genético e do conhecimento tradicional associado, bem como de obtenção do consentimento prévio fundamentado e de repartição de benefícios com os países de origem e detentores dos conhecimentos tradicionais, como requisitos para o patenteamento, são essenciais à efetiva implementação da Convenção sobre a Diversidade Biológica. Além da previsão de tais requisitos de patenteabilidade, é fundamental estabelecer

²⁰ Internacionalmente, a proteção aos conhecimentos tradicionais associados aos recursos genéticos tem sido discutida em vários fóruns, como na FAO, na UNCTAD e no Grupo de Trabalho sobre Populações Indígenas das Nações Unidas, com poucos avanços concretos. A Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI, cuja sigla, em inglês, é WIPO) criou em 2000 um Comitê Intergovernamental sobre Propriedade Intelectual e Conhecimento Tradicional, Recursos Genéticos e Folclore. A 4ª. Conferência das Partes da Convenção sobre a Diversidade Biológica criou em 1998 um grupo de trabalho sobre o artigo 8 (j) e temas correlatos. A 7ª. Conferência das Partes da CDB, realizada em Kuala Lumpur, na Malásia, em fevereiro de 2004, decidiu criar um novo Grupo de Trabalho com mandato específico para negociar os termos de um regime internacional de acesso e repartição de benefícios derivados da utilização de recursos genéticos e conhecimentos tradicionais associados. A criação do referido regime internacional já havia sido recomendada tanto pelo Guia de Boas Condutas de Bonn (Bonn Guidelines), adotado pela 6ª. Conferência das Partes da CDB, quanto pelo Plano de Implementação aprovado durante a Cúpula Mundial sobre o Desenvolvimento Sustentável, realizada em Johannesburgo, na África do Sul, em 2002.

Consulte-se a respeito: MATHIAS, Fernando e NOVION, Henry. A COP de Biodiversidade e a velha diplomacia do "bode na sala". Artigo disponível no site do Instituto Socioambiental (www.socioambiental.org) e BAYLÃO, Raul Di Sergi e BENSUSAN, Nurit. "A questão da proteção dos conhecimentos tradicionais associados aos recursos genéticos nos fóruns internacionais". In: LIMA, André e BENSUSAN, Nurit. *Quem cala consente? Subsídios para a proteção aos conhecimentos tradicionais*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2003. (Série Documentos do ISA, 8).



a nulidade de patentes e outros direitos de propriedade intelectual concedidos sobre produtos ou processos direta ou indiretamente resultantes de conhecimentos tradicionais de povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais, sem o consentimento prévio fundamentado de seus detentores e a repartição justa e equitativa dos benefícios com os mesmos. Ainda que a patente venha a ser concedida, o detentor do conhecimento tradicional pode pleitear, administrativa e judicialmente, o reconhecimento de sua nulidade jurídica²¹.

O descumprimento do Acordo TRIPS e de outros acordos comerciais celebrados no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC) estão sujeitos a processos, painéis e a outras sanções. A CDB não prevê mecanismos sancionatórios para o descumprimento de seus preceitos, o que fragiliza muito sua aplicação, ainda que algumas instituições de pesquisa científica, mesmo sediadas em países que não a ratificaram, como os EUA, e empresas com compromissos éticos venham procurando observar seus princípios.

3. POR QUE NÃO PROTEGER OS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS POR MEIO DO PRÓPRIO SISTEMA DE PATENTES? POR QUE UM REGIME JURÍDICO *SUI GENERIS*?

Se, por um lado, o sistema de patentes permite que indivíduos e empresas se apropriem de recursos coletivos – a biodiversidade e os

²¹ A Medida Provisória 2.186-16/2001 estabelece, no art. 31, que: “A concessão de direito de propriedade industrial pelos órgãos competentes, sobre processo ou produto obtido a partir de amostra de componente do patrimônio genético, fica condicionada à observância desta Medida Provisória, devendo o requerente informar a origem do material genético e do conhecimento tradicional associado, quando for o caso”. A Decisão 391 do Pacto Andino, que trata do Regime Comum de Acesso aos Recursos Genéticos, estabelece que os países-membros não reconhecerão direitos, incluídos os de propriedade intelectual, sobre recursos genéticos, produtos derivados ou sintetizados e componentes intangíveis associados, obtidos ou desenvolvidos a partir de uma atividade de acesso que não cumpra as disposições da decisão. A lei costa-riquenha estabelece um regime de consulta obrigatória ao órgão gestor da diversidade biológica sempre que o órgão patentário examinar pedido de patente, “com poder de veto fundamentado”. Já a lei de biodiversidade da Índia estatui que qualquer patente sobre recurso biológico precisa de prévia aprovação da National Biodiversity Authority. A lei de diversidade biológica da Venezuela estabelece que: “não se reconhecerão direitos de propriedade intelectual sobre amostras coletadas ou parte delas, quando as mesmas tenham sido adquiridas de forma ilegal, ou que empreguem o conhecimento coletivo de povos e comunidades indígenas ou locais”.



conhecimentos das comunidades locais e populações tradicionais – por outro lado, ele não confere qualquer proteção a tais conhecimentos. As tentativas de adaptação do sistema patentário²² – defendidas, internacionalmente, pela Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI), e, nacionalmente, pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) – desconsideram as características e contextos culturais em que são produzidos os conhecimentos tradicionais.

Os conhecimentos tradicionais são produzidos e gerados de forma coletiva, a partir de ampla troca e circulação de idéias e informações, e transmitidos oralmente, de uma geração à outra. O sistema de patentes protege as inovações individuais (ou, ainda que as inovações sejam coletivas, seus autores/inventores podem ser individualmente identificados), promovendo uma fragmentação dos conhecimentos.

Além disso, só são patenteáveis as invenções que tenham aplicação industrial, e muitos conhecimentos tradicionais não têm aplicação industrial direta, ainda que possam ser utilizados para desenvolver produtos ou processos que a tenham. As patentes têm ainda um prazo de vigência determinado, conferindo um monopólio temporário sobre a utilização de seu objeto. Em geral, não há como precisar o momento em que determinado conhecimento tradicional foi produzido ou gerado (como precisar, por exemplo, o momento em que os povos indígenas amazônicos passaram a utilizar o ayahuasca com fins medicinais?).

Impossível, portanto, definir um marco temporal de vigência para quaisquer direitos intelectuais sobre conhecimentos tradicionais, cuja origem exata no tempo dificilmente poderá ser precisada, e que serão transmitidos, de forma também indefinida no tempo, para outras gerações. O monopólio conferido pelas patentes contra-

²² A expressão “regime jurídico *sui generis*” tem sido muitas vezes utilizada também por aqueles que defendem uma adaptação do regime patentário – sem qualquer alteração mais significativa de seus pressupostos conceituais – para proteger conhecimentos tradicionais. Entretanto, quando empregamos a expressão “regime jurídico *sui generis*”, estamos nos referindo a um regime jurídico verdadeiramente *sui generis*, isto é, distinto do sistema de propriedade intelectual e baseado em outros conceitos e pressupostos, de que se falará mais adiante.



ria também a própria essência do processo de geração de conhecimentos tradicionais, a partir do livre intercâmbio de idéias e informações entre comunidades locais e populações tradicionais.

Impossível conferir proteção jurídica eficaz aos conhecimentos tradicionais a partir de um sistema baseado na lógica de que quem obtém a patente, em primeiro lugar, passa a deter o monopólio sobre sua utilização, impedindo que outros também utilizem conhecimentos que são coletivos e compartilhados.

O próprio conceito de propriedade – o direito do proprietário de usar, gozar e dispor da coisa, e de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha – é excessivamente estreito e limitado para abranger a complexidade dos processos que geram a inovação, a criatividade e a inventividade, nos contextos culturais em que vivem povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais. No direito Ocidental, a propriedade – tanto sobre bens materiais quanto imateriais – é um direito essencialmente individual e de conteúdo fortemente econômico e patrimonial e, ainda quando se trata de propriedade coletiva ou condominial, cada co-titular do direito é plenamente identificável.

Os processos inventivos e criativos de tais populações são, por essência, coletivos, e a utilização das informações, idéias e recursos gerados a partir de tais processos é amplamente compartilhada, e, portanto, a concepção de um direito de propriedade – pertencente a um indivíduo ou a alguns indivíduos determinados – é estranha e contrária aos próprios valores e concepções que regem a vida coletiva em tais sociedades. Por tal razão, é que se defende a adoção do conceito de “direitos intelectuais coletivos” (ou comunitários), para excluir a propriedade, devido a seu caráter exclusivista, monopolístico e individualista.²³

²³ Neste sentido, vale mencionar a proposta legislativa desenvolvida pela rede de organizações Third World Network, intitulada “Community Intellectual Rights Act”, segundo a qual as comunidades locais seriam “custodians” (ou “stewards”) – guardiãs – de suas inovações, estando assegurado o livre intercâmbio entre as comunidades, e vedada a concessão de quaisquer direitos de monopólio exclusivo sobre tais inovações. In: NIJAR, Gurdial Singh. *In defence of local community knowledge and biodiversity: a conceptual framework and the essential elements of a rights regime*. Third World Network, Paper 1, Penang, Malaysia, 1996.



4. A CONSTRUÇÃO DE UM REGIME JURÍDICO *SUI GENERIS* DE PROTEÇÃO AOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS ASSOCIADOS À BIODIVERSIDADE: ELEMENTOS FUNDAMENTAIS

4.1 Considerações gerais

Conforme já dito, os princípios que a Convenção sobre a Diversidade Biológica estabelece para o acesso aos recursos genéticos e aos conhecimentos tradicionais associados – o consentimento prévio fundamentado e a repartição justa e equitativa dos benefícios – têm dupla implicação: por um lado, cabe aos países-membros estabelecerem, por meio de legislação interna, normas disciplinando o acesso e a repartição de benefícios entre países provedores e destinatários/utilizadores desses recursos; por outro lado, o respeito ao artigo 8 (j) implica o consentimento prévio fundamentado dos povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais detentores de conhecimentos tradicionais associados, e a repartição dos benefícios oriundos da utilização de tais conhecimentos com seus detentores²⁴. Devem ser reconhecidos aos povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais direitos intelectuais coletivos sobre seus conhecimentos tradicionais associados.

Pretendemos esboçar alguns elementos para a construção, pelo direito brasileiro, de um regime *sui generis* de proteção aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, a partir de alguns princípios fundamentais:

1) Os componentes tangíveis ou materiais (territórios e recursos naturais) e intangíveis (conhecimentos, inovações e práticas) da

²⁴ O Decreto n. 4.339, de 22/08/2002, que institui princípios e diretrizes para a implementação da Política Nacional de Biodiversidade, inclui, entre seus objetivos específicos, o “estabelecimento e a implementação de um regime legal *sui generis* de proteção a direitos intelectuais coletivos relativos à biodiversidade de povos indígenas, quilombolas e outras comunidades locais, com a ampla participação destas comunidades e povos”. Outro objetivo específico é a implementação de instrumentos econômicos e regime jurídico que possibilitem a repartição justa e equitativa de benefícios derivados do acesso aos conhecimentos tradicionais associados, com a compensação econômica e de outros tipos para os detentores dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, segundo as demandas por estes definidas e resguardando seus valores culturais.



biodiversidade estão intimamente ligados, e não há como dissociar o reconhecimento e a proteção aos conhecimentos tradicionais de um sistema jurídico que, efetivamente, proteja os direitos territoriais e culturais desses povos e populações tradicionais.

Sem a tutela efetiva aos territórios ocupados por povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais, e aos recursos naturais neles existentes, e sem a adoção de políticas públicas que promovam e assegurem direitos econômicos, sociais e culturais, será impossível assegurar a continuidade da produção dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade. Os contextos, processos e práticas culturais que promovem a produção dos conhecimentos, inovações e práticas de povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais é que devem ser assegurados, a partir de políticas públicas mais amplas, das quais os instrumentos jurídicos são apenas uma pequena parte.

2) A proteção da integridade intelectual e cultural, bem como dos valores espirituais associados aos conhecimentos tradicionais e o reconhecimento de seu valor intrínseco devem ser os princípios norteadores de qualquer sistema de proteção. Ademais, as políticas públicas devem promover um tratamento equitativo da ciência ocidental e do saber tradicional, reconhecendo que os sistemas tradicionais de conhecimentos têm os próprios fundamentos científicos e epistemológicos. O conhecimento tradicional não é estático e sim dinâmico, e o termo “tradicional” não se refere a sua antiguidade: não se trata apenas de conhecimentos “antigos” ou “passados”, mas de conhecimentos também presentes e futuros que evoluem e se transformam, a partir de práticas dinâmicas.

3) A simples transformação dos conhecimentos tradicionais em mercadorias ou *commodities*, a serem negociados no mercado, representa a subversão da lógica que preside a própria produção desses conhecimentos. Entretanto, as relações entre os povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais e a sociedade envolvente e o chamado “mercado” obedecem a uma lógica e a contextos sociais, econômicos e culturais que escapam ao controle de um instrumento jurídico. Procuraremos discorrer sobre alguns elementos que devem orientar a criação de um regime jurídico de proteção aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, partindo sempre do pressuposto de que um instrumento jurídico será sempre uma pequena e limitada parte de um rol mais amplo de



políticas públicas de promoção e valorização dos conhecimentos, inovações e práticas de povos indígenas e populações tradicionais. É necessário avançar no reconhecimento, aos povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais, de direitos sobre seu patrimônio intangível – que inclui sua imagem coletiva e os conhecimentos, inovações e práticas coletivamente produzidos sobre as propriedades, usos e características da diversidade biológica, referenciadores de sua identidade coletiva. A construção de tal regime *sui generis* deve partir dos conhecimentos já produzidos pelas ciências sociais e etnociências sobre as características intrínsecas dos processos criativos dos povos tradicionais.

4.2 Elementos fundamentais

4.2.1 Reconhecimento e fortalecimento das normas internas e do direito costumeiro, não-oficial, dos povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais: o pluralismo jurídico

A criação de um regime jurídico verdadeiramente *sui generis* e apropriado para a proteção dos conhecimentos tradicionais associados deve basear-se nas concepções do pluralismo jurídico e no reconhecimento da diversidade jurídica existente nas sociedades tradicionais, expressão de sua diversidade cultural. Ademais, é necessário realizar aquilo que BENATTI²⁵ denomina de “esforço teórico interdisciplinar comprometido com os avanços dos diversos saberes das ciências humanas”, ou seja, socorrer-se dos conhecimentos produzidos por outras áreas e saberes científicos para construir, juridicamente, um regime de proteção que atenda às peculiaridades e especificidades dos conhecimentos tradicionais.

Para compreender os elementos essenciais de tal regime, é preciso libertar-se de concepções positivistas e formalistas do direito, de que a lei contém todo o direito e com ele se confunde. O monismo jurídico – que orienta a formação da maior parte dos profissionais do direito – se prende à idéia do direito Estatal único e de que o Estado é a única fonte do direito. O monismo jurídico

²⁵ BENATTI, José Heder. *Posse agroecológica & manejo florestal, à luz da Lei n. 9.985/00*. Curitiba: Juruá, 2003.



desconsidera a existência, no mesmo espaço territorial, de uma sobreposição de ordens jurídicas, concorrente com o direito Estatal, e a diversidade de sistemas jurídicos desenvolvidos pelos povos tradicionais²⁶. A esta pluralidade de ordenamentos jurídicos dá-se o nome de pluralismo jurídico, que reconhece que nossa sociedade é plural e possui ordenamentos jurídicos paralelos ao oficial.

As questões teóricas e práticas levantadas pela sobreposição de ordens jurídicas são antigas. Quando da descoberta da América, o problema já se colocava: que direito aplicar aos povos indígenas: o direito que já possuíam aqueles povos ou o direito português? As instituições e os costumes jurídicos dos povos indígenas brasileiros ao tempo da conquista portuguesa foram analisados pelo próprio Clóvis Beviláqua, e o direito penal dos índios foi objeto de estudo de Roberto Lyra. Os estudos realizados por estes dois grandes juristas brasileiros, bem como as reflexões jusnaturalistas do frade Bartolomé de Las Casas, bispo da Cidade Real de Chiapa, sobre a submissão dos povos indígenas às leis e aos impérios espanhol e português, estão reunidos em coletânea organizada por Carlos Frederico Marés de Souza Filho, editada pelo Núcleo de Direitos Indígenas²⁷.

O Estatuto do Índio em vigor (Lei n. 6.001/73) abre uma pequena porta para o reconhecimento das instituições jurídicas indígenas, ao estabelecer, em seu art. 6º, que “serão respeitados os usos, costumes e tradições das comunidades indígenas e seus efeitos, nas relações de família, na ordem de sucessão, no regime de propriedade e nos atos ou negócios realizados entre índios, salvo se optarem pela aplicação do direito comum”, mas, segundo seu parágrafo

²⁶ CAMPILONGO, Celso. “Pluralismo jurídico e movimentos sociais”. Palestra proferida na Semana Inaugural de 2000 da Fundação Escola Superior do MPDFT. CAMPILONGO considera que, embora o pluralismo jurídico trabalhe com uma hipótese muito interessante – a de que a fragmentação social provoca a fragmentação do modo de produção do direito – precisa ganhar consistência teórica. Ele aponta que o pluralismo jurídico não oferece solução para a variabilidade das normas, para a normatividade especificamente jurídica e para o controle democrático da produção das normas.

²⁷ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de (org.). *Textos clássicos sobre o direito e os povos indígenas*. Brasília: Núcleo de direitos Indígenas, e Curitiba: Juruá, 1992. O Núcleo de direitos Indígenas é uma organização não-governamental já extinta, e que teve seu patrimônio material e imaterial incorporado a outra organização não-governamental, o Instituto Socioambiental (ISA).



único, “aplicam-se as normas de direito comum às relações entre índios não-integrados e pessoas estranhas à comunidade indígena”. Já o art. 57 do referido diploma legal estabelece que “será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte”. Vê-se que as normas do referido Estatuto que procuram reconhecer o direito indígena são excessivamente ambíguas e estreitas: afinal, o que são sanções cruéis? Não seriam cruéis as sanções que nosso ordenamento jurídico impõe aos condenados pela prática de crimes?

4.2.2 A titularidade coletiva de direitos intelectuais associados aos conhecimentos tradicionais. Respeito aos sistemas próprios de representação

4.2.3 Livre intercâmbio e troca de informações entre as próprias comunidades tradicionais

Estes dois elementos serão analisados conjuntamente, porque estão indissociavelmente associados. Um dos pilares fundamentais do regime jurídico *sui generis* deve ser o reconhecimento da titularidade coletiva dos povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais sobre os direitos intelectuais associados a seus conhecimentos tradicionais, por se reportarem a uma identidade cultural coletiva e a usos, costumes e tradições coletivamente desenvolvidos, reproduzidos e compartilhados. Deste pressuposto decorrem todos os demais.

É inconcebível a formulação de um regime jurídico *sui generis* que não considere os povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais como sujeitos coletivos dos direitos intelectuais associados a seus conhecimentos tradicionais. Pretender atribuir a titularidade dos direitos sobre determinado conhecimento, inovação ou prática a um único indivíduo, ou mesmo a um grupo de indivíduos, é subverter a forma como estes são gerados e solapar suas próprias bases²⁸. Mais do que isso: pode provocar competições e rivalidades

²⁸ A Medida Provisória n. 2.186-16/2001 estabelece, em seu art. 9º, parágrafo único, que: “Para efeito desta Medida Provisória, qualquer conhecimento



altamente prejudiciais aos próprios processos inventivos coletivos que se pretende salvaguardar.

Ainda que haja uma especialização – por exemplo, por se tratar de conhecimentos sobre usos medicinais de plantas que só os pajés ou xamãs dominem, ou de técnicas anticoncepcionais ou de parto que só as mulheres conheçam – tais conhecimentos reportam-se a referenciais culturais coletivos. O exercício dos direitos intelectuais relativos a tais conhecimentos deve dar-se de forma coletiva, a partir das instituições sociais e jurídicas de tais povos, e de forma a propiciar o fortalecimento de suas instâncias coletivas de decisão. Os conflitos surgidos no interior de um povo sobre a utilização de um determinado recurso, tangível ou intangível, devem ser dirimidos de acordo com seus próprios usos, costumes, tradições, respeitadas suas formas próprias de pacificação social.

Entretanto, a natureza coletiva dos processos inventivos e criativos de povos tradicionais vai além e transcende os limites de um só povo ou comunidade. Há inúmeras situações em que os conhecimentos relativos às características, propriedades e usos de recursos biológicos são detidos e ou produzidos por vários povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais, e por várias comunidades. Estes podem ser compartilhados por povos indígenas que vivem em países diferentes, ou por povos indígenas e outras populações tradicionais (seringueiros, castanheiros, etc.) que habitam uma mesma região etnográfica, ou uma mesma ecorregião, em geral coincidentes com a área de ocorrência daquele recurso biológico (Ex: o ayahuasca, cujas propriedades medicinais são conhecidas por dezenas de povos indígenas amazônicos, que vivem não só no Brasil, como também no Peru, e por outras populações tradicionais e locais. Os índios Ashaninka, por exemplo, vivem tanto em território brasileiro quanto peruano, e compartilham uma imensa gama de conhecimentos ecológicos).

A atribuição de direitos intelectuais coletivos a um único povo, ou mesmo a uma ou mais comunidades, pode excluir outros co-detentores, gerando uma lógica de concorrência e rivalidades

tradicional associado ao patrimônio genético poderá ser de titularidade da comunidade, ainda que apenas um indivíduo, membro dessa comunidade, detenha esse conhecimento”.



que se pretende evitar. Tal lógica de concorrência e exclusão contraria a própria essência dos processos culturais e como são gerados os conhecimentos tradicionais, a partir do livre intercâmbio e difusão de informações e dos próprios recursos biológicos. Quando os conhecimentos tradicionais forem compartilhados por mais de um povo indígena, quilombola ou população tradicional, o exercício dos direitos por um ou mais detentores não deve prejudicar ou restringir os direitos de outros povos e comunidades co-detentores.

Assim é que se propõe o estabelecimento e o reconhecimento de direitos intelectuais coletivos sobre os conhecimentos tradicionais, dando-se a máxima extensão possível ao próprio conceito de “coletivo”, para que abarque não só os conhecimentos compartilhados por um único povo como também aqueles detidos por mais de um povo ou comunidade. Desta forma, se estará rompendo com o paradigma individualista de nosso direito, que se limita a prever a titularidade ou co-titularidade individual de direitos, e reconhecendo os povos tradicionais como sujeitos coletivos de direitos, o que melhor traduz sua realidade cultural.

A previsão de direitos coletivos coloca, entretanto, a seguinte questão: como se dará o exercício e a defesa de tais direitos? Quem pode exercê-los em nome da coletividade? E de que forma? Quando se pensa, por exemplo, na implementação do princípio do consentimento prévio fundamentado, pensa-se de imediato: quem e de que forma pode autorizar o acesso aos conhecimentos tradicionais – estamos falando do acesso por terceiros, visto que entre os próprios povos e comunidades tradicionais o intercâmbio e a difusão devem ser livres.

A legitimidade para representar um povo indígena, quilombola ou população tradicional, em uma autorização de acesso, só pode ser estabelecida a partir das normas e critérios internos desses povos. A enorme sociodiversidade brasileira impede a adoção de uma norma homogênea ou critério único de representação – afinal, são centenas de povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais, com enormes diferenças étnicas e culturais entre si e vivendo em distintos ecossistemas. Evidentemente, as normas de representação individual ditadas por nosso direito civil são inapropriadas para contemplar a enorme diversidade de sistemas de representação dos povos tradicionais. Alguns povos indígenas, por exemplo, se fazem representar por seus caciques e chefes, cujos atributos para o exercício do poder variam, como idade, experiência, bom guerreiro,



bom xamã, habilidades na caça, pesca e agricultura²⁹. Outros povos indígenas, entretanto, conferem o poder político decisório a Conselhos de Anciãos. O direito estatal brasileiro deve, portanto, se limitar a reconhecer e conferir validade jurídica a essas formas de representação. A criação, pelo direito brasileiro, de mecanismos de consulta que não atendam às formas próprias de organização e representação dos povos tradicionais só produzirá divisões internas.

Merece ser salientado que tem sido comum a constituição formal, por meio de registro em cartórios, de associações civis, para representar povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais em contratos e outras negociações. Em determinadas circunstâncias e contextos, a criação de tais associações pode ser útil e conveniente, facilitando o acesso a fontes de financiamento, gestão de seus projetos, controle sobre operações bancárias, etc.

Não se pode esquecer, entretanto, de que a associação é uma pessoa jurídica criada por nosso direito e sujeita às regras de funcionamento estabelecidas por nosso direito. Ainda que se possa admitir que a representação dos povos tradicionais se faça por intermédio de associações, esta não pode ser obrigatória ou a única forma de representação. Deve-se admitir, juridicamente, que a representação coletiva se dê por meio dos usos, costumes e tradições dos povos tradicionais, e de suas próprias instituições e formas de organização, e não exigir a criação de ficções jurídicas – associações, fundações, etc. – nos moldes do direito civil brasileiro³⁰. Fundamental, portanto, que o direito brasileiro avance no reconhecimento da personalidade jurídica dos povos indígenas³¹, quilombolas e populações tra-

²⁹ RAMOS, Alcida Rita. *Sociedades Indígenas*, 2. ed. São Paulo: Ática, 1988.

³⁰ O Peru foi o primeiro país amazônico a editar uma Lei (n. 2.788, de 10.8.2002) que “estabelece um regime de proteção dos conhecimentos coletivos dos povos indígenas vinculados aos recursos biológicos”. A lei peruana exige, entretanto, que tanto a autorização de acesso e utilização, quanto o contrato de licença do uso dos conhecimentos coletivos sejam celebrados com a “organização representativa dos povos indígenas dos conhecimentos coletivos”.

³¹ O projeto de lei que institui o novo Estatuto das Sociedades Indígenas – em tramitação no Congresso Nacional – dispõe expressamente que “as comunidades indígenas têm personalidade jurídica de direito público interno, e sua existência legal independe de registro ou qualquer ato do Poder Público”. WAGNER GONÇALVES entende que o novo Estatuto deve considerar as comunidades indígenas como “pessoas jurídicas de direitos indígenas”, “o que lhes garantiria, na prática, o reconhecimento de sua organização social” (Natu-



dicionais, distinta da de seus membros, e independentemente da constituição formal de associações³².

As formas de organização e representação coletiva dos próprios povos tradicionais devem ser consideradas e respeitadas por aqueles interessados em acessar recursos genéticos em seus territórios ou seus conhecimentos tradicionais, bem como na repartição dos benefícios gerados por sua utilização comercial.

4.2.4 Distinção entre direitos intelectuais coletivos de conteúdo moral e patrimonial

O consentimento prévio fundamentado é o procedimento pelo qual os povos e comunidades detentores dos recursos tangíveis e intangíveis da biodiversidade autorizam, voluntária e conscientemente, e mediante o fornecimento de todas as informações necessárias, o acesso e a utilização, por terceiros, de tais recursos. É evidente que isto implica a possibilidade jurídica – a ser expressamente assegurada – de se negar o acesso a tais recursos, quando os povos tradicionais entenderem que há riscos ou ameaças a sua integridade intelectual, cultural e de valores espirituais.

O direito de negar o acesso deve ser assegurado legalmente e garantido pelo Estado por meio de ações preventivas e repressivas, e mediante demanda dos povos e comunidades interessados. Tal direito implica a possibilidade de impedir terceiros de acessar ou utilizar, sob qualquer forma ou para qualquer finalidade, os recursos

reza jurídica das comunidades indígenas. direito Público e direito Privado. Novo Estatuto do Índio. Implicações. In: SANTILLI, Juliana (org.). *Os direitos Indígenas e a Constituição*. Brasília: Núcleo de direitos Indígenas e Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.) O Código Civil, nos artigos 40 e seguintes, estabelece que as pessoas jurídicas são de direito público, interno ou externo, e de direito privado, e estabelece o rol de pessoas jurídicas. Entendemos, entretanto, que, em face do arts. 231 e 232 da Constituição, é possível sustentar que as comunidades e povos indígenas têm personalidade jurídica própria e não só as organizações indígenas.

³² Veja-se a respeito: SANTILLI, Juliana. *Avaliação Jurídica sobre direitos Indígenas. Subsídios aos Projetos Demonstrativos para Populações Indígenas, no âmbito do Programa Integrado de Proteção às Terras e Populações Indígenas da Amazônia Legal-PPTAL*. Consultoria realizada para a GTZ (Agência de Cooperação Técnica Alemã), em 1998.



genéticos situados em territórios ocupados por povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais³³, bem como os conhecimentos tradicionais associados a tais recursos³⁴. Pode-se dizer que o direito de negar/vetar o acesso integra o rol dos direitos morais que devem ser assegurados às comunidades e povos detentores de conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade. Entre os direitos morais³⁵, devem ser assegurados também os direitos à indicação da origem e dos detentores do conhecimento tradicional, em quaisquer publicações ou outras formas de divulgação e utilização, comercial ou não, e de garantir a integridade intelectual e cultural dos conhecimentos tradicionais, impedindo-se a prática de quaisquer atos que possam atentar contra os mesmos.

Os direitos morais dos detentores de conhecimentos tradicionais devem ser inalienáveis, irrenunciáveis e imprescritíveis, não podendo estar sujeitos a quaisquer lapsos temporais. Os direitos

³³ Conforme já salientado anteriormente, os povos indígenas e quilombolas são titulares de direitos coletivos sobre seus territórios tradicionais. Os atos de demarcação e de emissão de títulos, por parte do Estado brasileiro, têm natureza declaratória, e o exercício dos direitos desses povos sobre o material genético existente em seus territórios tradicionais independe de tais atos oficiais. Parece-nos fundamental, do ponto de vista prático e operacional, a delimitação do território ocupado pelas populações tradicionais, para que se possa consultá-las quando o acesso envolve recursos genéticos situados em áreas por elas ocupadas. As formas que o ordenamento jurídico prevê para delimitação do território dessas populações são, até o momento, a criação de reservas extrativistas e de desenvolvimento sustentável.

³⁴ A Medida Provisória n. 2.186-16/2001, em capítulo dedicado à "proteção ao conhecimento tradicional associado" (art. 8º e seguintes), garante à comunidade indígena e à comunidade local que criam, desenvolvem, detêm ou conservam conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético, os direitos de: I – ter indicada a origem do acesso ao conhecimento tradicional em todas as publicações, utilizações, explorações e divulgações; II – impedir terceiros não autorizados de: a) utilizar, realizar testes, pesquisa ou exploração, relacionados ao conhecimento tradicional associado; b) divulgar, transmitir ou retransmitir dados ou informações que integram ou constituem conhecimento tradicional associado; III – perceber benefícios pela exploração econômica por terceiros, direta ou indiretamente, de conhecimento tradicional associado, cujos direitos são de sua titularidade. Para efeito da Medida Provisória, qualquer conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético poderá ser de titularidade da comunidade, ainda que apenas um indivíduo, membro dessa comunidade, detenha esse conhecimento.

³⁵ A distinção entre direitos morais e patrimoniais se inspira na Lei de Direitos Autorais (n. 9.610/98).



intelectuais coletivos assegurados aos detentores de conhecimentos tradicionais têm ainda conteúdo patrimonial, podendo-se falar em direitos patrimoniais. Os detentores podem autorizar a utilização de seus conhecimentos tradicionais, exercendo, assim, seus direitos patrimoniais relativos aos mesmos. O exercício de direitos morais e patrimoniais por um ou mais povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais não pode, entretanto, impedir o exercício dos direitos de outros povos e comunidades co-detentores dos mesmos conhecimentos, devendo ser vedada a autorização de utilização exclusiva ou a concessão de monopólios de exploração.

4.2.5 O papel do Estado brasileiro: garantidor do respeito à autonomia de vontade dos povos tradicionais e a requisitos essenciais de validade de atos jurídicos

A intervenção do Estado brasileiro – seja por intermédio do órgão gestor dos recursos genéticos³⁶, seja por intermédio das agências encarregadas de formulação de políticas públicas voltadas para povos tradicionais³⁷ – deve estar direcionada para a garantia do res-

³⁶ O Conselho de Gestão do Patrimônio Genético – criado no âmbito do Ministério do Meio Ambiente, e cuja Secretaria Executiva é vinculada ao Departamento do Patrimônio Genético, da Secretaria de Biodiversidade e Florestas – é responsável pela coordenação das políticas de gestão do patrimônio genético e pelas deliberações sobre autorizações de acesso e contratos de utilização do patrimônio genético e repartição de benefícios, entre outras atribuições definidas no Decreto n. 3.945/2001. Tal Conselho é, entretanto, composto apenas por representantes de órgãos e entidades da administração pública federal. Em agosto de 2002, entretanto, o governo FHC encaminhou ao Congresso um projeto de lei que altera a composição do referido Conselho, prevendo a participação de "representantes de setores da sociedade civil afetos ao tema, na proporção de até 20% da totalidade de seus membros". Desde o início da gestão da ministra Marina Silva, em janeiro de 2003, representantes da sociedade civil (Associação Brasileira de Organizações Não-Governamentais e Fórum Brasileiro das ONGs), de organizações indígenas, quilombolas e populações tradicionais, de instituições de pesquisa acadêmica e científica (Academia Brasileira de Ciências e Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência) e de empresários (Centro Empresarial Brasileiro para o Desenvolvimento Sustentável-CEBDS e Federação Brasileira das Indústrias Farmacêuticas-FEBRAFARMA) passaram a ser convidados a participar das reuniões do Conselho e de suas câmaras temáticas, ainda que em caráter informal.

³⁷ A FUNAI – Fundação Nacional do Índio, vinculada ao Ministério da Justiça, é a agência indigenista oficial, e a Fundação Cultural Palmares, vinculada ao



peito às formas de organização e representação dos povos tradicionais e para a garantia do respeito aos direitos intelectuais coletivos assegurados a estes povos, sejam eles de conteúdo moral ou patrimonial. Importante salientar que o papel do Estado deve ser sempre de assistir, assessorar os detentores de conhecimentos tradicionais e nunca substituir a vontade e o consentimento prévio e informado destes por sua própria vontade ou por seus próprios interesses. O Estado deve ainda garantir a observância de requisitos essenciais de validade dos instrumentos jurídicos que concretizam a vontade desses povos.

O consentimento prévio e informado deve ser considerado um processo ou procedimento, constituído de várias fases e etapas, e não um ato contratual isolado. Deve ser um processo permanente de troca de informações, e obtido antes do acesso ou de qualquer utilização – seja do recurso genético, seja do conhecimento tradicional associado³⁸. Para Laurel Firestone, o consentimento prévio fundamentado é a “exigência de que as comunidades locais e indígenas sejam consultadas para dar seu consentimento voluntário antes que uma pessoa, instituição ou empresa tenha acesso a conhecimentos tradicionais ou recursos genéticos dentro de seu território. É vital para essa definição que as comunidades sejam *informadas* dos riscos e benefícios de um projeto, para então dar sua autorização voluntária.”³⁹

Ministério da Cultura, é o órgão com atribuições afetas às comunidades quilombolas e, no âmbito do Ibama, foi criado em 1992 o Centro Nacional de Populações Tradicionais e Desenvolvimento Sustentável.

³⁸ Consulte-se a respeito: LIMA, André, BENSUSAN, Nurit e TELLES, Raul. *Consentimento prévio informado: princípios fundamentais, processos e condições*. Texto preparado para o Instituto Socioambiental, em janeiro de 2003.

³⁹ FIRESTONE, Laurel. “Consentimento prévio informado: princípios orientadores e modelos concretos”. In: LIMA, André e BENSUSAN, Nurit (orgs.) *Quem fala consente? Subsídios para a proteção aos conhecimentos tradicionais*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2003 (Série Documentos do ISA, n. 8).

FIRESTONE menciona, ainda, entre os requisitos mínimos do consentimento prévio fundamentado: – implicações e consequências previsíveis das atividades de pesquisa; – pessoa jurídica e filiação do interessado; bem como seus patrocinadores; – indicação de acordos para repartição de benefícios, bem como benefícios que poderiam advir da obtenção de acesso ao recurso; – procedimentos e atividades alternativas possíveis; – descobertas feitas durante a condução da atividade que possam afetar a predisposição do povo de continuar a colaborar; – apresentação do impacto ambiental em potencial da atividade de bioprospecção; – informações precisas sobre o uso pretendido e o interesse comercial.



Laurel Firestone aponta ainda que os maiores desafios na definição de critérios e parâmetros para o consentimento prévio fundamentado são as grandes diferenças entre as comunidades, os diversos tipos de conhecimentos tradicionais e os vários tipos de uso de tal conhecimento. Entretanto, alguns princípios comuns podem ser delineados. Entre eles, o de que o consentimento prévio fundamentado aplica-se apenas ao objetivo e atividade específicos para os quais foi concedido; permissão adicional deve ser obtida antes da utilização de recursos genéticos de maneira diferente daquela estipulada no acordo inicial. O interessado deve divulgar a natureza e o objetivo da atividade e seus riscos efetivos e potenciais.

O consentimento prévio fundamentado deve ser firmado por escrito, e redigido em linguagem acessível e compreensível para os povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais, devendo especificar, sob pena de nulidade (além dos requisitos já mencionados acima): finalidades e usos pretendidos das atividades de pesquisa e ou bioprospecção a serem desenvolvidas; instituição que financia tais atividades; data de início e duração; metodologia de pesquisa, procedimentos específicos exigidos pela atividade, área geográfica e métodos de coleta da pesquisa proposta, bem como informações sobre o tipo de material e informações coletados; previsão expressa de que compete à Justiça brasileira dirimir conflitos oriundos da autorização de acesso.

Quaisquer alterações e modificações ocorridas no curso das atividades de pesquisa e ou bioprospecção deverão ser informadas aos povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais, e estarão novamente sujeitas a seu consentimento prévio fundamentado. Importante também que o interessado no acesso arque com as despesas necessárias à contratação de consultores técnicos, jurídicos e ou científicos independentes, quando solicitada pelos povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais.

O papel do Estado deve ser de aferir o cumprimento dos requisitos mínimos de validade do instrumento jurídico que concretiza o consentimento prévio fundamentado, tanto para o acesso a recursos genéticos quanto para o acesso ao conhecimento tradicional associado. Desta forma, estará fortalecendo e equilibrando, minimamente, as relações entre as partes na autorização de acesso, relativizando as pressões econômicas sobre os povos tradicionais. Preferencialmente, o órgão estatal deve realizar consulta *in loco* aos



detentores de conhecimentos tradicionais, deslocando seus técnicos até os territórios ocupados pelos mesmos, para que tenham melhores condições de aferir a representatividade e legitimidade de todo o processo do consentimento prévio fundamentado, bem como o respeito às formas tradicionais de organização social e representação política.

O Estado deve assegurar as condições mínimas para que o consentimento expresso pelos detentores de conhecimentos tradicionais seja livre, consciente e fundamentado, garantindo autêntica manifestação de vontade. Uma vez autorizado o acesso aos recursos genéticos e conhecimentos tradicionais detidos por povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais, as atividades de coleta e pesquisa podem resultar na identificação de potencial ou perspectiva de uso comercial, e no desenvolvimento de produtos ou processos, passíveis ou não de proteção intelectual. Em tal hipótese, o interessado deverá firmar previamente, com o respectivo povo indígena, quilombola ou população tradicional, contrato de utilização do material genético e de repartição de benefícios. Deverão ser partes em tal contrato de repartição de benefícios a comunidade detentora do recurso genético ou do conhecimento tradicional e a parte interessada em sua utilização, cabendo ao Estado garantir o equilíbrio entre as partes e a observância de suas condições mínimas de validade.

O art. 25 da Medida Provisória n. 2.186-16/2001 prevê que os benefícios decorrentes da exploração econômica de produto ou processo desenvolvido a partir de amostra do patrimônio genético ou de conhecimento tradicional associado poderão constituir-se, entre outros, divisão de lucros, pagamento de *royalties*, acesso e transferência de tecnologias, licenciamento livre de ônus, de produtos e processos, e capacitação de recursos humanos. Outros mecanismos incluem o pagamento de taxas de coleta e bioprospecção, para amostras de material biológico/genético, e o pagamento de taxas em cada etapa da pesquisa. Parece-nos, entretanto, que os mecanismos mais eficientes e equitativos de repartição de benefícios são aqueles que implicam a participação e o envolvimento das comunidades nas atividades de pesquisa e desenvolvimento, sua capacitação e treinamento para uma participação efetiva e qualificada e não apenas formal, o acesso a tecnologias, inclusive biotecnologias protegidas por patentes e outros direitos de propriedade intelectual, e a participação nos lucros auferidos com a comercialização de produtos e processos desenvolvidos com a utilização de recursos genéticos e conhecimentos



tradicionais de que são detentores. Pagamentos pontuais, como taxas de coleta e bioprospecção, que não promovem um processo mais amplo e permanente de troca de informações e de repartição de benefícios, têm alcance limitado.

Os contratos que envolvem a repartição de benefícios devem observar as formas tradicionais de organização social e representação política dos povos tradicionais, tanto na negociação com terceiros quanto no que diz respeito à repartição interna (no âmbito da própria comunidade) dos benefícios. Caso contrário, estarão promovendo conflitos internos e desagregação cultural. Quando for possível identificar a comunidade ou povo detentor do conhecimento tradicional, o contrato de repartição de benefícios deve ser celebrado diretamente com o mesmo. Entretanto, grande parte dos conhecimentos tradicionais são compartilhados por diversas comunidades/povos, e a atribuição exclusiva de benefícios a um ou mais co-detentores, em detrimento de outros co-detentores, promoveria concorrências lesivas, talvez restringindo a própria troca e circulação de informações entre as comunidades, o que comprometeria a continuidade dos processos de geração e produção de conhecimentos.

Um dos mecanismos de repartição de benefícios em discussão – tanto no âmbito interno quanto internacional – é a criação de Fundos de Repartição de Benefícios, que financiariam tanto projetos de conservação da diversidade biológica nos territórios ocupados por povos tradicionais como projetos de sustentabilidade econômica, social e cultural desses povos e comunidades, prevendo-se o acesso prioritário aos recursos para projetos apresentados por povos e comunidades co-detentoras de conhecimentos tradicionais.