

## **PATRIMÔNIO IMATERIAL E DIREITOS INTELECTUAIS COLETIVOS**

### **1. A EVOLUÇÃO DO CONCEITO JURÍDICO- CONSTITUCIONAL DE PATRIMÔNIO CULTURAL**

A Constituição Federal representou um grande avanço na proteção do patrimônio cultural brasileiro, consagrando uma nova e moderna concepção de patrimônio cultural, mais abrangente e democrática. Avançou em relação ao conceito restritivo de “patrimônio histórico e artístico nacional”, definido no Decreto-lei nº 25/37 (a “Lei do Tombamento”).

Verifica-se no texto constitucional uma clara ampliação da noção de patrimônio cultural<sup>1</sup>, a valorização da pluralidade cultural e um espírito de democratização das políticas culturais, inseridos em um contexto de busca da concretização da cidadania e de direitos culturais. O multiculturalismo permeia todos os dispositivos constitucionais dedicados à proteção da cultura. Está presente na obrigação do Estado de proteger as manifestações culturais dos diferentes grupos sociais e étnicos, incluindo indígenas e afro-brasileiros, que formam a sociedade brasileira, e de fixar datas representativas para todos esses grupos. Vislumbra-se a orientação pluralista e

multicultural do texto constitucional no conceito de patrimônio cultural, que consagra a idéia de que este abrange bens culturais referenciadores dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, e no tombamento constitucional dos documentos e sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos. É a valorização da rica sociodiversidade brasileira, e o reconhecimento do papel das expressões culturais de diferentes grupos sociais na formação da identidade cultural brasileira.

Os novos conceitos constitucionais são fruto de um longo processo histórico de institucionalização de políticas de preservação cultural, que procuraram abandonar a perspectiva elitista, monumentalista e sacralizadora de patrimônio cultural, e valorizar a cultura *viva*, enraizada no fazer popular e no cotidiano das sociedades<sup>2</sup>. Inspiraram-se no Movimento Modernista, cujo marco referencial foi a Semana de Arte Moderna de 1922, e englobam não só os bens culturais materiais como os imateriais.

O artigo 215 da Constituição é claro quando estabelece que constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, incluindo as formas de expressão, os modos de criar,



*Mercado Ver-o-peso.  
Belém, Pará, 2004. Foto:  
Francisco Costa; acervo  
CNFCP/lphan*

fazer e viver e as criações científicas, artísticas e tecnológicas dos diferentes grupos sociais brasileiros. A Constituição prevê o tombamento, instrumento jurídico voltado para a proteção de edificações, de obras de arte e outros bens de natureza material, e a criação de novos instrumentos jurídicos, mais apropriados à preservação de bens imateriais. O Governo federal editou o decreto nº 3.551/2000, que institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial, dividindo o registro nos Livros dos Saberes, das Celebrações, das Formas de Expressão e dos Lugares.

Não é possível compreender os bens culturais sem considerar os valores neles investidos e o que representam – a sua dimensão imaterial – e, da mesma forma, não se pode entender a dinâmica do patrimônio imaterial sem o conhecimento da cultura material que lhe dá suporte.<sup>3</sup> Procurou-se, desta forma, abranger as manifestações culturais de caráter processual e dinâmico, geralmente transmitidas oralmente.

Os bens imateriais abrangem as mais diferentes formas de saber, fazer e criar, como músicas, contos, lendas, danças, receitas culinárias, técnicas artesanais e de manejo ambiental. Incluem, ainda, os conhecimentos, inovações e práticas culturais de povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais, que vão desde formas e técnicas de manejo de recursos naturais até métodos de caça e pesca e conhecimentos sobre sistemas ecológicos e espécies com propriedades farmacêuticas, alimentícias e agrícolas – os conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade.

## 2. OS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS ASSOCIADOS À BIODIVERSIDADE E A CONVENÇÃO SOBRE DIVERSIDADE BIOLÓGICA

Neste trabalho, pretendemos restringir-nos à análise dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, que são as práticas, inovações e conhecimentos desenvolvidos pelos povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais, relevantes para a conservação e utilização sustentável da diversidade biológica.

A criação de um regime jurídico de proteção aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade visa evitar sua apropriação e utilização indevidas por terceiros, principalmente através de patentes e outros direitos de propriedade intelectual. Visa, ainda, dar maior segurança jurídica às relações entre os interessados em acessar recursos genéticos e conhecimentos tradicionais associados (bioprospectores e pesquisadores acadêmicos) e os detentores de tais recursos e conhecimentos, estabelecendo os parâmetros jurídicos a serem observados nessas relações.

Nos últimos anos, os recursos da biodiversidade e os conhecimentos tradicionais associados tornaram-se alvo de intensos debates, e das mais diversas denúncias de biopirataria. Embora não haja uma definição propriamente jurídica de biopirataria, é relativamente 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 Diversidade Biológica, a saber: a soberania dos Estados sobre os seus recursos genéticos; – o consentimento prévio e informado 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 o acesso envolve conhecimentos, inovações e práticas de povos indígenas e populações tradicionais, a Convenção sobre Diversidade Biológica estabelece a necessidade de que a sua aplicação se dê mediante a aprovação e a participação de seus detentores e a repartição, com estes, dos benefícios, ou seja, o objetivo fundamental da Convenção sobre Diversidade Biológica é equilibrar as relações entre os países detentores da biodiversidade (países em desenvolvimento) e os detentores da biotecnologia (países desenvolvidos).

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, em face de 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 os seus conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, sujeitando-se o acesso a eles ao consentimento prévio fundamentado e à repartição justa e equitativa dos benefícios oriundos de sua utilização com os seus detentores.

### 3. DIREITOS INTELECTUAIS COLETIVOS

As tentativas de adaptação do sistema de patentes – defendidas, internacionalmente, pela Organização Mundial de Propriedade Intelectual – Ompi, e, nacionalmente, pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial – Inpi – desconsideram as próprias características e contextos culturais em que são produzidos os conhecimentos tradicionais.

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

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 é possível precisar o momento em que determinado conhecimento tradicional foi produzido ou gerado (como precisar, por exemplo, o momento em que os povos indígenas passaram a utilizar o *ayahuasca* com fins medicinais?).

Embora a proteção aos direitos de propriedade intelectual sobre os cultivares

(variedades agrícolas cultivadas) seja mais *branda* do que as patentes, dificilmente as sementes e variedades desenvolvidas por agricultores tradicionais serão eficazmente protegidas pela Lei de Proteção de Cultivares.<sup>4</sup> A referida lei exige que as variedades agrícolas – para serem objeto de proteção, mediante a concessão de certificado de proteção de cultivar – apresentem, ao mesmo tempo, as características de novidade, distinção, homogeneidade e estabilidade



Mercado de São Joaquim.

página seguinte

A balana Tânia no  
Farol da Barra.

à direita

Tomates, pimenta, quiabos  
do Mercado de São  
Joaquim; Preparo do  
quiabo e do camarão para  
o Caruru de Santa Bárbara;  
Acarajé e Caruru de Iansã,  
Mercado de Santa Bárbara.

Salvador, Bahia, 2004.  
Fotos: Francisco Costa,  
acervo CNFCP/Iphan.

genética. Dificilmente as variedades tradicionais atendem a tais requisitos, por se caracterizarem justamente por sua ampla variabilidade e heterogeneidade genéticas. Ademais, a proteção de cultivares assegura a seus titulares um direito de propriedade sobre as variedades vegetais, de natureza individual e não coletiva, e por um prazo determinado.

Impossível definir um marco temporal de vigência para quaisquer direitos intelectuais sobre conhecimentos tradicionais – cuja origem exata no tempo dificilmente poderá ser precisada – que serão transmitidos, de forma também indefinida no tempo, a outras gerações. O monopólio conferido pelos direitos de propriedade intelectual contraria também a essência do processo de geração de conhecimentos tradicionais, com base no livre intercâmbio de sementes, de outros materiais biológicos e de informações entre comunidades locais e tradicionais.

É impossível conferir proteção jurídica eficaz aos conhecimentos tradicionais tomando-se por base um sistema baseado na lógica de que quem obtém a patente em primeiro lugar passa a deter o monopólio sobre a sua utilização, impedindo que outros utilizem conhecimentos que são coletivos e compartilhados.

O conceito de propriedade – o direito de o proprietário 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 mesmo 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 com base em tais processos é amplamente compartilhada. 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, em virtude do seu caráter exclusivista, monopolista e individualista.<sup>5</sup>

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

##### **4.1. 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 da sua diversidade cultural. É necessário 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 se libertar de concepções positivistas e formalistas do direito, nas quais 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 — prende-se à idéia do direito estatal único, e de que o Estado é a única fonte de direito. O monismo jurídico 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 tradicionais.<sup>6</sup> A essa pluralidade de ordenamentos jurídicos se dá o nome de *pluralismo jurídico*, que reconhece que a nossa sociedade é plural e tem ordenamentos jurídicos paralelos.

Ao pretender criar um regime *sui generis* de proteção aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, o direito elaborado pelo Estado brasileiro deve avançar no reconhecimento da juridicidade do direito costumeiro, não-oficial, dos povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais.

##### **4.2. A TITULARIDADE COLETIVA DE DIREITOS INTELECTUAIS ASSOCIADOS AOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS. A CO-TITULARIDADE DE DIREITOS SOBRE CONHECIMENTOS COMPARTILHADOS POR DIVERSOS POVOS E COMUNIDADES E O LIVRE INTERCÂMBIO E A TROCA DE INFORMAÇÕES ENTRE OS POVOS E AS COMUNIDADES TRADICIONAIS**

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 aos seus conhecimentos tradicionais, por se reportarem a uma identidade cultural coletiva e a usos, costumes e tradições coletivamente desenvolvidos, reproduzidos e compartilhados. Desse 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 aos 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 as suas próprias bases.<sup>7</sup> Mais do que isso: pode provocar competições e rivalidades altamente prejudiciais aos processos inventivos coletivos que pretende salvaguardar.

Ainda que haja uma especialização, o exercício dos direitos intelectuais relativos a tais conhecimentos deve dar-se de forma coletiva, com base nas instituições sociais e jurídicas de tais povos, e de forma que propicie o fortalecimento de suas instâncias coletivas de decisão. Os conflitos surgidos no interior de um povo sobre a utilização de um determinado recurso devem ser dirimidos de acordo com os seus próprios usos, costumes e tradições, e respeitadas as suas formas próprias de pacificação social.

Entretanto, a natureza coletiva dos processos inventivos e criativos de povos

tradicionais vai além, transcendendo os limites de um só povo ou comunidade. Há numerosas 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. Eles 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 região ecológica, em geral coincidente com a área de ocorrência daquele recurso biológico (Exemplo: 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).

O compartilhamento dos conhecimentos tradicionais por diversos povos pode dar-se de formas diversas: sobre uma mesma espécie, podem ser desenvolvidos conhecimentos tradicionais diversificados, que podem variar de um povo ou comunidade para outro, ou mesmo dentro de um mesmo povo. Os conhecimentos tradicionais sobre uma mesma espécie podem variar quanto aos possíveis usos e propriedades, quanto aos modos de preparo, formas de aplicação, dosagem, etc.

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 que se pretende evitar. Tal lógica de concorrência e exclusão contraria a própria essência dos processos culturais a partir dos quais são gerados os conhecimentos tradicionais, com base no 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.

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. Dessa forma, estar-se-á rompendo com o paradigma individualista do 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 a sua realidade.

A previsão de direitos coletivos levanta, 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 pensamos, por exemplo, na implementação do princípio do consentimento prévio fundamentado, ocorrem de imediato: quem, e de que forma, pode autorizar o acesso aos conhecimentos tradicionais (estamos falando do acesso por terceiros, já que entre os próprios povos e

comunidades tradicionais o intercâmbio e a difusão devem ser livres.)? As respostas a tais perguntas só podem ser buscadas nos sistemas jurídicos desenvolvidos pelos povos indígenas e tradicionais.

#### 4.3. RECONHECIMENTO DOS SISTEMAS DE REPRESENTAÇÃO E LEGITIMIDADE DOS POVOS INDÍGENAS E TRADICIONAIS

O reconhecimento dos sistemas de representação e legitimidade dos povos indígenas e tradicionais é uma decorrência lógica do pluralismo jurídico, que reconhece o sistema jurídico, não-oficial, dos povos indígenas e tradicionais como o mais apto e capaz de dar respostas a questões como legitimidade e representatividade dessas populações em atos e contratos.

A legitimidade para representar um povo indígena, quilombola ou população tradicional, em uma autorização de acesso, só pode ser estabelecida por meio 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, vivendo em distintos ecossistemas. Evidentemente, as normas de representação individual ditadas pelo 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, espírito guerreiro, aptidão para

o xamanismo, habilidades para caça, pesca e agricultura. Outros povos indígenas, entretanto, conferem o poder político decisório aos 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.<sup>8</sup>

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, pois facilita o acesso a fontes de financiamento, a gestão de seus projetos, o controle sobre operações bancárias, etc.

Não se pode esquecer, entretanto, que a associação é uma pessoa jurídica criada pelo nosso direito, e sujeita às regras de funcionamento estabelecidas pelo nosso direito. Uma associação constituída por alguns membros de um povo indígena ou quilombola, por exemplo, poderá – ou não – ser representativa desses povos. Nada impede, por exemplo, que dois ou mais membros de uma determinada comunidade indígena criem uma associação, e a registrem como Associação de Defesa do Povo Guarani, sem que ela represente efetivamente o povo Guarani, ou que seus estatutos traduzam as formas de representação do povo Guarani. Portanto, ainda que se possa admitir que a representação dos povos tradicionais se faça por meio de associações, ela não pode ser

obrigatória ou a única forma de representação. Deve-se admitir, juridicamente, que a representação coletiva se dê pelos 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 brasileiro.<sup>9</sup> É fundamental, portanto, que o direito brasileiro avance no reconhecimento da personalidade jurídica dos povos indígenas,<sup>10</sup> quilombolas e populações tradicionais, distinta da de seus membros, independentemente da constituição formal de associações.

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 pela sua utilização comercial.

#### **4.4. DISTINÇÃO ENTRE DIREITOS INTELECTUAIS COLETIVOS DE CONTEÚDO MORAL E PATRIMONIAL**

Quando pensamos no conteúdo normativo dos direitos intelectuais coletivos assegurados a povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais sobre os seus conhecimentos tradicionais, deve estar presente a sua dupla natureza: moral e patrimonial. Os direitos morais devem implicar a possibilidade jurídica – que deve ser expressamente assegurada – de se negar o acesso a tais recursos quando os povos tradicionais entenderem que há riscos ou ameaças à sua integridade intelectual, cultural e de valores espirituais.



Trata-se de um direito de objeção cultural, que implica também o direito de manterem tais conhecimentos sob sigilo e confidencialidade. 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 genéticos situados em territórios ocupados por povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais,<sup>11</sup> bem como os



conhecimentos tradicionais associados a tais recursos.<sup>12</sup> 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 morais,<sup>13</sup> devem ser assegurados também os direitos à indicação e ao reconhecimento público dos detentores do conhecimento tradicional, em quaisquer publicações ou outras formas de divulgação e utilização, comercial ou não, e o de garantir a integridade intelectual e cultural dos conhecimentos tradicionais, impedindo-se a prática de quaisquer atos que possam atentar contra eles.

Os direitos morais dos detentores de conhecimentos tradicionais devem ser inalienáveis, irrenunciáveis e imprescritíveis, não podendo estar sujeitos a prazos ou lapsos temporais. Os direitos 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, os seus direitos patrimoniais relativos a eles. 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, ou ainda a autorização por prazo indeterminado.

#### **4.5. O PAPEL DO ESTADO BRASILEIRO: GARANTIDOR DO RESPEITO À AUTONOMIA DE VONTADE DOS POVOS TRADICIONAIS E DO CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS ESSENCIAIS DE VALIDADE DE ATOS JURÍDICOS**

A intervenção do Estado brasileiro – seja por meio do órgão gestor dos recursos genéticos,<sup>14</sup> seja por meio das agências encarregadas de formulação de políticas públicas dirigidas a povos tradicionais –<sup>15</sup> deve estar voltada para a garantia do respeito às formas de organização e representação dos povos tradicionais e para a garantia do respeito aos direitos intelectuais coletivos assegurados a esses povos, sejam eles de

*Seu Minervino e sua oficina. Angical, São Francisco, Minas Gerais, 2005. Foto: Francisco Costa, acervo CNFCP/lphan.*

conteúdo moral ou patrimonial. É importante salientar que o papel do Estado deve ser sempre o de assistir, assessorar os detentores de conhecimentos tradicionais, e nunca o de substituir a vontade e o consentimento informado deles pela 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, e assegurar que a manifestação de vontade dos detentores de conhecimentos tradicionais seja livre de vícios (simulação, fraude ou erro), e plenamente consciente e informada.

O consentimento prévio fundamentado pode ser definido como 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 a, e a utilização, por terceiros, de tais recursos. 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 associado. Para Laurel Firestone, o consentimento prévio fundamentado é a

*exigência de que as comunidades locais e indígenas sejam consultadas para dar o 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,*

*no entanto, que as comunidades sejam informadas dos riscos e benefícios de um projeto, para então dar de fato a sua autorização voluntária.<sup>16</sup>*

Laurel Firestone aponta ainda que os maiores desafios para a 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 se aplica 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 no acesso deve divulgar ainda a natureza e o objetivo da atividade e os 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): as finalidades e usos pretendidos das atividades de pesquisa e/ou bioprospecção a serem desenvolvidas; a instituição que financia tais atividades; data de início e duração; metodologia de pesquisa, os 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 ao seu consentimento fundamentado. É importante mencionar também que o interessado no acesso deve arcar com as despesas necessárias à contratação de consultores técnicos, jurídicos e/ou científicos independentes, quando solicitado pelos povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais.

O papel do Estado deve ser o 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. Dessa forma, estará fortalecendo e equilibrando, minimamente, as relações entre as partes na autorização de acesso, e relativizando as pressões econômicas sobre os povos tradicionais. Preferencialmente, o órgão estatal deve realizar consulta *in loco* aos detentores de conhecimentos tradicionais, deslocando os seus técnicos até os territórios ocupados por eles, para que tenham melhores condições de aferir a representatividade e a 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 informado, garantindo autêntica manifestação de vontade. Uma vez autorizado o acesso aos recursos

genéticos e conhecimentos tradicionais detidos por povos indígenas,<sup>17</sup> 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 à 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 artigo 25 da Medida Provisória nº 2.186-16/2001 prevê que os benefícios decorrentes da exploração econômica de produto ou processo desenvolvido com base em amostra do patrimônio genético ou de conhecimento tradicional associado poderão constituir-se, entre outros, de 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 por 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, a sua capacitação e

treinamento para uma participação efetiva e qualificada, e não apenas formal, o acesso a tecnologias, até mesmo a 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 e momentâneos, 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 eles. 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, e talvez restrinja 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 no externo – 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, com a previsão do acesso prioritário aos recursos para projetos apresentados por povos e comunidades co-detentores de conhecimentos tradicionais.

Quando é possível identificar as comunidades detentoras dos conhecimentos tradicionais, a melhor solução para a repartição de benefícios é a negociação direta com elas. Entretanto, quando a titularidade dos conhecimentos é difusa, e não se pode precisar quem são os seus detentores originários, a melhor solução é a criação de fundos de repartição de benefícios, aos quais seriam destinados os recursos econômicos oriundos de mecanismos de repartição de benefícios (taxas de bioprospecção, *royalties*, participação em lucros, etc.), geridos por conselhos compostos por representantes de órgãos públicos, da sociedade civil e de organizações representativas de povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais. Tais fundos devem destinar-se especificamente a projetos de povos e comunidades tradicionais, e não podem ser confundidos com o fundo ao qual se destinam os benefícios decorrentes do acesso a recursos genéticos e de sua exploração econômica, de natureza mais geral.

## NOTAS

1 Sobre a proteção jurídico-constitucional à cultura, além das obras já citadas, sugerimos a consulta de: CUNHA FILHO, Francisco Humberto. *Direitos culturais como direitos fundamentais*. Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 2000; CASTRO, Sônia Rabello de. *O Estado na preservação de bens culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991; PIRES, Maria Coeli Simões. *Da proteção ao patrimônio cultural*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994; RAMOS RODRIGUES, José Eduardo. A evolução da proteção do patrimônio cultural – Crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural. In: PURVIN DE FIGUEIREDO, Guilherme José (org.). *Temas de direito ambiental e urbanístico*. São Paulo: Editora Max Limonad – Instituto Brasileiro de Advocacia Pública, 1998, p. 199-225; BATISTA DOS SANTOS, Márcia Walquiria. Proteção do patrimônio cultural no direito italiano. *Revista dos Tribunais*, ano 83, v. 706, agosto de 1994.

2 LONDRES, Cecília. Da modernização à participação: a política federal de preservação dos anos 70 e 80. *Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional*, n. 24, p. 153 seg., 1996.

3 MINISTÉRIO DA CULTURA, INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL E FUNDAÇÃO NACIONAL DE ARTES. *O registro do patrimônio imaterial*. Propostas, experiências e regulamentos internacionais sobre a proteção do patrimônio cultural imaterial. Dossiê final das atividades da Comissão e do Grupo de Trabalho Patrimônio Imaterial. Brasília, jul. 2003, p. 125.

4 A lei nº 9.456, de 25 de abril de 1997, conhecida como Lei de Proteção de Cultivares, define “cultivar” como a variedade de qualquer gênero vegetal claramente distinta de outras cultivares conhecidas e que resulta do melhoramento genético realizado pelo melhorista. O melhorista é a pessoa responsável pelo processo de melhoramento genético dos cultivares e pela descrição das características que irão diferenciar uma nova cultivar dos demais cultivares já conhecidos da mesma espécie de planta. A Lei de Proteção de Cultivares foi proposta pelo Governo brasileiro a fim de possibilitar que o país aderisse à Convenção Internacional para a Proteção das Obtenções Vegetais (Upov) (em inglês, International Union for the Protection of New Varieties of Plants), ainda na versão 78 (posteriormente foi editada a versão Upov 91). A lei rejeita a dupla proteção de cultivares (por patentes e proteção ao cultivar) e garante o chamado “privilégio do agricultor”, que é o direito de o agricultor guardar sementes da colheita para o próximo plantio. Garante ainda o direito daqueles que usam ou vendem como alimento ou matéria-prima o produto obtido do seu

plantio, exceto para fins reprodutivos, ou utilizam o cultivar como fonte de variação no melhoramento genético ou na pesquisa científica. Garante ainda o direito de pequenos produtores rurais de multiplicar sementes, para doação ou troca, para outros pequenos produtores rurais, no âmbito de programas governamentais ou autorizados pelo governo.

5 Nesse 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*



Trançando fibra de tucumã. Arapiuns, Santarém, Pará, 2004. Foto: Francisco Costa, acervo CNFCP/Iphan.

knowledge and biodiversity: a conceptual framework and the essential elements of a rights regime. Penang, Malásia: Third World Network, Paper 1, 1996.

6 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 –, ele 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.



Consultar, a esse respeito: 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, p. 463-512. (Série: Reinventar a emancipação social: para novos manifestos, v. 3). Randeria analisa a dinâmica e as trajetórias do pluralismo jurídico e da transnacionalização do direito, contrapondo-se à preocupação predominante nos estudos recentes acerca do pluralismo jurídico transnacional, que se concentra na *lex mercatoria* e na produção autônoma e espontânea de direito por parte de uma pequena elite de árbitros comerciais internacionais. Analisa o papel das instituições internacionais, organizações não-governamentais e movimentos sociais como atores em uma paisagem jurídica heterogênea.

7 A Medida Provisória nº 2.186-16/2001 estabelece, em seu artigo 9º, parágrafo único, que: "Para efeito desta Medida Provisória, qualquer conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético poderá ser de titularidade da comunidade, ainda que apenas um indivíduo, membro dessa comunidade, detenha esse conhecimento".

8 Exemplo disso é o acordo estabelecido entre a Universidade Federal de São Paulo (Unifesp) e o povo indígena Krahô, do Tocantins, visando a efetuar o levantamento etnofarmacológico de espécies da flora utilizadas em rituais de cura e práticas de xamanismo. Segundo Ela Wiecko V. de Castilho (procuradora federal dos direitos do cidadão), a pesquisa visa avaliar a eficácia simbólica do uso ritual das plantas, bem como sua eficácia material, mediante a verificação de seus princípios ativos e toxicidade. Envolve, portanto, a coleta de plantas medicinais e o uso de conhecimentos tradicionais relativos às suas propriedades: cerca de quatrocentas espécies já teriam sido coletadas, com base nas informações e receitas de sete xamãs, o que teria resultado na identificação científica de 138 prováveis espécies com algum tipo de ação neurológica, sendo que apenas onze delas já foram alvo de estudos farmacológicos e fitoquímicos. Segundo relata Ela Wiecko V. de Castilho, a pesquisa motivou conflitos e divergências internas entre os índios Krahô, tendo boa parte do povo Krahô se revoltado contra o projeto da Unifesp, e exigido a sua interrupção, porque os seus pesquisadores só consultaram uma parte das aldeias Krahô. (CASTILHO, Ela Wiecko V.de. Parâmetros para o regime jurídico *sui generis* de proteção ao conhecimento tradicional associado a recursos biológicos e genéticos. In: MEZZARROBA, Orides

(org.). *Humanismo latino e Estado no Brasil*.

Florianópolis: Fundação Boiteux, Fondazione Cassamarca, 2003, p. 453-472.)

9 A lei peruana exige 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".

10 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"

(GONÇALVES, Wagner. Natureza 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; Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, p. 241-250). O Código Civil, nos artigos 40 e seguintes, estabelece que as pessoas jurídicas são de direito público, interno ou externo, e de direito privado. Entendemos, entretanto, que em face do artigos 231 e 232 da Constituição é possível sustentar que as comunidades e povos indígenas têm personalidade jurídica própria, e não só as organizações indígenas. Ver a esse 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.

11 Os atos de demarcação e de emissão de títulos, por parte do Estado brasileiro, têm natureza declaratória, e o exercício dos direitos desses povos (indígenas e quilombolas) sobre o material genético existente em seus territórios tradicionais independe de tais atos oficiais. Distinta, entretanto, é a situação das populações tradicionais. 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, geridas por conselhos deliberativos de que participam as populações tradicionais residentes.

12 A Medida Provisória nº 2.186-16/2001, em capítulo dedicado à "proteção ao conhecimento tradicional associado" (artigo 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.

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

14 O Conselho de Gestão do Patrimônio Genético – vinculado ao Ministério do Meio Ambiente, 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 nº 3.945/2001, alterado pelo decreto nº 4.946/2003. Tal conselho é, entretanto, composto apenas por representantes de órgãos e entidades da administração pública federal. Em agosto de 2002, entretanto, o governo Fernando Henrique Cardoso 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, entretanto, 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 – Febrifar), passaram a ser convidados a participar das reuniões do conselho e de suas câmaras temáticas, ainda que em caráter informal.

15 A Fundação Nacional do Índio – Funai, vinculada ao Ministério da Justiça, é a agência indigenista oficial,

e a Fundação Cultural Palmares, vinculada ao Ministério da Cultura, o órgão com atribuições afetas às comunidades de quilombolas. No âmbito do Ibama, foi criado, em 1992, o Centro Nacional de Populações Tradicionais e Desenvolvimento Sustentável.

16 FIRESTONE, Laurel. Consentimento prévio informado: princípios orientadores e modelos concretos. In: LIMA, André & BENSUSAN, Nurit (orgs.). *Quem cala consente?* Subsídios para a proteção aos conhecimentos tradicionais. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2003, p. 23-52. (Documentos do Isa, 8) Firestone menciona ainda, entre os requisitos mínimos do consentimento prévio fundamentado: - implicações e conseqüências previsíveis das atividades de pesquisa; - pessoa jurídica e filiação do interessado, bem como dos 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.

17 A primeira autorização de acesso a conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético foi concedida pelo Conselho de Gestão do Patrimônio Genético em 29/07/2004, a um projeto de pesquisa desenvolvido pelo Instituto Nacional de Pesquisas da Amazônia (INPA), com o apoio do Instituto Socioambiental (ISA), para verificar a sustentabilidade da produção comercial da cestaria do povo indígena Baniwa. Envolve o estudo do manejo dos corantes e fixadores naturais utilizados pelos índios na elaboração das peças. O projeto, intitulado “Ecologia e extrativismo de plantas utilizadas como fixadoras de corantes no artesanato Baniwa, Alto Rio Negro”, é respaldado por um termo de compromisso firmado entre Inpa, Isa e Oibi-Organização Indígena da Bacia do Içana, dos Baniwa. Para maiores informações, consultar: [www.socioambiental.org](http://www.socioambiental.org), e o Boletim Eletrônico do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético, edição n. 1, jun./jul. 2004. ([www.mma.gov.br](http://www.mma.gov.br)).

*Em 26/08/2004, o Conselho de Gestão do Patrimônio Genético concedeu à Embrapa autorização de acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado, para desenvolver pesquisa científica no âmbito do projeto intitulado “Etnobiologia, conservação de recursos genéticos e bem-estar alimentar da comunidade indígena Krahô”, na terra indígena Krahôlândia, no Estado do Tocantins.*