

Acesso aos recursos genéticos e aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade: aspectos jurídicos.

Juliana Santilli, Promotora de Justiça, do Ministério Público do Distrito Federal, e sócia-fundadora do Instituto Socioambiental (ISA). Mestre em Direito pela Universidade de Brasília. É autora do livro “Socioambientalismo e novos direitos” (Editora Peirópolis)

1. Acesso aos recursos genéticos situados em territórios ocupados por povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais.

Antes de adentrarmos no tratamento jurídico dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, parece-nos fundamental esclarecer algumas questões jurídico-constitucionais relativas ao acesso aos recursos genéticos situados em territórios indígenas, de quilombolas e de populações tradicionais. A definição de recursos genéticos é estabelecida no artigo 2º da Convenção da Diversidade Biológica¹: “material genético de valor real ou potencial”. Já material genético é definido como “todo material de origem vegetal, animal, microbiana ou outra que contenha unidades funcionais de hereditariedade”.

A Medida Provisória nº 2.186-16, de 23/8/2001², estabelece a seguinte definição de patrimônio genético:

¹A Convenção da Diversidade Biológica (CDB) foi assinada pelo Brasil em 1992, durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, no Rio de Janeiro, e ratificada pelo Congresso Nacional através do Decreto nº Legislativo nº 2, de 3/2/1994. Sua promulgação deu-se pelo Decreto nº Presidencial nº 2.159, de 16/3/1998. Por ser signatário da CDB, o Brasil tem a obrigação de elaborar relatórios periódicos contendo informações acerca da implementação da CDB no país. Veja o 1º e o 2º. Relatório Nacional para a CDB no *site* do Ministério do Meio Ambiente: <www.mma.gov.br>.

²A Medida Provisória nº 2.186-16, de 23/8/2001, dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado, a repartição de benefícios e o acesso à tecnologia e transferência de tecnologia para sua conservação e utilização. O primeiro projeto de lei voltado para a implementação, no Brasil, da Convenção da Diversidade Biológica, foi apresentado em 1995 pela senadora Marina Silva (PT-AC), após intensos debates com a sociedade civil. Em 1998, o Senado Federal aprovou um substitutivo apresentado pelo senador Osmar Dias (PSDB-PR), e esse projeto de lei foi encaminhado à Câmara dos Deputados. No mesmo ano (1998), o deputado Jaques Wagner (PT-BA) encaminhou novo projeto de lei à Câmara dos Deputados. O Poder Executivo também encaminhou um projeto de lei à Câmara dos Deputados, resultado dos trabalhos de um grupo interministerial criado para esse fim, além de uma proposta de emenda à Constituição que transforma os recursos genéticos em bens da União. A Câmara dos

informação de origem genética, contida em amostras do todo ou de parte de espécime vegetal, fúngico, microbiano ou animal, na forma de moléculas e substâncias provenientes do metabolismo destes seres vivos e de extratos obtidos destes organismos vivos ou mortos, encontrados em condições *in situ*, inclusive domesticados, ou mantidos em coleções *ex situ*, desde que coletados em condições *in situ* no território nacional, na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva³.

Há, portanto, uma clara distinção jurídica entre o recurso genético e o recurso biológico que o contém.

Já falamos, nos primeiros capítulos deste trabalho, dos direitos territoriais especiais assegurados aos povos indígenas e quilombolas, e das unidades de conservação destinadas a abrigar populações tradicionais. Dissemos que os territórios indígenas são bens da União, cabendo-lhes o direito de “usufruto exclusivo” de seus recursos naturais, excetuados apenas

Deputados chegou a constituir uma comissão com o objetivo de avaliar os três projetos de lei e a emenda constitucional. Entretanto, passando por cima de todas as referidas iniciativas legislativas, o governo Fernando Henrique Cardoso editou, regulando a matéria, a Medida Provisória nº 2.052, de 3/6/2000, que foi reeditada sucessivas vezes, algumas com alterações, e, atualmente, encontra-se em vigor a Medida Provisória nº 2.186-16, de 23/8/2001. A Medida Provisória foi editada às pressas pelo governo para “legitimar” o acordo firmado entre a organização social Bioamazônia e a multinacional Novartis Pharma, em 29/5/2000. Em troca da possibilidade de exploração de cerca de 10 mil bactérias e fungos (microorganismos) da Amazônia e da detenção exclusiva das patentes dos eventuais produtos desenvolvidos com base nesses organismos, a Bioamazônia receberia 4 milhões de dólares em treinamento e transferência de tecnologia, por três anos. A Novartis repassaria à Bioamazônia 1% em royalties por produtos criados. Diante dos protestos da comunidade científica e da sociedade civil, em função da lesividade do acordo aos interesses nacionais, a Novartis suspendeu a parceria. A organização social Bioamazônia havia sido criada pelo próprio governo federal para coordenar a implantação do Programa Brasileiro de Ecologia Molecular para o Uso Sustentável da Biodiversidade da Amazônia (Probem). A Medida Provisória pretendia regular, casuisticamente, o acesso aos recursos genéticos e aos conhecimentos tradicionais associados. A Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (Contag), com a assessoria dos advogados do Instituto Socioambiental, propôs ação direta de inconstitucionalidade contra a referida Medida Provisória, por inconstitucionalidade de seus artigos 10 e 14 (tais como constavam da suas primeiras versões). Apesar de a referida ação judicial não ter sido julgada pelo Supremo Tribunal Federal, as reedições posteriores da Medida Provisória modificaram os artigos 10 e 14 – citados acima – justamente aqueles impugnados na ação judicial. O artigo 10 dispunha que: “A pessoa de boa fé que, até 30 de junho de 2000, utilizava ou explorava economicamente qualquer conhecimento tradicional no país, será assegurado o direito de continuar a utilização ou exploração, sem ônus, na forma e nas condições anteriores”. Com este dispositivo, a Medida Provisória legalizava toda e qualquer biopirataria e espoliação de conhecimentos tradicionais praticados no país até 30/6/2000. Atualmente, a Medida Provisória em vigor dispõe, em seu artigo 34, que: “A pessoa que utiliza ou explora economicamente componentes do patrimônio genético e o conhecimento tradicional associados *deverá adequar as suas atividades às normas desta MP e do seu regulamento*”. Dispunha também o artigo 14 que: “Em casos de relevante interesse público, assim caracterizado pela autoridade competente, o ingresso em terra indígena, área pública ou privada, para acesso a recursos genéticos, dispensará prévia anuência das comunidades indígenas e locais e de proprietários”. Tal artigo, ao permitir o acesso aos recursos genéticos situados em terras indígenas sem a prévia anuência das respectivas comunidades, afrontava os direitos assegurados aos povos indígenas pelo artigo 231 da Constituição. Atualmente, a Medida Provisória em vigor determina que, em se tratando de terra indígena, deverá ser observado o disposto no artigo 231 da Constituição (artigo 17, parágrafo 2º da MP).

o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais, nos termos do artigo 231, parágrafos 2º e 3º da Constituição⁴. Portanto, o acesso aos recursos genéticos existentes em territórios indígenas depende do consentimento prévio e informado desses povos e da repartição dos benefícios resultantes da exploração econômica de produto ou processo desenvolvido a partir do material genético. Os povos indígenas são usufrutuários exclusivos dos recursos genéticos existentes em seus territórios. Outra não pode ser a interpretação do texto constitucional.

Da mesma forma, o acesso aos recursos genéticos situados em territórios ocupados por comunidades quilombolas depende do seu consentimento prévio e informado, e da posterior repartição de benefícios. Os quilombolas são titulares do direito de propriedade definitiva sobre os territórios que ocupam. Tais direitos assegurados aos povos indígenas e quilombolas independem de atos oficiais de demarcação ou de expedição de títulos, e, portanto, são legalmente obrigatórios o consentimento prévio e informado e a repartição de benefícios, sempre que se tratar de recurso genético situado em seus territórios tradicionais.

Diversa é a situação quando se tratar de acesso a recursos genéticos situados em reservas extrativistas ou de desenvolvimento sustentável. À luz da interpretação dos artigos 18 e 20 da Lei do Snuc e do Decreto nº 4.340, de 22/8/2002, pode-se afirmar que o acesso a recursos genéticos situados em reservas extrativistas ou de desenvolvimento sustentável depende de autorização dos respectivos Conselhos Deliberativos, de que participam não só representantes das populações tradicionais residentes na área como também dos órgãos públicos e das organizações da sociedade civil. Ou seja, as populações tradicionais residentes em reservas extrativistas e de desenvolvimento sustentável participam das

³O Estado do Acre aprovou a Lei nº 1.235, de 9/7/1997, que dispõe sobre os instrumentos de controle do acesso aos recursos genéticos do Estado do Acre, e o Estado do Amapá aprovou a Lei nº 388, de 3/12/1997, que dispõe sobre os instrumentos de controle do acesso à biodiversidade.

⁴Não se pode esquecer que se encontra também em tramitação no Congresso Nacional o projeto de lei que institui o novo Estatuto das Sociedades Indígenas. Tal projeto dispõe que: “O acesso e a utilização, por terceiros, de recursos biogenéticos existentes nas terras indígenas, respeitará o direito de usufruto exclusivo das comunidades indígenas, e dependerá de prévia autorização das mesmas, bem como de prévia comunicação ao órgão indigenista federal”. Já o artigo 157 desse projeto de lei considera crime “fazer uso, comercial ou industrial, de recursos genéticos ou biológicos existentes nas terras indígenas para o desenvolvimento de processos ou produtos biotecnológicos, sem o prévio consentimento, por escrito, da comunidade ou sociedade indígena que tenha a sua posse permanente”. Tal crime está sujeito a pena de multa correspondente a pelo menos o dobro da vantagem econômica auferida pelo agente ou a no mínimo vinte e cinco dias-multa, nos termos do referido projeto de lei.

decisões relativas ao acesso aos recursos genéticos situados em tais unidades de conservação, com os órgãos públicos e a sociedade civil.

Há, entretanto, populações tradicionais que residem fora dos limites de unidades de conservação oficialmente criadas pelo Poder Público. Parece-nos fundamental a definição dos limites dos territórios ocupados pelas populações tradicionais para que se possa prever a obrigatoriedade legal de seu consentimento prévio fundamentado quando há acesso a recursos genéticos. Do ponto de vista prático e operacional, é fundamental, para a definição de mecanismos e procedimentos voltados para a obtenção do consentimento prévio fundamentado, que os direitos territoriais atribuídos a essas populações estejam claramente definidos – seja por meio da criação de unidades de conservação em que a permanência de populações tradicionais seja legalmente permitida, como reservas extrativistas e de desenvolvimento sustentável, seja por meio do reconhecimento de direitos de posse ou propriedade⁵.

A Medida Provisória nº 2.186-16/2001 regula o acesso e a utilização dos recursos biológicos e genéticos e dos conhecimentos tradicionais associados separadamente, estabelecendo instrumentos e exigências legais distintas para ambos: autorização de acesso e de remessa de amostra de componente do patrimônio genético e autorização de acesso a conhecimento tradicional associado⁶. Prevê, ainda, a realização de contrato de utilização do patrimônio genético e de repartição de benefícios, onde são estipuladas as condições para

⁵A Resolução nº 9, de 18/12/2003, do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético, estabelece diretrizes para a obtenção de anuência prévia junto a comunidades indígenas e locais, a fim de acessar componente do patrimônio genético para fins de pesquisa científica, sem potencial ou perspectiva de uso comercial. Regula o acesso a componente do patrimônio genético situado em terras indígenas, áreas sob a posse ou propriedade de comunidades locais e unidade de conservação da natureza de domínio público onde haja comunidades locais residentes cuja permanência seja permitida em lei. A pesquisa científica que envolva acesso a componente do patrimônio genético, **não** seja para fins de bioprospecção ou desenvolvimento tecnológico e **não** envolva acesso a conhecimento tradicional associado, pode ser autorizada diretamente pelo Ibama, órgão credenciado pelo Conselho de Gestão do Patrimônio Genético. Entretanto, a pesquisa científica que envolva acesso a componente do patrimônio genético, com potencial de uso econômico, como bioprospecção ou desenvolvimento tecnológico, ou que envolva acesso a conhecimento tradicional associado, independentemente de ter potencial de uso econômico, depende de autorização do referido Conselho.

⁶O anteprojeto de lei de acesso, em sua versão final elaborada pela Câmara Temática de Legislação do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético, prevê que o acesso a material genético, realizado por instituição nacional de pesquisa e desenvolvimento sem fins lucrativos, independe de autorização do Conselho de Gestão, devendo a instituição manter, junto à comissão interna de acompanhamento, o registro da pesquisa, o consentimento prévio fundamentado da comunidade local, a autorização de coleta, e os termos de responsabilidade. Entretanto, muitas pesquisas consideradas acadêmicas têm desdobramentos que implicam em bioprospecção.

repartição de benefícios, monetários (como divisão de lucros e pagamento de *royalties*) e não monetários (como acesso a tecnologia e capacitação de recursos humanos).

Segundo o artigo 16, parágrafo 9º, da referida MP, a autorização de acesso e de remessa de amostra de componente do patrimônio genético dar-se-á “após a anuência prévia da comunidade indígena envolvida, ouvido o órgão indigenista oficial, quando o acesso ocorrer em terra indígena”. O termo “anuência prévia”, de sentido vago e pouco definido, do ponto de vista jurídico, merece ser substituído pelo termo empregado pela Convenção da Diversidade Biológica (“consentimento prévio informado/fundamentado”). Ademais, mais do que simplesmente consultados, os povos indígenas, quilombolas e comunidades locais devem dar o seu consentimento, prévio e informado, para qualquer atividade de coleta de material biológico/genético em seus territórios tradicionais, e participar diretamente dos contratos de repartição de benefícios⁷.

2. Conhecimento tradicional associado à biodiversidade: afinal, do que estamos falando?

É importante delimitar o objeto de nosso estudo: os conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade⁸. 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 coletivos⁹.

⁷A Instrução Normativa nº 1/95, da Funai, disciplina o ingresso em terras indígenas com a finalidade de desenvolver pesquisa científica. A Instrução Normativa nº 109/97, do Ibama, estabelece normas sobre pesquisa científica em unidades de conservação federais. O Decreto nº 98.830/90 dispõe sobre a coleta, por estrangeiros, de dados e materiais científicos no Brasil, e a Portaria MCT nº 55/90, estabelece o regulamento sobre coleta, por estrangeiros, de dados e materiais científicos no Brasil.

⁸Também chamados de conhecimentos ecológicos tradicionais (em inglês: traditional ecological knowledge)

⁹A Lei de Direitos Autorais (Lei 9.610/1998) estabelece, em seu artigo 45, que as obras de autores desconhecidos pertencem ao domínio público, “ressalvada a proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais”. O Decreto nº 3.551/2000 instituiu o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial, dividindo o registro nos livros dos saberes, das celebrações, das formas de expressão e dos lugares. Nos termos do referido decreto, no Livro de Registro dos Saberes, devem ser inscritos conhecimentos e modos de fazer enraizados no cotidiano das comunidades; no Livro de Registro das Celebrações, serão inscritos rituais e festas que marcam a vivência coletiva do trabalho, da religiosidade, do entretenimento e de outras práticas da vida social; no Livro de Registro das Formas de Expressão, serão inscritas manifestações literárias, musicais,

Neste trabalho, pretendemos restringir-nos à análise dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade¹⁰, que vão desde 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 Diegues¹¹ 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. Segundo Antônio Carlos Diegues¹²:

“As populações tradicionais não só convivem com a biodiversidade, mas nomeiam e classificam as espécies vivas segundo suas próprias categorias e nomes. Uma particularidade, no entanto, é que essa natureza diversa não é vista pelas comunidades tradicionais como selvagem em sua totalidade; foi e é domesticada, manipulada. Uma outra diferença é que essa diversidade da vida não é tida como “recurso natural”, mas como um

plásticas, cênicas e lúdicas; no Livro de Registro dos Lugares, serão inscritos mercados, feiras, santuários, praças e demais espaços onde se concentram e se reproduzem práticas culturais coletivas.

¹⁰ A Medida Provisória nº. 2.186-16/2001 estabelece a seguinte definição de conhecimento tradicional associado: “informação ou prática individual ou 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 Genético¹⁰, 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”¹⁰. 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, juntamente com a 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 Empereire.

¹¹ DIEGUES, Antônio Carlos e ARRUDA, Rinaldo. Saberes tradicionais e biodiversidade no Brasil. Brasília: Ministério do Meio Ambiente; São Paulo: USP, 2001.

¹² Obra citada, pág.33

conjunto de seres vivos detentor de um valor de uso e de um valor simbólico, integrado numa complexa cosmologia".

Pode-se falar numa **etnobioidiversidade**, isto é, a riqueza da natureza da qual também participa o homem, nomeando-a, classificando-a e domesticando-a.

Conclui-se, então, que a **biodiversidade** pertence tanto ao domínio do natural como do cultural, mas é a cultura, como conhecimento, que permite às populações tradicionais entendê-la, representá-la mentalmente, manuseá-la, retirar suas espécies e colocar outras, enriquecendo-a, com frequência.”

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 Almeida¹³. Inclui desde os elaborados calendários dos índios Ashaninka até as classificações de animais e dicionários de vegetais feitos pelos seringueiros e demais povos indígenas amazônicos¹⁴. 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 floresta¹⁵:

“Os conhecimentos que as populações têm da floresta que habitam é verdadeiramente enciclopédico, no sentido de cobrir áreas variadas desde a madeira linheira que serve para a mão-de-força de uma casa; as enviras que se prestam para amarrá-la; as fruteiras que o porquinho ou o veado preferem e debaixo das quais é quase certo caçá-los; os solos ideais para plantar o milho, o tabaco, o jerimum; a maneira de trançar as palhas de uricuri para fazer o telhado; as iscas preferidas do

¹³ 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.

¹⁴ 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.

¹⁵ “Enciclopédia da Floresta”, págs. 13 a 15.

caparari, do mandim, do pacu; os sonhos, os presságios, as maneiras de ter sorte na caçada. Os pés de seringa, cada um deles, e o modo adequado de preparar as estradas, empausar, embandeirar, raspar, cortar a madeira. **Modos de fazer, modos de pensar, modos de conhecer.**

Não que cada um saiba o mesmo que todos os outros: cada qual aprofunda conhecimentos em certas áreas. Já de saída, homens e mulheres se especializam: seringa e caçada em princípio são assunto de homem; capoeira, horta, canteiro e parto, assunto de mulher. Homens andam na mata, olhando em volta e para o alto, com a atenção na caça; as mulheres olham para baixo, prestando atenção nas ervas. Embora haja pessoas, em geral, mais velhas, que dominam sozinhas um imenso cabedal de conhecimentos – e essas são, cada uma, verdadeiras enciclopédias semoventes – o conhecimento que descrevemos ou evocamos neste livro é o somatório de saberes mais individuais, e **entendemos por saber formas de pensar, investigar, inovar, tanto quanto conhecimentos e práticas estabelecidos.** Esse cabedal pode não ser compartilhado por cada seringueiro em particular, aliás, certamente não o é, mas constitui no seu conjunto patrimônio coletivo da população dos antigos seringais.” (grifos nossos)

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 locais¹⁶ e populações indígenas com estilos de vida tradicionais”.

¹⁶ 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 no. 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 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 9.985/2000 (SNUC), que é “populações tradicionais”, distinguindo-se, entretanto, os quilombolas das demais populações

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 tropicais¹⁷.

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 indígenas, quilombolas e populações 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 origem¹⁸. A produção de inovações e conhecimentos sobre a natureza não se motiva apenas por razões utilitárias, como, por 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.

Finalmente, é importante considerar que o conhecimento tradicional associado inclui toda informação útil à identificação de princípios ativos de biomoléculas ou características funcionais de células e microorganismos, independentemente da utilização

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).

¹⁷ 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

¹⁸ Consulte-se a respeito: Emperaire, Laure. As origens míticas da mandioca. 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/Institute des Recherches pour le Développement, triênio: 1998-2000, e

Upíperi Kalísi: 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.

tradicional coincidir ou não com a utilização biotecnológica. Para a compreensão da questão, vejamos os exemplos que Nurit Bensusan¹⁹ nos dá:

- 1) Uma comunidade tradicional usa uma combinação de duas plantas como cicatrizante e uma empresa farmacêutica interessa-se pela produção comercial de uma pomada cicatrizante que utilize essa combinação. Neste exemplo, a comunidade usa um determinado com uma finalidade que é a mesma pela qual a comunidade científica ou empresas buscam o acesso àquele recurso.
- 2) Um povo indígena usa espigas de milho multicoloridas para produzir adornos e enfeites, e essa característica fenotípica do milho selecionado por esse povo dá indicações claras sobre certas propriedades genéticas suas, que o tornam particularmente atraente para as pesquisas genéticas. Há uma utilização indireta dos conhecimentos tradicionais, que também merece ser reconhecida e recompensada.

Verifica-se que, em ambos os casos, há a utilização – direta ou indireta – de conhecimentos tradicionais associados, e que um sistema jurídico que pretenda estabelecer normas de acesso e utilização deve contemplar ambas as situações. Tal explicitação é necessária porque o conhecimento tradicional fornece, muitas vezes, as “pistas” para a identificação de princípios ativos úteis, mas a indústria biotecnológica desenvolve usos distintos daqueles realizados pelos povos tradicionais, desenvolvendo produtos e processos novos, ainda que o conhecimento tradicional tenha sido o ponto de partida. O acesso a toda informação útil à identificação de princípios ativos, fornecida pelo conhecimento tradicional, deve ser precedido do consentimento fundamentado de seus detentores.

3. Por que conferir proteção jurídica aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade? O que é biopirataria?

¹⁹ BENSUSAN, Nurit. Interfaces entre o conhecimento tradicional e o conhecimento científico. Texto ainda

Os conhecimentos tradicionais adquiriram particular importância para a indústria da biotecnologia, principalmente de produtos farmacêuticos, químicos e agrícolas. Segundo Vandana Shiva²⁰, 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. Diz-se que o uso do conhecimento tradicional aumenta a eficiência de reconhecer as propriedades medicinais de plantas em mais de 400%, e o valor corrente no mercado mundial para plantas medicinais identificadas graças às pistas dadas pelas comunidades nativas já teria sido estimado em 43 bilhões de dólares, segundo a referida autora.

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 biopirataria²¹. Embora não haja uma definição propriamente jurídica de biopirataria^{22, 23}, é

não publicado. 2003

²⁰ SHIVA, Vandana. “Biopirataria: a pilhagem da natureza e do conhecimento”; tradução de Laura Cardellini Barbosa de Oliveira. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001

²¹ 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

²² A Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI) tem proposto a substituição do termo “biopirataria” (biopiracy, em inglês), por “biogrilagem” (biosquatting), por considerar que, na falta de uma legislação que regule o acesso aos recursos genéticos e aos conhecimentos tradicionais associados, o envio de espécies para o exterior, a fim de identificar princípios ativos úteis, e seu posterior patenteamento, não é necessariamente ilegal, ao passo que o termo “squatting” (grilagem) designa simplesmente a invasão ou ocupação de algo que pertence a outrem, segundo entrevista concedida por Nuno Pires de Carvalho, chefe da Seção de Recursos Genéticos, Biotecnologia e Conhecimentos Tradicionais Associados, da OMPI, à revista Pesquisa FAPESP, edição 84, 02/03/2003.

²³ O presidente Fernando Henrique Cardoso vetou o dispositivo da Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/98) que previa o crime de biopirataria, por considerá-lo excessivamente abrangente. Com efeito, o art. 47 previa pena de 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

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 a Diversidade Biológica²⁴, 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 Convenção sobre a Diversidade Biológica 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 Convenção sobre a Diversidade Biológica 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 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 material 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-membros estabelecerem, por meio de legislação interna, normas disciplinando o acesso e a repartição de benefícios entre países provedores e destinatários/utilizadores

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

²⁴ 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.

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 detentores²⁵.

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 bioprospecção 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 instituições 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 os do nim, do ayahuasca e da quinua, para citar apenas três exemplos bastante conhecidos. O nim (em inglês, *neem*) é uma árvore da Índia, usada há séculos nesse país como fonte de

²⁵ 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.

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 Shiva²⁶, 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^{27, 28}. A decisão de revogar a patente se fundamentou no depoimento de um dono de uma fábrica indiana, nos arredores de Nova Deli que demonstrou utilizar processo semelhante ao patenteado pelos norte-americanos desde 1995²⁹, e não no desrespeito frontal aos princípios da Convenção sobre a Diversidade Biológica.

Outro caso de biopirataria³⁰ amplamente denunciado foi o do patenteamento de uma suposta variedade do ayahuasca (nome indígena que quer dizer: cipó da alma), planta

²⁶ 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.

²⁷ Os requisitos de patenteabilidade de uma invenção são: novidade, atividade inventiva e aplicação industrial.

²⁸ 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

²⁹ Conforme Randeria, Shalini, na obra citada acima.

³⁰ Consulte-se: HATHAWAY, David. A biopirataria no Brasil. In: BENSUSAN, Nurit (org.) Seria melhor mandar ladrilhar? Biodiversidade: como, para quê, por quê. Brasília: Editora Universidade de Brasília: Instituto Socioambiental, 2002.

Consulte-se ainda: SANTILLI, Juliana. A biodiversidade e as comunidades tradicionais. In: BENSUSAN, Nurit (org.). Seria melhor mandar ladrilhar? Biodiversidade: como, para quê, por quê. Brasília: Editora Universidade de Brasília: Instituto Socioambiental, 2002. e

SANTILLI, Juliana. Biodiversidade e conhecimentos tradicionais associados: novos avanços e impasses na criação de regimes legais de proteção. In: LIMA, André e BENSUSAN, Nurit (orgs.) Quem cala consente? Subsídios para a proteção aos conhecimentos tradicionais. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2003 (Série Documentos do ISA, nº 8).

amazônica utilizada por diferentes povos indígenas e populações tradicionais com finalidades curativas e medicinais, bem como em rituais xamânicos e cerimônias religiosas. O cancelamento da patente, concedida ao norte-americano Loren Miller, foi requerida ao Patent and Trademark Office, órgão norte-americano responsável pelo registro de patentes e marcas comerciais, pela organização não-governamental Center for International Environmental Law (CIEL), em nome da Coordenação das Organizações Indígenas da Bacia Amazônica (COICA) e da Coalisão Amazônica (Amazon Coalition), em 1996. A patente chegou a ser cancelada e posteriormente restabelecida, continuando em vigor até novembro de 2003, quando expirou seu prazo de validade³¹.

Outro caso célebre, e muito veiculado na imprensa, foi o do patenteamento de processos de extração do óleo da semente do cupuaçu para a produção do chocolate de cupuaçu (o *cupulate*), pela empresa japonesa Asahi Foods Co. Ltd. A mesma empresa registrou ainda o nome “cupuaçu” como marca comercial, gerando diversos protestos de organizações brasileiras e internacionais^{32, 33}.

O que os vários casos de biopirataria mencionados acima têm em comum é o fato de que espécies vegetais foram coletadas em países biodiversos, com (ou sem) o uso de conhecimento tradicional associado, sem o consentimento prévio (e fundamentado) dos

³¹ Segundo informações disponíveis nos sites: www.amazonlink.org e www.ciel.org.

³² No dia 19/04/2003, um ato público contra o registro da marca comercial “cupuaçu”, pela empresa Asahi Foods Co. Ltd., organizado pelo Grupo de Trabalho Amazônico (GTA, que reúne cerca de 500 organizações não-governamentais) e pelo Greenpeace Brasil, com apoio da Secretaria de Meio Ambiente do Amazonas e da ong acreana Amazonlink, reuniu milhares de pessoas no município de Presidente Figueiredo (AM). Conforme: www.gta.org.br, www.amazonia.org.br, www.amazonlink.org. O agravante neste caso foi o fato de que a Embrapa já havia solicitado ao INPI (Instituto Nacional de Propriedade Industrial) uma patente sobre “processo de obtenção de cupulate em pó e em tabletes meio amargo com leite branco, a partir de sementes de cupuaçu”, em 1990, época em que a legislação brasileira não permitia o patenteamento de processos de fabricação de produtos alimentares. Em 1996, com a aprovação da nova lei de propriedade industrial, o pedido de patente foi redepósito e deferido em 1999, mas arquivado em setembro de 2000, conforme entrevista concedida por Nuno Pires de Carvalho, chefe da Seção de Recursos Genéticos, Biotecnologia e Conhecimentos Tradicionais Associados, da OMPI, à revista Pesquisa FAPESP, edição 84, 02/03/2003.

³³ Embora fuja do objeto deste estudo, a biopirataria de recursos genéticos humanos tem sido também denunciada internacionalmente, principalmente aquela que envolve amostras de DNA de povos indígenas isolados ou com pouco contato com nossa sociedade. Há grande interesse sobre os recursos genéticos de grupos isolados, em função de sua homogeneidade genética, associada ao seu isolamento geográfico. Tais características facilitariam os estudos de doenças geneticamente transmissíveis. Conforme narra HATHAWAY³³, na obra já citada acima, em 1997, a Comissão de Biopirataria da Amazônia investigou e documentou denúncias de comercialização de células “imortalizadas” dos povos indígenas Karitiana e Suruí, de Rondônia, pela empresa norte-americana Coriell Cell. A MP nº. 2.186-16/2001, em seu art.3º., exclui expressamente o patrimônio genético humano de seu âmbito de aplicação. A Resolução nº. 196, de 10/10/96,

países de origem, e levadas para o exterior, com a finalidade de identificação de princípios ativos úteis, a partir dos quais produtos e processos foram desenvolvidos e patenteados, sem a repartição dos benefícios com os países de origem de tais recursos. Desta forma, há uma apropriação indevida e injusta – e coibida pela Convenção sobre a Diversidade Biológica - de um recurso que pertence³⁴ a outro país e a suas comunidades locais, mediante o uso de um instrumento legal - o direito de propriedade intelectual, principalmente a patente - consagrado pelas legislações nacionais e internacionais. Concebidos para proteger inovações desenvolvidas pela ciência ocidental e para atender principalmente às necessidades das sociedades industriais, os direitos de propriedade intelectual têm permitido a apropriação privada de produtos e processos gerados de forma coletiva.

Os direitos de propriedade intelectual – e a patente, em especial – conferem a seu titular o direito de exploração exclusiva³⁵ de um determinado produto ou processo, por um

do Conselho Nacional de Saúde, estabelece diretrizes e normas, disciplinando pesquisas envolvendo seres humanos.

³⁴ A Convenção sobre a Diversidade Biológica reconhece a soberania dos países de origem sobre seus recursos genéticos e sua autoridade para determinar o acesso aos mesmos. Entretanto, em nenhum momento, estabelece a propriedade ou domínio do Estado sobre seus recursos genéticos, cabendo às legislações nacionais estabelecer a natureza jurídica e o regime de propriedade sobre os mesmos. O Poder Executivo – ainda durante o governo FHC – encaminhou uma proposta de emenda constitucional ao Congresso, incluindo os recursos genéticos entre os bens da União, e tornando pública sua propriedade, independentemente do titular do direito de propriedade sobre os recursos biológicos que os contêm. A referida emenda estabelece, portanto, para os recursos genéticos, regime jurídico análogo ao dos recursos minerais, que também constituem propriedade distinta da do solo e pertencem à União, dependendo a exploração mineral de concessão do Poder Público Federal. Entendemos que os recursos genéticos – da mesma forma como os bens ambientais em geral – independentemente de pertencerem ao domínio público ou privado – devem ter seu acesso e utilização limitados e condicionados por regras de interesse público. Isto não significa, entretanto, que devam integrar o patrimônio público. São “bens de interesse público”, independentemente de serem de propriedade pública ou particular.

Parece-nos bastante oportuna a observação de Vandana Shiva, segundo a qual a soberania assegurada aos países-membros da CDB sobre os recursos genéticos existentes em seus territórios não deve ser entendida como soberania estatal, e sim como soberania popular, ou seja, soberania a ser exercida pela sociedade civil (SHIVA, Vandana. “Protecting our biological and intellectual heritage in the age of biopiracy”. Texto preparado para o seminário “IPRs, Community Rights and Biodiversity: a new partnership for national sovereignty, held at New Delhi, February 20, 1996. The Research Foundation for Science, Technology and Natural Resource Policy, New Delhi, India.

A proposta de emenda constitucional parece incidir exatamente neste equívoco: confunde o direito de soberania sobre os recursos genéticos com dominialidade estatal. Proteção estatal não significa propriedade pública, necessariamente.

³⁵ Nos termos do art. 42 da Lei 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 patentado. 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.

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) apoiem e não se oponham aos objetivos da Convenção**”(art.16.5).

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 comerciais³⁶. 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

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.”

³⁶ Conforme: SANT’ANA, Paulo José Péret. Bioprospecção no Brasil: contribuições para uma gestão ética. Brasília: Paralelo 15, 2002.

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 patenteamento, a comprovação do cumprimento dos princípios estabelecidos na CDB. A questão tem sido discutida em diversos fóruns internacionais, com poucos avanços concretos³⁷.

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

³⁷ 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 pelas Diretrizes 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).

princípio ativo, sintetize-o e obtenha uma patente sobre um produto ou processo resultante, sem a imposição de qualquer sanção ou penalidade 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 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. Desta forma, ainda que a patente venha a ser concedida, o detentor do conhecimento tradicional pode pleitear, administrativa e judicialmente, o reconhecimento de sua nulidade e a extinção de seus efeitos jurídicos³⁸.

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.

³⁸ 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”.

4. 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 conhecimentos das comunidades locais e populações tradicionais – por outro lado, ele não confere qualquer proteção a tais conhecimentos. As tentativas de adaptação do sistema patentário³⁹ – 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, 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 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 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

³⁹A 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.

poderá ser precisada, e que serão transmitidos, de forma também indefinida no tempo, para outras gerações. O monopólio conferido pelas patentes contraria 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.

Conforme salienta Manuela Carneiro da Cunha⁴⁰, o sistema de patentes torna reservado um conhecimento que era compartilhado de maneira diversa, seja por especialização local, seja por livre circulação de idéias e informações. O sistema de patentes prejudica o modo como se produzem e se usam os conhecimentos tradicionais, e não é possível usar para proteger os conhecimentos tradicionais os mesmos mecanismos que protegem a inovação nos países industrializados, sob pena de destruir o sistema que os produz e matar o que se queria conservar. Afinal, o que é “tradicional” no conhecimento tradicional não é sua antiguidade, mas o modo como ele é adquirido e usado, pois muitos desses conhecimentos são de fato recentes, como destaca a referida antropóloga.

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.

Vandana Shiva⁴¹, uma das maiores especialistas e ativistas mundiais neste domínio, expõe, de forma muito clara, as incompatibilidades entre os direitos de propriedade intelectual e os conhecimentos e a criatividade de comunidades locais:

“Os DPI (Direitos de Propriedade Intelectual) são reconhecidos apenas quando o conhecimento e a inovação geram lucro e não quando satisfazem necessidades sociais. Segundo o Artigo 27.1, para ser patenteável, uma inovação deve ter potencialmente uma aplicação industrial. Isto imediatamente exclui todos os setores que produzem e inovam fora do modo de organização industrial. O lucro

⁴⁰ Texto de “Introdução” à “Enciclopédia da Floresta. O Alto Juruá: Práticas e Conhecimentos das Populações”, organizada por Manuela Carneiro da Cunha e Mauro de Almeida. Companhia das Letras, São Paulo, 2002.

⁴¹SHIVA, Vandana. “Biopirataria: a pilhagem da natureza e do conhecimento”; tradução de Laura Cardellini Barbosa de Oliveira. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001, págs. 32 e 38.

e a acumulação de capital são os únicos fins da criatividade; o bem social não é mais reconhecido. (...)

Os DPI são um mecanismo eficiente de colher os produtos da criatividade social. Eles são um mecanismo ineficiente para criar e alimentar a árvore do conhecimento.”

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.⁴²

5. A construção de um regime jurídico *sui generis* de proteção aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade: elementos fundamentais

5.1. Considerações gerais

⁴² 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.

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 detentores⁴³. 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 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

⁴³ 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.

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.

5.2. Elementos fundamentais

5.2.1. 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 BENATTI⁴⁴ 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 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 tradicionais⁴⁵. A esta

⁴⁴ BENATTI, José Heder. Posse agroecológica & manejo florestal, à luz da Lei 9.985/00. Curitiba: Juruá, 2003.

⁴⁵ 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.

Consulte-se, ainda, o verbete “Pluralismo Jurídico”, do Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito, dirigido por ARNAUD, André-Jean et al. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, e

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

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

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.

Antônio Carlos Wolkmer⁴⁶ dá a seguinte definição:

“Ao contrário da concepção unitária, homogênea e centralizadora denominada de “monismo”, a formulação teórica e doutrinária do “pluralismo” designa a *existência de mais de uma realidade, de múltiplas formas de ação prática e da diversidade de campos sociais com particularidade própria, ou seja, envolve o conjunto de fenômenos autônomos e elementos heterogêneos que não se reduzem entre si.....*”

A compreensão filosófica do pluralismo reconhece que a vida humana é constituída por seres, objetos, valores, verdades, interesses e aspirações marcadas pela essência da diversidade, fragmentação, circunstancialidade, temporalidade, fluidez e conflituosidade. Igualmente pode-se afirmar, com N.Glazer, que o pluralismo “cultural” implica um “estado de coisas no qual cada grupo étnico mantém, em grande medida, um estilo próprio de vida, com seus idiomas e seus costumes, além de escolas, organizações e publicações especiais”. **O pluralismo, enquanto “multiplicidade dos possíveis”, provém não só da extensão dos conteúdos ideológicos, dos horizontes sociais e econômicos, mas, sobretudo, das situações de vida e da diversidade de culturas.”**

Roberto Lyra Filho chama a atenção para a identificação entre direito e lei, que pertence ao repertório ideológico do Estado. Segundo Lyra Filho⁴⁷:

“Na sua posição privilegiada, ele (Estado) quer convencer-nos de que cessaram as contradições, que o poder atende ao povo em geral e tudo o que vem dali é imaculadamente jurídico, não havendo direito a procurar além ou acima das leis.”

elite de árbitros comerciais internacionais. Analisa o papel das instituições internacionais, organizações não-governamentais e movimentos sociais, como atores em uma paisagem jurídica heterogênea.

⁴⁶ WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001, 3ª edição, revista e atualizada.

⁴⁷ LYRA FILHO, Roberto. O que é direito. São Paulo: Brasiliense, 1999. (Coleção Primeiros Passos, 62)

Estudos sociológicos demonstram a existência de ordens jurídicas paralelas ao direito estatal. Entre eles, destaca-se o estudo sociológico realizado por Boaventura de Sousa Santos⁴⁸, sobre as estruturas jurídicas internas de uma favela do Rio de Janeiro, a que deu o nome fictício de Pasárgada. Segundo o referido sociólogo, “existe uma situação de pluralismo jurídico sempre que, no mesmo espaço geopolítico, vigora (oficialmente ou não) mais de uma ordem jurídica. Esta pluralidade normativa pode ter uma fundamentação econômica, rática, profissional ou outra; pode corresponder a um período de ruptura social como, por exemplo, um período de transformação revolucionária; ou pode ainda resultar, como no caso de Pasárgada, da conformação específica do conflito de classes numa área determinada da reprodução social – neste caso, a habitação.” Boaventura de Sousa Santos analisa que, no caso específico de Pasárgada, pode detectar-se a vigência não-oficial e precária de um direito interno e informal, gerido, entre outros, pela associação de moradores e aplicável à prevenção e resolução de conflitos no seio da comunidade. Tal direito não-oficial vigora em paralelo (ou em conflito) com o direito oficial brasileiro e é desta duplicidade jurídica que se alimenta estruturalmente a ordem jurídica de Pasárgada, estabelecendo-se uma complexa relação de pluralismo jurídico.

Entretanto, 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 Indígenas⁴⁹.

⁴⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada. Texto preparado com base em sua tese de doutoramento apresentada à Universidade de Yale em 1973, sob o título *Law Against Law: Legal Reasoning in Pasargada Law*. In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de (org.). Introdução Crítica ao direito, Série O direito Achado na Rua, vol.1, 4ª. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1993. Vide também: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo. Um direito Achado na Rua: o direito de Morar, na publicação organizada pelo mesmo autor, já referida.

⁴⁹ 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

O Estatuto do Índio em vigor (Lei 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 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, como a privação da liberdade?

Em artigo sobre a escravatura negra no Brasil colônia, Daniel Torres de Cerqueira⁵⁰ aponta a pluralidade jurídica existente em tal Quilombo, onde os negros desenvolviam práticas de convivência respaldadas no igualitarismo e na participação comunitária.

Thais Luzia Colaço analisa o direito indígena pré-colonial, reforçando a teoria da existência de um direito nos povos sem escrita e a possibilidade de existência de um direito puramente consuetudinário em sociedades sem escrita e sem Estado. Segundo Colaço⁵¹, o sistema jurídico das sociedades indígenas pré-coloniais é regido por quatro princípios básicos: a valoração dos interesses coletivos em detrimento dos individuais, a responsabilidade coletiva, a solidariedade e a reciprocidade. São os princípios desenvolvidos pelos sistemas jurídicos dos próprios povos indígenas e quilombolas que devem nortear o estabelecimento de um regime de proteção a seus conhecimentos tradicionais.

organização não-governamental já extinta, e que teve seu patrimônio material e imaterial incorporado a outra organização não-governamental, o Instituto Socioambiental (ISA).

⁵⁰ CERQUEIRA, Daniel Torres de. A escravatura negra no Brasil colônia e o pluralismo jurídico no Quilombo dos Palmares *in* WOLKMER, Antônio Carlos (org.) direito e Justiça na América Indígena: da conquista à colonização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

5.2.2. A titularidade coletiva de direitos intelectuais associados aos conhecimentos tradicionais. Respeito aos sistemas próprios de representação e o 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 bases⁵². Mais do que isso: pode provocar competições e rivalidades 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.

⁵¹ COLAÇO, Thais Luzia. O direito indígena pré-colonial. Artigo que integra a coletânea organizada por WOLKMER, já citada acima.

⁵² A Medida Provisória 2.186-16/2001 estabelece, em seu art. 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”.

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 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 agricultura⁵³. 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. Uma

⁵³ RAMOS, Alcida Rita. *Sociedades Indígenas*, 2ª. Ed. São Paulo: Ática, 1988.

associação constituída por alguns membros de um povo indígena ou quilombola, por exemplo, poderá – ou não – ser representativa destes 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 esta 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 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 brasileiro⁵⁴. Fundamental, portanto, que o direito brasileiro avance no reconhecimento da personalidade jurídica dos povos indígenas⁵⁵, quilombolas e populações tradicionais, distinta da de seus membros, e independentemente da constituição formal de associações⁵⁶.

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.

⁵⁴ O Peru foi o primeiro país amazônico a editar uma lei (2.788, de 10/08/2002) 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”.

⁵⁵ 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” (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 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.

⁵⁶ 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.

5.2.3. 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 genéticos situados em territórios ocupados por povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais⁵⁷, bem como os conhecimentos tradicionais associados a tais recursos⁵⁸. 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 morais⁵⁹, devem ser assegurados também os direitos à indicação da origem e dos detentores do conhecimento tradicional, em quaisquer

⁵⁷ 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.

⁵⁸ A Medida Provisória nº. 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.

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 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.

5.2.4. 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 genéticos⁶⁰, seja por intermédio das agências encarregadas de formulação de políticas públicas voltadas para povos tradicionais⁶¹ – deve estar direcionada para a garantia

⁵⁹ A distinção entre direitos morais e patrimoniais se inspira na Lei de Direitos Autorais (nº. 9.610/98).

⁶⁰ 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 nº 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.

⁶¹ A FUNAI – Fundação Nacional do Índio, vinculada ao Ministério da Justiça, é a agência indigenista oficial, e a Fundação Cultural Palmares, vinculada ao Ministério da Cultura, é o órgão com atribuições afetas às

do respeito 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 associado⁶². 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, no entanto, que as comunidades sejam *informadas* dos riscos e benefícios de um projeto, para então dar de fato sua autorização voluntária.”⁶³

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

comunidades quilombolas e, no âmbito do Ibama, foi criado em 1992 o Centro Nacional de Populações Tradicionais e Desenvolvimento Sustentável.

⁶² 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.

⁶³ FIRESTONE, Laurel. Consentimento prévio informado: princípios orientadores e modelos concretos. In: LIMA, André e BENSUSAN, Nurit (orgs.) Quem cala consente? Subsídios para a proteção aos conhecimentos tradicionais. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2003 (Série Documentos do ISA, nº 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 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.

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: (1) a natureza e o objetivo da atividade e (2) 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 no. 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 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 muito 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 e inovações.

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-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 as comunidades. 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 integrados por representantes de órgãos públicos, da sociedade civil e de organizações representativas de povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais. Tais Fundos devem se destinar especificamente a projetos de povos e comunidades tradicionais, e não pode ser confundido com o Fundo ao qual se destinam os benefícios decorrentes do acesso a recursos genéticos e de sua exploração econômica, de natureza mais geral.

4.6.2.6 *Registros, bancos de dados e publicações científicas*

Outros instrumentos que têm sido alvo de intensos debates, nacional e internacionalmente, são os registros e bancos de dados, com informações sobre material genético e conhecimentos tradicionais associados. A conveniência (ou) não da criação de tais registros e bancos de dados, como instrumentos para a proteção aos recursos genéticos e aos conhecimentos tradicionais associados, tem sido discutida em vários fóruns e há previsões legislativas a respeito.

A Medida Provisória nº 2186-16/2001 prevê tanto a criação de bases de dados para registro de informações obtidas durante a coleta de amostras de componente do patrimônio genético (artigos 11, II, “d” e 15, IX, “b”) quanto o cadastro (registro) de conhecimentos tradicionais associados ao material genético (art. 8º, parágrafo 2º). O Decreto nº 3.551/2000 instituiu também o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial, dividindo o registro nos livros dos saberes, das celebrações, das formas de expressão e dos lugares⁶⁴.

Um estudo realizado recentemente pelo Instituto de Estudos Avançados da Universidade das Nações Unidas⁶⁵ e lançado durante a 7ª Conferência das Partes da Convenção da Diversidade Biológica, realizada em Kuala Lumpur, na Malásia, em fevereiro de 2004⁶⁶, analisa algumas experiências de criação de bancos de dados e registros de conhecimentos tradicionais e traz algumas conclusões e recomendações. A análise se baseia em sete estudos de casos concretos, divididos em quatro categorias:

1) Bancos de dados e registros realizados pelos próprios povos indígenas, como o caso dos Inuit, de Nunavik, Canadá;

2) Bancos de dados institucionais, como: a) o Biozulua, estabelecido pela Fundação para o Desenvolvimento das Ciências Físicas e Naturais (Fudeci), vinculada à Academia

⁶⁴A Portaria nº 693, de 19/07/2000, da Presidência da Funai, cria o Cadastro do Patrimônio Cultural Indígena. Estabelece ainda que o cadastro não é condição necessária para atestar a existência e titularidade do bem cultural.

⁶⁵United Nations University, Institute of Advanced Studies Report: The role of registers in the protection of traditional knowledge: from concept to practice.

⁶⁶Durante a 7ª Conferência das Partes da Convenção da Diversidade Biológica, realizada em Kuala Lumpur, na Malásia, em fevereiro de 2004, a candidatura brasileira para sediar a 8ª Conferência das Partes, anunciada pela ministra do Meio Ambiente, Marina Silva, foi aprovada na Plenária Final.

Nacional de Ciência, na Venezuela, de natureza científica e acadêmica, e com informações sobre medicina tradicional, tecnologias ancestrais e conhecimentos tradicionais relacionados a agricultura e nutrição, b) a Biblioteca Digital de Conhecimento Tradicional da Índia, voltada principalmente para proteger a medicina tradicional ayurvédica;

3) Bancos de dados comunitários, desenvolvidos por organizações não-governamentais, tais como: a) Farmers Rights Information System, da Fundação de Pesquisa MS Swaminathan, uma ONG indiana baseada em Chennai, que é um banco de dados holístico, vinculado ao Banco Comunitário de Genes, que contém sementes tradicionais; b) o Honey Bee Network, da Sociedade de Pesquisa de Tecnologias Sustentáveis, uma organização não-governamental indiana.

4) Registros estabelecidos em lei: a) a lei panamenha criou um “regime especial de propriedade intelectual sobre o conhecimento coletivo de povos indígenas, voltado para a proteção e defesa da sua identidade cultural e conhecimento tradicional”, mais voltado para a proteção de expressões culturais do que de conhecimento tradicional associado a biodiversidade; b) o Peru foi o primeiro país latino-americano a aprovar uma lei que estabelece um regime de proteção dos conhecimentos coletivos dos povos indígenas vinculados aos recursos biológicos. A lei peruana cria três tipos de registros: o Registro Nacional Público dos Conhecimentos Coletivos dos Povos Indígenas (de domínio público), o Registro Nacional Confidencial dos Conhecimentos Coletivos dos Povos Indígenas (que não pode ser consultado por terceiros) e os Registros Locais de Conhecimentos Coletivos dos Povos Indígenas⁶⁷.

O referido estudo faz algumas considerações que nos parecem importantes. Entre os registros criados por lei, distingue os registros de natureza declaratória e constitutiva. Este é um ponto que nos parece fundamental: qualquer registro de conhecimentos tradicionais deve ser facultativo, gratuito e de natureza meramente declaratória, não podendo constituir condição para o exercício de quaisquer direitos, mas apenas um meio de prova, entre outros. A criação do registro como condição para o exercício de quaisquer direitos representa um ônus inadmissível para os povos e comunidades tradicionais. Ademais, condicionar o exercício de direitos intelectuais coletivos ao prévio registro dos conhecimentos tradicionais significa operar dentro de uma lógica concorrencial semelhante

⁶⁷Além desses países, o Quênia e a Tailândia também criaram sistemas de registro de medicina tradicional.

àquele do sistema de patentes. Ou seja: só terá direito à proteção quem registra o seu conhecimento, e aquele que registra primeiro exclui a possibilidade de que outros o registrem, ignorando a circunstância de que muitos conhecimentos tradicionais são compartilhados por diversas comunidades, e que um registro que exclua os demais detentores e co-titulares de conhecimentos tradicionais só produzirá efeitos nocivos e concorrenciais, minando os próprios processos coletivos de produção e transmissão de conhecimentos tradicionais.

Outro ponto importante para a eficácia dos registros e bancos de dados como instrumentos de proteção aos conhecimentos tradicionais (que é apontado pelo referido estudo), é a necessidade de que tais registros levem em consideração a “natureza dinâmica dos conhecimentos tradicionais, e garanta que “a compilação e classificação dos dados/informações não os atrofie”. Esta questão nos parece fundamental: a natureza essencialmente dinâmica e evolutiva dos conhecimentos tradicionais nos parece incompatível com o seu “congelamento” em bancos de dados, e a permanente atualização de tais bases de informações seria uma tarefa hercúlea. É uma missão impossível catalogar e registrar todos os conhecimentos tradicionais detidos por povos indígenas, quilombolas e as mais diferentes comunidades locais, que vivem nos mais diferentes ecossistemas, e que se referem às mais diferentes práticas e atividades: vão desde receitas culinárias até métodos anticoncepcionais, passando por técnicas agrícolas, de melhoramento genético de plantas, usos medicinais, alimentícios, etc. Empreender tamanho esforço de catalogação e documentação não nos parece prioritário como instrumento de proteção aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade.

Conforme salienta Ela Wiecko V. de Castilho⁶⁸:

O conhecimento tradicional não é estático. Estocá-lo *ex situ* é fixá-lo temporalmente e transformá-lo numa peça de museu com utilização e eficácia bastante restritas, pertinentes a um passado que se tornará cada dia mais e mais remoto. Ademais, coletar e documentar conhecimentos tradicionais quando os direitos de propriedade intelectual de seus detentores são ignorados, e quando os resultados arquivados são inacessíveis a eles é, no mínimo, antiético.

⁶⁸CASTILHO, Ela Wiecko V. Parâmetros para o regime jurídico *sui generis* de proteção ao conhecimento tradicional associado a recursos biológicos e genéticos. In: MEZZARROBA, Ordes (Org.). *Humanismo latino e Estado no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux; Fondazione Cassamarca, 2003, p.453-472.

Um dos argumentos favoráveis à criação de registros e bancos de dados⁶⁹ é o fato de poderem ser utilizados pelos órgãos patentários como fontes de consulta, a fim de avaliar pedidos de patentes sobre produtos e processos, quanto ao atendimento dos requisitos de novidade e atividade inventiva (com a aplicação industrial, são estes os requisitos de patenteabilidade⁷⁰). As invenções só são consideradas novas, e, portanto, passíveis de patenteamento, quando não compreendidas no estado da técnica⁷¹. Assim, o objetivo da criação de alguns registros e bancos de dados tem sido justamente este: tornar a informação de domínio público a fim de impedir o patenteamento (e a apropriação privada) de produtos e processos desenvolvidos com base em tais informações. Este foi, precisamente, o objetivo da criação da Biblioteca Digital de Conhecimento Tradicional, na Índia: evitar o patenteamento sobre conhecimentos tradicionais milenares, desenvolvidos e utilizados há inúmeras gerações por agricultores indianos. As patentes sobre processos e produtos resultantes do nim e do turmérico, concedidas a empresas norte-americanas e ao Departamento de Agricultura dos EUA, pelo Escritório Europeu de Patentes (no caso do nim), e a dois indianos residentes nos EUA, pelo Escritório Norte-Americano de Patentes (no caso do turmérico) só foram revogadas pelos referidos órgãos patentários em função da comprovação de que a informação já era de domínio público, e que, portanto, não representava qualquer novidade ou atividade inventiva.

Embora alguns bancos de dados restrinjam o acesso às informações, e possam ser criados em caráter de confidencialidade, uma das principais questões que se coloca em relação a tais bancos e registros é o controle sobre o acesso e o uso das informações disponíveis nos mesmos, muitas vezes obtidas sem o consentimento prévio informado de povos indígenas e tradicionais, detentores de conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade. Em muitos casos, o acesso e a coleta do material genético foram realizados antes da aprovação da Convenção da Diversidade Biológica (CDB), e sem o consentimento

⁶⁹O já citado estudo da Universidade das Nações Unidas (The role of registers in the protection of traditional knowledge: from concept to practice, p.11) distingue os registros (registers) dos bancos de dados (databases), afirmando: “Um registro não é apenas uma lista ou banco de dados destinados a fornecer informações a usuários. É uma lista ou banco de dados nos quais as pessoas depositam informações a fim de obter o reconhecimento de direitos”. Ou seja, ainda que o registro não seja constitutivo dos direitos, eles permitem que tais direitos sejam registrados. O banco de dados se limita a reunir as informações, a fim de que se tornem disponíveis para consulta pública (ou não, se forem confidenciais).

⁷⁰Nos termos do art. 8º da Lei nº 9.279/1996.

prévio e a repartição de benefícios com os países de origem de tais recursos. A CDB não tem validade retroativa, e suas normas não alcançam os recursos genéticos mantidos em coleções *ex situ* antes da sua entrada em vigor. É a própria CDB que estabelece a distinção entre país **de origem** de recursos genéticos (que é aquele que possui esses recursos genéticos em condições *in situ*) e país **provedor** de recursos genéticos (que é aquele que provê recursos genéticos coletados de fontes *in situ*, incluindo populações de espécies domesticadas e silvestres, ou obtidas de fontes *ex situ*, que possam ou não ter sido originados nesse país).

Conforme destaca o referido estudo da Universidade das Nações Unidas, um dos princípios básicos fundamentais, que deve nortear a criação de bancos de dados e registros, é o da necessidade de obtenção do consentimento prévio fundamentado de povos indígenas e tradicionais como condição para que as informações sejam disponibilizadas em bancos de dados e registros, ainda que eletrônicos, bem como para que sejam utilizadas, para fins científicos ou comerciais, independentemente de estarem ou não no domínio público. O estudo recomenda que museus, jardins botânicos, universidades, empresas e outras instituições que trabalham com material biológico e genético adotem políticas e normas claras em relação às condições para o acesso e utilização dos mesmos, reconhecendo os direitos intelectuais coletivos relativos a estes.

Da mesma maneira, a utilização de informações relativas a conhecimentos tradicionais disponíveis em publicações científicas, artigos, teses, relatórios, vídeos, laudos antropológicos e outras obras de acesso público deve ser precedida de consulta aos titulares de direitos intelectuais coletivos sobre os mesmos⁷². Recomenda-se, inclusive, que da publicação conste a afirmação de que os seus autores reconhecem os direitos intelectuais

⁷¹Nos termos do art.11, par.1º, da Lei nº 9.279/1996, o estado da técnica é constituído por tudo aquilo tornado acessível ao público antes da data de depósito do pedido de patente, por descrição escrita ou oral, por uso ou qualquer outro meio, no Brasil ou no exterior.

⁷²O Grupo de Trabalho de Conhecimento Tradicional Associado, criado pela Câmara Temática de Legislação do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético, 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**”. Queremos destacar que a idéia é que o próprio conceito de conhecimento tradicional inclua as informações disponíveis em bancos de dados e publicações, para que a utilização das mesmas também seja precedido do consentimento prévio fundamentado dos seus detentores.

coletivos dos povos e comunidades que os detêm, e que obtiveram o seu consentimento prévio para acessá-los, e que a sua utilização, científica ou comercial, por terceiros, deve ser precedida do consentimento fundamentado de seus detentores e promover a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados de sua utilização. Desta forma, se estará promovendo um maior nível de consciência, entre pesquisadores científicos, empresas e outros profissionais, da necessidade de reconhecimento e respeito aos direitos intelectuais coletivos de povos e comunidades tradicionais. Ainda que a ausência de legislações nacionais mais assertivas e eficazes dificulte a execução prática de tais declarações e compromissos, estas cumprem um papel didático positivo, e tal prática merece ser incentivada pelas próprias editoras. A enorme quantidade de informações já disponíveis em revistas científicas e bancos de dados – alguns eletrônicos e digitais – torna importante que a legislação expressamente exija o cumprimento da CDB para sua utilização.

Na ausência de normas relativas ao acesso às informações disponíveis em bancos de dados e registro, a disponibilização de informações em tais bancos apenas facilita o trabalho de bioprospectores, que poderão acessá-las livremente e sem o cumprimento dos requisitos da CDB: consentimento prévio informado e repartição dos benefícios derivados de sua utilização comercial⁷³. Ademais, os registros podem tornar públicas informações que os povos indígenas e tradicionais eventualmente preferem manter sigilosas e confidenciais, por razões culturais e/ou espirituais.

É inevitável que a criação de bancos de dados e registros – mesmo aqueles com finalidades expressamente declaratórias – crie uma lógica em que as empresas consultam o respectivo registro, e, na ausência de registros relativos a determinadas informações sobre conhecimentos tradicionais, possam requerer patentes sobre produtos ou processos resultantes de tais informações. Como é praticamente impossível catalogar e documentar todos os conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, a consulta aos registros será sempre insuficiente, e as informações estarão sempre incompletas.

⁷³Uma iniciativa que suscitou controvérsias foi a criação do Traditional Ecological Knowledge Prior Arts Database, desenvolvido pelo Programa de Ciências e Direitos Humanos da American Association for the Advancement of Science, com apoio do Center for the Public Domain. Trata-se de uma ampla base de dados de conhecimentos tradicionais, criada sem a participação direta de povos indígenas e tradicionais, e com base no conceito ocidental do que seriam “conhecimentos tradicionais disponíveis no domínio público”, conforme o estudo da Universidade das Nações Unidas já referido, p.42.

Ou seja, o registro produzirá, quase inevitavelmente, uma lógica semelhante à da “certidão negativa”: os pesquisadores e empresas passarão a requerer uma certidão de que tal informação “não consta” do registro, para alegar a sua boa-fé no caso de patentes e outros direitos de propriedade intelectual concedidos sobre produtos ou processos resultantes, direta ou indiretamente, de conhecimentos tradicionais. Tal lógica imporia aos povos indígenas e tradicionais um ônus injusto e excessivamente pesado: ter que demonstrar que, apesar de não constar do registro, tal conhecimento tradicional lhes pertence.

Faz mais sentido que o ônus da prova seja suportado por quem acessa e utiliza o material biológico/genético e o conhecimento tradicional associado. A exigência de que o acesso/utilização se deu nos termos da lei (ou seja, mediante consentimento prévio fundamentado de seus detentores e repartição dos benefícios) deve ser considerada um requisito legal de patenteabilidade. Os órgãos patentários devem exigir que os requerimentos de patentes e outros direitos de propriedade intelectual sobre produtos ou processos relacionados com a utilização de material biológico/genético e conhecimentos tradicionais sejam instruídos com a comprovação de que o acesso/utilização cumpriu os termos da lei de biodiversidade: conforme já salientado neste trabalho, ao falarmos da necessidade de compatibilização entre a CDB e o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o comércio (Trips) da Organização Mundial do Comércio (OMC).

O objetivo da legislação deve ser garantir que as patentes e os demais direitos de propriedade intelectual não se oponham aos objetivos da Convenção da Diversidade Biológica, e que os direitos intelectuais coletivos dos detentores de conhecimentos tradicionais sejam respeitados e garantidos. O importante é que a lei garanta expressa e eficazmente tais direitos, independentemente da criação ou não de tais registros – estes, em qualquer hipótese, deverão ter sempre natureza declaratória, e o acesso/utilização das informações disponíveis nos mesmos deverá sempre respeitar os direitos intelectuais coletivos dos povos tradicionais⁷⁴.

⁷⁴No Brasil, uma iniciativa bastante interessante é a Articulação Plantas Medicinais do Cerrado (Pacari), que reúne organizações populares que trabalham com saúde comunitária e meio ambiente e utilizam as plantas medicinais do Cerrado. Envolve organizações de 14 regiões nos Estados de Minas Gerais, Goiás, Tocantins e Maranhão. O principal objetivo da Articulação Pacari é recuperar e desenvolver conhecimentos que proporcionem condições para que o trabalho das organizações comunitárias promova o uso seguro e eficaz

das plantas medicinais e a conservação do Cerrado. Entre os objetivos, está a realização da “Farmacopéia Popular do Cerrado”. Para maiores informações, contactar: <plantasmedicinais@rede-mg.org.br>.