

A PROTEÇÃO DOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS ASSOCIADOS À BIODIVERSIDADE*

Anna Bárbara Fernandes de Paula

1 INTRODUÇÃO

Estima-se que 10 a 20% do número total de espécies do planeta estejam no Brasil; e esse percentual aumenta para 30% com relação às espécies vegetais. Trata-se, portanto, de uma diversidade genética inestimável e uma imensa diversidade biológica dadas as dimensões continentais do nosso país¹. É por isso que o Brasil é considerado um dos países detentores da maior diversidade genética vegetal.

Diante dessa vasta diversidade biológica, cumpre ao Brasil protegê-la em virtude de seus valores ecológicos, genéticos, sociais, econômicos, científicos, educacionais, culturais, recreativos e estéticos.

Especificamente com relação ao valor econômico da biodiversidade, pode-se afirmar que cerca de 80% da população mundial utiliza medicamentos tradicionais e 25% dos fármacos atualmente vendidos nos Estados Unidos são derivados de plantas e seu valor é estimado em US\$ 150 bilhões².

Percebe-se, portanto, que a proteção da biodiversidade é questão fundamental, inclusive, porque a exploração econômica – mas auto-sustentável – da biodiversidade pode desempenhar um papel de reequilíbrio da riqueza existente no mundo.

Entretanto, o Brasil vem perdendo parte de suas matérias-primas em virtude de atividades predatórias e ilegais feitas por empresas e pesquisadores estrangeiros, que inúmeras vezes enviam componentes da biodiversidade para o exterior. E, uma vez em território estrangeiro (na sua grande maioria, países do Norte), esses

* Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso Ordem Jurídica e Ministério Público da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Orientadora: Profª Alessandra Elias de Queiroga.

¹ DIAS, Bráulio Ferreira de Souza. *A implementação da Convenção sobre Diversidade Biológica no Brasil: desafios e oportunidades*. Disponível em: <http://www.bdf.fat.gov.br/publicações/padct/bio/cap1/>. Acesso em: 13-7-2003.

² ALBAGLI, Sarita. *Geopolítica da biodiversidade*. Brasília: Ibama, 1998. p. 67.

produtos são tecnologicamente aperfeiçoados e patenteados. Posteriormente, para o Brasil obter tais produtos, embora genuinamente brasileiros e baseados em conhecimentos das comunidades tradicionais, será obrigado a pagar *royalties* para a empresa ou para a pessoa que patenteou o produto.

É dentro desse contexto que se pretende desenvolver a monografia. Serão abordados aspectos de como proteger os conhecimentos tradicionais em face do art. 9º, III, da Medida Provisória n. 2.186-16, de 23 de agosto de 2001. O citado dispositivo confere proteção legal ao conhecimento tradicional das comunidades indígenas e das comunidades locais, associado ao patrimônio genético, contra a utilização e a exploração ilícita e outras ações lesivas e assegura às comunidades indígenas e tradicionais a percepção de benefícios pela exploração econômica por terceiros, direta ou indiretamente, de conhecimento tradicional associado. A exposição também terá por norte o art. 8º, *j*, da Convenção da Diversidade Biológica, que afirma que devem ser respeitados e preservados os conhecimentos, as inovações e as práticas das comunidades locais e povos indígenas.

Tratar-se-á, também, de como compatibilizar os artigos supracitados com a Lei 9.279/96 (Lei da Propriedade Industrial), que prevê a proteção dos direitos relativos à propriedade industrial pela concessão de patente de invenção, e com o art. 27.1 do Acordo sobre a Propriedade Intelectual relacionado ao Comércio (TRIPS). Este último, introduzido na legislação brasileira por meio do Decreto n. 1.355, de 30 de dezembro de 1994, estabelece que os direitos de propriedade intelectual somente serão conferidos a produtos ou processos que sejam novos, envolvam um passo inventivo e sejam passíveis de aplicação industrial.

A questão crucial, portanto, é discutir a eficácia do sistema de patentes na proteção dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, conhecimentos esses que foram moldados ao longo de várias gerações, segundo costumes próprios das comunidades tradicionais – povos indígenas, ribeirinhos, seringueiros, agricultores e remanescentes de comunidades de quilombos, que conservam suas instituições sociais e econômicas.³

Ressalte-se, por derradeiro, que neste trabalho será dada mais ênfase aos aspectos relacionados aos povos indígenas, dada a escassez de bibliografia referente às demais comunidades tradicionais.

³ BRASIL. Medida Provisória n. 2.186-16, de 23 de agosto de 2001. Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição, os arts. 1º, 8º, alínea *j*, 10, alínea *c*, 15 e 16, alíneas 3 e 4 da Convenção sobre Diversidade Biológica, 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, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 24-8-2001.

2 OS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS ASSOCIADOS À BIODIVERSIDADE

2.1 DA NECESSIDADE DE PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE

Assegura a Constituição Federal, em seu artigo 225, que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Ao estabelecer que a proteção do meio ambiente deve ser realizada conjuntamente pelo Estado e pela sociedade, a Constituição eleva o direito a um ambiente ecologicamente sadio à qualidade de direito fundamental, pois erige esse direito ao patamar de direito absolutamente indispensável à dignidade humana.

Acerca dos direitos fundamentais, imprescindível ressaltar que são direitos inalienáveis e imprescritíveis que os indivíduos detêm em frente do Poder Público, impondo-se a sua observância por parte dos governantes, mormente porque envolvem os bens da vida mais indispensáveis à existência condigna.

É certo que esses direitos não foram consagrados a um só tempo, sendo, ao contrário, resultado de lutas sociais, bem como da evolução da organização social. Por isso, contemplando a historicidade dos direitos fundamentais, é possível distinguir três grandes gerações de direitos fundamentais, surgida cada uma de um contexto histórico peculiar, estando ainda a se desenvolver a noção de uma quarta geração.

A primeira geração dos direitos fundamentais coincide com as declarações liberais do século XVIII, marcada predominantemente pelas liberdades negativas, visto que eram estabelecidos para os órgãos do poder deveres de abstenção, ou seja, prestações negativas consistentes na não-intervenção na esfera de direitos de liberdade então proclamados.

Vários precedentes históricos contribuíram para que se consolidassem as noções ligadas à segunda geração de direitos voltados à consecução da igualdade ou, pelo menos, à redução das desigualdades. A partir de então, um novo papel seria exigido do Estado, consubstanciado em prestações positivas para a realização dos chamados direitos sociais, propiciando aos homens um mínimo de condições condignas de existência nas áreas das relações do trabalho, educação, saúde, previdência e assistência social.

Hodiernamente, os homens se deram conta de que a humanidade possui um patrimônio comum, acentuando-se entre seus aspectos o cultural, o ambiental, o

histórico e o paisagístico. É cediço que o Planeta possui recursos não renováveis, que devem ser preservados para as presentes e futuras gerações e devem ser objeto de exploração racional. E esse novo trato a um patrimônio comum fez consolidar a idéia de direitos cuja observância se assenta em princípios de fraternidade universal, pois exige um esforço conjunto dos habitantes da Terra para sua preservação. A defesa desses direitos transindividuais e indivisíveis, ditos difusos e coletivos, conforme salientado anteriormente, exige não só a atuação combinada dos poderes públicos, mas de um povo responsável e conscientizado para a tarefa comum.

É indubitável, pois, que o direito a um meio ambiente sadio é uma nova acepção do direito à vida, visto que, sem condições mínimas de preservação e conservação do ambiente, é impossível a continuidade da vida humana na Terra.

2.2 A CONSCIENTIZAÇÃO AMBIENTAL

Embora a preservação do meio ambiente seja fundamental para a manutenção da vida humana na Terra, é recente a sensibilização das comunidades nacional e internacional para a questão.

As iniciativas internacionais de preservação do meio ambiente datam do século passado; no entanto, somente após a Segunda Guerra Mundial é que tais manifestações tornaram-se mais expressivas e, na linguagem de Albagli, “passou a existir um esforço mais sistemático e abrangente nessa direção [a criação de uma agenda internacional (mínima) na área ambiental]”.⁴

Em 1960, a Organização das Nações Unidas (ONU) passou a incentivar discussões e negociações relacionadas à proteção do meio ambiente. Porém, o tema só adquiriu proporções relevantes com a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, realizada em Estocolmo, em 1972.

Essa conferência introduziu, no contexto internacional, critérios ambientais condicionadores e limitadores do modelo tradicional de crescimento econômico e do uso dos recursos naturais. Ademais, estabeleceu regras gerais para a elaboração de uma legislação ambiental e para a criação de um sistema institucional para coordenar ações e políticas ambientais.

Na década de 80, a questão ambiental adquiriu contornos transfronteiriços, ou seja, consolidou-se a idéia de que os impactos ambientais causados poderiam repercutir em diversas outras partes do planeta, ultrapassando os limites geográficos de uma determinada região, como é o caso do efeito estufa e da perda da camada de ozônio.

⁴ ALBAGLI, Sarita. *Op. cit.*, 1998. p. 43.

Especificamente no Brasil, o tema adquiriu importância com a Lei n. 6.938/81 – que estabeleceu a Política Nacional do Meio Ambiente e constituiu o SISNAMA – Sistema Nacional do Meio Ambiente, formado por órgãos e entidades responsáveis pela proteção da qualidade ambiente –, e com a Carta Magna de 1988, que dedicou todo um capítulo ao meio ambiente.

Registre-se que a Constituição Federal de 1988 inovou bastante no tocante ao meio ambiente: assegurou direitos e deveres ambientais a todos, previu sanções aos causadores de danos ambientais, quer sejam pessoa física ou jurídica, impôs a obrigação de reparar os danos causados e, ainda, enumerou deveres ao Poder Público.

Não bastasse, reconheceu o caráter transgeracional do meio ambiente e, por isso, impôs à coletividade e ao Poder Público o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Especificamente com relação à biodiversidade, o tema obteve tratamento genérico e abrangente – mas, repita-se, inovador – ao imputar ao Poder Público a preservação da diversidade e da integridade do patrimônio genético do País, bem como a fiscalização das entidades dedicadas à pesquisa e à manipulação de material genético.

A questão ambiental, contudo, só alcançou contornos realmente relevantes com a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada na cidade do Rio de Janeiro, em 1992, e conhecida como ECO-92. Essa conferência resultou na assinatura de convenções, como a Convenção sobre Mudança Climática e a Convenção sobre a Diversidade Biológica, e documentos de objeto mais amplo e natureza mais política, como a Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento e a Agenda 21.

Entre os documentos supracitados, a Convenção da Diversidade Biológica assume função fundamental para compreensão do tema aqui proposto e será devidamente analisada nos capítulos seguintes.

2.3 AS COMUNIDADES TRADICIONAIS E A CONSERVAÇÃO AMBIENTAL

Apesar da recente conscientização e normatização com vistas à proteção do ambiente, as comunidades tradicionais – índios, seringueiros, ribeirinhos etc. – definidas como sendo “o 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”⁵–, há muito se preocupam com a preservação do meio ambiente.

Aliás, é inegável a existência de uma íntima relação entre os povos indígenas e a preservação do meio ambiente.

A relação entre os povos indígenas e a natureza é constituída como uma ‘relação de reciprocidade’. Entre as mais diversas culturas indígenas, tanto dos povos exclusivamente caçadores e coletores como dos que combinam essas atividades com a agricultura de subsistência, está presente a noção de que a natureza é quem oferece aos homens as raízes, os frutos e as plantas, resultados da agricultura ou da coleta, os animais terrestres e os peixes. Assim, aos homens cumpre realizar rituais de propiciamento e agradecimento e preservar a capacidade reprodutiva da natureza. As atividades econômicas não se constituem em ações depredatórias.⁶

A própria Convenção da Diversidade Biológica reconhece, em seu preâmbulo, “a estreita e tradicional dependência de recursos biológicos de muitas comunidades locais e comunidades indígenas com estilos de vida tradicionais.”

É evidente, portanto, que “o conhecimento indígena implica em profundo conhecimento do ambiente”⁷. E, devido a esse íntimo convívio com a natureza, estas comunidades (indígenas e outras comunidades tradicionais, como seringueiros e ribeirinhos) desenvolveram, ao longo de gerações, práticas e técnicas de sobrevivência baseadas em observações empíricas sobre o meio ambiente local e experiências rudimentares, constantemente checadas e avaliadas. A essas práticas dá-se o nome de conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade.

Como consignado no projeto da Agência Canadense de Desenvolvimento Internacional, no *site* da *Kivu Nature Incorporation*, os conhecimentos tradicionais são um modo de vida e um processo de aquisição e transmissão do conhecimento. Além de conter a base do conhecimento, englobam também toda a estrutura de valores, histórias, língua, relações sociais, experiências

⁵ BRASIL. Medida Provisória n. 2.186-16, de 23 de agosto de 2001. Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição, os arts. 1º, 8º, alínea *j*, 10, alínea *c*, 15 e 16, alíneas 3 e 4 da Convenção sobre Diversidade Biológica, 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, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 24-8-2001.

⁶ HERINGER FILHO, Ezequias Paulo; MACHADO, Lia Zanotta. *Conhecimento científico para gestão ambiental – Amazônia, Cerrado e Pantanal*. Brasília: Ibama, 1995. p. 97.

⁷ *Idem, ibidem*.

baseadas nas relações com a família, os animais, os lugares e a terra. São uma forma de ver o mundo⁸ e descrevem a totalidade de informações, práticas, crenças e filosofia, únicas e específicas de cada comunidade, diretamente relacionadas ao manejo e à conservação do meio ambiente.

Tais conhecimentos, transmitidos verbalmente de geração a geração, abrangem um sistema próprio de classificação das espécies e gerenciamento do uso dos recursos naturais e estão indissociavelmente ligados à biodiversidade devido às recíprocas influências e interações entre o meio ambiente e as culturas humanas. São, na verdade, um componente intangível da biodiversidade e fundamental para a sua conservação.

É bom frisar que os conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade são considerados tradicionais não devido à sua antiguidade, mas devido ao modo como são adquiridos e utilizados. Logo, é a forma como foi obtido e compartilhado entre gerações que dá a característica de tradicional a esse conhecimento.

Uma questão interessante é saber se as comunidades tradicionais realmente utilizam os recursos naturais de forma sustentável, visando a minimizar os impactos causados ao meio ambiente.

Acredita-se que, apesar de o uso dos conhecimentos tradicionais acarretar a conservação ambiental, essa preservação por parte das comunidades tradicionais ocorre de forma indireta, posto que o objetivo por parte das comunidades locais não é, num primeiro momento, alcançar a proteção do ambiente local, mas sim viver conforme a sua cultura e herança histórica social.

Verifica-se, por conseguinte, que a preservação não decorre de uma escolha racional, mas é, ao contrário, uma consequência do seu modo de vida e de sua cultura, os quais estimulam um desenvolvimento sustentável, associada à baixa densidade populacional das comunidades. Essa questão é assim abordada por Laraia:

Embora a proteção da natureza seja uma das características de nossa espécie, as populações indígenas brasileiras podem ser consideradas como protetoras do meio ambiente em função de dois pontos importantes: 1º a reduzida densidade demográfica combinada com uma baixa demanda de bens econômicos; 2º a criação de mecanismos de proteção ao meio ambiente, principalmente à fauna, através da crença em seres

⁸ *Handbook Of Cida Project Planning And Indigenous Traditional Knowledge*. Disponível em: <<http://www.kivu.com/>>. Acesso em: 15-7-2003. Texto original: “*Indigenous traditional knowledge is a way of life and a process of acquiring and passing on knowledge and understanding. While it contains the database of knowledge it is also a structure of values, stories, language, and social relations; an experience-based relationship with family, animals, places, spirits, and the land. It is a world view.*”

sobrenaturais que são os ‘donos’ dos animais, das matas, dos rios e que punem aqueles que abusam desses elementos da natureza. A persistência de índices demográficos baixos no período que antecedeu ao contato com o branco é fator que nos permite continuar definindo as nossas populações indígenas como capazes de preservar o meio ambiente.⁹

É indiscutível, entretanto, que os conhecimentos tradicionais contribuem para a conservação ambiental, seja de forma direta ou indireta, posto que estão historicamente ligados à conservação e ao uso sustentável da biodiversidade. Esta seria uma das razões pelas quais se vislumbra a necessidade de proteção dos conhecimentos tradicionais.

Registre-se que a importância desses conhecimentos decorre, em primeiro lugar, do fato de estarem historicamente ligados à conservação e ao uso sustentável da biodiversidade, conforme ressaltado anteriormente.

Em segundo lugar, porque, apesar da dificuldade de estimar o verdadeiro valor comercial representado pela diversidade biológica, visto que somente uma pequena parcela da biodiversidade mundial já foi explorada, é notória sua importância comercial, especialmente para as indústrias farmacêuticas, biotecnológicas e agrícolas. Na área de fármacos, os dados já são impressionantes:

cerca de 80% da população mundial recorre a medicamentos tradicionais, a maior parte de origem vegetal (só na medicina chinesa tradicional, são usadas mais de 5.100 espécies); e 50% ou mais dos remédios utilizados pelos outros 20% da população do planeta (a maioria países desenvolvidos) são derivados de produtos naturais (só nos Estados Unidos, um quarto de todas as receitas médicas tem componente vegetal). [...] só a França e a Alemanha vendem hoje mais de US\$ 300 milhões/ano de produtos medicinais de origem vegetal, os chamados remédios alternativos.¹⁰

Ademais,

os conhecimentos das comunidades locais tradicionais passam a despertar um interesse crescente nas indústrias de alta tecnologia, em particular daquelas que atuam em áreas associadas à biotecnologia, ao servirem como verdadeiros ‘atalhos’ para as atividades de bioprospecção¹¹, fornecendo informações relevantes

⁹ LARAIA, Roque Barros. *Conhecimento científico para gestão ambiental – Amazônia, Cerrado e Pantanal*. Brasília: Ibama, 1995. p. 133.

¹⁰ ALBAGLI, Sarita. *Geopolítica da biodiversidade*. *Op. cit.*, 1998. p. 67.

¹¹ Bioprospecção: atividade exploratória que visa identificar componentes do patrimônio genético e informação sobre o conhecimento tradicional associado, com potencial e uso comercial. (Art. 7º, VII, da Medida Provisória 2.186-16, de 23 de agosto de 2001)

para o desvendamento das propriedades e dos possíveis usos das diferentes formas de vida, em especial das plantas.¹²

Os conhecimentos tradicionais também são de fundamental importância porque sintetizam a cultura de sua comunidade, ou seja, representam a integridade sociocultural daquele povo.

É em virtude disso que o legislador estabelece no art. 231 da Constituição Federal que são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições.

Registre-se, por oportuno, que, apesar de o constituinte não mencionar, de forma explícita, a questão dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade – parecendo limitar a proteção às comunidades indígenas –, é imperioso reconhecer os mesmos direitos a outras comunidades tradicionais, como seringueiros e ribeirinhos. Sem dúvida, o fundamento da proteção aos índios é o mesmo da proteção às demais comunidades tradicionais: preservar a cultura de povos que, de forma tão importante, colaboraram para a formação e o desenvolvimento da sociedade atual. Assim, não há motivos para desenvolver uma interpretação restritiva, quando, na verdade, o “espírito” da Constituição aponta noutra direção, especialmente porque o art. 215 da Carta Magna estabelece que “o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”. (Sublinhas não originais)

Por esses motivos, e tendo em vista a importância dos conhecimentos tradicionais, notória é a necessidade de sua proteção por meio de diplomas legais eficazes. Entretanto, observa-se que, na prática, o poder público não tem cumprido devidamente sua incumbência constitucional de proteger a biodiversidade e as manifestações das culturas populares previstas nos arts. 225, § 1º, I, e 215, § 1º, posto que inexistente, no Brasil, mecanismo legal que, de fato, proteja os interesses das comunidades tradicionais em sua plenitude.

A legislação em vigor no Brasil que trata sobre a proteção dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade resume-se, basicamente, nas diretrizes apontadas pela Constituição Federal, na Convenção da Diversidade Biológica e na Medida Provisória n. 2.186-16, de 23 de agosto de 2001.

A Convenção da Diversidade Biológica – CDB, por ser uma convenção internacional, se restringe a apresentar princípios e linhas gerais da regulamentação do uso e da exploração do material biológico existente na biodiversidade. Há, por conseguinte, a necessidade da implementação de uma legislação nacional que dê efetividade aos seus dispositivos, especificando os termos de acesso aos

¹² ALBAGLI, Sarita. *Op. cit.*, 1998. p. 100.

conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade e como deve ser feita a repartição equitativa dos benefícios oriundos da utilização desse conhecimento.

No tocante à Medida Provisória n. 2.186-16/01, versão da Medida Provisória originária de número 2.052/00, esta foi uma tentativa de regulamentação da matéria; entretanto, é um ato normativo bastante controvertido, tendo sido, inclusive, questionada a sua constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal por meio da ADIN n. 2.289, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Agricultura (CONTAG), que postulava a suspensão dos arts. 10 e 14 da MP, concernente à permissão do ingresso em áreas indígenas, públicas ou privadas, independentemente da concordância dos proprietários ou comunidade indígena, uma vez presente o interesse público para aproveitamento do recurso genético.¹³

Impende salientar também que a Emenda Constitucional n. 32, de 11-9-2001, reformulou todo o cenário das medidas provisórias, ao dar nova redação ao art. 62 da Carta Magna. Em suma, vedou-se a edição de medidas provisórias sobre alguns temas específicos, tais como Direito Penal e Direito Processual – Civil e Penal; além disso estabeleceu-se um rito totalmente novo a ser seguido nas Casas Legislativas, qual seja: as medidas provisórias deverão ser convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogáveis por igual período, sob pena de perda da sua eficácia, desde a data de sua edição. Nesse caso, o Congresso Nacional, por intermédio de decreto legislativo, disciplinará as relações jurídicas ocorridas sob a égide da medida provisória. Se, porventura, o Congresso Nacional não editar o referido decreto legislativo até sessenta dias após a rejeição ou perda da eficácia da MP, ter-se-á uma situação bastante peculiar de ultra-atividade da medida

¹³ A referida ADIn foi extinta sem julgamento de mérito, por decisão monocrática do relator, nos termos do art. 38 da Lei n. 8.038/90, por questão meramente procedimental. O mérito não foi analisado pela Colenda Corte, apesar de registrada a possibilidade de novo ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade. É o que observa-se de excerto do voto do Ministro.

“... A presente ação direta de inconstitucionalidade não pode prosseguir. 12. Com efeito, a nova redação do contestado artigo 17 da Medida Provisória n. 2.126, de 22 junho de 2001, revogada pela citada Medida Provisória n. 2.186-14, de 28 de junho de 2001, introduziu substancial alteração no dispositivo atacado nesta ação direta de inconstitucionalidade (fl. 272) (DOU 25-6-2001). A própria requerente, conforme já referido, admite esse fato (fls. 234/235). 13. Esta Corte já firmou orientação no sentido da admissão de aditamento em ação direta de inconstitucionalidade tão-só quando ocorra a identidade substancial e formal da norma reeditada, em relação à constante da medida provisória em vigor quando da propositura da ação direta. Com base nesse entendimento, o Tribunal, em sessão de 17-9-1998, resolvendo questão de ordem, indeferiu pedidos de aditamento quanto às reedições, de conteúdo diverso, da medida provisória impugnada na Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 1.753, relator o Ministro Sepúlveda Pertence, julgando-a, em consequência, prejudicada. (...). 14. Do exposto, na conformidade da jurisprudência desta Corte, com base no art. 38 da Lei 8.038 de 28 de maio de 1990, combinado com o art. 21, § 1º, do RISTF, julgo extinta a presente ação, sem prejuízo de a requerente, querendo, ajuizar nova ação direta de inconstitucionalidade.”

provisória, eis que as relações jurídicas ocorridas na vigência da MP continuarão a ser por ela disciplinadas, muito embora já tenha perdido a sua eficácia.

No tocante às medidas provisórias editadas anteriormente à EC 32/2001, como é o caso da MP originária n. 2.052, de 29 de junho de 2000, reeditada 16 (dezesseis) vezes, adquirindo, finalmente, o número 2.186-16, de 23 de agosto de 2001, tem-se que essas medidas provisórias praticamente se tornaram permanentes, pois se conservarão vigentes até que o Congresso Nacional delibere em sentido contrário ou medida provisória ulterior as revogue expressamente (art. 2º da EC n. 32/2001).

Destarte, mister concluir que a Medida Provisória n. 2.186-16/2001 encontra-se em vigor e totalmente incorporada ao acervo legislativo brasileiro.

Com relação à proteção dada aos bens imateriais, a citada MP prevê a repartição de benefícios, por exemplo, por meio do pagamento de *royalties*; a transferência de tecnologia para empresa pública ou privada, bem como para instituição sediada no exterior; a possibilidade de confecção de um cadastro do conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético, desde que, em qualquer dos casos, a proteção não obste a preservação, a utilização e o desenvolvimento de conhecimento tradicional de comunidade indígena ou comunidade local.

O tratamento dispensado pela medida provisória a esse tema é, sem dúvida, extremamente abrangente, pois exige regulamentação específica a ser desenvolvida pelo Conselho de Gestão do Patrimônio Genético, órgão vinculado ao Ministério do Meio Ambiente. Limita-se a elencar as formas como os benefícios poderão ser repartidos e impõe a assinatura de Contrato de Utilização do Patrimônio Genético e de Repartição de Benefícios para que haja acesso à amostra de componente do patrimônio genético, quando houver perspectiva de uso comercial (art. 16, § 4º).

Registre-se, ainda, que, conquanto a MP 2.186-16/2001 expressamente estabeleça que “a proteção outorgada não poderá ser interpretada de modo a obstar a preservação, a utilização e o desenvolvimento de conhecimento tradicional de comunidade indígena ou comunidade local” (art. 8º, § 3º), prevê também, em seu art. 8º, § 4º, que a proteção às comunidades tradicionais não afetará, prejudicará ou limitará os direitos relativos à propriedade intelectual.

Isso demonstra a forma política de tratamento do tema adotada pelo legislador. Pretende-se, ao mesmo tempo, proteger os interesses das comunidades tradicionais em preservar a sua cultura e os interesses mercantilistas das grandes corporações interessadas nos componentes do patrimônio genético e dos conhecimentos tradicionais. Todavia, a utilização dos institutos de proteção da propriedade intelectual ou industrial apresenta uma série de empecilhos que dificultam (e até inviabilizam) a proteção dos conhecimentos tradicionais, notadamente porque os requisitos para a concessão dos

benefícios dessas leis são incompatíveis com a própria natureza desses conhecimentos que se pretendem proteger. Daí, a dificuldade de realizar o acesso e a proteção dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade presente no território nacional.

3 OS DIREITOS DE PROPRIEDADE DOS DETENTORES DOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS

A Convenção da Diversidade Biológica, um dos mais importantes instrumentos no tocante à proteção da biodiversidade, foi a primeira convenção de caráter internacional a reconhecer o papel fundamental dos conhecimentos tradicionais na conservação e no uso sustentável da biodiversidade, seja em razão do papel histórico de “guardiões da floresta” desempenhado por esses povos, seja por causa da crescente valorização econômica desses conhecimentos, em especial na área de biotecnologia, ou seja, ainda, em decorrência de uma obrigação moral de proteger culturas milenares.

Em seu artigo 8º, *j*, a Convenção da Diversidade Biológica estabelece:

Art. 8º Cada Parte Contratante deve, na medida do possível e conforme o caso:

j - Em conformidade com sua legislação nacional, respeitar, preservar e manter o conhecimento, inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilo de vida tradicionais relevantes à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica e incentivar sua mais ampla aplicação com a aprovação e a participação dos detentores desse conhecimento, inovações e práticas; e encorajar a repartição equitativa dos benefícios oriundos da utilização desse conhecimento, inovações e práticas.

É evidente, portanto, que, ao estabelecer que as comunidades locais e populações indígenas são detentoras desses conhecimentos, inovações e práticas, está-se afirmando que esses detentores têm direitos¹⁴ sobre o seu conhecimento.

Saliente-se que a Constituição Federal, em seu art. 231, § 2º,¹⁵ assegura às comunidades indígenas direitos de posse permanente sobre suas terras e

¹⁴ Note-se que o termo direito de propriedade está sendo usado aqui no seu sentido mais abrangente, não se restringindo unicamente aos direitos de propriedade intelectual.

¹⁵ “Art. 231. (...) § 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.”

Observe-se que um ponto deficiente da Constituição foi limitar a proteção dos art. 231 e 232 às comunidades e às organizações indígenas, esquecendo-se de mencionar comunidades tradicionais – ribeirinhos, extrativistas, quilombos etc. – que também encontram na floresta o seu *habitat*.

usufruto exclusivo sobre suas riquezas naturais. E, nas palavras de Juliana Santilli,

A posse indígena não está limitada à mera ocupação ou exploração econômica da terra. Ela inclui o uso da terra não só para a sobrevivência física do grupo, mas também para a sua sobrevivência cultural [...] e o direito de usufruto assegura aos índios a utilização de todos os bens e recursos naturais existentes em sua terras, bem como a possibilidade de explorarem comercialmente tais recursos.¹⁶ (Sublinhas nossas)

Como a Constituição, no referido artigo, não faz qualquer referência aos recursos genéticos quando trata do usufruto exclusivo, significa que estes não foram excepcionados na sua proteção. Permite-se, assim, aos povos indígenas desenvolver suas atividades produtivas, ainda que estas tenham fim comercial, bastando para tanto que essa utilização dos recursos naturais ocorra de forma sustentável.

É oportuno ressaltar que, além de reconhecer as comunidades tradicionais como sendo detentoras dos conhecimentos relacionados à biodiversidade, a Convenção da Diversidade também firma o entendimento de que os Estados possuem direitos soberanos sobre os recursos genéticos presentes em seus territórios, abandonando a idéia de que os recursos genéticos existentes no planeta constituem bens comuns da humanidade ou herança comum a todos os seres humanos¹⁷.

Ao estabelecer o princípio da soberania sobre os recursos naturais nacionais, determinou-se que o acesso a esses recursos deve ocorrer sob os termos de um acordo comum e sujeito a consentimento prévio, cabendo ao país provedor dos recursos naturais a definição dos termos de aplicação deste conceito e a regulamentação de como deve ocorrer a participação em pesquisas e a repartição justa e equitativa dos resultados da utilização científica e comercial dos recursos naturais.

¹⁶ SANTILLI, Juliana. Aplicação das normas ambientais às terras indígenas e superposição de unidades de conservação com terras indígenas. *Revista de Direito Ambiental – Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 12, p. 71, 1998.

¹⁷ “O conceito de preocupação comum da humanidade surgiu como alternativa ao conceito de patrimônio/herança comum da humanidade. A preocupação comum da humanidade se aplica à nova geração de problemas ambientais globais, porque exprime uma situação de interdependência ecológica intensa, só percebida nos últimos dez anos. Com esse conceito, quer-se expressar que os Estados nacionais têm tanto o direito como a obrigação de preocupar-se com questões ambientais globais.” ALENCAR, Gisela S. de. Biodiplomacia e a Convenção sobre a Diversidade Biológica/1992: evolução e desafios para implementação. *Revista de Direito Ambiental - Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 3, p. 94.

A adoção de tal política é extremamente benéfica para o Brasil, país detentor da megadiversidade¹⁸, pois, segundo o entendimento de De Lucca, “a biodiversidade poderá desempenhar um papel de reequilíbrio da riqueza existente no mundo, fazendo com que as diferenças na qualidade de vida entre nações ricas e pobres sejam progressivamente eliminadas”¹⁹; e a repartição justa e equitativa é a possibilidade de países pobres em termos econômicos e tecnológicos, mas ricos em biodiversidade alcançarem dos países ricos em tecnologia uma contraprestação pela utilização de seus recursos naturais.

Não restam dúvidas, portanto, a respeito da importância da proteção dos conhecimentos associados à biodiversidade e da legitimação dos direitos de propriedade desses povos. A questão que se apresenta é saber qual o sistema mais adequado para a proteção desses direitos, visto que tal sistema deve ser capaz de impedir a concessão de patentes no exterior de produtos fabricados com base em práticas das comunidades tradicionais brasileiras e de permitir a remuneração dos detentores de conhecimento pela sua utilização.

No campo doutrinário, são controversos os entendimentos com relação ao sistema mais eficaz na proteção dos conhecimentos, das práticas e das inovações das comunidades tradicionais. Uma parte da doutrina acredita que o sistema de patentes, regulado pela Lei 9.279/96 (Lei da Propriedade Industrial), é capaz de regular a matéria, devendo, para tanto, ser adaptado de forma a proteger os conhecimentos indígenas e tradicionais associados à biodiversidade.

Outra corrente afirma que é necessária a criação de regime *sui generis* de proteção a direitos intelectuais coletivos, que, entre outros requisitos, estabeleça a não-patenteabilidade dos conhecimentos tradicionais, a obrigatoriedade do consentimento prévio das comunidades tradicionais para o acesso aos recursos genéticos existentes em suas terras e a criação de um sistema nacional de cadastro dessas práticas e desses conhecimentos tradicionais.²⁰

Por fim, uma terceira corrente doutrinária acredita que deva ser criado um sistema híbrido de proteção, abrangendo um sistema de registros dos direitos

¹⁸ “Estima-se que o Brasil tenha cerca de 2.000.000 de espécies distintas entre animais, vegetais e microorganismos envolvidos em uma imensa complexidade, e distribuídas em uma grande variedade de ecossistemas”. SANDES, Alice Rayol Ramos e DI BLASI, Gabriel. *Biodiversidade e diversidade química e genética: aspectos relacionados com a propriedade intelectual no Brasil*. Disponível em: http://www.biotechnologia.com.br/bio/13_h.htm/. Acesso em: 16-7-2003.

¹⁹ DE LUCCA, Newton. Biodiversidade, propriedade intelectual e comércio internacional. *Anais do Seminário Internacional sobre Direito da Biodiversidade*, 1999.

²⁰ SANTILLI, Juliana. *A proteção legal aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade: o artigo 8º, j, da Convenção da Diversidade Biológica e as propostas para sua implementação no Brasil e em outros países*. Disponível em: <http://www.bdt.org.br/sma/biodiversidade/protECA/>>. Acesso em: 17-7-2003.

intelectuais coletivos por meio de patentes e outros institutos de proteção da propriedade intelectual juntamente com um sistema *sui generis* de proteção, que funcionaria basicamente como um cadastro.²¹

3.1 A PROTEÇÃO POR MEIO DO SISTEMA DE PROPRIEDADE INTELECTUAL TRADICIONAL

A proteção dos direitos relativos a obras de invenção se tornou significativa na Idade Média, quando os atos decorrentes da capacidade criativa passaram a ser reconhecidos, tornando a invenção útil para a sociedade e economicamente vantajosa para o seu inventor.

A partir desse momento, inúmeras leis de proteção aos direitos intelectuais foram criadas, sendo a União Internacional para a Proteção da Propriedade Industrial, de 1883, conhecida como Convenção da União de Paris (CUP), o primeiro acordo multilateral de significativa relevância internacional.

Conforme exposição de Márcio de Miranda Santos, os direitos de propriedade intelectual são concedidos em reconhecimento à contribuição intelectual pela autoria de obras e invenção de novos produtos, visando a assegurar vantagens especiais para o criador da obra ou invenção e estimular o desenvolvimento de inovações tecnológicas.²²

A propriedade intelectual ou imaterial refere-se, portanto, a produtos da inteligência humana, como idéias, invenções e expressões criativas, isto é, bens incorpóreos e intangíveis, e diferencia-se da propriedade corpórea por ser um direito temporário e por só poder se exercido nos países onde o título de propriedade foi concedido, de acordo com o princípio da territorialidade.²³

Por propriedade intelectual entende-se “toda espécie de propriedade que se origine ou provenha de qualquer concepção ou produto da inteligência, para exprimir um conjunto de direitos, que competem ao intelectual (escritor, artista ou inventor) como autor da obra imaginada, elaborada ou inventada.”²⁴ Abrange também as

²¹ *Idem, ibidem.*

²² SANTOS, Márcio de Miranda. *Direitos de propriedade intelectual na área biológica*. Disponível em: <http://www.bdt.gov.br/sma/biodiversidade/propriedade/>. Acesso em: 15-7-2003.

²³ O princípio da territorialidade é um princípio consagrado pela Convenção da União de Paris e estabelece que “a proteção patentária conferida pelo Estado tem validade somente dentro dos limites territoriais do país que concede a patente”.

MITTELBACH, Maria Margarida Rodrigues. *Propriedade intelectual em biotecnologia*. Disponível em: <http://www.bdt.org.br/sma/biodiversidade/propriedade/>. Acesso em: 15-7-2003.

²⁴ DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*, vol. III, Forense, p. 1244 *apud* ALBAGLI, Sarita. *Op. cit.*, 1998. p. 36.

regras que norteiam a chamada propriedade industrial²⁵ (as patentes de invenção, os modelos de utilidade, os desenhos e os modelos industriais, etc.).

É importante salientar que todo o trabalho que resulte em obras intelectuais é protegido, genericamente, pela lei de direitos autorais – direitos esses que o autor de uma obra literária, científica ou artística tem de vincular o seu nome à sua produção, reproduzindo ou transmitindo tal obra com exclusividade –, excetuando-se as criações que envolvam certo desenvolvimento técnico, pois, nesse caso, são tuteladas exclusivamente pela Lei da Propriedade Industrial.

Isso decorre do fato de que a Lei da Propriedade Industrial não protege todas as invenções técnicas, mas somente as invenções industriais. Em outras palavras, as invenções que consistam em um novo produto ou processo industrial.

No Brasil, a propriedade industrial é regulada pela Lei 9.279/96, de 14 de maio de 1996, e conforme disposição do seu artigo 2º :

A proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, efetua-se mediante:

- I – concessão de patente de invenção e de modelo de utilidade;
- II – concessão de registro de desenho industrial;
- III – concessão de registro de marca;
- IV – repressão às falsas indicações geográficas e
- V – repressão à concorrência desleal.

Cada um desses instrumentos de proteção da propriedade industrial atende a princípios e requisitos próprios inerentes aos seus respectivos objetos. O registro de desenhos industriais e as patentes de modelos de utilidade, por exemplo, “são títulos de propriedade voltados às proteções de forma (ornamental e utilitária) de um objeto ou para aplicação a um objeto ou produto industrial”.²⁶

Conforme definição do Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI, patente

é um título de propriedade temporário, outorgado pelo Estado, por força de lei, ao inventor/autor ou pessoas cujos direitos derivem do

²⁵ Maria Helena Diniz esclarece: “A propriedade industrial é o conjunto de direitos que recaem sobre invenções trazidas à indústria para a sua exploração econômica [...] e tem por objeto as patentes de invenção, os modelos de utilidade, os desenhos industriais, as marcas de fábrica ou de comércio, as marcas de serviço, o nome comercial, as indicações geográficas e a repressão da concorrência desleal”. É, pois, um ramo do gênero propriedade intelectual, relacionado diretamente à indústria e ao comércio. DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. São Paulo: Saraiva, vol. 3, 1998. p. 823.

²⁶ MITTELBAACH, Maria Margarida Rodrigues. *Op. cit.*, p. 3.

mesmo, para que esta ou estas excluam terceiros, sem sua prévia autorização, de atos relativos à matéria protegida, tais como fabricação, comercialização, importação, uso, venda, etc.²⁷

As patentes garantem, portanto, ao seu titular um monopólio temporário de exploração, o qual lhe assegura a exclusividade do uso econômico de sua invenção. Tal benefício, em vez de constituir entrave ao progresso industrial, só tem concorrido para o desenvolvimento constante das indústrias e para o aperfeiçoamento incessante da técnica, pois, se o inventor não pudesse contar com as vantagens econômicas de sua invenção, certamente não teria interesse em empregar seus esforços em inovações e pesquisas, o que, por óbvio, redundaria em prejuízos à sociedade, que se veria privada dos benefícios da melhoria tecnológica resultante das invenções. Além disso, proteger um invento significa impedir que competidores copiem e vendam tal produto por um preço mais baixo, tendo em vista que não foram onerados com os custos das pesquisas e do desenvolvimento do produto.

Estabelece o art. 8º ²⁸ da Lei da Propriedade Industrial que, para o invento merecer a proteção legal, deve preencher os seguintes requisitos: novidade, atividade inventiva e aplicação industrial.

Consoante dispõe a própria lei²⁹, a invenção é considerada nova quando não compreendida no estado da técnica. O estado da técnica, por sua vez, é tudo aquilo tornado acessível ao público antes do pedido de patente no Brasil ou no exterior. Assim, é dotada do requisito novidade a invenção que não tenha sido colocada ao acesso do público antes de requerido o pedido de patenteamento junto ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI).

No tocante ao requisito da atividade inventiva, prevê a lei que o invento não pode decorrer de maneira evidente ou óbvia do estado da técnica (art. 13), isto é,

as invenções, para serem patenteáveis, não podem ser decorrência de justaposições de processos, meios ou órgãos conhecidos, simples mudança de forma, proporções, dimensões ou de materiais, salvo se, no conjunto, o resultado obtido não seja evidente ou óbvio para um técnico no assunto, ou seja, o resultado apresente um ‘efeito técnico novo ou diferente.’³⁰

²⁷ INPI – Instituto Nacional da Propriedade Industrial, disponível em: www.inpi.gov.br. Acesso em: 17-7-2003.

²⁸ “Art. 8º É patenteável a invenção que atenda aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial.”

²⁹ “Art. 11. A invenção e o modelo de utilidade são considerados novos quando não compreendidos no estado da técnica”.

§ 1º 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, ressalvado o disposto nos arts. 12, 16 e 17.”

³⁰ MITTELBAACH, Maria Margarida Rodrigues. *Op. cit.*, p. 6.

Quanto à aplicação industrial, Mittelbach esclarece que “uma invenção será considerada como suscetível de aplicação industrial se o objeto for passível ou capaz de ser fabricado ou utilizado em qualquer tipo ou gênero de indústria”.

E segue afirmando que o termo indústria “deve ser entendido na sua acepção mais ampla, aplicando-se não só à indústria propriamente dita, mas também às indústrias agrícolas e extrativas e a todos os produtos manufaturados ou naturais.”³¹

Um outro requisito necessário para a proteção patentária é a descrição plena (ou suficiência descritiva) prevista no art. 24 da Lei 9.279/96.³² Assim, é necessário que sejam detalhadamente descritos o objeto e a sua forma de obtenção, possibilitando a reprodução do invento. Tal requisito é imprescindível para a concessão da proteção patentária, pois a descrição completa da forma pela qual foi obtido o invento é a contrapartida da concessão do monopólio temporário ao inventor.

Apesar desses requisitos serem essenciais para a concessão de patentes, na área biológica, esses requisitos tornam-se verdadeiros empecilhos que dificultam – e até impedem – a concessão de patentes de produtos biológicos e dos conhecimentos tradicionais.

Como bem esclarece Albagli:

[...] os princípios de novidade, inventividade, aplicação industrial e plena descrição vêm mostrando-se limitados ou superados diante dos novos atributos – complexidade, interdependência e justaposição, intangibilidade e imaterialidade – que caracterizam os objetos técnicos-científicos na atualidade (as chamadas ‘criações industriais e abstratas’), bem como diante da interpretação e do caráter semiconservativo dos conhecimentos nele incorporados. A dificuldade crescente de se aplicarem critérios de novidade e inventividade aos pedidos de patente, por exemplo, tende a dar lugar ao uso cada vez mais freqüente do critério de originalidade. Do mesmo modo, tende a ser reinterpretado o requisito da aplicação industrial, ante o papel estratégico dos bens intangíveis no âmbito de economias cada vez mais ‘desindustrializadas’.³³

³¹ *Idem, ibidem.*

³² “Art. 24. O relatório deverá descrever clara e suficientemente o objeto, de modo a possibilitar sua realização por técnico no assunto e indicar, quando for o caso, a melhor forma de execução”.

³³ ALBAGLI, Sarita. *Op. cit.*, 1998, p. 41.

Com efeito, os conhecimentos tradicionais, por serem um componente intangível da biodiversidade e terem características peculiares³⁴, apresentam dificuldades em se adequar aos requisitos previstos na Lei 9.279/96, o que gera fortes controvérsias ao estabelecimento de mecanismos de proteção de tais objetos:

Como é possível afirmar que um conhecimento milenar, desenvolvido ao longo de gerações, apresenta o requisito da novidade, ou seja, não ter sido revelado ao público antes da data de depósito do pedido de patente?

Qual o parâmetro para determinar o que decorre de maneira evidente ou óbvia do estado da técnica, já que esses conhecimentos e práticas tradicionais são adquiridos com base na observação diária do comportamento do meio ambiente local?

No tocante às informações a respeito de como a natureza se comporta, como demonstrar a existência de uma invenção e não simplesmente de uma descoberta?

Como exigir a descrição completa do objeto e do modo de obtenção do conhecimento, visto que o processo para sua obtenção e seu aperfeiçoamento se estendeu ao longo de gerações e continua sendo constantemente modificado e testado?

Além desses problemas técnicos de enquadramento na legislação nacional, os atuais sistemas de garantia de direitos de propriedade intelectual não consideram a forma coletiva e transgeracional pela qual os conhecimentos foram adquiridos, sobretudo porque limitam-se a averiguar o simplório caráter investista do produto para, então, reconhecer o título de propriedade ao seu inventor.

Registre-se, a propósito, o viés individualista que permeia toda a regulamentação atinente à propriedade intelectual quando considera a titulação como inventor a um único indivíduo ou, no máximo, a uma coletividade determinada de pessoas.

Com efeito, a Lei 9.279/96, ao tratar da titularidade das patentes, estabelece em seu art. 6º que “ao autor da invenção será assegurado o direito de obter a patente [...]”. Já o § 3º do referido artigo e o artigo 7º tratam das invenções realizadas conjuntamente, estabelecendo, respectivamente, que, “quando se tratar de invenção ou modelo de utilidade realizado conjuntamente por duas ou mais pessoas, a patente poderá ser requerida por todas ou qualquer delas [...]” e “se dois ou mais autores tiverem realizado a mesma invenção ou modelo de utilidade, de forma independente,

³⁴ Pode-se dizer que os conhecimentos tradicionais são peculiares devido ao modo como são adquiridos e utilizados, uma vez que são construídos por um grupo de pessoas, através de gerações, em decorrência do convívio com a natureza, sendo baseado em observações empíricas sobre o meio ambiente.

o direito de obter patente será assegurado àquele que provar o depósito mais antigo[...]”. Note-se que, para ser assegurada a proteção a mais de um autor, é necessário que os autores sejam especificados e determinados no caso concreto. Não se trata, portanto, de uma coletividade, mas sim de um grupo limitado e determinado de pessoas. (Sublinhas nossas)

Toda a lei de propriedade intelectual é construída, pois, em torno do conceito de autor – pessoa física ou jurídica, individual³⁵, criadora original do invento – e sobre ele é que recaem as vantagens da proteção patentária. Conseqüentemente, naqueles “produtos” que não se adequam a esse modelo, justamente por serem produzidos coletiva e informalmente – ao contrário dos direitos de natureza intelectual, em que há um autor ou autores determinados produzindo um conhecimento novo –, é que surgem inúmeras dificuldades de se aplicar a lei de propriedade intelectual para protegê-los, mormente porque não é possível atribuir especificamente o grau de contribuição para o evento.

Uma outra dificuldade reside no fato de a lei da propriedade industrial somente proteger as invenções (os conhecimentos novos), não englobando os conhecimentos tradicionais, que são considerados meramente descobertas.

Outro aspecto problemático é a diferença entre os valores das comunidades tradicionais e dos interesses corporativistas, especialmente de empresas transnacionais, fortes defensores do sistema patentário. Enquanto os primeiros buscam a preservação dessas práticas e inovações porque estas sintetizam a sua identidade cultural (seus valores culturais e espirituais), os demais visam apenas aos valores econômicos advindos da exploração comercial de tais riquezas. Aliás, como bem explica Nijar, empresas do Norte invadem regiões do Sul ricas em diversidade biológica, livremente as exploram em busca de recursos naturais, classificam qualquer melhoramento ou modificação feitos nesses elementos como invenção e então reclamam os direitos de propriedade intelectual decorrentes do produto final obtido.³⁶

Tal negócio é extremamente lucrativo para as grandes empresas, especialmente as do ramo farmacêutico, já que, segundo dados fornecidos por Nijar, cerca de três quartos das plantas que contêm os princípios ativos das prescrições médicas já vêm sendo utilizadas na medicina tradicional.³⁷

³⁵ Salvo os casos de invenções realizadas conjuntamente.

³⁶ Texto original: “Corporate interest of the North invade the local commons of the South, freely tap its biological diversity for source materials, classify any ‘improvement’ or modification to them as an ‘invention’, and then claim intellectual property rights over the end product.” NIJAR, Gurdial Sing. *The protection of cultural and biological biodiversity: legal and practical perspectives on developing sui generis options*. Anais do Seminário Internacional sobre Direito da Biodiversidade, 1999.

³⁷ *Idem*, *ibidem*.

E conforme salienta Albagli:

O controle de informações estratégicas, bem como das ‘tecnociências que permitem agregar valor a essas informações – ao agregarem valor aos novos produtos e processos a partir daí gerados –, passa então a ocupar um dos centros de disputa e de conflito no jogo de forças políticas e econômicas internacionais. Tal controle pode ser exercido tanto com o domínio do acesso aos recursos da biodiversidade, quanto por intermédio dos instrumentos de proteção de direitos à propriedade intelectual, seja sobre as modernas biotecnologias, seja sobre os conhecimentos tradicionais de populações locais.³⁸

Saliente-se que, embora os Estados Unidos sejam o principal defensor do fortalecimento do sistema de patentes mundial – já que são os maiores detentores de patentes no mundo –, não há o menor interesse dessa nação no desenvolvimento de patentes na área biológica. Inclusive, os EUA vetaram a discussão sobre patentes para a biodiversidade e conhecimentos tradicionais na reunião da Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI), realizada em Genebra, em 2000, alegando que a Conferência Diplomática não era o foro adequado para discutir a adoção do Tratado Mundial de Patentes.³⁹

Mais recentemente, em abril de 2004, os Estados Unidos, durante a “Reunião do Comitê Intergovernamental sobre Propriedade Intelectual e Conhecimento Tradicional, Recursos Genéticos e Folclore”, da Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI), novamente se negaram a adotar medidas de proteção aos conhecimentos tradicionais, rejeitando veementemente a divulgação da origem dos recursos genéticos e conhecimentos tradicionais associados ao produto quando da apresentação de pedidos de patentes.⁴⁰

É lamentável essa posição adotada pelos Estados Unidos, tendo em vista as alarmantes estimativas de biopirataria e a certeza da destinação desses recursos para os países do Norte. Como relata Albagli, é notória a existência de práticas de biopirataria na Amazônia em uma escala crescente, embora não existam dados concretos a respeito, sendo as seguintes as principais “vias de saída” de material genético da região:

expedições promovidas por grupos científicos ou empresariais do exterior, diretamente orientadas para atividades de bioprospecção,

³⁸ ALBAGLI, Sarita. *Da biodiversidade à biotecnologia: a nova fronteira da informação*. Disponível em: <<http://www.ibict.br/cionline/270198/27019802.pdf>>. Acesso em: 17-7-2003.

³⁹ SOLIANI, André. *Patentes: EUA impedem debate sobre biodiversidade*. Disponível em: <<http://www.ujgoias.com.br/redecta05/05046000002.htm/>>. Acesso em: 16-7-2003.

⁴⁰ MATHIAS, Fernando. *EUA se negam a adotar medidas de proteção aos conhecimentos tradicionais*. Disponível em: <http://www.socioambiental.org/nsa/detalhe?id=1712/>. Acesso em 21-6-2004.

dada a dificuldade de controle sobre tais atividades; ecoturismo, onde freqüentemente se observa a presença de pesquisadores estrangeiros em atividades de coleta de amostras de plantas, solos etc; atividades de organizações não-governamentais que, em contato direto com comunidades locais, e sob o pretexto de lhes prestar auxílio técnico ou financeiro, muitas vezes utilizam essas populações para a identificação e coleta de material genético; e instituições nacionais de pesquisa localizadas na Amazônia, seja pela ausência de controle sobre o que se pratica no âmbito de acordos de cooperação internacional, seja pelo suporte fornecido por alguns de seus pesquisadores individualmente a atividades de retirada de material biológico para fora do país, das suas escassas condições de pesquisas locais.⁴¹ (Sublinhas nossas)

Para exemplificar, pode-se citar o caso do patenteamento do tipir, que é uma espécie de noz há muito tempo utilizado pelos índios wapixanas, graças ao seu poder de estancar hemorragias e impedir infecções, além de servir como anticoncepcional. As propriedades dessa planta foram registradas pelo químico britânico Conrad Gorinsky, o qual passou longas temporadas em contato com os índios wapixanas estudando plantas medicinais, como sendo descobertas suas, nos escritórios de patentes européias e norte-americanas. Sem receber benefício dos produtos das pesquisas, os índios preparam estratégias para solucionar o problema; entretanto, não há qualquer notícia de solução judicial ou extrajudicial para o caso em questão. O que se sabe é que o cacique da tribo wapixana revogou as antigas regras de hospitalidade, proibindo a entrada de pesquisadores na aldeia.⁴²

Ora, é notória a incongruência do sistema de propriedade intelectual para proteger um objeto tão atípico – transgeracional e coletivo –, pois o “autor do invento”, no caso o químico britânico Conrad Gorinsky, apropriou-se indevidamente de conhecimentos milenares, sem sequer fornecer, em contrapartida, algum benefício à comunidade indígena e, ainda assim, obteve a propriedade intelectual advinda do patenteamento do tipir e todos os demais benefícios decorrentes do monopólio de exploração temporária do objeto patentado. E tudo isso legitimado pelos grandes escritórios de patentes do Norte.

Saliente-se que, além da total incompatibilidade entre a natureza do sistema de proteção patentária – individualista e monopolista – e a natureza do objeto a ser protegido – transgeracional e coletivo –,

⁴¹ ALBAGLI, Sarita. *Op. cit.*, 1998, p. 225.

⁴² VILLAMÉA, Luiza. *Índio quer patente*. Disponível em: <<http://www.terra.com.br/istoe/brasileiros/2000/01/13/000.htm>>. Acesso em: 15-7-2003.

a apropriação privada (ainda que indireta) de recursos genéticos, promovida pela proteção patentária, pode contribuir para restringir o acesso aos recursos biogenéticos e, conseqüentemente, aos benefícios advindos de seu uso; bem como para diminuir o fluxo e o intercâmbio de material genético, podendo afetar áreas estratégicas, como a de medicamentos e a de segurança alimentar.⁴³

É evidente, por conseguinte, que os conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade constituem um patrimônio biológico incalculável da humanidade, o resultado de milhões de anos de evolução, que não podem ser transformados em propriedade intelectual privada, sujeitos ao monopólio das companhias transnacionais da biodiversidade.

3.2 A PROTEÇÃO POR MEIO DE UM SISTEMA *SUI GENERIS*

É sabido que a escolha das plantas medicinais por parte das empresas farmacêuticas, visando à identificação de princípios ativos para produção em larga escala de medicamentos, não é aleatória. Aliás, como relatam Sandes e Di Blasi, empresas como a inglesa *Hutton Molecular Development* e a norte-americana *Shaman Pharmaceuticals* utilizam a etnofarmacologia – exploração científica interdisciplinar dos agentes biologicamente ativos, tradicionalmente empregados ou observados pelo homem – como estratégia para o desenvolvimento de novas drogas, por ser

inegável a contribuição da medicina popular (caboclos, índios, curandeiros) na busca de novos princípios ativos para o desenvolvimento de novas drogas. Dificilmente uma planta é escolhida por acaso para desenvolver uma pesquisa. Em geral, os pesquisadores procuram extratos de uso popular que têm repetidos relatos de terem sido bem sucedidos em combater alguma enfermidade para iniciar sua pesquisa científica, realizando uma bioprospecção.⁴⁴

Dessa forma, também é inegável a necessidade de proteção de tão ricos conhecimentos, capazes, inclusive, de auxiliar o homem na preservação de suas riquezas naturais e na descoberta de cura para doenças como o câncer e a AIDS, por exemplo.

A proteção da sociodiversidade, entendida aqui como sendo a diversidade cultural humana (variedade de língua, cultura, crença, tradição, religião e outros atributos humanos) que tem íntima relação com o ambiente local, para essa segunda

⁴³ ALBAGLI, Sarita. Disponível em: <<http://www.ibict.br/cionline/270198/27019802.pdf>>. Acesso em: 17-7-2003.

⁴⁴ SANDES, Alice Rayol Ramos; DI BLASI, Gabriel. Disponível em: http://www.biociencia.com.br/bio/13_h.htm/. Acesso em: 16-7-2003.

corrente doutrinária, deve ocorrer nos moldes de um sistema *sui generis* de proteção, ou seja, um sistema exclusivo de proteção a direitos de propriedade intelectual coletivos, capaz de desenvolver instrumentos éticos, sociais e ambientais adequados a proteger efetivamente direitos de natureza tão peculiar.

Deve a proteção abranger, entre outras coisas, as propriedades sagradas (imagens, conhecimentos, instrumentos); os conhecimentos sobre as utilidades de plantas, animais e minerais; os conhecimentos sobre o modo de preparo e armazenamento de cosméticos, alimentos e medicamentos; os conhecimentos acerca de determinada espécie (como os métodos de plantar e os cuidados necessários para o seu desenvolvimento) e os conhecimentos sobre a conservação e preservação do meio ambiente.

Vê-se, portanto, que a proteção pretendida por esse sistema *sui generis* é bem mais ampla do que aquela baseada nos princípios de direitos intelectuais tradicionais. Abrangendo, assim, não apenas os conhecimentos que tenham algum valor comercial, mas todos aqueles conhecimentos relevantes culturalmente para as comunidades em questão.

Relata Posey que o sistema *sui generis* pode ser encarado sob três aspectos. No primeiro deles, esse sistema é visto como uma modificação, um melhoramento no sistema de propriedade intelectual, que pode ser atingido, por exemplo, com a ampliação de conceitos e flexibilização de requisitos. No segundo aspecto, o sistema *sui generis* é encarado como um novo sistema de proteção à propriedade intelectual específico para os conhecimentos tradicionais, que protege apenas aqueles direitos previamente estabelecidos. Por fim, pode ser entendido como uma alternativa ao sistema de propriedade intelectual, que respeite as heranças culturais e proteja a diversidade cultural e biológica.⁴⁵

Neste trabalho, propositalmente se dará enfoque ao terceiro aspecto, uma vez que, conforme analisado anteriormente, há uma total incompatibilidade entre a natureza do sistema tradicional de proteção à propriedade intelectual e a natureza dos conhecimentos tradicionais. Assim, não há que se insistir na reformulação de um sistema que, em razão de suas características intrínsecas, não se adapta às particularidades do objeto que se pretende proteger. Ademais, deve-se buscar um sistema que, além de preservar as práticas, as inovações e os conhecimentos das populações tradicionais, preserve também a sua integridade cultural, pois, sem a herança cultural, esses povos perderiam a sua identidade.

⁴⁵ POSEY, Darrell A. *Traditional resource rights: International instruments for protection and compensation for indigenous peoples and local communities*. The World Conservation Union, 1997. p. 14.

Como orienta Santilli,⁴⁶ um regime legal *sui generis* deve se valer dos seguintes preceitos:

Previsão expressa de que qualquer dos instrumentos de proteção de propriedade intelectual atualmente existentes, como patentes, direito de melhorista, direito de autor e outros, são nulos de pleno direito se concedidos sobre produtos ou processos que utilizem, seja de forma direta ou indireta, qualquer conhecimento, inovação e prática das comunidades tradicionais;

Inversão do ônus da prova em favor das comunidades tradicionais no caso de concessão de patentes de produtos derivados de seus conhecimentos;

Impedimento de concessão de monopólios de exploração para indivíduos ou corporações, uma vez que o conhecimento tradicional constitui patrimônio inalienável da humanidade;

Obrigatoriedade legal do consentimento prévio das comunidades;

Criação de um sistema nacional de registro dos conhecimentos visando à catalogação de todos esses conhecimentos, de forma a impedir a sua apropriação indevida.

Vale observar que tal registro deve ser gratuito, facultativo (a escolha de dar publicidade ao conhecimento fica a cargo da comunidade detentora dele), declaratório (o fato de a comunidade não cadastrar o conhecimento não implica a perda da sua titularidade, mas apenas facilita a sua prova) e ter na sua administração membros dos mais diversos setores sociais, incluindo-se aí representantes do governo, de organizações não-governamentais, de associações das comunidades tradicionais e consultores técnicos.

Na verdade, o sistema de registro funcionaria como uma

espécie de biblioteca nacional do conhecimento tradicional – que poderia ficar, por exemplo, no IPHAN (Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional). Essa biblioteca conteria registros especiais dos saberes tradicionais, em que ficasse consignada a prova, que não seria a única, pois não se é obrigado a registrar o conhecimento tradicional para que ele exista, mas seria uma prova a mais para se conseguir uma retribuição no produto do conhecimento tradicional das populações.⁴⁷

Saliente-se que, se for criado um sistema nacional de registro dos conhecimentos, das inovações e das práticas relevantes para a conservação da

⁴⁶ SANTILLI, Juliana. *Op. cit.*, Internet. p. 08.

⁴⁷ CUNHA, Manuela Carneiro da. Biodiversidade, Justiça e Ética. *Revista CEJ*, n. 8, 1999. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero8/painel22.htm/>>. Acesso em: 18-7-2003.

biodiversidade – de forma gratuita e facultativa –, será reduzido o número de espécies biológicas levadas clandestinamente ao exterior, visto que tais espécies estarão catalogadas como sendo produto brasileiro. E, impedindo a biopirataria, impede-se também que essas espécies sejam aperfeiçoadas e patenteadas no exterior, além da posterior cobrança de *royalties* pelas firmas que obtiveram os direitos de propriedade privada.

Ademais, a criação de um sistema de cadastro dos conhecimentos associados que remunere as comunidades pela utilização de suas práticas pode auxiliar na conservação da biodiversidade brasileira e resgatar os valores conservacionistas das comunidades tradicionais.

Todavia, para que esse sistema de cadastro realmente funcione, deve-se vincular a emissão, no exterior, de patentes ou outros direitos de propriedades intelectuais ligados à biodiversidade à consulta desse sistema de cadastro feito no Brasil.

As dificuldades que se impõem na efetivação desse sistema de cadastro são, em sua maioria, de ordem prática e dizem respeito ao seu próprio funcionamento interno. No entanto, existem algumas questões interessantes que se propõem tais como: se o armazenamento do conhecimento deve ser feito por relatos escritos ou se deve ser feito, por exemplo, por meio do armazenamento de espécies; se o acesso ao cadastro é público, podendo qualquer indivíduo ter acesso aos conhecimentos catalogados, ou se o acesso é restrito e quais os termos dessa limitação; se o cadastro impede a concessão de patentes sobre produtos resultantes desses conhecimentos no Brasil e no exterior e, nesse último caso, como vincular a concessão de patentes internacionais à análise desse cadastro.

Atualmente, não há no Brasil uma legislação que regulamente o acesso aos recursos genéticos e biológicos. O regime *sui generis* de proteção a direitos intelectuais coletivos se apresenta como um modelo ideal de regulamentação da matéria (tendo sido inclusive mencionado nos Projetos de Lei n. 306/95, da Senadora Marina Silva, e n. 4.579/98, do Deputado Federal Jacques Wagner) e, como qualquer modelo teórico, apresenta inúmeros problemas de implementação prática. No entanto, repita-se, a sua proteção é bem mais abrangente do que aquela proposta pelo sistema de propriedade intelectual tradicional e mais adequada às particularidades dos conhecimentos indígenas e tradicionais, uma vez que “presume a existência de uma relação indissociável entre conhecimento tradicional e recurso genético existente em terra indígena ou de comunidade local; e assim o faz porque considera positiva a relação entre bio e sociodiversidade, e busca valorizá-la.”⁴⁸

⁴⁸ SANTOS, Laymert Garcia dos. *Informação, recursos genéticos e conhecimento tradicional associado*. Disponível em: <<http://www.bdt.org.br/sma/biodiversidade/recursos/>>. Acesso em: 18-7-2003.

3.3 A PROTEÇÃO POR MEIO DE UM SISTEMA HÍBRIDO

O sistema híbrido de proteção é aquele que reúne a proteção por meio do sistema de propriedade intelectual e do sistema de cadastro.

Essa modalidade de proteção foi adotada pela Costa Rica por meio da Lei da Biodiversidade (Lei n. 7.788), de 23 de abril de 1998. Prevê a lei a proteção de direitos de propriedade intelectual coletivos, sendo necessária uma consulta prévia à oficina técnica da “Comissão Nacional para a Gestão da Biodiversidade” antes de ser autorizado o registro de propriedade intelectual. Estabelece também um sistema de registro desses direitos intelectuais coletivos e impõe a realização de inventário dos conhecimentos relevantes na preservação da biodiversidade, permitindo-se que, a qualquer tempo, conhecimentos sejam cadastrados.

Cumpra mencionar que, havendo o cadastro, a oficina está vinculada a emitir parecer negativo aos pedidos de direitos de propriedade intelectual sobre o mesmo recurso ou conhecimento. Ademais, pode também a oficina emitir parecer negativo, mesmo no caso de conhecimentos não inventariados, desde que devidamente fundamentado.

Vale dizer que o cadastro desses conhecimentos, além de ser facultativo, tem efeito meramente declarativo, já que o seu objetivo é fornecer maior proteção legal. Interessante notar que a lei costa-riquenha reconhece que os direitos intelectuais coletivos existem e são reconhecidos juridicamente pelo simples fato de serem herança cultural desses povos, não se exigindo, portanto, qualquer declaração, reconhecimento expresso ou registro oficial para que sejam legalmente protegidos. Desse modo, equiparam-se os direitos intelectuais coletivos aos direitos territoriais, na medida em que são direitos originários e não dependem de qualquer ato de legitimação por parte do Estado.⁴⁹

Uma outra nação que adota semelhante modalidade de proteção aos conhecimentos tradicionais é a Colômbia. São estabelecidos nesse país dois trâmites distintos para solicitação de acesso aos recursos genéticos, um para os recursos derivados de conhecimentos intelectuais coletivos e outro para aqueles recursos que não envolvam conhecimento tradicional. No primeiro caso, além de todos os requisitos mínimos para acesso dos recursos genéticos há a necessidade da identificação das partes, consentimento da comunidade provedora do recurso, especificação das obrigações de cada uma das partes (inclusive como deve ser a repartição de benefícios atuais e futuros) e o estabelecimento de cláusula para restringir o acesso de forma unilateral pela comunidade.⁵⁰

⁴⁹ SANTILLI, Juliana. *Op. cit.*, Internet.

⁵⁰ *Idem, ibidem.*

Essas propostas de regulamentação, apesar de apresentarem contornos bem mais definidos, práticos e menos teóricos que o regime *sui generis*, apresentam o mesmo erro da proteção por meio do sistema de propriedade intelectual tradicional: esquecem que os sistemas tradicionais de conhecimento são patrimônio das comunidades tradicionais e sintetizam a sua cultura, sendo, portanto, um direito inalienável, não passível de apropriação por um indivíduo ou uma coletividade. Assim, havendo a possibilidade de concessão de exclusividade de utilização comercial por determinada pessoa, de nada adiantará a existência de um sistema de cadastro dos direitos intelectuais, pois, enquanto o objetivo deste é fornecer maior proteção legal às comunidades na defesa de sua cultura e conhecimentos, o objetivo daquele é conceder direitos de monopólios exclusivos visando a fazer uso comercial do “invento”.

4 OS CHOQUES DE DISPOSIÇÕES ENTRE A CONVENÇÃO DA DIVERSIDADE BIOLÓGICA E O ACORDO SOBRE DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL RELACIONADOS AO COMÉRCIO

Entre os acordos internacionais assinados pelo Brasil no tocante à biodiversidade, merecem destaque a Convenção da Diversidade Biológica – CDB – assinada em 1992, durante a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento no Rio de Janeiro (Eco-92), e ratificada pelo Congresso Nacional, no início de 1994, por meio do Decreto Legislativo n. 2–, e o TRIPS (Acordo sobre a Propriedade Intelectual Relacionado ao Comércio), firmado na Rodada do Uruguai do Acordo Geral de Comércio e Tarifas (GATT), hoje Organização Mundial do Comércio, e introduzido na legislação brasileira por meio do Decreto 1.355, de 30 de dezembro de 1994.

A Convenção da Diversidade Biológica, já mencionada repetidas vezes neste trabalho, apresenta princípios e linhas gerais da regulamentação do uso e da exploração do material biológico existente na biodiversidade, estabelecendo estreita relação entre diversidade biológica, conhecimentos tradicionais, comércio e propriedade intelectual. Seus dispositivos são de caráter geral e se destinam a orientar o trabalho legiferante nacional, devendo cada Estado produzir sua legislação com base nesses preceitos.

Dentre estes, há que se destacar:

O reconhecimento do direito soberano dos Estados nacionais de explorar seus próprios recursos segundo suas políticas ambientais, ou seja, reconhecimento da soberania nacional do país sobre os recursos genéticos localizados em seu território;

O reconhecimento da estreita e tradicional dependência de recursos biológicos de muitas comunidades locais e comunidades indígenas com estilos de vida tradicionais;

A afirmação da necessidade de repartição equitativa dos benefícios derivados da utilização do conhecimento tradicional, de inovações e de práticas relevantes à conservação da diversidade biológica e à utilização sustentável de seus componentes;

A obrigação da Parte Contratante de criar condições para permitir o acesso a recursos genéticos para utilização ambientalmente saudável por outras Partes Contratantes e não impor restrições contrárias aos objetivos da Convenção; (art. 15. 2)

A necessidade de comum acordo entre as partes contratantes e consentimento prévio fundamentado da parte provedora desses recursos para se ter acesso aos recursos genéticos e

O reconhecimento de que, como as patentes e outros direitos de propriedade intelectual podem influir na implementação da Convenção, devem as partes contratantes cooperar a esse respeito em conformidade com a legislação nacional e o direito internacional para garantir que esses direitos apoiem e não se oponham aos objetivos da Convenção. (art. 16,5)

Em síntese, pode-se afirmar que a CDB visa à conservação da diversidade biológica, à utilização sustentável de seus componentes e à repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos, mediante, inclusive, o acesso adequado aos recursos genéticos e à transferência de tecnologias pertinentes, levando em conta todos os direitos sobre tais recursos e tecnologias.

Como bem ressalta Albagli, uma questão interessante abordada pela CDB é a contrapartida tecnológica. Esta é uma forma de transferência de tecnologia, de forma que o país provedor dos recursos genéticos e biológicos seja priorizado na seleção do local onde serão realizadas as pesquisas científicas e ainda seja beneficiado com o acesso ao resultado das pesquisas.

Vale lembrar que a CDB não estipula quais as medidas exatas que devem ser adotadas para proteção do seu patrimônio biológico, seja com relação à repartição dos benefícios, seja em relação ao acesso adequado aos recursos genéticos ou à transferência de tecnologias pertinentes. Ao contrário, deixa a cargo do Estado a escolha da melhor forma de fazê-lo. Ressalte-se, contudo, que seus objetivos somente serão atingidos com o estabelecimento de um arcabouço jurídico que regule o acesso aos recursos genéticos e crie uma forma de proteção aos direitos das comunidades tradicionais.

Na opinião da organização não-governamental GRAIN (*Genetic Resources Action International*)⁵¹, é preciso ter cuidado para não deixar a CDB ser transformada num mero contrato de transferência dos recursos genéticos e biológicos do Sul para o Norte, sob o disfarce de contratos mutuamente acordados. Ademais, a repartição de benefícios prevista na CDB não pode ser, de forma alguma, entendida como mera troca de conhecimento tradicional por vantagens econômicas por três razões: primeiro, porque as comunidades indígenas e tradicionais estão em posição desvantajosa já que não têm noção do valor financeiro de suas riquezas; segundo porque a vantagem recebida é insuficiente para compensar todos os lucros que as companhias terão decorrentes do monopólio de exploração dos conhecimentos (lembre-se de que a repartição deve ser eqüitativa); por fim, porque o conceito de repartição proposto pela CDB é muito mais abrangente do que mera compensação financeira, pois engloba também acesso e transferência de tecnologia⁵², intercâmbio de informações⁵³, cooperação técnica e científica⁵⁴ e acesso aos benefícios derivados de biotecnologias⁵⁵.

No entanto, acordos internacionais, especialmente aqueles que tratam sobre direitos de propriedade intelectual sobre conhecimentos tradicionais, como o TRIPS, têm sido os principais responsáveis pela depreciação dos valores defendidos pela CDB.

O acordo TRIPS, resultado de pressões norte-americanas devido à ausência de sanções comerciais por parte da OMPI (Organização Mundial de Propriedade Intelectual) contra violações na área de propriedade intelectual, estabelece, em seu art. 27, o princípio do patenteamento de todo novo produto ou processo, bem como seu reconhecimento indistintamente em qualquer dos países signatários.⁵⁶

⁵¹ GRAIN issue n. 1. *TRIPS versus CBD: conflicts between the WTO regime of intellectual property rights and sustainable biodiversity management*. Disponível em: <<http://www.grain.org/publications/issue1-en-p.htm/>>. Acesso em: 30-7-2003.

⁵² Prevê o art. 16.1 que: “Cada Parte Contratante, reconhecendo que a tecnologia inclui biotecnologia, e que tanto o acesso à tecnologia quanto sua transferência entre Partes Contratantes são elementos essenciais para a realização dos objetivos desta Convenção, compromete-se, sujeito ao disposto neste artigo, a permitir e/ou facilitar a outras partes contratantes acesso a tecnologias que sejam pertinentes à conservação e utilização sustentável da diversidade biológica ou que utilizem recursos genéticos e não causem dano sensível ao meio ambiente, assim como a transferência dessas tecnologias.”

⁵³ Art. 17.1. As Partes Contratantes devem proporcionar o intercâmbio de Informações, de todas as fontes disponíveis do público, pertinentes à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica, levando em conta as necessidades especiais dos países em desenvolvimento.

⁵⁴ Art. 18. 1. As Partes Contratantes devem promover a cooperação técnica e científica internacional no campo da conservação e utilização sustentável da diversidade biológica, caso necessário, por meio de instituições nacionais e internacionais competentes.

⁵⁵ Art. 19. 2. Cada Parte Contratante deve adotar todas as medidas possíveis para promover e antecipar acesso prioritário, em base justa e eqüitativa das Partes Contratantes, especialmente países em desenvolvimento, aos resultados e benefícios derivados de biotecnologias baseadas em recursos genéticos providos por essas Partes Contratantes. Esse acesso deve ser de comum acordo.

⁵⁶ ALBAGLI, Sarita. *Op. cit.*, 1998.

Dispõe o acordo da seguinte forma:

Seção 5: Patentes

Artigo 27: Matéria Patenteável

1. Sem prejuízo do disposto nos parágrafos 2 e 3 abaixo, qualquer invenção, de produto ou de processo, em todos os setores tecnológicos, será patenteável, desde que seja nova, envolva um passo inventivo e seja passível de aplicação industrial. Sem prejuízo do disposto no parágrafo 4 do Artigo 65, no parágrafo 8 do Artigo 70 e no parágrafo 3 deste Artigo, as patentes serão disponíveis e os direitos patentários serão usufruíveis sem discriminação quanto ao local de invenção, quanto a seu setor tecnológico e quanto ao fato de os bens serem importados ou produzidos localmente.

2. Os Membros podem considerar como não patenteáveis invenções cuja exploração em seu território seja necessário evitar para proteger a ordem pública ou a moralidade, inclusive para proteger a vida ou a saúde humana, animal ou vegetal ou para evitar sérios prejuízos ao meio ambiente, desde que esta determinação não seja feita apenas por que a exploração é proibida por sua legislação.

3. Os Membros também podem considerar como não patenteáveis:

a) métodos diagnósticos, terapêuticos e cirúrgicos para o tratamento de seres humanos ou de animais;

b) plantas e animais, exceto microorganismos e processos essencialmente biológicos para a produção de plantas ou animais, excetuando-se os processos não-biológicos e microbiológicos. Não obstante, os Membros concederão proteção a variedades vegetais, seja por meio de patentes, seja por meio de um sistema *sui generis* eficaz, seja por uma combinação de ambos. O dispositivo neste subparágrafo será revisto quatro anos após a entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC.

Vê-se, portanto, que as normas do TRIPS abrangem todas as novas tecnologias, inclusive aquelas anteriormente declaradas como não abrangidas pelo sistema de propriedade intelectual, tais como produtos farmacêuticos e materiais biológicos.⁵⁷

Convém ressaltar que o ponto mais interessante do TRIPS é o fato de concretizar o primeiro sistema global de direitos de propriedade intelectual, sobre a diversidade biológica, mais especificamente sobre as plantas. Ao estabelecer no art. 27.3, *b*, a proteção a variedades vegetais, está-se enquadrando a biodiversidade sobre essa proteção legal, cabendo a cada Estado decidir como se dará a proteção:

⁵⁷ GRAIN issue. *Op. cit.*

por meio de patentes, por meio de um sistema *sui generis* eficaz, ou por uma combinação de ambos.

A definição do sistema *sui generis* proposto pelo TRIPS é incerta. Não se sabe se seria aquele modelo proposto no item 2.2 do Capítulo anterior⁵⁸, se seria uma espécie de proteção de cultivares e direitos de melhorista⁵⁹ ou se seria ainda um novo modelo de proteção a ser desenvolvido por cada país, segundo suas particularidades.

A conclusão a que se chega é que qualquer uma das três opções deixadas pelo TRIPS sobre o modelo de proteção da biodiversidade é limitada e incompleta porque, embora trate da diversidade biológica, se esquece de mencionar um aspecto fundamental e indissociável da biodiversidade: o conhecimento das comunidades indígenas e tradicionais. Isso porque os interesses mercantilistas regidos pelo TRIPS são diametralmente opostos aos interesses dessas comunidades – direitos exclusivos sobre seus conhecimentos tradicionais, acesso precedido de consentimento prévio informado e repartição de benefícios – todos defendidos pela Convenção da Diversidade Biológica.

Aliás, existem entre a CDB e o TRIPS contradições no que tange aos seus objetivos, ao seu sistema de proteção e às suas obrigações legais. Primeiramente, enquanto a CDB reconhece *a priori* os direitos coletivos das comunidades locais como essenciais na preservação da biodiversidade, prevê a transferência de tecnologia dos países do Norte para o Sul e condiciona o acesso à biodiversidade ao consentimento prévio informado e à repartição de benefícios. O TRIPS, ao contrário, busca a concessão de direitos individuais de propriedade

⁵⁸ O sistema *sui generis* de proteção abordado no Capítulo 2.2 constitui uma espécie de cadastro nacional dos conhecimentos relevantes para a conservação da biodiversidade, reconhece que somente com a proteção destes se protegerá tanto a diversidade biológica quanto a cultura das comunidades tradicionais e impede a concessão de monopólio de exploração por entender que os direitos intelectuais coletivos constituem um patrimônio inalienável da humanidade.

⁵⁹ É oportuno esclarecer esse modelo de proteção a ser concedido às variedades vegetais proposto pelo TRIPS. O melhoramento de vegetais é regulado no Brasil pela Lei 9.456, de 25 de abril de 1997, conhecida como Lei de Proteção de Cultivares. De acordo com as definições da própria lei: cultivar é “a variedade de qualquer gênero ou espécie vegetal superior que seja claramente distinguível de outras cultivares conhecidas por margem mínima de descritores, por sua denominação própria [...]” (art. 3º, IV); melhorista é “a pessoa física que obtiver cultivar e estabelecer descritores que a diferenciem das demais.” (art. 3º, I); e obtentor: pessoa física ou jurídica que obtiver nova cultivar ou cultivar essencialmente derivada que terá assegurada a proteção que lhe garanta o direito de propriedade. (art. 5º). Como esclarece Newton Silveira, o melhorista é o autor da cultivar, mas não, obrigatoriamente, o titular do direito de propriedade sobre ela; o objeto da proteção legal é a nova cultivar ou cultivar essencialmente derivada; e o direito de monopólio não é conferido à cultivar mas à semente, já que o art. 8º dispõe que a proteção da cultivar recairá sobre o material de produção ou de multiplicação vegetativa da planta inteira. SILVEIRA, Newton. *A propriedade intelectual e as novas leis de direitos autorais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 85.

sobre produtos e processos visando a salvaguardar interesses de firmas e corporações internacionais.⁶⁰ Isso sem esquecer que

a uniformização da jurisprudência sobre propriedade intelectual, ao mesmo tempo em que padroniza as condições de acesso à tecnologia, contribui também, nas palavras de Barbosa & Arruda, para ‘cristalizar e manter uma situação de absoluta desigualdade na divisão do patrimônio informacional agregado do mundo’.⁶¹

Vale dizer que a Declaração das Organizações Não-Governamentais, unidas na revisão do art. 27.3, *b*, do Acordo TRIPS, afirma que esse acordo

facilita a apropriação inadequada, pelas corporações do Norte, do conhecimento tradicional e recursos biológicos originados no Sul. Essa biopirataria dos recursos do Sul é uma mudança irônica do Acordo do TRIPS, que prometeu facilitar a transferência de tecnologia do Norte para o Sul, mas, ao contrário, está agora sendo usado pelas corporações no Norte para obter direitos de propriedade privada sobre os recursos e conhecimentos do Sul.⁶²

Em segundo lugar, o TRIPS, além de reconhecer, no seu preâmbulo, que os direitos de propriedade intelectual são direitos privados, estabelece em seu art. 27.1 que a proteção somente será conferida a produtos ou processos que sejam novos, envolvam um passo inventivo e sejam passíveis de aplicação industrial. Esses requisitos elencados pelo TRIPS excluem da proteção os conhecimentos tradicionais, já que são contrários à própria definição de conhecimentos tradicionais: conjunto de crenças e conhecimentos, produzidos coletiva e informalmente, e transmitidos oralmente de uma geração para outra.⁶³

Diante do exposto, ficam evidentes as contradições existentes entre a Convenção da Diversidade Biológica e o TRIPS.⁶⁴ E, perante interesses tão contraditórios – o primeiro reconhece o direito soberano dos Estados sobre os recursos genéticos presentes em seus territórios e expressamente reconhece os direitos coletivos das comunidades indígenas e tradicionais, enquanto o segundo impõe a proteção à propriedade intelectual privada, assegurando a corporações e indivíduos os lucros de monopólio –, a questão que se propõe é saber qual desses interesses deve prevalecer, pois o que se vislumbra é um conflito entre dois instrumentos de Direito Internacional igualmente importantes.

⁶⁰ GRAIN, issue. *Op. cit.*

⁶¹ ALBAGLI, Sarita. *Op. cit.*, 1998, p. 39.

⁶² *Declaração das ONGs unidas na revisão do artigo 27.3, b, do Acordo TRIPS*. Tradução de Maria do Carmo Zinato. Disponível em: <[http:// http://www.ruralnet.com.br/meioambiente/default.asp?noticia=907](http://http://www.ruralnet.com.br/meioambiente/default.asp?noticia=907) />. Acesso em: 18-6-2004.

⁶³ SANTILLI, Juliana. *Op. cit.*, Internet.

⁶⁴ *Vide anexo.*

Urge, neste ponto, relembrar as lições de Direito Internacional sobre fontes do Direito Internacional. Segundo Mello, “convenção é o tratado⁶⁵ que cria normas gerais” e o termo acordo “é geralmente usado para os tratados de cunho econômico, financeiro, comercial e cultural”.⁶⁶ Mas como bem lembra Rezek, as variações terminológicas da palavra acordo são utilizadas na legislação brasileira como sinônimos. E, havendo conflito entre tratados, o impasse é inevitável, pois não há desnível hierárquico entre interesses conflitantes. Além disso, não há como se aplicar as regras de que *lex posterior derogat priori* e *lex specialis derogat generali*, visto que são distintas as fontes de produção normativa.⁶⁷

Por isso, prossegue o autor afirmando que:

Certo é que não há remédio para o conflito real: como quer que proceda, o Estado nele envolvido deixará, no mínimo, de executar fielmente um dos tratados conflitantes, e terá cometido um ilícito internacional contra o co-pactuante prejudicado. Não há valor jurídico, aparentemente, que o socorra em semelhante opção. Estimativas de ordem política determinarão, em princípio, sua conduta na escolha do tratado a que atribuir prevalência. [...] Escorados, todos, na regra *pacta sunt servanda*, e envolvendo a responsabilidade de Estados soberanos, dentro de uma sociedade internacional descentralizada, os tratados se vestem de idêntica virtude jurídica, pouco importando se bilaterais ou coletivos, se ‘contratuais’, ou ‘normativos’, se voltados para tema transcendental ou trivial. Tudo quanto favorece, pois, em casos de conflito, a opção do Estado envolvido por garantir cumprimento ao tratado de maior relevo político e notoriedade, é a consideração extrajurídica da conveniência de fazê-lo.⁶⁸

Desse modo, cada Estado terá fatalmente que privilegiar um acordo em detrimento de outro. A escolha daquele que deve prevalecer é extremamente complexa, pois a decisão acerca do tratado de maior relevo político e notoriedade certamente envolve questões de cunho político e econômico. Assim, conciliar os interesses preservacionistas e os interesses econômicos representa um dos grandes desafios apresentados à comunidade internacional.

⁶⁵ Na definição da convenção sobre direito dos tratados realizada em Viena, em 1969, “tratado significa um acordo internacional concluído entre Estados em forma escrita e regulado pelo Direito Internacional, consubstanciado em um único instrumento ou em dois ou mais instrumentos conexos qualquer que seja a sua destinação específica. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 11 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 191.

⁶⁶ *Idem, ibidem*.

⁶⁷ REZEK, J. Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 101.

⁶⁸ *Idem, ibidem*.

É sabido que deve prevalecer aquele acordo mais relevante tanto para cada Estado individualmente como para a população mundial, e a questão ecológica é hoje, talvez, uma das maiores preocupações da humanidade, uma vez que põe em risco a própria sobrevivência da espécie. É evidente, assim, que a CDB deve ser priorizada, tendo em vista sua característica de proteção ao meio ambiente global, questão de primeira pauta nas agendas internacionais. Com efeito:

A incorporação do marco ecológico ao processo de decisões governamentais – para levar em conta as implicações das políticas públicas sobre a rede de relações que opera nos ecossistemas – constitui mais do que uma aspiração, uma necessidade biológica para a própria manutenção da vida. Esta faceta do momento atual impõe o reconhecimento de que a humanidade atravessa um período de autêntica transição ecológica. [...]

A crise de desenvolvimento via transição ecológica constitui marca registrada da sociedade contemporânea, da mesma forma que o padrão antropocêntrico a levou a considerar progresso e evolução apenas os produtos de sua capacidade para gerar tecnologia, sem admitir limites. [...]

A crise pode ser percebida também através de indicadores concretos de vulnerabilidade dos sistemas naturais. A fotografia do ecossistema planetário presente na multiplicidade de relatórios e modelos de simulação publicados nas últimas décadas é, sob todos os pontos de vista, sombria. A cada ano são perdidos 20 milhões de hectares de florestas e 25 bilhões de toneladas de húmus por efeito da erosão, desertificação, salinização e outros processos de degradação do solo.

Igualmente inquietantes são as previsões relativas à destruição da flora e da fauna. De fato, desaparecem, a cada dia, cerca de cem espécies de animais e plantas, das quais sequer se chegaram a conhecer as características e o potencial para o bem-estar do ser humano. As implicações desses desastres ecológicos, sem paralelo na história dos desastres naturais para o conhecimento científico, para a medicina, para a engenharia genética e para outras atividades produtivas, não podem deixar de ser registradas.

Antes de reduzir o debate a uma questão de cifras estimadas sobre a multiplicidade dos ecossistemas, o que deve ser motivo de preocupação é a tendência que tais projeções sugerem.

Deixa de ser importante se estamos discutindo o desaparecimento de 20% ou 40% de um recurso. A questão é como evitar que isto aconteça, pois o que está em pauta é a própria sobrevivência da espécie.⁶⁹

⁶⁹ PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *O desafio do desenvolvimento sustentável: Relatório do Brasil para a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*. Brasília: Cima, 1991. p. 14.

Releva observar, ainda, que a Constituição Federal de 1988, ao tratar dos direitos e das garantias fundamentais, prevê que a propriedade atenderá a sua função social. Essa função social da propriedade, inerente à própria estrutura do conceito de propriedade – pois inconcebível falar em propriedade que não desempenhe uma função social –, condiciona o exercício do direito às exigências do bem-estar social.

Com efeito, deve-se privilegiar a satisfação do bem comum da coletividade em detrimento do interesse individual e restrito de uma só pessoa. Em outras palavras, a utilização e o desfrute de um bem devem ser feitos de acordo com a conveniência social de sua utilização. O direito do dono deve ajustar-se aos interesses da sociedade; e, em caso de conflito, o interesse social deve prevalecer sobre o individual.

Como bem salienta Queiroga, a função social da propriedade é princípio jurídico fundamental que deve ser observado não apenas no tocante à propriedade do solo urbano, mas em todos os aspectos desse vasto direito.

Como princípio geral de Direito, a função social da propriedade deve balizar decisões judiciais não apenas quando a lei for omissa, mas, ao contrário, deverá estar sempre presente todas as vezes que se envolva uma questão relativa ao direito de propriedade.

Como princípio politicamente conformador, atua como uma espécie de norma propulsora da atividade legislativa e administrativa. Qualquer que seja a matéria a ser regulada pelo legislador, que diga respeito ou esteja vinculada à idéia de propriedade, deve ter como pressuposto lógico a noção do desempenho de uma função social, pela propriedade.

Já como princípio-garantia, a função social da propriedade confunde-se com regra jurídica. Nesta perspectiva, ela se reflete em dois sentidos diversos: garante ao proprietário que ele não será molestado enquanto estiver satisfazendo a função social e garante aos interessados medidas para combater atos incompatíveis com o fundamento da atribuição do domínio.⁷⁰

De fato, a função social da propriedade é pressuposto lógico para o exercício de qualquer direito de propriedade. E, certamente, os direitos de propriedade sobre os conhecimentos tradicionais não constituem exceção à regra: sujeitam-se ao dever social de melhor servir à coletividade. Por isso mesmo, e conforme já salientado alhures, devem ser privilegiadas as disposições da CDB, mormente porque

⁷⁰ QUEIROGA, Alessandra Elias de. *Os parcelamentos ilegais do solo e a desapropriação como sanção: o caso dos 'condomínios irregulares' no Distrito Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 73.

valorizam a cultura das comunidades locais, incentivam a preservação e a conservação dos recursos genéticos e biológicos por meio do seu uso sustentável, estimulam a repartição dos benefícios derivados da utilização do conhecimento tradicional, enfim, enfatizam o caráter publicista do direito em questão.

Registre-se, ainda, que o simples fato de a função social da propriedade ser resguardada como princípio na própria Constituição Federal (art. 5º, XXIII, e art. 170, III) já faz prevalecer o caráter publicista do direito de propriedade em detrimento das regulamentações do Acordo TRIPS tendentes a subverter a diretriz constitucional e assegurar meras faculdades privatistas e mercantilistas.

Desse modo, não restam dúvidas de que a questão ambiental – ou seja, a busca de um desenvolvimento sustentável, de forma a permitir um crescimento econômico que preserve a qualidade de vida e conserve o meio ambiente para as gerações futuras – deve ser privilegiada em detrimento de questões individualistas e mercantilistas referentes à propriedade. Portanto, é inegável a necessidade de cada Estado fazer valer os ditames da Convenção da Diversidade Biológica – inclusive aqueles que não encontram respaldo ou são contrários aos dispositivos do Acordo TRIPS –, visto que a preservação da biodiversidade e dos elementos indissociavelmente a ela ligados é fundamental para a sobrevivência humana na Terra.

5 A NORMATIZAÇÃO DOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS NO BRASIL

Conforme visto anteriormente, os conhecimentos tradicionais são elementos indissociavelmente ligados à biodiversidade e essenciais para conservação desta. Convém lembrar que:

O modo de vida tradicional dos índios apóia-se num conhecimento exaustivo do território que habitam. Essa integração é necessária para que sejam conservadas as características do ambiente, possibilitando atividades econômicas produtivas e que possam ser reproduzidas ao longo do tempo. Os índios mantêm, desse modo, observação e controle permanente sobre as áreas de atividade, corrigindo, pela intervenção deliberada, desgastes ou desequilíbrios causados tanto pela ação do homem como pela natureza. Os mecanismos de adequação tradicionais fazem parte de um corpo de saber trabalhado lentamente pela tradição, e que se renova no ritmo próprio da dinâmica comunitária.

A análise da cultura indígena fornece um conjunto de informações e conhecimentos sobre os processos da natureza, que ajudam a aprofundar a reflexão sobre a questão ambiental em muitos aspectos.⁷¹

Diante de conhecimentos e informações tão valiosos, é inegável a necessidade de proteção. As diretrizes básicas dessa proteção encontram-se na Constituição Federal. Como explica Celso Bastos, a Constituição de 1988 foi a primeira a abordar diretamente a questão da proteção ambiental, destinando um capítulo específico sobre o tema, muito embora esse tema seja lembrado ao longo de todo o texto constitucional.⁷² No que tange especificamente aos conhecimentos tradicionais, merecem destaque o Capítulo VI – que trata sobre o meio ambiente – o Capítulo VIII – que dispõe sobre os índios – e a Seção II do Capítulo III, todos do Título VIII – que trata da cultura brasileira.

Nesse sentido, assumem grande importância o artigo 231, *caput*, da Carta Magna, que reconhece aos índios sua organização social, seus costumes, suas línguas, suas crenças e suas tradições, cabendo à União proteger e fazer respeitar todos os seus bens, e o artigo 215 do mesmo dispositivo legal, que garante o pleno exercício dos direitos culturais e prevê a proteção das culturas populares e indígenas. Além disso, temos o art. 216,⁷³ que estabelece que os bens culturais de caráter material e imaterial (estando os conhecimentos tradicionais incluídos neste último) integram o patrimônio cultural brasileiro e têm a sua proteção assegurada pela Constituição Federal – lei suprema do País.

Em síntese, pode-se afirmar que a Constituição Federal reconhece “direitos originários” sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios – sendo esses direitos anteriores à criação do próprio Estado e não vinculados a qualquer ato de legitimação ou reconhecimento formal por parte do Poder Público – e garante direitos de posse permanente e usufruto exclusivo. Cumpre esclarecer que a posse indígena tem natureza *sui generis*, uma vez que difere da posse tratada no Código Civil e não se limita à mera exploração ou ocupação da terra, pois vai além disso: faz do uso da terra fonte de sobrevivência física e cultural da comunidade. Já o direito de usufruto exclusivo compreende a possibilidade de

⁷¹ PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Op. cit.*, p. 68. Note-se que, apesar da ênfase dada aos povos indígenas, o termo comunidades tradicionais engloba também ribeirinhos, quilombolas, seringueiros, agricultores etc.

⁷² BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 488.

⁷³ Dispõe o art. 216 da Constituição Federal: “Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I – as formas de expressão; II - os modos de criar, fazer e viver; III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas (...)”. (Sublinhas nossas).

utilização e exploração econômica de todos os recursos naturais existentes em suas terras, com o objetivo de garantir uma forma de subsistência para esses povos.⁷⁴

Ressalte-se, portanto, que o legislador constitucional, ao reconhecer a exclusividade do uso das terras indígenas por seus povos e garantir proteção para que esses direitos originários não sejam usurpados, buscou preservação tanto das terras indígenas quanto das riquezas naturais e culturais dessas comunidades.

Tanto é assim que o art. 215 da Carta Magna estabelece que “o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”. (Sublinhas não encontradas no original)

Cabe ao legislador infraconstitucional, portanto, regular a matéria em questão, seguindo, logicamente, os ditames estabelecidos na Carta Magna e também os preceitos da Convenção da Diversidade Biológica.

Atualmente, a matéria é regulada pela Medida Provisória n. 2.186-16, de 23 de agosto de 2001, décima sexta reedição da medida provisória originária de n. 2.052, de 28 de julho de 2000. 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 à transferência de tecnologia para a conservação e utilização e dá outras providências.

Em suma, pode-se dizer que a medida provisória estabelece que:

O acesso a componente do patrimônio genético para fins de pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico ou bioprospecção será feito sem prejuízo dos direitos de propriedade material ou imaterial que incidam sobre o componente do patrimônio genético acessado ou sobre o local de sua ocorrência (art. 1º, § 1º);

A exploração do patrimônio genético somente será feita mediante autorização ou permissão da União e terá o seu uso e sua comercialização sujeitos à fiscalização (art. 2º);

É de propriedade da União o patrimônio genético existente em seus bens, bem como nos recursos naturais encontrados na plataforma continental e na zona econômica exclusiva (art. 2º, parágrafo único);

O Estado reconhece o direito das comunidades indígenas e das comunidades locais para decidir sobre o uso de seus conhecimentos tradicionais associados ao

⁷⁴ SANTILLI, Juliana. Aplicação das normas ambientais às terras indígenas e superposição de unidades de conservação com terras indígenas. *Revista de Direito Ambiental*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1998, n. 12, p. 68.

patrimônio genético do País, sendo que este integra o patrimônio cultural brasileiro e pode ser objeto de cadastro (art. 8º, §§ 1º e 2º);

É garantido às comunidades indígenas e locais o direito de ter indicada a origem do acesso ao conhecimento tradicional e de impedir terceiros não autorizados de utilizar, realizar testes, pesquisas ou exploração, relacionados ao conhecimento tradicional associado ou divulgar, transmitir ou retransmitir dados ou informações que integram ou constituem conhecimento tradicional associado (art. 9º, I e II) e

É assegurada às comunidades indígenas e tradicionais a percepção de benefícios pela exploração econômica por terceiros, direta ou indiretamente, de conhecimento tradicional associado, cujos direitos são de sua titularidade (art. 9º, III).

Apesar de reeditada inúmeras vezes (ao todo são dezesseis edições), essa medida provisória foi – e ainda é – muito criticada por cientistas, ambientalistas e parlamentares. Isso ocorre, em primeiro lugar, porque se trata de assunto de extrema importância a ser regulamentado por ato do Poder Executivo sem, evidentemente, todas as formalidades do processo legislativo – além de poder ter o seu conteúdo modificado de acordo com as pressões políticas exercidas sobre o Executivo. Em segundo lugar, porque foi uma tentativa do governo de validar o contrato firmado entre a Organização Social Bioamazonia, criada pelo Ministério do Meio Ambiente, e a empresa farmacêutica suíça Novartis Pharma AG, que desprezou todos os trabalhos técnicos e as discussões que estavam sendo realizados no Congresso Nacional, desde 1995, com o Projeto de Lei n. 306 de autoria da Senadora Marina Silva (PT-AC).⁷⁵

Tal acordo, firmado em 29 de maio de 2000, e estimado no valor de US\$ 3 milhões, objetivava promover pesquisas na Amazônia e permitia à multinacional Novartis, entre outras coisas, acesso irrestrito, licença perpétua e exclusiva de usar os organismos genéticos e vegetais amazônicos e direitos patentários sobre toda a biodiversidade brasileira. Além disso, previa o envio em larga escala para o exterior de material genético vivo (germoplasma), em cepas de microorganismos, chegando ao cúmulo de estabelecer que, no caso de divergências entre os envolvidos sobre a condução do projeto, o voto decisivo estaria nas mãos da Novartis e, com relação a qualquer controvérsia insolúvel por vias amigáveis, a câmara de arbitragem internacional de Londres seria a responsável pela decisão final.⁷⁶ Entretanto, graças às inúmeras críticas recebidas, o acordo foi suspenso; mas a medida provisória criada para legitimá-lo continua em vigor.

⁷⁵ GONÇALVES, Marcos. *Governo edita MP para regular acesso aos recursos genéticos*. Disponível em: <<http://www.socioambiental.org/website/noticias/direitos/20000704.html>>. Acesso em: 17-7-2003.

⁷⁶ COMISSÃO DE DEFESA E PRESERVAÇÃO DA ESPÉCIE E DO MEIO AMBIENTE. *A legislação da "biopirataria" amazônica*. Disponível em: <<http://www.murante.com.br/cdpema/>>. Acesso em: 2-8-2003.

O conteúdo dessa medida provisória é tão controvertido que, inclusive, sua constitucionalidade foi discutida perante o STF por intermédio de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn n. 2.289/00), ajuizada pela CONTAG – Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura, em 14 de agosto de 2000, questionando a validade do texto em sua íntegra ou, alternativamente, dos seus artigos 10 e 14 da primeira edição da Medida Provisória n. 2.052/00.

O art. 10 da MP 2.052/00 dispunha que: “à 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.” Desse modo, concedia-se uma anistia geral para todos aqueles que exploravam os conhecimentos tradicionais brasileiros até aquela data estipulada, permitindo, ainda, a continuidade da exploração, sem qualquer ônus ou contrapartida aos detentores desses conhecimentos, se esta fosse feita nas condições anteriores.⁷⁷

Tal dispositivo é absurdo, posto que viola os preceitos da Convenção da Diversidade Biológica – que valoriza os conhecimentos tradicionais e prevê a repartição eqüitativa advinda de sua exploração econômica – e o art. 225, § 1º, II, da Constituição Federal, que confere ao Poder Público a preservação da biodiversidade e a integridade do patrimônio genético do País, na medida em que legitima a biopirataria no Brasil.

Outro artigo que teve sua constitucionalidade questionada pela ADIn 2.289/00 é o art. 14, que estabelece: “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”. Nesse caso, também é evidente a sua afronta à Constituição Federal, uma vez que o art. 231, § 6º, da Carta Magna estabelece que os casos de relevante interesse público da União para acesso aos recursos genéticos existentes em terras indígenas devem ser definidos em lei complementar e não de acordo com os critérios da autoridade competente, como prevê a medida provisória.

Entretanto, a referida ADIn foi extinta sem julgamento de mérito, por decisão monocrática do relator, Ministro Néri da Silveira, baseada em questão meramente procedimental e sem analisar, por óbvio, o mérito da questão. Mostra-se parte do teor da decisão proferida.

(...) A presente ação direta de inconstitucionalidade não pode prosseguir.

⁷⁷ LIMA, André. *Medida provisória que regulamenta o acesso aos recursos genéticos é reeditada*. Disponível em: <http://www.socioambiental.org/website/noticias/direitos/20010305.html/>. Acesso em: 15-7-2003.

12. Com efeito, a nova redação do contestado artigo 17 da Medida Provisória n. 2.126, de 22 junho de 2001, revogada pela citada Medida Provisória n. 2.186-14, de 28 de junho de 2001, introduziu substancial alteração no dispositivo atacado nesta ação direta de inconstitucionalidade (fl. 272) (DOU 25-6-2001). A própria requerente, conforme já referido, admite este fato (fls. 234/235).

13. Esta Corte já firmou orientação no sentido da admissão de aditamento em ação direta de inconstitucionalidade tão-só quando ocorra a identidade substancial e formal da norma reeditada, em relação à constante da Medida Provisória em vigor quando da propositura da ação direta. Com base nesse entendimento, o Tribunal, em sessão de 17-9-1998, resolvendo questão de ordem, indeferiu pedidos de aditamento quanto às reedições, de conteúdo diverso, da medida provisória impugnada na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.753, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, julgando-a, em consequência, prejudicada. O acórdão está assim ementado:

“Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade e reedição de medidas provisórias: evolução da jurisprudência: aditamento da petição inicial: pressuposto de identidade substancial das normas. A possibilidade do aditamento da ação direta de inconstitucionalidade de modo a que continue, contra a medida provisória reeditada, o processo instaurado contra a sua edição original, pressupõe necessariamente a identidade substancial de ambas: se a norma reeditada é não apenas formal, mas também substancialmente distinta da originalmente impugnada, impõe-se a propositura de nova ação direta” (in DJ 23-10-98, p. 02).

14. Do exposto, na conformidade da jurisprudência desta Corte, com base no art. 38 da Lei 8.038, de 28 de maio de 1990, combinado com o art. 21, § 1º, do RISTF, julgo extinta a presente ação, sem prejuízo de a requerente, querendo, ajuizar nova ação direta de inconstitucionalidade. Publique-se.

Dessa feita, e considerando a alteração substancial da redação dos artigos impugnados em razão de superveniente reedição normativa, o Ministro relator extinguiu a ação sem julgamento de mérito, por faltar-lhe requisito essencial de admissibilidade, muito embora registre, a final, a possibilidade de ajuizamento de nova ação direta de inconstitucionalidade.

Apesar da não-apreciação da inconstitucionalidade dos dispositivos da MP 2.186-16/01 pelo STF, pode afirmar-se que o Governo Federal reconheceu, de certa forma, a validade do pedido feito nesta ação de inconstitucionalidade,

na medida em que efetuou significativas alterações nas últimas edições da MP 2.052/00. O antigo art. 10 foi substituído pelo art. 34, que estabelece que “a pessoa que utiliza ou explora economicamente componentes do patrimônio genético e conhecimento tradicional associado deverá adequar suas atividades às normas desta Medida Provisória e do seu regulamento”; e o art. 14 foi suprimido, passando a questão a ser tratada pelo art. 17, que prevê, “em caso de relevante interesse público, assim caracterizado pelo Conselho de Gestão, o ingresso em área pública ou privada para acesso a amostra de componente do patrimônio genético dispensará anuência prévia dos seus titulares”, mas, “em se tratando de terra indígena, observar-se-á o disposto no § 6º do art. 231 da Constituição Federal.”

Não obstante tenha a última edição da Medida Provisória n. 2.186-16/01 sido melhorada em relação à MP originária de n. 2.052/00, ainda recebe muitas críticas. André Lima, comentando umas das edições dessa MP, afirma que esta

é indesejável como instrumento normativo porque desrespeita os mais de quatro anos de debates entre parlamentares e a sociedade brasileira no Senado Federal que culminou com a aprovação do Projeto de Lei n. 306/95. [...] é, na prática, impraticável, pois para ser implementada carece de ampla regulamentação hoje inexistente. Mesmo que venha a existir será juridicamente frágil, já que sua sustentação legal dependerá da aprovação (sem alterações) da Medida Provisória pelo Congresso Nacional.⁷⁸

Realmente, a edição da medida provisória pelo Poder Executivo ignorou toda a discussão legislativa que se travava no Congresso Nacional iniciada com os Projetos de Lei n. 306/95, da Senadora Marina Silva, n. 4.579/98, do Deputado Federal Jacques Wagner, n. 4.751/98, do Poder Executivo, e a Proposta de Emenda Constitucional n. 618/98. Convém comentar cada um desses projetos legislativos – no que diz respeito aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade –, uma vez que trazem disposições importantes para a efetiva regulamentação da matéria.

5.1 PROJETO DE LEI N. 306/95

O Projeto de Lei n. 306, de autoria da Senadora Marina Silva, foi apresentado ao Congresso Nacional em 1995 e, atualmente, encontra-se em

⁷⁸ *Idem, ibidem.*

tramitação nas Comissões da Câmara dos Deputados. Tem o referido projeto o intuito de “contribuir para criar um espaço concreto de discussão e tomada de decisão sobre um dos aspectos cruciais da problemática da biodiversidade, que é o do acesso aos recursos genéticos, objeto de um tópico específico na Convenção da Biodiversidade.”⁷⁹ Aliás, esta proposta segue a idéia desenvolvida pelo professor Ennio Candotti, ex-presidente da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência – SBPC:

Até agora, o direito sobre o patrimônio genético não estava definido; oscilava entre o patrimônio comum da humanidade, de livre acesso, e o patrimônio de moderado acesso, concedido com benevolência pelos países que o abrigam. Hoje não há mais lugar para benevolência. Devemos criar um instrumento jurídico próprio, e o Congresso deverá definir as leis necessárias para proteger esse patrimônio.⁸⁰

Em suma, reconhece a necessidade de proteção dos direitos coletivos das comunidades indígenas e locais, garante a repartição justa e equitativa dos benefícios oriundos do acesso aos recursos genéticos e produtos derivados e dispõe sobre os contratos de acesso para viabilizar a bioprospecção.

Ademais, estabelece as condições para autorização de acesso a recursos genéticos e determina a criação de uma comissão composta por representantes do Governo Federal, dos governos estaduais e do Distrito Federal, da comunidade científica, de organizações não-governamentais e de empresas privadas, com o objetivo de coordenar, avaliar e assegurar o desenvolvimento das atividades de preservação da diversidade e da integridade do patrimônio genético nacional.

No capítulo destinado à proteção do conhecimento, assegura o direito das comunidades locais de se beneficiarem das suas tradições e seus conhecimentos, bem como de serem compensadas pela conservação dos recursos biológicos e genéticos, seja mediante direitos de propriedade intelectual ou outros mecanismos. No caso de não ser possível a identificação de um indivíduo responsável pelos conhecimentos, estes serão protegidos por meio de direitos coletivos de propriedade intelectual. Prevê a lei que esses direitos coletivos serão regulamentados posteriormente, devendo, para tanto, seguir algumas diretrizes: identificar os tipos de direitos de propriedade intelectual que se reconhecem em cada caso; definir os requisitos e os procedimentos exigidos para que sejam reconhecidos o direito

⁷⁹ JUSTIFICAÇÃO DO PROJETO DE LEI 306/95. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/senador/marinasi/Plbiodi1.htm/>>. Acesso em: 20-3-2004.

⁸⁰ CANDOTTI, Ennio. Eco-92: primeira avaliação da conferência. *Revista Política Externa – Paz e Terra*. São Paulo, vol. 1, n. 2, 1992. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/senador/marinasi/Plbiodi1.htm/>>. Acesso em: 2-8-2003.

intelectual coletivo e a sua titularidade; e definir um sistema de registro coletivo, de procedimentos e de direitos e obrigações dos titulares.⁸¹

Dispõe, ainda, que não serão reconhecidos direitos individuais de propriedade intelectual, registrados dentro ou fora do País, relativos a recursos biológicos ou genéticos, derivados deles ou de processos respectivos, quando utilizem o conhecimento coletivo de comunidades locais ou quando tenham sido adquiridos sem o certificado de acesso e a licença de saída do País (art. 21). Tal determinação é extremamente importante, pois impede o reconhecimento de direito de monopólio exclusivo para produtos que tenham por base conhecimentos tradicionais brasileiros (mesmo que tenham registro de patente no exterior) e para produtos adquiridos sem observância de contratos de acesso, o que, sem dúvida, cria barreiras à biopirataria.

Outra garantia assegurada às comunidades indígenas e locais é, conforme dispõe o art. 20,

o direito de não permitir a coleta de recursos biológicos e genéticos e o acesso ao conhecimento tradicional em seus territórios, assim como o de exigir restrições a estas atividades fora de seus territórios, quando se demonstre que estas atividades ameacem a integridade de seu patrimônio natural ou cultural.

Por fim, esse projeto trata da transferência de tecnologia – afirmando que será apoiado o desenvolvimento de tecnologias nacionais, em especial aquelas baseadas em usos e práticas tradicionais – e estipula sanções administrativas para os infratores da lei, como apreensão definitiva e preventiva do recurso coletado e suspensão/revogação da licença para acesso aos recursos genéticos.

5.2 PROJETO DE LEI N. 4.579/98

A proposta legislativa n. 4.579/98, encaminhada pelo então Deputado Federal Jacques Wagner, assemelha-se muito àquela apresentada pela Senadora Marina Silva (Projeto n. 306/95). Ambas se caracterizam pela preocupação com a dimensão socioambiental do acesso e com a proteção da bio e sociodiversidade.⁸²

Santilli, ao comentar esse projeto de lei, afirma que a inclusão no texto da lei da legitimidade das associações civis e dos próprios índios para “promover a defesa

⁸¹ Note-se que esse modelo de proteção sugerido pelo Projeto de Lei 306/95 assemelha-se àquele sistema híbrido de proteção (direitos de propriedade intelectual cumulado com o regime *sui generis* – cadastro), adotado por países como Costa Rica e Colômbia.

⁸² SANTOS, Laymert Garcia dos. *Informação, recursos genéticos e conhecimento tradicional associado*. Disponível em: <<http://www.bdt.org.br/sma/biodiversidade/recursos/>>. Acesso em: 17-7-2003.

– judicial e extrajudicial – de seus direitos e interesses” é salutar, apesar de já reconhecida pela Constituição Federal. Afirmar também que a possibilidade de “negar acesso a recursos genéticos existentes nas áreas por eles ocupadas, ou o acesso a conhecimentos tradicionais a eles associados, quando entenderem que estas atividades ameaçam a integridade de seu patrimônio natural ou cultural”, merece ser elogiada, posto que a redação anterior do projeto previa apenas a possibilidade de “solicitar” a não-permissão do acesso.⁸³

A novidade do projeto é a inclusão de sanções penais para os crimes contra o patrimônio genético, visando a combater a biopirataria.

Vale citar, ainda, o Projeto de Lei n. 1.953/99, do Deputado Silas Câmara (PL/AM), que também segue apenso aos projetos de lei acima referidos, na Câmara dos Deputados, estabelecendo normas para o combate a biopirataria.

5.3 PROJETO DE LEI N. 4.751/98

A proposta legislativa de n. 4.751/98, encaminhada pelo Poder Executivo, reflete a filosofia mercantilista e centralizadora adotada pelo Governo Federal no tocante aos direitos coletivos de comunidades indígenas sobre conhecimentos tradicionais que detêm acerca dos recursos genéticos existentes em suas terras.

São inúmeras as afrontas aos direitos das comunidades tradicionais:⁸⁴

Prevê que será destinada às comunidades tradicionais uma percentagem sobre os benefícios advindos da exploração econômica, a qual será definida em regulamento. (Observe-se que é absurda essa colocação de que questões tão essenciais, como a repartição justa e equitativa dos benefícios advindos da exploração de recursos genéticos, sejam deixadas para ser regulamentadas por ato do Poder Executivo que, sem dúvida, está sujeito a pressões políticas nacionais e internacionais).

Estabelece que a autorização para acesso a recursos genéticos existentes em terras indígenas dependerá de anuência do órgão indigenista oficial, ouvida a comunidade indígena envolvida.

Prevê a necessidade de audiência prévia do Conselho de Defesa Nacional no caso de autorização para acesso aos recursos genéticos e conhecimentos

⁸³ SANTILLI, Juliana. *Op. cit.*, Internet.

⁸⁴ *Idem, ibidem.*

tradicionais existentes em áreas indispensáveis à segurança nacional. (Novamente, o poder decisório das comunidades indígenas de negar acesso nos casos em que viole sua integridade física está sendo sujeito à aprovação de uma terceira pessoa).

Exclui da Comissão de Recursos Genéticos, a qual é responsável pela coordenação e avaliação do desenvolvimento das atividades de preservação da diversidade e da integridade do patrimônio genético nacional, a participação da comunidade científica, comunidades locais, povos indígenas e organizações não-governamentais. (Excluir dessa Comissão sujeitos tão importantes com a justificativa de ser um processo menos burocrático é impor decisões autoritárias e monocráticas).⁸⁵

A filosofia dessa proposta legislativa é, portanto, totalmente oposta àquela idealizada pela Convenção da Diversidade Biológica, que reconhece direitos exclusivos das comunidades indígenas e locais sobre seus conhecimentos tradicionais, acesso precedido de consentimento prévio informado, repartição de benefícios e direito de negar acesso.

Felizmente, o Governo Federal retirou esse projeto de lei de tramitação na tentativa de concentrar esforços na regulamentação do tema por meio da Medida Provisória atualmente com o n. 2.186-16/01. A justificativa apresentada pelo Ministro do Meio Ambiente, Sarney Filho, foi de que “a ausência de regulamentação do setor e a provável espera de pelo menos mais um ano de tramitação da matéria no Congresso levaram o governo a adiantar a aplicação de alguns dispositivos que suprissem de imediato a grave lacuna legal existente”.⁸⁶

5.4 PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL N. 618/98

A Proposta de Emenda Constitucional n. 618/98, apresentada juntamente com o Projeto de Lei n. 4.751/98, continua em tramitação no Congresso, atualmente, nas Comissões Especiais da Câmara dos Deputados. Esta acresce um inciso ao artigo 20 da Constituição Federal, incluindo aos bens da União o patrimônio genético, exceto o humano. Pretende-se, assim, dar aos recursos genéticos tratamento semelhante àquele destinado aos recursos minerais e aos recursos naturais da

⁸⁵ ERDOS, Jordan E. *Acesso aos recursos genéticos no Brasil*. Disponível em: <http://www.sustain.org/biotech/library/admin/uploadedfiles/Current_Legislati/>. Acesso em: 2-8-2003.

⁸⁶ GONÇALVES, Marco Antonio. *Governo Federal insiste em regulamentar acesso aos recursos genéticos por medida provisória*. Disponível em: <<http://www.socioambiental.org/website/noticias/direitos/index.cfm/>>. Acesso em: 2-8-2003.

plataforma continental e da zona econômica exclusiva.⁸⁷ Em outras palavras, pode-se dizer que, transferindo a propriedade desses bens para a União, a propriedade deles se tornaria pública “independentemente do titular do direito de propriedade sobre o solo e sobre os recursos naturais que os contêm”.⁸⁸

Segundo o Grupo Interministerial de Acesso aos Recursos Genéticos (GIARG), responsável pela elaboração da emenda constitucional, o objetivo da proposta é facilitar o cumprimento do art. 225, § 1º, II da Constituição Federal, ou seja, facilitar a preservação e a fiscalização do patrimônio genético brasileiro.

Todavia, no entendimento de Carlos Marés, “a proposta de emenda tem como objetivo abrir a possibilidade de acesso e exploração econômica do patrimônio genético, hipótese antes dificultada por esse mesmo inciso II que determina a obrigação de preservar sua integridade!”⁸⁹

Sem dúvida, a inclusão dos recursos genéticos no rol de bens de propriedade da União terá duas conseqüências: deixará a cargo do Estado o direito de dispor sobre tais bens (inclusive mediante concessões) e reduzirá sensivelmente os direitos das comunidades indígenas e tradicionais sobre a biodiversidade, especialmente porque se choca com o usufruto exclusivo dos recursos naturais existentes em terras indígenas já assegurado pela Constituição.⁹⁰

No entanto, o que deve prevalecer é o entendimento de Santilli:

Os recursos genéticos – da mesma forma como os bens ambientais em geral – independentemente de pertencerem ao domínio privado ou público (conforme a dominialidade sobre os recursos naturais que os contêm), devem ter o 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.⁹¹

E, citando Vandana Shiva, prossegue afirmando que:

A soberania assegurada aos países signatários 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 daquele país.

⁸⁷ SANTOS, Laymert Garcia dos. *Op. cit.*, Internet.

⁸⁸ SANTILLI, Juliana. *Op. cit.*, Internet.

⁸⁹ MARÉS, Carlos *apud* SANTOS, Laymert Garcia dos. *Op. cit.*, Internet.

⁹⁰ FURRIELA, Fernando Nabais. *A proteção legal da biodiversidade*. Disponível em: <<http://www.bdt.org.br/sma/biodiversidade/conclusao/>>. Acesso em: 2-8-2003.

⁹¹ SANTILLI, Juliana. *Op. cit.*, Internet.

A proposta de emenda constitucional apresentada pelo governo parece incidir exatamente neste equívoco: confunde o direito de soberania sobre os nossos recursos genéticos com dominialidade pública ou estatal. Proteção estatal não significa propriedade pública, necessariamente.⁹²

Urge, por fim, esclarecer que, enquanto não se chega a uma conclusão sobre as propostas legislativas em tramitação no Congresso Nacional, Estados – como o Acre e o Amapá – já vêm apresentando sua própria legislação sobre a matéria no intuito de combater a biopirataria e alcançar um desenvolvimento sustentável. O que não se sabe, ao certo, é se o Estado tem competência para legislar sobre o acesso aos recursos genéticos, mas, até o momento, não houve qualquer questionamento federal às leis estaduais.⁹³

Importante é que, qualquer que seja a proposta aprovada pelo Poder Legislativo, deve o Governo Federal se “inspirar nos preceitos da Convenção sobre Diversidade Biológica, da qual o Brasil é signatário, e menos nos cifrões que advirão da concessão do acesso aos recursos genéticos a empresas de biotecnologia.”⁹⁴

6 CONCLUSÃO

Do exposto, verifica-se que os conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade são imprescindíveis para preservação da diversidade biológica e da sociodiversidade e, além do seu valor econômico, têm grande importância social, científica e ambiental. Ademais, são totalmente distintos dos conhecimentos tecnocientíficos, uma vez que se baseiam em observações empíricas e experiências rudimentares, constantemente checadas e avaliadas. Mas talvez a mais importante de suas características seja a capacidade de sintetizar toda uma cultura, posto que englobam um modo de vida e uma complexa estrutura de valores, estórias, língua, relações sociais e experiências baseadas nas relações com a terra, a família, os animais e os lugares.

Dessa forma, a necessidade de proteção dos conhecimentos tradicionais reside não apenas na sua relevância na conservação da biodiversidade e no desenvolvimento

⁹² SHIVA, Vandana. *Protecting our biological and intellectual heritage in the age of biopiracy*. Research Foundation for Science, Technology and Natural Resource Policy. New Delhi, Índia *apud* SANTILLI, Juliana. *Op. cit.*, Internet.

⁹³ ERDOS, Jordan E. *Op. cit.*, Internet.

⁹⁴ GABEIRA, Fernando *apud* GONÇALVES, Marco Antonio. *Op. cit.*, Internet.

sustentável, menos ainda na sua aplicação industrial; mas sim no fato de que, sem eles, as comunidades tradicionais perderiam a sua integridade e a sua cultura.⁹⁵

Não restam dúvidas, assim, de que a proteção dos conhecimentos tradicionais implica a proteção dos direitos humanos das comunidades indígenas e tradicionais, na medida em que a não-conservação desses conhecimentos impede o aperfeiçoamento e o desenvolvimento desses povos e, em última análise, afeta a dignidade da pessoa humana, assegurada pelo art. 1º da Constituição. Cumpre lembrar que, na definição de Tobeñas, direitos humanos são

aqueles direitos fundamentais da pessoa humana – considerada tanto em seu aspecto individual como comunitário – que correspondem a esta em razão de sua própria natureza (de essência ao mesmo tempo corpórea, espiritual e social) e que devem ser reconhecidos e respeitados por todo poder e autoridade.⁹⁶

Para tanto, a proteção dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade deve ser feita por meio do sistema *sui generis*, tendo em vista que é o único sistema capaz de proteger efetivamente direitos de natureza tão peculiar dada a abrangência de sua cobertura.

De fato, a busca de um desenvolvimento sustentável, de forma a permitir um crescimento econômico que preserve a qualidade de vida e conserve o meio ambiente para as gerações futuras, deve ser privilegiada em detrimento de questões individualistas e mercantilistas referentes à propriedade. Assim, deve-se prestigiar as disposições da Convenção da Diversidade Biológica, bem como o princípio constitucional da função social da propriedade, porquanto valorizam a cultura das comunidades locais, incentivam a preservação e a conservação dos recursos genéticos e biológicos, enfatizam o caráter publicista do direito em questão e condicionam o exercício do direito de propriedade ao dever social de melhor servir à coletividade.

Registre-se, contudo, que a implantação de um sistema *sui generis* precisa ser mais debatida já que sua efetivação enfrenta diversos óbices, como, por exemplo, a dificuldade de estabelecer a forma como deve ser o armazenamento do conhecimento – ou seja, se no caso do tipir, citado anteriormente, seria guardada a substância ou se seria feito apenas um relatório das propriedades da planta em questão.

⁹⁵ DUTFIELD, Graham. The public and private domains: intellectual property rights in traditional ecological knowledge. *Anais do Seminário Internacional sobre Direito da Biodiversidade*, 30-4-1999.

⁹⁶ TOBEÑAS, José Castan *apud* MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 40.

Por outro lado, é imprescindível que o Estado “faça valer, na prática, os direitos constitucionais e valorize estrategicamente a sociodiversidade nativa e sua correlação com a biodiversidade”.⁹⁷

No entanto, essa nova política governamental só será atingida se houver a participação de todos os setores da sociedade – comunidades locais afetadas, associações civis, organizações não-governamentais e instituições de pesquisa e ensino – e se forem seguidos os louváveis preceitos da Constituição Federal na elaboração da legislação infraconstitucional, pois, como explica Carlos Marés:

A Constituição de 1988 revolucionou a relação entre o Estado e os povos indígenas porque reconheceu o direito de permanecerem para sempre como índios; parecia ser o fim de cinco séculos de política integracionista. O texto aprovado avançou significativamente em relação a todo o sistema anterior porque (1) ampliou os direitos dos índios reconhecendo sua organização social, seus usos, costumes, religiões, línguas e crenças; (2) considerou o direito à terra como originário, isto é, anterior à lei ou ato que assim o declare; (3) conceituou terra indígena incluindo não só aquelas necessárias à habitação, mas à produção, preservação do meio ambiente e as necessárias à sua reprodução física e cultural; (4) pela primeira vez, em nível constitucional, admitiu-se no Brasil que existem direitos indígenas coletivos, seja reconhecendo a organização social indígena, seja concedendo à comunidade o direito de opinar sobre o aproveitamento dos recursos naturais e o de postular em juízo; (5) tratou com mais detalhes, estabelecendo assim melhores garantias, da exploração dos recursos naturais, especialmente os minerais, para o que exige prévia anuência do Congresso Nacional; (6) proibiu a remoção de grupos indígenas, dando ao Congresso Nacional a possibilidade de estudo das eventuais e estabelecidas exceções; (7) mas acima de tudo chamou os índios de índios e lhes deu o direito de continuarem a sê-lo.⁹⁸

Diante do exposto, verifica-se que somente com a implementação de uma legislação adequada e eficaz, capaz de preservar os direitos das comunidades tradicionais e permitir que estas sejam devidamente remuneradas pelo uso de tais produtos, é que estaremos respeitando e preservando os direitos das comunidades locais, além de impedir que esses recursos, genuinamente brasileiros, sejam patenteados no exterior.

⁹⁷ Disponível em: <<http://www.socioambiental.org/website/povind/povos/brasind.html>>. Acesso em: 15-7-2003.

⁹⁸ MARÉS, Carlos *apud* SANTOS, Laymert Garcia dos. *Op. cit.*, Internet.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBAGLI, Sarita. *Da biodiversidade à biotecnologia: a nova fronteira da informação*. Disponível em: <<http://www.ibict.br/cionline/270198/27019802.pdf>>. Acesso em: 17-7-2003.
- _____. *Geopolítica da biodiversidade*. Brasília: Ibama, 1998.
- ALENCAR, Gisela S. de. Biodiplomacia e a Convenção sobre a Diversidade Biológica/1992: evolução e desafios para implementação. *Revista de Direito Ambiental* - Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 3.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- COMISSÃO DE DEFESA E PRESERVAÇÃO DA ESPÉCIE E DO MEIO AMBIENTE. *A legislação da "biopirataria" amazônica*. Disponível em: <<http://www.murante.com.br/cdpema/>>. Acesso em: 2-8-2003.
- CUNHA, Manuela Carneiro da. Biodiversidade, justiça e ética. *Revista CEJ*, n. 8, 1999. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero8/painel22.htm>> Acesso em: 18-7-2003.
- DE LUCCA, Newton. Biodiversidade, propriedade intelectual e comércio internacional. *Anais do Seminário Internacional sobre Direito da Biodiversidade*, 30-4-1999.
- DECLARAÇÃO DAS ONGS UNIDAS NA REVISÃO DO ARTIGO 27.3, b, DO ACORDO TRIPS. Tradução de Maria do Carmo Zinato. Disponível em: <<http://www.ujgoias.com.br/relecta03/03027050/03027050015.htm>>. Acesso em: 30-7-2003.
- DIAS, Bráulio Ferreira de Souza. *A implementação da Convenção sobre Diversidade Biológica no Brasil: desafios e oportunidades*. Disponível em: <http://www.bdf.fat.gov.br/publicações/padct/bio/cap1/>. Acesso em: 13-7-2003.
- DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. São Paulo: Saraiva, vol. 3, 1998.
- DUTFIELD, Graham. The public and private domains: intellectual property rights in traditional ecological knowledge. *Anais do Seminário Internacional sobre Direito da Biodiversidade*, 1999.
- ERDOS, Jordan E. *Acesso aos recursos genéticos no Brasil*. Disponível em: <http://www.sustain.org/biotech/libray/admin/uploadedfiles/Current_Legislati>. Acesso em: 2-8-2003.
- FURRIELA, Fernando Nabais. *A proteção legal da biodiversidade*. Disponível em: <<http://www.bdt.org.br/sma/biodiversidade/conclusao/>>. Acesso em: 2-8-2003.
- GONÇALVES, Marco Antonio. *Governo Federal insiste em regulamentar acesso aos recursos genéticos por medida provisória*. Disponível em: <<http://www.socioambiental.org/website/noticias/direitos/index.cfm>>. Acesso em: 2-8-2003.

- GONÇALVES, Marcos. *Governo edita MP para regular acesso aos recursos genéticos*. Disponível em: <<http://www.socioambiental.org/website/noticias/direitos/20000704.html>>. Acesso em: 17-7-2003.
- GRAIN, issue n. 1. *TRIPS versus CBD: conflicts between the WTO regime of intellectual property rights and sustainable biodiversity management*. Disponível em: <<http://www.grain.org/publications/issue1-en-p.htm>>. Acesso em: 30-7-2003.
- HANDBOOK OF CIDA PROJECT PLANNING AND INDIGENOUS TRADITIONAL KNOWLEGDE. Disponível em: <<http://www.kivu.com/>>. Acesso em: 15-7-2003.
- HERINGER FILHO, Ezequias Paulo; MACHADO, Lia Zanotta. *Conhecimento científico para gestão ambiental – Amazônia, Cerrado e Pantanal*. Brasília: Ibama, 1995.
- JUSTIFICAÇÃO DO PROJETO DE LEI 306/95. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/senador/marinasi/Plbiodi1.htm>>. Acesso em: 5-8-2003.
- LARAIA, Roque Barros. *Conhecimento científico para gestão ambiental – Amazônia, Cerrado e Pantanal*. Brasília: Ibama, 1995.
- LIMA, André. *Medida provisória que regulamenta o acesso aos recursos genéticos é reeditada*. Disponível em: <http://www.socioambiental.org/website/noticias/direitos/20010305.html>/. Acesso em: 15-7-2003.
- MATHIAS, Fernando. *EUA se negam a adotar medidas de proteção aos conhecimentos tradicionais*. Disponível em: <http://www.socioambiental.org/nsa/detalhe?id=1712/>. Acesso em: 21-6-2004.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- MITTELBACH, Maria Margarida Rodrigues. *Propriedade intelectual em biotecnologia*. Disponível em: <http://www.bdt.org.br/sma/biodiversidade/propriedade/>. Acesso em: 15-7-2003.
- MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- NIJAR, Gurdial Sing. The protection of cultural and biological biodiversity: legal and practical perspectives on developing *sui generis* options. *Anais do Seminário Internacional sobre Direito da Biodiversidade, 1999*.
- POSEY, Darrell A. *Traditional resource rights: international instruments for protection and compensation for indigenous peoples and local communities*. The World Conservation Union, 1997.
- PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *O desafio do desenvolvimento sustentável: Relatório do Brasil para a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*. Brasília: Cima, 1991.

- QUEIROGA, Alessandra Elias de. *Os parcelamentos ilegais do solo e a desapropriação como sanção: o caso dos 'condomínios irregulares' no Distrito Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- REZEK, J. Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- ROZICKI, Cristiane. *Cidadania, direitos fundamentais e os direitos de quarta geração*. Disponível em: <http://www.ujgoias.com.br/cgd/2a/2a026.htm/>. Acesso em: 15-7-2003.
- SANDES, Alice Rayol Ramos; DI BLASI, Gabriel. *Biodiversidade e diversidade química e genética: aspectos relacionados com a propriedade intelectual no Brasil*. Disponível em: http://www.biocologia.com.br/bio/13_h.htm/. Acesso em: 16-7-2003.
- SANTILLI, Juliana. *A proteção legal aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade: o artigo 8, j, da Convenção da Diversidade Biológica e as propostas para sua implementação no Brasil e em outros países*. Disponível em: <http://www.bdt.org.br/sma/biodiversidade/protecao>>. Acesso em: 17-7-2003.
- _____. Aplicação das normas ambientais às terras indígenas e superposição de unidades de conservação com terras indígenas. *Revista de Direito Ambiental – Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 12, 1998.
- SANTOS, Laymert Garcia dos. *Informação, recursos genéticos e conhecimento tradicional associado*. Disponível em: <http://www.bdt.org.br/sma/biodiversidade/recursos/>. Acesso em: 18-7-2003.
- SANTOS, Márcio de Miranda. *Direitos de propriedade intelectual na área biológica*. Disponível em: <http://www.bdt.gov.br/sma/biodiversidade/propriedade/>. Acesso em: 15-7-2003.
- SILVEIRA, Newton. *A propriedade intelectual e as novas leis de direitos autorais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- SOLIANI, André. *Patentes: EUA impedem debate sobre biodiversidade*. Disponível em: <http://www.ujgoias.com.br/redcta05/05046000002.htm/>. Acesso em: 16-7-2003.
- VILLAMÉA, Luiza. *Índio quer patente*. Disponível em: <http://www.terra.com.br/istoe/brasileiros/2000/01/13/000.htm/>. Acesso em: 15-7-2003.

ANEXO A

Os conflitos de interesse entre a Convenção da Diversidade Biológica – CDB e o Acordo sobre Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio – TRIPS

CDB TRIPS Conflito

1. Os Estados têm o direito soberano de explorar seus próprios recursos segundo suas políticas ambientais. Produtos e processos biológicos estão sujeitos a direitos privados de propriedade intelectual. A licença compulsória, em caso de interesse nacional, deve ser restrita. A soberania nacional implica o direito do Estado decidir sobre a proibição ou não de direitos de propriedade intelectual sobre formas vivas. O TRIPS ignora esse direito ao estabelecer a necessidade de patentes para microorganismos e processos essencialmente biológicos para a produção de plantas ou animais e variedades vegetais.

2. O uso ou exploração da biodiversidade deve ser feito mediante repartição equitativa dos benefícios oriundos dessa utilização. As patentes devem ser concedidas em todos os setores tecnológicos, inclusive biológico. Não existe qualquer forma de compartilhamento de benefícios entre o país detentor da patente e o país que cedeu o material do qual o invento é derivado. A CDB fornece a base legal para que os países detentores da biodiversidade possam cobrar a repartição de benefícios. O TRIPS nega essa autoridade legal.

3. O acesso à biodiversidade deve ser feito de comum acordo e requer consentimento prévio informado. Não existe nenhum dispositivo no TRIPS que impõe a necessidade de consentimento prévio informado para acessar a biodiversidade. A CDB, ao estabelecer a necessidade de consentimento prévio informado, reduz a biopirataria. O TRIPS, como não impõe esse requisito, facilita a biopirataria.

4. Os Estados devem promover a conservação e o uso sustentável da biodiversidade levando em conta todos os seus direitos sobre os recursos naturais. O TRIPS busca uma proteção eficaz e adequada dos direitos de propriedade intelectual visando impedir que obstáculos ao comércio legítimo sejam criados.

A CDB coloca os interesses públicos e o bem comum sobre os interesses privados. O TRIPS faz o oposto: privilegia interesses privados sobre interesses coletivos.

Fonte:

GRAIN, issue n. 1. *TRIPS versus CBD: conflicts between the WTO regime of intellectual property rights and sustainable biodiversity management*. Disponível em: <http://www.grain.org/briefings/?id=24>. Acesso em: 27-3-2004.